



Le contentieux des pactes d'associés

Jules Lechêne

► To cite this version:

Jules Lechêne. Le contentieux des pactes d'associés. Droit. Université Paris sciences et lettres, 2025. Français. [⟨NNT : 2025UPSLD032⟩](#). [⟨tel-05442855⟩](#)

HAL Id: tel-05442855

<https://theses.hal.science/tel-05442855v1>

Submitted on 6 Jan 2026

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.



HAL Authorization



THÈSE DE DOCTORAT
DE L'UNIVERSITÉ PSL

Préparée à l'Université Paris-Dauphine

« Le contentieux des pactes d'associés »

Soutenue par

Jules LECHÊNE

École doctorale n° ED 543

École doctorale SDOSE

Spécialité

Droit privé



Composition du jury :

Julia HEINICH

Professeur des Universités,
Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Rapporteur

Didier PORACCHIA

Professeur des Universités,
Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Rapporteur

Marie CAFFIN-MOI

Professeur des Universités,
Paris Panthéon-Assas

Examineur

Jean-François HAMELIN

Professeur des Universités
Université de Bourgogne

Examineur

Pascal ANCEL

Professeur des Universités
Université du Luxembourg

Président du jury

Dorothée GALLOIS-COCHET

Professeure des Universités
Université Paris-Dauphine

Directrice de thèse

L'Université Paris-Dauphine n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

Remerciements

Mes plus sincères remerciements vont, en tout premier lieu, à ma directrice de thèse, Madame la Professeure Dorothée Gallois-Cochet. C'est elle qui, un soir alors que je n'étais encore qu'étudiant en master, m'encouragea à candidater pour un contrat doctoral à l'Université Paris-Dauphine. Elle m'a ainsi engagé sur un chemin intellectuel et personnel sans pareil, celui d'une réflexion juridique dont l'issue demeure toujours incertaine. Son soutien indéfectible et ses apports décisifs ont rendu possible la réalisation de cette étude.

Je souhaite également exprimer toute ma gratitude à l'ensemble des membres du Centre de recherche Droit Dauphine (CR2D). Aux enseignants-chercheurs, bien sûr, pour leurs conseils toujours avisés ; mais aussi à mes chers collègues doctorants, pour tous ces moments partagés — en salle AR 54 et ailleurs — qui auront constitué bien davantage qu'une simple parenthèse à la solitude inhérente à l'exercice de recherche.

Mes amis trouvent ici l'assurance de ma profonde reconnaissance. Chaque déjeuner, chaque coup de téléphone, chaque écoute attentive, en somme tous ces instants de répit et de réconfort, m'auront permis de gagner parfois un jour, parfois seulement un après-midi, mais toujours un pas de plus vers la fin de cette thèse.

Un remerciement tout particulier revient à Angelica, pour sa résilience à toute épreuve. Tu étais là dès les premiers mois, et tu es encore là à la dernière ligne. Ta patience et ta bonté d'âme m'ont donné la force d'aller au bout de ce projet. Je t'en serai éternellement reconnaissant.

Ma gratitude infinie s'adresse également à toute ma famille. À mon père en particulier qui, bien qu'éloigné des sujets abordés dans ces pages, a compris dès le début que son fils s'engageait dans une aventure peu commune, et qui a toujours su, avec ses mots, m'apporter réconfort et soutien.

Je ne saurais enfin clore ces remerciements sans évoquer ma mère. En 2002, elle me dédiait sa propre thèse¹ alors que je n'avais que six ans. Plus de vingt ans plus tard, c'est à mon tour de lui dédier la mienne. J'espère que, de là où tu es, tu peux la voir. Merci pour tout ce que tu m'as transmis : la discipline, l'exigence personnelle, la curiosité intellectuelle, et surtout ton amour — un amour qui ne me quittera jamais.

¹ CHARDON-LECHÊNE Emmanuelle, *Le mode subjonctif en français moderne : perspectives en grammaire générative*, thèse de doctorat, linguistique, Université de la Sorbonne Nouvelle, 2002.

LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

Art.	Article
Ass. plén.	Assemblée plénière
<i>Bull. civ.</i>	Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation
<i>Bull. crim</i>	Bulletin des arrêts de la chambre criminelle de la Cour de cassation
<i>BJS</i>	Bulletin Joly sociétés
<i>BJED</i>	Bulletin Joly entreprises en difficulté
<i>BJB</i>	Bulletin Joly bourse
CA	Cour d'appel
Cass.	Cour de cassation
Cons. Const.	Conseil Constitutionnel
CEDH	Cour européenne des droits de l'Homme
Chron.	Chronique
Civ.	Chambre civile de la Cour de cassation
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
Com.	Chambre commerciale de la Cour de cassation
Concl.	Conclusions
<i>Contra</i>	Dans le sens contraire
Crim.	Chambre criminelle de la Cour de cassation
<i>D.</i>	Recueil Dalloz
DC	Décision du Conseil constitutionnel
<i>Defrénois</i>	Répertoire du notariat Defrénois
[dir.]	Direction
<i>DP</i>	Recueil périodique et critique mensuel Dalloz
<i>Dr. et patr.</i>	Revue Droit et patrimoine
<i>Dr. sociétés</i>	Revue Droit des sociétés
Éd.	Édition
Égal.	Également
Ex.	Exemple
Fasc.	Fascicule
GPL	Gazette du Palais
<i>Ibid.</i>	<i>Ibidem</i> (au même endroit)
In	Dans
<i>Infra</i>	Ci-dessous
JORF	Journal officiel de la République française
<i>JCP E</i>	Juris-Classeur périodique (La semaine juridique), édition entreprise
<i>JCP G</i>	Juris-Classeur périodique (La semaine juridique), édition générale
<i>JCP N</i>	Juris-Classeur périodique (La semaine juridique), édition notariale
<i>JCP S</i>	Juris-Classeur périodique (La semaine juridique), édition droit social
<i>RLDA</i>	Revue Lamy droit des affaires
<i>RLDC</i>	Revue Lamy droit civil

<i>LEDC</i>	Revue L'Essentiel Droit des contrats
<i>LPA</i>	Les petites affiches
Obs.	Observations
<i>Op. cit</i>	<i>Opus citatum</i> (ouvrage précité)
Ord.	Ordonnance
P.	Page
Préc.	Précité.
Préf.	Préface
QPC	Question prioritaire de constitutionnalité
Rappr.	Rapprocher
<i>RD banc. bourse</i>	Revue de droit bancaire et de la bourse
<i>Rev. dr. banc. Fin.</i>	Revue de droit bancaire et financier
RDC	Revue des contrats
<i>Rép. civ.</i>	Répertoire de droit civil, Encyclopédie Dalloz
<i>Rép. sociétés</i>	Répertoire de droit des sociétés, Encyclopédie Dalloz
Req.	Chambre des requêtes
<i>RJC</i>	Revue de jurisprudence commerciale
<i>Rev. sociétés</i>	Revue des sociétés
<i>RGDA</i>	Revue générale de droit des assurances
<i>RJDA</i>	Revue de jurisprudence de droit des affaires
<i>RTD civ.</i>	Revue trimestrielle de droit civil
<i>RTD com.</i>	Revue trimestrielle de droit commercial
<i>RTDF</i>	Revue trimestrielle de droit financier
<i>S.</i>	Recueil Sirey
s.	Suivant
Soc.	Chambre sociale de la Cour de cassation
Spéc.	Spécialement
<i>Supra</i>	Ci-dessus
T.	Tome
T. Com.	Tribunal de commerce
V.	Voir
Vol.	Volume

SOMMAIRE

INTRODUCTION

PARTIE 1

LA MISE EN ÉVIDENCE DU RISQUE CONTENTIEUX AU SEIN DES PACTES D'ASSOCIÉS

Titre premier : La source du risque contentieux : les engagements prévus par les pactes d'associés

Chapitre 1 : La couverture de l'aléa social comme unité de fonction entre les engagements du pacte d'associés

Chapitre 2 : Les mécanismes de couverture de l'aléa social comme élément de différenciation entre les engagements du pacte d'associés

Titre second : La matérialisation du risque contentieux : le dénouement des engagements prévus par les pactes d'associés

Chapitre 1 : L'observation du risque contentieux au sein des pactes d'associés

Chapitre 2 : La systématisation du risque contentieux au sein des pactes d'associés

PARTIE 2

LE TRAITEMENT DU RISQUE CONTENTIEUX AU SEIN DES PACTES D'ASSOCIÉS

Titre premier : La contrainte : technique de traitement du risque contentieux

Chapitre 1 : L'opportunité de la contrainte au sein des pactes d'associés

Chapitre 2 : Les types de contrainte

Titre second : Le déploiement de la contrainte : la mise en œuvre du traitement du risque contentieux

Chapitre 1 : Le traitement du risque contentieux propre aux mécanismes exigeant un transfert de droits sociaux

Chapitre 2 : Le traitement du risque contentieux propre aux mécanismes exigeant un comportement

CONCLUSION

INTRODUCTION

« Au lieu de composer une histoire, il suffirait, pour obéir à certaines critiques, de se constituer le sténographe de tous les tribunaux de France. Vous auriez alors le vrai dans sa pureté, une horrible histoire que vous laisseriez avant d'avoir achevé le premier volume. Vous pouvez en lire un fragment tous les jours, entre les annonces de remèdes pour les maladies les plus ignobles et les articles louangeux des livres à soutenir, à côté de mille industries qui naissent et qui meurent, après les débats des Chambres : vous n'en soutiendriez pas la lecture continue². »

- 1. Le contentieux avant les pactes d'associés** – À prendre comme objet d'étude les pactes d'associés, l'on est presque immédiatement happé par les questions lancinantes que ces derniers posent. En effet, quel que soit le type de production doctrinale (qu'il s'agisse d'une thèse, d'un traité, d'un guide pratique, d'un ouvrage de droit des sociétés, d'un article de revue ou de mélanges), un même cahier des charges paraît s'imposer à celui qui choisit de s'intéresser aux pactes. Ce dernier se révèle sous forme d'interrogations : comment définir les pactes ? Que recèle le terme de pacte par rapport « à celui de convention, contrat, accord ou stipulation »³ ? Le critère formel qui oppose le statutaire et l'extrastatutaire suffit-il à cerner le périmètre des pactes⁴ ? Quelles sont les limites à la liberté contractuelle en la matière et, de façon complémentaire, dans quelle mesure l'ordre public sociétaire s'applique-t-il aux pactes d'associés⁵ ? Quels rapports entre les pactes et le droit des obligations⁶, le droit des contrats spéciaux⁷, le droit boursier⁸ ? D'autant que le droit suivant ici la pratique, de nouvelles questions émergent en permanence. Contribuer à l'étude des pactes d'associés reviendrait donc à s'attaquer à un « mystère contractuel »⁹. L'épistémologue reconnaît cette démarche d'« étude critique des connaissances »¹⁰ qui n'a

² BALZAC Honoré de, préface à *Le Cabinet des Antiques. Scène de la vie de province*, Hippolyte Souverain, 1839, p. 13-14, cité par CHARNAY Jean-Paul, « Sur une méthode de sociologie juridique : l'exploitation de la jurisprudence », *Annales. Histoire, Sciences Sociales*, 1965, vol. 20, n°3, p. 513.

³ GUYON Yves, *Traité des contrats. Les sociétés. Aménagements statutaires et conventions entre associés*, LGDJ, 5^e éd., 2002, p. 306, n°199.

⁴ V. *infra* n°15

⁵ V. *infra* n°536 et s.

⁶ V. MARTIN Didier et SCHILLER Sophie, *Guide des pactes d'actionnaires et d'associés : 2022/2023*, LexisNexis, 3^e éd., 2022, p. 53, n°80 et s.

⁷ *Ibid.*, p. 63, n°96 et s.

⁸ DEXANT-DE BAILLIENCOURT Olympe, *Les pactes d'actionnaires dans les sociétés cotées*, Dalloz, 2012.

⁹ SALFATI-ARFI Sarah-Rachel, *Contribution à l'étude du pacte d'associés*, thèse de doctorat, droit privé, Université Aix-Marseille, 2023, p.1, n°1.

¹⁰ BARRAUD Boris, *La recherche juridique. Sciences et pensées du droit*, L'Harmattan, 2016, p. 184.

d'autre objet que de « lire, interpréter, analyser une réalité »¹¹. Ce faisant, le chercheur fait progresser la connaissance des pactes, permet au besoin une meilleure lecture du droit positif et fournit ce que la sociologie juridique appelle une « aide aux contractants »¹² en tentant de « faire fonctionner un contrat durable »¹³. Si l'on part du principe qu'un contrat qui fonctionne est un contrat qui, à tout le moins, remplit la mission qui lui a été assignée par les contractants, une approche contentieuse des pactes d'associés peut-elle réellement trouver sa place parmi les travaux susvisés ? N'y a-t-il pas dans l'hypothèse contentieuse une forme d'échec qu'il faut soit prévenir, soit résoudre, mais qui en elle-même est nécessairement dysfonctionnelle et qui ne saurait donc intégrer le cahier des charges présenté dans le but partagé de faire fonctionner les pactes d'associés ? Une réponse négative à cette question fermerait nécessairement la porte à l'étude proposée. Raison pour laquelle il faut justifier l'angle contentieux avant même d'esquisser ce que l'on pourrait entendre par pactes d'associés. De manière contre-intuitive, cette justification ressort de la façon dont le contentieux est généralement délaissé en tant qu'objet d'étude propre.

- 2. Le contentieux envisagé comme un conflit** – La première façon d'appréhender le contentieux est d'y voir une réalité factuelle. En cela, le contentieux est assimilé au conflit ou, les termes sont synonymes, à la mésentente¹⁴. Ainsi compris, le contentieux n'entre pas dans le domaine du droit. Pour s'en convaincre, il suffit de s'intéresser à la façon dont les conflits entre associés sont habituellement présentés. Il est par exemple expliqué, à propos des principales clauses de conflits entre associés, qu'« elles résident principalement dans les divergences d'appréciation de la stratégie, de la gestion de la société. Mais elles peuvent également résulter d'un conflit d'intérêts qui fait qu'un actionnaire choisit d'exercer ses droits et pouvoirs en violation de l'intérêt commun des associés pour satisfaire un intérêt personnel extérieur à la société ou pour s'octroyer dans la société un avantage au préjudice des autres actionnaires. Ajoutons que les conflits entre associés peuvent également résulter de l'animosité qui surgit entre eux à l'occasion d'événements extérieurs à la vie de la société. L'exemple le plus fréquent est celui d'une société dont les associés sont un couple qui divorce. La passion risque alors de l'emporter sur la raison et le conflit peut mener la société à sa perte »¹⁵. Il est également affirmé de manière proche que « bien souvent, dans les litiges entre associés, les difficultés font surgir une distorsion de visions dans la genèse même du projet dû à un manque de dialogue ou de clarification dans les échanges, laissant place à des projections personnelles ou des sous-entendus contraires à la réalité des uns et des autres. C'est souvent le rapport à l'argent qui fait surgir les différences sur le rapport à la vie professionnelle et personnelle. Il est fréquent de voir les tensions liées à des chiffres d'affaires en déséquilibre, avec des analyses sur la typologie de la clientèle et de la rentabilité d'un associé qui serait “ moins investi ” ou “ en décalage avec le projet ” »¹⁶. L'on peut également retrouver des analyses similaires appliquées cette-fois-ci à une forme

¹¹ BEAUD Michel, *L'art de la thèse*, La Découverte, 2006, p. 70.

¹² CARBONNIER Jean, *Sociologie juridique*, PUF, coll. Quadrige Manuels, 3^e éd., 2016, p. 259 et s.

¹³ *Ibid.*, p. 261.

¹⁴ Le conflit correspond en effet à une « opposition de vues ou d'intérêts ; mésentente, situation critique de désaccord » (*Vocabulaire Juridique (sous la direction de Gérard Cornu)*, PUF, 13^e éd., 2020, v^o « Conflit »).

¹⁵ DRUMMEN Jean-Bertrand, OMAGGIO Alexandre, SCHILLER Sophie, « Les conflits entre associés », *Cahiers de droit de l'entreprise*, n^o 5, 2010.

¹⁶ CARAYOL Romain, « L'anticipation du conflit entre associés par la médiation, une responsabilité sociale des entreprises... d'avocats (aussi) », *GPL*, 2018, n^o 36, p. 19-20.

sociale en particulier, notamment la société civile, où il semblerait que ce soit « justement parce que, dans la société civile, une attention prépondérante est accordée aux liens interpersonnels – c’est à l’évidence une société à fort *intuitu personae* – que cette forme de société est plus volontiers le théâtre des conflits entre associés, nourris de rancœurs familiales ou de jalousies professionnelles »¹⁷. Comprenons qu’il ne s’agit pas ici de dire que ces différents constats sont erronés. Bien au contraire, ils ressortent le plus souvent de l’expérience de praticiens qui ont éprouvé les origines les plus récurrentes de la détérioration des relations entre associés. Simplement, considérer que toutes ces situations factuelles sont « porteuses d’un contentieux entre associés »¹⁸ a une conséquence importante car l’attention du juriste est alors dirigée non pas vers ces conflits (il ne saurait en être autrement en présence de considérations personnelles intéressant *a priori* davantage le sociologue¹⁹ que l’homme de droit) mais plutôt vers l’« existence de mécanismes (juridiques) permettant de les régler autrement que par la violence »²⁰. Il n’y a donc pas de contentieux envisagé comme un objet d’étude juridique autonome mais uniquement un conflit personnel, potentiel ou avéré, que le juriste peut, par des mécanismes divers et variés, soit préparer (logique *ex ante*), soit tenter de résoudre (logique *ex post*)²¹.

Un point doit néanmoins être précisé. Il y aurait en effet une raison à ce que le contentieux soit, au moins en matière sociétaire, cantonné à une réalité factuelle. Celle-ci tiendrait au fait que, à vouloir traduire juridiquement un conflit entre associés, au-delà donc des simples discordances propres à toutes relations interpersonnelles, on retomberait nécessairement sur une notion déjà appréhendée par le droit et qui est celle d’*affectedio societatis*. Traditionnellement compris en jurisprudence comme la volonté pour un associé de collaborer avec l’autre de façon effective à l’exploitation du fonds « dans un intérêt commun et sur un pied d’égalité avec son associé aux bénéfices tout en participant dans le même esprit aux pertes »²², le contentieux révélerait en droit la perte de cette ambition commune. De nouveau, la littérature relative aux conflits entre associés illustre très nettement cette idée. C’est ainsi qu’à la même question relative aux principales causes de conflits entre associés, il est par exemple répondu que ces derniers « semblent de plus en plus fréquents, ce qui s’explique par l’évolution, non pas du caractère des individus, mais de la pratique du

¹⁷ SAINTOURENS Bernard, « L’évolution des relations entre les associés de la société civile », *BJS*, 2008, n° 12, p. 1049. *Adde*, SCHILLER Sophie et FABRE Hubert, « La mésentente dans les sociétés civiles : risques et solutions », *JCP N*, 2018, n° 50, 1365.

¹⁸ THEVENET Christophe et MESTRE Jacques, « Les conflits entre associés : Pourquoi ils surviennent et comment les régler ? », *Dalloz avocats*, 2014, p. 270.

¹⁹ Sur la sociologie du conflit : V. not. COSER Lewis A., *Les fonctions du conflit social*, PUF, 1982 ; FREUND Julien, *Sociologie du conflit*, PUF, 1983 ; SIMMEL Georg, *Le conflit*, Circé, 1992.

²⁰ OST François, « Le conflit, moteur et enjeu du droit : sept propositions », in *Le conflit : quelles approches ?* Anthemis, Limal (Belgique), 2020, p. 79.

²¹ V. not. MESTRE Jacques et MESTRE-CHAMI Anne-Sophie, « Prévention et règlement des différends économiques », *RLDA*, 2014, n°98, p. 80 ; MARTIN Didier et SCHILLER Sophie, *Guide des pactes d’actionnaires et d’associés : 2022/2023*, *op. cit.*, p. 87, n°137 et s.

²² Com., 3 juin 1986, n°85-12.118, *Bull. civ.*, 1986, IV, n° 116. C’est peu dire que de rappeler que cette compréhension traditionnelle n’a pas fait l’unanimité en doctrine, l’*affectedio societatis* constituant une notion « particulièrement décriée, qualifiée par certains de “ vieille lune ” ou encore de dépassée » (MARMISSE-D’ABBADIE D’ARRAST Anne, « L’*affectedio societatis* : pour le maintien d’un concept fonctionnel », *Rev. sociétés*, 2020, p. 212, n°1). Sur la notion et les débats qu’elle suscite : V. not. REBOUL Nadège, « Remarques sur une notion conceptuelle et fonctionnelle : l’*affectedio societatis* », *Rev. sociétés*, 2000, p. 425 ; CUISINIER Vincent, *L’affectedio societatis*, Litec, 2008 ; TCHOTOURIAN Ivan, *Vers une définition de l’affectedio societatis lors de la constitution d’une société*, Lextenso, 2011 ; MARMISSE-D’ABBADIE D’ARRAST Anne, « L’*affectedio societatis* : pour le maintien d’un concept fonctionnel », *op. cit.*

droit des sociétés et par la professionnalisation de l'actionnariat. Aujourd'hui, l'*affectio societatis* est parfois temporaire. Avec le développement du capital risque et du *private equity*, les investisseurs souhaitent souvent que leur participation à la société soit limitée à une période déterminée. L'*affectio societatis* est ainsi fragilisé. En conséquence, les situations de mésentente se sont multipliées²³. Certains soutiennent même plus directement que « lorsqu'un conflit s'installe entre les partenaires, notamment, entre deux groupes d'actionnaires dans les sociétés anonymes, ou dans les entreprises familiales, la poursuite de l'exploitation sociale devient, le plus souvent, impossible. Cette situation révèle la disparition de l'*affectio societatis* »²⁴. Il nous faut pourtant battre en brèche cette conception qui voudrait faire passer le contentieux entre associés du fait au droit en le résumant à une disparition de l'*affectio societatis*. Tout simplement car, en cours de vie sociale, l'*affectio societatis* n'a aucune réalité juridique propre. Certes, l'*affectio societatis* doit normalement être présent lors de la constitution de la société²⁵. En revanche, « l'existence de l'*affectio societatis*, en tant qu'élément constitutif du contrat de société, doit logiquement s'apprécier au cours de la constitution de la société et non au cours de la vie sociale »²⁶. Le fait est que le cessionnaire de droits sociaux n'a pas à en être pourvu²⁷. En outre, celui qui veut s'appuyer sur une perte de l'*affectio societatis* après la constitution de la société n'a d'autre voie d'action que la dissolution anticipée pour mésentente prévue par l'article 1844-7, 5°, du Code civil²⁸. Or, à supposer que la mésentente corresponde bien juridiquement à une disparition de l'*affectio societatis*, l'article susvisé ne s'en contente pas étant donné qu'il subordonne la dissolution anticipée pour mésentente à une condition objective de paralysie du fonctionnement de la société²⁹. De sorte qu'en prenant du recul, on peine à voir le progrès réalisé en substituant à la réalité factuelle du conflit celle, prétendument plus juridique, de disparition de l'*affectio societatis*. Cette défiance pour la notion est connue et ceux qui s'intéressent au critère de la qualité d'associé jugent à juste titre que « cette instabilité manifeste de la notion due à la fois au fait qu'*affectio* désigne un sentiment et au maintien de l'expression latine, exclut, par hypothèse, l'*affectio societatis* des critères exploitables de la qualité d'associé »³⁰. On comprend qu'espérer passer du fait

²³ DRUMMEN Jean-Bertrand, OMAGGIO Alexandre, SCHILLER Sophie, « Les conflits entre associés », *op. cit.*

²⁴ PASCUAL Isabelle, « La prise en considération de la personne physique dans le droit des sociétés », *RTD com.*, 1998, p. 273, n°26.

²⁵ 3e civ., 8 janv. 1975, *Bull. civ.*, 1975, III, n° 2, *Rev. sociétés*, 1976, 301, note BALENSI ; 1e civ., 24 oct. 1978, *Bull. civ.*, 1978, I, n° 318.

²⁶ REBOUL-MAUPIN Nadège, note sous 1e civ., 20 nov. 2001, n°99-13.985, *Bull. civ.*, 2001, I, n° 286, *Rev. sociétés*, 2002, 683, n°3.

²⁷ Com., 11 juin 2013, n°12-22.296, *Bull. civ.*, 2013, IV, n°100 ; *Rev. sociétés*, 2013, 20, note MORTIER ; *GPL*, 2013, n° 258-260, 17, note ZATTARA-GROS ; *JCP E*, 2013, n° 39, 27, note BUCHBERGER et n° 40, 24, note DONDERO ; *Dr. sociétés*, 2013, n° 6, 11, note LUCAS ; *BJS*, 2013, n° 10, 624, note LE CANNU ; *LPA*, 2013, n° 221, 9, note NEMOZ-RAJOT.

²⁸ V., néanmoins, semblant admettre de façon quelque peu étrange une possible action en nullité de la société pour perte de l'*affectio societatis* : 1e civ., 20 nov. 2001, n°99-13.985, préc.

²⁹ « La société prend fin : [...] 5° Par la dissolution anticipée prononcée par le tribunal à la demande d'un associé pour justes motifs, notamment en cas d'inexécution de ses obligations par un associé, ou de mésentente entre associés paralysant le fonctionnement de la société ». La Cour de cassation considère en effet « que la mésentente existant entre les associés et par suite la disparition de l'*affectio societatis* ne [peuvent] constituer un juste motif de dissolution qu'à la condition de se traduire par une paralysie du fonctionnement de la société » (3e civ., 16 mars 2011, n° 10-15.459, *Bull. civ.*, 2011, III, n°42 ; *Lexbase aff.*, 2011, n° 247, note GIBIRILA ; *BJS*, 2011, n° 6, 471, note LUCAS ; *RLDA*, 2011, n° 61, 10, note LEBEL ; *Banque et Droit.*, 2011, n° 138, 41, note URBAN ; *LPA*, 2011, n° 134, 19, note TCHOTOURIAN ; *AJDI*, 2011, n° 10, 724, note PORCHERON). V. HEINICH Julia, *Droit des sociétés*, LGDJ, 2023, p. 95, n°86.

³⁰ BARRILLON Clément, *Le critère de la qualité d'associé*, PUAM, 2017, p. 306, n°461.

au droit en parlant de disparition d'un sentiment paraît grandement utopique. Ce passage existe pourtant bel et bien en doctrine. Il suppose d'envisager le contentieux comme un litige.

- 3. Le contentieux envisagé comme un litige** – La doctrine processualiste a de longue date fait le départ entre le conflit, compris comme un différend factuel, et le litige, entendu comme le contentieux juridique à proprement parler. Dans la lignée des travaux du philosophe français Jean-François Lyotard, qui distinguait nettement le différend du litige en considérant qu'« à la différence d'un litige, un différend serait un cas de conflit entre deux parties (au moins) qui ne pourrait pas être tranché équitablement faute d'une règle de jugement applicable aux deux argumentations »³¹, les auteurs ont en effet mis en exergue que le conflit n'était saisi par le droit qu'à partir du moment où il devenait litige. Ce changement se réalisant par la volonté des parties qui décident de soumettre leur différend au juge et d'intégrer le cadre processuel du procès. Ainsi, la naissance du procès suppose « le passage d'une situation conflictuelle (relation antagonique) au litige construit devant un tribunal (opposition de prétentions juridiques) »³². Un auteur résume cette transformation du conflit en litige de la manière suivante : « Si les parties circonscrivent le pouvoir juridictionnel par les termes juridiques qu'elles donnent au “ conflit brut ” qui les oppose, l'office du juge est “ de dire le droit du cas particulier ”. Aussi en portant le conflit devant le juge, le conflit devient-il litige, pourrait-on dire “ se juridicise ”. L'office du juge n'est pas tant résoudre le conflit que trancher le litige en lui apportant une solution positive au moyen des règles de droit : il tranche une question de droit. Ce qui entre dans le Palais de justice ce n'est pas le “ conflit brut ” que vivent les parties “ dans la vie courante ” mais le “ conflit juridique ” auquel le juge devra apporter une solution juridique. À définir le “ conflit ” comme le différend non juridique et le “ litige ” comme le différend juridique, on peut avancer les deux propositions suivantes : trancher le litige n'est pas forcément résoudre le conflit mais trancher le litige peut impliquer de résoudre le conflit »³³. On ne peut que souscrire à ces développements et il n'est pas douteux qu'envisager le contentieux comme un litige a le mérite de le faire entrer dans la sphère juridique. Néanmoins, en s'intéressant ainsi au « différend d'ordre juridique »³⁴, à quoi s'intéresse-t-on réellement ? Cette question renvoie en réalité à la problématique de la finalité du litige. Or, sur ce point, que l'on envisage la procédure civile de façon traditionnelle, c'est-à-dire comme « une manière de faire pour aboutir à un certain résultat »³⁵ et donc « comme un simple prolongement du droit substantiel »³⁶, ou que l'on privilégie une conception plus moderne qui voit dans la procédure civile « un instrument “ autonome ” de réalisation des droits »³⁷, il ne s'agit jamais que d'assurer un « traitement procédural »³⁸ du conflit. Nous disons conflit car, même à rapprocher autant que faire se peut le droit processuel du droit substantiel dont il

³¹ LYOTARD Jean-François, *Le Différend*, Éditions de Minuit, 1983, p. 9.

³² JEAMMAUD Antoine, « Conflit, différend, litige », *Droits*, 2002, n°34, p. 15.

³³ GORCHS Béatrice, « La médiation dans le procès civil : sens et contresens. Essai de mise en perspective du conflit et du litige », *RTD civ.*, 2003, p. 409, spéc. p. 412.

³⁴ CADIET Loïc, « Arbitrer, arbitror : Gloses et post-gloses sous l'article 1843-4 du code civil », in *Aspects actuels du droit des affaires : mélanges en l'honneur de Yves Guyon*, Dalloz, 2003, p. 153, spéc. p. 161.

³⁵ CHAINAIS Cécile, FERRAND Frédérique, MAYER Lucie et GUINCHARD Serge, *Procédure civile - Droit commun et spécial du procès civil, MARD et arbitrage*, Dalloz, 36^e éd., 2022, p. 4, n°4.

³⁶ *Ibid.*, p. 5, n°6.

³⁷ *Ibid.*, p. 23, n°31.

³⁸ REVERCHON-BILLOT Morgane, *La question litigieuse en matière contractuelle : essai sur le traitement procédural du droit des contrats*, Dalloz, 2017, p. 3, n°1.

est censé assurer la réalisation³⁹, le différend factuel ne devient ici différend juridique qu'à travers son prisme procédural. Le litige est ainsi prétexte non pas à une analyse contentieuse du droit substantiel en lui-même, mais uniquement à une étude de la traduction procédurale que ce dernier pourrait recevoir si tant est que les parties saisissent le juge. Des travaux récents consacrés à « la question litigieuse en matière contractuelle »⁴⁰ illustrent cet angle nécessairement procédural que la doctrine adopte en matière contentieuse. Après avoir relevé une série de difficultés non résolues « en l'absence d'analyse croisée du droit des contrats et de la procédure civile »⁴¹, telles que le fait de savoir si l'on peut « demander au juge de prononcer, à la fois, la nullité du contrat et la condamnation au paiement de dommages et intérêts ? Doit-on nécessairement choisir entre la nullité et la résolution ? Comment demander au juge de prononcer simultanément deux sanctions ? Peut-on solliciter, à titre principal, le prononcé de la résolution du contrat, et subsidiairement l'exécution forcée, en cas de rejet de la résolution ? »⁴², Madame Morgane Reverchon-Billot se propose de réaliser « le trait d'union de la procédure civile et du droit substantiel »⁴³ au moyen du concept de « question litigieuse » devant servir à « déterminer la manière dont les sanctions offertes par le droit des contrats doivent être présentées au juge, et comment les règles de procédure doivent s'appliquer lors du procès civil tout en respectant le droit substantiel »⁴⁴. Outre le monopole que semble avoir le droit des sanctions contractuelles et donc les situations d'inexécution lorsque le droit des contrats est abordé dans une perspective contentieuse⁴⁵, la recherche susvisée reflète surtout l'attraction procédurale qu'opère le fait de percevoir le contentieux comme un litige, quand bien même on essaierait de le rattacher à la matière substantielle dont il provient.

4. Le contentieux-conflit appartient donc au domaine du fait tandis que le contentieux-litige impose un prisme procédural qui éloigne de l'objet d'étude. Pour parler « vraiment » du contentieux des pactes d'associés, il est par conséquent nécessaire d'adopter un angle nouveau qui, se concentrant sur les potentialités contentieuses du droit substantiel en lui-même, envisage le contentieux pour ce qu'il est avant tout, à savoir une discussion juridique.
5. **Le contentieux : une discussion juridique** – Définir le contentieux comme une discussion n'est pas, en soi, fondamentalement innovant. Le sens commun décrit déjà le contentieux comme ce qui est « litigieux, qui provoque la discussion »⁴⁶. Le Vocabulaire juridique Cornu estime pareillement que le contentieux se rapporte aux « questions qui sont ou qui

³⁹ Madame Morgane Reverchon-Billot relève en effet dans sa thèse que « la doctrine s'est déjà largement intéressée à la réalisation concrète du droit substantiel par la voie de la procédure » (*Ibid.*, p. 2, n°1) et cite à titre d'exemple les ouvrages suivants : RASCHEL Loïs, *Le droit processuel de la responsabilité civile*, IRJS Éditions, 2010 ; CAGNOLI Pierre, *La caution et le procès civil : essai d'analyse processuelle du droit des entreprises en difficulté*, LGDJ, 2002 ; WOITIER Maud, *La caution et le procès civil*, thèse de doctorat, droit, Université Paris I Panthéon-Sorbonne, 2011 ; DELICOSTOPOULOS Constantin S., *L'encadrement processuel des autorités de marché en droits français et communautaire : contentieux de la concurrence et de la bourse*, LGDJ, 2002.

⁴⁰ REVERCHON-BILLOT Morgane, *La question litigieuse en matière contractuelle : essai sur le traitement procédural du droit des contrats*, *op. cit.*

⁴¹ *Ibid.*, p. 3, n°2.

⁴² *Ibid.*

⁴³ *Ibid.*

⁴⁴ *Ibid.*, p. 4, n°2.

⁴⁵ Nous verrons pourtant qu'il faut distinguer risque contentieux et risque d'inexécution : V. *infra* n°201.

⁴⁶ *Dictionnaire de l'Académie française*, 9^e éd., 1992, v° « Contentieux ».

peuvent être l'objet d'une discussion devant les tribunaux »⁴⁷. Ce consensus se retrouve dans certains travaux de recherche. Dans sa thèse consacrée au contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles, le Professeur Rafael Amaro retient par exemple que « le terme “ contentieux ” ne fait pas vraiment difficulté et nous y verrons dans son acception juridique la plus large un “ sujet à querelle, à procès ” »⁴⁸. Le contentieux renvoie donc à une discussion juridique où l'on s'oppose, c'est-à-dire une discussion contradiction. Si originalité il doit y avoir, elle réside davantage dans le fait de considérer cette discussion contentieuse comme un objet d'étude à part entière. Non pas qu'elle soit ignorée. Bien au contraire, cela est vrai pour les pactes d'associés mais pas seulement, les différents guides, ouvrages, commentaires doctrinaux, articles de revues, prennent appui sur elle pour nourrir le discours juridique. La Professeure Marie Caffin-Moi, s'intéressant à l'inexécution des pactes, relève par exemple que « l'inexécution peut être indirecte lorsqu'une partie, à laquelle on demande d'exécuter ses obligations, oppose l'invalidité du pacte pour une raison ou une autre. Elle débusque alors soudainement une indétermination du prix d'une promesse contenue dans le pacte, une potestativité d'une clause de *bad leaver*, une contradiction entre le pacte et les statuts, une contrariété de la convention de vote à l'ordre public sociétaire ou tout autre fondement permettant de scier l'arbre à la racine, quitte à instrumentaliser les conditions de validité du pacte. Elle peut encore, la jurisprudence récente l'a montré, tenter de résilier le pacte prétendument conclu à durée indéterminée. Dans ces hypothèses, il est question d'inefficacité du pacte et non à proprement parler d'inexécution, mais le résultat est indirectement le même »⁴⁹. Qu'est-ce que représentent ces différentes discussions juridiques si ce n'est le contentieux des pactes d'associés ? De sorte qu'il ne faut pas penser qu'en s'attachant à étudier ce qui peut provoquer la discussion au sein des pactes, l'on va mettre au jour des questionnements jusqu'alors inconnus. C'est en réalité l'angle contentieux plus que le contentieux lui-même qui apparaît porteur car, s'il alimente bel et bien les différentes contributions à l'étude des pactes d'associés, il est toujours subi dans une logique *ex post* pour alerter la pratique sur le risque juridique lié à telle ou telle stipulation, sans jamais constituer un véritable outil de sécurisation des pactes d'associés. Préconiser par exemple de rédiger des promesses croisées en des termes différents, car il y a une incertitude en jurisprudence sur le fait de savoir si elles demeurent des promesses unilatérales autonomes ou deviennent synallagmatiques, est une chose⁵⁰, c'en est une autre de conceptualiser la contradiction qui pourrait naître entre les parties, ici une divergence quant à la qualification du mécanisme, et d'en proposer *ab initio* un traitement au stade de la rédaction contractuelle⁵¹. L'on nous opposera que les discussions potentielles sont multiples, qu'appréhender l'état du droit positif à un instant donné pour s'assurer de la conformité du pacte à ce dernier est déjà une tâche suffisamment complexe et que prétendre diriger la rédaction du pacte directement vers la discussion contentieuse qu'il pourrait générer est par trop ambitieux voire contre-productif. C'est cette forme de pessimisme que nous nous proposons de combattre. Nous pensons que le délaissement du contentieux pour

⁴⁷ *Vocabulaire Juridique* (sous la direction de Gérard Cornu), *op. cit.*, v° « Contentieux ».

⁴⁸ AMARO Rafael, *Le contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles : étude des contentieux privés autonome et complémentaire devant les juridictions judiciaires*, Bruylant, 2014, p. 35, n°5, se référant à la définition de « contentieux » donnée par REY Alain [dir.], *Dictionnaire historique de la langue française*, Le Robert, 2006.

⁴⁹ CAFFIN-MOI Marie, « Les remèdes à l'inexécution des pactes » in dossier « Pactes d'actionnaires et droit des contrats », *RDC*, 2024, n°1, p. 110.

⁵⁰ V. *infra* n°240.

⁵¹ V. *infra* n°479.

ce qu'il est troué sa source non pas dans l'impossibilité ou l'inutilité de l'appréhender de manière juridique mais plutôt dans le fait que le « caractère conflictuel de la pratique et du discours juridiques fait l'objet d'un refoulement assez général. La pensée juridique traditionnelle a toujours déployé les plus grands efforts en vue de susciter l'apparence de l'ordre, de la continuité et de la stabilité, en vue, notamment, de conforter une certaine idée (fixiste, formaliste) de la sécurité juridique »⁵². On comprend en effet bien que l'avocat qui répond à la demande de son client en rédigeant un pacte n'entend pas lui donner l'apparence que chacun des engagements⁵³ prévus en son sein emporte avec lui son lot de discussions contentieuses potentielles. Il l'assure de ce qu'il a rédigé un contrat conforme au droit positif, l'alerte le cas échéant sur les incertitudes juridiques pesant sur telle ou telle clause, mais n'envisage pas d'intégrer à la rédaction même les différentes voies par lesquelles ces engagements pourraient demain être remis en cause dans le cadre d'un contentieux. L'objet de cette étude est précisément de démontrer qu'il n'y aurait aucun aveu de faiblesse à le faire. Bien au contraire, la discussion juridique n'est pas nécessairement synonyme de désordre. Elle peut être anticipée, recensée et traitée. Et si de nouvelles problématiques surviennent, il faudra alors recommencer l'opération. Mais l'on aura au moins acquis en chemin une méthode nouvelle qui permettra, à côté des démarches existantes, de faire à son tour « fonctionner le pacte d'associés »⁵⁴.

6. L'angle contentieux apparaît donc comme étant digne d'étude. Il reste néanmoins nécessaire de s'accorder sur un certain nombre de délimitations et points de méthode. C'est qu'il y a dans l'absolu plusieurs façons de révéler la discussion juridique propre aux pactes d'associés.
7. **Le contentieux : une discussion judiciaire** – Si une distinction entre le contentieux et le litige s'est imposée en ce que c'est bien le droit substantiel qui nous intéresse et non son traitement procédural⁵⁵, il faut néanmoins convenir qu'à chaque fois qu'il sera nécessaire d'observer la ou les façons dont un engagement pourrait être remis en cause dans le cadre d'une discussion contentieuse⁵⁶, cette observation prendra assez largement appui sur les litiges traités par les tribunaux de l'ordre judiciaire. Cette délimitation quant à la collecte des données contentieuses suscite deux interrogations principales.
8. En premier lieu, l'on est légitime à se demander si, en n'intégrant pas les litiges qui seraient résolus par la voie de l'arbitrage ou encore plus largement par la voie de la médiation ou de la conciliation, l'on ne se prive pas de données significatives de sorte que l'étude se concentrerait en réalité sur une partie seulement du contentieux des pactes d'associés. Il est vrai que l'on relève depuis longtemps déjà que « le contentieux des pactes d'actionnaires n'est que rarement judiciaire⁵⁷ », que « l'arbitrage est un mode usuel de résolution des conflits en matière de sociétés, conflits entre associés ou entre associés et société ou

⁵² OST François, « Le conflit, moteur et enjeu du droit : sept propositions », *op. cit.*, p. 81.

⁵³ Sur le choix du terme engagement : V. *infra* n°44.

⁵⁴ V. *supra* n°1.

⁵⁵ V. *supra* n°3.

⁵⁶ V. *infra* n°204 et s.

⁵⁷ PRAT Sébastien, *Les pactes d'actionnaires relatifs au transfert de valeurs mobilières*, Litec, 1992, p. 12, n°19.

dirigeants et société, et s'est développé considérablement à l'époque contemporaine »⁵⁸, et que l'on en vient même à comparer les apports du recours à un arbitre et d'une solution négociée en la matière⁵⁹. Reste que sans contester cette réalité, l'accessibilité restreinte des sentences arbitrales et le caractère confidentiel des accords trouvés dans le cadre d'une médiation ou d'une conciliation empêchent de fonder l'observation du contentieux des pactes sur ces modes alternatifs de résolution des différends. Faut-il néanmoins craindre de passer massivement à côté de questionnements que l'on ne retrouverait pas dans le contentieux judiciaire ? Nous ne le pensons pas car, de nouveau, ce n'est pas tant le traitement procédural de la discussion contentieuse qui nous intéresse que la discussion elle-même⁶⁰. Or, si l'une des parties au pacte souhaite par exemple remettre en cause son engagement de céder ses parts ou actions au motif que la formule de calcul du prix rendrait ce dernier indéterminable⁶¹, le moyen contentieux existe et ne change pas de nature selon que le litige est tranché par un juge étatique ou un arbitre. La voie de résolution du litige n'absorbe donc pas le contentieux qui lui préexiste. Et nous verrons que les tribunaux de l'ordre judiciaire fournissent suffisamment d'illustrations du contentieux des pactes d'associés pour que l'on n'ait pas à redouter de manquer de données exploitables⁶². En revanche, il y a dans ces questionnements une problématique sous-jacente qui apparaît, elle, plus sérieuse et qui est celle de la représentativité du contentieux observé.

9. Cette seconde interrogation liée donc à la représentativité du contentieux observé fait office de constante dans la plupart des écrits qui ont tenté de déterminer les enseignements que l'on pouvait réellement tirer d'une observation de la jurisprudence. C'est d'abord sur un plan statistique que la problématique se déploie. La Professeure Marie-Anne Frison-Roche et le Professeur Serge Bories rendaient compte de la difficulté avec vigueur dès le début des années 90 dans un article consacré à la « jurisprudence massive »⁶³, démarrant leurs développements de la manière suivante : « N'est-ce pas un défi à l'intelligence et aux lois de l'observation que de soustraire à l'étude la quasi-totalité du réel que l'on affirme chercher à connaître ? Or la jurisprudence, sur laquelle converge la majeure partie des analyses et des synthèses juridiques, n'est le plus souvent appréhendée qu'à travers un nombre infime de décisions. Celles-ci ne peuvent être dès lors représentatives de la masse du contentieux dont elles sont extraites : il s'agira des arrêts rendus par les formations les plus solennelles des plus Hautes juridictions ou de décisions dont l'examen est retenu en raison précisément de l'originalité du point de droit abordé, de son caractère crucial, de l'incertitude de la réponse à y apporter ou encore de l'étrangeté de l'affaire traitée »⁶⁴. Ces constatations devant pousser les auteurs à démontrer l'intérêt d'une étude massive des « jugements banals »⁶⁵. Le Professeur Philippe Jestaz avait déjà remarqué quelques années auparavant de manière similaire que « ce que nous voyons, ce n'est pas l'œuvre des tribunaux à l'état brut, mais cette œuvre telle que vue, revue et corrigée peut-être par les commentateurs spécialistes de

⁵⁸ COHEN Daniel, « L'arbitrage et les cessions de droits sociaux », *GPL*, 2010, n°139-140, p. 87. *Adde*, COHEN Daniel, *Arbitrage et société*, LGDJ, 1993.

⁵⁹ Dossier, « Le recours à l'arbitrage et à la médiation dans la résolution des conflits sociétaires : concurrence ou complémentarité ? », *Actes prat. ing. sociétaire*, 2023, n°4, p. 3-30.

⁶⁰ V. *supra* n°3.

⁶¹ V. *infra* n°221.

⁶² V. *infra* n°204 et s.

⁶³ FRISON-ROCHE Marie-Anne et BORIES Serge, « La jurisprudence massive », *D.*, 1993, p. 287.

⁶⁴ *Ibid.*, n°1.

⁶⁵ *Ibid.*, n°3 et s.

la question »⁶⁶. Cette idée d'une jurisprudence mal représentée dans la construction du droit positif recevait alors un écho particulier à cet époque⁶⁷. On continuait toutefois à faire remarquer dans un passé plus récent que « le droit ne se réduit pas au contentieux devant la Cour de cassation »⁶⁸. Même à tenir compte de cette forme d'exhortation à une analyse plus exhaustive de la jurisprudence, c'est ensuite sur un plan sociologique que la question de la représentativité réémerge. Et ce car les discussions contentieuses que l'on retrouve en jurisprudence ne reflètent pas forcément avec exactitude l'ensemble des discussions contentieuses potentielles. La réalité contentieuse jurisprudentielle n'équivaut pas ainsi nécessairement à la réalité contentieuse sociale. C'est qu'aussi perfectionnés qu'ils puissent être, les « instruments de collecte et d'analyse ne permettent point, hélas, de rassembler toutes les données juridiques d'une réalité sociale déterminée »⁶⁹. Ce double écueil statistique et sociologique ne constitue toutefois pas un obstacle dirimant pour l'étude. Précisément car celle-ci a pour objet le contentieux et non la jurisprudence des pactes d'associés. On peut en effet admettre que ce soit un « jeu d'enfants de vérifier que la jurisprudence n'est en rien représentative du contentieux »⁷⁰. Néanmoins, si l'on veut bien s'accorder sur le fait que le contentieux soit « la chose disputée par les parties »⁷¹, alors il n'y a aucun biais à se servir des données jurisprudentielles⁷² en ce qu'elles révèlent certains types de disputes tant que l'on ne s'y limite pas. Autrement dit, il ne s'agit pas de réduire le discours juridique à la jurisprudence observable⁷³. L'objectif est simplement de démontrer que la mobilisation de celui-ci dans une perspective contentieuse peut faire l'objet d'une approche juridique et que cette dernière est porteuse pour la sécurisation des pactes d'associés. Et à la critique théorique ou pratique de l'impossible recensement exhaustif des discussions potentielles, il faut simplement répondre, d'une part, que l'on espère que la rigueur permettra, le moment venu⁷⁴, de ne pas occulter des discussions contentieuses majeures et, d'autre part, que l'on entend s'assurer que la méthode utilisée pourra s'appliquer à d'autres discussions délaissées, notamment parce qu'elles seraient encore à venir⁷⁵.

10. Il convient enfin de préciser que cette réflexion sur la représentativité du contentieux n'est pas purement théorique. Un travail empirique avait été entrepris au début de la recherche : près de cent quatre-vingts arrêts de cours d'appel furent réunis, classés et discutés,

⁶⁶ JESTAZ Philippe, « La jurisprudence, ombre portée du contentieux », *D.*, 1989, p. 149, spéc. p. 151.

⁶⁷ V. BORIES Serge, « À la rencontre du droit vécu (L'étude des masses jurisprudentielles : une dimension nouvelle des phénomènes socio-judiciaires) », *JCP G*, 1985, n°45, 3213 ; SERVERIN Evelyne et JEAMMAUD Antoine, « Concevoir l'espace jurisprudentiel », *RTD civ.*, 1993, p. 91 ; BÉROUJON Christiane, « Pour une analyse empirique des relations entre contentieux et jurisprudence », *RTD civ.*, 1993, p. 94 ; BÉROUJON Christiane, « Contentieux au singulier et jurisprudence au pluriel », *RTD civ.*, 1995, p. 579.

⁶⁸ LAITHIER Yves-Marie, « La distinction entre les obligations de donner, de faire et de ne pas faire en droit français », in *Comparaison de la réforme du droit français des contrats et du régime de l'obligation avec le nouveau Code civil roumain. Vol. 2 Régime de l'obligation*, IRJS Éditions, 2017, p. 3, spéc. p. 8.

⁶⁹ CHARNAY Jean-Paul, « Sur une méthode de sociologie juridique : l'exploitation de la jurisprudence », *op. cit.*, spéc. p. 514. Adde, CARBONNIER Jean, *Sociologie juridique*, *op. cit.*, p. 189.

⁷⁰ BÉROUJON Christiane, « Contentieux au singulier et jurisprudence au pluriel », *op. cit.*, spéc. p. 585.

⁷¹ *Ibid.*, spéc. p. 587.

⁷² Et il n'y a sur ce point aucune raison de se limiter aux arrêts de la Cour de cassation.

⁷³ V. ATIAS Christian, *Le contrat dans le contentieux judiciaire*, Litec, 5^e éd., 2011.

⁷⁴ V. *infra* n°204 et s.

⁷⁵ V. *supra* n°5.

notamment lors d'un échange avec le statisticien Yves Tillé⁷⁶. Cet examen a cependant montré qu'aucune ligne statistique exploitable ne se dégageait de ces décisions, hormis des contingences factuelles – au premier rang desquelles l'écoulement du temps entre la conclusion du pacte et la saisine du juge. L'abandon d'une approche statistique procède ainsi d'un choix méthodologique assumé : la statistique porte sur les demandes effectivement soumises au juge⁷⁷, tandis que la présente étude vise les discussions contentieuses possibles. Le matériau jurisprudentiel est donc utilisé non comme base de quantification, mais comme révélateur de types de disputes. De sorte que notre analyse contentieuse pourra être fondée essentiellement, mais non exclusivement, sur les discussions judiciaires propres aux pactes d'associés. Pour pouvoir être menée, celle-ci nécessite toutefois une autre précision importante qui suppose de déterminer les discussions juridiques pertinentes pour l'étude.

11. Le contentieux : une discussion structurelle – Envisager le contentieux des pactes d'associés comme une discussion⁷⁸, le cas échéant judiciaire⁷⁹, constitue une délimitation importante de l'objet d'étude mais néanmoins insuffisante. C'est que les pactes se retrouvent dans de nombreux débats contentieux sans que l'on sache vraiment si l'on peut parler dans ces situations de contentieux des pactes d'associés. Ainsi évidemment du contentieux fiscal généré par les pactes⁸⁰. Ainsi également des contentieux de droit social, comme par exemple celui du coemploi qui permet qu'une société faisant partie d'un groupe puisse être considérée comme un coemployeur à l'égard du personnel employé par une autre « s'il existe, au-delà de la nécessaire coordination des actions économiques entre les sociétés appartenant à un même groupe et de l'état de domination économique que cette appartenance peut engendrer, une immixtion permanente de cette société dans la gestion économique et sociale de la société employeur, conduisant à la perte totale d'autonomie d'action de cette dernière »⁸¹. La nécessaire prise en compte des techniques du droit des

⁷⁶ Yves Tillé est professeur émérite de statistiques à l'Université de Neuchâtel. L'entretien a été mené à distance le vendredi 25 juin 2021. L'échange a permis de confirmer que la principale difficulté d'une approche statistique réside dans la constitution préalable d'un échantillon de décisions véritablement représentatif du contentieux. Sur les méthodes d'échantillonnage : V. not. TILLÉ Yves, *Théorie des sondages. Échantillonnage et estimation en populations finies. Cours et exercices corrigés*, 2^e éd., Dunod, 2019 ; FIRDION Jean-Marie, « Construire un échantillon », in *L'enquête sociologique*, PUF, 2012, p. 69 et s.

⁷⁷ V. à ce propos, la nomenclature des affaires civiles et la nomenclature des procédures particulières mises à jour par la direction des affaires civiles et du sceau : <https://www.data.gouv.fr/datasets/nomenclatures-des-affaires-civiles-et-des-procedures-particulieres/> [en ligne].

⁷⁸ V. *supra* n°5.

⁷⁹ V. *supra* n°7 et s.

⁸⁰ On pense essentiellement à la difficile question de la qualification fiscale à attribuer aux sommes versées aux managers et mandataires sociaux en application des *management packages* : V. LE NABASQUE Hervé, « Le contentieux des management fees et management packages », *BJS*, 2024, n°3, p. 60. Il faut désormais se référer à l'article 163 bis H du Code général des impôts introduit par la loi n° 2025-127 du 14 février 2025 de finances pour 2025 qui régit l'imposition du « gain net réalisé sur les titres souscrits ou acquis par des salariés ou des dirigeants ou attribués à ceux-ci [...] en contrepartie des fonctions de salarié ou de dirigeant ».

⁸¹ Soc., 25 nov. 2020, n°18-13.769, *Publié au Bulletin* ; *BJS*, 2021, n° 1, 25, note BARBIÈRI ; *JCP S*, 2021, n° 4, 26, note PAGNERRE ; *Lexbase social*, 2021, n° 852, note OLIVENNES ; *Dr. soc.*, 2021, n° 4, 367, note BAUGARD ; *BJEiD*, 2021, n° 2, 57, note GAILHBAUD. La Cour de cassation abandonne ici le critère de la « triple confusion » d'intérêts, d'activités et de direction censée se manifester par l'immixtion dans la gestion économique et sociale caractéristique de la situation de coemploi (Soc., 2 juill. 2014, n°13-15.208 et autres, *Bull. civ.*, 2014, V, n° 159 ; *JCP E*, 2014, n° 50, 31, note PÉTEL et n° 28-29, 18, note DEDESSUS-LE-MOUSTIER ; *Rev. sociétés*, 2014, n° 12, 709, note COURET et SCHRAMM ; *RLDA*, 2014, n° 96, 15, note MPINDI ; Soc., 28 mars 2018, n°16-22.188, *GPL*, 2018, n° 23, 60, note CAFFIN-MOI). Pour une application positive : V. Soc., 23 nov. 2022, n°20-23.206, *Publié au Bulletin* ; *BJS*, 2023, n° 2, 51, note AUZERO ; *Rev. sociétés*, 2023, 450, note

sociétés en droit social⁸² fait que le contenu du pacte d'associés conclu entre les sociétés du groupe est un élément important qui pourra ou non influencer sur la caractérisation de la situation de coemploi⁸³. Toutefois, une distinction semble s'imposer entre un contentieux que l'on peut considérer comme « conjoncturel » et les discussions structurelles qui, seules, doivent retenir notre attention. Dans le contentieux conjoncturel, le pacte est dans le débat mais n'en est pas l'objet. Par exemple, le salarié qui s'appuie sur la conclusion d'un pacte d'associés pour tenter de faire reconnaître la qualité de coemployeur à l'une des sociétés du groupe n'entend pas remettre en cause les engagements que celui-ci contient. Il en va de même lorsque l'on cherche simplement à déterminer si la conclusion d'un pacte est caractéristique de l'action de concert prévue à l'article L. 233-10, I, du Code de commerce⁸⁴, la reconnaissance de cette dernière ayant notamment pour effet de rendre solidaires les concertistes de l'obligation de déclaration de franchissement de seuils propre aux sociétés dont les actions sont admises aux négociations sur un marché réglementé⁸⁵. Il y a donc une différence de nature importante avec l'opposition qui peut avoir lieu entre les parties au pacte relativement aux engagements conclus. C'est dans cette dernière configuration uniquement que le pacte est l'objet du contentieux. Cela justifie d'exclure toutes les autres hypothèses conjoncturelles où le pacte n'est que l'accessoire d'un contentieux principal⁸⁶.

12. Discussion structurelle de droit français – Précisons qu'il est tout à fait possible qu'un pacte d'associés, et donc le contentieux qui pourrait naître en son sein, comporte un élément d'extranéité. Se pose alors la question du droit applicable, le principe général en la matière étant « la liberté des parties de choisir le droit applicable sous réserve des restrictions qui tiennent essentiellement à la prévention des abus et à l'ordre public international »⁸⁷. À défaut de choix contractuel, un arbitrage doit être fait entre l'application concurrente de la *lex societatis* et de la *lex contractus*⁸⁸. L'hypothèse dans laquelle un pacte d'associés serait soumis à un droit étranger n'est donc pas d'école. Nous ferons néanmoins le choix de restreindre cette étude aux discussions juridiques de droit français. Le fait est que la contrainte liée à la nécessité de maintenir une forme d'exhaustivité quant aux discussions contentieuses observées⁸⁹ empêche de complexifier la tâche en ajoutant aux discussions de droit français celles qui proviendraient de l'application de droits étrangers.

COURET et CARSIN ; *JCP E*, 2023, n° 7, 50, note BRUNIÉ et n° 17-18, 22, note LASSERRE ; *BJT*, 2023, n° 1, 37, note RANC. Le coemploi pourrait même être caractérisé hors d'un groupe de sociétés, entre deux sociétés entretenant une simple relation commerciale : V. Soc., 9 oct. 2024, n°23-10.488 et autres, *Publié au Bulletin* ; *BJT*, 2024, n° 12, 20, note RANC et n° 1, 57, note RIANCHO ; *JCP S*, 2024, n° 50, 26, note PAGNERRE ; *SSL*, 2024, n° 2115, 20, note AUZERO ; *JSL*, 2024, n° 595, 14, note LHERNOULD ; *JCP G*, 2024, n° 42, 1728, note DEDESSUS-LE-MOUSTIER.

⁸² V. AUZERO Gilles, « La nécessaire prise en compte des techniques du droit des sociétés », *Dr. soc.*, 2019, p. 485.

⁸³ V. pour une illustration : CA, Amiens, 12 févr. 2019, n° 16/04076.

⁸⁴ Ce dernier disposant que « sont considérées comme agissant de concert les personnes qui ont conclu un accord en vue d'acquérir, de céder ou d'exercer des droits de vote, pour mettre en œuvre une politique commune vis-à-vis de la société ou pour obtenir le contrôle de cette société ».

⁸⁵ C. com., art. L. 233-7, I. V. SCHMIDT Dominique et RONTCHEVSKY Nicolas, « Action de concert », *Rép. sociétés*, Dalloz, 2012, n°150 et s.

⁸⁶ Nous verrons qu'il nous faudra restreindre encore davantage la délimitation des discussions structurelles pertinentes pour l'étude : V. *infra* n°202.

⁸⁷ MARTIN Didier et SCHILLER Sophie, *Guide des pactes d'actionnaires et d'associés : 2022/2023*, *op. cit.*, p. 100, n°165.

⁸⁸ *Ibid.*

⁸⁹ V. *supra* n°9.

13. Le contentieux des pactes d'associés – Cette délimitation du contentieux et la nécessité de justifier de l'intérêt de l'angle correspondant pour l'étude ne doivent pas, *in fine*, nous conduire à occulter la définition du périmètre de la recherche proposée. C'est qu'il ne faudrait pas, en plaçant le contentieux avant les pactes⁹⁰, oublier les pactes eux-mêmes. En réalité, il semble qu'il y ait, derrière cette exigence méthodologique, deux questions sous-jacentes. La première suppose de déterminer les raisons qui nous poussent à appliquer spécifiquement l'angle contentieux aux pactes d'associés. Cette interrogation appelle une réponse rapide. En effet, nous avons vu que les conflits entre associés constituaient un terrain privilégié de l'approche non juridique du contentieux qui limite ce dernier à un sujet purement factuel⁹¹. Si nous parvenons donc à faire du contentieux une problématique de droit et non uniquement de fait, il y a de grandes chances que cette conception renouvelée soit particulièrement porteuse dans un domaine qui s'en est jusqu'à présent assez largement privé. Reste alors une seconde question, plus délicate, qui implique de dire ce que nous allons entendre par « pactes d'associés » dans la suite de ces développements. On pressent ici la difficulté. Le fait est que, comme annoncé⁹², les pactes emportent avec eux une série de questionnements susceptible de constituer à elle seule un objet d'étude à part entière. Même en s'en tenant à un travail de définition, les directions possibles sont multiples. Dans sa contribution récente à l'étude des pactes d'associés, Madame Salfati-Arfi témoigne de cette singularité du pacte en s'interrogeant comme suit : « Comment le différencier d'autres mécanismes et groupements du droit des sociétés ? Un pacte d'associés conclu dans les sociétés non cotées est-il assimilable à celui conclu dans les sociétés cotées ? Le pacte d'associés peut-il, au vu de sa singularité, être envisagé comme un contrat spécial au sens du droit des contrats spéciaux, emportant l'application d'un régime particulier déterminé par la loi et la jurisprudence ? Une telle qualification est-elle souhaitable alors qu'il doit rester souple et flexible pour s'adapter à la volonté des signataires ? [...] en tant qu'acte juridique comportant une pluralité de parties, le pacte d'associés peut-il être classé dans les catégories d'actes juridiques collectifs ou conjonctifs entraînant des conséquences qui leurs sont propres ? En outre, dans un pacte d'associés, une même partie peut contenir une pluralité de membres. Les groupes d'associés signataires, signant un tel pacte – minoritaires, majoritaires, investisseurs, fondateurs, salariés, dirigeants, etc. – doivent-ils alors être appréhendés comme une partie plurale ? »⁹³. L'historique de ce contexte épineux est connu. Dans un mouvement dit de contractualisation⁹⁴, les acteurs ont en effet souhaité remédier à une forme d'inadaptation du droit français des sociétés aux besoins concrets de la vie des affaires⁹⁵. Les pactes d'associés sont alors apparus comme un réceptacle privilégié de

⁹⁰ V. *supra* n°1.

⁹¹ V. *supra* n°2.

⁹² V. *supra* n°1.

⁹³ SALFATI-ARFI Sarah-Rachel, *Contribution à l'étude du pacte d'associés*, *op. cit.*, p. 6, n°4.

⁹⁴ V. not. MONSALLIER Marie-Christine, *L'aménagement contractuel du fonctionnement de la société anonyme*, LGDJ, 1998 ; GUYON Yves, *Traité des contrats. Les sociétés. Aménagements statutaires et conventions entre associés*, *op. cit.* ; SCHILLER Sophie, *Les limites de la liberté contractuelle en droit des sociétés : les connexions radicales*, LGDJ, 2002 ; GOFFAUX-CALLEBAUT Géraldine, *Du contrat en droit des sociétés : essai sur le contrat instrument d'adaptation du droit des sociétés*, L'Harmattan, 2008 ; GERMAIN Michel, « La contractualisation du droit des sociétés », in *Regards sur l'évolution du droit des sociétés depuis la loi du 24 juillet 1966*, Dalloz, 2018, p. 33 et s.

⁹⁵ V. BISSARA Philippe, « L'inadaptation du droit français des sociétés aux besoins des entreprises et les aléas des solutions », *Rev. sociétés*, 1990, p. 553.

l'expression d'intérêts particuliers⁹⁶, opérant par là-même une sorte de « renouvellement contractuel dans la pratique des sociétés »⁹⁷. La démarche donna naissance à un instrument hybride⁹⁸ à la parenté nécessairement disputée entre droit des obligations et droit des sociétés⁹⁹. Insaisissables, les pactes devraient surtout alerter ceux qui se proposent de les étudier car « qui veut définir la notion de pactes d'actionnaires ou d'associés doit prendre garde à deux écueils : l'excès de précision et l'excès d'imprécision. Il s'agit en effet de ne traiter que des pactes tout en incluant l'ensemble des pactes »¹⁰⁰. L'abondante littérature relative aux pactes d'associés témoigne pourtant d'un certain paradoxe. C'est que les pactes d'associés pourraient faire l'objet de monographies¹⁰¹, de développements en droit international privé¹⁰², en droits étrangers¹⁰³, en droit des nouvelles technologies¹⁰⁴, sans dans le même temps pouvoir recevoir une « définition stricte »¹⁰⁵. En réalité, c'est moins une définition stricte qu'une définition universelle qui semble inatteignable. Et ce car une délimitation rationnelle de ce que l'on peut ou non entendre par pactes d'associés est parfaitement possible, la complexité de la tâche ne devant à cet égard pas être exagérée. En revanche, il est exact que certains pourront préférer une vision plus étroite ou plus extensive de la notion, de sorte que le consensus en la matière est probablement exclu. Néanmoins, dans la mesure où l'objet de cette étude n'est pas de renouveler la conception des pactes d'associés mais simplement d'envisager ces derniers dans une perspective contentieuse, l'on peut se contenter d'une perception simplifiée qui satisfasse le plus grand nombre. Pour ce faire, il nous faut nous accorder, d'une part, sur la nature contractuelle des pactes d'associés et, d'autre part, sur la possibilité de les localiser et donc de les identifier.

14. Éprouver une gêne à voir dans le pacte d'associés un simple contrat est tout à fait naturel. Celle-ci est avant tout terminologique et provient du terme pacte lui-même dont on se dit qu'il doit traduire une réalité propre, pas nécessairement identique à celle du contrat. L'intuition est ici confirmée par l'étymologie car le pacte est emprunté du latin *pactum*. Or, le *pactum* en droit romain correspondait à une convention purement consensuelle donnant naissance à une obligation naturelle dépourvue d'effet obligatoire¹⁰⁶. Ce consensualisme n'accédait au principe de l'exécution forcée qu'à la condition que le pacte ait reçu un

⁹⁶ V. *infra* n°90 et s.

⁹⁷ DAIGRE Jean-Jacques et SENTILLES-DUPONT Monique, *Pactes d'actionnaires*, GLN Joly éditions, 1995, p.1, n°1. Sur l'origine historique des pactes : V. SALFATI-ARFI Sarah-Rachel, *Contribution à l'étude du pacte d'associés*, *op. cit.*, p. 15, n°7.

⁹⁸ SALFATI-ARFI Sarah-Rachel, *Contribution à l'étude du pacte d'associés*, *op. cit.*, p. 139, n°73 et s.

⁹⁹ JEANTIN Michel, « Droit des obligations et droit des sociétés », in *Mélanges dédiés à Louis Boyer*, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 1996, spéc. p. 317.

¹⁰⁰ MARTIN Didier et SCHILLER Sophie, *Guide des pactes d'actionnaires et d'associés : 2022/2023*, *op. cit.*, p. 2, n°3.

¹⁰¹ V. not. BOUILLET-CORDONNIER Ghislaine, GODOT-SORINE Marie-Alice, LAMAZEROLLES Eddy, MOULIN Jean-Marc, *Pactes d'actionnaires et privilèges statutaires*, EFE, 2020 ; MARTIN Didier et SCHILLER Sophie, *Guide des pactes d'actionnaires et d'associés : 2022/2023*, *op. cit.* ; HEINICH Julia, LÉCUYER Hervé et MESTRE Jacques [dir.], *Les pactes d'affaires*, LGDJ, 2021.

¹⁰² V. BOLOGNA Francesca, *Les pactes d'actionnaires en droit international privé*, thèse de doctorat, droit, Paris-Panthéon-Assas, 2009.

¹⁰³ V. les nombreuses références citées par SALFATI-ARFI Sarah-Rachel, *Contribution à l'étude du pacte d'associés*, *op. cit.*, p. 21, n°9.

¹⁰⁴ PACLOT Yann, « La blockchain et le pacte d'actionnaires », in *Blockchain et droit des sociétés*, Dalloz, 2019, p. 161.

¹⁰⁵ SALFATI-ARFI Sarah-Rachel, *Contribution à l'étude du pacte d'associés*, *op. cit.*, p. 17, n°8.

¹⁰⁶ LÉVY Jean-Philippe et CASTALDO André, *Histoire du droit civil*, 2^e éd., Dalloz, 2010, p. 784, n° 507.

commencement d'exécution¹⁰⁷. Parce qu'informel et obligatoire uniquement par exception, le pacte était dès l'origine associé à l'idée de souplesse. Conformément au mythe faustien, on pactise donc plus que l'on ne contractualise¹⁰⁸. C'est pourquoi la notion de pacte « relève peut-être plus de l'analyse sociologique que de l'analyse juridique »¹⁰⁹ dans la mesure où « c'est plutôt l'esprit qui anime les parties qui constitue la spécificité du pacte »¹¹⁰. Si l'on veut bien admettre qu'un pacte en général ait « vocation à qualifier des accords originaux quelquefois avec des contours imprécis, toujours à la marge de la théorie générale des obligations »¹¹¹, et que les parties qui y ont recours trouvent leur compte dans l'abstraction que le terme entretient, il ne fait guère de doute qu'en concluant un pacte d'associés l'on conclut un contrat au sens de l'article 1101 du Code civil, c'est-à-dire « un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations »¹¹². Cette réalité n'est d'ailleurs pas remise en cause par les auteurs qui, tout en relevant l'originalité de la notion, identifient bel et bien l'accord de volontés caractéristique¹¹³ et reconnaissent que « les pactes restent toutefois, pour nombre d'entre eux et le plus souvent, de véritables contrats »¹¹⁴. Une exception notable doit toutefois retenir l'attention. Elle a trait aux conceptions dites « structurelles » du pacte. C'est principalement ici Monsieur Sébastien Prat qui, dans sa thèse, a opposé les formes structurelles à la forme « purement contractuelle »¹¹⁵. La structure du pacte en question pouvant dès lors, selon cet auteur, être sans personnalité morale, sont abordées l'indivision et la société en participation¹¹⁶, ou avec personnalité morale, et sont concernées la constitution d'une holding, d'une filiale commune ou encore d'une association d'actionnaires¹¹⁷. La Professeure Olympe Dexant-de Baillencourt affirme de manière similaire que la forme du pacte « relativement souple, peut aussi bien être celle d'une société holding »¹¹⁸. Consentir à cette approche structurelle du pacte est néanmoins problématique car cela impliquerait d'élargir pour beaucoup l'objet de l'étude en intégrant des contentieux très divers pouvant toucher au droit de l'indivision, au droit de la personne morale choisie pour constituer la holding, au droit des contrats, etc. Surtout, il nous semble que, dans cette configuration, ce n'est plus vraiment le contentieux des pactes d'associés que l'on traite

¹⁰⁷ Il s'agissait de l'action *praescriptis verbis* : V. LATINA Mathias, « Contrat : généralités », *Rép. civ.*, Dalloz, 2017, n°3 ; DESCAMPS Olivier, « *Plura sunt negotia quam vocabula*. Pactes et contrats innommés : à propos d'une thèse récente d'histoire du droit médiéval », *RDC*, 2013, n°2, p. 475.

¹⁰⁸ V. POITRINAL François-Denis, « Les pactes d'actionnaires », in *Le juge et le droit de l'économie : mélanges en l'honneur de Pierre Bézard*, Montchrestien, 2002, p. 127.

¹⁰⁹ PRAT Sébastien, *Les pactes d'actionnaires relatifs au transfert de valeurs mobilières*, *op. cit.*, p. 2, n°3.

¹¹⁰ *Ibid.*, p. 2, n°4.

¹¹¹ ALIBERT Bernard, « Le pacte en droit privé », *D.*, 1996, p. 73.

¹¹² Sur la notion de contrat : V. *infra* n°21 et s. Précisons à ce sujet que le modèle d'étude retenu ne peut être que celui de la société pluripersonnelle. On voit en effet mal comment un associé unique conclurait un pacte avec lui-même. Certes, un tel accord pourrait exister entre l'associé unique et l'organe dirigeant si la direction de la société n'est pas assumée par ledit associé, mais le caractère marginal de l'hypothèse justifie qu'elle soit écartée.

¹¹³ DEXANT-DE BAILLIENCOURT Olympe, *Les pactes d'actionnaires dans les sociétés cotées*, *op. cit.*, p. 2, n°3.

¹¹⁴ SALFATI-ARFI Sarah-Rachel, *Contribution à l'étude du pacte d'associés*, *op. cit.*, p. 11, n°6. Adde, considérant que « le pacte est d'abord un contrat » : GERMAIN Michel et ANSAULT Jean-Jacques, « Contrat et société : à propos du pacte extrastatutaire et de la SAS », in *Mélanges en l'honneur de Jean-Jacques Daigre : autour du droit bancaire et financier et au-delà*, Lextenso, 2017, p. 87, spéc. p. 88, n°4 et s.

¹¹⁵ PRAT Sébastien, *Les pactes d'actionnaires relatifs au transfert de valeurs mobilières*, *op. cit.*, p. 127, n°215 et s.

¹¹⁶ *Ibid.*, p. 128, n°216 et s.

¹¹⁷ *Ibid.*, p. 136, n°235 et s.

¹¹⁸ DEXANT-DE BAILLIENCOURT Olympe, *Les pactes d'actionnaires dans les sociétés cotées*, *loc. cit.*

mais plutôt le contentieux de la structure qui le formalise. En effet, « le “ pacte ” s'estompe alors derrière la société qui le concrétise et l'absorbe »¹¹⁹, raison pour laquelle « la “ holding ” n'est pas à proprement parler un “ pacte ” d'actionnaires. Même si elle en est l'expression la plus achevée, elle a aussi sa propre nature. À l'unanimité contractuelle, et aux “ soupapes ” qui existent dans le droit commun des contrats, elle substitue la règle structurelle, durable, et souvent brutale, de la majorité »¹²⁰. Étudier le contentieux des pactes d'associés revient donc bien à étudier un contentieux contractuel. De sorte que parties au pacte et contractants doivent être tenus pour synonymes dans la suite de ces développements. Reste alors à démontrer que l'on est en mesure de localiser et donc d'identifier ce contrat.

15. Les enjeux de localisation et d'identification des pactes sont étroitement liés. Par localisation, il faut entendre le fait d'accepter de distinguer ce qui relève de l'aménagement statutaire et ce qui relève des conventions extrastatutaires entre associés, autrement dit des pactes. C'est historiquement la démarche qu'ont suivie la plupart des auteurs. Yves Guyon dans son ouvrage précurseur consacrait ainsi une première partie aux stipulations statutaires et une seconde partie aux stipulations extrastatutaires¹²¹. La Professeure Dominique Velardocchio-Flores réservait pour sa part son étude aux accords extrastatutaires¹²². Ce qui devait conduire assez logiquement à affirmer que « le pacte d'associés désigne une convention extrastatutaire »¹²³. Pourtant, d'autres analyses ont récemment préféré une approche plus générale des pactes. L'idée étant que ces derniers peuvent correspondre « à tous les types de conventions entre associés ou actionnaires, statutaires ou extrastatutaires »¹²⁴. Cette perception élargie paraît puiser sa source dans un courant de fond qui tend à rapprocher le statutaire et l'extrastatutaire en se détachant des visions purement formelles qui dépendraient trop de l'*instrumentum* choisi par les parties. L'on peut citer à cet égard les travaux de Monsieur Gauthier Le Noach qui, rejetant la distinction classique du statutaire et de l'extrastatutaire fondée sur un critère formel¹²⁵, propose d'envisager de façon globale les conventions sociétaires partageant une finalité commune à savoir la réalisation de l'opération sociétaire¹²⁶. Il est vrai que la réalité juridique se cachant derrière les « syntagmes qualificatifs - qui ne sont pas des qualifications - d'infra-statutaires, para-statutaires ou méta-statutaires »¹²⁷ est relativement fuyante. Néanmoins, d'une part, la distinction entre les statuts et les actes extrastatutaires est de droit positif¹²⁸. D'autre part, elle correspond à une réalité pratique bien ancrée car, lorsque les rédacteurs présentent aux parties l'option possible entre localisation statutaire ou extrastatutaire des engagements

¹¹⁹ PARLEANI Gilbert, « Les pactes d'actionnaires », *Rev. sociétés*, 1991, p. 1, n°8.

¹²⁰ *Ibid.*

¹²¹ V. GUYON Yves, *Traité des contrats. Les sociétés. Aménagements statutaires et conventions entre associés*, *op. cit.*

¹²² VELARDOCCHIO-FLORES Dominique, *Les accords extra-statutaires entre associés*, PUAM, 1993.

¹²³ BOUILLET-CORDONNIER Ghislaine, GODOT-SORINE Marie-Alice, LAMAZEROLLES Eddy, MOULIN Jean-Marc, *Pactes d'actionnaires et privilèges statutaires*, *op. cit.*, p. 15, n°1.

¹²⁴ HEINICH Julia, « Le sort du pacte extrastatutaire d'associés lors d'un événement affectant l'un de ses signataires », *Rev. sociétés*, 2014, p. 475, n°1. Adde, HEINICH Julia, LÉCUYER Hervé et MESTRE Jacques [dir.], *Les pactes d'affaires*, *op. cit.*, p. 13, n°1.

¹²⁵ LE NOACH Gauthier, *Le statutaire et l'extrastatutaire en droit des sociétés : contribution à l'analyse juridique de l'aménagement des rapports entre associés*, Dalloz, 2020, p. 106, n°142 et s.

¹²⁶ *Ibid.*, p. 148, n°204 et s.

¹²⁷ MOURY Jacques, « Les actes extra-statutaires peuvent compléter les statuts de la SAS, qui fixent les conditions dans lesquelles la société est dirigée, non point y déroger », *RTD com.*, 2023, p. 165, n°4.

¹²⁸ V. *infra* n°543 et s.

prévus¹²⁹, et décident finalement de rédiger un pacte d'associés, ils rédigent une convention extrastatutaire. Il est donc théoriquement et pratiquement « très difficile de considérer les statuts et pactes adjacents comme un ensemble contractuel ou même comme un *continuum* de contrats ayant peu ou prou la même nature »¹³⁰. Sous forme de tautologie on peut donc estimer que le contentieux des pactes d'associés renvoie au contentieux portant sur les contrats que les parties auront nommés ainsi¹³¹. Ce faisant, l'on exclut nécessairement les autres actes extrastatutaires tels que le règlement intérieur qui émane de la société ou de l'un de ses organes¹³². Et en parlant de « pactes d'associés » on englobe à la fois les « pactes d'actionnaires » conclus dans les sociétés par actions et les pactes conclus dans les autres formes sociales¹³³. Étant entendu que si les pactes en question sont principalement conclus entre des parties ayant la qualité d'associé¹³⁴, il est fréquent qu'ils se projettent sur le comportement de tiers, notamment les futurs entrants ou la société cible, ce qui devra être pris en compte¹³⁵.

16. Approche nécessairement empirique – Définir le contentieux comme une discussion juridique¹³⁶, et plus encore se proposer de prendre cette discussion comme objet d'étude, n'est pas sans conséquence méthodologique. En effet, la contradiction entre les parties que traduit le contentieux n'existe pas *ab initio*. Elle ressort d'un cheminement concret qui voit les contractants passer d'un accord à une opposition. Si l'on cherche bien ici à théoriser en droit cette opposition pour en intégrer la possible survenance à la rédaction des pactes d'associés, le raisonnement serait amputé de moitié en accédant directement à la contradiction sans revenir sur le processus qui l'a vu naître. De sorte que, pour ne pas prétendre « trouver avant même d'avoir cherché »¹³⁷, on se doit d'être « descriptif, principalement, et explicatif, ensuite »¹³⁸. Il nous faudra donc dans la suite de ces développements assumer une forme d'empirisme¹³⁹ qui nous conduira, dans un premier temps, à suivre les parties dans la construction du pacte d'associés en laissant leur progression révéler la façon dont le recours au discours juridique peut, à un moment donné, servir une discussion contentieuse. C'est pourquoi la première partie adoptera une approche résolument chronologique : en retraçant les étapes successives qui mènent de l'accord à la rupture, elle s'efforcera de comprendre comment, et à quel moment, le contentieux s'immisce dans la dynamique contractuelle. C'est cette révélation pratique qui permettra, dans un second temps, un travail de théorisation. Tout ne sera toutefois pas abandonné à l'empirisme. D'une part, nous nous appuierons sur l'abondante littérature en matière de pactes d'associés, qui fournit des éléments précieux sur la manière dont ces contrats sont

¹²⁹ V. MARTIN Didier et SCHILLER Sophie, *Guide des pactes d'actionnaires et d'associés : 2022/2023*, op. cit., p. 43, n°64.

¹³⁰ BARBIÈRI Jean-Baptiste, *L'Ordre sociétaire*, LGDJ, 2021, p. 281-282, n°304.

¹³¹ Sur le contenu des pactes : V. *infra* n°103 et s.

¹³² V. LE CANNU Paul, « Le règlement intérieur des sociétés », *BJS*, 1986, n°7-8, p. 723 ; BONNEAU Thierry, « Le règlement intérieur de la société », *Dr. sociétés*, 1994, n°2, p. 1 ; VIANDIER Alain, « Le règlement intérieur du conseil d'administration des sociétés cotées », *RJDA*, 2003, n°12, p. 1003.

¹³³ V. MARTIN Didier et SCHILLER Sophie, *Guide des pactes d'actionnaires et d'associés : 2022/2023*, op. cit., p. 2, n°3.

¹³⁴ V. *infra* n°91.

¹³⁵ V. *infra* n°179 et s.

¹³⁶ V. *supra* n°5.

¹³⁷ BARRAUD Boris, *La recherche juridique. Sciences et pensées du droit*, op. cit., p. 281.

¹³⁸ *Ibid.*, p. 282.

¹³⁹ Sur la « scientificité » de l'approche empirique en droit : V. *Ibid.*, p. 281 et s.

généralement construits. D'autre part, nous recourrons, sans toutefois nous y limiter¹⁴⁰, à une masse suffisante d'arrêts rendus à tous les degrés de juridiction, afin d'illustrer au mieux les contentieux susceptibles d'émerger.

17. Reste que la perspective contentieuse ne doit pas faire perdre de vue que le contentieux n'est jamais certain. Il y a seulement un risque que celui-ci survienne. Ce n'est donc pas à proprement parler le contentieux qui doit retenir notre attention mais plutôt l'éventualité que ce dernier se manifeste. Raison pour laquelle c'est en premier lieu à la mise en évidence d'une notion cardinale pour l'étude qu'il nous faut nous atteler, à savoir celle de risque contentieux (**Première partie**). L'analyse devra ensuite être dirigée vers une seconde étape plus opérationnelle. Il s'agira ici d'envisager les modalités permettant de canaliser ou de neutraliser le risque contentieux dès la conclusion des pactes d'associés, afin d'en prévenir l'exploitation stratégique et, par là même, de désamorcer d'éventuelles volontés opportunistes de ne pas exécuter les engagements contractuels. C'est ainsi en dépassant le stade de la mise en évidence que l'on pourra accéder à la phase de traitement du risque contentieux (**Seconde partie**).

Première partie – La mise en évidence du risque contentieux au sein des pactes d'associés

Seconde partie – Le traitement du risque contentieux au sein des pactes d'associés

¹⁴⁰ V. *supra* n°9.

PARTIE 1

**LA MISE EN ÉVIDENCE DU RISQUE CONTENTIEUX
AU SEIN DES PACTES D'ASSOCIÉS**

18. La démonstration de ce que le contentieux peut être appréhendé comme une notion de droit et non de fait se réalise par la mise en évidence de la notion de risque contentieux. Autrement dit, il s'agit de montrer que le contentieux ne relève pas uniquement d'une réalité concrète ou factuelle, mais qu'il s'inscrit également dans un cadre juridique structuré, susceptible d'analyse en tant que tel. Pour faire apparaître le risque contentieux, il nous faut suivre les parties dans le processus juridique qui les amène dans un premier temps à conclure un pacte, puis, dans un second temps et en cas de contentieux, à s'opposer relativement au dénouement de celui-ci. Ce parcours, en deux temps, permet de saisir les mécanismes qui conduisent du simple accord à l'éventuelle contestation. Ainsi, et même si les contractants n'en ont pas nécessairement conscience *ab initio*, la source du risque contentieux réside dans les engagements prévus par les pactes d'associés, par exemple une promesse de cession dont la détermination du prix peut être contestée¹⁴¹, ou encore une clause de *bad leaver* susceptible d'être qualifiée de potestative¹⁴². Ces engagements, librement consentis par les parties au moment de la conclusion du pacte, portent déjà en eux les germes potentiels d'un désaccord futur, même si celui-ci demeure, pour l'heure, purement hypothétique. À ce stade, le risque contentieux reste latent, inactif, en attente d'un déclencheur susceptible de le faire émerger. Seul l'écoulement du temps, qui peut donner naissance à une opposition, est à même d'en permettre la manifestation. Ce facteur temporel est essentiel : c'est lui qui crée les conditions nécessaires à la transformation du risque contentieux en litige effectif. C'est pourquoi la matérialisation du risque contentieux ne peut être observée qu'en s'intéressant au dénouement des engagements prévus par les pactes d'associés. C'est à ce moment précis, lorsque les engagements sont appelés à produire leurs effets concrets, que l'on peut véritablement prendre la mesure du contentieux éventuel. Il conviendra ainsi d'examiner, dans un premier temps, comment les engagements prévus par les pactes d'associés peuvent constituer la source même du risque contentieux (**titre premier**). Dans un second temps, l'attention portera sur le moment où ces engagements sont censés produire leur effet, et donc sur la manière dont leur dénouement rend possible la matérialisation du risque contentieux (**titre second**).

¹⁴¹ V. *infra* n°128 et s.

¹⁴² V. *infra* n°117 et s.

Titre premier : La source du risque contentieux : les engagements prévus par les pactes d'associés

19. Le risque contentieux qui accompagne les engagements prévus par les parties¹⁴³ dans le cadre du pacte n'est, au moment de la conclusion du contrat, que purement latent. Il ne se manifeste pas encore de manière visible ou concrète, mais demeure en arrière-plan, comme une éventualité encore théorique. En effet, si l'on analyse plus en détail la démarche des contractants, on constate que les parties expriment tout d'abord le désir de se projeter dans l'avenir en unissant les différents engagements du pacte d'associés autour d'une même fonction, à savoir la couverture de l'aléa social. Autrement dit, elles cherchent à anticiper collectivement les incertitudes liées à l'aventure sociale, en construisant un dispositif contractuel cohérent qui permette de sécuriser leurs relations à venir, par exemple en prévoyant que tout nouvel associé devra adhérer au pacte afin d'assurer sa circulation et d'éviter qu'il ne devienne inopposable aux futurs entrants¹⁴⁴. Cette première étape permet de saisir l'unité fonctionnelle qui préside à la formation du pacte, en dépit de la pluralité des engagements qu'il renferme, révélant ainsi une cohérence d'ensemble juridiquement structurante. Cette cohérence assure à l'ensemble du pacte une logique commune. Il conviendra donc, dans un premier temps, de s'attacher à la manière dont la couverture de l'aléa social constitue une unité de fonction entre les engagements du pacte d'associés (**chapitre 1**). Ce premier éclairage permettra de comprendre comment la volonté des parties, bien que s'exprimant à travers une multiplicité de stipulations, tend vers un objectif unifié. Mais la mise en œuvre de cet objectif ne pourra ensuite se faire de façon uniforme. Les modalités concrètes de cette couverture varient selon la nature de l'engagement mis en place. Chaque type d'engagement répond à des logiques juridiques distinctes, adaptées à des finalités spécifiques, et c'est cette diversité qu'il convient d'examiner avec précision. Il devient alors nécessaire de procéder à une typologie des mécanismes mobilisés afin d'en révéler les spécificités juridiques. Cette classification permettra de mieux cerner les particularités de chaque engagement, en soulignant les effets juridiques différenciés qu'ils produisent. Ces mécanismes, en ce qu'ils traduisent des modalités de couverture hétérogènes, constituent ainsi dans un second temps un élément de différenciation entre les engagements du pacte d'associés (**chapitre 2**).

¹⁴³ Sur le choix du terme engagement : V. *infra* n°44.

¹⁴⁴ V. *infra* n°181 et s.

Chapitre 1 : La couverture de l'aléa social comme unité de fonction entre les engagements du pacte d'associés

- 20.** Affirmer que les pactes d'associés, et donc les engagements qu'ils contiennent, répondent à une fonction globale de couverture de l'aléa social ne peut être formulé de manière trop abrupte. L'assertion impose en effet dans un premier temps de revenir à la nature contractuelle des pactes pour observer qu'ils assument avant tout une fonction de prévision. C'est en effet dans leur essence contractuelle que se trouve la première clef d'interprétation : comme tout contrat, le pacte d'associés est d'abord un instrument par lequel les parties entendent anticiper l'avenir, organiser leurs relations, et se prémunir contre l'incertitude. Ce retour aux fondamentaux permettra ainsi de saisir la logique prospective qui préside à la formation de tout contrat. Dans un second temps, en intégrant à l'analyse la singularité de ces conventions extrastatutaires et l'interférence qu'elles opèrent avec l'aléa social, il sera permis d'affirmer que la fonction de prévision devient, s'agissant des pactes d'associés et compte tenu de la spécificité du risque sociétaire, une fonction de couverture. Autrement dit, la nature particulière des pactes, conjuguée à leur insertion dans un environnement social marqué par l'incertitude, transforme leur rôle anticipateur en un véritable mécanisme de protection contre les risques propres à l'entrée en société. Il conviendra ainsi de mettre en exergue la fonction de prévision propre à tout contrat (**section 1**), puis d'analyser la manière dont les pactes d'associés développent une fonction de couverture qui leur est propre (**section 2**).

Section 1 : La fonction de prévision propre à tout contrat

21. Destination légale – À suivre le Code civil, dans sa rédaction issue de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, le contrat dispose d'une destination claire dans la mesure où il est présenté dans sa définition comme « un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations »¹⁴⁵. Par le jeu d'une assimilation avec la convention, il est fait fi de l'ancienne conception du code de 1804 dans laquelle, classiquement, le contrat se limitait à un effet créateur d'obligations¹⁴⁶. La recherche d'une fonction contractuelle est alors attirée par cette présentation des choses, la fonction d'un instrument se découvrant plus facilement à partir d'une définition bien établie de la notion en question. Pourtant, un chemin trop « direct » vers l'évidence de la définition donnée par l'article 1101 du Code civil dans sa dernière version mettrait de côté le fait que le droit des contrats, et avec lui la notion de contrat, se lit nécessairement « en contexte »¹⁴⁷. Or, cette contextualisation opérée par la doctrine civiliste depuis de nombreuses années ne fournit pas la vision unitaire espérée du contrat. Ainsi, « il est illusoire, en remontant le temps, d'espérer découvrir le contrat dans toute sa pureté, débarrassé des oripeaux dont chaque époque l'aurait successivement affublé. La quête censée mener à l'âge d'or du contrat est vaine. En effet, le contrat est trop profondément ancré dans la pratique, et son droit trop tributaire du contexte philosophique, politique, économique et juridique dans lequel il se développe, pour qu'on puisse raisonnablement identifier une notion de contrat intemporelle. Le contrat a ainsi précédé son droit »¹⁴⁸.

22. Fonction de prévision du contrat – Un tel constat pourrait créer un sentiment de découragement, la proposition d'une fonction contractuelle se heurtant à une définition inatteignable de la notion de contrat¹⁴⁹. Pourtant, la réalité est inverse car, précisément, la lecture du contrat à travers sa fonction a été un moyen pour la doctrine de passer outre les divergences relatives à la notion. Ainsi en est-il de la fonction de prévision dont nous verrons qu'il est admis depuis longtemps¹⁵⁰ qu'elle fait apparaître la « signification profonde »¹⁵¹ du contrat. Partant de la définition du droit positif qui, bien que traduisant pour certains une « conception vieillie du contrat »¹⁵², a le mérite d'exister, il sera donc

¹⁴⁵ C. civ., art. 1101.

¹⁴⁶ V. C. civ., art. 1101, dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance précitée du 10 février 2016 : « le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose ».

¹⁴⁷ LATINA Mathias, « Contrat : généralités », *op. cit.*, n°1.

¹⁴⁸ *Ibid.*

¹⁴⁹ V., néanmoins, pour des approches récentes : MORON-PUECH Benjamin, « De quelques faiblesses de la définition traditionnelle du contrat », *Droits*, 2016 /2 (n° 64), p. 115 et s. ; GALBOIS-LEHALLE Diane, *La notion de contrat : esquisse d'une théorie*, LGDJ, 2020.

¹⁵⁰ V. LÉCUYER Hervé, « Le contrat, acte de prévision », in *L'avenir du droit : mélanges en hommage à François Terré*, PUF, J.-CL., 1999, p. 643 et s.

¹⁵¹ HÉBRAUD Pierre, « Observations sur la notion du temps dans le droit civil », in *Études offertes à Pierre Kayser*, t. 2, PUAM, 1979, p. 1, spéc. p. 28, n°20.

¹⁵² LÉQUETTE Suzanne, « La notion de contrat, réflexions à la lumière de la réforme du droit commun des contrats », *RTD civ.*, 2018, p. 541, n°6.

possible d'exposer, avec une irréductible part de subjectivité¹⁵³, que la fonction de prévision trouve son fondement dans l'accord des intérêts (I) dont procède le contrat et qu'elle a pour objet les engagements (II) sur lesquels il opère.

I. L'accord des intérêts, fondement de la prévision

23. En définissant avant tout le contrat comme « un accord de volontés »¹⁵⁴, le Code civil se fait l'héritier d'une conception volontariste des actes juridiques¹⁵⁵. Cette définition classique, qui place la volonté individuelle au centre de la formation des engagements, s'inscrit dans une tradition doctrinale profondément ancrée, héritée du libéralisme juridique. Pourtant, sans prétendre invalider le prisme de la volonté, il est nécessaire de lui préférer, afin d'identifier la source de la fonction de prévision qu'assure tout contrat, le prisme des intérêts. En effet, si la volonté constitue indéniablement l'acte fondateur du contrat, elle ne suffit pas à expliquer, à elle seule, la portée prospective que celui-ci revêt dans les relations juridiques. Il devient alors indispensable de dépasser cette seule logique volontariste pour mettre en lumière la dynamique plus large qui sous-tend l'engagement contractuel. C'est dans cette perspective que l'on peut envisager une lecture plus fonctionnelle du contrat, centrée non plus uniquement sur la volonté déclarée des parties, mais sur la convergence de leurs intérêts respectifs. L'étude portera ainsi sur le passage du prisme de la volonté (A) au prisme des intérêts (B).

A. Le prisme de la volonté

24. Seule la présentation du prisme de la volonté, associée à celle de ses limites, peut permettre de justifier le nécessaire glissement de ce premier prisme à celui des intérêts. Il est donc important de commencer par décrire ce que recouvre l'approche volontariste, afin de comprendre ce qu'elle apporte à l'analyse. Mais il ne suffit pas d'en rappeler les apports : il faut aussi en souligner les limites, autrement dit ce qu'elle ne permet pas de penser ou ce qu'elle tend à laisser de côté. C'est en confrontant ces deux dimensions (d'un côté ce que ce prisme permet de mettre en lumière, de l'autre ce qu'il ne parvient pas à saisir), que l'on peut préparer la transition vers une lecture différente. On s'attachera donc d'abord à la présentation du prisme de la volonté (1), avant d'en examiner les limites (2).

¹⁵³ LATINA Mathias, « Contrat : généralités », *op. cit.*, n°5, considérant que « toute présentation du droit contemporain des contrats, et du contrat en tant que tel, même circonscrite au droit privé, est ainsi empreinte d'une large part de subjectivité ».

¹⁵⁴ C. civ., art. 1101.

¹⁵⁵ V. également l'article 1100-1, alinéa 1 du Code civil définissant les actes juridiques comme des « manifestations de volonté destinées à produire des effets de droit ». Le contrat représentant la très grande majorité des actes juridiques, ce qui vaut pour le contrat vaut en principe pour les actes juridiques. À ce sujet, l'article 1100-1, alinéa 2, du Code civil prévoit que les actes juridiques « obéissent, en tant que de raison, pour leur validité et leurs effets, aux règles qui gouvernent les contrats ».

1) Présentation

25. Importance historique – S’il faut voir dans le contrat un « pilier » du droit¹⁵⁶, il est d’usage d’identifier la volonté comme un pilier de la théorie des contrats. Nous disons volonté mais, en réalité, celle-ci n’est pas réellement désignée en elle-même dans la littérature juridique mais plutôt à travers un concept désormais bien connu, celui d’autonomie de la volonté¹⁵⁷. La présentation habituelle des choses est la suivante : le Code civil, inspiré par la philosophie libérale des Lumières, traduirait « une conception volontariste du contrat »¹⁵⁸ où l’individu tout puissant accepte de s’aliéner, et c’est cette volonté seule qui donnerait au contrat sa force obligatoire comme elle le ferait pour la loi à travers la thèse du contrat social développée par Jean-Jacques Rousseau. Pourtant, si l’on veut rendre compte plus fidèlement de la place du prisme de la volonté dans la construction de la théorie des contrats, il faut opérer une distinction entre ce qui relève strictement du code de 1804 et ce qui relève de la construction doctrinale. En effet, la volonté, seule ou à travers le concept d’autonomie de la volonté, ne figure pas dans le Code civil de 1804. Et il est parfaitement douteux d’affirmer qu’elle a inspiré la pensée des codificateurs car, tout simplement, s’il existait bel et bien déjà une philosophie du volontarisme juridique, elle n’avait pas encore reçu de traduction dans la doctrine française¹⁵⁹. Bien qu’il soit habituel de présenter le principe du consensualisme comme l’attachement du droit français à la volonté des parties¹⁶⁰, il est erroné d’en faire, dès le Code Napoléon, une application de l’autonomie de la volonté¹⁶¹. On l’aura compris, la théorie de l’autonomie de la volonté est le fruit d’une construction doctrinale postérieure au Code civil. Plus précisément, il est admis que cette philosophie a dominé la doctrine civiliste du XIXe siècle tout en ayant d’abord été utilisée par les internationalistes où elle sert de fondement à la règle de conflit de lois selon laquelle les parties peuvent choisir la loi applicable au contrat¹⁶². L’expression exacte d’« autonomie de la volonté » ne surgit qu’assez tard dans la doctrine de droit interne, *a priori* chez François GénY en 1899¹⁶³. C’est finalement dans la thèse d’Emmanuel Gounot en 1912¹⁶⁴ que la théorie de l’autonomie de la volonté reçoit, pour mieux la critiquer, sa description la plus complète.

¹⁵⁶ CARBONNIER Jean, *Flexible droit, pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 10^e éd., 2014, p. 255 qui identifie dans la famille, le contrat et la propriété « les trois piliers de l’ordre juridique ».

¹⁵⁷ C’est ainsi le propre d’un concept que de servir de réceptacle à une idée car, d’après le latin *conceptus*, le concept désigne l’« action de contenir, de recevoir » (*Dictionnaire de l’Académie française*, *op. cit.*, v° « Concept »). V. en ce sens RANOUIL Véronique, *L’autonomie de la volonté : naissance et évolution d’un concept*, PUF, 1980, p. 14.

¹⁵⁸ GHESTIN Jacques, « La notion de contrat », *D.*, 1990, p. 147.

¹⁵⁹ RANOUIL Véronique, *L’autonomie de la volonté : naissance et évolution d’un concept*, *op. cit.*, p. 13.

¹⁶⁰ BÉNABENT Alain, *Droit des obligations*, LGDJ, 19^e éd., 2021, p. 41, n°30.

¹⁶¹ V., affirmant que « le consensualisme de DOMAT et POTHIER n’est pas un système élevé en hommage à la Volonté des contractants » : ROUHETTE Georges, *Contribution à l’étude critique de la notion de contrat*, thèse de doctorat, droit, Université de Paris, 1965, p. 594, n°195.

¹⁶² RANOUIL Véronique, *L’autonomie de la volonté : naissance et évolution d’un concept*, *op. cit.*, p. 17-18.

¹⁶³ *Ibid.*, p. 92. C’est en effet après avoir affirmé que c’est « à propos des actes juridiques conventionnels, en cette matière où la volonté de l’homme, si flexible, si nuancée, se mouvant sur les faits et s’adaptant à la variété des situations, engendre elle-même les résultats juridiques, et doit jouir en principe de la plus large autonomie, que le procédé des constructions abstraites a paru le plus indispensable à notre doctrine », que GénY, à propos du contrat d’assurance sur la vie, emploie l’expression exacte de « principe de l’autonomie de la volonté » (GÉN Y François, *Méthode d’interprétation et sources en droit privé positif - essai critique*, A. Chevalier-Marescq & Cie, 1^e éd., 1899, p. 144-145, n°73 et, v. égal. p. 173, n°81, évoquant « la sphère réservée à l’autonomie de la volonté »).

¹⁶⁴ GOUNOT Emmanuel, *Le principe de l’autonomie de la volonté en droit privé : contribution à l’étude critique de l’individualisme juridique*, thèse de doctorat, droit, Université de Bourgogne, 1912.

26. Construction logique – Si la restitution historique du prisme de la volonté en droit français des contrats nécessite ces brèves explications, le cœur de la théorie correspond bien pour sa part à la conception qui en est connue. Il est vrai que l'on discute de l'origine kantienne de la théorie¹⁶⁵ mais sa portée initiale, elle, est bien admise. Expliquée simplement, elle permet à la volonté de l'homme de se créer sa propre loi, souverainement, et justifie donc la force obligatoire du contrat qui assure la rencontre des volontés de deux personnes qui acceptent de s'obliger. Il s'agit donc d'un fondement de la force obligatoire principalement centré sur l'individu, la philosophie individualiste permettant ainsi aux parties de créer une « bulle » contractuelle « imperméable aux influences extérieures ou intérieures »¹⁶⁶. Pour ce qui nous intéresse, il est important de comprendre comment le prisme de la volonté irrigue une certaine perception logique des principes directeurs du droit des contrats¹⁶⁷. Cette dernière ressort bien du nouveau Code civil où le contrat est donc un accord de volontés¹⁶⁸, par principe consensuel¹⁶⁹ puisque librement consenti¹⁷⁰, et qui, pour cette raison, a force obligatoire¹⁷¹. Néanmoins, cette perception, malgré son apparente logique, a vu ses fondements s'effriter.

2) Limites

27. Fin du dogme – Ce rôle assigné à la volonté, perçue comme l'alpha et l'oméga de la force obligatoire, aura finalement connu un sort peu enviable. En effet, hier il était admis que la théorie de l'autonomie de la volonté ne fondait pas la pensée des codificateurs de 1804¹⁷² et, aujourd'hui, « seuls quelques manuels enseignent peut-être encore que la partie du Code civil consacrée au droit des obligations constitue la traduction de la théorie de l'autonomie de la volonté »¹⁷³. Les raisons de ce déclin se sont succédé mais, dans l'ensemble, elles se rejoignent toutes autour de l'idée que « la théorie de l'autonomie de la volonté prouve

¹⁶⁵ V. RANOUIL Véronique, *L'autonomie de la volonté : naissance et évolution d'un concept*, op. cit., p. 53 et s. pour qui l'influence de Kant en la matière sur les juristes n'aurait été que « très indirecte ». Adde, GOUNOT Emmanuel, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé : contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, op. cit., p. 53 et s., VI et VII.

¹⁶⁶ GUELFUCCI-THIBIERGE Catherine, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *RTD civ.*, 1997, p. 357, n°5.

¹⁶⁷ Sur la notion de « principes directeurs », finalement absente de la réforme du droit des contrats : LATINA Mathias, « Contrat : généralités », op. cit., n°99.

¹⁶⁸ C. civ., art. 1101. Où l'on comprend donc qu'il est logique que la référence à la volonté soit apparue dans le code postérieurement à la construction doctrinale de l'autonomie de la volonté.

¹⁶⁹ C. civ., art. 1172, al. 1^{er}. Il y a donc une forme de reconstruction pour le principe du consensualisme qui, nous l'avons dit, a préexisté à la théorie de l'autonomie de la volonté tout en étant malgré tout rattaché à cette dernière par la doctrine classique. V. RANOUIL Véronique, *L'autonomie de la volonté : naissance et évolution d'un concept*, op. cit., p. 10. Adde, sur le consensualisme : FORRAY Vincent, *Le consensualisme dans la théorie générale du contrat*, LGDJ, 2007.

¹⁷⁰ C. civ., art. 1102.

¹⁷¹ C. civ., art. 1103, qui reprend la formule de l'ancien article 1134 du Code civil pour lequel on considérait déjà que : « la règle de l'article 1134 du Code civil est la conséquence de l'autonomie de la volonté : la volonté est toute puissante ; elle engage l'individu à l'égal de la loi ; ni le législateur ni le juge ne sauraient délier les contractants » (MAZEAUD Henri, MAZEAUD Léon, MAZEAUD Jean et CHABAS François., *Leçons de droit civil*, t. II, vol. 1^{er}, *Obligations : théorie générale*, Montchrestien, 9^e éd., 1998, p. 845, n°721).

¹⁷² V. *supra* n°25.

¹⁷³ JAMIN Christophe, « Une brève histoire politique des interprétations de l'article 1134 du Code civil », *D.*, 2002, p. 901.

trop »¹⁷⁴. La conception volontariste a d'abord fait l'objet des assauts du courant positiviste, avec comme chef de file Hans Kelsen¹⁷⁵, qui a montré que la volonté à elle seule ne pouvait suffire à justifier la force obligatoire du contrat dans la mesure où elle n'explique pas pourquoi « c'est la volonté passée, volonté morte, qui devrait prévaloir sur la volonté présente, volonté vivante, de celui qui refuse d'exécuter le contrat »¹⁷⁶. Il faut chercher ailleurs, et plus précisément dans la loi, les raisons pour lesquelles les parties doivent respecter ce qu'elles se sont imposées. C'est le législateur qui seul donne force obligatoire aux contrats « légalement formés »¹⁷⁷. Les parties exerceraient donc par leurs volontés individuelles une « compétence déléguée »¹⁷⁸ octroyée par la loi¹⁷⁹ mais certainement pas une compétence originelle. Toutefois, cette vision purement objective, si elle a le mérite de renverser le dogme de l'autonomie de la volonté, ne résout pas le problème de fond relatif à la justification de la force obligatoire du contrat. En revanche, elle déplace utilement le champ de la réflexion.

28. Passage du fondement à la justification de la force obligatoire – Kelsen lui-même l'admet, dire que la loi donne force obligatoire au contrat ne permet pas de déterminer pourquoi elle le fait¹⁸⁰. Or, il y a bien là une « question de politique juridique à laquelle il faut répondre »¹⁸¹. En effet, « un législateur peut faire ce choix ; un autre un choix différent »¹⁸². C'est alors vers la justification de la force obligatoire plus que vers son fondement qu'il faut se tourner. Il ne s'agit pas de retracer ici l'ensemble des justifications qui ont été proposées, l'énigme de la force obligatoire faisant « figure de véritable arlésienne »¹⁸³, ce que constatait déjà Emmanuel Gounot à propos de l'ancien article 1134 du Code civil qui, « loin de nous fournir une conception doctrinale précise et ferme, se borne à poser un problème qu'il ne résout pas »¹⁸⁴. En revanche, il est possible d'observer une tendance globale, qui, elle, doit servir l'étude. En effet, qu'il s'agisse de chercher à concilier conceptions objectives et subjectives¹⁸⁵, de se référer aux attentes légitimes du créancier¹⁸⁶ ou de comprendre avec les positivistes pourquoi le législateur donne force obligatoire au contrat, la majorité des auteurs est passée d'une conception statique, avant tout philosophique du contrat, à une vision en mouvement de ce dernier, tournée vers les besoins auxquels répond l'opération contractuelle. Pour rendre compte de ce basculement, il est nécessaire de recourir à un autre prisme que celui de la volonté : le prisme des intérêts.

¹⁷⁴ LATINA Mathias, « Contrat : généralités », *op. cit.*, n°137.

¹⁷⁵ Kelsen Hans, « La théorie juridique de la convention », *Archives de philosophie du droit*, 1940, p. 33 et s.

¹⁷⁶ GHESTIN Jacques, « La notion de contrat », *op. cit.*, spéc. p. 149.

¹⁷⁷ C. civ., art. 1103, qui reprend la formule de l'ancien article 1134 du Code civil.

¹⁷⁸ GHESTIN Jacques, « La notion de contrat », *loc. cit.*

¹⁷⁹ V., HOUTCIEFF Dimitri, « Le renouveau de la force obligatoire du contrat : ouverture des travaux » in dossier « Le renouveau de la force obligatoire », *RDC*, 2024, n°4, p. 82 : « le principe de “ la convention-loi ” n'érige pas le contrat au rang d'un acte législatif, mais il en fait un succédané : le contrat “ tient lieu ” de loi ».

¹⁸⁰ Kelsen Hans, « La théorie juridique de la convention », *op. cit.*, p.48.

¹⁸¹ *Ibid.*

¹⁸² GHESTIN Jacques, « La notion de contrat », *loc. cit.*

¹⁸³ LATINA Mathias, « Contrat : généralités », *op. cit.*, n°135.

¹⁸⁴ GOUNOT Emmanuel, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé : contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, *op. cit.*, p. 124.

¹⁸⁵ HAUSER Jean, *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique*, LGDJ, 1971.

¹⁸⁶ Sur cette doctrine, attribuée à Jean Carbonnier, qui voit dans les attentes du créancier ne devant pas être déçues un fondement de la force obligatoire du contrat : LATINA Mathias, « Contrat : généralités », *op. cit.*, n°141 et s. Adde, GUERLIN Gaëtan, *L'attente légitime du contractant*, thèse de doctorat, droit, Université d'Amiens, 2008.

B. Le prisme des intérêts

29. La compréhension de la façon dont le prisme des intérêts s'est construit permet de mieux en percevoir les avantages. Il est en effet essentiel de revenir sur les origines et la mise en place progressive de cette approche, afin d'en saisir pleinement la logique. Comprendre comment ce prisme s'est imposé permet non seulement de suivre son évolution, mais aussi de mieux en évaluer la portée. Ce détour par la genèse éclaire les raisons de son apparition, ainsi que les réponses qu'il apporte aux limites de l'approche précédente. Il faudra ainsi d'abord s'attacher à la façon dont le prisme des intérêts s'est construit (1), avant d'en analyser les avantages (2).

1) Construction

30. **Émergence d'un nouvel angle** – Comme nous l'avons indiqué, la fin du dogme de l'autonomie de la volonté suppose de répondre autrement à la problématique de la force obligatoire du contrat. Hans Kelsen le premier tente de résoudre la question de politique juridique qu'il a lui-même posée. Pour lui, si le législateur accorde cette force aux contrats c'est parce qu'il « veut laisser aux sujets de droit le soin de régler eux-mêmes leurs intérêts économiques et autres, et parce qu'il estime qu'une réglementation indépendante et autonome de ces intérêts est la solution la mieux indiquée et la plus juste »¹⁸⁷. C'est alors la fonction de l'accord de volontés qui sert de base à la réflexion et non plus son assise philosophique, ce dernier n'étant sanctionné par le législateur que parce qu'il constitue « l'instrument d'opérations socialement utiles »¹⁸⁸. S'il n'est pas nécessaire de prendre ici position à propos des évolutions de la réflexion sur la force obligatoire du contrat, il faut néanmoins constater qu'indéniablement ce changement d'angle a imposé le prisme des intérêts comme grille de lecture contractuelle à côté de la volonté. Toute cette construction replace en effet au cœur du débat la matérialité et l'utilité du contrat. Or, précisément, l'intérêt désigne « ce qui importe ou ce qui convient à l'utilité d'une personne »¹⁸⁹. Il n'est alors plus possible de faire sans pour traiter du contrat et, ce qui était déjà vrai pour Emmanuel Gounot, qui considérait que l'individu ne fait qu'assurer la satisfaction de ses intérêts légitimes¹⁹⁰, le devient pour de nombreux autres auteurs. Ainsi de Jean Hauser qui, dressant le parallèle entre des travaux relatifs à l'acte juridique unilatéral¹⁹¹ et collectif¹⁹², constate un « déclin certain de l'influence de la volonté comme critère de l'acte juridique »¹⁹³ et, poursuivant, relève que « chaque auteur a pris conscience des insuffisances de la définition axée sur ce rôle de la volonté et chacun quant à son domaine préfère lui

¹⁸⁷ Kelsen Hans, « La théorie juridique de la convention », *loc. cit.*

¹⁸⁸ Ghestin Jacques, « La notion de contrat », *op. cit.*, spéc. p. 150. *Adde*, du même auteur : « L'utile et le juste dans les contrats », *D.*, 1980, Chron., 1 et s.

¹⁸⁹ *Dictionnaire de l'Académie française*, *op. cit.*, v° « Intérêt ». Sur la notion d'intérêt et son rapprochement en droit avec la cause : V. *infra* n°32.

¹⁹⁰ V. Gounot Emmanuel, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé : contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, *op. cit.*, p. 336 : « c'est ce système purement volontariste que nous rejetons ; car il est radicalement impuissant à rendre compte du monde juridique réel. Vu à travers les législations positives, le droit subjectif n'apparaît pas comme le pouvoir de vouloir n'importe quoi en vue de n'importe quelle fin, mais comme le pouvoir de vouloir la satisfaction d'intérêts légitimes ».

¹⁹¹ Martin de La Motte Jacques, *L'Acte juridique unilatéral, essai sur sa notion et sa technique en droit civil*, thèse de doctorat, droit, Université de Toulouse, 1951.

¹⁹² Roujou de Boubée Gabriel, *Essai sur l'acte juridique collectif*, LGDJ, 1961.

¹⁹³ Hauser Jean, *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique*, *op. cit.*, p. 44.

substituer, au moins partiellement, la notion d'intérêt »¹⁹⁴. Ainsi plus directement encore du Professeur Guillaume Wicker qui énonce clairement que « c'est bien l'intérêt exprimé dans l'acte qui détermine l'engagement du sujet »¹⁹⁵.

31. Critère distinctif du contrat – Le choix du prisme des intérêts au profit de celui de la volonté peut néanmoins sembler problématique. Et ce car, malgré l'abandon du dogme de l'autonomie de la volonté, pour la majorité des auteurs « l'accord de volontés reste le critère distinctif du contrat »¹⁹⁶. Ils sont confirmés par l'argument étymologique, le mot contrat provenant du latin *contractus*, dérivé de *contrahere*, qui signifie le rassemblement¹⁹⁷ tandis que la convention vient du latin *conventio* qui suppose l'accord¹⁹⁸. Encore faut-il savoir ce que l'on rassemble et ce sur quoi l'on se met d'accord. C'est alors le Code civil qui semble jeter le trouble car, nous l'avons dit, l'article 1101 définit désormais directement le contrat comme un accord de volontés. Se passer du prisme de la volonté au profit de celui des intérêts présenterait donc l'avantage d'une lecture utile du contrat correspondant à la doctrine moderne mais aurait le dangereux défaut de ne pas correspondre au droit positif. En réalité, ce choix, loin de trahir le droit positif, permet simplement de mieux le comprendre. Ce qui fait le critère distinctif du contrat ce n'est pas l'accord de volontés au sens philosophique du terme – nous avons expliqué pourquoi il ne pouvait en être ainsi¹⁹⁹ – mais l'accord au sens technique, procédural²⁰⁰. Or, « une fois admis que la volonté n'est pas le fondement de la force obligatoire du contrat, il devient tout à fait légitime d'accepter une définition juridique et non plus psychologique, réelle, de la volonté »²⁰¹. Une telle acceptation permet de passer d'une volonté entendue largement au sens d'une puissance intérieure qui détermine l'individu²⁰², et qui en tant que telle doit absolument être distinguée du consentement²⁰³, à une « petite » volonté qui se rapproche à s'y confondre de ce dernier et qui elle seule fait la spécificité procédurale du contrat décrite par le Professeur Jacques Ghestin²⁰⁴. C'est alors presque mathématiquement qu'apparaît le prisme des intérêts car, si le consentement doit s'entendre comme « l'expression des intérêts d'une personne juridique »²⁰⁵ et que l'accord des volontés visé par le Code civil n'est rien d'autre, au plan procédural, qu'un accord des consentements, c'est bien d'accord des intérêts dont il faut parler.

¹⁹⁴ *Ibid.*

¹⁹⁵ WICKER Guillaume, *Les fictions juridiques : contribution à l'analyse de l'acte juridique*, LGDJ, 1996, p. 106, n°108.

¹⁹⁶ LATINA Mathias, « Contrat : généralités », *op. cit.*, n°162.

¹⁹⁷ *Dictionnaire de l'Académie française*, *op. cit.*, v° « Contrat ».

¹⁹⁸ *Ibid.*, v° « convention ».

¹⁹⁹ V. *supra* n°27.

²⁰⁰ Il y aurait donc une dissociation entre le rôle de l'accord de volontés en tant que critère technique du contrat et sa place dans la construction de la notion. Sur cette distinction entre la notion, « idée générale et abstraite », et le critère : V. BARRILLON Clément, *Le critère de la qualité d'associé*, *op. cit.*, p. 31, n°11.

²⁰¹ GHESTIN Jacques, « La notion de contrat », *op. cit.*, spéc. p. 151.

²⁰² *Dictionnaire le petit littré*, Gallimard, 1959, v° « volonté ».

²⁰³ FRISON-ROCHE Marie-Anne, « Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats », *RTD civ.*, 1995, p. 573.

²⁰⁴ GHESTIN Jacques, « La notion de contrat », *op. cit.*, spéc. p. 148, pour qui « ce qui caractérise le contrat c'est une procédure et des effets, c'est la procédure, un accord de volontés, par laquelle il est destiné à produire des effets de droit ».

²⁰⁵ ROUHETTE Georges, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, *op. cit.*, p. 557, n°182.

32. Cause et intérêt – Une précision s'impose toutefois dans le cadre du passage du prisme de la volonté au prisme des intérêts. Celle-ci a trait au rapport entre la notion de cause qui, bien que formellement abandonnée en tant que condition de validité du contrat par le nouveau Code civil, conserve sa fonction explicative de la dynamique contractuelle²⁰⁶, et celle d'intérêt. Conscients de ce que l'intérêt apparaît dans diverses branches du droit, pas toujours avec une grande clarté²⁰⁷, ce qui en fait une « notion clef, notion passe-partout de la législation moderne »²⁰⁸, les auteurs ont voulu, au moins en matière contractuelle, lui assurer une traduction juridique plus certaine en la rapprochant de la notion de cause²⁰⁹. Sans entrer à ce stade dans le détail de la notion²¹⁰, il faut indiquer que, pour certains, cette dernière est le « seul instrument permettant de représenter l'intérêt au sein du contrat »²¹¹. Pour d'autres, « il faut logiquement admettre que la notion d'intérêt est comprise dans celle de cause »²¹². L'apport de ce rapprochement est double. D'abord, il pousse à chercher une définition de l'intérêt, ce qui est loin d'être chose aisée²¹³ mais peut néanmoins être réalisé en considérant qu'il réside dans « la possibilité matérielle soit de satisfaire des besoins, soit d'obtenir des avantages, soit d'éviter des inconvénients »²¹⁴. L'intérêt est donc sans surprise indissociable de l'utilité²¹⁵. Et c'est là l'autre apport du rapprochement de la cause et de l'intérêt car il confirme la nécessité d'une lecture utile du contrat. En effet, ainsi défini l'intérêt « se relie à la cause parce qu'il insiste sur la satisfaction d'un besoin, à l'origine du contrat, et implique un mouvement de finalité »²¹⁶. C'est donc une « concrétisation » de la cause qui est imposée²¹⁷. Ce que réalise, d'une certaine façon, le nouveau Code civil avec la notion de but²¹⁸.

²⁰⁶ Le fait est que l'engagement contractuel ne peut « être détaché des raisons - ou encore des motifs - qui l'ont déterminé » (WICKER Guillaume, « De la survie des fonctions de la cause. Ébauche d'une théorie des motifs », *D.*, 2020, p. 1906, n°4). V. *infra* n°71 et s.

²⁰⁷ On pense notamment aux débats en droit des sociétés sur l'intérêt social, désormais directement visé par l'article 1833, alinéa 2, du Code civil qui impose que la société soit « gérée dans son intérêt social » après avoir exigé à l'alinéa premier une constitution de cette dernière « dans l'intérêt commun des associés ». On songe également aux règles de procédure civile qui ouvrent l'action à « tous ceux qui ont un intérêt légitime au succès ou au rejet d'une prétention » (c. pr. civ., art. 31) et où les auteurs constatent malgré tout que « la notion d'intérêt est, en soi, indécise et multiforme » (CHAINAIS Cécile, FERRAND Frédérique, MAYER Lucie et GUINCHARD Serge, *Procédure civile - Droit commun et spécial du procès civil, MARD et arbitrage*, *op. cit.*, p. 164, n°181).

²⁰⁸ CARBONNIER Jean, « Les notions à contenu variable dans le droit français de la famille », in *Les notions à contenu variable en droit*, Bruylant, 1984, p. 99, spéc. p. 103, qui range l'intérêt dans la catégorie de notions devant faire l'objet d'une « évaluation utilitaire » (*loc. cit.*). V. égal. OST François, *Droit et intérêt*, vol. 2, *Entre droit et non-droit : l'intérêt*, Presses de l'Université Saint-Louis, 1990 ; DO Van Dai, *Le rôle de l'intérêt privé dans le contrat en droit français*, PUAM, 2004.

²⁰⁹ Pour une assimilation complète et détaillée des deux notions : V. ROCHFELD Judith, « Cause », *Rép. civ.*, Dalloz, 2012, n°23 et s.

²¹⁰ V. *infra* n°71 et s.

²¹¹ LÉQUETTE Suzanne, « La notion de contrat, réflexions à la lumière de la réforme du droit commun des contrats », *op. cit.*, n°12.

²¹² WICKER Guillaume, *Les fictions juridiques : contribution à l'analyse de l'acte juridique*, *loc. cit.*

²¹³ ROCHFELD Judith, « Cause », *op. cit.*, n°28.

²¹⁴ *Ibid.*, citant GERVAIS André, « Quelques réflexions à propos de la distinction des "droits" et des "intérêts" », in *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, t. 1, Dalloz & Sirey, 1961, p. 241, spéc. n°1, qui déduit de cette définition que « la notion d'intérêt se développe donc sur un plan pratique ».

²¹⁵ V. *supra* n°30.

²¹⁶ ROCHFELD Judith, « Cause », *op. cit.*, n°29.

²¹⁷ *Ibid.*, n°37.

²¹⁸ V. c. civ., art. 1162 nouveau, disposant que « le contrat ne peut déroger à l'ordre public ni par ses stipulations, ni par son but, que ce dernier ait été connu ou non par toutes les parties ».

33. La construction du prisme des intérêts commande donc une nouvelle lecture du contrat par son utilité, l'identification de l'intérêt s'imposant « comme nécessaire, d'autant qu'elle permet, par ailleurs, d'approfondir l'examen de l'utilité concrète de l'acte pour celui qui s'engage »²¹⁹. Ce nouvel angle présente un double avantage.

2) Avantages

34. **Concordance avec la réalité contractuelle** – Le choix du prisme des intérêts présente d'abord l'avantage de mieux correspondre à la réalité du phénomène contractuel là où, face à certains types de contrats, le prisme de la volonté avait montré ses faiblesses. En effet, ce dernier est basé sur une conception égalitaire des contractants, « qui dit contractuel dit juste »²²⁰, largement battue en brèche par la multiplication des situations d'inégalité, ce qui a d'ailleurs conduit certains auteurs à parler de « crise » du contrat²²¹. Pour ce qui nous intéresse, l'exemple du contrat d'adhésion peut être évoqué. S'il a été introduit dans le droit commun des contrats à l'article 1110, alinéa 2, du Code civil par l'ordonnance précitée du 10 février 2016 qui, dans sa version issue de la loi de ratification du 20 avril 2018, le définit comme le contrat « qui comporte un ensemble de clauses non négociables, déterminées à l'avance par l'une des parties », le contrat d'adhésion était présent en doctrine bien avant d'avoir été consacré par le législateur. Et ce car, en raison de la détermination unilatérale de son contenu par l'une des parties, il ne correspond pas à la rencontre de volontés décrite par la conception classique du contrat²²². On comprend alors que Raymond Saleilles, premier à l'avoir qualifié ainsi, n'y voyait pas un véritable contrat et lui en refusait la qualification, précisément en raison de la « prédominance exclusive d'une seule volonté, agissant comme volonté unilatérale, qui dicte sa loi, non plus à un individu, mais à une collectivité indéterminée »²²³. Il était suivi dans ce raisonnement par de célèbres publicistes, Maurice Hauriou et Léon Duguit notamment²²⁴. Mais, en réalité, la thèse de la requalification n'a jamais prospéré²²⁵ car, plutôt que de refuser au contrat d'adhésion cette nature, la doctrine a préféré expliciter la réalité du processus amenant à la conclusion d'un contrat. Il en ressort que la négociation n'est pas de l'essence du contrat²²⁶ qui doit seulement être formé par la réunion de consentements libres et exempts de vices²²⁷. Ce que traduit parfaitement le prisme des intérêts car, si l'on peut douter que certaines figures contractuelles comme le contrat d'adhésion assurent réellement une rencontre des volontés, on peut en revanche admettre qu'une partie puisse avoir intérêt à conclure un contrat dont

²¹⁹ ROCHFELD Judith, « Cause », *op. cit.*, n°36.

²²⁰ Par référence à la célèbre formule d'Alfred Fouillée.

²²¹ LATINA Mathias, « Contrat : généralités », *op. cit.*, n°108 et s. ; BATIFFOL Henri, « La “crise du contrat” et sa portée », *Archives de philosophie du droit*, 1968, p. 13 et s. ; JAMIN Christophe et MAZEAUD Denis [dir.], *La nouvelle crise du contrat*, Dalloz, 2003.

²²² V. *supra* n°25.

²²³ SALEILLES Raymond, *De la déclaration de volonté : contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand (Art. 116 à 144)*, F. Pichon, 1901, p. 229, n°89.

²²⁴ HAURIOU Maurice, note sous CE, 23 mars 1906, *S.*, 1908, 3, 17 ; DUGUIT Léon, *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, F. Alcan, 1912, p. 121 et s., qui voit dans la situation un acte unilatéral.

²²⁵ CHÉNEDE François, « Raymond Saleilles, Le contrat d'adhésion (2e partie) », *RDC*, 2012, n°3, p. 1017.

²²⁶ GHESTIN Jacques, « La notion de contrat », *op. cit.*

²²⁷ REVET Thierry, « Les critères du contrat d'adhésion », *D.*, 2016, p. 1771, n°3.

elle n'a pas déterminé le contenu, car ce dernier va remplir son utilité²²⁸. Comme le résume le Professeur Jacques Ghestin, « en fait s'il y a crise ou déclin du contrat elle ne concerne qu'une certaine conception de ce dernier fondée sur le dogme de l'autonomie de la volonté »²²⁹. Cette prise avec la réalité contractuelle que permet le prisme des intérêts permet *in fine* de saisir la fonction véritable du contrat, à savoir sa fonction de prévision.

35. Accord des intérêts et prévision – Il est admis depuis longtemps que le contrat soit un acte de prévision²³⁰. C'est ainsi que Carbonnier le définissait comme une véritable « tête de pont jetée dans le futur »²³¹, tandis qu'Hauriou déjà reconnaissait qu'il s'agit de « la tentative la plus hardie qui se puisse concevoir pour établir la domination de la volonté humaine sur les faits, en les intégrant d'avance dans un acte de prévision »²³². Il est important de comprendre ici que, ce qui relevait ainsi de l'assertion, presque intuitive, de ces auteurs, trouve aujourd'hui son fondement dans le prisme des intérêts défendu par la doctrine. En effet, à partir du moment où le choix a été fait d'adopter une lecture du contrat par son utilité, en prise avec sa réalité économique, la fonction de prévision s'est révélée d'elle-même. C'est pourquoi il n'y a nullement incohérence à éclairer le processus de formation du contrat par le prisme des intérêts afin de saisir la fonction de prévision car, précisément, ce que les parties projettent avant tout dans le futur c'est leur intérêt bien plus que leur volonté. Dans cette perspective, « la volonté est systématisée comme reposant nécessairement sur la poursuite rationnelle d'un but et donc comme étant indissociable de la projection d'un intérêt »²³³. Où l'on comprend que c'est parce que le contrat est l'instrument de l'accord des intérêts qu'il est un instrument de prévision. Reste à saisir l'essence de la prévision contractuelle, ce qui ne peut être fait que par l'analyse de son objet.

II. Les engagements, objet de la prévision

36. Dans la mesure où le Code civil retient une conception fonctionnelle du contrat²³⁴, le destinant à « créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations »²³⁵, il paraît difficile d'affirmer que ce dernier a une fonction de prévision sans admettre que celle-ci porte sur la destination légale du contrat, à savoir les obligations. Sans être totalement erronée, cette inclination première doit être précisée. Le fait est qu'il existe un contenu obligationnel et non-obligationnel dans le contrat (A). C'est cet ensemble qui constitue le périmètre de la prévision contractuelle (B).

²²⁸ LÉQUETTE Suzanne, « La notion de contrat, réflexions à la lumière de la réforme du droit commun des contrats », *op. cit.*, n°12.

²²⁹ GHESTIN Jacques, « La notion de contrat », *op. cit.*, spéc. p. 152.

²³⁰ LÉCUYER Hervé, « Le contrat, acte de prévision », *op. cit.*

²³¹ CARBONNIER Jean, *Flexible droit, pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 6^e éd., 1988, p. 175.

²³² HAUROU Maurice, *Principes de droit public*, Sirey, 1^{ère} éd., 1910, rééd. Dalloz, 2010, p. 206. Dans le même sens V. GHESTIN Jacques, « La notion de contrat », *op. cit.*, spéc. p. 150, définissant le contrat comme « l'instrument indispensable des prévisions individuelles ».

²³³ LÉQUETTE Suzanne, « La notion de contrat, réflexions à la lumière de la réforme du droit commun des contrats », *op. cit.*, n°11.

²³⁴ DESHAYES Olivier, GENICON Thomas et LAITHIER Yves-Marie, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : commentaire article par article*, LexisNexis, 2^e éd., 2018, p. 57.

²³⁵ C. civ., art. 1101.

A. Contenu obligationnel et non-obligationnel du contrat

37. Assimilation initiale entre contrat et obligation – L'une des principales failles de l'ancienne version du Code civil est d'avoir opéré une confusion entre la convention, le contrat et les obligations qu'il fait naître²³⁶. Cette assimilation ressortait directement du plan du code de 1804 où contrat et convention étaient tenus pour synonymes²³⁷. Comme le relevait déjà Victor-Louis Marcadé, « à chaque pas, dans notre titre, les rédacteurs ont confondu la convention, le contrat, avec l'obligation qui en découle [...] ». Ainsi donc, dans le langage, inouï jusque-là, des rédacteurs du Code, *contrat* et *obligation* sont des termes synonymes, qui expriment une seule et même idée »²³⁸. Cette confusion était regrettable car, comme l'a immédiatement relevé la doctrine, les deux notions doivent être distinguées. Charles Demolombe résume bien la problématique de la manière suivante : « Autre chose est la convention, autre chose est l'obligation, et il est essentiel de distinguer l'une avec l'autre. La convention a pour effet de créer ou d'éteindre des obligations ou des droits réels ; tandis que l'obligation n'a pour effet que de créer le lien par lequel le débiteur est engagé envers le créancier »²³⁹. Exprimée simplement, la distinction entre le contrat et l'obligation suppose de différencier la source (le contrat) et son objet (les obligations).

38. Fin de la confusion – Le plan du Code civil a été revu par l'ordonnance précitée du 10 février 2016 qui a mis fin à l'identité contrat/obligation qui ressortait de la version de 1804. C'est ainsi qu'il n'est notamment plus question pour le nouvel article 1128 du Code civil relatif aux conditions de validité du contrat de « consentement de la partie qui s'oblige »²⁴⁰ mais uniquement de « consentement des parties » contractantes. En cela, le « contrat-obligation », selon l'expression de Carbonnier²⁴¹, n'est plus.

39. Effets du contrat et contenu obligationnel – Ce qui prend la forme d'une simple rectification dans la nouvelle version du Code civil, qui viendrait réparer une assimilation malheureuse imputable aux codificateurs de 1804, a en réalité des implications majeures dans la conception des effets du contrat. Dire que le contrat et l'obligation ne se confondent plus est une chose, dire que les effets du contrat ne se limitent pas à la production d'obligations représente un pas supplémentaire qui dépasse la simple remise en cause terminologique de l'ancien Code. Et pour cause, comme l'a montré la doctrine, dans l'esprit des premiers rédacteurs le contrat était uniquement conçu comme « une technique permettant d'accoucher des obligations, qui sont l'objectif de la volonté des parties ; il n'existe que pour sortir les obligations dont il est gros, qui périssent en retour un instrument

²³⁶ LATINA Mathias, « Contrat : généralités », *op. cit.*, n°52 ; HAMELIN Jean-François, *Le contrat-alliance*, Economica, 2012, p. 28, n°40 et s.

²³⁷ Ce qu'illustre bien l'ancien titre III du livre III du Code civil intitulé « des contrats ou des obligations conventionnelles en général ». De la même façon, les expressions « objet du contrat » et « objet de l'obligation » étaient perçues comme interchangeables : V. LUCAS-PUGET Anne-Sophie, *Essai sur la notion d'objet du contrat*, LGDJ, 2005, p. 3, n°7 et p. 87, n°143.

²³⁸ MARCADÉ Victor-Louis, *Explication théorique et pratique du Code civil*, t. 4, Delamotte et fils, 7^e éd., 1873, p. 348-349, n°378-379.

²³⁹ DEMOLOMBE Charles, *Cours de Code Napoléon*, vol. 24, Durand etc, 1877, p. 370, n°384.

²⁴⁰ C. civ., art. 1108 ancien.

²⁴¹ CARBONNIER Jean, *Droit civil. 4. Les obligations*, PUF, coll. Thémis droit privé, 22^e éd., 2000, p. 135, n°64.

conçu pour elles »²⁴². Pourtant, cette conception initiale a été discutée à l'aune de l'effet majeur du contrat : sa force obligatoire. Il est ici principalement question du célèbre article du Professeur Pascal Ancel²⁴³, qui a mis au jour la distinction entre la force obligatoire du contrat et son contenu obligationnel. Alors qu'une conception classique explique que « le contrat a pour effet de faire naître des obligations ; en d'autres termes, il a une force obligatoire »²⁴⁴, l'auteur démontre que les deux concepts doivent être distingués, la force obligatoire étant dotée d'une autonomie propre qui ressort à la fois en l'absence de contenu obligationnel et en arrière-plan de ce dernier²⁴⁵. Sans restituer le détail de cette argumentation, il est possible de l'illustrer à travers un exemple bien connu, celui de la promesse unilatérale de vente²⁴⁶. Chacun sait qu'avant que le nouvel article 1124 du Code civil n'interdise en son alinéa 2 « la révocation de la promesse pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter », la Cour de cassation se refusait à ordonner la réalisation de la vente lorsque le promettant avait révoqué sa promesse avant que le bénéficiaire n'opte pour la formation du contrat²⁴⁷. C'est le fondement de la position qu'adoptait la Cour qui est intéressant pour notre discussion car les juges identifiaient dans l'obligation du promettant de maintenir son consentement une obligation de faire dont l'inexécution ne pouvait, en vertu de l'ancien article 1142 du Code civil, se résoudre qu'en dommages et intérêts²⁴⁸. Or,

²⁴² LIBCHABER Rémy, « Réflexions sur les effets du contrat », in *Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit : mélanges offerts à Jean-Luc Aubert*, Dalloz, 2005, p. 211 et s., spéc. p. 217, n°7.

²⁴³ ANCEL Pascal, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD civ.*, 1999, p. 771. V. déjà AUBERT Jean-Luc, *Le contrat : droit des obligations*, Dalloz, 1^{re} éd., 1996, p. 66, affirmant que « la force obligatoire du contrat ne se limite pas à cet effet ponctuel créateur d'obligations : le contrat engage de façon globale celui qui le souscrit ». V. *contra* LIBCHABER Rémy, « Réflexions sur les effets du contrat », *op. cit.* ; AYNÈS Laurent, *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes*, Economica, 1984, p. 41, n°34 ; WICKER Guillaume, *Les fictions juridiques : contribution à l'analyse de l'acte juridique*, *op. cit.*, p. 149, n°154, et, du même auteur, « Force obligatoire et contenu du contrat », in *Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats*, Dalloz, 2003, p. 151, spéc. p. 152, note 6, et p. 162, note 56. Pour une présentation détaillée des thèses en présence : V. LUCAS-PUGET Anne-Sophie, *Essai sur la notion d'objet du contrat*, *op. cit.*, p. 289, n°508 et s.

²⁴⁴ MALAURIE Philippe, AYNÈS Laurent et STOFFEL-MUNCK Philippe, *Droit civil, Les obligations*, LGDJ, 6^e éd., 2013, p. 353, n°746.

²⁴⁵ ANCEL Pascal, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat » *op. cit.*, n°10 et s.

²⁴⁶ *Ibid.*, n°21 et s. ; LATINA Mathias, « Contrat : généralités », *op. cit.*, n°118.

²⁴⁷ 3^e civ., 15 déc. 1993, n° 91-10.199, *Bull. civ.*, 1993, III, n° 174 ; *JCP N*, 1995, n°2, 31, obs. MAZEAUD ; *D.*, 1994, 230, obs. TOURNAFOND ; 3^e civ., 26 juin 1996, n° 94-16.326, *Bull. civ.*, 1996, III, n° 165 ; *D.*, 1997, 169, note MAZEAUD ; 3^e civ., 28 oct. 2003, n° 02-14.459, *RDC*, 2004, n°2, 270, obs. MAZEAUD. Les différentes chambres de la Cour de cassation sont finalement revenues sur cette jurisprudence à la suite de l'adoption de l'article 1124 du Code civil, y compris pour les pactes conclus antérieurement à la réforme de 2016 : V. Soc., 21 sept. 2017, n° 16-20.103, *Bull. civ.*, 2017, VII, n° 148 ; *JCP E*, 2018, n°21, 46, obs. CÉSARO ; *GPL*, 2018, n°10, 56, obs. HARIR ; *JCP E*, 2018, n°1-2, 38, obs. SEUBE ; *GPL*, 2017, n°34, 13, obs. LATINA ; *RTD civ.*, 2017, 837, note BARBIER ; 3^e civ., 23 juin 2021, n° 20-17.554, *Publié au Bulletin* ; *JCP N*, 2022, n°19, 30, obs. BOFFA ; *JCP N*, 2022, n°12, 36, note PIÉDELIÈVRE ; *Rev. sociétés*, 2022, 140, note PILLET ; *RDC*, 2022, n°1, 49, note THIBIERGE ; *RDC*, 2021, n°4, 12, note DOURNAUX ; *Dr. sociétés*, 2021, n°10, 5, note CASTAGNÉ ; *Dr. sociétés*, 2021, n°10, 14, note MORTIER ; *RTD civ.*, 2021, 934, note THÉRY ; 3^e civ., 20 oct. 2021, n° 20-18.514, *Publié au Bulletin* ; *JCP N*, 2022, n°12, 37, note PIÉDELIÈVRE ; *RTD civ.*, 2022, 112, note BARBIER ; *JCP N*, 2021, n°44, 7, obs. NOUAL ; Com., 15 mars 2023, n° 21-20.399, *Publié au Bulletin* ; *GPL*, 2023, n°11, 27, obs. BERLAUD ; *JCP N*, 2024, n°3, 29, note PIÉDELIÈVRE ; *JCP E*, 2023, n°49, 35, note BECKER ; *RLDC*, 2023, n°218, 27, note DUMAS ; *RLDA*, 2023, n°196, 47, note MEUR ; 3^e civ., 21 nov. 2024, n° 21-12.661, *Publié au Bulletin* ; *Defrénois*, 2025, n°9, 20, note RAIN ; *RLDC*, 2025, n°234, 19, note FERREIRA ; *LPA*, 2025, n°3, 33, note KOFFI-AKPOLLEH ; *RDC*, 2025, n°1, 34, note THIBIERGE ; *D.*, 2025, 1054, obs. NAJJAR.

²⁴⁸ La Cour avait fini par abandonner le fondement de l'ancien article 1142 du Code civil, préférant se placer sur le seul terrain de la rencontre des volontés réciproques de vendre et d'acquiescer (sans que cela ne la conduise pour autant à priver d'efficacité la rétractation du promettant) : 3^e civ., 11 mai 2011, n° 10-12.875, *Bull. civ.*, 2011, V, n°77 ; *JCP N*, 2011, n°22, 26, note PIÉDELIÈVRE ; *JCP N*, 2011, n°20, 25, note ROUZET ; *GPL*, 2011, n°215-216,

précisément, l'apport de la distinction entre force obligatoire et contenu obligationnel du contrat est de considérer que les parties à un contrat sont tenues par ce dernier du seul fait de l'article 1103 (1134 ancien) du Code civil, sans qu'il soit besoin de passer par l'identification d'une obligation. Dans l'exemple de la promesse, cela revient à admettre que le promettant doit maintenir son consentement, non pas parce que le contrat en question recèlerait une obligation quelconque qui l'y contraindrait, mais simplement car, en tant que partie à un contrat doté de force obligatoire, il est tenu à son exécution. Comme le résume un autre auteur, « le maintien de la promesse concerne l'exécution du contrat : c'est le propre de tout contrat que d'être exécuté et ce serait pur artifice que de prendre pour objet d'une obligation de faire cette exécution que l'article 1134 du Code civil suffit à justifier »²⁴⁹.

40. Stipulations non-obligationnelles – Le fait d'admettre que la force obligatoire d'un certain nombre d'engagements contractuels ne repose pas nécessairement sur un rapport obligationnel de créancier à débiteur a surtout pour effet de revisiter la nature véritable d'une série de stipulations dont on sait bien qu'elles s'imposent aux contractants mais dont on peine pourtant à déceler le lien caractéristique de l'obligation. C'est par exemple le cas des clauses de juridiction qui, sans être obligationnelles, sont directement contraignantes²⁵⁰. Sans aller plus en avant à ce stade dans le détail de ces stipulations²⁵¹, il faut d'ores et déjà prendre acte de cette double capacité productive du contrat, obligationnelle et non-obligationnelle²⁵². D'autant que celle-ci doit être maniée avec prudence lorsqu'il s'agit de cerner le périmètre de la prévision des parties.

B. Périmètre de la prévision contractuelle

41. Périmètre négatif – Les distinctions que nous venons d'opérer commandent une introduction négative du périmètre de la prévision contractuelle. En effet, la prévision est tout à la fois la représentation, l'analyse de ce qui a vocation à se produire dans le futur et

15, note HOUTCIEFF ; *RDC*, 2011, n°4, 1133, note LAITHIER ; *RDC*, 2011, n°4, 1259, note SAUPHANOR-BROUILLAUD ; *RLDA*, 2011, n°63, 10, note BROCARD ; *RTD civ.*, 2011, 532, note FAGES ; *Dr. et patr.*, 2012, n°211, 69, note STOFFEL-MUNCK. V. égal. 3e civ., 12 juin 2013, n° 12-19.105.

²⁴⁹ COLLART DUTILLEUL François, *Les contrats préparatoires à la vente d'immeuble*, Sirey, 1988, p. 131, n°231.

²⁵⁰ V. *infra* n°171 et s.

²⁵¹ V. *infra* n°362 et s.

²⁵² Sans qu'il soit néanmoins facile de dire si la réforme du droit des contrats s'en fait totalement l'écho. D'un côté, la définition nouvelle du contrat donnée par l'article 1101 du Code civil est entièrement centrée sur les obligations, au point que l'on se demande si le contrat a absorbé la convention ou si cette dernière recèle désormais les effets de droits non-obligationnels (V., sur cette discussion : DESHAYES Olivier, GENICON Thomas et LAITHIER Yves-Marie, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : commentaire article par article, loc. cit.*). D'un autre côté, le changement de terminologie (V. *supra* n°19) plaide en faveur d'une distinction plus fine entre le contrat et l'obligation et donc entre leurs effets respectifs. Ainsi du nouveau chapitre IV du sous-titre du Code civil relatif au contrat, qui, précisément pour introduire la force obligatoire (sous-section 1), s'intitule désormais « les effets du contrat » et non plus « de l'effet des obligations » comme l'ancien chapitre III introduisant l'ancien article 1134 du Code civil. Il aurait alors été plus cohérent de définir le contrat comme un accord de volontés destiné à produire des effets de droit, définition proposée par plusieurs auteurs (LATINA Mathias, « Contrat : généralités », *op. cit.*, n°161 ; GHESTIN Jacques, « La notion de contrat », *op. cit.*, spéc. p. 148) et initialement par le projet d'ordonnance ayant conduit à la réforme de 2016 qui donnait la qualification de contrat à tout « accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer des effets de droit ». On peut supposer que c'est ce qu'a finalement souhaité faire le législateur en ne limitant plus le contrat à un effet créateur d'obligations, mais cet élargissement ne rend pas parfaitement compte de la distinction entre le contenu obligationnel du contrat et ses autres effets, ne serait-ce que s'agissant de l'effet translatif.

la conjecture qui en résulte²⁵³. Elle porte donc en son sein deux éléments : la postériorité par rapport au moment où elle est faite et l'incertitude²⁵⁴. Appliquée à la matière contractuelle, cette définition suppose d'exclure de la fonction de prévision tout ce qui ne relève pas de l'incertitude et qui, au contraire, a nécessairement vocation à se produire quelle que soit la volonté des parties. Or, un contrat recèle précisément une série d'effets légaux, normatifs, caractérisés par leur automaticité. Ainsi de l'effet translatif de propriété qui, directement visé par l'article 1196 nouveau du Code civil, ne se présente plus comme l'objet d'une obligation mais bien comme « un effet légal du contrat, attaché à sa conclusion »²⁵⁵. Le point important étant que l'automaticité de ces effets chasse l'incertitude, partant, la prévision. Le Professeur Hervé Lécuyer résume la chose en ces termes : « La création d'un rapport d'obligation, la constitution d'un droit réel, la transmission d'un droit réel ou personnel, autant d'effets possibles du contrat qui ne constituent pas des prévisions. Car l'effet du contrat est concomitant au moment où les volontés s'expriment efficacement (c'est alors son instantanéité qui s'oppose à ce que l'on y voie une prévision). Il n'est, de plus, aucune incertitude quant à son avènement (c'est alors son automaticité qui fait obstacle à une telle qualification) »²⁵⁶.

42. Périmètre positif – On l'aura compris, le contenu obligationnel du contrat, en ce qu'il est à la main des parties, fait bel et bien l'objet de leurs prévisions. Ainsi, et même si une présentation moins optimiste des choses préfère parler de tentative de conservation plutôt que de prévision²⁵⁷, c'est bien par le tissu obligationnel que ceux qui contractent sont invités dès maintenant « à effectuer des choix individuels, à décider par quels moyens leurs besoins seront le mieux satisfaits, en envisageant à l'avance l'équilibre qui répondra à l'utilité de la convention »²⁵⁸. Encore faut-il alors s'entendre sur la définition de l'obligation qui a pour nature d'être une notion polysémique²⁵⁹. La nécessité de ne pas complexifier inutilement la démonstration nous contraindra néanmoins à reprendre à notre compte le sens généralement

²⁵³ V. *Dictionnaire de l'Académie française*, *op. cit.*, qui définit la prévision comme l'« action de prévoir, d'annoncer ce qui doit être ou arriver, en s'appuyant sur un raisonnement, une analyse, une évaluation ; conjecture qui en résulte ».

²⁵⁴ V. LÉCUYER Hervé, « Le contrat, acte de prévision », *op. cit.*, spéc. p. 644, selon lequel : « la prévision se reconnaît ainsi en ce qu'elle porte sur un événement qui est postérieur au moment où elle est formulée et dont la survenance est peu ou prou incertaine. La prévision propulse son auteur dans un futur incertain ».

²⁵⁵ CHANTEPIE Gaël, « Contrat : effets », *Rép. civ.*, Dalloz, 2018, n°53. L'argumentation fondée sur l'identification d'une obligation de donner a ainsi disparu avec le nouveau code (V. ARDOY Pierre-Yves, « L'effet translatif du contrat : la fin de l'obligation de donner », in *Quel renouveau pour le droit des contrats ? : une réforme entre tradition et modernité*, PUPA, 2016, p. 127. Il y avait auparavant « un véritable schisme au sein de la doctrine française » entre partisans et opposants à la reconnaissance d'une obligation de donner : V. LAITHIER Yves-Marie, « La distinction entre les obligations de donner, de faire et de ne pas faire en droit français », *op. cit.*, spéc. p. 6 et s.

²⁵⁶ LÉCUYER Hervé, « Le contrat, acte de prévision », *op. cit.*, spéc. p. 645. Précisons que l'auteur réserve cette présentation aux contrats consensuels sans que cela ne constitue un obstacle à notre démonstration. D'abord en raison du fait que notre étude porte sur les pactes d'associés qui sont par essence consensuels. Mais l'on pourrait nous objecter que nous partons d'un raisonnement applicable à tout contrat. C'est alors surtout parce que l'auteur admet bien que ce sont « les effets des obligations qui composent les prévisions des contractants dans tous les contrats, consensuels ou non » (p. 651), que la distinction qu'il opère entre contrats consensuels et non consensuels a peu d'incidence car est préservé le caractère universel de ce que nous appelons périmètre positif de la prévision (V. *infra* n°42).

²⁵⁷ LIBCHABER Rémy, « Réflexions sur les effets du contrat », *op. cit.*, spéc. p. 218, n°9, pour qui « à bien des égards, le contrat classique est moins un acte de prévision qu'une tentative désespérée de conservation ».

²⁵⁸ CHANTEPIE Gaël, « Contrat : effets », *op. cit.*, n°58.

²⁵⁹ PICOD Yves, « Obligations », *Rép. civ.*, Dalloz, 2017, n°17.

admis de l'obligation²⁶⁰, à savoir celui d'un lien de droit, d'ordre patrimonial, qui unit un créancier et un débiteur et en vertu duquel le premier peut exiger du second une prestation²⁶¹. Ainsi, même s'il est vrai que la distinction entre la force obligatoire et le contenu obligationnel du contrat pourrait logiquement conduire à envisager l'obligation comme un effet, parmi d'autres, du lien contractuel obligatoire unissant le créancier au débiteur et non comme ce lien lui-même²⁶², la définition usuelle de l'obligation suffira pour saisir le sens de la prévision qui suppose, nous l'avons dit, postériorité et incertitude²⁶³. S'agissant de la postériorité on comprend bien qu'elle ressort du décalage entre formation et exécution du contrat²⁶⁴. S'agissant de l'incertitude, et même si les parties n'en ont pas toujours conscience, elle ressort de la nature même de l'obligation dont les effets « s'ordonnent autour de deux destinées possibles : exécution ou inexécution »²⁶⁵. C'est que si « l'effet du contrat²⁶⁶ ne peut pas ne pas se produire, dès lors que les parties ont échangé leur consentement ; l'effet recherché des obligations contractuelles peut ne pas se produire »²⁶⁷ car « l'obligation est par essence susceptible de n'être pas exécutée »²⁶⁸. Bien loin d'annihiler la fonction de prévision, ce constat en restitue en réalité le sens. Car si l'exécution des obligations était certaine, on ne pourrait, à défaut de conjecture et comme c'est le cas pour les effets légaux du contrat, parler de prévision.

43. Sort des stipulations non-obligationnelles – Reste le cas des stipulations non-obligationnelles²⁶⁹ : participent-elles de la fonction de prévision propre à tout contrat ? L'on pourrait être tenté par une réponse négative en les rapprochant des effets légaux du contrat dont nous venons de voir que l'automatisme excluait toute idée de prévision²⁷⁰. Néanmoins, et bien que non-obligationnelles, elles n'ont rien d'un effet légal. Elles résultent bien de la volonté des parties qui auront accepté de les insérer dans leur accord afin qu'elles soient respectées le moment venu. Elles sont donc affectées de la même postériorité et de la même incertitude que les stipulations obligationnelles²⁷¹. En cela, elles participent pareillement de la fonction générale de prévision.

44. Utilisation subséquente du terme « engagement » – Stipulations obligationnelles et non-obligationnelles étant toutes deux incluses dans le périmètre de la prévision contractuelle,

²⁶⁰ Dans la mesure où le Code civil ne propose pas de définition légale de l'obligation et se contente de s'en servir pour définir le contrat à l'article 1101.

²⁶¹ V. PICOD Yves, « Obligations », *loc. cit.* pour qui l'obligation « désigne le rapport de droit (*vinculum juris*) unissant le créancier au débiteur et en vertu duquel le second est tenu envers le premier à l'accomplissement d'une prestation (action ou abstention) » ; BÉNABENT Alain, *Droit des obligations*, op. cit., p. 17, n°1, précisant qu'il faut y voir un « lien d'ordre patrimonial unissant les personnes juridiques entre elles ».

²⁶² LATINA Mathias, « Contrat : généralités », *op. cit.*, n°117 qui, poursuivant le raisonnement sur la force obligatoire et le contenu obligationnel du contrat estime que « l'obligation ne serait donc pas, en elle-même, un lien de droit, mais un effet du lien, c'est-à-dire une prestation que le créancier serait en droit de réclamer en vertu de la force obligatoire du lien contractuel ». Comp. JEULAND Emmanuel, « L'énigme du lien de droit », *RTD civ.*, 2003, p. 455, n°25.

²⁶³ V. *supra* n°41.

²⁶⁴ V. *infra* n°206.

²⁶⁵ CARBONNIER Jean, *Droit civil. 4. Les obligations*, op. cit., p. 221, n°113.

²⁶⁶ Comprendre : les effets légaux qui ne dépendent pas de la volonté des parties (V. *supra* n°41).

²⁶⁷ LÉCUYER Hervé, « Le contrat, acte de prévision », *op. cit.*, spéc. p. 646.

²⁶⁸ *Ibid.*, p. 646.

²⁶⁹ V. *supra* n°40.

²⁷⁰ V. *supra* n°41.

²⁷¹ V. *supra* n°42.

un choix terminologique unificateur s'impose. C'est pourquoi nous retiendrons le terme « engagement » pour évoquer le contenu des pactes. Le fait est que le législateur lui-même semble accorder sa préférence à ce terme²⁷². Ce dernier sied d'ailleurs davantage à la réalité des pactes d'associés dont certaines stipulations sont d'origine internationale, et peinent à entrer dans le moule obligationnel français²⁷³.

45. Prévisions intrinsèques et extrinsèques – Une distinction mérite d'être précisée. Dans l'esprit des parties, les engagements contractuels ont pour objet d'assurer une « emprise sur l'avenir »²⁷⁴ dans lequel elles ont projeté leurs intérêts. On observe en réalité que deux incertitudes, et donc deux prévisions, se conjuguent. D'un côté, les circonstances extérieures, par nature évolutives et incertaines, et de l'autre le contenu du contrat, dicté par l'analyse que font les parties de ces circonstances extérieures, lui-même marqué par l'incertitude car les engagements qu'il prévoit sont susceptibles d'être ou ne pas être exécutés. Le Professeur Hervé Lécuyer rend compte de cette distinction de la manière suivante : « Relativement au contrat, les prévisions semblent pouvoir relever de deux catégories distinctes : elles sont d'abord constituées par ce sur quoi les parties se sont accordées, le contenu de leur accord de volontés. Le raisonnement s'opère alors plutôt en termes d'objet. Ces prévisions peuvent être dites intrinsèques. Les prévisions sont aussi les éléments qui ont commandé l'engagement du contractant, dans son principe et dans les termes finalement retenus. Le raisonnement est ici plutôt entrepris en termes de cause. Les prévisions peuvent être dites extrinsèques »²⁷⁵. Ainsi, si les engagements constituent l'objet de la prévision, ils sont dictés par une autre conjecture, portant sur les éléments extérieurs au contrat. Le raisonnement en matière de prévision se doit d'intégrer cette distinction qui, nous le verrons, prend tout son sens lorsque l'on applique la fonction de prévision à un type de contrat en particulier²⁷⁶.

46. Prévision et théorie de l'imprévision – Ajoutons que reconnaître la fonction de prévision propre à tout contrat ne conduit pas à se positionner sur l'admission en droit français de la théorie de l'imprévision. Le mécanisme fait débat depuis longtemps en doctrine²⁷⁷. Historiquement, le juge judiciaire s'était refusé à s'accorder un pouvoir de révision du

²⁷² Tel est par exemple le cas à l'article 1217 du Code civil qui vise en son premier alinéa « la partie envers laquelle l'engagement n'a pas été exécuté ».

²⁷³ V. not. FAGES Bertrand, « L'efficacité de la clause buy or sell », *RTD civ.*, 2009, p. 525, qui relève que dans le cadre d'une pratique contractuelle désormais mondialisée, « les engagements se lisent d'abord pour ce qu'ils sont - à savoir des engagements - et non avec l'idée de les faire rentrer sous la coupe souvent déformante des catégories juridiques nationales ».

²⁷⁴ HÉBRAUD Pierre, « Rôle respectif de la volonté et des éléments objectifs dans les actes juridiques », in *Mélanges offerts à Jacques Maury*, t. II, Dalloz & Sirey, 1960, p. 420, spéc. p. 424.

²⁷⁵ LÉCUYER Hervé, « Le contrat, acte de prévision », *op. cit.*, spéc. p. 644.

²⁷⁶ V. *infra* n°49 et s.

²⁷⁷ BÉNABENT Alain, *Droit des obligations*, *op. cit.*, p. 264, n°310, et, pour une étude théorique complète antérieure à la réforme : V. BILLIAU Marc, GHESTIN Jacques et JAMIN Christophe, *Traité de droit civil. Les effets du contrat : interprétation, qualification, durée, inexécution, effet relatif, opposabilité*, LGDJ, 3^e éd., 2001, p. 355, n°290 et s. V. égal. THIBIERGE Louis, *Le contrat face à l'imprévu*, Economica, 2011.

contrat²⁷⁸, tranchant là avec la plupart des droits étrangers²⁷⁹. La réforme du droit des contrats a fait le choix d'introduire un nouvel article 1195 dans le Code civil permettant, au terme d'une procédure en plusieurs étapes, d'aller jusqu'à obtenir la révision ou la fin du contrat en cas de « changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat »²⁸⁰ rendant « l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque »²⁸¹. Si l'on peut considérer à première vue que cette admission de l'imprévision favorise la fonction de prévision du contrat, permettant que les prévisions des parties ne soient pas déjouées par un changement de circonstances, il n'y a pas de réel lien logique entre les deux. Certes, le contrat a une fonction de prévision mais les conséquences que l'on souhaite en tirer ou non en matière de droit des contrats représentent « un pur choix de politique juridique »²⁸² qui n'influent pas sur sa fonction. En d'autres termes, le contrat était un acte de prévision bien avant l'introduction de l'article 1195 du Code civil et il le demeure sans changement après lui²⁸³.

47. Prévision et instantanéité – Soulignons finalement que, même si cela peut sembler contre-intuitif, la fonction de prévision n'est nullement remise en cause par l'instantanéité de certains types de contrats. Rappelons tout d'abord que la réforme issue de l'ordonnance précitée du 10 février 2016 a fait le choix de distinguer les contrats instantanés et à exécution successive sur la base d'un critère quantitatif, l'exécution des obligations en une prestation unique ou en plusieurs prestations échelonnées dans le temps²⁸⁴, et non qualitatif, la durée d'exécution des prestations (un contrat dont les obligations s'exécutent en une prestation unique qui demande un certain temps reste donc instantané)²⁸⁵. Mais, même à adopter un critère qualitatif et à admettre que les obligations de certains contrats s'épuisent réciproquement en un laps de temps²⁸⁶, ce n'est pas juridiquement que le problème se pose mais économiquement. Et pour cause, si la doctrine a bien mis en évidence la distinction

²⁷⁸ Cass. civ., 6 mars 1876, *Canal de Craponne*, D., 1876, I, 193, note GIBOULOT ; CAPITANT Henri, TERRÉ François, LEQUETTE Yves et CHÉNEDÉ François., *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. 2, *Obligations, contrats spéciaux, sûretés*, Dalloz, 13^e éd., 2015, p. 172, n°165. Ce n'était pas la position du juge administratif : CE, 30 mars 1916, *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux*, Rec., 125, concl. CARDENET ; S. 1916, 3, 17, concl. CARDENET, note HAURIOU ; DP, 1916, 3, 25, concl. CARDENET ; RDP, 1916, 206 et 388, concl. CARDENET, note JÈZE.

²⁷⁹ DAVID René, « L'imprévision dans les droits européens », in *Études offertes à Alfred Jauffret*, Faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille, 1974, p. 211 ; TALLON Denis, « La révision du contrat pour imprévision au regard des enseignements récents du droit comparé », in *Droit et vie des affaires : études à la mémoire d'Alain Sayag*, Litec, 1997, p. 403 ; FAUVARQUE-COSSON Bénédicte, « Le changement de circonstances », RDC, 2004, n°1, p. 67 ; CABRILLAC Rémy, « Perspectives d'évolution en matière d'imprévision à la lumière du droit comparé », in *Mélanges en l'honneur de Camille Jauffret-Spinosi*, Dalloz, 2013, p. 227.

²⁸⁰ C. civ., art. 1195, al. 1^{er}.

²⁸¹ *Ibid.*

²⁸² LÉCUYER Hervé, « Le contrat, acte de prévision », *op. cit.*, spéc. p. 658.

²⁸³ On notera d'ailleurs que le mécanisme de l'imprévision, s'il a pu passionner la doctrine, ne semble pas avoir envahi les tribunaux depuis son admission en droit français : V. THIBIERGE Louis, « À la recherche de l'imprévision », sur *Navis affaires*, Tribune - avis d'experts [en ligne], publié le 15/06/2022.

²⁸⁴ C. civ., art. 1111-1.

²⁸⁵ Sur cette distinction entre critère quantitatif et qualitatif : ETIENNEY Anne, *La durée de la prestation : essai sur le temps dans l'obligation*, LGDJ, 2008, p. 37, n°57 et s.

²⁸⁶ C'est d'ailleurs le cas dans le contrat-type du Code civil de 1804. En effet, les codificateurs n'avaient pas fait de la durée des relations contractuelles une donnée fondamentale du contrat (V. ROCHFELD Judith, « Les modes temporels d'exécution du contrat », RDC, 2004, n°1, p. 47), ce dernier étant construit sur le modèle de la vente qui « incarne jusqu'à la caricature l'immédiateté et la simplicité de l'échange » (LIBCHABER Rémy, « Réflexions sur les effets du contrat », *op. cit.*, spéc. p. 223, n°15).

économique qu'il était possible de faire entre les contrats d'occasion, où le partenaire et le futur des relations indiffèrent, et les contrats de situation, qui supposent un besoin de permanence²⁸⁷, juridiquement le schéma présenté demeure. Tant qu'il est possible de distinguer la formation de l'exécution du contrat²⁸⁸, il est possible d'identifier un accord des intérêts projeté dans l'avenir, aussi rapproché soit-il, par le biais d'engagements. Ainsi, « le contrat répond fondamentalement à une aspiration vers l'avenir ; et il en est ainsi, non seulement dans les contrats successifs, mais aussi dans les contrats instantanés, dont l'exécution n'est pas envisagée comme s'épuisant et s'anéantissant dans l'instant, mais comme créatrice d'un état de choses qui persistera ensuite par lui-même, en développant ses effets »²⁸⁹. C'est pourquoi, si le modèle économique peut varier d'un contrat à l'autre, il ne fait pas perdre sa fonction générale au genre contractuel.

48. Conclusion de section – Au terme de ces premiers développements, il apparaît qu'une approche trop individualiste et volontariste du contrat voulue par la théorie de l'autonomie de la volonté doit être abandonnée. Au contraire, la réalité économique de l'opération commande de substituer dans l'analyse le prisme des intérêts à celui de la volonté. Ainsi, l'on passe, dans la conception du processus de formation contractuelle, d'un accord abstrait des volontés à une fixation concrète des intérêts des parties, que traduit l'expression de leur consentement. Ce basculement permet de fonder l'affirmation selon laquelle le contrat est un acte de prévision, précisément car c'est avant tout leur intérêt que les parties projettent dans l'avenir. La prévision étant tout à la fois la représentation, l'analyse de ce qui a vocation à se produire dans le futur, et la conjecture qui en résulte, elle ne saurait comprendre, faute d'incertitude, les effets légaux du contrat. Elle se limite donc aux engagements que le contrat contient, que ces derniers soient de nature obligationnelle ou non-obligationnelle. Fort de ce constat, il devient alors possible d'apprécier la singularité de la fonction générale de prévision lorsqu'elle s'applique aux pactes d'associés.

²⁸⁷ V. CABRILLAC Michel, « Remarques sur la théorie générale du contrat et les créations récentes de la pratique commerciale », in *Mélanges dédiés à Gabriel Marty*, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 1978, p. 235, spéc. p. 239, n°8.

²⁸⁸ V. *infra* n°206.

²⁸⁹ HÉBRAUD Pierre, « Observations sur la notion du temps dans le droit civil », *op. cit.*, spéc. p. 29, n°21.

Section 2 : La fonction de couverture propre aux pactes d'associés

49. Nous l'avons vu, la prévision renferme à la fois une projection dans le futur et la conjecture qui en résulte, ce qui en fait un phénomène par nature incertain²⁹⁰. Apprécier le phénomène en matière de pactes d'associés nécessite donc d'établir ce sur quoi vont porter les prévisions des parties. Or, les pactes d'associés ont la particularité d'avoir un caractère « parasocial » ce qui signifie que, bien que conclus en dehors d'une société, ils ont nécessairement pour objet cette société²⁹¹. Ainsi, s'il ne peut y avoir prévision que sur ce qui présente un caractère incertain, et que les prévisions des parties au pacte ont nécessairement pour objet la société qui en a commandé la conclusion, analyser la consistance de la prévision en matière de pactes d'associés (II) suppose, au préalable, d'avoir mesuré la consistance de l'incertitude en matière sociétaire (I).

I. La consistance de l'incertitude en matière sociétaire

50. La référence à l'incertitude en matière sociétaire se retrouve en termes techniques à travers la notion d'aléa social. La raison est simple et procède directement de la définition de la société posée par l'article 1832 du Code civil qui, proposant aux associés dans son alinéa premier « d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter », tout en les avertissant au dernier alinéa qu'ils « s'engagent à contribuer aux pertes », fait de la société un contrat à l'issue incertaine²⁹². L'aléa social se présente donc avant tout comme l'essence du contrat de société (A). Mais il se veut également révélateur de l'intérêt qui est censé animer les associés dans le cadre de la constitution de la société, à savoir un intérêt collectif (B).

A. L'aléa social, essence du contrat de société

51. L'importance de l'aléa social dans la conclusion du contrat de société se mesure à travers la présentation de ses caractéristiques. C'est ainsi à travers l'étude de ses éléments que l'on peut apprécier en quoi cet aléa constitue un trait fondamental de la société. Mais la portée réelle de ce constat ne peut être pleinement saisie sans interroger la place de l'aléa dans la diversité des configurations sociétaires. Il faudra donc non seulement identifier les caractéristiques de l'aléa social (1), mais aussi vérifier sa persistance quel que soit l'objet social de la société en cause (2).

1) Caractéristiques de l'aléa social

52. Le contrat de société a ceci de particulier qu'il « participe du jeu de hasard : on ne gagne pas à tous les coups et il faut savoir perdre ». C'est cette incertitude fondatrice de l'opération sociétaire que la doctrine nomme aléa social. L'expression est à propos car l'aléa est

²⁹⁰ V. *supra* n°41.

²⁹¹ DEXANT-DE BAILLIENCOURT Olympe, *Les pactes d'actionnaires dans les sociétés cotées*, op. cit., p. 3, n°4. L'utilisation du terme « parasocial » pour évoquer les pactes semble être assez ancienne : V. PRAT Sébastien, *Les pactes d'actionnaires relatifs au transfert de valeurs mobilières*, op. cit., p. 1, n°2, et p. 10, n°17.

²⁹² V. BARRILLON Clément, *Le critère de la qualité d'associé*, op. cit., p. 456, n°717.

caractérisé par son ambivalence, pouvant désigner un « hasard favorable ou défavorable, dont dépend la réussite ou l'échec de quelque chose ou de quelqu'un ». Rendre compte de l'aléa social suppose donc d'exposer ses deux faces, à savoir sa face négative (a) et sa face positive (b).

a) La face négative de l'aléa social

- 53. Élément implicite** – À la lecture de la première version de l'article 1832 du Code civil, la face négative de l'aléa social ne semble pas apparaître comme un élément essentiel du contrat de société, simplement défini comme le « 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 ». Pourtant, cette omission révèle une réalité opposée à celle que l'on pourrait d'abord percevoir car, si la perte ne figurait initialement pas dans l'article 1832 du Code civil, c'est simplement parce qu'elle était perçue comme une conséquence naturelle de la chance de gain, la formulation choisie suffisant à désigner le fait que la recherche d'une issue positive à l'aventure sociale ne pouvait aller sans l'acceptation d'une issue négative²⁹³. C'est ainsi que les rédacteurs du Code déclaraient la chose suivante : « Il est des objets sur lesquels la justice se manifeste clairement. Un associé par exemple, veut partager tous les profits d'une société, sans en partager les risques : la prétention est révoltante ; il ne faut pas chercher hors de la lettre du pacte une iniquité consommée par la lettre même du pacte »²⁹⁴. Finalement, le législateur a fait le choix de la clarification avec la loi n° 78-9 du 4 janvier 1978, l'article 1832 disposant désormais dans son alinéa 3 que « les associés s'engagent à contribuer aux pertes ».
- 54. Visions divergentes** – Le législateur semble donc avoir une conception claire de la face négative de l'aléa social qui résiderait dans l'engagement qu'assume tout associé de contribuer aux pertes. L'examen du droit positif confirme cette impression de clarté dans la mesure où il existe bel et bien un principe de contribution aux pertes en fin de vie sociale reconnu depuis longtemps déjà par la jurisprudence²⁹⁵, faisant l'unanimité en doctrine et

²⁹³ *Ibid.*, p. 122, n°115 ; KENDERIAN Fabien, « La contribution aux pertes sociales », *Rev. sociétés*, 2002, p. 617, n°3 ; THALLER Edmond, *Traité élémentaire de droit commercial, à l'exclusion du droit maritime*, Arthur Rousseau, 3^e éd., 1904, p. 148, n°236 ; TROPLONG Raymond Théodore, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du code. Du contrat de société civile et commerciale ou Commentaire du titre IX du livre III du Code civil*, t. 1, Charles Hingray, libraire-éditeur, 1843, p. 26, n°18 ; LUCAS François-Xavier (actualisation PETOT-FONTAINE Michelle), « Théorie des bénéfices et des pertes – Bénéfices, économies et pertes », *J.-CL. Sociétés Traité*, fasc. 15-10, LexisNexis, 2015, n°15.

²⁹⁴ PORTALIS Jean-Étienne-Marie, TRONCHET François-Denis, BIGOT DE PRÉAMENEU Félix-Julien-Jean et MALEVILLE Jacques, « Discours préliminaire du premier projet de Code civil », in *Recueil complet des discours prononcés lors de la présentation du Code civil par les divers orateurs du Conseil d'Etat et du Tribunal*, t. 1, *Discours*, Firmin Didot Frères, 1838, p. 19.

²⁹⁵ V. Com., 3 mars 1975, n° 73-13.721, *Bull. civ.*, 1975, IV, n° 68 ; *Rev. sociétés*, 1975, 454, note RANDOUX, énonçant que « sauf application de dispositions légales ou réglementaires ou de stipulations particulières, c'est seulement en cas de dissolution de la société [...] que celle-ci peut agir contre ses membres en paiement de ses pertes ». *Adde*, T. Com. Vannes, 27 avr. 1973, *GPL*, 1973, 2, 610, selon lequel « il ne peut y avoir, du point de vue juridique, de véritables "pertes sociales" auxquelles un associé soit tenu de contribuer, que si le capital est réellement entamé, ce qui ne peut s'apprécier à l'occasion de chaque exercice annuel, mais seulement en cas de liquidation de la société ». V. égal. pour une illustration récente : Com., 15 févr. 2023, n° 20-22.018, *Rev. sociétés*, 2023, 660, note SAINTOURENS ; *JCP N*, 2023, n°29, 41, note STORCK ; *GPL*, 2023, n°21, 49, note MANTIENNE ; *BJS*, 2023, n°6, 33, note TADROS ; *Dr. sociétés*, 2023, n°5, 23, note JULLIAN.

ayant selon certains valeur de coutume²⁹⁶. En revanche, une divergence importante existe relativement à la portée qu'il faut donner à ce principe. En effet, pour certains auteurs le principe de contribution aux pertes en fin de vie sociale épuise toute autre forme de contribution, notamment en cours de vie sociale. En cela on peut parler de vision restrictive du risque social assumé par l'associé. Pour d'autres, le principe n'épuise pas les manifestations de la contribution aux pertes que l'on pourrait donc retrouver en cours de vie sociale. En cela on peut parler de vision expansive du risque social assumé par l'associé. Il nous faut présenter ces deux visions.

55. Vision restrictive du risque social assumé par l'associé – Cette vision restrictive du risque social assumé par l'associé repose avant tout sur une certaine conception de la perte. Pour ces auteurs²⁹⁷, il faut exclure toute signification fiscale ou même comptable de la perte sociale et préférer une définition juridique²⁹⁸. Cette dernière permettrait de mesurer l'appauvrissement réel de la société à l'issue de son activité en évaluant exactement la diminution partielle ou totale qu'auront subi les sommes affectées par les associés à la société. Le calcul pourrait être simplifié ainsi : il faudrait ajouter le montant total des dettes sociales aux apports et retirer le produit de réalisation de l'actif brut pour obtenir la véritable perte sociale²⁹⁹. La conséquence majeure de cette approche est la date à laquelle doit être apprécié l'appauvrissement de la société car on comprend qu'il ne s'agit pas de dire si, d'un exercice à l'autre, l'activité est déficitaire mais bien de déterminer, « toute compensation faite entre les années bonnes et les années mauvaises s'il y a lieu »³⁰⁰, le résultat global de l'activité sociale. En cela, seules sont prises en compte les pertes dites définitives, c'est-à-dire celles qui ressortent à la dissolution de la société, et non les pertes annuelles, propres à chaque exercice car « il n'y a à proprement parler de pertes sociales auxquelles l'associé est tenu de contribuer qu'au jour de la liquidation de la société. C'est lorsque l'on procède aux opérations d'apurement du passif consécutives à la dissolution que l'on va s'apercevoir que les actifs sociaux subsistant après désintéressement de tous les créanciers ne permettent pas aux associés de reprendre leurs apports. C'est-à-dire qu'au terme de la société, il ne reste pas assez d'actifs pour restituer aux associés ce qu'ils avaient apporté lors de la constitution ou en cours de vie sociale de sorte que ces associés se sont appauvris. La société a subi une perte et ils ont bien à en supporter les conséquences »³⁰¹.

²⁹⁶ LUCAS François-Xavier (actualisation PETOT-FONTAINE Michelle), « Théorie des bénéfices et des pertes – Bénéfices, économies et pertes », *op. cit.*, n°69.

²⁹⁷ V. not. BARRILLON Clément, *Le critère de la qualité d'associé*, *op. cit.*, p. 370, n°575 et s.

²⁹⁸ *Ibid.*

²⁹⁹ CARCREFF Pierre, « Sur la confusion de la notion d'obligation aux dettes sociales avec celle de contribution aux pertes », *Gaz. Pal.*, 1976, 1, p. 145, spéc. p. 147. V. dans le même sens, jugeant que la fixation de la contribution aux pertes des associés doit se faire « par la prise en compte, outre du montant de leurs apports, de celui du passif social et du produit de la réalisation des actifs » : Com., 20 sept. 2011, n° 10-24.888, *Bull. civ.*, 2011, VII, n°136 ; *BJS*, 2011, 902, n°457, note LUCAS ; *L'Essentiel dr. entr. en diffic.*, 10 oct. 2011, n° 9, 5, note BORGIA ; *RTD com.*, 2011, 771, note MONSÉRIÉ-BON ; *D.*, 2011, 2970, note MARMOZ ; *Rev. Sociétés*, 2011, 691, obs. PRÉVOST ; *Dr. Sociétés*, déc. 2011, comm 2012, note HOVASSE ; *JCP E*, 2011, 1804, MORTIER ; *RLDA*, 2011, n° 65, note DEMEYERE ; *Dr. et patr.*, 2012, n° 214, chron., obs. PORACCHIA ; *RJDA*, 2011, n° 1033 ; *Gaz. Pal.*, 13 oct. 2011, n° 286, 7, note LUCAS.

³⁰⁰ THALLER Edmond, *Traité élémentaire de droit commercial, à l'exclusion du droit maritime*, *op. cit.*, p. 216, n°378.

³⁰¹ XAVIER-LUCAS François (actualisation PETOT-FONTAINE Michelle), « Théorie des bénéfices et des pertes », *op. cit.*, n°16.

56. Conséquences – Cette conception de la perte sociale a une incidence directe sur la définition que l'on donne de la contribution aux pertes et donc de la face négative de l'aléa social. Il n'y aura ainsi perte pour l'associé que s'il n'est pas en mesure de récupérer l'intégralité de l'apport qu'il aura effectué personnellement ou qui aura été effectué par un apporteur antérieur en cas d'acquisition dérivée des titres³⁰². C'est la seule modalité de la contribution aux pertes et celle-ci ne se réalise qu'à la dissolution ou, plus exactement, à la liquidation de la société³⁰³. Dans cette perspective, l'appel de fonds en cours de vie sociale qui peut résulter d'une clause statutaire³⁰⁴ ou d'une obligation légale³⁰⁵ ne peut relever de la contribution aux pertes. Et pour cause, si les pertes visées par l'alinéa 3 du Code civil ne peuvent s'entendre que de pertes définitives, qualifier de contribution anticipée aux pertes l'appel de fonds conduit à une incohérence car, si la société réalise suffisamment de bénéfices postérieurement à l'appel et qu'à la liquidation l'actif social permet aux associés de reprendre leur apport, on aboutirait à la situation étrange selon laquelle « les associés auraient contribué de manière provisionnelle à des pertes qui se seraient, en définitive, avérées inexistantes »³⁰⁶. Ajoutons que le report de la date de contribution aux pertes en fin de vie sociale aboutit à une distinction plus nette entre obligation aux dettes sociales et contribution aux pertes³⁰⁷. En effet, l'obligation aux dettes sociales n'existe que dans certaines formes sociales³⁰⁸ et n'intéresse que les rapports externes entre associés et

³⁰² KENDERIAN Fabien, « La contribution aux pertes sociales », *op. cit.*, spéc. n°20 ; BARRILLON Clément, *Le critère de la qualité d'associé*, *op. cit.*, p. 367, n°572 et s.

³⁰³ BARRILLON Clément, *Le critère de la qualité d'associé*, *op. cit.*, p. 374, n°583 et s. L'auteur réserve néanmoins le cas de la réduction de capital motivée par les pertes dont le caractère irrémédiable participe de la contribution aux pertes (V. p. 385, n°604). *Adde*, LUCAS François-Xavier (actualisation PETOT-FONTAINE Michelle), « Théorie des bénéfices et des pertes – Bénéfices, économies et pertes », *op. cit.*, n°85. V. *contra* MASSART Thibault, « Sociétés (Contrat de) », *Rép. sociétés*, Dalloz, 2006, n°95.

³⁰⁴ V. not. Com., 9 juin 2004, n° 01-12.887, *Bull. civ.*, 2004, IV, n° 122 ; *RTD com.*, 2004, 551, note MONSÈRIÉ-BON ; *Dr. sociétés*, 2005, n° 2, 11, note TRÉBULLE ; *Rev. sociétés*, 2005, 176, note BARBIÈRI ; *Dr. sociétés*, 2004, n° 11, 19, note LUCAS ; *Banque et Droit*, 2005, n° 100, 37, note RIASSETTO ; Com., 10 juill. 2012, n° 11-14.267, *Bull. civ.*, 2012, VII, n°156 ; *Dr. sociétés*, 2012, n° 12, 17, note HOVASSE ; *GPL*, 2012, n° 279-280, 27, note ZATTARA-GROS ; *Banque et Droit*, 2012, n° 145, 62, note RIASSETTO ; *Rev. sociétés*, 2012, 701, note MASSART ; *BJS*, 2012, n° 10, 693, note DONDERO.

³⁰⁵ C. constr. hab., art. L. 211-3 pour les sociétés de construction-vente, L. 212-3 pour les sociétés de construction-attribution et L. 213-9 pour les sociétés coopératives de construction.

³⁰⁶ BARRILLON Clément, *Le critère de la qualité d'associé*, *op. cit.*, p. 383, n°600. L'auteur ajoute que l'incohérence se poursuit dans les sociétés à risque limité car des appels de fonds successifs pour une société qui resterait déficitaire et dont la liquidation ne donnerait pas lieu à reprise des apports auraient pour conséquence que les associés de cette société auraient contribué aux pertes au-delà de leurs apports, ce qui est contradictoire avec la nature même de ces formes sociales à risque limité. En revanche, l'argument selon lequel l'unanimité exigée par la jurisprudence pour l'adoption de ces clauses au visa de l'article 1836, alinéa 2, du Code civil (V. Com., 5 mai 2009, n° 08-14.044, *BJS*, 2009, n° 10, 857, note GARÇON) démontrerait que celles-ci emportent pour l'associé un engagement nouveau là où la contribution aux pertes s'impose déjà à lui en application de l'article 1832, alinéa 3, du Code civil ne nous semble pas convaincant. En effet, l'article 1832, alinéa 3, du Code civil n'exige qu'une contribution aux pertes à la fin de la société et l'on pourrait donc considérer que c'est cette modalité anticipée de contribution aux pertes par l'appel de fonds, non comprise dans le pacte social, qui constitue un engagement nouveau justifiant l'unanimité. *Adde*, MASSART Thibault, « Sociétés (Contrat de) », *op. cit.*, n°92, refusant également la qualification de contribution aux pertes à l'appel de fonds.

³⁰⁷ *Ibid.*, p. 394, n°618 et s. *Adde*, LUCAS François-Xavier (actualisation PETOT-FONTAINE Michelle), « Théorie des bénéfices et des pertes – Bénéfices, économies et pertes », *op. cit.*, n°18 et s. ; CARCREFF Pierre, « Sur la confusion de la notion d'obligation aux dettes sociales avec celle de contribution aux pertes », *op. cit.*

³⁰⁸ En effet, à la différence de la contribution aux pertes qui s'impose à tout associé (C. civ., art. 1832, al. 3), l'obligation aux dettes sociales n'existe que dans la société en nom collectif (C. com., art. L. 221-1) ; dans la société en commandite simple (C. com., art. L. 222-1) et dans la société en commandite par actions (C. com., art. L. 226-1) pour les associés commandités ; dans la société civile (C. civ., art. 1857, al. 1^{er}) ; dans la société en

créanciers sociaux. Ainsi, l'associé qui a répondu des dettes sociales au titre de son obligation aux dettes n'a pas contribué aux pertes car le calcul de cette contribution ne pourra être réalisé qu'en fin de vie sociale³⁰⁹ et n'intéresse que les rapports internes entre associés. De façon plus générale, cette conception du risque social limitée à la contribution aux pertes en fin de vie sociale a cela de restrictif qu'elle exclut toute autre forme de risque auquel l'associé serait soumis, et notamment le risque financier lié à la dépréciation qui peut affecter les titres sociaux³¹⁰.

57. Situations particulières – Précisons que la théorie, qui postule donc que le risque social assumé par l'associé est celui de l'incertitude liée à la reprise de son apport en fin de vie sociale, s'adapte aux associés qui se trouvent dans une situation particulière, à savoir principalement l'apporteur en jouissance et l'apporteur en industrie. En effet, l'apport en numéraire ou l'apport en nature lorsqu'il se fait en pleine propriété ne posent guère de difficultés et chacun perçoit bien ce que l'associé apporteur risque de ne pouvoir reprendre en fin de vie sociale³¹¹. En revanche, l'apport en jouissance a ceci de particulier que, sauf à porter sur des choses de genre, il n'entraîne aucun transfert de propriété du bien apporté à la société³¹². Seule la jouissance est transmise à la société, ce qui place l'apporteur dans une situation préférable à tout autre associé car, le bien n'ayant pas intégré le patrimoine de la société, il conserve sur ce dernier un droit prioritaire de restitution³¹³. C'est ce qui a pu faire dire que l'apporteur en jouissance n'était pas soumis de la même façon que les autres associés au risque social³¹⁴. Pourtant, une autre lecture conduit à rappeler que l'apport porte sur la jouissance et non sur le bien lui-même, ce qui a pour conséquence qu'en l'absence de profits, l'apporteur se voit priver des fruits du bien pendant la durée de mise à disposition. C'est ce manque à gagner qui constituerait la contribution aux pertes de l'apporteur en jouissance³¹⁵. Le raisonnement est comparable pour l'apporteur en industrie. Dans ce dernier cas, l'apport porte sur une activité³¹⁶ dont le droit n'organise pas la reprise, même par équivalent³¹⁷, ce qui exclut d'identifier dans le risque de non-reprise le risque social assumé par l'apporteur en industrie. Pourtant, ici aussi, il est permis de considérer qu'en cas de perte, l'apporteur en industrie souffrira d'un manque à gagner important car son activité

participation (C. civ., art. 1872-1) et enfin dans la société créée de fait par application des dispositions relatives à la société en participation (C. civ., art. 1873).

³⁰⁹ Date à laquelle, il est vrai, les dettes sociales non apurées que l'actif social ne peut rembourser se transformeront en pertes auxquelles il faudra, dans une société à risque illimité, contribuer : V. Com., 20 sept. 2011, n° 10-24.888, préc., et BARRILLON Clément, *Le critère de la qualité d'associé*, op. cit., p. 397, n°621 et s. V. contra MASSART Thibault, « Sociétés (Contrat de) », op. cit., n°94.

³¹⁰ BARRILLON Clément, *Le critère de la qualité d'associé*, op. cit., p. 511, n°795. Dans le même sens V. PIETRANCOSTA Alain, « Promesses d'achat de droits sociaux et clauses "léonines" : critique d'une sollicitation excessive et hasardeuse de l'article 1844-1 du Code civil », *RLDA*, n°1, 2006, p. 67, spéc. n°15.

³¹¹ V. not. l'article 1844-9, alinéa 3, du Code civil s'agissant de la reprise des biens apportés en nature.

³¹² L'apporteur étant garant comme un bailleur envers son preneur : C. civ., art. 1843-3 al. 4.

³¹³ LECOURT Arnaud, « Sociétés (Apport) », *Rép. sociétés*, Dalloz, 2024, n°324.

³¹⁴ V. GUYON Yves, *Droit des affaires*. t. 1. *Droit commercial général et sociétés*, Economica, 12^e éd., 2003, p. 217, n°210.

³¹⁵ BARRILLON Clément, *Le critère de la qualité d'associé*, op. cit., p. 388, n°607 et s. ; REGNAUT-MOUTIER Corinne, *La notion d'apport en jouissance*, LGDJ, 1994, p. 187, n°179. Le raisonnement est le même pour l'apporteur en usufruit.

³¹⁶ C. civ., art. 1843-3, al. 6.

³¹⁷ 1^{ère} civ., 19 avr. 2005, n°01-17.226, *Bull. civ.*, 2005, I, n°187 ; *D.*, 2005, 1230, obs. LIENHARD ; *RTD com.*, 2005, 527, note CHAMPAUD et DANET ; *RTD com.*, 2005, 785, note GROSCLAUDE ; *BJS*, 2005, n°11, 1276, note DAIGRE ; *Rev. sociétés*, 2006, 111, obs. PORACCHIA.

n'aura pas été rétribuée. Privé des fruits de celle-ci, il aura contribué aux pertes³¹⁸. Et la mesure exacte du manque à gagner de l'apporteur en jouissance ou de l'apporteur en industrie ne pouvant se réaliser qu'en fin de vie sociale, leur situation n'est finalement pas si éloignée de celle d'un apporteur classique.

58. Vision expansive du risque social assumé par l'associé – À la différence des partisans de la vision restrictive, les auteurs qui adoptent une vision expansive ont une compréhension plus large du risque social assumé par l'associé ce qui leur fait dire que la contribution aux pertes peut se manifester en cours de vie sociale. Ainsi tout d'abord des appels de fonds³¹⁹. Ainsi surtout du risque de moins-value qui peut affecter les parts ou actions de la société car ici la contribution aux pertes n'est pas décorrélée du risque économique encouru par l'associé. La position est la suivante : « Même dans les sociétés où la contribution aux pertes est retardée jusqu'au moment de la liquidation, tant que la société n'a pas cessé ses paiements, les pertes sont imputées sur des réserves antérieurement constituées. Elles peuvent aussi être reportées à nouveau dans l'attente de résultats bénéficiaires. La seule conséquence pour l'associé est que la diminution des capitaux propres qui en résulte entraîne une diminution de la valeur de ses droits sociaux. Aussi, tant que la société n'est pas dissoute et qu'elle est en mesure de payer ses créanciers, la contribution aux pertes de l'associé en cours de vie sociale se manifeste par la moins-value qu'il subit sur ses parts ou actions »³²⁰.

59. Conviction – Il faut admettre que la contribution aux pertes est une notion « difficile à cerner »³²¹. Néanmoins, et dans la mesure où nous nous proposons de mesurer la consistance de l'incertitude en matière sociétaire, il semble possible de sortir de l'ornière en opérant une distinction fondée sur la notion de perte.

60. Tout d'abord, il faut constater que les pertes visées par l'article 1832, alinéa 3, du Code civil sont celles de l'entreprise commune et donc de la société³²². À cet égard, et comme la doctrine et la jurisprudence l'ont montré, il faut uniquement parler de pertes définitives. Il est donc inutile dans ce cadre de distendre la notion de contribution aux pertes qui doit se limiter pour l'associé à la non-reprise éventuelle de son apport. Ainsi, « parce que les apports ne sont remboursés qu'après désintéressement complet des créanciers sociaux, les associés supportent le risque de perdre leurs apports. Par là même, ils acceptent de contribuer aux pertes »³²³.

³¹⁸ BARRILLON Clément, *Le critère de la qualité d'associé*, *op. cit.*, p. 391, n°614 et s. ; COUPET Caroline, *L'attribution du droit de vote dans les sociétés*, *op. cit.*, p. 125, n°117. Cette conception, bien que largement répandue (V. LECOURT Arnaud, « Sociétés (Apport) », *op. cit.*, n°661 et V. déjà Cass. req., 31 janv. 1917, *Journ. sociétés*, 1918, 158), demeure critiquée par certains auteurs : V. not. NURIT-PONTIER Laure, « Repenser les apports en industrie », *Petites affiches*, 2002, n°132, p. 4, spéc. n° 28, pour qui « il semble que l'apporteur en industrie doive non seulement supporter le manque à gagner dû à l'absence de rémunération du fait de l'absence de bénéfices, mais aussi supporter de manière "active" les pertes de la société ».

³¹⁹ COUPET Caroline, *L'attribution du droit de vote dans les sociétés*, *op. cit.*, p. 124, n°116.

³²⁰ LUCAS François-Xavier (actualisation PETOT-FONTAINE Michelle), « Théorie des bénéfices et des pertes – Bénéfices, économies et pertes », *op. cit.*, n°71.

³²¹ KENDERIAN Fabien, « La contribution aux pertes sociales », *op. cit.*, spéc. n°7.

³²² MASSART Thibault, « Sociétés (Contrat de) », *op. cit.*, n°87.

³²³ *Ibid.*, n°93.

61. Toutefois, si l'on s'intéresse plus largement à la perte de l'associé il faut bien admettre que, si elle peut comprendre la perte de son apport, elle ne s'y limite pas. Et ceci a directement pour cause le fait que l'aléa social est un aléa économique³²⁴. Ainsi, la sphère de l'aléa social est une sphère économique qui, d'une part, ne touche pas l'associé uniquement au niveau de ce qu'il a apporté à la société et qui, d'autre part, ne touche pas que l'associé. Créanciers sociaux et contractants au sens large vont donc subir les conséquences économiques inhérentes à l'aléa social. S'agissant de l'associé, il est évident qu'il subit un aléa patrimonial important du fait de l'incertitude liée aux résultats de la société. On songe à la moins-value sur les titres en cas d'acquisition dérivée mais, même pour un apporteur originaire, il est possible de parvenir à la même conclusion. Prenons l'exemple d'une société à risque limité, constituée avec un capital social de quelques euros par plusieurs associés³²⁵. Imaginons maintenant qu'après plusieurs années les titres des associés fondateurs soient, du fait du succès de l'entreprise, désormais valorisés à plusieurs millions d'euros. Comment considérer que le risque économique que courent alors les associés se limite à celui de non-reprise de leur apport ? C'est en cela qu'il faut parler d'aléa patrimonial car les titres sociaux sont partie intégrante du patrimoine des associés et leur valeur est directement impactée par une évolution négative de la situation de la société³²⁶. L'impact pourra tout aussi bien venir d'une évolution du marché ou de la conjoncture qui ne dépendra pas uniquement des pertes, mêmes provisionnelles, de la société³²⁷.

62. Opérant une synthèse, il faut donc considérer que nous rejoignons en partie la démonstration de la Professeure Caroline Coupet qui propose de distinguer le risque de perte et la contribution aux pertes, mais pas dans la mesure où elle considère que « c'est parce que l'associé s'est engagé à contribuer aux pertes que la mauvaise santé financière de la société retentit sur sa situation patrimoniale »³²⁸. C'est tout simplement parce que les titres sociaux font partie du patrimoine de l'associé que la mauvaise santé financière de la société retentit sur sa situation patrimoniale. Ainsi, la contribution aux pertes est une notion technique³²⁹ qui, dans certains cas, correspond parfaitement au risque économique que court l'associé

³²⁴ MORIN Anne, *Contribution à l'étude des contrats aléatoires*, Presses universitaires de la Faculté de droit de Clermont-Ferrand, LGDJ, 1998, p. 128-129, n°297 et n°300.

³²⁵ Depuis la loi n° 2003-721 du 1^{er} août 2003 pour l'initiative économique qui a supprimé l'exigence d'un capital minimum pour les SARL, seules la société anonyme et la société en commandite par actions ne peuvent être constituées si le capital social n'atteint pas un certain montant, en l'occurrence 37 000 euros : C. com., art. L. 224-2.

³²⁶ D'une certaine façon, on retrouve ici une distinction qui peut exister en droit des assurances entre l'aléa-événement, c'est-à-dire « l'incertitude affectant un événement », et l'aléa patrimonial, qui vise « les conséquences pécuniaires de l'événement incertain » (V. BIGOT Jean, HEUZÉ Vincent, KULLMANN Jérôme, MAYAUX Luc, SCHULZ Romain et SONTAG Katja, *Traité de droit des assurances*, t. 3, *Le contrat d'assurance*, LGDJ, 2^e éd., 2014, p. 55-56, n°102 et 103). En appliquant cette distinction à la situation sociétaire, on obtient donc un aléa-événement, représenté par l'incertitude qui entoure la réalisation de pertes ou de bénéfices par la société, et un aléa-patrimonial, qui vise les conséquences pécuniaires pour l'associé de la réalisation de pertes ou de bénéfices par la société.

³²⁷ V. PIETRANCOSTA Alain, « Promesses d'achat de droits sociaux et clauses "léonines" : critique d'une sollicitation excessive et hasardeuse de l'article 1844-1 du Code civil », *loc. cit.*, selon lequel « il n'existe pas de corrélation mécanique entre l'état du patrimoine social et l'évolution du prix des titres sociaux. Celle-ci dépend à la fois de facteurs endogènes et exogènes à la société, si bien qu'une dépréciation des titres sociaux peut être soufferte par un associé hors de tout enregistrement de pertes sociales, et inversement ».

³²⁸ COUPET Caroline, *L'attribution du droit de vote dans les sociétés*, *op. cit.*, p. 127, n°118.

³²⁹ Ce qu'admet d'ailleurs l'auteure, allant jusqu'à considérer que la contribution aux pertes est « une notion d'ordre technique, mais elle est vide de toute signification économique » (*Ibid.*, p. 127-128, n°118). Sous cet angle, le risque de contribution aux pertes sociales est un critère de la qualité d'associé qui le distingue des tiers, créanciers sociaux notamment : V. BARRILLON Clément, *Le critère de la qualité d'associé*, *op. cit.*, p. 511, n°795.

mais qui, dans d'autres, n'en rend que partiellement compte. C'est donc en combinant le risque de pertes pour la société et l'aléa patrimonial que subit l'associé que l'on saisit pleinement la face négative de l'aléa social.

- 63.** Il faut néanmoins admettre que, bien souvent, les associés n'auront que très peu à l'esprit cette face négative de l'aléa social lors de la constitution de la société. C'est une issue positive qu'ils rechercheront. Il faut donc à présent la décrire.

b) La face positive de l'aléa social

- 64. Issue naturelle** – La face positive de l'aléa social pose moins de difficultés que son versant négatif pour plusieurs raisons. Tout d'abord, et à la différence de la perte³³⁰, la recherche d'un bénéfice figurait déjà dans la première version de l'article 1832 du Code civil. Ce dernier, en disposant que la société est constituée « dans la vue de partager le bénéfice qui pourra en résulter », ne faisait que rendre compte de la vocation aux résultats de chaque associé³³¹, tout en choisissant de mettre en avant l'issue la plus recherchée par les associés, c'est-à-dire l'issue positive. Cette mise en avant devait recevoir une traduction dans le régime juridique de la société car, là où la contribution aux pertes se voyait reléguée à la fin de vie sociale, le partage de bénéfices en cours de vie sociale est très vite apparu comme nécessaire, la seule attente d'un éventuel boni de liquidation étant peu adaptée à la durée des sociétés³³². Cette présence initiale dans la définition de la société et cette matérialisation en cours de vie sociale ont donc fait de la face positive de l'aléa social un élément à l'appréhension facilitée. Néanmoins, l'actuel alinéa 1^{er} de l'article 1832 du Code civil, en prévoyant que « la société est instituée [...] en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter », montre que saisir le but de la société n'est pas chose si aisée. Il faut donc préciser les notions de bénéfice et d'économie avant de se demander, par analogie avec les développements sur la perte³³³, si elles épuisent la face positive de l'aléa social.

- 65. Notion de bénéfice** – La corrélation entre la perte et le bénéfice impose en principe de leur donner une définition commune ce qui, en toute rigueur, commande une appréciation en fin de vie sociale. Paul Pont illustre cette logique dans les termes suivants : « Il y a bénéfice lorsque, comparaison faite de l'actif au jour de la formation de la société avec l'ensemble des valeurs sociales au moment de la liquidation, on trouve une différence en plus, un excédant. Cet excédant, sauf, bien entendu, déduction des frais de gestion et des dettes communes, constitue les bénéfices réalisés, le profit auquel chaque associé a le droit de participer. Au contraire, la société est en perte lorsque, déduction faite des dettes, des frais, des diminutions ou détériorations qui sont à la charge de la société, les valeurs sociales, au moment de la liquidation, sont au-dessous de ce qu'était l'actif quand la société a été

³³⁰ V. *supra* n°53.

³³¹ V. DIDIER Paul, *Droit commercial*. t. 2. *L'entreprise en société, les groupes de sociétés*, PUF, coll. Thémis droit privé, 3^e éd., 1999, p. 20 : « à proprement parler, une société n'a jamais pour but de réaliser des bénéfices pour elle-même. Elle a toujours pour ambition de réaliser des bénéfices pour les partager entre ses associés, sous une forme ou sous une autre. Ce sont les associés qui entendent réaliser des bénéfices ».

³³² GALLOIS-COCHET Dorothée, *Le droit au bénéfice des associés*, thèse de doctorat, droit, Paris-Panthéon-Assas, 2002, p. 31, n°42.

³³³ V. *supra* n°53 et s.

constituée. La différence en moins constitue la perte que les associés ont subie et dont chacun d'eux doit supporter une part »³³⁴. La particularité du bénéfice est que, comme expliqué, il peut faire l'objet d'un partage en cours de vie sociale ce qui a pour conséquence de faire du bénéfice provisionnel une notion cruciale pour le législateur. Cela se manifeste en droit des sociétés commerciales³³⁵ par une définition du bénéfice distribuable donnée à l'article L. 232-11 du Code de commerce qui dispose dans son alinéa premier que « le bénéfice distribuable est constitué par le bénéfice de l'exercice, diminué des pertes antérieures, ainsi que des sommes à porter en réserve en application de la loi ou des statuts, et augmenté du report bénéficiaire ». Le but étant notamment d'éviter la distribution de dividendes fictifs³³⁶, sanctionnée civilement et pénalement³³⁷. Mais cette approche technique est insuffisante à rendre compte de l'étendue théorique de la notion, pourtant en principe seule à même de traduire la spécificité de la société.

66. Initialement, toute utilité procurée par la société pouvait correspondre à un bénéfice. Ce dernier était donc entendu largement et pouvait viser tout à la fois un gain matériel qu'un simple usage en commun des choses³³⁸. Pourtant, et alors que la jurisprudence semblait s'être approprié cette conception étendue du bénéfice³³⁹, des auteurs plaidaient déjà pour une vision plus restrictive³⁴⁰. Ils furent entendus lorsque les chambres réunies de la Cour de cassation durent décider, le 11 mars 1914³⁴¹, si la caisse de crédit paroissiale de la commune de Manigod, qui recevaient de ses adhérents des fonds qu'elle prêtait à ceux qui en faisaient la demande à un taux légèrement plus élevé que celui rémunérant le dépôt, devait s'enregistrer auprès de l'administration fiscale en tant qu'association ou en tant que société. La Cour de cassation, décidant que le bénéfice devait s'entendre « d'un gain pécuniaire ou d'un gain matériel qui ajoute à la fortune des associés », trancha en faveur de la première hypothèse³⁴².

³³⁴ PONT Paul, *Explication du Code Napoléon - Commentaire-traité des sociétés civiles et commerciales*, t. VII, Delamotte, 1872, p. 300, n°428.

³³⁵ V. pour le droit fiscal, l'article 38, 2 du Code général des impôts qui prévoit pour la détermination des bénéfices imposables que « le bénéfice net est constitué par la différence entre les valeurs de l'actif net à la clôture et à l'ouverture de la période dont les résultats doivent servir de base à l'impôt diminuée des suppléments d'apport et augmentée des prélèvements effectués au cours de cette période par l'exploitant ou par les associés. L'actif net s'entend de l'excédent des valeurs d'actif sur le total formé au passif par les créances des tiers, les amortissements et les provisions justifiés ».

³³⁶ C. com., art. L. 232-12, al. 3.

³³⁷ V. C. com., art. L. 241-3, 2° pour les SARL, L. 242-6, 1° pour les SA, L. 243-1 pour les sociétés en commandite par actions par renvoi aux règles de la SA et L. 244-1, également par renvoi à la SA, pour les SAS. Plus généralement, sur l'ensemble des distributions interdites V. NAVARRO Jean-Louis, « Sociétés (Dividendes) », *Rép. sociétés*, Dalloz, 2021, n°8 et s.

³³⁸ LUCAS François-Xavier (actualisation PETOT-FONTAINE Michelle), « Théorie des bénéfices et des pertes – Bénéfices, économies et pertes », *op. cit.*, n°8, et donc PLANIOL Marcel, *Traité élémentaire de droit civil*. t. 2, F. Pichon, 1900, p. 607, n°1990, qui, à propos du but des sociétés et se référant à Pothier, estime que « le profit qu'on peut retirer de certains biens communs n'est pas nécessairement un bénéfice en argent, un enrichissement annuel, analogue à celui des commerçants ; ce peut être aussi le simple usage des choses, consistant à retirer en commun, et en nature, l'utilité qu'elles peuvent donner ».

³³⁹ Crim., 18 nov. 1865, *DP*, 1866, 1, 455 ; Cass. civ., 13 mai 1857, *DP*, 1857, 1, 201.

³⁴⁰ V. PONT Paul, *Explication du Code Napoléon - Commentaire-traité des sociétés civiles et commerciales*, *op. cit.*, p. 51, n°69, refusant que le « simple but d'utilité » puisse correspondre au bénéfice visé par l'article 1832 du Code civil qui, selon l'auteur, « est un bénéfice pécuniaire ou un gain matériel, quelque chose, enfin, qui ajoute à la fortune des associés ».

³⁴¹ Cass. ch. réunies, 11 mars 1914, *Caisse rurale de Manigod*, *DP*, 1914, 1, 257.

³⁴² Le seul avantage assuré par la Caisse aux associés consistant selon la Cour « dans la faculté de lui emprunter des capitaux moyennant un taux d'intérêt aussi réduit que possible ».

67. Le problème de cette définition restrictive était son inadaptation aux nouvelles formes de groupements à qui le législateur va « préférer donner la structure beaucoup plus élaborée des sociétés, mêmes s'ils ne réalisent pas de bénéfices au sens de l'arrêt de 1914 »³⁴³. Ainsi de la coopérative³⁴⁴ ou encore des sociétés civiles de moyens³⁴⁵. Face à cette évolution, le choix fut non pas « une modification de la définition du bénéfice telle que l'avait exprimée l'arrêt Caisse rurale de Manigod »³⁴⁶, mais bien « une extension du domaine d'élection des sociétés »³⁴⁷. Cette extension s'opéra par la loi n° 78-9 du 4 janvier 1978 en vertu de laquelle la société est désormais instituée « en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter »³⁴⁸.

68. **Notion d'économie** – Le but social se trouve donc élargi avec le profit d'une économie qui se comprend en contrepoint du bénéfice. Ce dernier conserve sa définition de 1914 tandis que l'économie « apparaît alors comme une perte évitée ou une réduction de dépense »³⁴⁹, et concerne « toutes les structures qui visent à réduire les dépenses et les coûts de toute nature (y compris fiscaux et sociaux) en groupant les achats, les services, ou diverses activités (y compris l'action en justice, dans les cas où une personne morale peut l'exercer au nom de ses membres) »³⁵⁰. Cet élargissement du domaine de la société, s'il permet d'intégrer de façon plus certaine dans son giron les structures sociétaires qui ne recherchent pas un bénéfice, a néanmoins pour effet dérangeant de créer un « secteur mixte »³⁵¹ où cohabitent sociétés d'économie, associations³⁵² et groupements d'intérêt économique³⁵³. Si

³⁴³ LE CANNU Paul et DONDERO Bruno, *Droit des sociétés*, LGDJ, 9^e éd., 2022, p. 205, n°263.

³⁴⁴ V. Loi n° 47-1775 du 10 septembre 1947 portant statut de la coopération, art. 1, al. 1^{er}, qui, dans sa dernière version, prévoit que « la coopérative est une société constituée par plusieurs personnes volontairement réunies en vue de satisfaire à leurs besoins économiques ou sociaux par leur effort commun et la mise en place des moyens nécessaires ». Mais, déjà, la version de 1947 du même article prévoyait que : « Les coopératives sont des sociétés dont les objets essentiels sont : 1° De réduire, au bénéfice de leurs membres et par l'effort commun de ceux-ci, le prix de revient et, le cas échéant, le prix de vente de certains produits ou de certains services, en assumant les fonctions des entrepreneurs ou intermédiaires dont la rémunération grèverait ce prix de revient ; 2° D'améliorer la qualité marchande des produits fournis à leurs membres ou de ceux produits par ces derniers et livrés aux consommateurs. Les coopératives exercent leur action dans toutes les branches de l'activité humaine ».

³⁴⁵ Qui, selon le législateur lui-même, sont constituées avec « pour objet exclusif de faciliter à chacun de leurs membres l'exercice de son activité » (V. Loi n° 66-879 du 29 novembre 1966 relative aux sociétés civiles professionnelles, art. 36).

³⁴⁶ LUCAS François-Xavier (actualisation PETOT-FONTAINE Michelle), « Théorie des bénéfices et des pertes – Bénéfices, économies et pertes », *op. cit.*, n°10.

³⁴⁷ *Ibid.*

³⁴⁸ C. civ., art. 1832, al. 1^{er}.

³⁴⁹ GIBIRILA Deen, « SOCIÉTÉ. – Dispositions générales. – Constitution de la société : contrat de société », *J.-CL. Civil Code*, art. 1832 à 1844-17, fasc. 10, LexisNexis, 2017, n°121.

³⁵⁰ LE CANNU Paul et DONDERO Bruno, *Droit des sociétés*, *op. cit.*, p. 206, n°264.

³⁵¹ LE CANNU Paul et DONDERO Bruno, *Droit des sociétés*, *loc. cit.*

³⁵² Ces dernières, constituées « dans un but autre que partager des bénéfices » (Loi du 1^{er} juillet 1901 relative au contrat d'association, art. 1), peuvent être créées pour faire profiter leurs membres d'une économie. Ce rapprochement n'est pas sans poser de questions s'agissant de la détermination du régime juridique applicable. V récemment, sur l'impossible transposition des règles de droit des sociétés au régime de responsabilité des dirigeants d'une association : 3^e civ., 7 juill. 2022, n° 22-10.447, *Publié au Bulletin (QPC)* ; *JCP G*, 2022, n°35, 957, note GRAYOT-DIRX. *Adde*, sur cette question : DONDERO Bruno, « Société et association, deux groupements si différents ? », sur *Navis affaires, Tribune - avis d'experts* [en ligne], publié le 28/10/2022.

³⁵³ V. C. com., art. L. 251-1, al. 2, selon lequel « le but du groupement est de faciliter ou de développer l'activité économique de ses membres, d'améliorer ou d'accroître les résultats de cette activité. Il n'est pas de réaliser des bénéfices pour lui-même ».

pour certains ces critères de classification mériteraient d'être repensés³⁵⁴, il nous faut néanmoins prendre acte de ces composantes de la face positive de l'aléa social³⁵⁵. Reste à vérifier si elles suffisent à l'appréhender pleinement.

69. Étendue concrète de la face positive de l'aléa social – Il faut noter ici qu'en principe, ce qui est vrai pour les pertes l'est également pour les bénéfices. On peut donc pareillement soutenir que le bénéfice visé par l'article 1832 du Code civil est celui de l'entreprise commune et donc de la société³⁵⁶. Il a ceci de particulier que la vocation des associés aux bénéfices pourra se concrétiser en cours de vie sociale³⁵⁷, normalement sous la forme d'une distribution de dividendes³⁵⁸. Mais la face positive de l'aléa social a également un caractère purement patrimonial pour l'associé dont les titres vont profiter de l'évolution positive de la société. Cet aspect économique de l'aléa social est plus large que la seule vocation aux bénéfices qui dépend techniquement d'une décision de mise en distribution³⁵⁹. On peut en trouver une illustration dans la plus-value dont pourra bénéficier l'associé sur les droits sociaux acquis.

70. Face négative et face positive de l'aléa social vont donc de pair et, dans une certaine mesure, leurs composantes se répondent. Néanmoins, présenter les caractéristiques de l'aléa social ne suffit pas pour prendre pleinement la mesure de l'incertitude en matière sociétaire. Il faut s'assurer que le caractère protéiforme de la société n'en altère pas la consistance. Autrement dit, il faut vérifier que l'aléa social persiste bien dans toutes les sociétés.

³⁵⁴ V., proposant de recourir au critère du but lucratif : GUYON Yves, « L'évolution de l'environnement juridique de la loi du 24 juillet 1966 », *Rev. sociétés*, 1996, p. 501, spéc. n°13 et, du même auteur, *Droit des affaires*. t. 1. *Droit commercial général et sociétés*, *op. cit.*, p. 118, n°117.

³⁵⁵ V. néanmoins, sur la question de la persistance de l'aléa social en présence de sociétés constituées pour profiter d'une économie : *infra* n° 77.

³⁵⁶ À cet égard, le profit d'une économie fait figure d'exception car « il est vrai que l'économie est réalisée directement par l'associé et non par la société » : MASSART Thibault, « Sociétés (Contrat de) », *op. cit.*, n°87.

³⁵⁷ Ou en fin de vie sociale par la perception d'un éventuel boni de liquidation (V. C. civ., art. 1844-9, al. 1^{er}). V. HEINICH Julia, *Droit des sociétés*, *op. cit.*, p. 83, n°67.

³⁵⁸ Précisons que cette distribution n'est aucunement garantie. Outre la nécessité de constater des sommes distribuables, ce qui constitue l'essence de la société c'est la vocation des associés aux bénéfices et non la matérialisation effective de cette vocation (V. POTHIER Robert-Joseph, *Traité du contrat de société, Œuvres de Pothier*, t. 3, Béchet Aîné, 1825, p. 447, n°13). Il suffit donc que les statuts n'excluent pas le partage pour que l'espérance de bénéfice demeure (GUYON Yves, « De la distinction des sociétés et des associations depuis la loi du 4 janvier 1978 », in *Études offertes à Pierre Kayser*, t. 1, PUAM, 1979, p. 483, spéc. n°15). C'est pourquoi une mise en réserve systématique des bénéfices ne sera sanctionnée qu'à la condition qu'elle réponde aux critères de l'abus de majorité : Com., 22 janv. 1991, n° 89-15.725, *Bull. civ.*, 1991, IV, n° 39 ; *Rev. sociétés*, 1991, 345, note GUYON ; Com., 3 juin 2003, n° 00-14.386, *BJS*, 2003, n°10, 1049, note GODON. V. GALLOIS-COCHET Dorothée, « Résultat : détermination et affectation », *Études Joly Sociétés*, Lextenso, 2023, n°112.

³⁵⁹ La Cour de cassation a précisé, après quelques divergences des juges du fond (V. T. Com. Paris, 23 sept. 2022, n° J2021000542, *BJS*, 2023, n°1, 22, note DONDERO ; T. Com. Paris, 3 nov. 2023, n° J2022000601 ; CA Paris, 30 janv. 2025, n° 22/17478), qu'il ressortait de la combinaison des articles L. 232-11, alinéa 1^{er}, et L. 232-12, alinéa 1^{er} du Code de commerce, que seule l'assemblée d'approbation des comptes a compétence pour décider de cette mise en distribution, à l'exclusion de toute autre assemblée, et que cette compétence porte également sur la distribution du report à nouveau bénéficiaire d'un exercice car ce dernier est inclus dans le bénéfice distribuable de l'exercice suivant : Com., 12 févr. 2025, n° 23-11.410, *Publié au Bulletin* ; *Dr. sociétés*, 2025, n°4, 35, note HAMELIN ; *JCP G*, 2025, n°12, 542, note TADROS et DANOS ; *BJS*, 2025, n°3, 9, note LE NABASQUE ; *BJS*, 2025, n°3, 14, note DONDERO ; *D.*, 2025, 716, note GALLOIS-COCHET et BARRILLON. L'extension de cette compétence exclusive aux réserves disponibles reste discutée : V. GALLOIS-COCHET Dorothée et BARRILLON Clément, « Distribution du report à nouveau bénéficiaire : remise en ordre par la Cour de cassation », *D.*, 2025, p. 716, spéc. p. 721. V. égal. DALMAU Rémi (coord.), dossier « La distribution de dividendes », *GPL*, 2025, n° 20, p. 33 et s.

2) Persistance de l'aléa social

71. Recours à la cause – Si la cause ne figure plus parmi les conditions de validité du contrat depuis l'ordonnance précitée du 10 février 2016³⁶⁰, y recourir reste nécessaire pour poser la question de la persistance de l'aléa social en matière sociétaire. En effet, comme évoqué précédemment à propos de son lien avec la notion d'intérêt³⁶¹, la cause conserve une fonction explicative, ici mobilisée pour identifier la juste place de l'aléa social dans le contrat de société (démarche qui seule permet de résoudre la question de sa persistance).

72. Cause de l'obligation et cause du contrat de société – Si « la notion de cause tend à chercher pourquoi le contrat a été conclu, c'est-à-dire la raison pour laquelle les parties ont accepté de s'obliger, au sens de la fin qu'elles ont recherchée »³⁶², sa présentation en droit français repose classiquement sur une dichotomie entre cause de l'obligation et cause du contrat³⁶³. Ainsi, « la première, la “ cause de l'obligation ”, est réservée au contrôle de son existence. Elle est également dite “ objective ” ou “ abstraite ” afin de renvoyer au mode d'appréciation qui s'y associe, fait de la seule considération par le juge de la contrepartie ou de l'avantage reçu de l'autre partie. La seconde, la “ cause du contrat ”, est utilisée pour l'examen de la licéité de la cause. Elle est dite “ subjective ” ou “ concrète ”, au sens où l'appréciation qui en est faite conduit à l'examen des mobiles déterminants des parties, au-delà de celui de la structure objective de l'échange »³⁶⁴. Cette distinction servait de guide d'application des articles 1131 à 1133 anciens du Code civil dans la section relative à la cause. Elle résonne aujourd'hui à l'article 1162 du Code civil avec le contrôle de conformité à l'ordre public du « but » contractuel et aux articles 1169 et 1170 du même code qui s'assurent de la réalité de la contreprestation promise. Appliquée au contrat de société, on enseigne traditionnellement qu'elle avait pour conséquence que « la cause de l'obligation des parties devait exister, c'est-à-dire qu'une contrepartie devait être prévue à l'obligation d'apport de chaque associé »³⁶⁵ et qu'ensuite, « les mobiles des parties ne devaient pas être contraires à l'ordre public et aux bonnes mœurs – on touchait ici à la cause du contrat »³⁶⁶. C'est ce dernier versant de la cause qui doit d'abord retenir notre attention car il symbolise le choix opéré par le système français en faveur de la cause finale, qui incarne « l'idée d'un

³⁶⁰ En effet, comme l'explique le rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance précitée du 10 février 2016 (JORF n°0035 du 11 févr. 2016), le choix a été fait de ne pas recourir à la notion de cause « pour la remplacer par des règles aux contours mieux définis, permettant au juge de parvenir aux mêmes effets, tout en évitant le contentieux abondant que suscite cette notion. L'apport de la réforme sur ce point consiste donc dans la suppression de la référence à la cause, tout en consolidant dans la loi toutes les fonctions que la jurisprudence lui avait assignées ». Le nouvel article 1128 du Code civil prévoit donc désormais que « sont nécessaires à la validité d'un contrat : 1° Le consentement des parties ; 2° Leur capacité de contracter ; 3° Un contenu licite et certain ».

³⁶¹ V. *supra* n°32.

³⁶² BÉNABENT Alain, *Droit des obligations*, *op. cit.*, p. 177, n°202.

³⁶³ ROCHFELD Judith, « Cause », *op. cit.*, n°4. V. égal. BÉNABENT Alain, *Droit des obligations*, *op. cit.*, p. 177, n°202 ; TERRÉ François, SIMLER Philippe, LEQUETTE Yves et CHÉNEDÉ François, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 13^e éd., 2022, p. 447, n°400.

³⁶⁴ ROCHFELD Judith, « Cause », *loc. cit.*

³⁶⁵ DONDERO Bruno, *Droit des sociétés*, Dalloz, coll. HyperCours, 7^e éd., 2021, p. 73, n°91.

³⁶⁶ *Ibid.* Il s'agit d'une présentation volontairement simplifiée des choses, que l'on peut complexifier si l'on identifie dans l'opération d'apport un contrat autonome : V. BUCHBERGER Matthieu, *Le contrat d'apport : essai sur la relation entre la société et son associé*, Ed. Panthéon-Assas, 2011.

objectif à atteindre qui pousse chacune des parties à entrer dans un contrat »³⁶⁷, par opposition à la cause efficiente, « définie comme le fait générateur d'un effet, par exemple une formalité qui fait naître le contrat »³⁶⁸ et qui « correspond davantage au processus de formation des engagements en droit romain »³⁶⁹.

73. Cause finale et objet social – Si l'on soumet le contrat de société à l'examen de finalité qu'impose la cause finale, il est fréquent de faire référence à son objet social. Ce dernier « s'entend des activités que des associés choisissent contractuellement d'exercer en société. Plus précisément, lorsqu'elle est dotée de la personnalité morale, l'objet social décrit l'ensemble des activités déterminées par les statuts qu'une société peut exercer »³⁷⁰. Le rapprochement avec la cause s'explique par le fait que, comme nous l'avons indiqué, la cause du contrat est mobilisée pour opérer un contrôle de licéité. Or, si l'article 1833, alinéa 1^{er}, du Code civil semble imposer de façon autonome que la société ait un objet licite³⁷¹, « traditionnellement, la jurisprudence française y voit une simple redondance des exigences de l'article 1131 du même code »³⁷². La Cour d'appel de Paris ayant en ce sens posé dès 1951 que « par objet licite, il faut entendre non pas l'objet de l'obligation assumée par les associés, mais la cause de cette obligation, c'est-à-dire le but que les dirigeants de la société se sont assignés. Ce but peut être apparent ou simulé et non réel ; seul le but réel de la société doit être pris en considération au point de vue de sa licéité »³⁷³. On comprend donc que « parce que l'objet social illicite a été traditionnellement considéré comme cause impulsive et déterminante du contrat de société, l'objet social est souvent assimilé à la cause du contrat de société »³⁷⁴. En réalité, du point de vue de la cause il faut opérer une distinction. L'objet social est l'objet de la société mais pas l'objet du contrat de société. Ce dernier réside simplement dans le fait de constituer une société déterminée tandis que la cause du contrat de société nécessite un examen des mobiles des parties. Ainsi, l'objet social « est l'activité envisagée, tandis que la cause est le motif de la conclusion du contrat de société »³⁷⁵. Et la difficulté apparente n'en est pas une car, à l'heure de contrôler la licéité de ces mobiles (au nom de la cause hier et du but conforme à l'ordre public aujourd'hui)³⁷⁶, il va évidemment falloir prendre en compte l'objet social mais uniquement afin de reconstituer le projet réel des associés, ce qui pourra supposer de substituer à l'objet

³⁶⁷ ROCHFELD Judith, « Cause », *op. cit.*, n°9.

³⁶⁸ *Ibid.*

³⁶⁹ *Ibid.* Le choix étant réalisé parmi les quatre grands types de cause dégagés par Aristote : cause matérielle, cause formelle, cause efficiente et cause finale.

³⁷⁰ CHAPUT Yves, « Sociétés (Objet social) », *Rép. sociétés*, Dalloz, 2020, n°1. *Adde*, CHAPUT Yves, *De l'objet social des sociétés commerciales*, thèse de doctorat, droit, Université de Clermont-Ferrand, 1973.

³⁷¹ Précisons que l'objet illicite n'est plus une cause de nullité de la société depuis la réforme opérée par l'ordonnance n° 2025-229 du 12 mars 2025 portant réforme du régime des nullités en droit des sociétés. Cette dernière a en effet réécrit l'article 1844-10 du Code civil dont l'alinéa 1 ne vise plus l'article 1833 du même code et dispose désormais simplement que « la nullité de la société ne peut résulter que de l'incapacité de tous les fondateurs ou de la violation des dispositions fixant un nombre minimal de deux associés ».

³⁷² CHAPUT Yves, « De la cause et/ou de l'objet de la société ? », in *Mélanges en l'honneur de Jean Stoufflet*, Paris, LGDJ, 2001, p. 25, spéc. p. 29. L'article 1131, ancien, du Code civil disposait en effet que « l'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet ».

³⁷³ CA Paris, 21 nov. 1951, S. 1952, 2, 105, concl. GÉGOUT.

³⁷⁴ CHAPUT Yves, « Sociétés (Objet social) », *op. cit.*, n°6.

³⁷⁵ GIBIRILA Deen, « SOCIÉTÉ. – Dispositions générales. – Constitution de la société : contrat de société », *op. cit.*, n°87.

³⁷⁶ V. C. civ., art. 1162 et BÉNABENT Alain, *Droit des obligations*, *op. cit.*, p. 159, n°184.

statutaire l'activité réelle poursuivie par les parties³⁷⁷. En définitive, on peut considérer que la licéité du but du contrat et celle imposée à l'objet de la société poursuivent une fonction similaire sans que leur champ d'application ne se recoupe parfaitement, l'identité de fonction ne signifiant pas que « tout but illicite puisse être qualifié d'objet social »³⁷⁸.

74. Face à cette présentation des choses, la surprise peut naître de ne pas voir apparaître l'aléa social, pourtant présenté de longue date comme l'essence du contrat de société³⁷⁹. En réalité, cela s'explique par le fait que la place de l'aléa social au sein du contrat de société suppose de faire appel à un autre aspect de la notion de cause, la cause typique.

75. **Aléa social et cause typique** – La doctrine civiliste a mis en évidence qu'il était possible, pour contrôler l'existence de la cause, de regrouper les contrats par type ou catégorie³⁸⁰. La mission du juge s'en trouve ainsi facilitée car il lui suffit « de considérer le type de contrat choisi pour en inférer la cause de chacun des engagements ; il existe une contrepartie ou un intérêt aisément identifiable comme ressortissant au type de contrat conclu »³⁸¹. Partant de « sortes » de contrats, principalement contrats synallagmatiques commutatifs, contrats aléatoires et contrats unilatéraux, la démarche permet de faire apparaître la cause de l'obligation dans leur structure contractuelle puis d'être plus précis selon le type de contrat considéré (vente, louage, etc.). Par exemple, la vente étant un contrat synallagmatique, les obligations réciproques se servent mutuellement de cause et, plus précisément, dans toute vente la cause du transfert de propriété réside dans la réception du prix tandis que la cause de son versement se trouve dans l'obtention dudit transfert³⁸². Certains auteurs parlent de la même façon de cause « catégorique »³⁸³. La cause typique fait alors office de modèle et d'autorité car elle permet à la fois d'identifier les obligations minimales qui, étant « de l'essence du contrat, sont celles sans lesquelles ce contrat ne peut subsister »³⁸⁴ et d'empêcher les parties d'altérer les obligations ainsi identifiées³⁸⁵. Lorsque l'on recherche dans la littérature de ces mêmes auteurs ce qui pourrait constituer la cause typique du contrat de société, on est alors peu surpris de rencontrer l'aléa social³⁸⁶ car, tout simplement, le

³⁷⁷ La Cour d'appel de Paris en 1951 ne disait pas autre chose (CA Paris, 21 nov. 1951, préc.). En revanche, la CJUE semble refuser de se référer à autre chose que l'objet statutaire pour prononcer la nullité de la société : CJCE, 13 nov. 1990, *Marleasing*, *Rev. sociétés*, 1991, 532, note CHAPUT. La Cour de cassation a repris la même position : Com., 10 nov. 2015, n° 14-18.179, *Rev. sociétés*, 2016, 219, note LECOURT.

³⁷⁸ CHAPUT Yves, « Sociétés (Objet social) », *loc.cit.* V. égal. ROCHFELD Judith, « Cause », *op. cit.*, n°4, considérant que « l'objet illicite ne concentre pas toutes les hypothèses d'illicéité d'un contrat ». La discussion rejoint partiellement un argument ancien soulevé par les anti-causalistes, estimant que l'exigence de cause n'apportait rien à celle de l'objet : V. PLANIOL Marcel, *Traité élémentaire de droit civil*, *op. cit.*, p. 323, n° 1080.

³⁷⁹ THALLER Edmond, *Traité élémentaire de droit commercial, à l'exclusion du droit maritime*, *op. cit.*, p. 148, n°236.

³⁸⁰ ROCHFELD Judith, « Cause », *op. cit.*, n°57 ; BÉNABENT Alain, *Droit des obligations*, *op. cit.*, p. 178, n°202 ; TERRÉ François, SIMLER Philippe, LEQUETTE Yves et CHÉNEDÉ François, *Droit civil, Les obligations*, *loc. cit.*

³⁸¹ ROCHFELD Judith, « Cause », *op. cit.*, n°58.

³⁸² *Ibid.*, n°59 et n°60.

³⁸³ V. BOYER Louis, *La notion de transaction : contribution à l'étude des concepts de cause et d'acte déclaratif*, thèse de doctorat, droit, Université de Toulouse, 1947, p.104.

³⁸⁴ POTHIER Robert-Joseph, *Traité des obligations - Œuvres de Pothier*, t. 1, Béchét Aîné, 1824, p. 6, n°6.

³⁸⁵ V. ROCHFELD Judith, « Cause », *op. cit.*, n°62 et s., évoquant la fonction de modèle et la fonction d'ordre de la cause typique.

³⁸⁶ V. ROCHFELD Judith, *Cause et type de contrat*, LGDJ, 1999, p.153-154, n°162 et BOYER Louis, *La notion de transaction : contribution à l'étude des concepts de cause et d'acte déclaratif*, *op. cit.*, p. 213.

contrat de société fonctionne à la manière des contrats aléatoires³⁸⁷ « pour lesquels la cause est regardée comme l'existence d'un aléa : si la chance de gain ou de perte est réelle au moment de la conclusion du contrat, il y aurait une cause à l'obligation ; si elle n'existe pas, on est en présence d'une absence de cause »³⁸⁸. En effet, la doctrine a montré, qu'avec la participation aux bénéfices, « parmi les éléments objectivement essentiels du contrat de société qui constituent la “ cause typique ”, figure aussi la contribution aux pertes qui permet de dégager la notion exacte et complète de société »³⁸⁹. De plus, il est possible d'observer que cet aléa social, qui fait office de « spécialité légale »³⁹⁰ du contrat de société, assume bien la fonction de modèle et d'ordre de la cause typique car ce minimum contractuel fait l'objet d'une protection légale impérative³⁹¹. C'est compris comme cela, en tant que cause type du contrat de société, qu'il est finalement possible d'aborder l'aléa social sous l'angle de sa persistance.

76. Persistance de l'aléa social – La mise à l'épreuve de l'aléa social au regard de la nature protéiforme de la société conduit à envisager deux hypothèses.

77. En premier lieu, il faut évoquer le cas des sociétés qui, profitant de l'extension opérée à l'alinéa premier de l'article 1832 du Code civil³⁹², se proposent de réaliser des économies. C'est notamment le cas des sociétés civiles de moyens qui, nous l'avons vu, sont constituées avec « pour objet exclusif de faciliter à chacun de leurs membres l'exercice de son activité »³⁹³ et dans le cadre desquelles « les associés mettent en commun les moyens utiles à l'exercice de leurs professions, sans que la société puisse elle-même exercer celle-ci »³⁹⁴. Ces sociétés sont donc « chroniquement déficitaires »³⁹⁵ car elles assument des frais sans pouvoir espérer de ressources extérieures, n'ayant pas pour objet de réaliser des bénéfices. Elles doivent donc nécessairement compter sur des appels de charges auxquels les associés auront consenti statutairement, consentement qui repose sur l'espérance que la contribution aux frais communs sera moindre qu'une prise en charge individuelle des dépenses de l'activité³⁹⁶. Le fait est que la doctrine a pu remarquer que ces sociétés ont « un objet dérogatoire au contrat de société de droit commun car, de toute évidence, l'aléa social fait défaut : les associés n'ont aucun espoir de bénéfices »³⁹⁷. À dire vrai, on peut admettre que l'économie n'y est jamais certaine tout comme la teneur exacte des pertes définitives mais il serait purement théorique de considérer que face positive et négative de l'aléa social se retrouvent dans ces sociétés sous réserve de ces adaptations. Le problème de fond demeure et il suffit d'essayer d'appliquer les mécanismes de protection de l'aléa social à ces sociétés

³⁸⁷ Sur la question de la qualification du contrat de société en contrat aléatoire : V. *infra* n° 84.

³⁸⁸ ROCHFELD Judith, « Cause », *op. cit.*, n°59.

³⁸⁹ KENDERIAN Fabien, « La contribution aux pertes sociales », *op. cit.*, spéc. n°4.

³⁹⁰ CHAPUT Yves, « Sociétés (Objet social) », *op. cit.*, n°8.

³⁹¹ Il s'agit de celle assurée par l'article 1844-1, alinéa 2, du Code civil relatif aux clauses léonines (sur cette protection légale : V. *infra* n°86 et s.). Sur la justification de la prohibition des clauses léonines par le recours à la théorie de la cause : V. CAFFIN-MOI Marie, « Théorie des bénéfices et des pertes – Clauses léonines », *J.-CL. Sociétés Traité*, fasc. 15-30, LexisNexis, 2012, n°8.

³⁹² V. *supra* n°68.

³⁹³ Loi n° 66-879 du 29 novembre 1966 relative aux sociétés civiles professionnelles, art. 36, al. 1^{er}.

³⁹⁴ Loi n° 66-879 du 29 novembre 1966 relative aux sociétés civiles professionnelles, art. 36, al. 2.

³⁹⁵ LUCAS François-Xavier (actualisation PETOT-FONTAINE Michelle), « Théorie des bénéfices et des pertes – Bénéfices, économies et pertes », *op. cit.*, n°74.

³⁹⁶ MAURY Florence, « Sociétés civiles professionnelles », *Rép. sociétés*, Dalloz, 2009, n°152.

³⁹⁷ BARRILLON Clément, *Le critère de la qualité d'associé*, *op. cit.*, p. 403, n°629.

pour l'observer. Ainsi de la prohibition des clauses léonines prévue par l'article 1844-1, alinéa 2, du Code civil³⁹⁸. En effet, si la doctrine admet le caractère léonin de la clause qui exonérerait un associé d'une telle société de la contribution aux pertes³⁹⁹, le bon sens suffit pour comprendre qu'on ne peut, sauf à tordre le raisonnement à l'extrême⁴⁰⁰, envisager une clause positive par laquelle un associé s'attribuerait toute l'économie procurée par la mise en commun des moyens. En somme, il y a une forme d'automaticité dans la société d'économie qui chasse l'idée traditionnelle d'aléa.

78. En second lieu, on songe à une hypothèse proche qui est celle des sociétés n'ayant pas d'activité économique⁴⁰¹. À nouveau, le propos peut être illustré par l'exemple, en l'occurrence celui des sociétés holdings. Celles-ci ont « pour objet de détenir des participations dans d'autres sociétés en vue d'en contrôler l'activité »⁴⁰² et ont donc pour terrain privilégié d'existence le groupe de sociétés⁴⁰³. Il est acquis, au moins lorsqu'elles visent uniquement à instaurer ou protéger un pouvoir, que ces sociétés ne sont pas dotées des moyens d'exercice d'une activité économique⁴⁰⁴. En réalité, ce sont les effets de la constitution de la société qui sont recherchés par les associés et non ceux de son fonctionnement⁴⁰⁵. Eux seuls permettent de générer une économie au profit des associés⁴⁰⁶ là où « les actes accomplis par la holding, dérivés de la détention de titres de participation, autrement dit le fonctionnement de la holding, ne sont pas en eux-mêmes susceptibles de

³⁹⁸ Sur laquelle : V. *infra* n°86 et s.

³⁹⁹ COURET Alain, « Groupements de moyens et pactes léonins », *BJS*, 1992, n°10, p. 1057.

⁴⁰⁰ En effet, théoriquement on peut imaginer le cas d'une SCM créée par trois médecins dans le but de partager à plusieurs les coûts d'une fonction de secrétariat mais dans les statuts de laquelle une clause prévoirait que seul l'un des associés pourra profiter des services en question. En poussant le raisonnement, on pourrait estimer que cet associé s'attribue la totalité du profit procuré par la société au sens de l'article 1844-1, alinéa 2, du Code civil. Mais il semble dangereux de fonder la persistance de l'aléa social sur des hypothèses aussi résiduelles.

⁴⁰¹ V. MASSART Thibault, « Sociétés (Contrat de) », *op. cit.*, n°24 et s. L'auteur distingue les sociétés sans activité économique des sociétés de moyens qu'il range dans la catégorie des sociétés qui poursuivent une activité économique non lucrative, plus précisément « une activité économique marchande interne ».

⁴⁰² CASTRES SAINT-MARTIN-DRUMMOND France, *Les sociétés dites « holdings »*, t. 2, thèse de doctorat, droit, Paris-Panthéon-Assas, 1993, p. 321, n°397. V. égal. COURET Alain et MARTIN Didier, *Les sociétés holdings*, PUF, coll. Que sais-je ?, 2^e éd., 1997. Le législateur reconnaît expressément ce type de sociétés : V. C. com., art. L. 229-5 (constitution d'une société européenne holding).

⁴⁰³ V. CHAMPAUD Claude, *Le pouvoir de concentration de la société par actions*, Sirey, 1962, p. 222, n°286, qui voit dans la holding « un procédé d'organisation financière et structurale des groupes de sociétés qui permet d'exercer aisément le contrôle des patrimoines sociaux et d'assurer efficacement l'unité de direction économique de l'ensemble ».

⁴⁰⁴ CASTRES SAINT-MARTIN-DRUMMOND France, *Les sociétés dites « holdings »*, *op. cit.*, p. 324, n°401. Au plan fiscal, la holding est dite « passive », par opposition aux holdings « animatrices ». Ces dernières « sont les animatrices effectives de leur groupe, participent activement à la conduite de sa politique et au contrôle des filiales et rendent, le cas échéant et à titre purement interne au groupe, des services spécifiques administratifs, juridiques, comptables, financiers ou immobiliers. Ces sociétés utilisent ainsi leur participation dans le cadre d'une activité industrielle ou commerciale qui mobilise des moyens spécifiques. Ces sociétés holdings animatrices s'opposent aux sociétés holding passives qui sont de simples gestionnaires d'un portefeuille mobilier » (BOI-PAT-IFI-30-10-40, 8 juin 2018, spéc. n° 130).

⁴⁰⁵ *Ibid.*, p. 323, n°400.

⁴⁰⁶ V. *Ibid.*, p. 343, n°427, qui relève que « la constitution d'une holding permet de réaliser une économie substantielle sur une acquisition de parts sociales ou actions, en raison de la combinaison des effets de levier juridique, financier et parfois fiscal qui ont été décrits. Elle est utilisée pour domicilier certains revenus dans un pays à fiscalité privilégiée et réduire ainsi la charge fiscale pesant normalement sur la détention des titres. Elle peut avoir pour but de mettre une partie du patrimoine de son fondateur à l'abri de l'impôt de solidarité sur la fortune... La quasi totalité des sociétés holdings est créée en vue de faire réaliser une économie à ses associés ».

créer un enrichissement des associés »⁴⁰⁷. Outre la problématique déjà évoquée de la recherche d'une économie, l'aléa social est ici doublement mis en défaut car l'on perçoit bien qu'à partir du moment où ce sont les effets de sa constitution et non ceux de son fonctionnement qui sont recherchés dans une société, celle-ci se ferme aux aléas qui caractérisent l'aventure sociale⁴⁰⁸. C'est donc l'ambition sociale limitée des constituants qui chasse l'idée traditionnelle d'aléa⁴⁰⁹.

79. Ces deux problématiques similaires révèlent en réalité une seule et même difficulté. En effet, l'aléa social est un « but social »⁴¹⁰ prédéterminé par le législateur et non choisi par les parties. Celles-ci se contentent de choisir le modèle, en l'occurrence le contrat de société, et celui-ci va avec sa cause typique, à savoir l'aléa social⁴¹¹. Mais la pratique est variée, la société poursuivant une activité économique classique dans laquelle il faut espérer les bénéfices et craindre les pertes n'épuise pas tous les modèles sociétaires⁴¹². Ainsi, le propre d'une cause typique est de correspondre à un type de contrat alors que le recul montre que l'ingénierie sociétaire n'a pas hésité à appréhender le contrat de société comme un simple outil technique. Le rajout de l'économie à l'article 1832, alinéa premier, du Code civil témoigne de cette difficulté à embrasser l'ensemble des sociétés dans sa définition⁴¹³. Néanmoins, ce constat ne doit pas conduire à considérer que l'aléa social n'incarne plus l'incertitude en matière sociétaire. Bien au contraire, il reste de l'essence du contrat de société, et dans la grande majorité des cas le modèle classique perdure. C'est d'ailleurs au sein de ce modèle classique que les pactes d'associés vont très largement s'épanouir. Simplement, il faut prendre en compte le fait que le but que donne le législateur à la société a connu des évolutions, sans que celles-ci empêchent de raisonner à partir de l'aléa social tel qu'il est généralement envisagé, dans sa face positive et négative.

80. Le raisonnement mené sur la persistance de l'aléa social ne conduit donc pas à le disqualifier en tant qu'incarnation de l'incertitude en matière sociétaire. Bien au contraire, il faut désormais l'approfondir en ce qu'il exprime un intérêt collectif au contrat de société.

B. L'aléa social, expression d'un intérêt collectif

81. Au-delà de ses faces positive et négative, l'aléa social exprime l'intérêt collectif des associés au contrat de société en ce qu'il manifeste le lien économique qui les unit (1). Ce lien, né

⁴⁰⁷ *Ibid.*, p. 344, n°427.

⁴⁰⁸ Ce qui n'empêche pas les sociétés de portefeuille d'être licites : Com., 2 juill. 1985, *BJS*, 1986, 229 et 374, obs. LE BRAS.

⁴⁰⁹ On retrouve cette ambition sociale limitée lorsqu'une société est uniquement constituée pour détenir un immeuble qui n'est pas exploité mais simplement utilisé pour les besoins de la vie civile de ses associés, qu'ils soient époux, pacsés, concubins ou simplement membres de la même famille. De nouveau, ce sont les bénéfices de la constitution d'une société et non ceux de son fonctionnement qui sont recherchés.

⁴¹⁰ LE CANNU Paul et DONDERO Bruno, *Droit des sociétés*, *op. cit.*, p. 203, n°259.

⁴¹¹ V. *supra* n°75.

⁴¹² V. COZIAN Maurice, VIANDIER Alain et DEBOISSY Florence, *Droit des sociétés*, *op. cit.*, p. 70, n°184, qui considère, à propos de l'enrichissement des associés, que « ce but, général et abstrait, est inhérent à la notion même de société ; il est celui qu'impose la catégorie juridique que constitue la société. Pour autant, ce but, s'il constitue l'objectif nécessairement poursuivi par les associés, n'est pas nécessairement celui exclusivement poursuivi par eux, car bien d'autres motivations particulières peuvent justifier la constitution d'une société, comme un souci d'organisation de l'entreprise ou la réalisation d'une économie fiscale ».

⁴¹³ V. *supra* n°68.

de l'incertitude partagée sur l'issue du projet commun, reflète l'existence d'un engagement réciproque fondé sur une logique collective. Cet intérêt collectif, dès lors qu'il est identifié, n'est pas laissé sans protection. Il fait l'objet d'une attention juridique spécifique, visant à préserver l'équilibre entre les parties et à garantir la cohérence du projet social. C'est cette protection particulière qu'il nous faudra donc également examiner (2).

1) L'aléa social, manifestation du lien économique unissant les associés

82. Affirmation de l'intérêt – Il est acquis depuis longtemps qu'il est de l'essence de la société « qu'elle soit contractée pour l'intérêt commun des parties »⁴¹⁴. Le principe reçoit une traduction légale bien connue, dans la mesure où l'article 1833, alinéa premier, du Code civil impose que toute société soit « constituée dans l'intérêt commun des associés ». On le sait, ce n'est pas formulé ainsi que le principe a posé difficultés. En effet, « c'est rapportée à la notion apparemment voisine sinon équivalente d'intérêt social [...], que l'expression, que l'on ne retrouve que dans ce texte sous forme d'un principe général d'intérêt commun a, depuis longtemps, suscité d'intenses et passionnées discussions doctrinales »⁴¹⁵. Il est vrai que la formule peut, selon la lecture que l'on en fait, influencer une certaine conception de l'intérêt social⁴¹⁶. Au-delà, voir dans la société un acte caractérisé par la convergence des intérêts des parties peut aboutir à repenser le débat sur la nature juridique de la société⁴¹⁷. Ce n'est pourtant dans aucune de ces deux directions que nous nous orienterons. D'abord, parce qu'il est permis d'aborder le sujet de l'intérêt commun des associés de façon autonome⁴¹⁸. C'est d'ailleurs ce qu'a expressément fait la loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises, dite loi PACTE, en ajoutant à l'alinéa second de l'article 1833 du Code civil une référence à l'intérêt social, distincte donc de celle opérée par l'alinéa premier à l'intérêt commun. Surtout, car c'est la manifestation économique de l'intérêt commun qui nous intéresse ici.

83. Manifestation économique – Certains auteurs ont pu affirmer qu'« en soi la référence, faite par l'article 1833, à l'intérêt commun des associés ne devrait guère éveiller de débats, et encore moins de passion : le principe posé par ce texte paraît relever de l'évidence, en tout cas semble redondant avec la définition même de la société qui requiert l'*affectio societatis* de chacun »⁴¹⁹. Si l'idée selon laquelle la définition de la société recèle déjà l'intérêt supposé animer les associés nous semble juste, il ne paraît pas pour autant nécessaire d'avoir recours

⁴¹⁴ POTHIER Robert-Joseph, *Traité du contrat de société*, *Œuvres de Pothier*, op. cit., p. 446, n°11.

⁴¹⁵ FRANÇOIS Bénédicte, LIENHARD Alain et PISONI Pascal, *Code des sociétés*, commentaire sous C. civ., art. 1833, Dalloz, 39^e éd., 2023, p. 21.

⁴¹⁶ V. not. PIROVANO Antoine, « La “boussole” de la société. Intérêt commun, intérêt social, intérêt de l'entreprise ? », *D.*, 1997, p. 189.

⁴¹⁷ ROUJOU DE BOUBÉE Gabriel, *Essai sur l'acte juridique collectif*, op. cit. Adde, BERTREL Jean-Pierre, « Le débat sur la nature de la société », in *Droit et vie des affaires : études à la mémoire d'Alain Sayag*, Litec, 1997, p. 131, spéc. p. 133.

⁴¹⁸ V. SCHMIDT Dominique, « De l'intérêt commun des associés », *JCP E*, 1994, n°48, 404, spéc. §5, défendant l'idée selon laquelle intérêt commun et intérêt social ont chacun leur domaine : « l'intérêt social, “concept à contenu variable”, indique ce qui est bon pour la société. Au contraire, l'intérêt commun, concept à contenu strict, implique que chaque associé participe à l'enrichissement social en proportion de ses droits individuels. L'intérêt social concerne la relation entre les associés et la personne morale, alors que l'intérêt commun concerne les relations entre associés. Notre propos ne traite que de l'intérêt commun qui commande que toute décision sociale emportant des effets sur le patrimoine des associés alloue à chacun son dû ».

⁴¹⁹ FRANÇOIS Bénédicte, LIENHARD Alain et PISONI Pascal, *Code des sociétés*, loc. cit.

à l'*affectio societatis* pour l'exprimer, l'aléa social étant suffisant. Et pour cause, ce dernier constitue la manifestation économique de l'intérêt commun des associés. En effet, si l'on réserve le cas des sociétés unipersonnelles⁴²⁰, le fondement du contrat de société est de reposer sur un risque partagé⁴²¹. C'est-à-dire que les associés espèrent que la société générera un profit qu'ils partageront ensemble, et assument collectivement qu'en cas de pertes il leur faudra y contribuer⁴²². Les contributions effectuées et les profits perçus seront certainement inégaux⁴²³, mais l'évolution économique de la société affecte les associés dans le même sens⁴²⁴. Il n'y en a donc pas qui parient à la baisse et d'autres à la hausse. Le pari étant collectif, il y en a simplement certains dont la mise est plus forte que d'autres. Le Professeur Dominique Schmidt, définissant l'intérêt commun, résume la chose ainsi : « Cette définition [de l'intérêt commun] découle du but que l'article 1832 du Code civil assigne au contrat de société : partager les bénéfices, ou profiter de l'économie, qui pourra résulter de l'activité sociale ; chaque associé est donc en société pour partager avec les autres le profit social. L'intérêt d'un associé dans la société est de retirer de l'enrichissement collectif un enrichissement individuel ; cet intérêt est le même pour chacun des associés : il leur est commun »⁴²⁵. On peut finir d'exprimer cette idée en appréciant son incidence sur la qualification du contrat de société.

84. Incidence sur la qualification du contrat de société – L'aléa social, en ce qu'il contient une face positive, chance de profit, et négative, risque de perte, toutes deux incertaines car sujettes à l'évolution économique de la société, semble grandement pousser le contrat de société vers la catégorie des contrats aléatoires, désormais définis comme ceux où « les parties acceptent de faire dépendre les effets du contrat, quant aux avantages et aux pertes qui en résulteront, d'un événement incertain »⁴²⁶. Certains n'hésitent d'ailleurs pas à le définir ainsi⁴²⁷. Pourtant, une telle position semble faire fi du fait que « quand un contrat est aléatoire, l'aléa existe pour les deux contractants : l'évènement qui profite à l'un, entraîne une perte pour l'autre »⁴²⁸. Il s'agit donc d'un aléa réciproque : « Pour qu'un contrat soit aléatoire, il faut non seulement qu'il prenne en compte un événement incertain, mais encore qu'il en fasse le *pivot* de l'équilibre contractuel : cet aléa va seul déterminer laquelle des

⁴²⁰ Qui ne constituent pas, nous l'avons dit, le modèle d'étude : V. *supra* n°14, note 110.

⁴²¹ BARRILLON Clément, *Le critère de la qualité d'associé*, *op. cit.*, p. 408, n°636 ; TERRÉ François, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, LGDJ, 1957, p. 274, n°299.

⁴²² Conformément à l'adage « *Ubi emolumentum ibi onus* » (Où est le profit, là est la charge), qui « exprime le lien réel qui unit le profit à sa charge ; ils sont indissociablement unis, on ne peut avoir l'un sans l'autre » (BOYER Laurent et ROLAND Henri, *Adages du droit français*, Litec, 4^e éd., 1999, p. 915, n°452).

⁴²³ V. C. civ., art. 1844-1, al. 1^{er}, qui dispose que « 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 ».

⁴²⁴ La jurisprudence avait même pu aller jusqu'à exiger que les associés soient affectés de façon simultanée, refusant la qualification de société en cas de partage alternatif des bénéfices (Cass. req., 4 juill. 1826, *DP*, 1826, 1, 403 ; Cass. req., 4 janv. 1842, *DP*, 1842, 1, 48). Ce qui était conforme à la vision de Thaller (V. THALLER Edmond, *Traité élémentaire de droit commercial, à l'exclusion du droit maritime*, *op. cit.*, p. 149, n°237). Mais l'intégration de l'économie dans la définition du contrat de société a fait perdre de son intérêt à cette exigence (V. LUCAS François-Xavier (actualisation PETOT-FONTAINE Michelle), « Théorie des bénéfices et des pertes – Bénéfices, économies et pertes », *op. cit.*, n°12 et s).

⁴²⁵ SCHMIDT Dominique, « De l'intérêt commun des associés », *op. cit.*, n°3.

⁴²⁶ C. civ., art. 1108, al. 2.

⁴²⁷ LE CANNU Paul et DONDERO Bruno, *Droit des sociétés*, *op. cit.*, p. 58, n°40.

⁴²⁸ MAZEAUD Henri, MAZEAUD Jean, MAZEAUD Léon et DE JUGLART Michel, *Leçons de droit civil*. t. 3, vol. 2, *Principaux contrats*, Montchrestien, 3^e éd., 1968, p. 679, n°1526.

deux parties trouvera finalement un bénéfice à l'opération. Il est de *l'essence* du contrat aléatoire de causer un gain et une perte chez chacune des parties, qui sont *corrélatifs* »⁴²⁹. C'est ici que le fait que l'aléa social soit l'expression d'un intérêt collectif prend tout son sens car ce caractère empêche toute qualification du contrat de société en contrat aléatoire⁴³⁰. En effet, si la société suppose bien une « volonté d'union et l'acceptation d'aléas communs »⁴³¹, il faut constater qu'un associé, au moins en application du contrat de société, ne gagne pas ce qu'un autre associé perd. Or, si l'on consent que les parties ne courent pas ensemble la même chance de gain ou de perte dans un contrat aléatoire⁴³², il faut admettre que « le contrat de société n'est pas un contrat aléatoire : il y a bien une mise (sous forme d'apports), une participation des associés aux pertes et aux bénéfices qui dépend des résultats économiques de la société, mais le même événement incertain ne détermine pas le gain des uns et la perte corrélative des autres »⁴³³.

85. Les associés sont donc économiquement liés. En cela, ils partagent un même intérêt au contrat de société, empreint d'incertitude. Le droit des sociétés s'attache à protéger ce caractère collectif de l'aléa social.

2) L'aléa social, objet d'une protection particulière

86. **Prohibition historique** – Il est possible d'être plus rapide ici dans la mesure où le mécanisme de protection du caractère collectif de l'aléa social est bien connu, il s'agit de celui prévu à l'article 1844-1, alinéa 2, du Code civil et selon lequel « 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 ». La prohibition est connue sous le nom d'interdiction des clauses léonines par référence à la part que le lion, entré en société avec d'autres animaux, s'attribue à leur détriment dans la fable d'Ésope⁴³⁴. Si les thèses relatives au fondement de la prohibition sont plurielles⁴³⁵, il est acquis que l'interdiction est ancienne étant donné qu'on la retrouve déjà dans le *Digeste*⁴³⁶. Sont donc visées quatre types de stipulations : celle attribuant la totalité du profit à un associé, celle l'exonérant de la totalité des pertes, celle l'excluant totalement du profit ou enfin celle mettant à sa charge la totalité des pertes.

⁴²⁹ BÉNABENT Alain, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, LGDJ, 14^e éd., 2021, p. 628, n°923.

⁴³⁰ BARRILLON Clément, *Le critère de la qualité d'associé*, *op. cit.*, p. 456, n°717 et s.

⁴³¹ Com., 19 févr. 1991, n° 89-16.590, *JCP E*, 1991, n°4, 61, obs. VIANDIER et CAUSSAIN.

⁴³² DESHAYES Olivier, GENICON Thomas et LAITHIER Yves-Marie, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : commentaire article par article*, *op. cit.*, p. 72-73. L'avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux propose néanmoins de préciser la définition du contrat aléatoire en considérant que « sont aléatoires par essence les contrats dans lesquels chacune des parties court une chance de gain en même temps qu'un risque de perte, dépendant en leur totalité d'un événement incertain » (art. 1964, al. 1^{er}, de l'avant-projet).

⁴³³ LAITHIER Yves-Marie, « Aléa et théorie générale du contrat », in *L'aléa*, Assoc. Henri Capitant, Dalloz, coll. thèmes et commentaires, 2011, p. 7, spéc. p. 13. V. égal. MORIN Anne, *Contribution à l'étude des contrats aléatoires*, *loc. cit.*, qualifiant l'aléa social d'aléa économique non pertinent pour entraîner la qualification du contrat de société en contrat aléatoire.

⁴³⁴ La fable s'intitule « Le Lion, l'Âne et le Renard ». Le thème s'est exporté chez Phèdre et chez Jean de La Fontaine (La Génisse, la Chèvre, et la Brebis, en société avec le Lion).

⁴³⁵ CAFFIN-MOI Marie, « Théorie des bénéfices et des pertes – Clauses léonines », *op. cit.*, n°4 et s.

⁴³⁶ Elle y est rappelée par le jurisconsulte Cassius : V. BOYER Laurent et ROLAND Henri, *Locutions latines et adages du droit français contemporain*, L'Hermès, 1977, p. 394, v° « *Societas leonina* ».

87. Effet collectif – En réalité, ce n'est pas tant le fondement de la prohibition qui doit retenir l'attention que ce qu'elle implique pour le contrat de société. En effet, si cette disposition n'existait pas, l'aléa social pourrait malgré tout exister, rester cause du contrat de société, sans être éprouvé par chacun des associés. D'ailleurs, l'interdiction des stipulations relatives aux pertes semble être une innovation du Code civil dans la mesure où droit romain et ancien droit français admettaient tous deux la validité de telles clauses et prohibaient uniquement celles relatives aux profits⁴³⁷. La justification de cette évolution qui veut que l'on ait « voulu empêcher que l'un des associés ne se fit une situation meilleure dans la société que les autres associés »⁴³⁸ traduit bien désormais la finalité de la prohibition. En effet, lorsqu'on observe les configurations interdites on constate que « soit un associé n'est pas exposé à l'aléa social, ce qui est le cas lorsqu'une clause exonère un associé de la totalité du profit ou bien encore de la totalité des pertes. Dans ce cas, l'aléa social ne saurait être considéré comme collectif puisque l'une des parties au contrat de société y est soustraite. Soit l'un des associés est le seul à éprouver l'aléa social, ce qui est le cas lorsqu'une clause attribue à un associé la totalité du profit ou met à sa charge la totalité des pertes. En pareille situation, tous les autres associés échappent à l'aléa social. Dans cette seconde configuration, l'aléa social ne peut pas davantage être considéré comme collectif puisqu'il n'est pas partagé par tous les associés »⁴³⁹. C'est donc bien le caractère collectif de l'aléa social qui est protégé par l'article 1844-1, alinéa 2, du Code civil⁴⁴⁰ qui s'assure que le lien économique unissant les associés perdure en soumettant chacun d'eux à l'aléa social, quand bien même ce serait en proportions inégales⁴⁴¹.

88. L'incertitude dont on a vu qu'elle était caractéristique du phénomène de prévision en matière contractuelle⁴⁴² se place donc au cœur du contrat de société. À travers la notion d'aléa social elle en constitue, dans sa face négative et positive, la cause typique. Plus encore, elle révèle l'intérêt qui anime les associés. Ceux-ci, soumis collectivement à l'évolution de la situation de la société, sont unis par un lien économique. C'est uniquement en ayant ces éléments à l'esprit qu'il est possible d'aborder la question de la prévision en matière de pactes d'associés.

⁴³⁷ HAMEL Joseph, JAUFFRET Alfred et LAGARDE Gaston, *Droit commercial*, t. 1, vol. 2, Dalloz, 2^e éd., 1980, p.48, n°406. V. égal. DOMAT Jean, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, t. 1, Le Clerc, 1777, p. 95, T. VIII, sect. I, n°9, considérant juste « la convention qui donne à l'un des associés une part au gain et le décharge de toute perte, à cause, par exemple, de l'utilité de son crédit, de sa faveur, de son industrie ou des peines qu'il prend, des voyages qu'il fait, des périls où il s'expose ; car ces avantages que tire de lui la société compensent celui qu'elle lui accorde de le décharger des pertes ».

⁴³⁸ MAUBERT Marc, *Les clauses léonines dans les sociétés commerciales*, thèse de doctorat, droit, Université de Paris, 1962, p.9, n°9.

⁴³⁹ BARRILLON Clément, *Le critère de la qualité d'associé*, op. cit., p. 460, n°725.

⁴⁴⁰ *Ibid.*, p. 459, n°723 et s.

⁴⁴¹ Outre l'alinéa premier de l'article 1844-1 du Code civil qui permet de tels aménagements, on peut se demander si certaines décisions rendues en matière fiscale n'ont pas pour effet de porter atteinte à l'alinéa 2 : V., CE, 8^e et 3^e ch. réunies, 18 oct. 2022, n° 462497, *Lebon* ; *GPL*, 2023, n°9, 54, note MASSART ; *JCP N*, 2023, n°5, 57, note JULLIAN ; *Dr. sociétés*, 2022, n°12, 11, note MORTIER ; *BJS*, 2023, n°1, 38, note DONDERO ; *Rev. Dr. fisc.*, 2022, n°51-52, 58, note DEBOISSY ; *Dr. sociétés*, 2023, n°2, 43, note PIERRE. L'arrêt admet une dérogation ponctuelle au pacte social conduisant à attribuer 100% des déficits fonciers d'une SCI à des associés ne détenant que 1% des parts.

⁴⁴² V. *supra* n°41.

II. La consistance de la prévision en matière de pactes d'associés

89. De façon essentielle, l'incertitude en matière sociétaire révèle un intérêt collectif au contrat de société exprimé par l'aléa social⁴⁴³. Mais il s'agit là d'une généralité à laquelle les associés, dans le cadre d'un pacte, ne souhaitent pas s'abandonner totalement. Ils vont donc saisir l'opportunité que représente la conclusion d'un pacte d'associés pour exprimer leurs intérêts particuliers (A). Cette rupture dans la collectivité va alors faire basculer le paradigme contractuel d'un état de soumission à l'incertitude, à une volonté de couverture de l'aléa social. Cette volonté constitue la finalité des pactes d'associés (B).

A. Les pactes d'associés, expression d'intérêts particuliers

90. **Limites de l'intérêt collectif** – Admettre l'existence d'intérêts particuliers au contrat de société suppose tout d'abord de comprendre les limites de l'intérêt collectif. Il est ici possible de transposer ce qui a été dit à propos de la persistance de l'aléa social⁴⁴⁴. En effet, la vocation commune aux résultats de la société qui unit les associés est un intérêt collectif prédéterminé par le législateur. Ce dernier en assure certes la protection⁴⁴⁵, mais en aucun cas l'intérêt collectif ainsi défini épuise l'ensemble des intérêts en présence. Autrement dit, dire que les associés rentrent en société parce qu'ils vont rechercher ensemble un profit tout en acceptant de contribuer aux pertes ne suffit pas à rendre compte des différents intérêts particuliers qui peuvent les animer. C'est pourquoi il est acquis depuis longtemps que « la négociation d'une société donne lieu très normalement à un affrontement d'intérêts opposés⁴⁴⁶ et qu'« une société plurale est presque toujours un lieu où des intérêts divergents s'affrontent »⁴⁴⁷. Il est donc permis de penser que la société, derrière le jour unifié des premiers alinéas des articles 1832 et 1833 du Code civil, s'avère être le plus souvent un « lieu d'équilibre d'intérêts contradictoires »⁴⁴⁸. Il faut alors tenter de les préciser.

91. **Multiplicité d'intérêts** – Parler de multiplicité d'intérêts au sein de la société entraîne nécessairement un travail de délimitation. En effet, la doctrine a montré que cette question était étroitement liée au débat sur l'intérêt social dont les différentes conceptions traduisent les intérêts que l'on choisit ou non de prendre en compte. Ainsi de l'École de Rennes qui, à travers la théorie de l'entreprise, propose d'appréhender la société selon sa finalité, à savoir la fourniture d'une organisation juridique destinée à servir les besoins de l'entreprise⁴⁴⁹, et donc de mesurer l'intérêt social à l'aune de ces besoins. On retrouve l'esprit de cette doctrine dans la théorie des « parties prenantes » qui intègre aux intérêts à prendre en compte ceux des autres acteurs, affectés plus ou moins directement par la vie sociale

⁴⁴³ V. *supra* n°81 et s.

⁴⁴⁴ V. *supra* n°71 et s.

⁴⁴⁵ Par le biais de la prohibition des clauses léonines : V. *supra* n°61 et s.

⁴⁴⁶ LE CANNU Paul et DONDERO Bruno, *Droit des sociétés*, *op. cit.*, p. 219, n°283.

⁴⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁴⁸ CHAPUT Yves, « De la cause et/ou de l'objet de la société ? », *op. cit.*, spéc. p. 32.

⁴⁴⁹ PAILLUSSEAU Jean, *La société anonyme, technique d'organisation de l'entreprise*, Sirey, 1967 ; « Les fondements du droit moderne des sociétés », *JCP E*, 1984, I, 3148 ; « Entreprise et société. Quels rapports ? Quelle réforme ? », *D.*, 2018, p. 1395. V. égal. CHAMPAUD Claude, « Le contrat de société existe-t-il encore ? », in CADIET Loïc [coord.], *Le droit contemporain des contrats - Bilan et perspectives*, Economica, coll. Travaux et recherches. Série Faculté des sciences juridiques de Rennes, 1987, p. 125, spéc. p. 131-132.

(salariés, clients, créanciers, etc.)⁴⁵⁰. À l'inverse, une autre vision conduit à faire primer l'intérêt des associés sur tout autre intérêt, la boussole sociétaire devant alors avant tout être la création de valeur pour ces derniers⁴⁵¹. C'est à ce stade que la délimitation s'impose car, contrairement à ce que pourrait laisser penser un mouvement naturel de l'esprit, ce n'est pas le débat sur l'intérêt social qu'il est question de mener ici. La raison est simple et tient au fait que ce sont les intérêts exprimés par les pactes d'associés qui nous occupent. Or, comme leur nom l'indique, il s'agit de contrats⁴⁵² principalement conclus entre associés. Certes, on peut admettre que des tiers à la société soient parties au pacte⁴⁵³ mais l'hypothèse demeure marginale⁴⁵⁴. Il en va différemment du cas de la société émettrice intervenant à l'acte qui, lui, est plus fréquent. Mais, comme nous le verrons, cette intervention ne lui donne pas véritablement la qualité de partie⁴⁵⁵. En outre, lorsque les associés décident de faire intervenir la société lors de la conclusion du pacte, c'est avant tout pour renforcer son efficacité et donc assurer une meilleure préservation de leurs intérêts⁴⁵⁶. Ainsi, dans l'une ou l'autre des hypothèses, c'est bien d'intérêts des parties contractantes dont il faut parler. Et cette approche est loin de conduire à un constat d'unité. Le pacte, comme n'importe quel contrat, repose sur un accord des intérêts⁴⁵⁷ et ceux des associés sont bien pluriels. L'exemple typique est celui des rapports entre associés fondateurs et investisseurs, les premiers étant souvent présentés comme cherchant à développer leur entreprise sur le long terme tandis que l'investisseur cherche avant tout « à minimiser son risque et [...] maximiser la valeur de son investissement »⁴⁵⁸. Mais, plus largement, qui peut penser qu'au sein d'une société familiale les intérêts des futurs héritiers sont toujours ceux du fondateur approchant de la retraite ? que, dans une start-up, le binôme d'associés fondateurs partage nécessairement les mêmes ambitions pour la société ? En somme, l'intérêt collectif exprimé par l'aléa social existe mais il n'est pas suffisant pour rendre compte de l'ensemble des intérêts individuels des associés. Ces derniers vont pourtant souhaiter en assurer la préservation. Ils auront pour cela le plus souvent recours aux pactes d'associés.

92. Expression privilégiée des intérêts au sein des pactes d'associés – Établir les raisons du recours aux pactes d'associés n'est pas forcément chose aisée. Il faut dire qu'en la matière

⁴⁵⁰ TRÉBULLE François-Guy, « Stakeholders Theory et droit des sociétés », *BJS*, 2006, n°12, p. 1337 et 2007, n°1, p.7. La dynamique actuelle du droit des sociétés impulsée par le mouvement RSE conduit à élargir cette liste d'intérêts à prendre en compte : V. COURET Alain, « L'irrésistible glissement du droit des sociétés vers un droit sociétal », *BJS*, 2022, n°5, p. 1.

⁴⁵¹ Il est ici considéré que dans la mesure où « tout associé investit en société pour retirer un enrichissement personnel », « la société a pour but de faire des bénéfices et de les partager » : SCHMIDT Dominique, *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme*, Joly éditions, Version nouvelle, 2004, p. 1-3, n°1-4. Sur la théorie de l'agence et le mouvement de *corporate governance* qui sous-tendent cette approche : LE CANNU Paul et DONDERO Bruno, *Droit des sociétés*, *op. cit.*, p. 218, n°282.

⁴⁵² Sur l'approche essentiellement contractuelle choisie pour définir les pactes : V. *supra* n°14.

⁴⁵³ DEXANT-DE BAILLIENCOURT Olympe, *Les pactes d'actionnaires dans les sociétés cotées*, *loc. cit.*

⁴⁵⁴ Le cas le plus fréquent est en réalité celui du pacte conclu avec un tiers qui a vocation à devenir associé. Le pacte sert alors à prévoir les conditions dans lesquelles ce dernier intègrera la société et on se rapproche alors d'un pacte « classique » entre associés : V. *infra* n°181 et s.

⁴⁵⁵ V. *infra* n°187.

⁴⁵⁶ MARTIN Didier et SCHILLER Sophie, *Guide des pactes d'actionnaires et d'associés : 2022/2023*, *op. cit.*, p. 30, n°45.

⁴⁵⁷ V. *supra* n°23 et s.

⁴⁵⁸ MARTIN Didier et SCHILLER Sophie, *Guide des pactes d'actionnaires et d'associés : 2022/2023*, *op. cit.*, p. 231, n°359.

les idées reçues sont nombreuses⁴⁵⁹ et elles s'expriment principalement dans le cadre de l'opposition entre choix d'un support statutaire ou extrastatutaire. Il est néanmoins possible de dégager quelques éléments de réponse désormais bien connus⁴⁶⁰. En premier lieu, les statuts, à la différence des pactes⁴⁶¹, ont pour caractéristique essentielle d'être publics⁴⁶² ce qui peut freiner les parties soucieuses de maintenir la confidentialité de leur accord. Ensuite, on considère généralement que la contractualisation qui inspire les pactes « rétablit en droit des sociétés une flexibilité qui permet aux utilisateurs d'adapter cette matière à leurs besoins et de développer une originalité correspondant aux exigences de la concurrence mondiale et à la multiplicité des situations particulières »⁴⁶³. Le droit des sociétés, rigide, ne permettrait pas si facilement ce type d'adaptations⁴⁶⁴. Ajoutons que de nombreuses stipulations que l'on retrouve dans les pactes pourraient conduire à l'application de la procédure des avantages particuliers si elles étaient stipulées dans les statuts d'une société où elle est applicable⁴⁶⁵. Au-delà de ces raisons techniques, il faut surtout constater que le savoir-faire en la matière s'est grandement développé, en partie sous l'impulsion des pratiques anglo-saxonnes⁴⁶⁶. Avec l'élaboration de l'offre, c'est l'habitude qui a suivi. C'est ainsi qu'« à titre d'exemple, il est d'usage de réserver les stipulations contenant le nom des personnes aux pactes extrastatutaires »⁴⁶⁷.

- 93.** À côté des standards statutaires, les associés ont donc trouvé dans l'extrastatutaire un moyen de répondre à des considérations plus spéciales. La conséquence n'est pas purement formelle. En effet, en se libérant de la contrainte de l'intérêt collectif imposée par le modèle légal, les parties au pacte ont directement influé sur la finalité des pactes d'associés.

⁴⁵⁹ LAMAZEROLLES Eddy, « Quelques idées reçues sur les pactes d'associés », *JCP E*, 2019, n°28, 1349.

⁴⁶⁰ Pour une synthèse des critères de choix entre statuts, règlement intérieur et pactes extrastatutaires : V. MARTIN Didier et SCHILLER Sophie, *Guide des pactes d'actionnaires et d'associés : 2022/2023*, *op. cit.*, p. 43, n°64.

⁴⁶¹ V., néanmoins, pour les sociétés cotées, l'article L. 233-11 du code de commerce qui prévoit la transmission à l'Autorité des marchés financiers de « toute clause d'une convention prévoyant des conditions préférentielles de cession ou d'acquisition d'actions admises aux négociations sur un marché réglementé et portant sur au moins 0,5 % du capital ou des droits de vote de la société qui a émis ces actions ».

⁴⁶² Les dispositions essentielles des statuts sont insérées dans un avis au journal d'annonces légales (voir pour les sociétés commerciales l'article R. 210-4 du code de commerce) et ils peuvent être commandés par tous sur Infogreffe.

⁴⁶³ SCHILLER Sophie, « Pactes d'actionnaires : clauses statutaires et pactes extrastatutaires », *Rép. sociétés*, Dalloz, 2020, n°1. *Adde*, DEXANT-DE BAILLIENCOURT Olympe, *Les pactes d'actionnaires dans les sociétés cotées*, *loc. cit.*, considérant que « les pactes permettent de traiter de questions relatives à la société de façon plus flexible que si ces questions avaient été réglées dans le cadre de la société ».

⁴⁶⁴ V. BISSARA Philippe, « L'inadaptation du droit français des sociétés aux besoins des entreprises et les aléas des solutions », *op. cit.*, spéc. n°17 et s. ; GUYON Yves, *Traité des contrats. Les sociétés. Aménagements statutaires et conventions entre associés*, *op. cit.*, p. 7-10 ; GOFFAUX-CALLEBAUT Géraldine, *Du contrat en droit des sociétés : essai sur le contrat instrument d'adaptation du droit des sociétés*, *op. cit.*, p. 11, n°4.

⁴⁶⁵ V. DONDERO Bruno, « Statuts de SAS et pactes extra-statutaires : questions et confrontations », *BJS*, 2008, n°3, p. 245 ; GERMAIN Michel, « Pactes, statuts et ordre public », in *Liber amicorum : mélanges en l'honneur de Philippe Merle*, Dalloz, 2013, p. 305 ; CHARVÉRIAT Anne, « L'intérêt d'organiser les rapports entre associés dans un pacte plutôt que dans les statuts », *BRDA*, 2019, n°5.

⁴⁶⁶ V. pour un exemple parmi d'autres : MARTIN-LAVIGNE Yann, « Clauses de ratchet : de la pratique anglo-saxonne au droit français », *D.*, 2002, p. 1540.

⁴⁶⁷ MARTIN Didier et SCHILLER Sophie, *Guide des pactes d'actionnaires et d'associés : 2022/2023*, *op. cit.*, p. 4, n°9.

B. La couverture de l'aléa social, finalité des pactes d'associés

94. Les pactes d'associés, en rompant la collectivité d'intérêts imposée par le Code civil, se dotent d'une finalité propre que l'on peut qualifier de couverture de l'aléa social. Une telle affirmation ne se soutient qu'après avoir présenté les caractéristiques d'une opération de couverture (1). En appliquant cette présentation aux pactes d'associés et en les replaçant dans le contexte de prévision propre à tout contrat, on obtient la fonction annoncée de couverture de l'aléa social (2).

1) Caractéristiques d'une opération de couverture

95. **Rapport au risque** – Une opération de couverture, quelle qu'elle soit, ne se comprend que dans son rapport au risque. Plus précisément, elle ne se comprend qu'après avoir défini ce qu'il faut entendre par risque. Ici, c'est d'abord le sens commun qui éclaire, les dictionnaires enseignant tour à tour qu'il s'agit d'un « danger, péril éventuel dont la survenue est plus ou moins prévisible »⁴⁶⁸ ou encore un « péril dans lequel entre l'idée de hasard »⁴⁶⁹. Il y aurait donc deux composantes dans le risque : une incertitude et une manifestation négative. Néanmoins, pour être affinée, la définition du risque nécessite de le mettre en balance avec la matière juridique qui, loin de l'ignorer⁴⁷⁰, l'encourage parfois⁴⁷¹, et fait de son appréhension un élément clé de plusieurs branches du droit. C'est ainsi que le droit financier organise les contrats financiers⁴⁷² autour de leur gestion du risque, entre couverture et

⁴⁶⁸ *Dictionnaire de l'Académie française, op. cit.*, v° « Risque ».

⁴⁶⁹ *Dictionnaire Littré*, [en ligne], v° « Risque ».

⁴⁷⁰ V. not. BÉNABENT Alain, *La chance et le droit*, LGDJ, coll. Anthologie du droit, 2014 ; MILLET Florence, *La notion de risque et ses fonctions en droit privé*, LGDJ, Presses Universitaires de la Faculté de Droit de Clermont-Ferrand, 2001 ; VOIDEY Nadège, *Le risque en droit civil*, PUAM, 2005.

⁴⁷¹ BARBIER Hugo, *La liberté de prendre des risques*, PUAM, 2011.

⁴⁷² Selon l'article L. 211-1, I du Code monétaire et financier, les contrats financiers forment, avec les titres financiers, la catégorie des instruments financiers. Le III de ce même article précise que « les contrats financiers, également dénommés " instruments financiers à terme ", sont les contrats à terme qui figurent sur une liste fixée par décret ». La liste en question est fournie par l'article D. 211-1 A du même code qui englobe dans la catégorie des contrats financiers : « 1. Les contrats d'option, contrats à terme fermes, contrats d'échange, accords de taux futurs et tous autres contrats à terme relatifs à des instruments financiers, des devises, des taux d'intérêt, des rendements, des unités mentionnées à l'article L. 229-7 du Code de l'environnement, à des indices financiers ou des mesures financières qui peuvent être réglés par une livraison physique ou en espèces ;

2. Les contrats d'option, contrats à terme fermes, contrats d'échange, accords de taux futurs et tous autres contrats à terme relatifs à des matières premières qui doivent être réglés en espèces ou peuvent être réglés en espèces à la demande d'une des parties pour des raisons autres qu'une défaillance ou d'autre incident conduisant à la résiliation ;

3. Les contrats d'option, contrats à terme fermes, contrats d'échange et tous autres contrats à terme relatif à des matières premières qui peuvent être réglés par livraison physiques, à condition qu'ils soient négociés sur un marché réglementé un système multilatéral de négociation ou un système organisé de négociation, à l'exception des produits énergétiques de gros, au sens du point 4 de l'article 2 du règlement (UE) n° 1227/2011 du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011 concernant l'intégrité et la transparence du marché de gros de l'énergie, qui sont négociés sur un système organisé de négociation et qui doivent être réglés par livraison physique ;

4. Les contrats d'options, contrats à terme fermes, contrats d'échange et tous autres contrats à terme relatifs à des matières premières qui peuvent être réglés par livraison physique, non mentionnés par ailleurs au 3, et non destinés à des fins commerciales, qui présentent les caractéristiques d'autres instruments financiers à terme ;

5. Les contrats à terme servant au transfert du risque de crédit ;

6. Les contrats financiers avec paiement d'un différentiel ;

7. Les contrats d'options, contrats à terme fermes, contrats d'échanges, accords de taux futurs et tous autres contrats à terme relatifs à des variables climatiques, à des tarifs de fret ou à des taux d'inflation ou d'autres statistiques économiques officielles qui doivent être réglés en espèces ou peuvent être réglés en espèces à la demande d'une des parties pour des raisons autres qu'une défaillance ou d'autre incident amenant la résiliation ;

spéculation⁴⁷³, que le droit des sûretés tente de prémunir leurs titulaires contre le risque de non-paiement ou encore de façon générale que le droit des contrats est depuis longtemps intimement lié à la gestion des risques⁴⁷⁴. Mais, parmi toutes ces matières, c'est bien le droit des assurances qui en fournit l'étude la plus approfondie car le risque est, avec la prime, le sinistre et la mutualité, l'une des quatre notions fondamentales de l'opération d'assurance⁴⁷⁵.

96. Apport du droit des assurances – L'apport du droit des assurances quant à la définition du risque est avant tout celui d'une distinction. En effet, au sein du contrat d'assurance il est d'usage de dissocier le « risque-événement », qui est un événement incertain et en principe futur⁴⁷⁶ pris en compte par le contrat (vol, incendie, inondation, etc.), du « risque-objet » qui désigne « le siège du risque, à savoir la chose, la personne ou éventuellement le patrimoine qui seraient menacés par la réalisation du “risque-événement” »⁴⁷⁷. On comprend donc que les deux éléments qui composent le risque dans le sens commun du terme, à savoir l'incertitude et la manifestation négative, sont répartis dans deux acceptions différentes de la notion. Il en résulte que « si les “risques-événements” s'apprécient objectivement, sans être identifiés à des menaces, ils ont bien des conséquences négatives sur la chose, la personne ou le patrimoine qui sont exposés à leur réalisation. Sans ces “risques-objets”, il ne pourrait y avoir de péril. En d'autres termes, s'il est vrai que le risque est aussi un péril, c'est l'événement (ou, plus précisément, son éventualité) qui fait le risque et c'est l'objet qui fait le péril »⁴⁷⁸. Ainsi, il y a d'un côté l'incertitude, qui est neutre, et de l'autre ses conséquences néfastes pour une chose, une personne ou un patrimoine qui y sont exposés.

97. Vision retenue – Sans nécessairement s'approprier intégralement les distinctions que réalise le droit des assurances, il faut bien admettre que si cette branche du droit pousse à considérer que, à l'image du sens commun, « le risque est à la fois une incertitude et une manifestation »⁴⁷⁹, elle oblige également à une dissociation plus fine entre ces deux éléments. Ainsi, de façon générale le risque doit s'entendre de l'état d'exposition à une situation incertaine. En cela, il se comprend avant tout comme une situation⁴⁸⁰, un état de fait. Dans cette perspective, la distinction avec l'aléa se révèle d'elle-même car ce dernier,

8. Tout autre contrat à terme concernant des actifs, des droits, des obligations, des indices et des mesures, non mentionné par ailleurs aux 1 à 7 ci-dessus, qui présente les caractéristiques d'autres instruments financiers à terme, en tenant compte de ce que, notamment, il est négocié sur un marché réglementé un système multilatéral de négociation ou un système organisé de négociation ».

⁴⁷³ BONNEAU Thierry, PAILLER Pauline, ROUAUD Anne-Claire, TEHRANI Adrien et VABRES Régis., *Droit financier*, LGDJ, 3^e éd., 2021, p. 555, n°855 et s.

⁴⁷⁴ MOUSSERON Jean-Marc, « La gestion des risques par le contrat », *RTD civ.*, 1988, p. 481.

⁴⁷⁵ MAYAUX Luc, « Assurance : généralités », *Rép. civ.*, Dalloz, 2015, n°4.

⁴⁷⁶ V., néanmoins, pour l'hypothèse du risque putatif déjà réalisé mais ignoré des parties au contrat : BIGOT Jean, HEUZÉ Vincent, KULLMANN Jérôme, MAYAUX Luc, SCHULZ Romain et SONTAG Katja, *Traité de droit des assurances*, t. 3, *Le contrat d'assurance*, *op. cit.*, p. 733, n°1528.

⁴⁷⁷ *Ibid.*, p. 735, n°1530.

⁴⁷⁸ MAYAUX Luc, « Assurance : généralités », *op. cit.*, n°6.

⁴⁷⁹ BARRILLON Clément, *Le critère de la qualité d'associé*, *op. cit.*, p. 380, n°594.

⁴⁸⁰ V. BIGOT Jean, HEUZÉ Vincent, KULLMANN Jérôme, MAYAUX Luc, SCHULZ Romain et SONTAG Katja, *Traité de droit des assurances*, t. 3, *Le contrat d'assurance*, *op. cit.*, p. 738, n°1535 selon qui « le risque, c'est avant tout une situation ».

partageant son étymologie avec le hasard⁴⁸¹, est avant tout une incertitude⁴⁸². Mathématiquement, si le risque est l'exposition à une situation incertaine et que l'aléa est l'incertitude qui peut affecter une situation, le risque est l'exposition à l'aléa. Sans se livrer à une querelle autour de l'origine du mot⁴⁸³, on peut donc convenir que le risque soit marqué par une certaine neutralité car l'incertitude peut être heureuse ou malheureuse⁴⁸⁴. Mais l'incertitude est indissociable de sa manifestation. Or, les sujets de droit ne sont pas exposés *in abstracto* aux aléas. Ils le sont toujours à travers un support : une chose, une personne ou un patrimoine. Et ce qui est craint, ce n'est pas le tour heureux que pourraient prendre les événements, mais bien leurs conséquences potentiellement néfastes sur le support en question⁴⁸⁵. C'est ce qui explique que les économistes lient les notions de risque et de perte⁴⁸⁶ et que certains auteurs définissent directement le risque comme « la représentation qu'une personne se fait des conséquences défavorables, pour sa personne ou pour son patrimoine, de la survenance d'un événement aléatoire »⁴⁸⁷. Il apparaît donc nécessaire de combiner les deux approches pour donner au risque sa pleine mesure. Ce qui conduit à considérer, en premier lieu, que les sujets de droit sont dans une situation de risque lorsqu'ils sont exposés à une situation incertaine et, en second lieu, que ce qui les anime c'est la prise en charge des potentialités négatives de l'incertitude. Cette combinaison permet de donner un sens à la couverture.

98. Sens de la couverture – Dans ce que certains ont appelé « la société du risque »⁴⁸⁸, les acteurs économiques ont eu pour préoccupation de prendre en charge les conséquences négatives de l'exposition à l'incertitude par le biais de ce que l'on appelle généralement des opérations de couverture. Néanmoins, l'analyse des différentes branches du droit mobilisées dans ce cadre montre que la couverture peut revêtir des sens variés. Ainsi, en droit du cautionnement, un auteur a montré que la caution assume deux obligations auprès du créancier : une obligation générale de couverture pendant la durée du cautionnement et une obligation de règlement de la dette garantie en cas de défaillance du débiteur principal⁴⁸⁹. Pour ce qui est du droit financier, il est généralement admis que les contrats financiers, à côté de leur finalité de spéculation, ont une finalité de couverture lorsque l'opérateur à terme

⁴⁸¹ L'origine latine de l'aléa et l'origine arabe du hasard désignent toutes deux la même signification, à savoir « jeu de dés ».

⁴⁸² LASSERRE-KIESOW Valérie, « Contrats et obligations - L'aléa », *JCP G*, 2009, n°31-35, 182, spéc. §1.

⁴⁸³ En effet, s'il est d'usage de rattacher le risque au latin « *risecum* » (ce qui coupe), une étude approfondie semble faire émerger d'autres étymologies possibles, et notamment une origine arabe (la plus probable selon certains auteurs) à travers le terme « *rizq* » qui signifie en arabe classique « provision, part de biens que Dieu attribue à chaque homme » (ce qui enlève au risque sa connotation négative) : V. PRADIER Pierre-Charles, *La notion de risque en économie*, La Découverte, coll. Repères, 2006, p. 9-10.

⁴⁸⁴ V. *supra* n°42.

⁴⁸⁵ V. MILLET Florence, *La notion de risque et ses fonctions en droit privé*, *op. cit.*, p. 228, n°392, mettant en avant le fait que le risque « est le produit de la conceptualisation des conséquences dommageables possibles d'un événement incertain ».

⁴⁸⁶ V. BARRILLON Clément, *Le critère de la qualité d'associé*, *op. cit.*, p. 379, n°592 citant notamment HAYNES John, « Risk as an Economic factor », *Quarterly Journal of Economics*, 1895, vol. 9, n°4, p. 409, spéc. p. 416 qui considère que « *the assumption of risks implies the occurrence of losses* ». Au-delà, la pensée économique initiale (celle de Schumpeter notamment) montre que la prise de risque est la condition du profit et de l'innovation (BARBIER Hugo, *La liberté de prendre des risques*, *op. cit.*, p. 88, n°66 et s.).

⁴⁸⁷ GAUDEMET Antoine, *Les dérivés*, Economica, 2010, p. 6, n°10.

⁴⁸⁸ BECK Ulrich, *La Société du risque - sur la voie d'une autre modernité*, Flammarion, coll. « Champs », 2008.

⁴⁸⁹ MOULY Christian, *Les causes d'extinction du cautionnement*, Litec, 1980. *Adde*, MAZEAUD Vincent, *L'obligation de couverture*, IRJS Éditions, 2010.

est exposé à un risque réel sur le marché au comptant⁴⁹⁰. Mais dans cette hypothèse on considère que c'est davantage de transfert du risque dont il faut parler dans la mesure où ces procédés « permettent de transférer le risque associé à la valeur d'une chose dans l'avenir sans la chose elle-même »⁴⁹¹. C'est pourquoi on avance que seule l'assurance assume une véritable fonction de couverture car, en permettant à un assuré de percevoir les sommes nécessaires à la réparation d'un sinistre de la part d'un assureur, elle « ne transfère pas le risque, elle le couvre »⁴⁹². Face à ces disparités apparentes, il semble difficile de parvenir à une définition synthétique de la couverture. Ce qui fait dire à certains que « l'ensemble des opérations qui se fondent sur un objectif général de réduction du risque sont considérées comme des opérations de couverture »⁴⁹³. Pour notre part, nous estimons que, s'il faut prendre acte des différents objectifs que peuvent poursuivre les acteurs économiques dans le cadre des opérations de couverture, cela ne doit pas empêcher de leur donner un sens global. Et pour ce faire, il faut partir de leur objet d'appréhension, à savoir le risque. Nous avons dit que ce dernier doit s'entendre d'une situation d'exposition à l'incertitude⁴⁹⁴. À ce stade, il est neutre, mais c'est la face potentiellement négative de l'incertitude qui préoccupe les sujets de droit. Et c'est ici qu'interviennent les opérations de couverture. La couverture d'un risque correspond donc à une réponse choisie par les sujets de droit pour faire face aux conséquences potentiellement négatives d'une situation incertaine à laquelle ils sont exposés par le biais d'un support quelconque. Le fait que les modalités de réponse puissent varier (assurances, contrats financiers, sûretés, etc.) est indifférent car, tant qu'il s'agit de répondre à la négativité potentielle d'une incertitude, il faut identifier une opération de couverture. Cette dernière conception est fondamentale lorsque l'on envisage le cas particulier des pactes d'associés.

2) Application aux pactes d'associés

99. Prévision et pactes d'associés – Les pactes d'associés ont, comme tout contrat, une fonction de prévision⁴⁹⁵. Et, nous l'avons dit, la prévision contractuelle se scinde entre prévisions intrinsèques, qui renvoient au contenu du contrat, et prévisions extrinsèques, qui sont constituées par les circonstances extérieures ayant commandé l'engagement des

⁴⁹⁰ BONNEAU Thierry, PAILLER Pauline, ROUAUD Anne-Claire, TEHRANI Adrien et VABRES Régis., *Droit financier*, loc. cit.

⁴⁹¹ GAUDEMET Antoine, *Les dérivés*, op. cit., p. 8, n°15.

⁴⁹² MAYAUX Luc, « Assurance : généralités », op. cit., n°1. *Adde*, sur la distinction entre la technique financière qui transfère le risque et la technique d'assurance qui le couvre (et les rapprochements entre les deux techniques) : BIGOT Jean, HEUZÉ Vincent, KULLMANN Jérôme, MAYAUX Luc, SCHULZ Romain et SONTAG Katja, *Traité de droit des assurances*, t. 3, *Le contrat d'assurance*, op. cit., p. 69, n°125 et s. Cette dernière tend néanmoins à s'estomper, l'assurance empruntant aux marchés financiers la technique de transfert des risques lorsque la mutualisation classique de ces derniers s'avère insuffisante ou trop coûteuse : PICARD Pierre, « Risques d'assurance et risques financiers », *Rev. éco. fin.*, 2005, n°80, p. 15.

⁴⁹³ BONNEAU Thierry, PAILLER Pauline, ROUAUD Anne-Claire, TEHRANI Adrien et VABRES Régis., *Droit financier*, op. cit., p. 556, n°855.

⁴⁹⁴ V. *supra* n°97.

⁴⁹⁵ V. par ex. SCHLUMBERGER Edmond, *Les contrats préparatoires à l'acquisition de droits sociaux*, Dalloz, 2013, p. 7, n°4, qui, face à la montée du *private equity*, constate que « la coexistence d'associés aux profil distincts, attentifs à la préservation de leurs positions respectives, a ainsi conduit à la multiplication de conventions anticipant leur entrée dans le groupement ou leur sortie future, éclairant d'un vif éclat l'assertion selon laquelle le contrat, véritable “ tête de pont jetée dans le futur », demeure, comme le révélait déjà Hauriou, un acte de prévision ». Sur le contrat acte de prévision : V. *supra* n°21 et s.

cocontractants⁴⁹⁶. Mais le fait est que les pactes d'associés ont un caractère « parasocial »⁴⁹⁷. Ils sont donc conclus en considération d'un autre contrat, à savoir le contrat de société⁴⁹⁸. Or, ce dernier a ceci de particulier qu'il est fondé sur une incertitude imposée par le législateur qu'est l'aléa social⁴⁹⁹. Raison pour laquelle les pactes d'associés se singularisent face à la projection classique dans le futur qu'assure tout contrat, car les prévisions extrinsèques qui commandent la conclusion de cette convention reposent sur l'analyse que font les parties de l'avenir aléatoire que leur impose le contrat de société. En résumant le raisonnement, on peut considérer que le contrat de société constitue le support immédiat des pactes d'associés, dans la mesure où ces derniers sont conclus en le prenant en considération. Mais l'essence même de ce contrat de société étant l'aléa qu'il organise, c'est bien cet aléa social qui constitue, plus fondamentalement, la véritable cause des pactes d'associés. C'est déjà dire que les pactes d'associés ont une fonction de couverture.

100. Couverture et pactes d'associés – Si l'on veut bien admettre qu'il faut identifier une opération de couverture à chaque fois que les sujets de droit mettent en place une réponse aux conséquences potentiellement négatives d'une situation incertaine à laquelle ils sont exposés⁵⁰⁰, et que l'on veut bien se souvenir que l'aléa social fait craindre aux associés dans sa face négative un risque de perte entendu largement⁵⁰¹, le fait que la conclusion des pactes d'associés soit commandée par la considération de l'aléa social⁵⁰² a directement pour conséquence de faire desdits pactes une réponse à une exposition aux potentialités négatives d'une situation incertaine, c'est-à-dire une opération de couverture. Il faut néanmoins préciser quelque peu le propos. Premièrement, l'identification d'une telle réponse n'est possible que parce que les pactes d'associés sont l'expression d'intérêts particuliers. En effet, la couverture suppose une forme de réaction face à l'incertitude, ce que ne permet pas vraiment le contrat de société où la soumission collective à l'aléa social est imposée par le législateur⁵⁰³. Et même si les modalités de cette réaction seront parfois imposées par un groupe d'associés, la fonction générale de couverture demeure car l'adhésion au pacte reflète toujours *in fine* un accord des différents intérêts, nécessaire à la poursuite commune de l'aventure sociale⁵⁰⁴. Secondement, il s'agit uniquement ici d'identifier une fonction, la couverture, et non une qualification. En effet, les modalités de réponse au risque sont variées

⁴⁹⁶ V. *supra* n°45.

⁴⁹⁷ V. *supra* n°49.

⁴⁹⁸ V. AYNÈS Laurent, « Propos introductifs » in dossier « Pactes d'actionnaires et droit des contrats », *op. cit.*, p. 88, énonçant dans le même sens que les pactes « ont pour cause catégorique une société ».

⁴⁹⁹ V. *supra* n°51 et s.

⁵⁰⁰ V. *supra* n°98.

⁵⁰¹ V. *supra* n°53 et s.

⁵⁰² V. *supra* n°99.

⁵⁰³ Précisons qu'il ne s'agit pas ici de se prononcer sur le champ d'application de l'ordre public sociétaire, et notamment sur le champ d'application de l'article 1844-1 du Code civil dont on a dit qu'il visait à préserver le caractère collectif de l'aléa social. En effet, on pourrait arguer que les pactes ne sont pas libérés de cet ordre public, ce qui entacherait leur capacité de couverture de l'aléa social. En réalité, il faut simplement noter que, dans l'esprit des parties au moins, les pactes d'associés permettent une préservation personnalisée de leurs intérêts que le contrat de société ne permet pas. Le fait de savoir si cette préservation peut toujours être menée à bien revient en réalité à analyser les mécanismes de couverture et leur dénouement, ce qui sera fait dans la suite des développements : (V. *infra* n°199 et s.).

⁵⁰⁴ Le prisme des intérêts permet précisément de lire le contrat à travers son utilité, y compris dans l'hypothèse du contrat d'adhésion (V. *supra* n°15). Sur le risque de requalification d'un pacte en contrat d'adhésion : V. MARTIN Didier et SCHILLER Sophie, *Guide des pactes d'actionnaires et d'associés : 2022/2023*, *op. cit.*, p. 55-58, n°85-87. V. *infra* n°389.

et ce n'est pas parce que plusieurs instruments constituent une réponse au risque qu'ils sont identiques⁵⁰⁵. Pour ce qui est des pactes, la modalité de réponse doit être entendue simplement. Il y a couverture en ce que les parties établissent les conditions auxquelles elles acceptent d'être soumises aux conséquences potentiellement négatives de l'aléa social⁵⁰⁶. Il n'y a toutefois nullement rapprochement entre les pactes et la catégorie des contrats aléatoires car l'aléa envisagé ici est un aléa extrinsèque au contrat. Or, comme l'a exactement relevé un auteur, « l'existence d'un contexte incertain, antérieur ou postérieur à la conclusion du contrat, peut faire varier la valeur d'une prestation et rendre incertaine l'opportunité attendue du contrat. Toutefois, cette incertitude n'affecte pas la valeur de la prestation lors de la stipulation du contrat et ne peut donc être retenue comme un aléa économique. Les contrats soumis à cette incertitude constituent des contrats commutatifs à environnement incertain »⁵⁰⁷.

101. Conclusion de section – L'aléa social, essence du contrat de société, revêt à la fois une face négative et positive. Négativement, il comprend évidemment la contribution aux pertes entendue au sens technique du terme, c'est-à-dire comme le risque pour l'associé de ne pas pouvoir être remboursé de la valeur de son apport à la liquidation de la société. Mais il intègre également un versant économique, l'aléa patrimonial que subit l'associé pouvant dépasser le simple risque de pas retrouver la valeur de son apport. Positivement, les choses se présentent de manière similaire. Au plan technique, l'associé a naturellement une vocation aux bénéfices et aux économies générés par la société. Au plan économique, l'aspect patrimonial de l'aléa est plus large car, au-delà des décisions de mise en distribution des bénéfices, la valeur des droits sociaux de l'associé peut bénéficier d'une évolution positive de la situation de la société. Ainsi compris, l'aléa social permet de mesurer la consistance de l'incertitude en matière sociétaire. Cause typique du contrat de société, l'aléa social exprime l'intérêt collectif des associés en ce qu'il révèle le lien économique qui les unit. Les pactes d'associés s'écartent de cette logique. Loin d'une soumission acceptée à la collectivité des intérêts imposée par le législateur, ces derniers se veulent le réceptacle d'aspirations individualisées. Plus précisément, l'expression de ces intérêts propres a pour

⁵⁰⁵ Ce n'est donc par exemple pas parce que de nombreux pactes contiennent des promesses unilatérales de vente ou d'achat et que les contrats financiers d'options reposent sur les mêmes mécanismes qu'il faut voir dans les pactes des contrats financiers dont, rappelons-le, la liste est fixée par décret (v. supra note où je cite cette liste). Néanmoins, il est vrai que la frontière entre certaines opérations de couverture n'est pas toujours très claire, tel est notamment le cas lorsqu'il s'agit de se demander si les dérivés de crédit ne risquent pas une requalification en assurances, avec comme possible conséquence la violation du monopole des entreprises d'assurance (C. assur., art. L. 310-2) : V. BONNEAU Thierry, PAILLER Pauline, ROUAUD Anne-Claire, TEHRANI Adrien et VABRES Régis., *Droit financier, op. cit.*, p. 556, n°856.

⁵⁰⁶ Cette idée d'acceptation du risque que nous généralisons ici est bien connue en matière de *private equity* où l'aménagement des droits et des obligations financières des investisseurs est envisagé comme une facilitation de « l'acceptation de la prise de risque au moment de l'entrée » (MARTIN Didier et SCHILLER Sophie, *Guide des pactes d'actionnaires et d'associés : 2022/2023, op. cit.*, p. 354, n°546). Adde, ZOUËIN Giselle, *Les promesses unilatérales de cession forcée d'actions. Réflexions sur l'obligation comme garantie et peine privée dans le cadre des pactes d'actionnaires. Étude à partir des droits français et libanais*, thèse de doctorat, droit, Paris-Panthéon-Assas, 2021, p. 16, n°4, pour qui certains contrats constituent des « contrats de couverture » : « ce type de contrat de protection se retrouve surtout parmi les accords conclus entre associés quant à leurs rapports sociaux – savoir les pactes d'associés et les conventions qui l'accompagnent –, notamment en raison des risques inhérents auxdits rapports, lesquels sont souvent à la fois complexes et voués à s'étaler dans le temps ».

⁵⁰⁷ MORIN Anne, *Contribution à l'étude des contrats aléatoires, op. cit.*, p. 116, n°263.

objet de fixer les conditions auxquelles chacun accepte de prendre part à l'aventure sociale. Or, une opération de couverture devant être identifiée dans toute réponse choisie par les sujets de droit pour faire face aux conséquences potentiellement négatives d'une situation incertaine, les pactes, conclus en considération du contrat de société et donc d'une aventure sociale aléatoire, ont nécessairement une fonction de couverture de l'aléa social.

Conclusion du chapitre 1

102. Le contrat, accord des intérêts plus que de volontés, est un acte de prévision. Cette prévision s'opère à travers les engagements que le contrat contient, que ces derniers soient de nature obligationnelle ou non-obligationnelle. Appliqué aux pactes, ce constat permet d'identifier une unité fonctionnelle entre les engagements qu'il institue. Le pacte constitue en effet une réponse des parties à l'incertitude caractérisée en matière sociétaire par l'aléa social. En fixant ainsi les conditions auxquelles chacun accepte de prendre part à l'aventure sociale, les parties au pacte se projettent dans l'avenir et réalisent une opération de couverture. L'unité qui s'opère entre les engagements du pacte autour de la fonction de couverture de l'aléa social ne doit toutefois pas conduire à laisser de côté la diversité des mécanismes utilisés. Certes, le but est partagé, mais les moyens mis en œuvre pour y parvenir diffèrent.

Chapitre 2 : Les mécanismes de couverture de l'aléa social comme élément de différenciation entre les engagements du pacte d'associés

103. Diversité imposée – Prétendre donner une analyse unifiée des pactes d'associés, en y voyant un instrument global mis au service d'une fonction donnée, en l'occurrence celle de couverture de l'aléa social, ne dispense pas d'une analyse détaillée de leur contenu. Et pour cause, le contentieux des pactes ne se forme pas *in abstracto*. Bien au contraire, et comme nous le verrons, il se matérialise à l'occasion du dénouement de mécanismes contractuels procédant de l'accord d'intérêts survenu entre les parties au stade de la conclusion du contrat⁵⁰⁸. Il est donc nécessaire de présenter ces mécanismes. Cette nécessité se heurte néanmoins très rapidement à l'extraordinaire diversité du contenu des pactes d'associés, terreau naturel de l'expression de la liberté contractuelle et de l'imagination des rédacteurs. Pourtant, tout en ayant à l'esprit qu'en la matière « des classifications simples et tentantes s'avèrent bien vite insusceptibles de traduire la diversité et l'enchevêtrement des problèmes »⁵⁰⁹, la doctrine a depuis plusieurs années tenté de conceptualiser le phénomène à travers un exercice de typologie dont les logiques doivent être mises en exergue.

104. Pactes d'associés et typologie – Malgré la difficulté de l'entreprise, « de nature à donner le vertige »⁵¹⁰, les auteurs n'ont pas reculé, animés par cette « nécessité pour les juristes de donner un nom aux choses et de les caractériser juridiquement »⁵¹¹. Il est ainsi possible d'identifier deux grandes méthodes à l'œuvre dans les différentes tentatives de typologie des mécanismes contenus dans les pactes. La première se propose de regrouper les clauses par leur objet, distinguant les clauses relatives au capital, aux associés, aux dirigeants, etc.⁵¹². Cette dernière présente l'avantage de s'approcher au plus près de l'objectif d'exhaustivité, tant recherchée par les praticiens qui souhaitent faire usage des ouvrages ayant recours à cette méthode, et offre donc, au gré des actualisations successives, un panorama relativement complet⁵¹³ des clauses en vigueur et du régime juridique qui s'y

⁵⁰⁸ V. *infra* n°199 et s.

⁵⁰⁹ PARLEANI Gilbert, « Les pactes d'actionnaires », *Rev. sociétés*, *op. cit.*, n°4.

⁵¹⁰ SCHLUMBERGER Edmond, *Les contrats préparatoires à l'acquisition de droits sociaux*, *op. cit.*, p. 11, n°6, s'exprimant à propos des seuls contrats préparatoires à l'acquisition de droits sociaux.

⁵¹¹ BERGEL Jean-Louis, *Méthodologie juridique : fondamentale et appliquée*, PUF, coll. Thémis, 3^e éd., 2018, p. 106, n°57.

⁵¹² Sans prétendre recenser tous les ouvrages se proposant d'emprunter cette voie, on pourra utilement consulter, dans un ordre chronologique qui témoigne de la pérennité de la méthode : VELARDOCCHIO-FLORES Dominique, *Les accords extra-statutaires entre associés*, *op. cit.*, qui distingue dans sa première partie les accords sur la structure de la société de ceux relatifs aux droits sociaux ; GUYON Yves, *Traité des contrats. Les sociétés. Aménagements statutaires et conventions entre associés*, *op. cit.*, qui oppose dans sa deuxième partie les conventions extra-statutaires portant sur la situation des associés à celles qui portent sur la situation des dirigeants et à celles qui portent sur la situation de la société ; HEINICH Julia, LÉCUYER Hervé et MESTRE Jacques [dir.], *Les pactes d'affaires*, *op. cit.*, qui scinde la présentation du contenu des pactes entre clauses relatives aux associés et clauses relatives à la gestion de la société (V. p. 39, n°32 et s.) ; MESSAÏ-BAHRI Soraya et ROUSSILLE Myriam, « Pactes d'associés (et pactes d'actionnaires) », *Études Joly Sociétés*, Lextenso, 2022, dont le chapitre premier porte sur les pactes relatifs au capital et le second sur les pactes relatifs au pouvoir ; MARTIN Didier et SCHILLER Sophie, *Guide des pactes d'actionnaires et d'associés : 2022/2023*, *op. cit.*, qui organise la typologie autour d'un titre abordant les clauses relatives au capital (Titre 2) et un autre (Titre 3) traitant des clauses relatives à la situation des associés avec une scission au sein de ce dernier entre situation des associés non dirigeants (Titre 3, Chapitre 1) et situation des dirigeants (Titre 3, Chapitre 2).

⁵¹³ Nous disons relativement complet car les auteurs qui adoptent cette démarche admettent eux-mêmes que « les pactes entre associés renferment une multitude de clauses qu'il est difficile de classer. Le lecteur ne doit pas

attache. Néanmoins, cet avantage va de pair avec un inconvénient corrélatif qui réside dans le fait qu'en chemin, le lecteur perd quelque peu la vue d'ensemble nécessaire à la construction d'opérations déterminées au profit d'une approche clause par clause, bien que ces dernières soient regroupées en quelques grandes catégories. C'est pourquoi une deuxième méthode présente les mécanismes contenus dans les pactes en choisissant de les rapprocher au sein d'ensembles qui ne correspondent pas (ou pas uniquement) à leur objet mais plutôt à la fonction qu'ils peuvent servir. On peut illustrer le propos en citant l'analyse réalisée par le Professeur Gilbert Parleani⁵¹⁴ qui, au sein du premier grand type de clauses qu'il identifie comme celles relatives à la répartition du capital (ce qui correspond donc à la première méthode de classification par l'objet de la clause), choisit d'opérer une dichotomie entre celles ayant pour fonction de « cristalliser » le capital social⁵¹⁵ et celles qui se contentent d'assurer son orientation⁵¹⁶. Les pactes envisagés dans leur globalité peuvent également répondre à cette démarche. Ainsi de Sébastien Prat qui, cherchant à se départir « d'une vision ponctuelle, et donc réductrice, du pacte »⁵¹⁷, oppose, afin de présenter les fonctions des pactes sur le transfert de valeurs mobilières, les pactes de fermeture aux pactes d'ouverture⁵¹⁸. Ces auteurs affichent le souhait de prendre du recul en passant de l'objet concret des différentes clauses (le capital, la situation des associés, des dirigeants, etc.) aux objectifs qu'elles peuvent servir⁵¹⁹. Le bénéfice d'un tel procédé est certain car c'est une cohérence d'ensemble des accords extrastatutaires qui est ici recherchée. Le législateur n'y est pas insensible, notamment lors qu'il autorise un fonds commun de placement d'entreprise à être partie à un pacte d'actionnaires qui vise à « favoriser la transmission de l'entreprise, la stabilité de l'actionnariat ou la liquidité du fonds »⁵²⁰. En outre, on constate que ce mode d'analyse peut s'avérer riche de nouvelles perspectives sur des sujets relatifs aux pactes, comme la difficile question de leur interprétation⁵²¹. Toutefois, si l'on veut bien admettre que bon nombre de pactes répondent aux objectifs ainsi présentés, il nous semble qu'il y a une forme d'aveu d'impuissance dans ce dernier type de classifications. En effet, se fondant sur le caractère trop épars et divers des typologies ressortant de la première méthode, le choix est fait de recourir à des objectifs extrinsèques que les parties peuvent poursuivre (ou ne pas poursuivre en réalité, le choix leur appartient), et ce afin d'opérer un regroupement des clauses qui ne se base pas sur leurs caractéristiques juridiques intrinsèques. Or, dans la mesure où le contentieux prend juridiquement forme à l'occasion

s'attendre ici à une liste exhaustive de l'ensemble des clauses pouvant figurer dans les statuts de société ou dans des pactes extrastatutaires » (HEINICH Julia, LÉCUYER Hervé et MESTRE Jacques [dir.], *Les pactes d'affaires*, *op. cit.*, p. 39-40, n°32).

⁵¹⁴ PARLEANI Gilbert, « Les pactes d'actionnaires », *op. cit.*

⁵¹⁵ Catégorie qui regroupe selon l'auteur les clauses d'inaliénabilité et les interdictions d'acquérir (*Ibid.*, n°8 et s.).

⁵¹⁶ Sont alors visées les clauses de préférence, priorité ou préemption et, dans ce que l'auteur nomme « l'évolution provoquée » du capital, les différents mécanismes de cession forcée (*Ibid.*, n° 15 et s.).

⁵¹⁷ PRAT Sébastien, *Les pactes d'actionnaires relatifs au transfert de valeurs mobilières*, *op. cit.*, p. 12 n°20.

⁵¹⁸ L'auteur consacre à cette distinction le premier titre de sa première partie.

⁵¹⁹ V. égal. BOUILLET-CORDONNIER Ghislaine, GODOT-SORINE Marie-Alice, LAMAZEROLLES Eddy, MOULIN Jean-Marc, *Pactes d'actionnaires et privilèges statutaires*, *op. cit.*, p. 54, n°103 et s., qui propose une typologie distinguant les pactes constituant un instrument de contrôle du transfert des droits sociaux (p. 54, n°104 et s.) de ceux assurant une régulation du fonctionnement de la société (p. 77, n°159 et s.).

⁵²⁰ C. mon. fin., art. L. 214-165, IV.

⁵²¹ V. LARRIEU Peggy, « L'interprétation des pactes extra-statutaires », *Rev. sociétés*, 2007, p. 697, n°3, qui se propose d'identifier différentes méthodes d'interprétation que retiendrait le juge selon qu'il ferait fassse à des « pactes de collaboration, par lesquels les parties ont l'intention de coopérer, sur une plus ou moins longue période » ou « des pactes de résistance, qui tendent à la protection de leurs signataires contre les éventuelles attaques de tiers ou de leurs coassociés ».

du dénouement d'un engagement⁵²², il ne paraît pas possible de partir d'une classification fondée sur des caractéristiques extrinsèques aux mécanismes présentés. On l'aura compris, notre démarche nous imposera de recourir à une autre méthode.

105. Typologie par la technique juridique – Choisir de recourir à un autre type de classification pour présenter les mécanismes contenus dans les pactes suppose de conjuguer deux étapes préalables. En premier lieu, il faut admettre l'existence d'un « cœur des pactes ». C'est-à-dire qu'un pacte d'associés peut, en théorie, contenir n'importe quelle clause⁵²³. Pour dresser une typologie rationnelle, il faut donc d'abord « sélectionner les critères distinctifs qui semblent fondamentaux »⁵²⁴ en acceptant que telle ou telle clause, que l'on espère marginale ou à tout le moins non distinctive, pourra ne pas rentrer dans la typologie retenue. Pour réaliser cet exercice, la deuxième étape nécessite de resituer les pactes à partir de leur fonction. En sachant qu'ici cette dernière doit être entendue comme une fonction globale et unitaire et non comme les différents objectifs qui peuvent être poursuivis par les parties dans le cadre de la conclusion de ces instruments. Or, précisément, nous avons démontré que les pactes répondent à une fonction supérieure de couverture de l'aléa social⁵²⁵. Et c'est ici qu'un « cœur des pactes » apparaît car, pour parvenir à cet objectif, il semble que deux grandes techniques juridiques s'offrent aux parties. Ces dernières peuvent en effet mettre en place des mécanismes qui exigent un transfert de droits sociaux, par exemple une promesse conditionnelle de vente⁵²⁶, ou qui, dans une logique différente, se contentent d'exiger un comportement, comme une clause de non-concurrence⁵²⁷. C'est pourquoi seront analysés dans une première section les mécanismes qui exigent un transfert de droits sociaux (**section 1**), puis, dans une seconde section, ceux qui exigent un comportement (**section 2**).

⁵²² V. *infra* n°199 et s.

⁵²³ Les différentes évolutions légales et sociétales semblent pousser en ce sens : V. HEINICH Julia, LÉCUYER Hervé et MESTRE Jacques [dir.], *Les pactes d'affaires*, *op. cit.*, p. 40, n°32, qui constate « l'apparition relativement récente de deux types de clauses dans de nombreux pactes : les clauses relatives à la réglementation sur la protection des données (RGPD) et les clauses liées à la responsabilité sociale ou sociétale de l'entreprise (RSE) ». Ce mouvement laisse penser que les classifications des clauses par l'objet vont de plus en plus avoir à intégrer des catégories de type « clauses d'ordre général » (V. CHAIEHLOUDJ Walid, HEINICH Julia, LACROIX-DE-SOUSA Sandie, LAROCHE Maud, LOUSTALET Grégoire, MESTRE-CHAMI Anne-Sophie, PERIN Pierre-Louis et VELARDOCCIO-FLORES Dominique, *Le lamy sociétés commerciales*, sur Lamyline [en ligne], n°1323). La diversité des clauses en présence, associée au caractère bien souvent multipartite des pactes d'associés, pose inévitablement dans un second temps la difficile question de la modification du pacte que l'on voudrait, à la manière du contrat de société, pouvoir réaliser sans l'accord de toutes les parties : V. HEINICH Julia, « La vie et la mort du pacte d'actionnaires : modification, transmission, nullité et caducité » in dossier « Pactes d'actionnaires et droit des contrats », *op. cit.*, p. 104, spéc. p. 105.

⁵²⁴ PRAT Sébastien, *Les pactes d'actionnaires relatifs au transfert de valeurs mobilières*, *op. cit.*, p. 81, n°136.

⁵²⁵ V. *supra* n°49 et s.

⁵²⁶ V. *infra* n°114 et s.

⁵²⁷ V. *infra* n°164.

Section 1 : Les mécanismes exigeant un transfert de droits sociaux

106. Délimitation – Si le terme de « transfert » est volontairement retenu dans la mesure où « l’appréhension du phénomène des pactes d’actionnaires suppose que l’on ne s’enferme pas dans une terminologie trop restrictive »⁵²⁸, la seule cession se révélant insuffisante à rendre compte de la diversité des mécanismes de transfert à l’œuvre, l’apparente largesse de cette terminologie ne doit néanmoins pas tromper, car, *in fine*, bon nombre de mécanismes relatifs à un transfert de droits sociaux seront exclus de cette catégorie. Et pour cause, une distinction importante doit ici être opérée entre les mécanismes exigeant un transfert de droits sociaux (qui feront donc l’objet de ces développements) et ceux qui se contentent d’exiger un comportement relatif à un tel transfert. On pense immédiatement aux clauses restreignant la cession ou l’acquisition de titres, telles les clauses d’inaliénabilité ou les interdictions d’acquérir, qui ne mettent pas en place un transfert mais imposent un comportement relatif à ce transfert (ne pas céder, ne pas acquérir). La distinction trouve également à s’appliquer à des clauses fréquemment présentées ensemble et qui pourtant, à suivre cette dichotomie, ne relèvent pas du même type de mécanisme. Ainsi de celles garantissant une cession dite « collective », au sens où elle implique d’une manière ou d’une autre plusieurs associés, et fréquemment dénommées sous leurs appellations anglaises, à savoir *tag along* et *drag along*. La première permet à l’associé désigné de bénéficier d’un droit de sortie aux mêmes conditions que celles de l’associé désirant céder ses titres à un tiers. La plupart du temps il s’agit d’une protection offerte au minoritaire, le majoritaire s’engageant ainsi à ce que les titres peu liquides du premier bénéficient des mêmes conditions de cession que celles qui lui sont offertes⁵²⁹. Mais le minoritaire n’est nullement obligé de céder. Il s’agit donc uniquement d’exiger un comportement du majoritaire relatif à un transfert (faire bénéficier le minoritaire des mêmes conditions de cession), le mécanisme étant alors le plus souvent construit sur le modèle du porte-fort. La seconde en revanche oblige le promettant à céder ses titres dans l’hypothèse où le bénéficiaire recevrait une offre d’un tiers portant en principe sur l’intégralité du capital. Dans la plupart des cas, le schéma s’inversera ici car c’est le majoritaire qui voudra s’assurer qu’il pourra compter sur les titres des minoritaires s’il est destinataire d’une telle offre. L’opération est construite sur le modèle de la promesse unilatérale de vente et relève donc de la catégorie des mécanismes exigeant un transfert de droits sociaux⁵³⁰. Enfin, certaines stipulations semblent se présenter sous un jour hybride. Il s’agit principalement de celles organisant une priorité sur le transfert de titres. Il faudra se prononcer sur leur cas mais cela ne pourra être fait qu’en détaillant plus en avant les fondements juridiques du transfert⁵³¹.

⁵²⁸ PRAT Sébastien, *Les pactes d’actionnaires relatifs au transfert de valeurs mobilières*, op. cit., p. 6 n°10. Le terme transfert n’est néanmoins pas exempt de toute difficulté d’application. V., pour un refus d’application d’un droit de préemption à une augmentation de capital réservée à un tiers car ce droit n’était prévu par le pacte qu’en cas d’« opération sur titres », définit notamment comme « tout transfert de titres de la société par l’un des signataires des présentes (seul ou conjointement avec d’autres parties) » : CA Paris, 24 nov. 2015, n°14/15626, *Dr. sociétés*, 2016, n°2, 15, note MORTIER ; *BJS*, 2016, n°4, 213, note MESSAI-BAHRI ; *GPL*, n°30, 75, note DONDERO ; *RTD civ.*, 2016, 110, note BARBIER.

⁵²⁹ V. *infra*, n°141.

⁵³⁰ V. *infra*, n°142.

⁵³¹ V. *infra*, n° 110.

107. Mécanique du transfert – Cette importante distinction faite, il devient possible de recentrer les développements sur les seuls mécanismes exigeant véritablement un transfert de droits sociaux. De leur observation il ressort que, bien qu’acquis en son principe, le déclenchement du transfert est volontairement retardé (I). Cette ambition n’empêche pas les parties de déterminer un certain nombre d’éléments relatifs à ce transfert (II).

I. Le retard volontaire dans le déclenchement du transfert

108. Fondements juridiques du transfert – L’organisation de transferts de droits sociaux au sein d’un pacte doit être distinguée de la simple cession car, s’il s’agissait uniquement de vendre des titres, il n’y aurait à proprement parler pas besoin de recourir à un instrument plus global prenant la forme d’un pacte d’associés. La raison du recours au pacte est simple et elle réside dans le fait que les différents transferts organisent une dynamique sociale issue de l’accord des intérêts qui s’est opéré entre les parties⁵³². Cette dynamique peut répondre à diverses ambitions mais en tout état de cause les rouages du transfert restent les mêmes : il s’agit de s’accorder sur le principe d’un transfert de droits sociaux tout en retardant le déclenchement. Cette assertion se vérifie en analysant les deux techniques juridiques qui sont ici principalement à l’œuvre à savoir le droit d’option (A) et la condition (B)⁵³³. On l’aura compris, nos développements, bien que se penchant sur des mécanismes organisant des transferts de propriété, ne passeront pas par l’analyse de l’obligation de donner. Cela car, comme nous l’avons vu, le Code civil fait désormais du transfert de propriété un effet légal du contrat⁵³⁴. Le *dare* échappe donc à la mécanique contractuelle et c’est pourquoi il n’a pas sa place dans l’analyse de cette dernière.

A. Le recours au droit d’option

109. Nature du droit d’option – Si le Code civil de 1804 connaissait déjà la technique de l’option qui « suppose que le texte propose deux possibilités précises et que le bénéficiaire doit obligatoirement accepter l’une des deux »⁵³⁵, le droit d’option pour sa part était ignoré des premiers rédacteurs. Ce droit a véritablement pris naissance avec le développement au début du XX^e siècle d’un type de contrat désormais bien connu à savoir la promesse

⁵³² V. *supra* n°23 et s.

⁵³³ Précisons que le recours au terme est volontairement laissé de côté. La raison ne tient pas à la rareté de son usage en matière de pactes. La référence à une date ou à la survenance d’un autre événement certain (un décès par exemple : V. MARTIN Didier et SCHILLER Sophie, *Guide des pactes d’actionnaires et d’associés : 2022/2023*, *op. cit.*, p. 207, n°315 et s.) constitue en effet le pivot de nombreux mécanismes de transferts, sans qu’il soit d’ailleurs toujours évident de distinguer le terme de la condition (V. BONNET David, « Promesse unilatérale d’achat d’actions subordonnée à un événement incertain : terme ou condition ? », *Rev. sociétés*, 2005, p. 378). Néanmoins, dans la quasi-totalité des cas, le terme est uniquement utilisé pour aménager un transfert qui est lui-même optionnel et/ou conditionnel. Autrement dit, l’essence du mécanisme reste le droit d’option qu’il accorde et/ou l’événement incertain qui déclenchera le transfert. C’est pourquoi ce sont ces deux techniques qu’il faut prioritairement analyser.

⁵³⁴ V. *supra* n°41.

⁵³⁵ BÉNAC-SCHMIDT Françoise, *Le contrat de promesse unilatérale de vente*, LGDJ, 1983, p. 111, n°135. Ce qui, selon l’auteur, distingue l’option, « dirigée dans un sens bien déterminé » (*loc. cit.*), du simple choix. On peut citer à titre d’exemple l’article 1722 du Code civil qui, en cas de destruction partielle par cas fortuit de la chose louée, offre au preneur une option entre demander une diminution du prix ou résilier le bail.

unilatérale de vente⁵³⁶. Refusant à raison d'y voir un contrat translatif de propriété⁵³⁷, la jurisprudence devait néanmoins qualifier le droit auquel donnait naissance ces contrats. Elle se prononça très tôt en faveur de l'identification d'un droit de créance⁵³⁸ et maintint sa position par la suite⁵³⁹. Mais cette position n'emporta pas la conviction de nombreux auteurs qui refusèrent de voir un simple droit de créance dans ce « droit d'opter » désormais visé par le premier alinéa de l'article 1124 du Code civil. Le fait est que la vision purement personnelle du droit d'option fait fi du rapport du bénéficiaire à la chose et explique mal que le titulaire de cette créance originale puisse la « transformer unilatéralement en un droit réel de propriété »⁵⁴⁰. Cette explication n'est pas venue, malgré une brève tentative⁵⁴¹, de la qualification de droit de créance immobilier mais bien d'une autre construction qui identifie dans le droit du bénéficiaire un droit potestatif d'option⁵⁴². Potestatif, d'abord, car « les droits potestatifs se définissent comme étant des pouvoirs par lesquels leurs titulaires peuvent influencer sur les situations juridiques préexistantes en les modifiant, les éteignant ou en en créant de nouvelles au moyen d'une activité propre unilatérale »⁵⁴³. D'option, ensuite, car ce droit exprime « la préférence d'une situation juridique à une autre »⁵⁴⁴. Précisons que le droit d'option est créé par accord de volontés, ce qui lui confère une nature contractuelle et le distingue de l'offre. Autonome et actuel, il intègre le patrimoine du bénéficiaire ce qui le rend en principe cessible⁵⁴⁵. Surtout, et c'est là tout son intérêt, il a un caractère unilatéral. Le promettant est dans un « lien de sujétion »⁵⁴⁶ vis-à-vis du bénéficiaire qui conserve l'entière liberté de son choix. C'est cette liberté qui justifie grandement son utilisation en matière de transferts de droits sociaux.

⁵³⁶ MALAURIE Philippe, AYNÈS Laurent et GAUTIER Pierre-Yves, *Droit des contrats spéciaux*, LGDJ, 12^e éd., 2022, p. 85, n°96. Ces développements peuvent être symétriquement transposés à la figure de la promesse unilatérale d'achat.

⁵³⁷ Cass. req., 14 mars 1860, *DP*, 1860, I, 163 ; Cass. req., 20 janv. 1862, *DP*, 1862, I, 364 ; Cass. req., 26 mai 1908, *DP*, 1909, I, 425.

⁵³⁸ Cass. civ., 24 juin 1927, *DP*, 1928, I, 51.

⁵³⁹ En témoigne le refus de la Cour de cassation, jusqu'à l'introduction du nouvel article 1124 du Code civil, de voir dans l'obligation du promettant autre chose qu'une obligation de faire (symétrique du droit personnel qu'avait sur lui le bénéficiaire) insusceptible d'exécution forcée : V. *supra* n°39.

⁵⁴⁰ MALAURIE Philippe, AYNÈS Laurent et GAUTIER Pierre-Yves, *Droit des contrats spéciaux*, *op. cit.*, p. 88, n°101.

⁵⁴¹ BÉNAC-SCHMIDT Françoise, *Le contrat de promesse unilatérale de vente*, *op. cit.*, p. 113, n°140.

⁵⁴² Il est ici principalement question de la thèse du Professeur Ibrahim Najjar (NAJJAR Ibrahim, *Le droit d'option : contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, LGDJ, 1967.). V., déjà, pour une première approche du droit potestatif, tirée de l'expérience des droits étrangers : BOYER Louis, « Les promesses synallagmatiques de vente. Contribution à la théorie des avant-contrats », *RTD civ.*, 1949, p. 1, spéc. n°27 et s. Adde, ROCHFELD Judith, « Les droits potestatifs accordés par le contrat », in *Le contrat au début du XXI^e siècle – Études offertes à Jacques Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 747.

⁵⁴³ NAJJAR Ibrahim, *Le droit d'option : contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, *op. cit.*, p. 102, n°99. Sur les dangers potentiels des droits potestatifs en matière contractuelle : ROCHFELD Judith, « Les droits potestatifs accordés par le contrat », *op. cit.*, p. 754, n°9 et s.

⁵⁴⁴ NAJJAR Ibrahim, *Le droit d'option : contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, *op. cit.*, p. 113, n°109. Précisons qu'il s'agit d'une présentation simplifiée du droit d'option suffisante pour appréhender le cas de la promesse. Mais, en réalité, pour l'auteur l'essence du droit d'option réside, par opposition aux autres droits potestatifs, dans la « nécessité de son exercice » (*loc. cit.*) dans la mesure où, « à la différence des autres droits potestatifs, qui confèrent eux aussi le pouvoir de modifier une situation, l'acte d'option est nécessaire parce que la situation antérieure va, de toutes manières, être modifiée » (p. 112-113, n°109).

⁵⁴⁵ Le plus souvent, au moins en matière de pactes d'associés, par le jeu d'une faculté de substitution : V. *infra* n°185.

⁵⁴⁶ BÉNAC-SCHMIDT Françoise, *Le contrat de promesse unilatérale de vente*, *op. cit.*, p. 115, n°142. Sur cette notion de sujétion : V. NAJJAR Ibrahim, *Le droit d'option : contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, *op. cit.*, p. 103, n°99 bis.

110. Domaine du droit d'option – Il y a finalement assez peu de surprise à constater la facilité avec laquelle la technique du droit d'option a essaimé dans les transferts de droits sociaux organisés par les pactes d'associés. Ces instruments étant par nature impulsés par un besoin de liberté contractuelle, on comprend aisément que la rencontre avec une technique juridique fondée sur la flexibilité qu'elle offre à son bénéficiaire fut naturelle. Un auteur constate ainsi la chose suivante, à propos de la promesse de vente : « Existe-t-il mécanisme plus répandu et plus utilisé en droit des sociétés que la promesse de vente de titre ? Nul pacte, nul corpus statutaire, nulle opération impliquant un transfert de la propriété de titres ne fait en pratique l'économie de cet outil classique emprunté au droit des contrats (...). Les variantes ne se comptent plus. La promesse de vente de titres est au centre de nombreuses stipulations de pactes d'actionnaires ou des statuts »⁵⁴⁷. Malgré cette constatation pratique, il faut selon nous se garder d'avoir une vision trop extensive du droit d'option, au risque de ranger ensemble des mécanismes aux caractères différents. C'est pourtant la position soutenue par un auteur qui identifie dans le droit d'option le seul critère permettant de réaliser l'unité au sein de la catégorie des contrats préparatoires à l'acquisition de droits sociaux⁵⁴⁸. En effet, après avoir constaté l'extraordinaire diversité des objectifs poursuivis par les parties dans ce type de contrats, entre recherche d'un gain financier, volonté de contrôle de l'identité des membres de la société ou organisation du financement de cette dernière, le Professeur Edmond Schlumberger estime qu'un socle contractuel commun peut être identifié dans toutes les hypothèses de contrats préparatoires à l'acquisition de droits sociaux. Celui-ci résiderait dans l'existence d'un droit d'option permettant à son titulaire, « quand les conditions de son exercice sont réunies, de déclencher à son initiative la formation d'un contrat définitif, à savoir l'acquisition de droits sociaux »⁵⁴⁹. Cette proposition est séduisante mais pose en réalité deux types de difficultés. La première est la moins problématique, elle réside dans le fait que le critère retenu par l'auteur le pousse à exclure de son étude les engagements réciproques mais néanmoins conditionnels de vendre et d'acheter⁵⁵⁰. L'obstacle demeure relatif car l'objet de nos développements ne se limite pas aux contrats préparatoires à l'acquisition de droits sociaux. Sont ainsi envisagés plus largement les mécanismes de transfert de droits sociaux dans les pactes d'associés. Or, pour ces derniers, il apparaît peu réaliste de mettre de côté les mécanismes conditionnels, tant ils semblent être répandus en pratique⁵⁵¹. En revanche, la seconde difficulté est plus significative car, pour assurer l'unité du critère qu'il propose, l'auteur fait le choix, à côté de la figure classique de la promesse unilatérale dont est issu le droit d'option, d'intégrer à son étude une série de mécanismes en apparence éloignés, à savoir principalement ceux organisant une priorité sur l'acquisition des titres (préférence et préemption⁵⁵²) ou un contrôle sur l'identité du cessionnaire (clause d'agrément)⁵⁵³. Le

⁵⁴⁷ PARACHKEVOVA Irina, CAFFIN-MOI Marie, GASTAUD Jean-Pierre, LASSERRE-CAPDEVILLE Jérôme, ROBINE David et THOMAS Vivian, « Les promesses de vente de titres », *Actes prat. ing. sociétaire*, 2015, n°139, p. 5, §1 et §2.

⁵⁴⁸ SCHLUMBERGER Edmond, *Les contrats préparatoires à l'acquisition de droits sociaux*, *op. cit.*, p. 11, n°6 et s.

⁵⁴⁹ *Ibid.*, p. 15, n°8.

⁵⁵⁰ *Ibid.*

⁵⁵¹ Sur le rôle de la condition dans les pactes : V. *infra* n°114 et s.

⁵⁵² Sur la possibilité d'envisager ensemble préférence et préemption : V. *infra* n°139.

⁵⁵³ SCHLUMBERGER Edmond, *Les contrats préparatoires à l'acquisition de droits sociaux*, *op. cit.*, p. 17-18, n°8.

danger est ici plus important car le risque est de voir la distinction entre mécanismes exigeants un transfert de droits sociaux et ceux se contentant d'exiger un comportement relatif à ce transfert⁵⁵⁴ remise en question.

111. Pour comprendre pourquoi cette vision extensive du droit d'option ne peut être considérée comme pertinente au regard de la typologie que nous avançons, il faut revenir aux raisons de l'intégration opérée par cet auteur. Celle-ci repose sur le fait que ces différents mécanismes « incorporent toujours dans le même temps un droit d'option dont l'exercice débouchera sur une acquisition de droits sociaux »⁵⁵⁵. Et c'est en effet ce qui permet notamment de mettre sur le même plan promesse, préférence, préemption et agrément⁵⁵⁶ car, bien que les trois derniers mécanismes s'organisent en principe, à la différence du premier, autour d'un autre contrat conclu entre le contractant du bénéficiaire du droit d'option et un tiers⁵⁵⁷, ils débouchent bien *in fine* sur la possibilité offerte au bénéficiaire d'opter pour l'acquisition des titres⁵⁵⁸. Sans être erronée, cette logique nous semble néanmoins un peu rapide, tout simplement car elle fait fi de toute une partie des mécanismes de priorité. L'exemple du pacte de préférence est parlant à cet égard car, s'il est vrai que « ce n'est pas tellement la nature du pacte de préférence qu'il faut comparer à celle de la promesse de contrat »⁵⁵⁹ mais plutôt « le droit de préférence qu'il faut rapprocher du droit d'option du bénéficiaire d'une promesse de contrat »⁵⁶⁰, il est quelque peu étrange de considérer que le mécanisme du pacte de préférence se résume au droit de préférence qui ne peut s'exercer que dans la seule hypothèse, rappelons-le, où le promettant « déciderait de contracter »⁵⁶¹. Or, l'essence du pacte de préférence n'est pas uniquement d'offrir un droit d'option mais également de contraindre au préalable le promettant à faire connaître son intention de contracter au bénéficiaire⁵⁶². Ainsi, que l'on considère que « l'obligation de notifier les conditions de la vente n'est qu'une condition de mise en œuvre du droit de préemption »⁵⁶³ ou que l'on voit dans le pacte de préférence un instrument donnant naissance à deux obligations, l'obligation de faire connaître les conditions de la vente et

⁵⁵⁴ V. *supra* n°106.

⁵⁵⁵ SCHLUMBERGER Edmond, *Les contrats préparatoires à l'acquisition de droits sociaux*, *op. cit.*, p. 12, n°6.

⁵⁵⁶ Et même retrait et rachat : V. NAJJAR Ibrahim, *Le droit d'option : contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, *op. cit.*, p. 151, n°145 et s.

⁵⁵⁷ Il est vrai que l'existence de ce contrat avec un tiers n'est pas automatique, au moins pour le pacte de préférence. Mais cela reste une hypothèse très fréquente. Ce qui fait dire au Professeur Najjar que « tous ces droits sont des opérations précontractuelles "complexes", alors que la promesse de contrat intervient indépendamment d'un autre contrat précédemment conclu » (*Ibid.*, p. 152, n°145).

⁵⁵⁸ Dans le cas de l'agrément, cette assimilation n'existe donc que dans l'hypothèse où celui qui refuse l'agrément est tenu d'une obligation d'achat des titres du cédant, ce qui n'est pas systématique dans les conventions extrastatutaires (V. GUYON Yves, *Traité des contrats. Les sociétés. Aménagements statutaires et conventions entre associés*, *op. cit.*, p. 333, n°219). Dans ce dernier cas, Le Professeur Edmond Schlumberger refuse d'ailleurs d'y voir un contrat préparatoire à l'acquisition de droits sociaux (SCHLUMBERGER Edmond, *Les contrats préparatoires à l'acquisition de droits sociaux*, *op. cit.*, p. 17, n°8, note 90).

⁵⁵⁹ NAJJAR Ibrahim, *Le droit d'option : contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, *op. cit.*, p. 153, n°146.

⁵⁶⁰ *Ibid.*

⁵⁶¹ C. civ., art. 1123, al. 1^{er}.

⁵⁶² V., en ce sens, BÉNAC-SCHMIDT Françoise, *Le contrat de promesse unilatérale de vente*, *op. cit.*, p. 185, n°261, affirmant que « l'économie du pacte de préférence s'ordonne autour de la notion de "préférence". L'essentiel pour le bénéficiaire, c'est que le bien lui soit proposé en cas de vente. Il ne connaît aucune des conditions de la vente, il ne sait s'il pourra l'acquérir, ni même s'il sera toujours intéressé, mais il veut que ce bien lui soit proposé ».

⁵⁶³ PILLET Gilles, « Pacte de préférence », *Rép. civ.*, Dalloz, 2016, n°23.

celle de préférer le bénéficiaire⁵⁶⁴, il y a bien au plan technique deux temps qu'il semble nécessaire de retrouver dans la conceptualisation juridique. D'autant plus que les régimes juridiques, eux, sont différents. En témoigne l'exigence de l'article 1591 du Code civil relative à la détermination du prix qui s'applique à la promesse mais pas au pacte de préférence⁵⁶⁵. Ainsi, « le pacte de préférence n'a pas à respecter toutes les conditions de validité de la promesse unilatérale de vente. Cette dernière engage *ab initio* le promettant dans la vente de manière à ce que le transfert de propriété ne dépende plus que de la volonté du bénéficiaire. La liberté de disposer du promettant est entièrement paralysée. Cela n'est tolérable que pour un prix et un délai déterminés. À l'inverse, la liberté du promettant dans le pacte de préférence n'est jamais mieux servie que par l'absence de prix et de délai. Le droit de disposer librement de son bien implique non seulement la liberté de ne pas vendre, mais aussi de le vendre à sa valeur réelle »⁵⁶⁶. Que faut-il en retenir pour la dichotomie que nous proposons entre mécanismes exigeant un transfert de droits sociaux et mécanismes exigeant un comportement ? Tout simplement que certains mécanismes sont évolutifs. Il est tout à fait certain que le droit d'option tel que défini par la doctrine permet de faire le lien entre de nombreux mécanismes de transferts de droits sociaux jusque-là analysés isolément⁵⁶⁷. Néanmoins, il faut se garder de forcer une classification au nom d'une similitude, aussi essentielle soit-elle. Ainsi, certains mécanismes ont dans un premier temps pour objet d'exiger un comportement relatif à un transfert de titres, par exemple notifier les conditions de la vente dans la préférence⁵⁶⁸, tout en pouvant dans un second temps déboucher sur un droit d'option. Il en résulte que, pour ce qui est de l'exigence d'un comportement, ils doivent être détachés de l'analyse relative aux transferts de droits sociaux. Mais en ce qu'ils comportent un droit d'option (et uniquement en cela) ils seront nécessairement inclus dans nos développements, si besoin avec leurs particularités, au côté de la promesse unilatérale⁵⁶⁹.

⁵⁶⁴ BARTET J., *Le pacte de préférence*, thèse de doctorat, droit, Université de Paris, 1932, p. 50 et s.

⁵⁶⁵ 3e civ., 15 janv. 2003, n° 01-03.700, *Publié au Bulletin* ; JCP E, 2004, n°11, 418, note MOUSSERON ; JCP N, 2009, n°50, 18, note PILLET ; RDC, 2003, n°1, 45, obs. MAZEAUD ; *Contrats, conc. consom.*, 2003, n°5, 14, note LEVENEUR ; D., 2003, 1190, note KENFACK ; Dr. et patr., 2003, n°115, 111, note CHAUVEL. Pour l'hypothèse où un prix aura néanmoins été stipulé : V. *infra* n°139.

⁵⁶⁶ PILLET Gilles, « Pacte de préférence », *op. cit.*, n°17.

⁵⁶⁷ On pense ici aux techniques d'émissions de valeurs mobilières donnant accès au capital ou à l'attribution d'options d'acquisition de droits sociaux, qui pourront faire l'objet de négociations dans les « management packages » (MARTIN Didier et SCHILLER Sophie, *Guide des pactes d'actionnaires et d'associés : 2022/2023*, *op. cit.*, p. 266, n°408) et pour lesquelles l'approche par le droit d'option que ces instruments confèrent permet, d'une part, de les ranger dans la catégorie des contrats préparatoires à l'acquisition de droits sociaux et, d'autre part, de les rapprocher au plan de la technique juridique de la promesse unilatérale (PIETRANCOSTA Alain, *Le droit des sociétés sous l'effet des impératifs financiers et boursiers*, thèse de doctorat, droit, Paris I Panthéon-Sorbonne, 1999, p. 315, n°496). V., retenant une analyse contractuelle aussi bien dans le cas de l'émission de valeurs mobilières donnant accès au capital que dans celui de l'attribution d'options non incorporées dans un titre : SCHLUMBERGER Edmond, *Les contrats préparatoires à l'acquisition de droits sociaux*, *op. cit.*, p. 97, n°114 et s. *Adde*, à propos des options de souscription et d'achat d'actions, FOY Régis, « Options de souscription et d'achat d'actions : stock-options », *Rép. sociétés*, Dalloz, 2015, n°14, pour qui « l'option apparaît bien comme une promesse unilatérale de vente (ou de souscription) qui serait soumise à une réglementation spéciale ».

⁵⁶⁸ Ou faire connaître l'identité du cessionnaire dans l'agrément. Pour ce qui est du pacte de préférence, la Cour de cassation a expressément reconnu cette obligation de notification des conditions de la vente : V. Com., 16 févr. 2022, n°20-16.869, JCP E, 2022, n°37, 36, note GRIGNON (« le pacte de préférence implique l'obligation, pour le promettant, de donner préférence au bénéficiaire lorsqu'il décide de vendre le bien et de lui faire connaître les conditions particulières de la vente avant la réalisation de celle-ci »).

⁵⁶⁹ Ainsi, même si l'on raisonnera par la suite sur le modèle de la promesse unilatérale lorsque nous évoquerons le recours au droit d'option, cela ne nous empêchera pas de faire référence à des difficultés particulières posées par des mécanismes organisant un droit d'option sans être des promesses. V. not. *infra* n°139.

112. Objet du droit d'option – Les débats sur la nature ou le domaine du droit d'option ne doivent pas occulter la question de sa fonction. En tant que droit potestatif, il confère à son bénéficiaire le pouvoir d'influer de façon unilatérale sur une situation juridique spécifique. Son domaine privilégié au sein des pactes extrastatutaires confirme ensuite l'idée selon laquelle ces instruments constituent « des actes dynamiques »⁵⁷⁰. Enfin, l'association entre la nature et le domaine du droit d'option révèle son objet fondamental. En effet, la nature potestative du droit d'option a pour conséquence que, par la liberté qu'il confère au bénéficiaire, son objet « n'est pas la chose elle-même mais la possibilité de conclure le contrat définitif relatif à cette chose »⁵⁷¹. Or, cette liberté prend tout son sens dans la dynamique des pactes où le bénéficiaire du droit peut ainsi s'assurer du principe d'un transfert tout en se réservant la possibilité de le déclencher effectivement ou non au gré des évolutions de l'aventure sociale⁵⁷². Ainsi, « même éphémère, la promesse demeure précieuse en ce qu'elle permet de figer, de congeler, dès à présent, le consentement du promettant quant à une opération potentielle, et ce indépendamment du passage du temps. Elle défie et affronte donc le temps, le risque, le changement »⁵⁷³. On comprend dès lors pourquoi on affirme depuis longtemps que « le but du contrat d'option est de retarder la formation du contrat de vente. Celui qui conclut un tel contrat recherche en premier lieu ce résultat »⁵⁷⁴.

113. Il y a donc, au-delà de la technique, un but bien précis rempli par le droit d'option. Celui-ci permet au bénéficiaire de s'assurer de la volonté du promettant de lui céder ses titres tout en se réservant la possibilité de les acquérir plus tard ou de ne pas les acquérir du tout⁵⁷⁵. Le retard recherché dans les effets du transfert est donc inhérent au mécanisme du droit d'option. De façon plus surprenante, il en va de même du recours à la condition, tout du moins dans les pactes d'associés.

⁵⁷⁰ PRAT Sébastien, *Les pactes d'actionnaires relatifs au transfert de valeurs mobilières*, op. cit., p. 184, n°139.

⁵⁷¹ BÉNAC-SCHMIDT Françoise, *Le contrat de promesse unilatérale de vente*, op. cit., p. 116, n°143.

⁵⁷² C'est ce qui rend parfaitement dommageables les incertitudes pesant sur le régime des promesses unilatérales croisées. Ces dernières permettent aux parties de se conférer mutuellement les qualités de promettant et de bénéficiaire, tout en se réservant la possibilité, si les deux parties renoncent à lever l'option, de ne pas conclure la vente (V., pour leur utilité dans la convention de portage, BOURGEOIS-BERTREL Marina et BERTREL Jean-Pierre, « Portage de droits sociaux », *Rép. sociétés*, Dalloz, 2015, n°15 et s.). Or, la Cour de cassation a d'abord ruiné cette liberté en décidant que « l'échange d'une promesse unilatérale d'achat et d'une promesse unilatérale de vente réalise une promesse synallagmatique de vente valant vente définitive dès lors que les deux promesses réciproques ont le même objet et qu'elles sont stipulées dans les mêmes termes » (Com., 22 nov. 2005, n° 04-12.183, *Bull. civ.*, 2005, IV, n° 234 ; *D.*, 2007, 267, obs. HALLOUIN et LAMAZEROLLES ; *Rev. sociétés*, 2006, 521, note BARBIÈRE ; *RTD civ.*, 2006, 302, obs. MESTRE et FAGES). Elle a ensuite semblé revenir sur sa position, en appliquant à ces promesses l'ancien régime des avant-contrats (Com., 14 janv. 2014, n° 12-29.071, *GPL*, 2014, n°43-44, 8, note MIGNOT ; *BJS*, 2014, n°6, 384, note BRIAND). Avant de convoquer de nouveau la confusion en qualifiant les promesses d'achat et de vente de « synallagmatiques » tout en retardant de façon contradictoire la perfection de la vente à la « levée de l'option » (Com., 27 sept. 2017, n°16-13.112, *RTD civ.*, 2017, 859, obs. BARBIER ; *RTD com.*, 2017, 935, note MOURY ; *Rev. sociétés*, 2018, 27, note KOUHAIZ). Or, nos développements montrent que le droit potestatif d'option est antinomique de la qualification de promesses synallagmatiques, quand bien même il serait partagé symétriquement par les deux parties au contrat.

⁵⁷³ ZOUËIN Giselle, *Les promesses unilatérales de cession forcée d'actions. Réflexions sur l'obligation comme garantie et peine privée dans le cadre des pactes d'actionnaires. Étude à partir des droits français et libanais*, op. cit., p. 19-20, n°7.

⁵⁷⁴ BÉNAC-SCHMIDT Françoise, *Le contrat de promesse unilatérale de vente*, op. cit., p. 161, n°227.

⁵⁷⁵ De nouveau, il faut procéder à une inversion symétrique si l'on envisage la figure de la promesse unilatérale d'achat.

B. Le recours à la condition

114. Fermeté apparente de l'engagement conditionnel – Classer les engagements conditionnels au côté de la technique d'option dans les mécanismes permettant de retarder le déclenchement d'un transfert de droits sociaux peut sembler contradictoire. En effet, si le droit d'option trouve son expression privilégiée dans la promesse unilatérale, pour laquelle, rappelons-le, le bénéficiaire reste libre de lever ou ne pas lever l'option⁵⁷⁶, les engagements conditionnels pour leur part prennent le plus souvent la forme d'une promesse synallagmatique qui « ne confère ni à l'acheteur ni au vendeur une option : leur engagement est définitif »⁵⁷⁷. C'est ainsi que « la promesse de vente vaut vente, lorsqu'il y a consentement réciproque des deux parties sur la chose et sur le prix »⁵⁷⁸. D'autant plus que, si condition il peut y avoir, cette dernière se doit en principe d'être indépendante de la volonté des parties⁵⁷⁹ et, n'étant qu'une modalité de l'obligation, elle doit également être extérieure au rapport de droit⁵⁸⁰. Pourtant, très tôt les auteurs ont compris que, derrière cette apparente neutralité, le recours à la condition n'était pas anodin. Qu'il exprimait, bien plus qu'un engagement fictivement définitif et suspendu à la survenance d'un ou plusieurs événements accessoires, la volonté de n'être engagé que « plus tard et peut-être »⁵⁸¹. Un tel dépassement n'a pu être réalisé qu'en découvrant le rôle de la condition.

115. Rôle de la condition – De fait, la nécessité de voir dans la condition autre chose qu'un élément purement extrinsèque s'est imposée d'elle-même. En effet, la pratique a multiplié le recours à la technique de l'engagement conditionnel, permettant de comprendre qu'il y

⁵⁷⁶ V. *supra* n°109 et s.

⁵⁷⁷ MALAURIE Philippe, AYNÈS Laurent et GAUTIER Pierre-Yves, *Droit des contrats spéciaux*, op. cit., p. 99, n°117.

⁵⁷⁸ C. civ., art. 1589, al. 1^{er}. L'assertion est censée valoir même en présence de conditions suspensives, de sorte que la promesse synallagmatique vaut vente sans avoir à attendre la réalisation des conditions. C'est ce qu'a récemment rappelé la Cour de cassation tout en subordonnant étrangement sa solution au fait « que l'article 1179 du Code civil, dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, applicable au litige, dispose que la condition accomplie a un effet rétroactif au jour auquel l'engagement a été contracté » : 3e civ., 29 févr. 2024, n° 22-24.381 ; *JCP N*, 2025, n° 7, 29, obs. PIÉDELIÈVRE ; *RDC*, 2024, n° 3, 43, note THIBIERGE ; *JCP E*, 2024, n° 25, 41, note KENDÉRIAN ; *GPL*, 2024, n° 15, 1, obs. HOUTCIEFF ; *LEDC*, 2024, n° 4, 5, note MOLINA. Or, comme chacun sait, cette rétroactivité n'est plus (C. civ., art. 1304-6, al. 2). Raison pour laquelle la majorité des commentateurs a estimé qu'il aurait été préférable que la Cour de cassation se contente de justifier sa solution en se référant à la règle de l'article 1589, alinéa 1^{er}, du Code civil (V., not., MOLINA Léa, « La promesse est la vente », *LEDC*, 2024, n°4, p. 5 : « pour rejeter le pourvoi, la Cour de cassation approuve la cour d'appel d'avoir rappelé les termes de l'article 1589 du Code civil selon lesquels " la promesse de vente vaut vente, lorsqu'il y a consentement réciproque des deux parties sur la chose et sur le prix ". L'arrêt aurait donc dû s'arrêter là »). L'avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux propose pour sa part de sécuriser les promesses synallagmatiques en encadrant les cas dans lesquels les parties se sont obligées à réitérer leur accord dans une certaine forme, par exemple par acte notarié : V. art. 1587 à 1587-2 de l'avant-projet.

⁵⁷⁹ À défaut, la condition est dite potestative. Mais, en réalité, c'est uniquement de la volonté du débiteur dont il s'agit. Est ainsi « nulle l'obligation contractée sous une condition dont la réalisation dépend de la seule volonté du débiteur » (C. civ., art. 1304-2).

⁵⁸⁰ BUFFELAN-LANORE Yvaine (actualisation PELLIER Jean-Denis), « Condition », *Rép. civ.*, Dalloz, 2020, n°31 et s. *Adde*, DEROUIN Philippe, « Pour une analyse " fonctionnelle " de la condition », *RTD civ.*, 1978, p. 1, n°79, affirmant que « la condition est une modalité qui affecte un rapport de droit existant indépendamment d'elle et ne peut se confondre avec un élément essentiel à ce rapport ». V. égal. 3e civ., 22 oct. 2015, n° 14-20.096, *Bull. civ.*, 2015, VIII, n°101, considérant que « la clause qui prévoit une condition portant sur un élément essentiel à la formation du contrat doit être réputée non écrite ».

⁵⁸¹ HEYGOUT Henri, *De l'effet rétroactif de la condition accomplie*, thèse de doctorat, droit, Université de Paris, 1922, p. 17, n°8.

avait là un mouvement de fond substantiel dépassant le simple aménagement d'une modalité de l'obligation : « La condition s'insinue ainsi dans toutes les conventions, les contractants faisant preuve d'une imagination qui semble sans borne pour s'engager immédiatement tout en essayant de se prémunir contre la moindre incertitude. On érige en événement conditionnel des circonstances aussi diverses que l'obtention d'un prêt, d'un permis de construire ou d'une autorisation administrative quelconque, l'agrément de son bailleur ou de ses associés, l'extension d'une ligne EDF, la libération des lieux par les locataires, l'obtention d'une décision judiciaire favorable et même la production d'un document attestant de l'absence de servitude, d'amiante, de plomb, de termites, de pollution, soit, en un mot, de mauvaise surprise »⁵⁸². C'est donc bien le rapport à l'incertitude qu'organise la condition qui est apparu en premier lieu. C'est-à-dire que, à travers les circonstances imprévisibles qu'elles érigent en conditions, les parties confirment que le contrat est avant tout un acte de prévision⁵⁸³ en choisissant « de se prémunir du hasard en prévoyant “ pour le cas où...” », en permettant de “ ménager ses arrières », de s'organiser en tenant compte de tel risque »⁵⁸⁴. Mais il y a plus. En effet, l'analyse en mouvement de la condition démontre que les parties, en faisant dépendre l'efficacité du contrat d'événements incertains⁵⁸⁵, intègrent dans le champ contractuel un certain nombre de motifs sans lesquels elles n'auraient pas contracté⁵⁸⁶. Il est vrai qu'une telle démarche impose une distinction difficile entre le rôle causal et conditionnel de ces motifs⁵⁸⁷, mais ce qui nous intéresse avant tout ici est que cette vision réhabilite la place de la volonté des parties au sein des mécanismes conditionnels. Autrement dit, affranchie du dogme selon lequel les contractants ont figé leur consentement et perdu la main sur le sort contractuel, cette perspective replace sur le devant de la scène les raisons qui les ont poussés à contracter. Plus précisément, elle permet de comprendre que ce que souhaitent avant tout réaliser les parties par le jeu des conditions consiste à « maîtriser le risque de non-survenance ou de disparition de l'intérêt réel d'une des parties au contrat »⁵⁸⁸.

116. Acuité particulière dans le domaine des pactes – Ce rôle conféré à la condition prend tout son sens en matière de pactes d'associés où les mécanismes conditionnels de transfert de droits sociaux participent d'un arrangement global décidé entre signataires. Ces mécanismes sont en effet fondés sur un ensemble d'hypothèses érigées en conditions qui, si elles venaient à se produire⁵⁸⁹, nécessiteraient un transfert de titres afin de préserver l'intérêt de l'aventure sociale pour l'une ou l'autre des parties. Ainsi des mécanismes où le déclenchement du transfert dépend d'un manquement du signataire à l'une ou l'autre des

⁵⁸² LATINA Mathias, *Essai sur la condition en droit des contrats*, LGDJ, 2009, p. 8, n°9.

⁵⁸³ LÉCUYER Hervé, « Le contrat, acte de prévision », *op. cit.* V. *supra* n°21 et s.

⁵⁸⁴ BÉNABENT Alain, *La chance et le droit*, *op. cit.*, p. 48, n°54.

⁵⁸⁵ V. LATINA Mathias, *Essai sur la condition en droit des contrats*, *op. cit.*, p. 5, n°5 : « il paraît en effet important de garder à l'esprit que l'événement incertain n'est qu'un composant du mécanisme conditionnel, dont l'originalité réside dans la dépendance établie entre l'efficacité du contrat et l'événement incertain lui-même ». *Adde*, SIMLER Philippe, *La nullité partielle des actes juridiques*, LGDJ, 1969, p. 84, n°70, pour qui « le concept de dépendance est de l'essence de la condition ».

⁵⁸⁶ WICKER Guillaume, *Les fictions juridiques : contribution à l'analyse de l'acte juridique*, *op. cit.*, p. 273, n°294 et s. ; ROCHFELD Judith, *Cause et type de contrat*, *op. cit.*, p. 230, n°254 et s.

⁵⁸⁷ *Ibid.* ; BONNET David, *Cause et condition dans les actes juridiques*, LGDJ, 2005, spéc. p. 484, n°933 ; LATINA Mathias, *Essai sur la condition en droit des contrats*, *op. cit.*, p. 180, n°251 et s.

⁵⁸⁸ LATINA Mathias, *Essai sur la condition en droit des contrats*, *op. cit.*, p. 198, n°144. Où l'on retrouve la nécessité d'envisager le contrat avant tout comme un accord des intérêts (V. *supra* n°23 et s.).

⁵⁸⁹ On l'aura compris, il s'agit principalement de conditions suspensives.

obligations prévues par le pacte, par exemple une obligation de non-concurrence⁵⁹⁰. Ainsi encore des transferts conditionnés par la perte d'une qualité, celle de salarié par exemple⁵⁹¹. Ainsi toujours des clauses dites d'offres alternatives ou *buy or sell*⁵⁹² qui visent principalement à résoudre une situation de blocage due à une mésentente. Dans tous ces cas, l'élément caractéristique du mécanisme est bien que la survenance de l'évènement fait perdre (ou grandement diminuer) son intérêt au contrat de société pour l'un des signataires qui, selon le sens du transfert, souhaitera pouvoir quitter la société ou racheter les titres de son partenaire⁵⁹³. On pressent néanmoins la difficulté juridique qui se pose. Celle-ci tient à la nature de la condition dont on a dit qu'elle doit être indépendante de la volonté des parties, tout du moins de celle du débiteur⁵⁹⁴. Or, on constate sans difficulté que dans chacune de ces hypothèses la survenance de l'évènement conditionnel n'est pas totalement étrangère aux parties. La perte de qualité du salarié actionnaire peut par exemple venir directement de ce dernier si la démission fait partie des cas visés⁵⁹⁵. Le manquement au pacte peut également être provoqué par la mésentente initiée par l'un des signataires. Cela ne doit pas surprendre lorsque l'on sait que la condition a pour fonction de préserver l'intérêt des parties au contrat⁵⁹⁶. Et il est tout à fait compréhensible qu'un groupe majoritaire qui a attribué des titres à un salarié en le faisant adhérer au pacte ne souhaite pas demeurer en société avec lui si ce dernier venait à être licencié, tout comme l'on admet que certaines situations de mésententes rendent impossibles le maintien d'un projet social commun. En revanche, le rôle fonctionnel renforcé que jouent les mécanismes conditionnels au sein des pactes impose de ne pas contourner la question de leur potestativité.

117. Potestativité et pactes d'associés – Sans reprendre une distinction que l'on ne retrouve pas dans le nouveau droit des contrats entre condition purement et simplement potestative⁵⁹⁷, il faut bien constater que le pouvoir de l'une des parties sur l'avènement de l'évènement conditionnel pose régulièrement difficulté dans le contentieux des pactes d'associés, précisément sous l'angle de la potestativité de la condition. Deux exemples tirés de la jurisprudence peuvent l'illustrer.

118. Dans une première espèce⁵⁹⁸, un acte de cession d'actions rendant le cessionnaire majoritaire au sein de la société concernée faisait dépendre le versement d'un complément de prix d'une condition tenant à ce que l'un des cédants, alors nommé président du conseil

⁵⁹⁰ MARTIN Didier et SCHILLER Sophie, *Guide des pactes d'actionnaires et d'associés : 2022/2023*, *op. cit.*, p. 269, n°411 et s.

⁵⁹¹ *Ibid.*, p. 264, n°405 et s.

⁵⁹² V. *infra*, n°247.

⁵⁹³ Précisons que l'avènement de la condition peut parfaitement donner naissance à un droit d'option et laisser le bénéficiaire libre de déclencher ou non le transfert, par exemple au vu de la gravité du manquement considéré. Option et condition peuvent donc se cumuler.

⁵⁹⁴ V. *supra* n°114.

⁵⁹⁵ Tout comme l'associé ou le groupe majoritaire est rarement étranger à son licenciement, que le majoritaire exerce directement les fonctions de direction ou qu'il influence celui qu'il nomme pour les exercer.

⁵⁹⁶ V. *supra* n°115.

⁵⁹⁷ La condition simplement potestative, qui « dépend à la fois de la volonté de l'une des parties et d'une circonstance dont elle n'est pas maîtresse », était permise à la différence de la condition purement potestative, qui « dépend exclusivement de la volonté de l'une des parties » (BUFFELAN-LANORE Yvaine (actualisation PELLIER Jean-Denis), « Condition », *op. cit.*, n°12). L'article 1304-2 du Code civil se contente désormais de viser la « condition dont la réalisation dépend de la seule volonté du débiteur ».

⁵⁹⁸ Com., 19 janv. 2010, n° 08-19.376, *Rev. sociétés*, 2010, 165, note COURET ; *Dr. sociétés*, 2010, n° 4, 17, obs. GALLOIS-COCHET ; *GPL*, 2010, n° 111-112, 19, note DONDERO.

d'administration, soit toujours en fonction à une date fixée par l'acte. Le dirigeant est finalement révoqué et il demande notamment l'annulation de l'acte de cession d'actions en se fondant sur le caractère potestatif de la clause relative au complément de prix. Alors que la cour d'appel avait estimé que l'ancien article 1178 du Code civil⁵⁹⁹ suffisait à assurer la protection des intérêts du cédant en ce qu'il permettait de sanctionner la mauvaise foi éventuelle du cessionnaire à travers le contrôle des motifs de la révocation et qu'il n'y avait pas lieu de tenir pour une condition purement potestative le maintien du cédant à la tête de la société, la Cour de cassation, visant l'ancien article 1174 du Code civil⁶⁰⁰, considéra au contraire qu'en se déterminant par de tels motifs, alors qu'il lui appartenait, pour apprécier si la condition tenant à l'exercice de ses fonctions par le cédant à la date fixée revêtait un caractère potestatif au sens du texte susvisé, de rechercher si sa réalisation dépendait de la seule volonté du cessionnaire, la cour d'appel n'avait pas donné de base légale à sa décision. Dans une seconde espèce⁶⁰¹, une convention d'actionnaires avait été conclue au sein d'une société constituée en vue du développement d'un projet industriel. L'un des trois principaux actionnaires était nommé administrateur et directeur général et consentait dans la convention à céder ses actions en cas de démission de ses fonctions ou de révocation pour une faute équivalente en droit social à une faute grave. Le dirigeant est finalement révoqué par le conseil d'administration de ses fonctions de directeur général pour faute grave puis révoqué de ses fonctions d'administrateur par l'assemblée générale. Il s'oppose alors au rachat forcé de ses actions en invoquant notamment la nullité de l'obligation contractée sous une condition potestative, estimant que la condition de mise en œuvre du rachat forcé était liée à la seule appréciation du conseil d'administration sur l'existence d'un manquement de sa part, ce qui rendait potestative cette mise en œuvre. Cette fois-ci, la Cour de cassation rejette le grief de potestativité, estimant avec la cour d'appel « que la faute grave visée par la convention [d'actionnaires], dont la constatation pouvait être judiciairement contestée, ne dépendait pas de la seule volonté de la société, qui était tenue de justifier du manquement allégué en se fondant sur des éléments objectifs et vérifiables ».

- 119.** Sans rentrer dans une appréciation *in concreto* de ces différents cas⁶⁰², il faut constater qu'ils permettent d'illustrer à quel point les mécanismes de transfert de droits sociaux contenus dans les pactes d'associés se sont fait le réceptacle privilégié de la « racine du mal qui s'est développée dans la théorie de la condition »⁶⁰³. Celle-ci a été mise en évidence par

⁵⁹⁹ Qui disposait que « la condition est réputée accomplie lorsque c'est le débiteur, obligé sous cette condition, qui en a empêché l'accomplissement ». L'article 1304-3, alinéa premier, du Code civil prévoit désormais de façon similaire que « la condition suspensive est réputée accomplie si celui qui y avait intérêt en a empêché l'accomplissement ».

⁶⁰⁰ Qui servait de base à la théorie des conditions potestatives en disposant que « toute obligation est nulle lorsqu'elle a été contractée sous une condition potestative de la part de celui qui s'oblige ». En sachant que cette dernière était définie par l'ancien article 1170 du Code civil comme la condition « qui fait dépendre l'exécution de la convention d'un événement qu'il est au pouvoir de l'une ou de l'autre des parties contractantes de faire arriver ou d'empêcher ». L'article 1304-2 du Code civil prévoit désormais directement qu'« est nulle l'obligation contractée sous une condition dont la réalisation dépend de la seule volonté du débiteur. Cette nullité ne peut être invoquée lorsque l'obligation a été exécutée en connaissance de cause ».

⁶⁰¹ Com., 11 mars 2014, n° 12-12.074, *RTDF*, 2014, n° 2, 145, note PORACCHIA ; *BJS*, 2014, n° 6, 387, note ANSAULT ; *JCP E*, 2014, n° 42, 29, note BUCHBERGER.

⁶⁰² On se contentera simplement de relever que le recours à la théorie de la condition potestative en matière de versement d'un prix comme c'est le cas dans la première espèce nous paraît peu opportun dans la mesure où cela entraîne une confusion avec l'exigence de déterminabilité du prix imposée par l'article 1591 du Code civil : V. *infra* n°130 et s.

⁶⁰³ LATINA Mathias, *Essai sur la condition en droit des contrats*, op. cit., p. 9, n°10.

plusieurs auteurs⁶⁰⁴. Elle prend sa source dans le fait, qu'initialement, l'article 1174 ancien du Code civil avait vocation à combattre l'incompatibilité entre volonté des parties contractantes et condition. Ainsi, « rien n'est plus étranger à une condition, événement futur et incertain, que la volonté qui, en permanence, dépend de l'individu »⁶⁰⁵. Mais cette incompatibilité a été, au fil des siècles et des différentes interprétations de l'ancien article 1170 du Code civil, mal comprise. Et pour cause, dans le système de Pothier qui a guidé l'interprétation des exégètes⁶⁰⁶, la stigmatisation de l'influence de la volonté sur la condition ne visait que la condition *si voluero*, c'est-à-dire celle où le débiteur ne s'engage que « s'il le veut ». Le fait est que « celui qui s'engage à condition de le vouloir ne s'engage à rien »⁶⁰⁷. Il y a donc destruction de l'essence du lien contractuel dans cette hypothèse où, au-delà de la potestativité de la condition, c'est le consentement du contractant qui fait véritablement défaut. Le reste des événements conditionnels qui, sans prendre les habits caricaturaux de la condition *si voluero*, permettent au débiteur de garder une certaine influence sur leur avènement, devaient donc demeurer valides tout en restant sous la protection de l'ancien article 1178 du Code civil selon lequel la condition était réputée accomplie « lorsque c'est le débiteur, obligé sous cette condition, qui en a empêché l'accomplissement ». C'est pourtant un chemin inverse qui a été pris. Le domaine de l'ancien article 1174 du Code civil s'est étendu, hypertrophié, au point qu'il faille distinguer en son sein la condition « purement potestative », c'est-à-dire la condition *si voluero* prohibée, de la condition « simplement potestative », en principe valide. Tandis que, dans le même temps, l'ex-article 1178 du Code civil se voyait refuser le rôle régulateur qu'il aurait dû en principe jouer au stade de l'exécution du contrat⁶⁰⁸. Le fait est que le report du débat au stade de la validité de la condition a eu pour fâcheuse conséquence « de voir le choix de l'instrument de lutte contre l'arbitraire du débiteur soumis ... à l'arbitraire du juge »⁶⁰⁹, l'insécurité étant « ainsi la plus totale puisque la frontière entre la condition entraînant la nullité du contrat et la condition valable pouvant être réputée accomplie en cas de manipulation de l'événement par le débiteur est poreuse »⁶¹⁰.

120. Ramené aux pactes d'associés, cet arbitraire dans l'appréciation de la potestativité de la condition semble patent. Les deux espèces mentionnées ci-dessus en sont l'illustration dans la mesure où, pour une même influence, à savoir la maîtrise de l'un des contractants sur la

⁶⁰⁴ *Ibid.*, spéc. p. 244, n°337 et s. ; VALORY Stéphane, *La potestativité dans les relations contractuelles*, PUAM, 1999, p. 97, n°154 et s.

⁶⁰⁵ CÉLICE Bruno, *Les réserves et le non-vouloir dans les actes juridiques*, LGDJ, 1968, p. 223, n°411.

⁶⁰⁶ LATINA Mathias, *Essai sur la condition en droit des contrats*, op. cit., p. 215, n°298 et s.

⁶⁰⁷ DISSAUX Nicolas et JAMIN Christophe, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 : commentaire des articles 1100 à 1386-1 du code civil*, Dalloz, 2016, p.169.

⁶⁰⁸ LATINA Mathias, *Essai sur la condition en droit des contrats*, op. cit., p. 244, n°337 et s. Tirant les conséquences de ses constatations, l'auteur proposait donc de supprimer l'ancien article 1174 du Code civil (p. 267, n°367 et s.). *Adde*, dans le même sens, DROSS William, « L'introuvable nullité des conditions potestatives », *RTD civ.*, 2007, p. 701, spéc. n°33, selon qui « la condition suspensive, qu'elle soit simplement potestative ou mixte n'est jamais nulle. Le risque de potestativité qu'elle déploie doit seulement être contrôlé sur le terrain de l'exécution du contrat par le jeu de l'article 1178, ce qui est une solution considérablement plus adéquate que celle d'un recours à la nullité de l'article 1174 ». V. égal. DONDERO Bruno, « De la condition potestative licite », *RTD civ.*, 2007, p. 677, spéc. n°55 et s., qui propose un système dans lequel la condition potestative serait validée par principe mais contrôlée dans sa mise en œuvre, notamment en prenant en compte la bonne foi et la loyauté du débiteur.

⁶⁰⁹ LATINA Mathias, *Essai sur la condition en droit des contrats*, op. cit., p. 246, n°339.

⁶¹⁰ *Ibid.*, p. 246, n°340.

fin des fonctions de direction de l'autre, l'argument de la potestativité est reçu dans un des cas et pas dans l'autre. Il semble néanmoins possible de sortir de l'impasse en deux temps. En premier lieu, il faut accepter de redonner sa juste place à la théorie de la condition potestative en revenant à « l'interprétation classique et étroite »⁶¹¹ qui aurait dû être faite de l'ancien article 1174 du Code civil, et qui impose de n'y voir qu'un simple relais de l'exigence d'un consentement véritable propre à tout contrat⁶¹². D'une certaine façon, le nouvel article 1304-2 du Code civil, en déclarant uniquement nulle « l'obligation contractée sous une condition dont la réalisation dépend de la seule volonté du débiteur » semble permettre de franchir cette étape, mettant fin aux « discussions et distinctions sibyllines »⁶¹³ d'antan. Dans un second temps, il est nécessaire d'admettre l'autonomie des droits potestatifs⁶¹⁴ en acceptant que le droit, et en particulier le droit des sociétés, consacre bon nombre de situations où un contractant conserve de droit un pouvoir d'influence sur une situation juridique donnée. Ainsi, et par simple application de l'organisation légale des sociétés, l'associé majoritaire a bien souvent la maîtrise des fonctions de direction tout comme il peut, directement ou indirectement, influencer sur un licenciement. Par extension, une situation de mésentente ou un manquement au pacte sont à la fois dépendants et indépendants de l'évolution des affaires sociales. Autrement dit, les liens de sujétion, propres aux droits potestatifs⁶¹⁵, peuvent se superposer aux liens d'obligations. De sorte que la perfection du lien d'obligation⁶¹⁶ peut être conditionnée à la survenance d'un événement dont la réalisation est étroitement liée aux volontés exprimées dans le cadre du lien de sujétion, sans pour autant que cela ne doive conduire à la potestativité et à la nullité de l'obligation conditionnelle⁶¹⁷. Chacun comprend bien en effet que dans les situations considérées au sein des pactes, on est bien loin de la condition *si voluero*, qui seule devrait avoir vocation à être sanctionnée en droit positif⁶¹⁸. Et si des craintes peuvent exister sur

⁶¹¹ *Ibid.*, p. 271, n°372.

⁶¹² C. civ., art. 1128.

⁶¹³ MAZEAUD Didier, note sous 3e civ., 22 nov. 1995, *D.*, 1996, 330 : « on peut tout de même se demander si on ne devrait pas faire l'économie de ces discussions et distinctions sibyllines, et de l'incertitude qui résulte de cette jurisprudence, malgré tout, fuyante. Car, enfin, ne dispose-t-on pas avec l'art. 1178 c. civ., qui énonce que “ la condition est réputée accomplie lorsque c'est le débiteur, obligé sous cette condition, qui en empêche l'accomplissement ”, d'une arme particulièrement efficace pour faire la chasse aux modalités qui sous le masque d'une condition mixte dissimulent, en réalité, une condition potestative prohibée ? ».

⁶¹⁴ V. LATINA Mathias, *Essai sur la condition en droit des contrats*, op. cit., p. 260, n°359 et s.

⁶¹⁵ Un lien de sujétion unit un sujet actif (*potentior*) et un sujet passif alors que le lien d'obligation unit un créancier et un débiteur : V. VALORY Stéphane, *La potestativité dans les relations contractuelles*, op. cit., p. 105, n°169.

⁶¹⁶ V. BLEUSEZ Marion, *La perfection du contrat*, thèse de doctorat, droit, Paris-Panthéon-Assas, 2021.

⁶¹⁷ V., en ce sens, validant l'engagement d'un dirigeant de céder ses titres à l'actionnaire majoritaire en cas de révocation pour juste motif : Com., 22 sept. 2021, n°19-23.958, *Dr. et patr.*, 2022, n°327, 62, note PORACCHIA ; *JCP E*, 2022, n°30, 24, note BUCHBERGER ; *GPL*, 2021, n°44, 61, note RABREAU ; *RTD civ.*, 2021, 886, note BARBIER ; *Rev. sociétés*, 2021, 700, note PISONI ; *RDC*, 2022, n°1, 62, note HEINICH ; *RTDF*, 2022, n°2, 137, note MORTIER.

⁶¹⁸ On pourrait également songer au fait que seule l'interférence de la volonté du débiteur dans l'avènement de la condition est sanctionnable, et non celle du créancier qui n'est pas visée par l'article 1304-2 du Code civil (tout comme l'ancien article 1174 ne visait que « celui qui s'oblige »). La Cour de cassation l'a effectivement rappelé dans des hypothèses où c'est le bénéficiaire d'une option d'achat, et donc le créancier de l'engagement de céder assumé par le promettant, qui conserve le contrôle de la situation : 1^{er} civ., 6 déc. 2017, n°16-17.588, *Rev. sociétés*, 2018, 303, note HEINICH ; *GPL*, 2018, n°14, 26, note HOUTCIEFF ; *Dr. sociétés*, 2018, n°4, 27, note MORTIER ; *JCP S*, 2018, n°15, 21, note PAGNERRE ; *BJS*, 2018, n°3, 160, note SAINTOURENS (l'associé qui s'était engagé à vendre ses titres en cas de licenciement n'était pas maître de ce dernier, de sorte que la condition qui y était attachée n'était pas potestative). Le raisonnement semble être assez largement suivi par les juges du fond : V. les arrêts relevés par BROCHIER Matthieu et SCHILLER Sophie, « Les pactes d'actionnaires et d'associés. Un an de jurisprudence du tribunal de commerce de Paris », *JCP E*, 2022, n°50, 1403, spéc. §10 et §11. Néanmoins,

l'abus éventuel qui pourrait venir de celui qui conserve une influence sur l'évènement conditionnel dans le cadre du lien de sujétion, rappelons d'abord que la jurisprudence y a toujours été sensible⁶¹⁹ et, ensuite, que c'est à cela que doit servir l'article 1304-3, alinéa 1, du Code civil qui, disposant que « la condition suspensive est réputée accomplie si celui qui y avait intérêt en a empêché l'accomplissement », a pris le relais de l'ancien article 1178 du même code⁶²⁰. En conclusion, « si le pouvoir d'une partie est incompatible avec la notion de condition et rend fausse la notion même de “ condition potestative ”, la liberté contractuelle⁶²¹ semble pouvoir légitimer l'introduction d'une dose d'unilatéralisme dans le contrat sous la forme de l'octroi d'un droit potestatif, dont l'exercice devrait cependant être soumis à la réserve minimum de l'abus »⁶²².

- 121.** On comprend donc, au terme de ces développements, qu'il ne faut pas dissocier, mais bien rapprocher, le recours au droit d'option et à la condition dans les mécanismes de transfert de droits sociaux. Même la condition, qui paraissait si définitive de prime abord, est en réalité empreinte de la volonté des contractants au point de poser avec une acuité particulière la difficile question de sa potestativité, particulièrement au sein des pactes. Ces deux techniques participent ainsi d'une même dynamique qui vise à s'assurer qu'un ou plusieurs transferts de titres sont d'ores et déjà acquis sur le principe mais qu'il demeurera possible d'en retarder le déclenchement, voire de l'éviter si le besoin s'en fait ressentir. Toujours est-il que le transfert est d'ores et déjà suffisamment envisagé. C'est ce qui explique que ses éléments essentiels soient en principe déterminés.

II. La détermination des éléments relatifs au transfert

- 122. Liberté relative** – La détermination des éléments relatifs au transfert n'est pas véritablement à la main des parties. Le fait est qu'au-delà de l'article 1128 du Code civil qui impose en son alinéa 3 que le mécanisme contractuel prévu ait un contenu licite et certain, c'est l'influence du droit de la vente que l'on mesure ici pleinement⁶²³. En effet, si

en présence d'engagements synallagmatiques, ce qui peut tout à fait être le cas dans les pactes, il devient beaucoup plus hasardeux de se réfugier derrière les qualités de débiteur et de créancier qui sont par définition alternatives pour des obligations réciproques (V. DONDERO Bruno, « De la condition potestative licite », *op. cit.*, n°37).

⁶¹⁹ V. par ex. refusant l'activation d'une promesse de vente de ses titres consentie par un associé en cas de démission, révocation ou licenciement car, en l'espèce, la société avait mis fin à ses fonctions pendant la période d'essai ce qui n'était pas un cas prévu par le pacte : CA Paris, 14 déc. 2004, n°03/21818.

⁶²⁰ Bien qu'en bonne logique, si l'on parle de droits potestatifs, seul l'abus a vocation à jouer là où l'article 1304-3 du Code civil doit être limité à la matière des conditions (V. LATINA Mathias, *Essai sur la condition en droit des contrats*, *op. cit.*, p. 405, n°530). Il est d'ailleurs vrai que cet article est souvent d'application délicate dans les mécanismes conditionnels de transfert de droits sociaux contenus dans les pactes. C'est par exemple le cas dans une promesse conditionnée à un licenciement où l'on voit mal comment réputer accomplie la condition en question car la notion « d'intérêt à son accomplissement » y est difficilement transposable. Dans cette hypothèse, un auteur propose, au moins pour les promesses dans lesquelles les parties sont supposées œuvrer pour éviter l'arrivée de l'évènement suspensif, d'appliquer *a contrario* l'article 1304-3 du Code civil et de réputer défaillie la condition suspensive lorsque l'un des contractants en a abusivement permis l'accomplissement (V. ZOUËIN Giselle, *Les promesses unilatérales de cession forcée d'actions. Réflexions sur l'obligation comme garantie et peine privée dans le cadre des pactes d'actionnaires. Étude à partir des droits français et libanais*, *op. cit.*, p. 523, n°648 et s.).

⁶²¹ Et bien souvent, nous l'avons dit, l'organisation légale des sociétés.

⁶²² LATINA Mathias, *Essai sur la condition en droit des contrats*, *op. cit.*, p. 271, n°372.

⁶²³ V. CAFFIN-MOI Marie, *Cession de droits sociaux et droit des contrats*, Economica, 2009, spéc. p. 297, n°458, qui relève de façon générale que « cession de créance, vente ou contrat *sui generis*, la qualification idoine de la cession de droits sociaux reste encore un mystère. Pourtant, de même que la propriété des titres est largement

le transfert se réalise, la cession de droits sociaux ne sera parfaite qu'à la condition qu'un accord soit intervenu sur la chose et sur le prix comme l'impose l'article 1583 du Code civil. Le modèle du droit d'option, à savoir la promesse unilatérale, relaie cette exigence en imposant de déterminer les éléments essentiels du contrat pour la formation duquel ne manque que le consentement du bénéficiaire⁶²⁴. De la même façon, la promesse conditionnelle de vente ne pourra valoir vente qu'en cas de « consentement réciproque des deux parties sur la chose et sur le prix »⁶²⁵. S'il est vrai que tous les mécanismes organisant un transfert de droits sociaux dans les pactes ne sont pas soumis à cette exigence⁶²⁶, elle n'en demeure pas moins cardinale au plan technique. C'est pourquoi nous analyserons successivement, certes de façon assez peu originale mais néanmoins nécessaire, la détermination de la chose transférée (A) puis la détermination du prix d'acquisition (B).

A. La détermination de la chose transférée

123. Importance mesurée – Bien que le nouvel article 1163 du Code civil ait fait œuvre de simplification en ramassant les anciens articles relatifs à l'objet du contrat⁶²⁷ et en se contentant principalement d'imposer que l'obligation ait pour objet une prestation présente ou future, possible et déterminée ou déterminable⁶²⁸, l'impact pour les mécanismes exigeant un transfert de droits sociaux reste limité. La raison est simple et tient au fait que, optionnel ou conditionnel, le mécanisme indiquera généralement de manière précise la qualité et la quantité de titres sur lesquels il porte. Reste que les parties auront parfois recours à une faculté ouverte par le droit antérieur et donc désormais expressément admise par le nouvel article 1163 du Code civil. Celle-ci consiste à ce que les droits sociaux objets du transfert soient seulement déterminables.

124. Déterminabilité des droits sociaux objets du transfert – Il peut s'avérer utile que la quantité exacte de droits sociaux objets du transfert ne soit pas déterminée. Il en va souvent de la logique même du mécanisme et ce sont ici les techniques optionnelles, au premier rang desquelles les bons de souscription d'action, qui ont le plus cours. Elles permettent en effet

consacrée par le droit positif, la qualification et le régime de la vente semblent s'imposer avec le plus grand consensus ».

⁶²⁴ C. civ., art. 1124, al. 1^{er}. On l'aura compris, pour une promesse unilatérale d'achat ou de vente de droits sociaux, ces éléments essentiels sont les parts ou actions cédés et le prix.

⁶²⁵ C. civ., art. 1589, al. 1^{er}.

⁶²⁶ V. *infra* n°139. De façon plus générale, les parties semblent parfois vouloir échapper à l'exigence de détermination de la chose et du prix en ayant recours à des pratiques peu orthodoxes. C'est le cas des promesses réalisées sous forme de cession en blanc qui, au moins lorsqu'elles ne comportent ni date, ni prix, présentent de nombreux risques juridiques : V. MARTIN Didier et SCHILLER Sophie, *Guide des pactes d'actionnaires et d'associés : 2022/2023*, op. cit., p. 117, n°183 ; GUYON Yves, *Traité des contrats. Les sociétés. Aménagements statutaires et conventions entre associés*, op. cit. p. 368, n°249 ; MOURY Jacques et FRANÇOIS Bénédicte, *Le prix dans les cessions de droits sociaux*, Dalloz, 2^e éd., 2021, p. 75, n°1212.34. S'agissant de la date, la Cour de cassation a récemment précisé qu'entre les parties au pacte elle pouvait être prouvée par tout moyen : Com., 20 mars 2024, n° 23-11.844, *Publié au Bulletin* ; *Rev. sociétés*, 2024, 495, note REYGROBELLET ; *RDC*, 2024, n° 3, 8, note LIBCHABER ; *Dr. sociétés*, 2024, n° 7, 22, note MORTIER ; *RLDA*, 2024, n° 205, 20, note BUREAU ; *RTD com.*, 2024, 684, note LECOURT ; *BJS*, 2024, n° 6, 4, note DONDERO ; *Contrats, conc. consom.*, 2024, n° 5, 10, note LEVENEUR ; *RTD civ.*, 2024, 474, note KLEIN.

⁶²⁷ Auparavant contenus aux articles 1126 à 1130 du Code civil.

⁶²⁸ « L'obligation a pour objet une prestation présente ou future. Celle-ci doit être possible et déterminée ou déterminable. La prestation est déterminable lorsqu'elle peut être déduite du contrat ou par référence aux usages ou aux relations antérieures des parties, sans qu'un nouvel accord des parties soit nécessaire » (C. civ., art. 1163).

d'ajuster le nombre de titres transférés en faisant varier le volume auquel donnera droit le bon de souscription. Par exemple, une méthode prédéfinie permettra de calculer ce volume lorsque le bon rémunère le transfert d'un bien dont la valeur, difficile à fixer de façon définitive, sera révisable dans le temps⁶²⁹. De même, une formule mathématique permettra de déterminer le nombre de titres auquel donne droit le bon attribué à l'actionnaire bénéficiaire d'un mécanisme anti-dilution, souvent appelé « clause de ratchet »⁶³⁰. On songe également aux mécanismes proportionnels, de préemption notamment, où le bénéficiaire pourra opter pour l'acquisition d'une partie des titres cédés à proportion de son pourcentage de détention dans le capital, pourcentage qui aura pu évoluer entre la conclusion du mécanisme et l'exercice du droit d'option⁶³¹. La question de la déterminabilité de l'engagement se corse parfois lorsque ce dernier porte sur une augmentation de capital future. En effet, la société peut souhaiter s'assurer une source de financement en ayant la garantie que ses associés souscriront aux augmentations de capital qu'elle pourrait décider. Or, si le droit des sociétés organise bel et bien dans certaines formes sociales un droit préférentiel de souscription à ces opérations⁶³², il ne prévoit aucune obligation d'acquérir les titres proposés. L'engagement conventionnel souscrit par les actionnaires concernés prend alors la forme d'une promesse de souscription, que l'on peut rattacher à la figure de la promesse unilatérale d'achat et dont on peut se demander si l'objet est bel et bien déterminé ou à tout le moins déterminable. La doctrine a pu rigoureusement exiger pour la validité de ces promesses que le montant et la date de l'augmentation de capital soient

⁶²⁹ FOY Régis, « Bon de souscription d'action », *Rép. sociétés*, Dalloz, 2017, n°67 et s. ; COURET Alain, LE NABASQUE Hervé, COQUELET Marie-Laure, GRANIER Thierry, PORACCHIA Didier, RAYNOUARD Arnaud, REYGROBELLET Arnaud et ROBINE David, *Droit financier*, Dalloz, 2019, p. 448, n°637. Cette pratique pose la difficile question de savoir si un apport peut être rémunéré par des valeurs mobilières donnant accès au capital. La jurisprudence semble avoir répondu positivement, dans le cas de l'attribution d'actions à bons de souscription d'actions (ABSA) et d'obligations convertibles en actions (OCA) (Com., 9 mars 2022, n° 20-14.773, *BJS*, 2022, n°7-8, 16, note LE NOACH), et même dans celui de l'attribution de bons secs (BSA) (V. CA Paris, 17 févr. 2022, n° 21/00370, *RTD com.*, 2022, 797, note MOURY ; *BJS*, 2022, n° 5, 51, note REYGROBELLET ; *D.*, 2023, 22, note MOURY ; *Rev. sociétés*, 2023, 31, note MOULIN ; Com., 10 juill. 2024, n° 22-15.651, *Publié au Bulletin* ; *Dr. sociétés*, 2024, n° 12, 22, note MORTIER ; *BJS*, 2024, n° 11, 24, note AUZERO ; *GPL*, 2024, n° 35, 44, note GRUNDELER ; *D.*, 2024, 1832, notes RABREAU, LAMAZEROLLES et MOULIN ; *GPL*, 2024, n° 28, 1, note HOUTCIEFF ; *RJC*, 2024, n° 10, 18, note DONDERO). Une telle position peut étonner car, même si les titres donnant accès au capital sont considérés comme des titres de capital par l'article L. 212-1-A du Code monétaire et financier, il ne faudrait pas pour autant y voir des titres de capital social pouvant rémunérer un apport au sens de l'article 1843-2, alinéa 1^{er}, du Code civil : V., sur cette question, LE NABASQUE Hervé, « Des apports rémunérés par des valeurs mobilières donnant accès au capital ? », *BJS*, 2022, n°11, p. 37 ; COURET Alain, LE NABASQUE Hervé, COQUELET Marie-Laure, GRANIER Thierry, PORACCHIA Didier, RAYNOUARD Arnaud, REYGROBELLET Arnaud et ROBINE David, *Droit financier*, *op. cit.*, p. 456, n°650 et s.

⁶³⁰ ROUTIER Richard, « Les clauses de ratchet en droit des sociétés », *BJS*, 2002, n°8, p. 259 ; MONOD Françoise, « L'ajustement du prix de souscription à une augmentation de capital par utilisation des bons de souscription d'actions dite "clause de ratchet" », *Actes prat. ing. sociétaire*, 2002, n°62, p.3 ; MARTIN-LAVIGNE Yann, « Clauses de ratchet : de la pratique anglo-saxonne au droit français », *op. cit.* ; DIONE Boubakar, « L'ajustement de valorisation dans les opérations de capital-investissement », *RJDA*, 2006, n°11 ; GERMAIN Michel et MARCHETEAU Denis, « La pratique du capital-risque », *Actes prat. ing. sociétaire*, 2006, n°86, p.3, spéc. n°68 et s.

⁶³¹ V., pour un exemple de rédaction, MARTIN Didier et SCHILLER Sophie, *Guide des pactes d'actionnaires et d'associés : 2022/2023*, *op. cit.*, p. 161, n°251.

⁶³² V. dans les sociétés anonymes, l'article L. 225-132 du Code de commerce applicable aux SAS par renvoi de l'article L. 227-1 du même code. Pour l'exemple d'une société civile immobilière où un droit préférentiel de souscription semblait avoir été prévu par les associés : V. 3e civ., 13 oct. 2016, n°15-13.382, *Dr. sociétés*, 2016, n° 12, 19, note HOVASSE, *Dr. sociétés*, 2017, n° 6, 45, note MORTIER ; *GPL*, 2017, n° 12, 77, note DONDERO.

connus lors de la conclusion de l'engagement⁶³³. Mais il semble que les rédacteurs préfèrent des promesses de souscription rédigées en des termes beaucoup plus larges⁶³⁴. Dans la mesure où l'engagement est consenti par chacune des parties au prorata de sa participation dans le capital, il semble que l'exigence de déterminabilité soit remplie, sans qu'il soit nécessaire de plafonner le montant des augmentations de capital concernées⁶³⁵.

125. On l'aura compris, ce n'est pas la détermination des droits sociaux objets du transfert qui occupe le plus les parties au stade de la rédaction des pactes. Il en va différemment de la façon dont elles vont fixer le prix d'acquisition.

B. La détermination du prix d'acquisition

126. **Perspective technique** – Aborder la question de la détermination du prix d'acquisition dans les mécanismes de transfert de droits sociaux nécessite de procéder à un travail préalable de délimitation. Et pour cause, l'on se trouve ici à la confluence des exigences posées par de nombreuses branches du droit, au premier rang desquelles le droit de la vente et le droit des sociétés⁶³⁶, tant et si bien qu'il semble à première vue difficile d'en rendre pleinement compte sans intégrer l'ensemble de ces éléments de régime. Pourtant, une autre voie nous semble devoir être empruntée. En effet, si l'on ne peut nier que pour évaluer la bonne réception juridique des mécanismes de transfert de droits sociaux il soit nécessaire de mobiliser toutes les branches du droit concernées, il semble néanmoins qu'au plan technique toutes ne puissent être pareillement considérées. C'est-à-dire que certaines exigences participent de la construction *ab initio* du mécanisme tandis que d'autres n'ont qu'une incidence technique indirecte. Cette idée peut s'illustrer par l'exemple. En effet, et comme nous allons le voir, le droit de la vente impose que le prix d'acquisition soit déterminé ou déterminable⁶³⁷. Mais il exige également que le prix soit réel et sérieux, à défaut de quoi la vente est nulle⁶³⁸. Or, on comprend bien que la première contrainte dicte la construction du mécanisme, à savoir qu'il faudra prévoir un prix, déterminé ou déterminable, tandis que la seconde n'affecte que son montant qui devra être adéquat pour ne pas encourir la nullité. Mais le mécanisme de détermination du prix reste inchangé. Il en va de même de la jurisprudence relative aux clauses léonines. Si elle est souvent présentée comme imposant par exemple que l'actionnaire qui dispose d'une option de vente de ses

⁶³³ GUYON Yves, *Traité des contrats. Les sociétés. Aménagements statutaires et conventions entre associés*, op. cit., p. 172, n°94 et p. 361, n°240.

⁶³⁴ V. MARTIN Didier et SCHILLER Sophie, *Guide des pactes d'actionnaires et d'associés : 2022/2023*, op. cit., p. 237, n°368, qui donne l'exemple de rédaction suivant : « les Parties s'engagent à souscrire à toute augmentation de capital de la Société à proportion de leurs participations respectives dans le capital social, ainsi qu'à toute émission d'instrument financier pouvant constituer des fonds propres ».

⁶³⁵ SCHLUMBERGER Edmond, *Les contrats préparatoires à l'acquisition de droits sociaux*, op. cit., p. 60, n°64.

⁶³⁶ Mais on peut évidemment penser également au droit des marchés financiers, au droit de la concurrence, au droit du travail en présence d'un actionnaire salarié, etc.

⁶³⁷ V. *infra* n°128 et s.

⁶³⁸ Il s'agit désormais d'une nullité relative : V. 3e civ., 21 sept. 2011, n° 10-21.900, *Bull. civ.*, 2011, III, n° 152 ; *D.*, 2011, 2711, note MAZEAUD ; *JCP N*, 2012, n° 1, 33, note WALTZ ; *RDC*, 2012, n° 1, 47, note SAVAUX ; *RDC*, 2012, n° 1, 130, note SEUBE ; *GPL*, 2011, n° 303-307, 18, note HOUTCIEFF ; *Dr. et patr.*, 2012, n° 211, 64, obs. STOFFEL-MUNCK ; *D.*, 2012, 459, obs. AMRANI-MEKKI et MEKKI ; *Com.*, 22 mars 2016, n°14-14.218, *Bull. civ.*, 2016, III, n°50 ; *RDC*, 2016, n° 3, 435, note LAITHIER ; *Dr. sociétés*, 2016, n° 7, 17, note MORTIER ; *GPL*, 2016, n° 19, 76, note DONDERO ; *GPL*, 2016, n° 17, 23, note HOUTCIEFF ; *JCP E*, 2016, n° 18, 30, note DISSAUX ; *RJC*, 2016, n° 3, 254, note MONSÉRIÉ-BON ; *RTD com.*, 2016, 317, note BOULOC.

titres à prix plancher ne puisse l'exercer que pendant une certaine fenêtre de temps, de façon à ce qu'il reste soumis au risque de perte en dehors de cette durée⁶³⁹, elle n'impacte pas la construction juridique du mécanisme qui demeure un transfert de titres optionnel à prix déterminé ou déterminable. La perspective qui nous occupe ici devra donc conduire à ne retenir que les exigences qui impactent la technique de détermination du prix d'acquisition. Or, en la matière, seules deux voies sont envisageables : soit la détermination du prix relève des parties (1), soit elle est confiée à un tiers (2).

1) Détermination du prix par les parties

127. Summa divisio – Deux options d'importance inégale s'offrent aux parties lorsqu'elles choisissent de déterminer le prix dans les mécanismes de transfert de droits sociaux. Celles-ci résultent de l'article 1591 du Code civil qui, tel qu'appliqué par la jurisprudence, permet que le prix soit d'ores et déjà déterminé (a) ou qu'il demeure simplement déterminable (b).

a) Le prix déterminé

128. Sens de l'exigence – Bien qu'il soit acquis depuis longtemps que le prix « constitue un élément essentiel à la vente ; pas de prix, pas de vente »⁶⁴⁰, le lecteur du Code civil est quelque peu surpris de ne pas en trouver définition dans le titre relatif à la vente. En effet, si la définition de la vente est bien fondée sur la notion de prix, celle-ci étant présentée comme la « convention par laquelle l'un s'oblige à livrer une chose, et l'autre à la payer »⁶⁴¹, le prix, pour sa part, n'est pas défini et il est simplement exigé de lui qu'il soit « déterminé et désigné par les parties »⁶⁴². C'est certainement ce flou qui explique le débat relatif à son caractère nécessairement monétaire ou non. La jurisprudence a pourtant admis assez tôt que la vente d'une chose puisse être réalisée moyennant une contrepartie autre qu'un versement de somme d'argent⁶⁴³. Mais certains continuent de penser que, s'il peut en effet être stipulé payable en nature, le prix doit nécessairement être fixé et évalué en argent, sans quoi il n'y aurait pas vente⁶⁴⁴. Si l'on peine à trouver ce qui justifierait une telle exigence de conversion, il faut bien admettre que, s'agissant des cessions de droits sociaux, la difficulté reste relative car c'est naturellement que le prix prendra la forme d'une somme d'argent⁶⁴⁵. C'est

⁶³⁹ V. Com., 22 févr. 2005, n° 02-14.392, *Bull. civ.*, 2005, IV, n° 37 ; *Banque et Droit*, 2005, n° 102, 58, note RIASSETTO ; *Rev. sociétés*, 2005, 593, note LE NABASQUE ; *RDC*, 2005, n° 3, 776, note LUCAS ; *JCP E*, 2005, n° 24, 1029, note HOVASSE ; *Dr. sociétés*, 2005, n° 6, 17, note TRÉBULLE ; *Dr. et patr.*, 2005, n° 138, 100, note PORACCHIA. Sur cette confrontation du système optionnel avec la prohibition des clauses léonines : V. *infra* n°215

⁶⁴⁰ MALAURIE Philippe, AYNÈS Laurent et GAUTIER Pierre-Yves, *Droit des contrats spéciaux*, *op. cit.*, p. 155, n°185.

⁶⁴¹ C. civ., art. 1582, al. 1^{er}.

⁶⁴² C. civ., art. 1591. V., MOULIN Jean-Marc, « L'invalidation du prix et les volontés des parties », in *La sortie de l'investisseur*, Litec, 2007, p. 121, spéc. p. 122, n°4, pour qui « le prix, en tant que tel, ne participe pas encore au nombre des concepts généraux irriguant la théorie générale du contrat ».

⁶⁴³ 3e civ., 9 déc. 1986, n°85-13.373, *Bull. civ.*, 1986, III, n°177.

⁶⁴⁴ BARRET Olivier (actualisation BRUN Philippe), « Vente : formation », *Rép. civ.*, Dalloz, 2019, n°401. *Adde*, dans le même sens, MALAURIE Philippe, AYNÈS Laurent et GAUTIER Pierre-Yves, *Droit des contrats spéciaux*, *op. cit.*, p. 155, n°185. L'avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux propose en effet d'intégrer un nouvel alinéa 2 à l'article 1582 du Code civil qui disposerait qu'en matière de vente « le prix consiste en une somme d'argent. Il peut être complété par la fourniture d'un bien ou d'un service ».

⁶⁴⁵ Néanmoins, dans certains cas particuliers, la contrepartie réelle du transfert de titres sera autre. C'est l'hypothèse des cessions à prix symbolique où il existe une contrepartie onéreuse autre que le prix, par exemple la

pourquoi, en la matière, le prix déterminé au sens strict de l'article 1591 du Code civil doit s'entendre d'un prix chiffré⁶⁴⁶.

129. Inadaptation aux transferts organisés dans les pactes d'associés – En soi, l'exercice de chiffrage d'un transfert de droits sociaux, pour difficile qu'il soit, ne devrait pas représenter un obstacle majeur. Il est vrai que les méthodes d'évaluation sont multiples⁶⁴⁷ et que les analystes, appuyés par la jurisprudence, ont depuis longtemps intégré la nécessité de prendre en compte les perspectives d'avenir d'une société pour procéder à l'estimation de ses parts ou actions⁶⁴⁸. Mais, nous l'avons vu, la particularité des transferts organisés dans les pactes est de rechercher un retard dans le déclenchement de l'opération, que le mécanisme soit conditionnel ou optionnel⁶⁴⁹. Il n'y a donc pas de transfert « sec » à proprement parler. Or, une chose est de procéder à un chiffrage à un instant T en prenant en compte la rentabilité potentielle et future de la société concernée, une autre est de procéder à une « estimation anticipée de la valeur de ces droits au jour où l'acquisition interviendra »⁶⁵⁰, jour le plus souvent inconnu ce qui rend un chiffrage *a priori* « par construction impossible »⁶⁵¹. Les droits sociaux constituent ainsi un bien à la valeur fortement fluctuante, principalement dépendante de l'évolution financière de la société⁶⁵², ce qui écarte toute tentative d'estimation chiffrée *in futurum* des titres concernés par le transfert⁶⁵³. En réalité, toute prédétermination du prix n'est pas exclue mais celle-ci ne résultera pas d'un procédé d'estimation. En effet, c'est lorsque le mécanisme de transfert est le « support d'une opération essentiellement financière »⁶⁵⁴ que les parties se livrent à cet exercice de fixation. Le cas le plus connu est celui de l'investisseur, via la pratique des prix planchers. Ce dernier, loin de vouloir se soumettre à l'incertitude inhérente à l'évolution de la valeur des titres, se verra consentir une option de vente à prix déterminé. Grâce au taux d'intérêt fréquemment stipulé, il s'assurera de pouvoir récupérer sa mise et de réaliser une plus-value minimale. Il se gardera simplement d'exercer son option si, au jour de la sortie potentielle, la valeur des titres est supérieure au prix plancher initialement convenu⁶⁵⁵. La logique est similaire à celle du portage car, dans les deux cas, le prix stipulé correspond le plus souvent au « prix de souscription initial auquel est ajouté un taux de rendement minimum »⁶⁵⁶. De telles pratiques

prise en charge d'un passif (FREYRIA Charles, « Le prix de vente symbolique », *D.*, 1997, p. 51 ; LAMBERT Thierry, « L'exigence d'un prix sérieux dans les cessions de droits sociaux », *Rev. sociétés*, 1993, p. 11 ; GARRIGUES Brigitte, « La contre-prestation du franc symbolique », *RTD civ.*, 1991, p. 459). V., pour une illustration récente, Com., 10 oct. 2018, n°17-12.564, *RJDA*, 2019, 1, 27.

⁶⁴⁶ MOURY Jacques et FRANÇOIS Bénédicte, *Le prix dans les cessions de droits sociaux*, *op. cit.*, p. 74, n°1212.31.

⁶⁴⁷ V., distinguant deux grandes familles méthodologiques d'évaluation, l'une purement patrimoniale et l'autre axée sur la rentabilité de l'entreprise : CHARVÉRIAT Anne, JULIENNE Vanessa et NITHART Amélie, *Mémento Cessions de parts et actions*, Éd. Francis Lefebvre, 2023, n°35130.

⁶⁴⁸ *Ibid.* V., admettant l'appréciation des « perspectives d'avenir excellentes » d'une société et du caractère florissant du marché immobilier à la date du fait générateur de l'impôt : Com., 15 sept. 2009, n°08-16.444.

⁶⁴⁹ V. *supra* n°108 et s.

⁶⁵⁰ SCHLUMBERGER Edmond, *Les contrats préparatoires à l'acquisition de droits sociaux*, *op. cit.*, p. 69, n°79.

⁶⁵¹ *Ibid.*

⁶⁵² Mais pas uniquement : V. *supra* n°53 et s.

⁶⁵³ La problématique n'est pas non plus étrangère aux cessions de droits sociaux entendues au sens strict, ne serait-ce qu'en raison de l'écoulement du temps entre le « signing » et le « closing », ce qui conduit logiquement au développement des clauses d'ajustement de prix : MOULIN Jean-Marc, « L'invalidation du prix et les volontés des parties », *op. cit.*, p. 123, n°6.

⁶⁵⁴ SCHLUMBERGER Edmond, *Les contrats préparatoires à l'acquisition de droits sociaux*, *op. cit.*, p. 71, n°82.

⁶⁵⁵ *Ibid.*, p. 69, n°80.

⁶⁵⁶ BOURGEOIS-BERTREL Marina et BERTREL Jean-Pierre, « Portage de droits sociaux », *op. cit.*, n°3.

témoignent du fait que, si l'on peut mesurer la valeur d'un actif, le prix en revanche n'est jamais que « la résultante d'un accord entre les parties »⁶⁵⁷. Cet accord se singularise lorsque le prix est uniquement déterminable.

b) Le prix déterminable

130. Souplesse ancienne – Il est vrai qu'« une lecture littérale de l'article 1591 conduirait à exiger que les parties se mettent d'accord sur un chiffre et l'indiquent sur l'*instrumentum* »⁶⁵⁸ mais cette interprétation a rapidement été abandonnée par le droit français à l'époque contemporaine. Ainsi, au début du XXe siècle, la jurisprudence affirmait déjà qu'« il suffit, pour la formation de la vente, que le prix puisse être déterminé, en vertu des clauses du contrat, par voie de relation avec des éléments ne dépendant plus de la volonté, ni de l'une ni de l'autre des parties »⁶⁵⁹. Le principe fut maintenu et la formule affinée pour parvenir à une jurisprudence constante considérant que « s'il résulte de l'article 1591 du Code civil que le prix de la vente doit être déterminé et désigné par les parties, ces dispositions n'imposent pas que l'acte porte lui-même indication du prix, mais seulement que ce prix soit déterminable ; que tel est le cas lorsqu'il est lié à la survenance d'un événement futur ne dépendant pas de la seule volonté de l'une des parties ni d'accords ultérieurs entre elles »⁶⁶⁰.

131. Rigidité maintenue – Certes, l'interprétation souple de l'article 1591 du Code civil donnée par la jurisprudence a eu le mérite de ne pas condamner la conclusion de nombreux contrats qui profitent de cette alternative entre prix déterminé et simplement déterminable⁶⁶¹, mais il ne faudrait pas y voir un blanc-seing donné aux parties dans la détermination du prix. En premier lieu, et cela ressort directement de la formule retenue par la jurisprudence, le prix n'est déterminable que s'il remplit la double condition de pouvoir être fixé sans qu'un nouvel accord des parties ne soit nécessaire et sans que l'une d'elles n'ait conservé un pouvoir sur cette fixation⁶⁶². À défaut, le prix indéterminable équivaut à

⁶⁵⁷ MOULIN Jean-Marc, « L'invalidation du prix et les volontés des parties », *op. cit.*, p. 121, n°2.

⁶⁵⁸ MALAURIE Philippe, AYNÈS Laurent et GAUTIER Pierre-Yves, *Droit des contrats spéciaux*, *op. cit.*, p. 158, n°188.

⁶⁵⁹ Cass. req., 7 janv. 1925, *DH*, 1925, 57.

⁶⁶⁰ Com., 7 avr. 2009, n°07-18.907, *Bull. civ.*, 2009, IV, n°48 ; *Dr. et patr.*, 2009, n°183, 89, obs. AYNÈS et STOFFEL-MUNCK ; *RTD civ.*, 2009, 321, note FAGES ; *JCP E*, 2009, n°41, 18, note MARTY. Pour une application récente, V. Com., 21 sept. 2022, n°20-16.994, *Publié au Bulletin* ; *GPL*, 2023, n°1, 4, note HOUTCIEFF ; *JCP E*, 2023, n°5, 34, note GRIGNON ; *JCP E*, 2023, n°3, 1017, note DONDERO ; *BJS*, 2023, n°1, 20, note MASSART ; *Rev. sociétés*, 2023, 23, note PILLET ; *JCP E*, 2023, n° 29, 30, note CAFFIN-MOI ; *RDC*, 2023, n° 1, 54, note HAMELIN ; *RTD civ.*, 2023, 92, note BARBIER.

⁶⁶¹ V. BARRET Olivier (actualisation BRUN Philippe), « Vente : formation », *op. cit.*, n°417, pour qui « si cette condition [de l'article 1591 du Code civil] était appliquée à la lettre, elle rendrait pratiquement inconcevable la conclusion de nombreux marchés à terme, dont les modalités d'exécution sont dépendantes des fluctuations économiques. À quoi il faut ajouter, d'une part, que souvent, dans les ventes de marchandises, les parties n'ont pas précisé, lors de la conclusion de la vente, quelle sera la qualité de la marchandise vendue, et, d'autre part, que le vendeur ne connaît pas forcément, au moment de la commande, le coût exact de la fabrication de la marchandise ».

⁶⁶² Ce qui témoigne en soi de la rigidité du système français relativement à la fixation du prix. V., pour comparaison, l'Uniform Commercial Code américain (§2-305) qui admet une vente à prix indéterminé et considère que dans cette hypothèse il faut se référer à un prix raisonnable : « *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* ». *Adde*, pour une comparaison plus large avec d'autres droits étrangers : MOURY Jacques, « Retour sur le prix : le champ de l'article 1163, alinéa 2, du code civil », *D.*, 2017, p. 1209, n°9 et s.

une absence de prix et la vente est nulle, de nullité relative⁶⁶³. De plus, le juge ne peut suppléer la carence des parties étant donné que la Cour de cassation refuse pour le moment toute hypothèse de fixation judiciaire du prix⁶⁶⁴ ou d'une méthode de détermination de ce dernier⁶⁶⁵. Les mécanismes de transfert de droits sociaux prévus dans les pactes sont donc enserrés dans un cadre strict. D'autant plus que, malgré les appels d'une partie de la doctrine qui, à la suite des fameux arrêts d'assemblée plénière de 1995 ayant fait échapper les contrats-cadres à l'exigence de détermination du prix⁶⁶⁶, avait souhaité voir généralisée la possibilité d'une fixation unilatérale du prix⁶⁶⁷, ni les contrats préparatoires à l'acquisition de droits sociaux, ni la cession de titres elle-même, ne sont en principe éligibles aux dispositifs désormais prévus aux articles 1164 et 1165 du Code civil⁶⁶⁸. Ainsi, « la cession de droits sociaux et les promesses qui en préparent la réalisation restent soumises aux rigueurs de l'article 1591 du Code civil et à l'interprétation qui en a été constamment donnée, hostile à toute maîtrise d'une des parties sur la détermination du prix »⁶⁶⁹. Une telle situation n'est pas sans incidences techniques.

132. Incidences techniques en matière de transfert de titres – Les mécanismes préparant des cessions de droits sociaux ne sont pas les seuls à recourir à la déterminabilité du prix car « dans de nombreuses hypothèses, à raison de la nature et de la durée des prestations centrales, de l'usage du marché, des soucis des parties, le prix sera seulement déterminable, c'est-à-dire susceptible de détermination au jour où son règlement devra intervenir en

⁶⁶³ 3e civ., 21 sept. 2011, n° 10-21.900, préc. ; Com., 22 mars 2016, n° 14-14.218, préc.

⁶⁶⁴ V., censurant une cour d'appel qui avait considéré « qu'en l'absence de désaccord entre les parties à l'époque de la cession, il y a lieu de se référer au principe selon lequel le prix d'une action est au moins celui de sa valeur au jour de la négociation » : 1^{re} civ., 24 févr. 1998, n° 96-13.414, *Bull. civ.*, 1998, I, n° 81 ; *BJS*, 1998, n° 5, 465, note COURET. Le juge ne peut donc fixer un complément de prix en prenant en compte un élément qui ne résultait pas de la commune intention des parties : Com., 13 mars 2024, n° 22-15.309. *Adde*, Com., 4 juin 2025, n° 24-11.580, *Lexbase aff.*, 2025, n° 824, note SAINTOURENS. L'avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux entend confirmer que « le juge ne peut se substituer aux parties pour définir lui-même le prix ou leur imposer une méthode de détermination autre que celle qu'elles auraient prévue au contrat » (article 1603, alinéa 2 de l'avant-projet). En revanche, le juge serait autorisé à liquider le prix « quand les éléments objectifs tirés du contrat le lui permettent » (article 1604, alinéa 2 de l'avant-projet).

⁶⁶⁵ Com., 29 juin 1981, *Bull. civ.*, 1981, IV, n° 298.

⁶⁶⁶ Cass., ass. plén., 1^{er} déc. 1995, n° 91-15.578, *Bull. ass. plén.*, 1995, n° 7 ; Cass., ass. plén., 1^{er} déc. 1995, n° 91-19.653, *Bull. ass. plén.*, 1995, n° 8 ; Cass., ass. plén., 1^{er} déc. 1995, n° 91-15.999, *Bull. ass. plén.*, 1995, n° 7 ; Cass., ass. plén., 1^{er} déc. 1995, n° 93-13.688, *Bull. ass. plén.*, 1995, n° 9 ; *D.*, 1996, 13, note AYNÈS ; *RTD civ.*, 1996, 153, obs. MESTRE ; *RTD com.*, 1996, 316, note BOULOC.

⁶⁶⁷ V. not. AUBERT DE VINCELLES Carole, « Pour une généralisation, encadrée, de l'abus dans la fixation du prix », *D.*, 2006, p. 2629 ; SCHLUMBERGER Edmond, *Les contrats préparatoires à l'acquisition de droits sociaux*, *op. cit.*, p. 119, n° 142.

⁶⁶⁸ Ces derniers permettent, dans les contrats cadre (C. civ., art. 1164) et dans les contrats de prestation de service (C. civ., art. 1165), que le prix soit fixé unilatéralement par l'une des parties postérieurement à la conclusion du contrat. En cas d'abus dans la fixation du prix, le juge peut être saisi d'une demande tendant à obtenir des dommages et intérêts et le cas échéant la résolution du contrat. Une partie de la doctrine (MALAURIE Philippe, AYNÈS Laurent et GAUTIER Pierre-Yves, *Droit des contrats spéciaux*, *loc. cit.*) évoque l'argument selon lequel, à considérer que le prix serait visé par l'article 1163 du Code civil, toute fixation unilatérale n'est pas à exclure car ce dernier article juge une prestation déterminable lorsqu'elle peut être déduite du contrat « sans qu'un nouvel accord des parties soit nécessaire ». Il est vrai que l'absence de pouvoir de l'une des parties sur la fixation de la prestation n'est pas mentionnée comme condition de la déterminabilité mais on voit mal pourquoi le Code civil prendrait la peine de réserver un régime spécial au prix fixé unilatéralement via les articles 1164 et 1165 s'il s'avère *in fine* possible de le rattacher simplement à l'article 1163. Sur le rattachement plus général et à écarter du prix à l'article 1163 du Code civil : V. *infra* n° 143.

⁶⁶⁹ SCHLUMBERGER Edmond, *Les contrats préparatoires à l'acquisition de droits sociaux*, *op. cit.*, p. 120, n° 142.

application d'indications inscrites au contrat, dès sa formation »⁶⁷⁰. Néanmoins, force est de constater que l'impossibilité de fixer le prix au moment de l'exécution du contrat a conduit en la matière au développement d'une véritable technique contractuelle par laquelle les rédacteurs vont fixer dès la formation du contrat les éléments qui permettront de constituer le prix de cession le moment venu. Il est d'usage de présenter les mécanismes établis par les parties en les confrontant directement aux critères de la déterminabilité mais, en réalité, la construction technique de la détermination du prix suppose un raisonnement en deux temps.

- 133.** En premier lieu, et avant toute chose, il faut que la formule retenue produise les effets escomptés au regard de la définition de la déterminabilité du prix, c'est-à-dire qu'elle permette effectivement d'aboutir à un prix. Certes, les juges du fond disposent du pouvoir souverain d'interpréter l'intention des parties⁶⁷¹, mais en aucun cas ils ne pourront suppléer leur carence si les éléments choisis rendent la détermination du prix impossible⁶⁷². Dans cette perspective, doit nécessairement être annulée en raison de l'imprécision de ses critères la promesse de cession qui visait un prix définitif qui devait tenir compte de la situation comptable de la société, ainsi que des « événements importants et dettes nouvelles importantes »⁶⁷³. À l'inverse, constitue une véritable formule de détermination du prix, suffisamment précise, celle qui le définit comme étant égal au montant des capitaux propres de la société à une date déterminée, diminué du résultat bénéficiaire de l'exercice courant entre deux dates, majoré d'une somme qu'elle fixe et diminué de la valeur nette comptable des immobilisations corporelles et incorporelles⁶⁷⁴. Il faut comprendre ici qu'en raison de l'office limité du juge sur ces questions, doit être recherchée une formule de détermination du prix « rigoureusement automatique »⁶⁷⁵, permettant, par la précision de ses paramètres, « un chiffrage mécanique du prix »⁶⁷⁶. L'automaticité exigée dans la construction du mécanisme n'interdit pas certaines souplesses. Ainsi, l'engagement de rétrocéder ses actions au prix de la « fourchette haute au 31 décembre de l'année précédant la cession » est suffisamment déterminé dans la mesure où ladite fourchette est calculée par un tiers⁶⁷⁷. De même, lorsque la cession porte sur les titres composant le capital de plusieurs sociétés, la ventilation du prix entre les titres de chacune d'entre elles n'est pas requise pour la détermination du prix et pour la validité de l'opération, dès lors qu'elle ne constitue pas une condition de la vente⁶⁷⁸.

⁶⁷⁰ MOUSSERON Pierre, RAYNARD Jacques et SEUBE Jean-Baptiste, *Technique contractuelle*, Éd. Francis Lefebvre, 5^e éd., 2017, p. 137, n°335.

⁶⁷¹ Com., 5 mai 1970, n°68-13.523, *Bull. civ.*, 1970, n°147.

⁶⁷² V. CHARVÉRIAT Anne, JULIENNE Vanessa et NITHART Amélie, *Mémento Cessions de parts et actions*, *op. cit.*, n°37080 et s.

⁶⁷³ Com., 23 mai 2006, n°05-11.406.

⁶⁷⁴ Com., 18 juin 1996, n°94-17.327, *JCP E*, 1996, n°1, 589, obs. CAUSSAIN et VIANDIER ; *BJS*, 1996, n°12, 1013, note COURET.

⁶⁷⁵ COURET Alain, GUILLOT Jean-Louis et PELTIER Frédéric, « La maîtrise du risque d'indétermination du prix dans les cessions d'actions », *Dr. sociétés Actes prat.*, 1992, n°2, p. 4.

⁶⁷⁶ MOULIN Jean-Marc, « L'invalidation du prix et les volontés des parties », *op. cit.*, p. 128, n°12.

⁶⁷⁷ En l'occurrence la chambre syndicale des agents de change : CA Paris (1^e ch.), 11 févr. 1992, 1^e ch., A, *BJS*, 1992, 421. Il ne faut toutefois pas confondre fourchette et simple plafonnement du prix ne le rendant pas déterminable : Com., 21 sept. 2022, n°20-16.994, préc.

⁶⁷⁸ Com., 8 avr. 2008, n° 06-18.042, *Bull. civ.*, 2008, IV, n° 84 ; *RTD com.*, 2008, 780, note CHAMPAUD et DANET ; *RTD civ.*, 2008, 475, note FAGES ; *BJS*, 2008, n° 7, 608, note COURET ; *Rev. sociétés*, 2008, 577, note MOURY ; *Dr. sociétés*, 2008, n° 7, 11, note COQUELET. L'absence de ventilation du prix n'est toutefois pas

134. Une fois assuré du fait que la formule retenue par les parties pour déterminer le prix de cession peut réellement être mise en œuvre, il faut vérifier que les éléments choisis répondent aux critères de la déterminabilité, à savoir ne pas nécessiter un nouvel accord des parties et ne pas dépendre de la seule volonté de l'une d'entre elles. S'agissant de la première condition, elle pose une difficulté particulière au regard des paramètres de référence qui permettront de calculer le prix. En effet, ceux-ci sont principalement comptables et financiers⁶⁷⁹ alors que la situation comptable sera le plus souvent à établir au moment du déclenchement du transfert. Les orientations jurisprudentielles montrent que le fait qu'un bilan comptable doive être établi pour calculer le prix de cession ne rend pas en soi ce dernier indéterminable⁶⁸⁰. Encore faut-il que les comptes sociaux en question soient fiables⁶⁸¹ et que l'établissement du bilan soit de nature à lui seul à entraîner la détermination du prix de façon objective⁶⁸². L'idée ici est que l'on doit pouvoir parvenir à un chiffrage du prix sans qu'un accord n'ait à intervenir sur la production des paramètres de référence. Tel n'est pas le cas lorsque la fixation du prix définitif nécessite l'établissement contradictoire du bilan par les parties au moment de la régularisation de la cession, sans que les parties aient prévu la désignation, en cas de désaccord, d'un expert chargé d'arrêter l'estimation définitive, un nouvel accord de volonté des parties étant alors nécessaire⁶⁸³. La logique est similaire lorsque les parties se réfèrent à la prise en charge d'un passif car sa fixation doit pouvoir être faite en fonction d'éléments indépendants de leur volonté⁶⁸⁴. C'est pourquoi l'on recommande, pour éviter l'annulation de la cession sur le fondement de l'indétermination du prix, « de s'en remettre à l'office d'un tiers pour [...] obtenir les données chiffrées correspondant aux divers paramètres qui ont été retenus dans la formule de prix »⁶⁸⁵.

135. S'agissant de la seconde condition relative au fait que la détermination du prix ne doit pas dépendre de la seule volonté de l'une des parties, elle a d'abord posé un problème de fond étant donné qu'une partie de la doctrine y a vu un relais de l'interdiction des conditions potestatives⁶⁸⁶. Certaines décisions ont en effet expressément fait référence à l'ancien article 1174 du Code civil dans ce type de contentieux⁶⁸⁷. Pourtant, et ainsi que l'ont montré

sans conséquences fiscales : V. CHARVÉRIAT Anne, JULIENNE Vanessa et NITHART Amélie, *Mémento Cessions de parts et actions*, *op. cit.*, n°37043.

⁶⁷⁹ V. GARÇON Jean-Pierre, « Fixation d'un prix de cession de titres et référence aux éléments comptables », *JCP E*, 2000, n°12, 496. Mais les facteurs juridiques, tel l'impact d'une situation de contrôle ou de blocage, ont aussi leur place dans l'évaluation de droits sociaux : V. MOUSSERON Pierre, « Les facteurs juridiques dans l'évaluation de droits sociaux », *RJDA*, 2006, n°3. La valorisation de la prime de contrôle a même fait l'objet d'une reconnaissance constitutionnelle : Cons. Const., 18 sept. 1986, Décision n°86-217 DC ; *Rev. sociétés*, 1986, 606, note GUYON.

⁶⁸⁰ Com., 18 juin 1996, n°94-17.327, préc.

⁶⁸¹ Com., 19 mai 1992, *BJS*, n°7-8, 747, note COURET.

⁶⁸² Com., 13 janv. 1971, n°69-12.174, *Bull. civ.*, 1971, IV, n°13.

⁶⁸³ Com., 4 déc. 1999, n°97-15.654, *Bull. civ.*, 1999, IV, n°234 ; *BJS*, 2000, n°4, 448, note COURET.

⁶⁸⁴ Com., 7 déc. 1976, n°75-12.464, *Bull. civ.*, IV, n°311.

⁶⁸⁵ MOULIN Jean-Marc, « L'invalidation du prix et les volontés des parties », *op. cit.*, p. 132, n°15.

⁶⁸⁶ GHESTIN Jacques, « L'indétermination du prix de vente et la condition potestative (de la réalité du consentement à la protection de l'une des parties contre l'arbitraire de l'autre) », *D.*, 1973, p. 293 ; COURET Alain, GUILLOT Jean-Louis et PELTIER Frédéric, « La maîtrise du risque d'indétermination du prix dans les cessions d'actions », *Dr. sociétés Actes prat., loc. cit.* ; GUYON Yves, *Traité des contrats. Les sociétés. Aménagements statutaires et conventions entre associés*, *op. cit.*, p. 321, n°210.

⁶⁸⁷ V. par ex. Com., 14 juin 2005, n°03-14.529.

plusieurs auteurs par la suite⁶⁸⁸, l'assimilation est contestable. D'une part, le prix est un élément essentiel du contrat de vente ne pouvant en principe servir de condition, cette dernière n'étant qu'une modalité d'une obligation⁶⁸⁹. En outre, les champs d'application des deux dispositifs diffèrent car n'est nulle que « l'obligation contractée sous une condition dont la réalisation dépend de la seule volonté du débiteur »⁶⁹⁰ alors que l'indéterminabilité concerne tout autant le pouvoir du vendeur que celui de l'acquéreur sur la détermination du prix⁶⁹¹. Reste que la maîtrise des parties sur les éléments de référence servant au calcul du prix imprègne de nombreux mécanismes de transfert de titres, au premier rang desquels ceux que l'on appelle clauses d'*earn out*⁶⁹². Il s'agit d'une technique par laquelle cédant et cessionnaire vont indexer une partie du prix sur les bénéfices futurs de la société, soit directement soit dans le cadre d'une cession en deux temps où le premier bloc de titres est cédé à prix déterminé et le second conservé par le cédant. Ce dernier bloc fait alors l'objet de promesses croisées d'achat et de vente et c'est ce prix qui dépendra des résultats de la société. Bien qu'elle puisse en théorie être mobilisée à chaque fois que le vendeur désire être associé à la rentabilité de la chose⁶⁹³, la convention d'*earn out* est particulièrement populaire dans le domaine de l'acquisition de droits sociaux⁶⁹⁴. Le problème vient du fait que les parties à la cession sont rarement toutes deux totalement extérieures à l'évolution des résultats de la société. Dans la structure classique de l'*earn out*, le cédant conserve une fonction, souvent de direction, dans l'entité concernée tandis que le cessionnaire devient associé majoritaire⁶⁹⁵. Et, en théorie, ce dernier a plutôt intérêt à minorer les résultats tandis que le cédant pourrait chercher à les augmenter artificiellement⁶⁹⁶. Au plan technique, la véritable question est de savoir si la déterminabilité du prix, et donc l'exigence que ce dernier soit indépendant de la volonté de l'une ou l'autre des parties, permet ou non ce type de montages. Un arrêt ancien, dit du *Crédit Suisse*, semblait traduire une certaine rigidité des juges quant à la maîtrise de l'acquéreur sur la détermination du complément de prix⁶⁹⁷.

⁶⁸⁸ FRISON-ROCHE Marie-Anne, « L'indétermination du prix », *RTD civ.*, 1992, p. 269, spéc. n°31 ; WERTENSCHLAG Bruno, « Prix déterminable et cession de droits sociaux », *JCP N*, 1991, n°21, 100510, spéc. §7 et s. ; SCHLUMBERGER Edmond, *Les contrats préparatoires à l'acquisition de droits sociaux*, *op. cit.*, p. 116, n°140.

⁶⁸⁹ *Ibid.* Adde, TERRÉ François, SIMLER Philippe, LEQUETTE Yves et CHÉNEDÉ François, *Droit civil, Les obligations*, *op. cit.*, p. 1472, n°1336.

⁶⁹⁰ C. civ., art. 1304-2.

⁶⁹¹ CHARVÉRIAT Anne, JULIENNE Vanessa et NITHART Amélie, *Mémento Cessions de parts et actions*, *op. cit.*, n°37104.

⁶⁹² V. not. POITRINAL François-Denis, « Cessions d'entreprise : les conventions de *earn out* », *JCP N*, 1999, n°14, 594 ; BERTREL Jean-Pierre et BERTREL Marina, « Les garanties lors de l'acquisition du contrôle d'une société : l'*earn out* », *Dr. et patr.*, 2008, n°175, p. 44 ; MOUSSERON Pierre, *Les conventions sociétaires*, LGDJ, 2^e éd., 2014, p. 139, n°182 et p. 170, n°230 ; COUPET Caroline, « Clause d'*earn out* », in *Les principales clauses des contrats d'affaires*, LGDJ, 2^e éd., 2018, p. 285, n°584 et s. ; MARTIN Didier et SCHILLER Sophie, *Guide des pactes d'actionnaires et d'associés : 2022/2023*, *op. cit.*, p. 230, n°354 et s.

⁶⁹³ MALAURIE Philippe, AYNÈS Laurent et GAUTIER Pierre-Yves, *Droit des contrats spéciaux*, *op. cit.*, p. 164, n°196. V., en matière de droits d'auteur, l'article L. 131-4 du Code de la propriété intellectuelle qui prévoit notamment que « la cession par l'auteur de ses droits sur son œuvre peut être totale ou partielle. Elle doit comporter au profit de l'auteur la participation proportionnelle aux recettes provenant de la vente ou de l'exploitation » (al. 1^{er}).

⁶⁹⁴ V. CMS European M&A Study 2025, observant que les structures d'*earn-out* se retrouvent dans 25% des deals [consultable en ligne : [CMS European M&A Study 2025: Market Trends & Insights | CMS Law](#)].

⁶⁹⁵ BERTREL Jean-Pierre et BERTREL Marina, « Les garanties lors de l'acquisition du contrôle d'une société : l'*earn out* », *op. cit.*, qui relève que le cédant « reste généralement aux commandes de la société (ou impliqué d'une façon ou d'une autre dans son management) pendant un délai convenu appelé " période intermédiaire " ».

⁶⁹⁶ GUYON Yves, *Traité des contrats. Les sociétés. Aménagements statutaires et conventions entre associés*, *loc. cit.*

⁶⁹⁷ CA Paris, 22 nov. 1972, *D.*, 1974, 93, note MALAURIE et, sur pourvoi, 1^{er} Civ., 12 nov. 1974, n° 73-10.850, *Bull. civ.*, I, n° 301. En l'espèce, il s'agissait du prix de cession des parts d'une société ayant pour objet la

Néanmoins, la Cour de cassation a validé à plusieurs reprises le principe d'une indexation du prix sur l'activité de la société⁶⁹⁸. Mais les arrêts se font rares et lorsque le complément de prix est par trop lié à la volonté du cessionnaire, par exemple quand il est subordonné au maintien dans ses fonctions du cédant, fonctions sociales sur lesquelles le cessionnaire devenu majoritaire a directement la main, la cession encourt l'annulation⁶⁹⁹. Outre les précautions rédactionnelles qu'il convient de prendre afin d'éviter de se référer à des éléments de calculs trop facilement manipulables par les parties⁷⁰⁰, il est permis de penser que ce qui est réellement pourchassé par les juges, ce sont les situations dans lesquelles cédant ou cessionnaire conservent « un pouvoir arbitraire sur le mode de détermination du prix »⁷⁰¹. Or, le contexte sociétaire censé faire prévaloir l'intérêt social conduira à un alignement, au moins *a minima*, des intérêts supposément antagonistes des cédants et cessionnaires⁷⁰², et donc en principe à la validité de la plupart des mécanismes d'*earn out*⁷⁰³.

- 136.** Il ressort de ces constatations relatives au cadre légal de la détermination du prix d'acquisition par les parties que l'incertitude juridique plane sur certaines techniques, principalement dans le domaine de la déterminabilité. D'autant plus que l'ingénierie pratique pousse parfois ledit cadre dans ses retranchements⁷⁰⁴. Mais une autre issue existe, celle du prix déterminé par un tiers.

construction d'un ensemble immobilier. Ce dernier était pour partie fixé à partir du prix de revient de l'immeuble et des loyers qu'il rapporterait. Or, pour les juges, l'acquéreur avait la maîtrise de ces éléments ce qui empêchait de déterminer le prix indépendamment de sa volonté.

⁶⁹⁸ Com., 15 juin 1982, n°79-13.367, *Bull. civ.*, 1982, n°229 ; *Rev. sociétés*, 1983, 329, note GUYON ; Com., 10 mars 1998, n°96-10.168, *Bull. civ.*, 1998, IV, n°99 ; *BJS*, 1998, n°5, 465, note COURET ; *Defrénois*, 1998, n° 10, 664, chron. HOVASSE et HONORAT ; *RTD civ.*, 1998, 898, obs. MESTRE ; *Rev. sociétés*, 1998, 541, note SAINTOURENS. Le législateur y fait d'ailleurs expressément référence en matière fiscale : V. CGI, art. 150-0 A, I, 2.

⁶⁹⁹ Com., 19 janv. 2010, n° 08-19.376, préc.

⁷⁰⁰ COUPET Caroline, « Clause d'*earn out* », *op. cit.*, p. 290, n°593 ; MARTIN Didier et SCHILLER Sophie, *Guide des pactes d'actionnaires et d'associés : 2022/2023*, *op. cit.*, p. 231, n°357.

⁷⁰¹ SCHLUMBERGER Edmond, *Les contrats préparatoires à l'acquisition de droits sociaux*, *op. cit.*, p. 124, n°147. C'est ce qui explique certainement l'attachement de la Cour de cassation à la vision conditionnelle de l'obligation de payer le complément de prix qui lui permet, malgré donc certaines réserves doctrinales auxquelles nous souscrivons, un contrôle de l'arbitraire à travers celui de la potestativité : V., Com., 20 sept. 2011, n°10-17.555, *RDC*, 2012, n°2, 451, note MAZEAUD ; *RTD civ.*, 2012, 115, obs. FAGES ; *RTD com.*, 2012, 129, note CONSTANTIN ; *JCP N*, 2012, n° 41, 41, note DOUET, affirmant expressément pour un complément de prix dû si un certain seuil financier était atteint que « l'obligation au paiement étant subordonnée à la réalisation d'une capacité d'autofinancement supérieure au seuil fixé, événement incertain quant à sa réalisation, la créance de complément de prix était affectée d'une condition et non d'un terme ».

⁷⁰² V., pour un exemple où les cédants reprochaient aux cessionnaires d'avoir « fait obstacle à la perception des compléments de prix auxquels ils avaient droit, en s'abstenant de mettre en œuvre les synergies prévues par un plan d'affaires », et où la Cour de cassation approuve la cour d'appel d'avoir retenu « qu'il n'est pas sérieux d'affirmer que [la société cessionnaire] aurait volontairement différé les actions prévues par [le plan d'affaires] afin de limiter les compléments de prix, alors que son intérêt était évidemment de voir croître les résultats de la société [...] dont elle détenait la totalité du capital, ces résultats lui étant acquis, alors que les compléments de prix n'en auraient représenté qu'une fraction » : Com., 21 avr. 2022, n° 20-20.421, *JCP E*, 2023, n° 1, 25, note BECKER ; *Rev. sociétés*, 2022, 546, note SAINTOURENS ; *JCP G*, 2022, n° 25, 1243, note PILLET.

⁷⁰³ SCHLUMBERGER Edmond, *Les contrats préparatoires à l'acquisition de droits sociaux*, *loc. cit.* Adde, PRAT Sébastien, *Les pactes d'actionnaires relatifs au transfert de valeurs mobilières*, *op. cit.*, p. 186, n°310 et p. 187, n°313.

⁷⁰⁴ On pense notamment aux clauses dites de « buy or sell », ou d'offres alternatives en français (SCHILLER Sophie et DIENER Hugo, « Les clauses d'offre alternative », *Actes prat. ing. sociétaire*, 2002, n°65, p. 32 et s. ; BORGHA Nicolas, « Clause buy or sell », in *Les principales clauses des contrats d'affaires*, *op. cit.*, p. 97, n°186 et s. ; MARTIN Didier et SCHILLER Sophie, *Guide des pactes d'actionnaires et d'associés : 2022/2023*, *op. cit.*, p. 228, n°349 et s). Très utiles en cas de mésententes entre associés, elles permettent dans leur forme classique à un associé A de proposer à un associé B de lui vendre ses titres à un prix qu'il a déterminé. Ce dernier dispose

2) Détermination du prix par un tiers

137. L'intervention d'un tiers dans la détermination du prix d'acquisition des titres objet du transfert peut prendre diverses formes. Il se peut d'abord, en raison de la nature du mécanisme, que le tiers soit directement intéressé à la cession et que son offre sur les titres constitue un pivot de la fixation de leur prix (a). Mais il se peut également que le tiers ait une fonction bien différente et que, loin de vouloir acquérir les titres, il soit seulement là pour les estimer (b).

a) Le tiers offrant

138. **Double hypothèse** – Le dynamisme qui peut imprégner les mouvements d'associés oblige parfois à considérer le rôle d'un tiers potentiel futur associé dans la construction même des mécanismes de transfert de droits sociaux prévus par les pactes. Plus précisément, s'agissant de la détermination du prix d'acquisition, les différences de situation obligent à distinguer l'hypothèse où le tiers intervient dans la fixation du prix alors que sa détermination n'est pas une condition de validité du mécanisme de celle où, au contraire, le régime juridique du transfert envisagé suppose un prix déterminé ou déterminable.

139. **Cas où la détermination du prix n'est pas une condition de validité du mécanisme** – Il est d'abord une série de mécanismes qui organisent une priorité sur un transfert éventuel de droits sociaux. Qu'ils soient directement nommés pacte de préférence, clause de

alors d'une option et peut soit accepter l'offre de vente soit décider de vendre ses propres titres à l'offrant au prix proposé (on parle alors de clause d'offre alternative de vente, mais le mécanisme peut s'inverser et démarrer par une offre d'achat). Que l'on y voie l'association de promesses unilatérales de vente et d'achat (PRIEUR Jean, « Les PME et le capital-risque », *BJS*, 1998, n°10, p. 1033), ou un mécanisme *sui generis* (FAGES Bertrand, « L'efficacité de la clause buy or sell », *RTD civ.*, 2009, p. 525), on consent que l'organisation d'une cession impose à ces stipulations le respect de l'article 1591 du Code civil (SCHLUMBERGER Edmond, *Les contrats préparatoires à l'acquisition de droits sociaux*, op. cit., p. 126, n°150). Or, le fait que l'initiateur de la clause décide seul du prix peut sembler contradictoire avec l'interdiction de sa fixation unilatérale par l'une des parties. Pourtant, face à un pacte d'associés comprenant une clause d'offre alternative, dénommée « clause américaine », selon laquelle, en cas de désaccord grave et persistant susceptible d'entraîner une paralysie dans le fonctionnement de la société et de porter atteinte à l'intérêt social, chaque associé pourrait proposer à l'autre associé de lui céder la totalité de sa participation au sein de la société aux prix et conditions précisés dans son offre, le bénéficiaire de l'offre disposant de trente jours pour lever l'option et étant à défaut tenu de céder ses propres titres à l'associé ayant pris l'initiative de la procédure aux prix et conditions déterminés dans l'offre initiale, la Cour de cassation a fermement affirmé la validité de cette clause au regard de l'exigence de déterminabilité du prix. Elle approuve ainsi la cour d'appel, par un arrêt publié au bulletin, d'avoir retenu « que c'est en vertu d'un engagement synallagmatique librement consenti par des associés pour régler une situation de blocage, que la vente a lieu [et que] les modalités prévues pour la mise en œuvre de la clause permettent la détermination du prix si la procédure a été respectée et qu'une offre remplissant les conditions prévues par le pacte d'associés a été valablement faite, en ce que le prix est déterminable à partir du prix proposé par le potentiel vendeur, qui sert de prix de référence au bénéficiaire de l'offre qui choisirait finalement de ne pas racheter les titres du premier et qui, dès lors, s'engage à vendre ses propres titres aux conditions de prix fixées dans l'offre de vente, que lui a faite l'autre associé. De ces énonciations et appréciations, la cour d'appel, qui a par ailleurs constaté que le déclenchement de la clause était soumis à des conditions objectives, a déduit à bon droit que le mécanisme instauré par la clause d'offre alternative ne laissait pas la fixation du prix à la volonté d'une seule des parties, de sorte que la vente devenait parfaite dès l'exécution par celles-ci de leurs engagements résultant du pacte d'associés » (Com., 12 févr. 2025, n° 23-16.290, *Publié au Bulletin* ; *JCP G*, 2025, n° 15, 687, note SCHILLER ; *Contrats, conc. consom.*, 2025, n° 4, 34, note LEVENEUR ; *Lexbase aff.*, 2025, n° 821, note EMY ; *Dr. sociétés*, 2025, n° 5, 34, note MORTIER ; *Rev. sociétés*, 2025, 332, note FAGES ; *BJS*, 2025, n° 6, 20, note SCHLUMBERGER ; *RDC*, 2025, n° 2, 77, note FRANÇOIS ; *GPL*, 2025, n° 20, 47, note SAUPIN).

préemption ou encore droit de première offre, ils tournent tous autour de la figure juridique du pacte de préférence⁷⁰⁵. C'est-à-dire qu'ils ont pour objet d'imposer un partenaire prioritaire au promettant pour le cas où il se déciderait à contracter. Or, comme nous l'avons vu, cela revient avant tout à exiger un comportement du promettant qui accepte de réserver, au moins formellement, sa première offre au bénéficiaire du pacte⁷⁰⁶. Et si l'on peut discuter de la classification exacte dans laquelle ranger cette obligation du promettant⁷⁰⁷, il n'est pas douteux qu'il y a là un engagement personnel et non réel. Le bénéficiaire n'acquiert donc aucun droit sur le bien objet de la préférence⁷⁰⁸ et, le processus de vente n'étant aucunement enclenché⁷⁰⁹, la fixation du prix n'est pas une condition de validité du pacte de préférence⁷¹⁰. Néanmoins, il y a un intérêt technique à évoquer ces mécanismes ici car bien souvent promettant et bénéficiaire souhaiteront avoir fixé, dès le pacte de préférence, le prix auquel le promettant transmettra son intention de contracter. Plusieurs possibilités existent et l'on retrouve notamment l'opposition déjà évoquée entre prix déterminé et prix déterminable⁷¹¹. Mais l'originalité de la technique réside dans le fait que la fixation du prix dans le pacte pourra servir à gérer la concurrence de tiers également intéressés par le bien. Le pacte de

⁷⁰⁵ Nous décidons donc d'envisager ensemble la préemption et la préférence, en ce qu'elles offrent une priorité sur l'acquisition de droits sociaux. Mais il est vrai que la doctrine a proposé plusieurs tentatives de distinction des deux mécanismes. Pour certains, il y a par exemple préférence lorsque le prix d'acquisition est celui du projet de cession et préemption lorsque ce même prix est indépendant du projet de cession (PRAT Sébastien, *Les pactes d'actionnaires relatifs au transfert de valeurs mobilières*, op. cit., p. 108-109, n°183-184). Une autre position, apparemment plus répandue et plus ancienne, fait de la préemption un mécanisme d'origine légale alors que la préférence aurait nécessairement une nature contractuelle (SAINT-HALARY-HOUIN Corinne, *Le droit de préemption*, LGDJ, 1979, p. 261, n°284). Toutefois, envisager en même temps préférence et préemption semble avoir peu de conséquences dans la mesure où « la clause de préemption évoquée par la doctrine commercialiste ne revêt pas une identité juridique propre, qui serait distincte de celle du pacte de préférence » (SCHLUMBERGER Edmond, *Les contrats préparatoires à l'acquisition de droits sociaux*, op. cit., p. 82, n°95 ; *Adde*, dans le même sens, GAUDEMET Antoine, « La portée des pactes de préférence ou de préemption sur des titres de société », *Rev. sociétés*, 2011, p. 139, n°2 et LE NABASQUE Hervé, « Les avants-contrats » in dossier « Le droit des sociétés et la réforme du droit des contrats », *BJS*, 2016, n°9, p. 518, §1).

⁷⁰⁶ V. *supra* n°111.

⁷⁰⁷ *Ibid.* *Adde*, BÉNABENT Alain, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, LGDJ, 14^e éd., 2021, p. 71, n°62, qui identifie une obligation de ne pas faire consistant « à ne pas s'adresser ailleurs ». La jurisprudence semble s'être plutôt prononcée pour l'existence d'une obligation de faire, énonçant en son temps que « l'article 1143 du Code civil (ancien) n'est pas applicable à la violation d'un pacte de préférence qui met une obligation de faire à la charge du débiteur » (1^{re} civ., 10 juill. 2002, n°00-13.669, *Bull. civ.*, 2002, I, n°192 ; *LPA*, 2003, n°65, 10, note BERNHEIM-DESVAUX ; *RTD Civ.*, 2003, 107, note GAUTIER).

⁷⁰⁸ 1^{re} Civ., 16 juill. 1985, *Bull. civ.*, I, n°224.

⁷⁰⁹ Ce qui rend douteux le fait de voir dans le pacte de préférence, comme a pu le faire la Cour de cassation, une promesse de vente conditionnelle : 3^e civ., 16 mars 1994, *Bull. civ.*, 1994, III, n°58 ; *D.*, 1994, 486, obs. FOURNIER.

⁷¹⁰ V. *supra* n°111. Et si on admet que préférence et préemption relèvent de la même figure juridique, alors la même solution devrait prévaloir pour les « clauses de préemption ». On retrouve pourtant assez facilement la position contraire en doctrine. V. not. CHARTIER Yves, *Droit des affaires*, t. II, PUF, 3^e éd., 1992, p. 407, n°199 ; GUYON Yves, *Traité des contrats. Les sociétés. Aménagements statutaires et conventions entre associés*, op. cit., p. 335, n°220 ; SALGADO Maria-Beatriz, « Le régime des clauses de préemption dans les pactes d'actionnaires des sociétés anonymes », *Dr. sociétés*, 2003, n°3, spéc. §9.

⁷¹¹ MALLET-BRICOUT Blandine, « Le prix : entre détermination et liberté, que choisir ? », *Defrénois*, 2013, n°11, p. 588, spéc. §5 et s. Il est donc valable d'avoir d'ores et déjà prédéterminé un prix dans le pacte (Cass. req., 16 nov. 1943, *S.*, 1944, I, 15 ; Com., 18 oct. 1967, *Bull. civ.*, IV, n°335) ce qui, par le jeu de l'écoulement du temps et de l'évolution de la valeur du bien, pourra faire échec aux volontés spéculatives du promettant : V. 3^e civ., 23 sept. 2009, n°08-18.187, *Bull. civ.*, 2009, III, n°203 ; *JCP N*, 2010, n°6, 22, note LEVENEUR ; *JCP N*, 2010, n°20, 18, note PÉRINET-MARQUET ; *RDC*, 2010, n°1, 32, note GENICON ; *RTD civ.*, 2010, 127, note GAUTIER ; *Dr. et patr.*, 2010, n°188, 72, obs. SEUBE et REVET). En l'espèce, le prix avait été figé pour une durée de vingt ans, ce qui avait protégé le bien et le bénéficiaire contre la spéculation du marché immobilier.

préférence retrouve alors son essence dans la mesure où il consiste « à donner la préférence au bénéficiaire du pacte s'il paye le même prix que celui qu'offrent d'autres personnes intéressées »⁷¹². Les stipulations varient mais le promettant peut ainsi s'engager à proposer le bien au bénéficiaire à « prix égal » ou « aux mêmes prix et conditions »⁷¹³. L'intérêt apparent d'une telle prévision est de faire correspondre le prix des titres à leur valeur de marché⁷¹⁴ même si le risque que tiers et promettant s'entendent sur un prix fictif de nature à décourager le bénéficiaire d'exercer son droit n'est pas négligeable⁷¹⁵. En théorie, rien ne s'oppose aux prévisions des parties étant donné qu'elles peuvent ne rien prévoir quant au prix, acter un prix fixe, élaborer une formule de détermination, recourir à un tiers expert, donner un rôle au bénéficiaire du pacte, faire référence à l'offre d'un tiers, etc. Nous disons en théorie car il n'est pas certain que la Cour de cassation souhaite donner sa pleine mesure à cette apparente liberté contractuelle. En effet, par ce qui a presque les traits d'une saga, la Haute Cour a par trois fois annulé un pacte de préférence mis en place au sein du réseau Leclerc pour indétermination du prix⁷¹⁶. Les espèces étaient presque identiques à savoir qu'un pacte avait été mis en place entre les actionnaires d'une société exploitant un hypermarché sous l'enseigne Leclerc afin d'éviter qu'en cas de cession des titres ces derniers soient transférés à une entité tierce au réseau. Les actionnaires promettants avaient donc l'obligation de les proposer en priorité à leurs coassociés dans l'hypothèse où ils souhaiteraient s'en séparer. Les arrêts étaient alors tous rendus à la suite d'une violation de cette obligation par l'une des parties qui, assignée par ses cocontractants, tenta d'échapper à son engagement en invoquant l'annulation du pacte de préférence pour indétermination du prix. Le moyen peut surprendre lorsque l'on sait que le pacte de préférence n'est pas soumis à cette exigence de détermination du prix⁷¹⁷. Mais la particularité venait ici du fait que les parties avaient, comme cela leur est permis, souhaité dès le pacte s'avancer sur le prix auquel les titres devraient être proposés en cas de cession. Or, et c'est là que le problème se posait, les cocontractants donnaient mandat à un tiers estimateur à qui ils imposaient des critères d'évaluation par trop imprécis, ce qui rendait le prix indéterminable⁷¹⁸. C'est ce qui fonda la Cour à donner raison à l'argumentation des parties n'ayant pas respecté la priorité

⁷¹² MALAURIE Philippe, AYNÈS Laurent et GAUTIER Pierre-Yves, *Droit des contrats spéciaux*, op. cit., p. 109, n°132.

⁷¹³ MALLET-BRICOUT Blandine, « Le prix : entre détermination et liberté, que choisir ? », op. cit., §10 et s. V. égal. GROSS Bernard, « La priorité du bénéficiaire du pacte de préférence : à prix égal ou "à égalité de prix et de conditions" », in *Droits de propriété intellectuelle. Liber amicorum Georges Bonet*, Litec, 2010, p. 281.

⁷¹⁴ V. HENRY Marc et BOUILLET-CORDONNIER Ghislaine, *Pactes d'actionnaires et privilèges statutaires*, EFE, 2003, p. 142, n°277 : « l'offre formulée par ce tiers acquéreur, qui servira alors de prix de référence, correspondra vraisemblablement à la valeur réelle des titres soumise à la loi du marché ».

⁷¹⁵ GUYON Yves, *Traité des contrats. Les sociétés. Aménagements statutaires et conventions entre associés*, loc. cit. Ce concert frauduleux entre tiers cessionnaire et promettant n'est pas toujours facile à prouver : V. Com., 13 nov. 2003, n°99-17.784.

⁷¹⁶ Com., 19 déc. 2006, n°03-21.042 ; Com., 6 nov. 2012, n° 11-24.730, *RTD civ.*, 2013, 110, obs. FAGES ; Com., 5 janv. 2016, n°14-19.584, *BJS*, 2016, n°6, 325, note SCHLUMBERGER ; *JCP E*, 2016, n°5, 1363, obs. MOUSSERON ; *Rev. sociétés*, 2016, 514, obs. MOURY.

⁷¹⁷ V. *supra* n°111.

⁷¹⁸ Référence était faite, au moins dans la première espèce, à des critères retenus au sein du mouvement Leclerc. Les tiers estimateurs devant « veiller plus particulièrement, en ce qui concerne l'évaluation du fonds de commerce, à rechercher tous éléments de comparaison avec des fonds similaires plus spécialement à l'intérieur du mouvement Leclerc » et « tenir compte des critères habituellement retenus dans le mouvement pour d'autres cessions, dans la région ou des régions comparables ». Or, une telle formule posait de fait plusieurs problèmes : les éléments de référence n'étaient pas connus des parties au moment de la conclusion du pacte, ils étaient grandement dépendant des informations que voudraient bien fournir l'une ou l'autre des parties au pacte et, enfin, l'imprécision générale rendait presque impossible la mission du tiers.

prévue par le pacte, approuvant la cour d'appel d'avoir « déduit que la nullité de la stipulation relative à la fixation du prix affectait la convention en son entier »⁷¹⁹.

140. Au plan technique, cela signifierait donc que les parties jouissent d'une liberté relative en matière de détermination du prix dans les pactes de préférence. En effet, elles pourraient certes choisir de ne pas en prévoir et laisser le promettant le fixer au moment de l'offre mais, si elles se décidaient à le contractualiser en amont, alors il devrait répondre aux exigences de la vente et être déterminé ou déterminable. Une telle vision est susceptible de menacer les références faites au prix proposé par un tiers car ce dernier n'est jamais vraiment indépendant de la volonté du promettant qui aura participé à sa fixation. Il nous semble néanmoins que la logique qui fonde ce dernier courant jurisprudentiel est pour partie viciée. Il ressort de la combinaison de ces trois arrêts que ce qui motive la Cour à s'appuyer sur les articles 1591 et 1592 du Code civil, en principe inapplicables au pacte de préférence, tient au fait que les parties se soient avancées sur la teneur de l'offre que devrait faire le promettant, et plus particulièrement sur son prix. Les termes des deux derniers arrêts sont parlants à cet égard car la Cour relève par deux fois que « le cédant avait perdu, par l'effet de ce contrat, la liberté de déterminer lui-même le prix de la cession »⁷²⁰, et, dans la dernière espèce, qu'il était « définitivement engagé par l'offre de vente »⁷²¹. Il y aurait donc « équivalence de position »⁷²² entre le promettant du pacte qui s'est engagé à faire une offre à un certain prix et un cédant classique. Or, s'il n'y a effectivement aucun doute sur le fait qu'une cession simple doit respecter les exigences de l'article 1591 du Code civil, le principe d'autonomie du pacte de préférence doit arrêter là toute analogie et surtout toute identité de régime avec la vente. L'essence du pacte est d'imposer une première offre et non de transférer la propriété d'un bien ou même, à l'image d'une promesse unilatérale, d'engager définitivement l'une ou l'autre des parties dans ce transfert⁷²³. Certes, une offre doit comprendre « les éléments essentiels du contrat envisagé »⁷²⁴, ce qui inclut le prix pour une vente, et l'on veut bien consentir que lorsque ce dernier est prévu par le pacte de préférence c'est à ce contrat qu'il faut se référer pour apprécier si l'offre comprend ou non les éléments essentiels de la vente projetée⁷²⁵. Si la méthode de détermination du prix prévue par les parties le rend indéterminable alors, en effet, l'offre sur le contenu de laquelle le promettant s'est engagé n'en est juridiquement pas une. Mais quelle doit être la sanction ? Le Code civil est désormais très clair sur ce sujet puisque l'offre qui ne remplit pas les conditions requises vaut seulement « invitation à entrer en négociation »⁷²⁶. Et il n'y a

⁷¹⁹ Com., 6 nov. 2012, n° 11-24.730, préc. ; Com., 5 janv. 2016, n° 14-19.584, préc.

⁷²⁰ *Ibid.*

⁷²¹ Com., 5 janv. 2016, n° 14-19.584, préc.

⁷²² SCHLUMBERGER Edmond, « La nullité d'un pacte de préférence pour indétermination du prix », *BJS*, 2016, n° 6, p. 325, § 8.

⁷²³ Rappelons que le promettant peut finalement renoncer à vendre tout comme le bénéficiaire ne pas donner suite à la priorité qui lui est donnée.

⁷²⁴ C. civ., art. 1114.

⁷²⁵ L'exercice est important car le principe est bien que « l'acceptation de l'offre de vente formulée en exécution d'un pacte de préférence vaut vente » (3e civ., 22 sept. 2004, n° 02-21441, *Bull. civ.*, 2004, III, n° 157 ; *JCP E*, 2005, n° 11, 468, obs. RAYNARD ; *GPL*, 2005, n° 51, 41, obs. ROMAN ; *RTD Civ.*, 2005, 122, note MESTRE et FAGES). Encore faut-il qu'il s'agisse bel et bien d'une offre ferme de vente, et non de la simple notification ou affichage du prix et des conditions de la vente projetée : 3e civ., 28 sept. 2023, n° 22-15.576, *Publié au Bulletin* ; *RTD civ.*, 2024, 88, note BARBIER ; *JCP N*, 2024, n° 11, 25, note MEKKI ; *Dr. et patr.*, 2024, n° 343, 12, note GIBault ; *D.*, 2024, 50, note DEPAEPE.

⁷²⁶ C. civ., art. 1114.

nullement incohérence avec la nouvelle définition légale du pacte de préférence étant donné que le promettant ne s'engage qu'à proposer prioritairement au bénéficiaire « de traiter avec lui »⁷²⁷. Autrement dit, dans les circonstances ayant donné lieu aux décisions évoquées, plutôt que de soumettre la stipulation de prix, et par ricochet le pacte, à un examen de validité au regard de dispositions relatives à la vente normalement inapplicables, mieux aurait-il fallu maintenir la priorité à laquelle avait droit le bénéficiaire⁷²⁸. De sorte que si promettant et bénéficiaire ne parviennent pas à s'accorder sur le prix en raison des difficultés de mise en œuvre de la stipulation qui le détermine, il n'y a simplement point de vente. Ce qui, du reste, est toujours l'une des issues possibles lorsque l'on ne se fait pas consentir qu'une préférence⁷²⁹. On pourrait objecter que cela revient à dénaturer la volonté des parties qui, en fixant dès le pacte le prix projeté, en ont fait un élément essentiel de leur consentement⁷³⁰. Son indéterminabilité devrait alors rejaillir sur la validité de toute la convention⁷³¹. Mais, d'une part, il nous semble que cela conduit à méconnaître la nature même du pacte, qui est avant tout d'exiger un comportement et non de préparer un transfert⁷³². Et, d'autre part, il y a ici de toute évidence un contentieux d'opportunité pour le contractant en situation d'inexécution qui tente de « se dégager de ses obligations en prétendant découvrir le défaut de détermination [du] prix »⁷³³. Autant d'arguments qui devraient donc militer pour un maintien de la liberté contractuelle en matière de fixation du prix dans les pactes de préférence.

- 141.** On notera que les mécanismes de priorité ne sont pas les seules hypothèses où le tiers offrant intervient dans la fixation du prix alors que ce dernier n'est pas une condition de validité du mécanisme. Il en va ainsi du droit de sortie conjointe déjà évoqué⁷³⁴ où un actionnaire, le plus souvent majoritaire, s'engage auprès d'un ou plusieurs actionnaires minoritaires à ce qu'ils puissent céder leurs titres avec lui dans le cas où il rencontrerait un tiers acquéreur. Outre la nature juridique de cet engagement qui prend la forme d'une promesse de porte-fort⁷³⁵, on perçoit bien le rôle du tiers acquéreur dans la détermination du

⁷²⁷ C. civ., art. 1123.

⁷²⁸ V., ce sens, FAGES Bertrand, « L'annulation d'un pacte de préférence pour indétermination du prix », *RTD civ.*, 2013, p. 110, selon qui « la clause litigieuse n'empêchait nullement le promettant d'exécuter efficacement son obligation de conférer la priorité au bénéficiaire en s'adressant d'abord à lui plutôt qu'en cédant directement à des tiers. Au besoin en lui notifiant ses plus grandes réserves quant aux critères d'évaluation fixés par la clause litigieuse ».

⁷²⁹ La partie qui désire un engagement plus ferme pourra chercher à obtenir une promesse unilatérale ou même synallagmatique.

⁷³⁰ V. not. SCHLUMBERGER Edmond, « La nullité d'un pacte de préférence pour indétermination du prix », *loc. cit.*, qui considère que dans cette hypothèse les parties ont choisi « d'ériger le prix d'exercice de la préférence en élément essentiel du pacte ».

⁷³¹ Ce procédé d'« essentialisation » est connu en matière contractuelle. C'est ainsi qu'en matière de vente les parties peuvent faire de modalités accessoires un élément constitutif de leur consentement. En l'absence d'accord sur ces points, la vente n'est alors pas formée : V. BARRET Olivier (actualisation BRUN Philippe), « Vente : formation », *op. cit.*, n°11 et n°12.

⁷³² V. *supra* n°111.

⁷³³ FAGES Bertrand, « L'annulation d'un pacte de préférence pour indétermination du prix », *op. cit.*

⁷³⁴ Ou *tag along* en anglais qui signifie « suivre, accompagner ». V. LE NABASQUE Hervé, DUNAUD Patrick et ELSÉN Patricia, « Les clauses de sortie dans les pactes d'actionnaires », *Dr. sociétés Actes prat.*, 1992, n°5, p. 2, spéc. p. 5, n°25 et s. ; DAIGRE Jean-Jacques et SENTILLES-DUPONT Monique, *op. cit.*, p. 38, n°83 et s. ; VAMPARYS Xavier, « Validité et efficacité des clauses d'entraînement et de sortie conjointe dans les pactes d'actionnaires », *BJS*, 2005, n°7, p. 820 ; MARTIN Didier et SCHILLER Sophie, *Guide des pactes d'actionnaires et d'associés : 2022/2023*, *op. cit.*, p. 209, n°319 et s. V. *supra* n°106.

⁷³⁵ Sur laquelle nous reviendrons : V. *infra* n°183.

futur prix de cession étant donné que les bénéficiaires du porte-fort prendront part à une cession qu'il aura négociée avec le promettant. La doctrine se penchant sur la question de la déterminabilité du prix dans cette hypothèse semble curieusement mélanger la situation de l'acte juridique dont la passation a été promise, à savoir la cession principale, et le porte-fort lui-même⁷³⁶. Les deux régimes nous semblent pourtant à distinguer. Le porte-fort n'exigeant qu'un comportement du promettant, en aucun cas il ne doit satisfaire à l'exigence de déterminabilité du prix. Certes, le promettant pourra avoir pris un engagement auprès des bénéficiaires relativement à ce dernier, notamment pour exclure toute décote de minorité et les faire bénéficier des mêmes conditions de cession que lui, mais cette liberté technique ne doit pas conduire à convoquer les exigences de la vente⁷³⁷. Quant à la cession principale, elle répond aux conditions applicables à toute vente. Si le tiers accepte d'exécuter le porte-fort, alors lui et le promettant sont presque en situation d'offre conjointe vis-à-vis des minoritaires (même si évidemment juridiquement seul le tiers acquéreur devient leur cocontractant). Le prix résultera de la négociation qui s'est opérée entre eux et les bénéficiaires du porte-fort seront libres de céder ou non⁷³⁸. Une fois décidée, la cession devra bien sûr contenir un prix déterminé ou déterminable mais il s'agit d'une phase postérieure qui ne doit pas impacter le régime de l'engagement personnel préalable pris par le promettant dans le cadre du porte-fort⁷³⁹.

142. Cas où la détermination du prix est une condition de validité du mécanisme – Il est d'autres situations où, passant d'un droit à une obligation, la pratique fait basculer le mécanisme d'une exigence de comportement à une exigence de transfert. Ainsi donc des clauses d'entraînement⁷⁴⁰ qui visent à contraindre un groupe d'actionnaires, généralement minoritaires, à céder leurs titres en même temps qu'un ou plusieurs majoritaires afin que ceux-ci puissent bénéficier des conditions avantageuses liées à une cession de contrôle⁷⁴¹. Le fait est qu'au plan juridique le mécanisme est fondé sur une promesse unilatérale de vente consentie par les minoritaires au profit soit directement des majoritaires avec faculté

⁷³⁶ V. SCHLUMBERGER Edmond, *Les contrats préparatoires à l'acquisition de droits sociaux*, *op. cit.*, p. 131, n°155, jugeant « la condition de détermination du prix requise au regard de la fermeté de l'engagement consenti par le promettant » ; VAMPARYS Xavier, « Validité et efficacité des clauses d'entraînement et de sortie conjointe dans les pactes d'actionnaires », *op. cit.*, p. 826, n°2 ; LE NABASQUE Hervé, DUNAUD Patrick et ELSSEN Patricia, « Les clauses de sortie dans les pactes d'actionnaires », *op. cit.*, p. 6, n°28, pour qui, si les titres des minoritaires font l'objet d'une décote, « il est bien évident que les règles de droit civil relatives à la détermination du prix exigent alors qu'une telle décote soit clairement déterminée ou déterminable dans le pacte ».

⁷³⁷ Tout au plus peut-on imaginer que le promettant qui s'est engagé sur un prix dans le porte-fort et qui n'aura finalement pu l'obtenir du tiers acquéreur engagera sa responsabilité contractuelle vis-à-vis du bénéficiaire. V., pour une illustration : CA Paris, 25 nov. 2014, n° 13/06731.

⁷³⁸ Notons que la mise en œuvre de la clause de sortie suppose en principe une procédure de notification du projet de cession au bénéficiaire afin de l'informer des paramètres essentiels lui permettant de faire un choix éclairé : GODON Laurent, « La mise en œuvre des clauses de sortie », in *La sortie de l'investisseur*, *op. cit.*, p. 173, n°12.

⁷³⁹ V. en ce sens, BOUILLET-CORDONNIER Ghislaine, GODOT-SORINE Marie-Alice, LAMAZEROLLES Eddy, MOULIN Jean-Marc, *Pactes d'actionnaires et privilèges statutaires*, *op. cit.*, p. 86, n°182, selon qui « pour la validité de la promesse de porte-fort, peu importe que l'identité du tiers soit inconnue et que le prix soit déterminé ou déterminable ».

⁷⁴⁰ Ou *drag along* qui signifie « tirer, entraîner » en anglais. V. VAMPARYS Xavier, « Validité et efficacité des clauses d'entraînement et de sortie conjointe dans les pactes d'actionnaires », *op. cit.* ; GALLOIS-COCHET Dorothée, « Efficacité et sanction des clauses de sortie », in *La sortie de l'investisseur*, *op. cit.*, p. 201 et s. ; MARTIN Didier et SCHILLER Sophie, *Guide des pactes d'actionnaires et d'associés : 2022/2023*, *op. cit.*, p. 213, n°322 et s.

⁷⁴¹ Au premier rang desquelles la prime de contrôle (V. *supra* n°134).

de substitution au profit d'un tiers acquéreur⁷⁴², soit directement en faveur d'un tiers acquéreur inconnu au moment de la rédaction de la clause. Dans cette dernière hypothèse, on considère en général que le montage relève de la stipulation pour autrui dans la mesure où, conformément à la définition désormais retenue par l'article 1205 du Code civil, le majoritaire, stipulant, fait promettre au minoritaire, promettant, de céder ses titres au tiers bénéficiaire dans l'hypothèse où il céderait également les siens⁷⁴³. On perçoit néanmoins rapidement la difficulté juridique ici car le tiers qui souhaite acquérir les titres va négocier un prix avec l'actionnaire majoritaire, prix sur lequel le minoritaire engagé devra s'aligner (à la différence du droit de sortie conjointe, il ne dispose pas ici d'une option). Le promettant joue donc directement un rôle dans la détermination du prix de cession des titres alors qu'en principe, pour être déterminable, celui-ci doit pouvoir être fixé indépendamment de la volonté de l'une ou l'autre des parties⁷⁴⁴. Une partie de la doctrine soutient néanmoins que l'influence prohibée par la jurisprudence est celle qui conduit à laisser la détermination du prix à l'arbitraire du cédant ou du cessionnaire, ce qui ne serait pas le cas en l'espèce, l'intérêt du minoritaire et du majoritaire coïncidant afin d'obtenir le meilleur prix possible du tiers⁷⁴⁵. Certes, l'abus du majoritaire qui, complice du tiers, accepterait de vendre ses titres à vil prix pour des raisons extérieures n'est pas à exclure. Mais l'hypothèse semble rare, d'autant plus que le minoritaire pourra en amont se faire consentir des garanties quant au prix projeté⁷⁴⁶. Au plan juridique, il nous semble que le raisonnement suivi est le bon dans la mesure où il ne fait aucun doute que l'engagement du promettant doit cette fois-ci être contrôlé au regard des exigences de l'article 1591 du Code civil. La jurisprudence en atteste, sans être toutefois parfaitement claire quant au rôle qu'elle accepte de laisser au tiers offrant dans la détermination du prix⁷⁴⁷.

⁷⁴² Sur la qualification de cette substitution : V. *infra* n°185.

⁷⁴³ Le fait que le tiers bénéficiaire doive assumer une charge, en l'occurrence payer les titres du promettant, n'est en principe pas incompatible avec le mécanisme de la stipulation pour autrui (1^{re} civ., 8 déc. 1987, n°85-11.769, *Bull. civ.*, 1987, I, n° 343 ; *RTD civ.*, 1988, 532, obs. MESTRE ; *D.*, 1989, 233, obs. AUBERT). Les nouvelles dispositions du Code civil ne se prononcent pas sur ce point mais, d'une part, on peut supposer qu'elles ne remettent pas en cause la jurisprudence antérieure (V., néanmoins, s'interrogeant sur ce point : PIETRANCOSTA Alain [dir.], *Le droit des contrats réformé*, t. 1, Fauves Éditions, 2018, p. 87) et, d'autre part, il est possible de soutenir que c'est avant tout une option sur les titres qu'acquiert le tiers. Or, celle-ci est gratuite pour lui (V. SCHLUMBERGER Edmond, *Les contrats préparatoires à l'acquisition de droits sociaux*, *op. cit.*, p. 132, n°156).

⁷⁴⁴ V. *supra* n°130 et s.

⁷⁴⁵ SCHLUMBERGER Edmond, *Les contrats préparatoires à l'acquisition de droits sociaux*, *op. cit.*, p. 133, n°158 ; VAMPARYS Xavier, « Validité et efficacité des clauses d'entraînement et de sortie conjointe dans les pactes d'actionnaires », *op. cit.*, p. 823, n°3.

⁷⁴⁶ Un prix plancher étant une possibilité parmi d'autres : V. RAVISY Noro-Lanto et LEVESQUE Marie-Isabelle, « Les accords conclus entre actionnaires dans les opérations de LBO », *GPL*, 2004, n°148, p. 9, spéc. p. 11.

⁷⁴⁷ La cour d'appel de Paris avait admis dans une affaire de procéder à l'exécution forcée d'une telle stipulation (CA Paris, 21 déc. 2001, n°2001/09384, *BJS*, 2002, n°4, 509, note LE NABASQUE ; *Rev. sociétés*, 2002, 89, obs. GUYON ; *RDC*, 2003, n°1, 165, note LUCAS). Mais, plus récemment, la Cour de cassation a semé le doute en jugeant invalide pour absence de détermination du prix la clause d'un pacte qui prévoyait une obligation de céder leurs titres pour les signataires en cas d'offre ferme d'un tiers acquéreur sur l'intégralité du capital (Com., 27 nov. 2024, n° 23-10.385, *BJS*, 2025, n° 4, 13, note SCHLUMBERGER ; *Rev. sociétés*, 2025, 256, note DUMONT ; *Lexbase aff.*, 2024, n° 818, note DONDERO ; *GPL*, 2025, n° 20, 57, note STOCLET). On est alors en droit de « considérer qu'il n'est pas acceptable, pour la Cour de cassation, que le prix de sortie du débiteur de la clause soit déterminé par référence à celui auquel sort son coassocié qui invoque le jeu de la clause » (DONDERO Bruno, « Danger sur la clause de *drag along* ? », *Lexbase aff.*, 2024, n°818). Mais l'arrêt n'est pas parfaitement clair car la cour d'appel avait étrangement retenu que la clause litigieuse n'était « pas une promesse de vente, qui aurait nécessité que le prix soit déterminé ou déterminable, mais une obligation de céder au prix fixé par l'offre, et, par motifs propres, que l'absence de détermination du prix n'affecte pas la validité du contrat en litige ». De sorte qu'il

143. Soulignons pour finir que nous avons envisagé l'application des exigences relatives au prix uniquement au regard des dispositions relatives à la vente. C'est ce qui permet la distinction évoquée entre mécanismes exigeant un transfert et mécanismes imposant un comportement. Mais il est vrai qu'une perspective plus générale pourrait choisir d'intégrer le prix dans la prestation objet de l'obligation visée par l'article 1163 du Code civil et selon lequel celle-ci doit être « déterminée ou déterminable »⁷⁴⁸. Une telle démarche n'est pas sans conséquence car, à suivre cette logique, il serait possible de contrôler tout mécanisme à l'aune de la détermination de la contrepartie pécuniaire, alors même que ce dernier ne serait pas soumis à l'article 1591 du Code civil⁷⁴⁹. Il existerait donc « en germe au sein même de l'article 1163 un risque d'indétermination généralisée du prix »⁷⁵⁰. Pourtant, comme l'a relevé un auteur⁷⁵¹, plusieurs arguments militent en défaveur d'une telle approche. Nous n'en exposerons que trois. Un argument textuel tout d'abord ressort directement de l'article 1171 du Code civil qui, dans la même sous-section relative au contenu du contrat que l'article 1163, dispose à propos du déséquilibre significatif dans les contrats d'adhésion que celui-ci « ne porte ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation »⁷⁵². Or, si le prix peut être placé dans un rapport d'adéquation avec la prestation c'est qu'il s'en distingue un minimum, sans quoi l'exercice de mesure apparaît bien difficile. Un argument de continuité juridique s'impose ensuite. On le sait, l'assemblée plénière de la Cour de cassation avait refusé dans ses arrêts du 1^{er} décembre 1995 de soumettre le prix à l'exigence de détermination prévue par l'ancien article 1129 du Code civil relatif à la chose objet de l'obligation⁷⁵³, ce dernier n'étant pas applicable « à la détermination du prix en toute matière »⁷⁵⁴. Il serait donc particulièrement surprenant que le rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance du 10 février 2016 se soit proposé, dans le cadre des articles 1164 et 1165 du Code civil, de « tenir compte de l'évolution de la pratique et de la jurisprudence développée depuis quatre arrêts d'assemblée plénière du 1^{er} décembre 1995 »⁷⁵⁵ pour que, par le jeu d'une interprétation extensive, elle fut remise en cause un article plus tôt⁷⁵⁶. Enfin, et c'est l'argument le plus déterminant pour nos développements, le domaine de la détermination du prix en matière de mécanismes de transferts de droits sociaux est un domaine autonome, gouverné par « un

est permis de penser que la Cour de cassation rappelle avant tout l'exigence de contrôle de détermination du prix, sans nécessairement condamner la référence au prix du tiers.

⁷⁴⁸ C. civ., art. 1163, al. 2. V. MARTIN Didier et SCHILLER Sophie, *Guide des pactes d'actionnaires et d'associés : 2022/2023*, *op. cit.*, p. 63, n°97.

⁷⁴⁹ On pense évidemment ici en premier lieu au pacte de préférence : V. *supra* n°115. V. égal. à propos du contrat d'entreprise : PENIN Olivier, « Le prix : heurts et malheurs d'un incompris – Réflexions sur la question du prix dans le contrat d'entreprise après l'avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux », *JCP E*, 2024, n°30-35, 1241.

⁷⁵⁰ LABARTHE Françoise, « La fixation unilatérale du prix dans les contrats cadre et prestations de service », *JCP G*, 2016, n°23, 1110. Ce germe semblait préexister chez certains auteurs antérieurement à la réforme : V. VAMPARYS Xavier, « Validité et efficacité des clauses d'entraînement et de sortie conjointe dans les pactes d'actionnaires », *op. cit.*, p. 826, n°2, énonçant de façon très générale que « la stipulation pour autrui étant un contrat elle suppose que son prix et son objet soient déterminables ».

⁷⁵¹ MOURY Jacques, « Retour sur le prix : le champ de l'article 1163, alinéa 2, du code civil », *op. cit.*

⁷⁵² C. civ., art. 1171, al. 2.

⁷⁵³ V. *supra* n°131.

⁷⁵⁴ 1^{re} civ., 12 mai 2004, n°03-13.847. V. déjà. Cass., ass. plén., 1^{er} déc. 1995, n° 93-13.688, préc.

⁷⁵⁵ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance précitée du 10 février 2016.

⁷⁵⁶ MOURY Jacques, « Retour sur le prix : le champ de l'article 1163, alinéa 2, du code civil », *op. cit.*, n°8.

droit spécial qui commande que le prix en soit déterminé ou déterminable »⁷⁵⁷. Il s'agit bien évidemment du droit de la vente que la Cour de cassation visait déjà en 1995 au sein des « dispositions légales particulières »⁷⁵⁸. Il n'y a donc pas à contrôler ces mécanismes à partir d'une disposition générale sur laquelle prime une disposition plus spéciale⁷⁵⁹.

- 144.** Le rôle du tiers dans la détermination du prix peut donc être assimilé dans un premier temps à celui du marché dans la mesure où c'est son intérêt pour l'acquisition des titres qui permettra d'en fixer le montant. Cette place du tiers n'impacte pas les techniques utilisées de la même façon selon qu'elles sont ou non soumises à l'exigence de déterminabilité du prix. Conscients de cette variabilité, les rédacteurs d'actes pourront préférer donner un tout autre rôle au tiers. Ainsi, plutôt que de se manifester au sein du processus d'acquisition des droits sociaux, le tiers pourra assurer une mission extérieure d'estimation des titres cédés.

b) Le tiers estimateur

- 145. Alternative apparente** – Lorsque l'on évoque le recours au tiers estimateur dans les techniques de détermination du prix d'acquisition de droits sociaux, deux textes viennent immédiatement à l'esprit. L'article 1592 du Code civil tout d'abord, qui admet que le prix puisse « être laissé à l'estimation d'un tiers ». L'article 1843-4 du Code civil ensuite, qui organise le recours à un expert « en cas de contestation » sur la valeur des droits objets de la cession⁷⁶⁰. Comme nous le verrons, ce texte fait aujourd'hui l'objet d'un recours volontaire dans les pactes d'associés, en dehors de son champ d'application formel, ce qui justifie d'y consacrer une attention particulière⁷⁶¹. Bien plus qu'une simple évocation, ce qui frappe c'est la façon dont ces deux textes sont présentés ensemble sous forme d'alternative lorsqu'est abordée la question de la fixation par un tiers du prix de cession de droits sociaux⁷⁶². Ainsi, doctrine et pratique relèvent de longue date que « la zone de recoupement des deux textes s'accroît-elle, à la faveur d'un troublant rapprochement réciproque »⁷⁶³. Pourtant, envisagée au plan technique, l'intervention d'un tiers estimateur dans la détermination du prix d'acquisition aurait normalement dû conduire à une distinction profonde entre le mécanisme de l'article 1592 du Code civil et celui de l'article 1843-4 du même code.

⁷⁵⁷ *Ibid.*, n°7.

⁷⁵⁸ « Attendu 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 » : Cass., ass. plén., 1^{er} déc. 1995, n° 91-15.578, préc., et Cass., ass. plén., 1^{er} déc. 1995, n° 91-15.999, préc.

⁷⁵⁹ Conformément à l'adage « *specialia generalibus derogant* » désormais repris au dernier alinéa de l'article 1105 du Code civil.

⁷⁶⁰ Nous reviendrons dans la suite des développements sur le détail de ces deux dispositions.

⁷⁶¹ V. *infra* n°152 et s.

⁷⁶² V., pour un exemple marquant, toute la partie 2 de l'ouvrage des Professeurs Jacques Moury et Bénédicte François (MOURY Jacques et FRANÇOIS Bénédicte, *Le prix dans les cessions de droits sociaux*, *op. cit.*) consacrée à la tierce estimation et grandement organisée autour de cette distinction entre l'article 1592 et l'article 1843-4 du Code civil. V. égal. LE CANNU Paul et DONDERO Bruno, *Droit des sociétés*, *op. cit.*, p. 409, n°553 ou encore MARTIN Didier et SCHILLER Sophie, *Guide des pactes d'actionnaires et d'associés : 2022/2023*, *op. cit.*, p. 221, n° 334 et s., pour qui il y a « cohabitation de deux experts : celui de l'article 1843-4 et celui de l'article 1592 du Code civil ».

⁷⁶³ MORTIER Renaud, « Le tiers estimateur », in *La sortie de l'investisseur*, *op. cit.*, p. 101, n°2.

146. Un mécanisme de détermination du prix d'acquisition au sens du droit de la vente

– Il est d'abord un mécanisme qui s'impose de lui-même en raison de la place qu'il occupe au sein du droit de la vente⁷⁶⁴. Il s'agit de l'article 1592 du Code civil dont la nature ressort de l'agencement des articles relatifs à la nature et à la forme de la vente⁷⁶⁵. En effet, le siège de l'exigence de déterminabilité du prix d'acquisition se trouve à l'article 1591 du Code civil et, immédiatement en suivant, il est prévu à l'article 1592 que le prix « peut cependant être laissé à l'estimation d'un tiers ; si le tiers ne veut ou ne peut faire l'estimation, il n'y a point de vente, sauf estimation par un autre tiers ». L'adverbe « cependant » est parlant car il traduit le fait que les articles 1591 et 1592 doivent être lus « en bloc ». En somme, le prix doit en principe être déterminé ou rendu déterminable par les parties (article 1591) mais cela peut également être fait en ayant recours à un tiers estimateur (article 1592). Cela signifie que la tierce estimation est ici envisagée comme une technique alternative de détermination du prix d'acquisition, à côté des formules et autres chiffrages⁷⁶⁶. Il ne faut donc pas se méprendre sur son sens : « l'estimation par un tiers désigné suivant la convention des parties rend le prix déterminable »⁷⁶⁷. Les conséquences en matière de régime sont importantes. En effet, si le tiers ne peut ou ne veut procéder à l'estimation, la jurisprudence s'est prononcée à plusieurs reprises pour la nullité de la vente⁷⁶⁸. Une telle solution n'est pourtant pas parfaitement cohérente avec la logique du mécanisme. Le recours au tiers estimateur permet de rendre le prix déterminable et devrait donc assurer à l'éventuelle cession d'être valablement formée, ce qui exclut l'hypothèse de la nullité. Les conditions de validité d'un contrat devant en effet s'apprécier au stade de sa formation, la doctrine propose d'identifier de manière préférentielle un cas de caducité dans l'hypothèse où le tiers fait défaut⁷⁶⁹. Certes, on pourrait estimer qu'il y a peu de différences entre une formule de détermination du prix qui s'avère *in fine* inopérante et le recours à un tiers estimateur qui, toujours *in fine*, ne pourrait ou voudrait procéder à l'estimation. Mais, en réalité, les cas sont différents. Dans le premier, l'indéterminabilité est déjà présente au moment de la rédaction de la formule de calcul du prix, quand bien même les parties ne s'en seraient pas encore rendu compte, alors que dans le second elle n'apparaît qu'au stade où l'estimation ne peut être réalisée par le tiers⁷⁷⁰. Il semble donc que l'on soit bien dans l'hypothèse d'un contrat valablement formé mais devenant caduc car « l'un de ses éléments

⁷⁶⁴ Droit dont on a dit qu'il gouverne directement les transferts de droits sociaux : V. *supra* n°122.

⁷⁶⁵ Articles 1582 à 1593 du Code civil, chapitre Ier du titre VI relatif à la vente.

⁷⁶⁶ V. *supra* n°132 et s.

⁷⁶⁷ Com., 25 mai 1981, *Bull. civ.*, 1981, IV, n°247.

⁷⁶⁸ 1^{re} Civ., 25 avr. 1952, *Bull. civ.*, I, n° 138 ; *RTD civ.*, 1952, 515, obs. CARBONNIER ; Com. 27 avr. 1968, *Bull. civ.* IV, n° 141 ; 2^e civ., 8 avr. 1999, n° 96-18.516, *RTD civ.*, 1999, 852, obs. GAUTIER ; *RTD com.*, 1999, 652, obs. LOQUIN et 884, obs. DANET ; *Rev. sociétés*, 2000, 278, note MOURY.

⁷⁶⁹ V. MOURY Jacques et FRANÇOIS Bénédicte, *Le prix dans les cessions de droits sociaux*, *op. cit.*, p. 177, n°2112.41 et s. ; MALAURIE Philippe, AYNÈS Laurent et GAUTIER Pierre-Yves, *Droit des contrats spéciaux*, *op. cit.*, p. 160 n°190 ; MOURY Jacques, « Modification prochaine de l'article 1592 du code civil : stérile, voire dangereuse », *D.*, 2019, p. 1302, n°6, pour qui « il n'est pas contestable que le prix devant être fixé selon le mode de l'article 1592 est un prix parfaitement déterminable. Aussi le contrat par lequel les parties en sont convenues doit-il recevoir la qualification, *ab initio*, de vente, le défaut possible de détermination ultérieure du prix ne se traduisant que par sa caducité ».

⁷⁷⁰ On peut certes imaginer que la formule, opérante *in abstracto*, ne le soit finalement pas *in concreto* en raison d'irrégularités comptables survenues postérieurement à sa rédaction, ce qui tendrait à rapprocher les deux hypothèses. Mais il nous semble que, même dans ce cas de figure, le défaut de déterminabilité rejaillit sur la formulation originelle retenue par les parties, ce qui explique la nullité.

essentiels disparaît »⁷⁷¹. Cette approche semble avoir récemment reçu l'aval de la Cour de cassation, laquelle a approuvé une cour d'appel d'avoir jugé que la vente était parfaite dès la levée de l'option, le recours au tiers prévu par l'article 1592 du Code civil rendant le prix « déterminable dès le jour de la promesse »⁷⁷². Toujours est-il que le recours au tiers estimateur prévu par le droit de la vente « apparaît comme un procédé pleinement licite de détermination du prix »⁷⁷³. Ce dernier est « en réalité un mandataire commun des deux parties, qui l'ont chargé ensemble d'une mission à effet juridique »⁷⁷⁴. Il n'est ni arbitre⁷⁷⁵, ni expert au sens du Code de procédure civile⁷⁷⁶, mais il importe tout de même qu'il ait véritablement la qualité de tiers, ce qui suppose qu'il ne soit pas sous la dépendance de l'une ou l'autre des parties⁷⁷⁷. Toutefois, la mission d'estimation du tiers n'existe que parce que les parties l'ont bien voulu. Le juge n'a donc pas le pouvoir de le nommer si les parties n'en ont pas convenu ainsi⁷⁷⁸ et, en tant que simple mandataire, il n'a toujours fait aucun doute que le tiers de l'article 1592 du Code civil se devait de respecter les directives d'évaluation des parties⁷⁷⁹. On pressent déjà avec ces derniers éléments la différence de nature qui peut

⁷⁷¹ C. civ., art. 1186, al. 1^{er}. La caducité, qui postule donc un contrat valablement formé, pourrait d'ailleurs fonder la position de la Cour de cassation qui admet que la cession forcée d'actions prévue par un pacte d'actionnaires soit ordonnée en référé alors même que le tiers estimateur n'avait pas encore procédé à la fixation définitive du prix (Com., 13 janv. 2021, n°19-11.726, *Rev. sociétés*, 2021, 243, note PORACCHIA ; *Dr. sociétés*, 2021, 5, 25, note MORTIER). En revanche, si l'on s'en tient à la nullité, il semble difficilement compatible de considérer tout à la fois qu'une vente est entachée de nullité si le tiers ne veut ou ne peut fixer le prix et qu'une même vente puisse être ordonnée en référé avant fixation du prix par le tiers au prétexte que l'obligation de céder n'est pas sérieusement contestable. Mais la cohérence de la décision est peut-être à rechercher ailleurs, du côté des faits de l'espèce. En effet, une part invariable de la valeur des actions avait d'ores et déjà été fixée à un certain montant dans le pacte, le tiers ne devant intervenir que pour fixer « la valeur éventuellement supérieure des actions ». De sorte que l'on peut admettre dans cette hypothèse qu'un accord sur la chose et sur le prix était intervenu et donc que l'engagement de céder était, au moins en partie, définitif.

⁷⁷² Com., 28 mai 2025, 24-13.902. Une unification paraît donc s'opérer avec le régime du tiers expert de l'article 1843-4 du Code civil : V. *infra* n°147.

⁷⁷³ BARRET Olivier (actualisation BRUN Philippe), « Vente : formation », *op. cit.*, n°463.

⁷⁷⁴ BÉNABENT Alain, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, *op. cit.*, p. 48, n°34.

⁷⁷⁵ Car il ne reçoit pas, contrairement à ce que pouvait laisser penser l'ancienne rédaction de l'article 1592 du Code civil selon laquelle le prix pouvait « être laissé à l'arbitrage d'un tiers », pour mission d'exercer un pouvoir juridictionnel : Com., 16 févr. 2010, n°09-11.586, *Bull. civ.*, 2010, IV, n°39 ; *D.*, 2010, 1765, note MOURY ; *BJS*, 2010, n°7, 626, obs. LE CANNU ; *Rev. sociétés*, 2010, 165, note COURET ; *Rev. arb.*, 2010, 504, note DAIGRE ; *JCP E*, 2010, n° 24, 34, note COHEN ; *Dr. sociétés*, 2010, n° 6, 15, note COQUELET.

⁷⁷⁶ En effet, alors qu'un expert judiciaire se contente de donner un avis qui ne lie pas celui qui l'a sollicité (c. pr. civ., art. 246), les tiers des articles 1592 et 1843-4 du Code civil procèdent à une estimation qui s'impose aux parties et au juge : V. CADIET Loïc, « Arbitrer, arbitrator : Glosses et post-glosses sous l'article 1843-4 du code civil », *loc. cit.*

⁷⁷⁷ 1^{re} civ., 2 déc. 1997, n° 95-19.971, *RTD civ.*, 1998, 396, obs. GAUTIER et 898, obs. MESTRE ; *JCP*, 1998, n°1, 129, obs. JAMIN. Eu égard à cette exigence d'indépendance, il n'est selon nous pas possible de qualifier de recours à une tierce estimation les cas où il est prévu que le prix de cession sera arrêté par un organe social, par exemple le conseil d'administration (V., pour une hypothèse où le conseil d'administration avait la charge de déterminer chaque semestre la valeur de marché des actions : CA Paris, 29 oct. 2019, n° 1/00226, *RJDA*, n°6, 311). De sorte que ce mode de calcul du prix doit uniquement être contrôlé au regard des critères de déterminabilité. Or, au regard de l'exigence selon laquelle la détermination du prix ne doit pas dépendre de la volonté de l'une ou l'autre des parties (V. *supra* n°130 et s.), l'influence potentielle de ces dernières sur l'organe en charge de l'évaluation pourrait s'avérer problématique (V., sur ce risque, SCHLUMBERGER Edmond, *Les contrats préparatoires à l'acquisition de droits sociaux*, *op. cit.*, p. 90, n°106 ; GALLOIS-COCHET Dorothee et COCHET François, « La clause de cession forcée dans le pacte d'actionnaires liant des salariés », *Actes prat. ing. sociétaire*, 2008, n°102, p. 75, spéc. p. 80, §15).

⁷⁷⁸ Solution ancienne et constante. V. 1^{re} Civ., 25 avr. 1952, préc.

⁷⁷⁹ V., validant « la conformité de la méthode d'évaluation utilisée à celle choisie d'un commun accord par les parties » : Com., 6 juin 2001, n°98-18.503, *Dr. sociétés*, 2001, n°12, 12, note BONNEAU. *Adde*, Com., 9 oct. 2024, n° 22-23241, *BJS*, 2025, n° 1, 9, note MASSART.

exister entre la tierce estimation « édictée pour la vente »⁷⁸⁰ que nous venons d'évoquer et celle organisée par le droit des sociétés qu'il nous faut à présent aborder.

147. Un mécanisme d'expertise autonome appartenant au droit des sociétés – Eu égard aux présentations combinées qui sont souvent faites des articles 1592 et 1843-4 du Code civil⁷⁸¹, il serait tentant de penser que ce dernier n'est qu'une simple variante adaptée aux droits sociaux de la technique de détermination du prix d'acquisition par recours à un tiers estimateur. La réalité est tout autre et, pour le comprendre, il faut en revenir à la genèse de la disposition⁷⁸². Celle-ci a pour ancêtre l'article 1868 du Code civil qui, avant la loi n°66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales, disposait que « s'il a été stipulé qu'en cas de mort de l'un des associés, la société continuerait avec son héritier, ou seulement entre les associés survivants, ces dispositions seront suivies : au second cas, l'héritier du décédé n'a droit qu'au partage de la société, eu égard à la situation de cette société lors du décès, et ne participe aux droits ultérieurs qu'autant qu'ils sont une suite nécessaire de ce qui s'est fait avant la mort de l'associé auquel il succède ». Cette possibilité de continuer la société uniquement avec les associés survivants, qui ne concernait donc que la société civile, rendait nécessaire la fixation statutaire d'un mode de remboursement des héritiers de l'associé décédé afin d'éviter le partage partiel. C'est le recours à l'expertise qui était jugé le plus sûr par la doctrine⁷⁸³ et qui fut donc retenu par le législateur en 1966. La refonte opérée par la loi n° 78-9 du 4 janvier 1978 donna finalement lieu à la création de l'article 1843-4 à partir de cette ancienne disposition, dont on élargit volontairement le champ d'application car l'intervention de l'expert était perçue comme nécessaire au-delà du seul cas du décès de l'associé de société civile, notamment dans l'hypothèse du décès de l'associé de SARL ou dans les cas de rachat de droits sociaux à la suite d'un refus d'agrément. Et ce sont uniquement des motifs de style qui commandèrent de substituer à la formulation « dans tous les cas où la loi impose la cession de droits sociaux d'un associé ... » la terminologie « dans tous les cas où sont prévus la cession de droits sociaux d'un associé... »⁷⁸⁴. Mais il ne faisait aucun doute dans l'esprit des commentateurs que l'article 1843-4 du Code civil n'était pas « applicable d'autorité à autre chose qu'aux rachats prévus par la loi »⁷⁸⁵. Il en allait d'ailleurs de la logique de la disposition qui, s'accrochant aux cas dans lesquels la loi rendait inéluctable une cession de droits sociaux⁷⁸⁶, anticipait le désaccord sur leur valeur et permettait donc l'intervention d'un tiers « faisant en quelque manière fonction d'instrument

⁷⁸⁰ MOURY Jacques et FRANÇOIS Bénédicte, *Le prix dans les cessions de droits sociaux*, op. cit., p. 168, n° 2111.11 et s.

⁷⁸¹ V. *supra* n°145.

⁷⁸² V. MOURY Jacques, « Réflexions sur l'article 1843-4 du code civil après l'arrêt rendu le 5 mai 2009 par la Chambre commerciale de la Cour de cassation », *Rev. sociétés*, 2009, p. 503, n°2 et s.

⁷⁸³ V. not. HÉMARDE Jean, TERRÉ François et MABILAT Pierre, *Sociétés commerciales*, Dalloz, 1972, p. 321, n°319 : « quant au quatrième procédé, l'évaluation à dire d'expert, il est certainement le plus satisfaisant, en dépit des risques de lenteur inhérents à toute procédure d'expertise, car il tend à faire établir la valeur réelle des droits sociaux de l'associé ». Sur les difficultés posées par les autres types de clauses d'évaluation statutaires : V. BASTIAN Daniel, « Des clauses statutaires concernant l'évaluation des droits sociaux », *Journ. sociétés*, 1935, n°7, p. 401 et s.

⁷⁸⁴ Cet allègement était en effet dû à un amendement présenté par le sénateur Dailly pour éviter les lourdeurs de rédaction : V. MORTIER Renaud, « Le nouvel article 1843-4 du Code civil issu de l'ordonnance n° 2014-863 du 31 juillet 2014 », *Dr. sociétés*, 2014, n°10, p. 13, §9.

⁷⁸⁵ *Ibid.*

⁷⁸⁶ Soit parce qu'elle l'ordonne d'elle-même, par exemple lorsqu'elle exige le rachat des parts de l'associé retenant (C. civ., art. 1869), soit parce qu'elle permet aux statuts d'organiser l'éviction d'un associé (ou de ses héritiers : V. par ex. c. com., art. L. 221-15 en SNC).

légal de détermination de cette valeur »⁷⁸⁷. Il s'agissait donc initialement d'un mécanisme qui, loin de s'ajouter aux techniques de détermination du prix d'acquisition propres au droit de la vente, faisait office de « filet de sécurité »⁷⁸⁸ dans des hypothèses de cession qui la plupart du temps s'imposaient aux parties et comportaient donc un risque inhérent de blocage. Là encore, la logique du mécanisme rejaillit sur son régime. Alors que le juge n'a pas le pouvoir de nommer le tiers de l'article 1592 du Code civil, il est directement intégré dans la désignation de l'expert de l'article 1843-4 et ce dès la première version du texte. Toute absence d'évaluation de la part de l'expert est donc écartée. Le fait est qu'« à la différence de la situation rencontrée avec l'article 1592, la cession ou le rachat ne pourrait pas, ici, ne pas se réaliser »⁷⁸⁹. C'est ce qui explique que le simple fait de s'en remettre à un expert de l'article 1843-4 du Code civil suffise à formaliser l'accord des parties sur la chose et sur le prix, et donc sur la vente, sans qu'il soit besoin d'attendre son estimation⁷⁹⁰. Outre les droits de repentir légaux⁷⁹¹, seule l'erreur grossière de l'expert permet donc de remettre en cause sa détermination de la valeur des droits⁷⁹².

⁷⁸⁷ MOURY Jacques, « Réflexions sur l'article 1843-4 du code civil après l'arrêt rendu le 5 mai 2009 par la Chambre commerciale de la Cour de cassation », *op. cit.*, n°5.

⁷⁸⁸ MORTIER Renaud, « Le nouvel article 1843-4 du Code civil issu de l'ordonnance n° 2014-863 du 31 juillet 2014 », *op. cit.*, §10.

⁷⁸⁹ MOURY Jacques, « Jeux d'ombres sur la détermination du prix par les tiers estimateurs des articles 1592 et 1843-4 du code civil », *Rev. sociétés*, 2005, p. 513, n°5.

⁷⁹⁰ Com., 13 oct. 1992, n°91-10.600, *Bull. civ.*, 1992, IV, n°310 ; *Rev. sociétés*, 1993, 578, note RANDOUX ; *RTD Com.*, 1994, 502, obs. CHAMPAUD et DANET ; *Dr. sociétés*, 1992, n°12, 2, obs. LE NABASQUE ; Com., 2 juill. 1996, n°94-13.454, *Rev. sociétés*, 1997, 345, note SAINTOURENS ; Com., 30 nov. 2004, n°03-13.756, *Bull. civ.*, 2004, IV, n° 210 ; *D.*, 2005, 2950, obs. HALLOUIN et LAMAZEROLLES ; *RTD com.*, 2005, 124, obs. MONSÉRIÉ-BON ; *JCP E*, 2005, n°4, 139, obs. HOVASSE ; Com., 4 janv. 2023, n°21-10.035, *JCP E*, 2023, n°49, 30, note BUCHBERGER ; *JCP E*, 2023, n°10, 19, obs. PACLOT ; *GPL*, 2023, n°21, 67, note PRODHOMME et DEUHLER ; *BJS*, 2023, n°4, 23, note LE NOACH ; *Rev. sociétés*, 2023, 234, note DONDERO ; *RTD com.*, 2023, 169, note MOURY.

⁷⁹¹ V., c. com., art. L. 228-24, al. 2, qui, en cas de refus d'agrément dans une société par actions et de mise en œuvre de l'obligation de rachat, prévoit qu'« à défaut d'accord entre les parties, le prix des titres de capital ou valeurs mobilières donnant accès au capital est déterminé dans les conditions prévues à l'article 1843-4 du Code civil. Le cédant peut à tout moment renoncer à la cession de ses titres de capital ou valeurs mobilières donnant accès au capital ». V. égal. c. com., art. L. 223-14, al. 3, toujours dans l'hypothèse d'un refus d'agrément mais en SARL cette fois-ci, qui dispose que « si la société a refusé de consentir à la cession, les associés sont tenus, dans le délai de trois mois à compter de ce refus, d'acquérir ou de faire acquérir les parts à un prix fixé dans les conditions prévues à l'article 1843-4 du code civil, sauf si le cédant renonce à la cession de ses parts ». Le cédant peut renoncer à tout moment à la cession de ses parts, y compris après la fixation du prix par l'expert : Com., 24 janv. 2024, n° 21-25.416, *Publié au Bulletin* ; *BJS*, 2024, n°4, 21, note SAINTOURENS ; *Dr. sociétés*, 2024, n°4, 41, note HAMELIN ; *RTD com.*, 2024, 377, note LECOURT ; *JCP E*, 2024, n°16, 20, note LATIL ; *Deffrénois*, 2024, n°20, 14, note TISSEYRE.

⁷⁹² Tel est le cas lorsque l'expert évalue les parts de l'associé retrayant d'une société civile à la date de son rapport et non à la date la plus proche de celle de leur remboursement : Com., 9 nov. 2022, n°20-20.830, *Publié au bulletin* ; *JCP E*, 2022, n°50, 27, note DONDERO ; *GPL*, 2023, n°9, 66, note MEZACHE ; *JCP E*, 2023, n°29, 23, note BUCHBERGER ; *Rev. sociétés*, 2023, 162, note REYGROBELLET ; *BJS*, 2023, n°1, 41, note SAINTOURENS. *Adde*, Com., 8 nov. 2023, n°22-11.766, *Publié au Bulletin* ; *BJS*, 2024, n°1, 27, note SCHLUMBERGER ; *RTD civ.*, 2024, 133, note GAUTIER ; *GPL*, 2024, n°7, 66, note STOCLET ; *Rev. sociétés*, 2024, 182, note PILLET ; *JCP E*, 2024, n°21, 26, note BUCHBERGER. Le Conseil constitutionnel avait d'ailleurs confirmé que le fait de retenir la date la plus proche du remboursement des droits sociaux pour leur évaluation est conforme à la Constitution, plus précisément au droit de propriété et au principe d'égalité devant la loi : Cons. Const., 16 sept. 2016, Décision n°2016-563 QPC ; *Dr. sociétés*, 2016, n°11, 11, note MORTIER ; *BJS*, 2017, n°5, 279, note SCHLUMBERGER ; *RTD com.*, 2017, 373, note LECOURT ; *RDC*, 2017, n°1, 142, note TADROS ; *Rev. sociétés*, 2018, 701, note GRUNDELER.

148. Confusion jurisprudentielle – Alors que le champ d’application de l’article 1843-4 du Code civil semblait plus ou moins bien fixé, la Cour de cassation choisit de s’emparer de la largesse des termes de son ancienne version pour étendre son domaine d’intervention. Il fut ainsi d’abord applicable à une cession de titres statutaire⁷⁹³, puis à une simple promesse unilatérale de vente⁷⁹⁴, et enfin à un engagement de cession figurant dans une « charte des associés » extrastatutaire⁷⁹⁵. Animée par une volonté de protéger les intérêts du cédant⁷⁹⁶, la Cour ne se contenta pas de sortir le mécanisme d’expertise de « son lit d’origine »⁷⁹⁷ puisqu’elle offrit toute latitude à l’expert pour procéder à sa mission en jugeant que seul ce dernier « détermine les critères qu’il juge les plus appropriés pour fixer la valeur des droits, parmi lesquels peuvent figurer ceux prévus par les statuts »⁷⁹⁸. La confusion grandissait d’autant plus que le critère de la contestation censé déclencher l’application de l’article 1843-4 du Code civil devenait de plus en plus flou dans la mesure où les juges semblaient admettre d’y inclure tout désaccord sur la valeur⁷⁹⁹, « ce qui peut être très largement entendu et viser le cas où les parties se sont entendues sur une méthode mais où l’une d’elles est déçue du résultat »⁸⁰⁰. C’est une doctrine mécontente⁸⁰¹ qui tentait alors de mettre de l’ordre dans ce nouvel édifice jurisprudentiel. Certains proposaient d’en revenir à « la nature profonde de la règle »⁸⁰², ce qui devait conduire à en réserver l’application aux cas de remboursement des droits sociaux d’un associé au sein de l’entité sociétaire⁸⁰³. D’autres prenaient appui sur un arrêt rendu par la Cour d’appel de Versailles qui opérait une

⁷⁹³ Com., 4 déc. 2007, n° 06-13.912, *Bull. civ.*, 2007, IV, n° 258 ; *JCP E*, 2008, n° 5, 39, note HOVASSE ; *Dr. sociétés*, 2008, n° 2, 15, note MORTIER ; *RTD com.*, 2008, 615, obs. BOULOC ; *JCP E*, 2008, n° 31-34, 32, note GRIMALDI et NETTOD., 2008, 16, obs. LIENHARDA et 323, obs. HALLOUIN et LAMAZEROLLES ; *Rev. sociétés*, 2008, 341, note MOURY ; *BJS*, 2008, n°3, 216, note LUCAS ; Com. 4 déc. 2007, n° 06-13.913, *D.*, 2009, 323, obs. HALLOUIN et LAMAZEROLLES ; *Dr. sociétés*, 2008, n°8-9, 20, MORTIER.

⁷⁹⁴ Com., 24 nov. 2009, n° 08-21.369, *Bull. civ.*, 2009, IV, n° 151 ; *D.*, 2009, 2924, obs. LIENHARD et 2010, 2797, obs. HALLOUIN et LAMAZEROLLES et RABREAU ; *Rev. sociétés*, 2010, 21, note MOURY ; *RTD com.*, 2010, 600, obs. BOULOC.

⁷⁹⁵ Com., 4 déc. 2012, n° 10-16.280, *Bull. civ.*, 2012, IV, n° 223 ; *D.*, 2012, 2962, obs. LIENHARD et 2013, 147, note COURET et 2729, obs. HALLOUIN, LAMAZEROLLES et RABREAU ; *Rev. sociétés*, 2013, 330, obs. MOURY ; *RTD com.*, 2012, 805, obs. CONSTANTIN.

⁷⁹⁶ Com., 8 mars 2011, n° 10-40.069, *Bull. civ.*, 2011, IV, n° 36 (QPC) ; *D.*, 2011, 1390, note COURET et obs. LIENHARD et 2421, note MOURY ; *RTD civ.*, 2011, 364, obs. GAUTIER ; *RTD com.*, 2011, 628, obs. BOULOC.

⁷⁹⁷ LE NABASQUE Hervé, « Dispositions relatives à la valorisation des droits sociaux en cas de cession : réforme de l’article 1843-4 du code civil », *Rev. sociétés*, 2014, p. 647, n°3.

⁷⁹⁸ Com., 5 mai 2009, n° 08-17.465, *Bull. civ.*, 2009, IV, n° 61 ; *D.*, 2009, 1349, obs. LIENHARD et 2195, note DONDERO et 2010, 287, obs. HALLOUIN et LAMAZEROLLES et RABREAU ; *RTD civ.*, 2009, 548, obs. GAUTIER ; *RTD com.*, 2009, 752, obs. CHAMPAUD et DANET et 799, obs. BOULOC ; *Rev. sociétés*, 2009, 503, obs. MOURY ; *BJS*, 2009, n° 9, 728, note COURET ; *D.*, 2009, 2195, note DONDERO.

⁷⁹⁹ Com., 8 mars 2011, n° 10-40.069, préc.

⁸⁰⁰ LE CANNU Paul et DONDERO Bruno, *Droit des sociétés*, op. cit., p. 410, n°553. La Cour avait en effet admis d’appliquer l’article 1843-4 du Code civil alors qu’une méthode d’évaluation avait été convenue entre les parties (Com., 4 déc. 2012, n° 10-16.280, préc.). Une fois la cession parfaite, il n’était néanmoins plus possible de faire intervenir l’expert (Com., 24 nov. 2009, n° 08-21.369, préc.).

⁸⁰¹ V. not. LE NABASQUE Hervé, « Retour (d’humeur) sur l’article 1843-4 du code civil », *Rev. sociétés*, 2011, p. 149 ; MOURY Jacques, « Supplique à l’adresse de mesdames et messieurs les Hauts conseillers afin qu’ils accordent grâces aux praticiens de la tierce estimation », *Rev. sociétés*, 2013, p. 330.

⁸⁰² SCHLUMBERGER Edmond, *Les contrats préparatoires à l’acquisition de droits sociaux*, op. cit., p. 176, n°210.

⁸⁰³ *Ibid.*, spéc. p. 178, n° 212 : « chaque fois que la cession des droits intéresse non pas un ou plusieurs associés considérés séparément, mais la collectivité des associés dans son ensemble, l’opération contractuelle, en ce qu’elle donne lieu à un remboursement des droits sociaux de l’associé sortant, est soumise à la disposition précitée. Ce contexte révèle par conséquent une manifestation originale de l’ordre public sociétaire, selon laquelle chaque associé est censé obtenir la juste valeur de ses droits sociaux lorsque ceux-ci lui sont remboursés par la société ou sous l’impulsion de cette dernière ».

distinction entre les cessions spontanément voulues par les parties et celles imposées par des règles législatives, statutaires ou extrastatutaires⁸⁰⁴. Selon cette dichotomie, le premier type de cessions devait être exclu du champ de l'article 1843-4 du Code civil car dans cette hypothèse « on ne se trouve pas en présence d'une cession “ *prévue* ” par la loi ou par les statuts mais d'une cession “ *convenue* ” qui doit rester gouvernée par le contrat et tout particulièrement par les modalités de détermination du prix que celui-ci comporte »⁸⁰⁵. C'est peut-être parce qu'elle s'aperçut que cette nouvelle construction laissait « libre cours à un flot d'interprétations diverses, variant au gré des décisions rendues sur la question »⁸⁰⁶, que la Cour de cassation exprima un changement d'opinion dans l'arrêt *Crocus Technology* et décida que les dispositions de l'article 1843-4 du Code civil « sont sans application à la cession de droits sociaux ou à leur rachat par la société résultant de la mise en œuvre d'une promesse unilatérale de vente librement consentie par un associé »⁸⁰⁷. Plus probablement, c'est une réforme à venir que la Cour de cassation anticipait ici. Cette dernière, très attendue par la pratique, intervint finalement avec l'ordonnance n° 2014-863 du 31 juillet 2014⁸⁰⁸.

149. Ambivalence légale – C'est une véritable refonte de l'article 1843-4 du Code civil qui fut réalisée en 2014. Ce dernier trouve désormais à s'appliquer dans deux hypothèses. Il est ainsi d'abord prévu que :

« I. – Dans les cas où la loi renvoie au présent article pour fixer les conditions de prix d'une cession des droits sociaux d'un associé, 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 jugement du président du tribunal judiciaire ou du tribunal de commerce compétent, statuant selon la procédure accélérée au fond et sans recours possible.

L'expert ainsi désigné est tenu d'appliquer, lorsqu'elles existent, les règles et modalités de détermination de la valeur prévues par les statuts de la société ou par toute convention liant les parties »⁸⁰⁹.

⁸⁰⁴ CA Versailles, 10 sept. 2009, n°05/01862, *D.*, 2009, 2220, obs. LIENHARD ; *RTDF*, 2009, n°4, 100, obs. PORACCHIA.

⁸⁰⁵ LUCAS François-Xavier, « La place de la liberté contractuelle dans la détermination du prix de droits sociaux à dire d'expert. 1592 vs 1843-4 », in *Le droit des affaires à la confluence de la théorie et de la pratique : mélanges en l'honneur du Professeur Paul Le Cannu*, Dalloz-LGDJ-IRJS-Thomson Reuters Transactive, 2014, p. 343, spéc. p. 347.

⁸⁰⁶ SCHLUMBERGER Edmond, *Les contrats préparatoires à l'acquisition de droits sociaux*, op. cit., p. 176, n°210.

⁸⁰⁷ Com., 11 mars 2014, n° 11-26.915, *Bull. civ.*, 2014, IV, n° 48 ; *RLDA*, 2014, n° 94, 10, note CAFFIN-MOI ; *GPL*, 2014, n° 124-126, 8, note ZATTARA-GROS ; *Dr. sociétés*, 2014, n° 5, 17, note MORTIER ; *RJC*, 2014, n° 3, 187, note MONSÉRIÉ-BON ; *RTDF*, 2014, n° 2, 145, note PORACCHIA ; *JCP E*, 2014, n° 13, 33, note COURET ; *D.*, 2014, 759, obs. LIENHARD et note DONDERO ; *Rev. sociétés*, 2014, 366, note MOURY. V. égal. Com., 14 nov. 2018, n°17-15.828, *JCP E*, 2019, n° 24, 20, note CAFFIN-MOI ; *GPL*, 2019, n° 12, 64, note MICHEL ; *Dr. sociétés*, 2019, n° 3, 22, note MORTIER ; *RJDA*, 2019, n° 3, 203, note COURET ; *BJS*, 2019, n° 2, 8, note SAINTOURENS.

⁸⁰⁸ Ordonnance n° 2014-863 du 31 juillet 2014 relative au droit des sociétés, prise en application de l'article 3 de la loi n° 2014-1 du 2 janvier 2014 habilitant le Gouvernement à simplifier et sécuriser la vie des entreprises.

⁸⁰⁹ Précisons qu'il s'agit en réalité là de la dernière version du texte issue d'une modification de procédure opérée par l'ordonnance n° 2019-738 du 17 juillet 2019 qui a substitué, pour la désignation judiciaire de l'expert, le « jugement du président du tribunal judiciaire ou du tribunal de commerce compétent, statuant selon la procédure accélérée au fond » à l'ancienne « ordonnance du président du tribunal statuant en la forme des référés ». Dans les deux cas la désignation se fait toujours « sans recours possible ». Notons à ce sujet que la Cour de cassation est

En réservant en premier lieu l'expertise de l'article 1843-4 du Code civil aux seuls cas de cession ou de rachat de droits sociaux pour lesquels la loi⁸¹⁰ renvoie à l'article afin de fixer les conditions de prix, le législateur a renoué avec l'esprit initial du mécanisme, à savoir assurer une juste estimation de la valeur de droits sociaux dans des hypothèses où leur cession ou rachat s'impose aux parties⁸¹¹. Mais le deuxième alinéa du I de la disposition trouble ce retour aux sources dans la mesure où l'expert qui serait amené à intervenir se voit contraint de respecter « les règles et modalités de détermination de la valeur prévues par les statuts de la société ou par toute convention liant les parties ». Cette absence de liberté de l'expert dans des hypothèses légales de renvoi⁸¹² pose au moins deux séries de difficultés. En premier lieu, comment articuler cette liberté contractuelle avec les textes qui prévoient l'intervention impérative de l'expert en affirmant que toute clause contraire à l'article 1843-4 du Code civil est réputée non écrite⁸¹³ ? De fait, la clause d'évaluation suffisamment précise pour lier l'expert en tout point contribue à fixer la valeur des titres autrement qu'à dire de tiers, ce qui sera tout à la fois contraire à la disposition qui impose le recours à l'expertise et conforme à celle qui en assure la mise en œuvre. Comme le relève le Professeur Hervé Le Nabasque, « ces difficultés, nées de l'encadrement des pouvoirs de l'expert, y compris dans les cas où la loi “ renvoie ” au mécanisme de l'expertise de prix, ne se seraient évidemment jamais posées si, en ces cas, l'expert avait conservé tout pouvoir

récemment revenue sur sa jurisprudence selon laquelle toute décision du président du tribunal se prononçant sur une demande de désignation de l'expert de l'article 1843-4 du Code civil était insusceptible de recours, sauf excès de pouvoir (V. Com., 11 mars 2008, n° 07-13189, *Bull. civ.*, 2008, IV, n° 62 ; *Dr. sociétés*, 2008, n° 5, 17, note MORTIER ; *JCP E*, 2008, n° 17-18, 26, note COQUELET ; *Rev. sociétés*, 2008, 355, note BARBIÈRI). Désormais, la décision par laquelle le président du tribunal refuse de désigner un expert est susceptible d'appel-réformation et la cour d'appel pourra désigner elle-même un expert par une décision rendue sans recours possible, sauf excès de pouvoir. Seule la décision désignant un expert reste donc insusceptible de recours, sauf appel-nullité en cas d'excès de pouvoir (Com., 25 mai 2022, n° 20-14.352 et n°20-18.307, *Publiés au Bulletin* ; *GPL*, 2022, n° 35, 59, note BARRILLON ; *RTD com.*, 2022, 793, note LECOURT ; *Dr. sociétés*, 2022, n° 7, 13, note MORTIER ; *JCP E*, 2022, n° 26, 16, note DONDERO). Pour un exemple récent d'excès de pouvoir, dans le cas d'un président de tribunal ayant statué en référé pour désigner l'expert et non en la forme des référés (devenue donc procédure accélérée au fond) : Com., 15 févr. 2023, n°21-18.548, *Dr. sociétés*, 2023, n° 5, 21, note MORTIER. Cette compétence du président du tribunal statuant en la forme des référés (désormais donc selon la procédure accélérée au fond) s'étend normalement au règlement des difficultés rencontrées par l'expert dans l'exécution de sa mission, ce qui devrait exclure la compétence du juge des référés : 2° civ., 3 oct. 2024, n° 22-15.788, *Publié au Bulletin* ; *BJS*, 2025, n° 2, 5, note ANSAULT ; *Rev. sociétés*, 2025, 130, note PILLET ; *RTD com.*, 2024, 920, note LECOURT. La chambre commerciale de la Cour de cassation a pourtant admis qu'une partie puisse se voir enjoindre, en référé, de communiquer toute pièce que l'expert de l'article 1843-4 du Code civil indique comme étant nécessaire à l'exécution de sa mission : Com., 27 nov. 2024, n° 23-17.536, *Publié au Bulletin* ; *JCP G*, 2024, n° 51-52, 2136, note DEHARO ; *BJS*, 2025, n° 1, 7, note BARBIÈRI.

⁸¹⁰ Et très vraisemblablement les textes de nature réglementaire même si l'article ne le prévoit pas expressément : V., se prononçant en ce sens en prenant l'exemple de l'article R. 5125-21 du Code de la santé publique qui renvoie à l'article 1843-4 du Code civil dans l'hypothèse de l'exclusion d'un associé d'une société d'exercice libéral de pharmaciens d'officine : LUCAS François-Xavier et PORACCHIA Didier, « Le nouvel article 1843-4 du Code civil », *BJS*, 2014, n°11, p. 474, spéc. p. 476. La Cour de cassation semble adhérer à l'interprétation selon laquelle l'article 1843-4 du Code civil s'applique aux cas de cession imposée au cédant par les dispositions légales ou réglementaires : V. Com., 18 déc. 2024, n°23-14.518, *Publié au Bulletin* ; *BJS*, 2025, n° 2, 7, note GALLOIS-COCHET ; *Dr. sociétés*, 2025, n° 4, 33, note JULLIAN ; *GPL*, 2025, n° 20, 66, note BRIGNON.

⁸¹¹ V. *supra* n°147.

⁸¹² Pour un listage exhaustif de celles-ci au sein du Code civil et du Code de commerce : V. MORTIER Renaud, « Le nouvel article 1843-4 du Code civil issu de l'ordonnance n° 2014-863 du 31 juillet 2014 », *op. cit.*, §6 et §7.

⁸¹³ V. not. c. com., art. L. 221-12, L. 221-16, L. 228-24 et L. 235-6.

pour déterminer, seul, la valeur du rachat »⁸¹⁴. C'est ensuite un problème de cohérence plus théorique qui survient car, nous l'avons dit, ce retour à un champ d'application légal de l'expertise renoue avec la genèse de la disposition qui avait élu le recours à l'expert parmi les autres hypothèses d'évaluation statutaires, jugées moins sûres⁸¹⁵. Il est donc surprenant, au moins pour les cas où la loi ordonne directement la cession ou le rachat, de rendre aux parties par la stipulation de « règles et modalités » d'évaluation ce qu'on avait cherché à leur enlever par l'intervention d'un tiers évaluateur juste, indépendant et judiciairement désigné⁸¹⁶. Cette ambivalence de la loi, entre volonté de redonner un champ d'application plus naturel à l'expertise de l'article 1843-4 du Code civil et souci de prendre en compte les dispositions contractuelles des parties ressort encore plus nettement du II nouveau de ce même article.

150. En effet, outre les cas légaux, il est également prévu que :

« II. – Dans les cas où les statuts prévoient la cession des droits sociaux d'un associé ou le rachat de ces droits par la société sans que leur valeur soit ni déterminée ni déterminable, celle-ci est déterminée, en cas de contestation, par un expert désigné dans les conditions du premier alinéa.

L'expert ainsi désigné est tenu d'appliquer, lorsqu'elles existent, les règles et modalités de détermination de la valeur prévues par toute convention liant les parties ».

Un certain malaise est susceptible de gagner l'observateur face à cet élargissement du champ de l'expertise et ce pour plusieurs raisons. L'esprit du texte tout d'abord semble malmené. Nous l'avons répété, il a pour vocation naturelle d'intervenir à chaque fois que la loi organise elle-même une cession ou un rachat de droits sociaux et qu'il faut déterminer leur valeur⁸¹⁷. Que viennent- donc faire les cessions statutaires au sein de la nouvelle disposition ? Certes, dans bon nombre de cas du I, formellement, la cession ou le rachat intervient en application d'une clause statutaire que la loi a autorisée⁸¹⁸. Ce à quoi il faut ajouter que la règle majoritaire et les opérations sur capital ont pour conséquence que tous les associés ne consentent pas expressément aux statuts, de sorte que « sociologiquement »⁸¹⁹ il serait possible de rapprocher toute cession ou rachat statutaire de ceux ordonnés ou autorisés par la loi. Mais, d'une part, cela contribue à nier pour beaucoup la part contractuelle des statuts et, surtout, il n'était plus question ici de trouver une explication à l'ancienne jurisprudence de la Cour de cassation mais bien de construire un nouvel article. C'est ainsi que l'on comprend le rajout opéré par le législateur à travers ce

⁸¹⁴ LE NABASQUE Hervé, « Dispositions relatives à la valorisation des droits sociaux en cas de cession : réforme de l'article 1843-4 du code civil », *op. cit.*, n°11.

⁸¹⁵ V. *supra* n°147.

⁸¹⁶ V. en ce sens, LE NABASQUE Hervé, « Dispositions relatives à la valorisation des droits sociaux en cas de cession : réforme de l'article 1843-4 du code civil », *op. cit.*, n°16.

⁸¹⁷ V. *supra* n°147.

⁸¹⁸ Tel est par exemple le cas en SNC lorsque la loi permet que l'on déroge statutairement à la règle selon laquelle la société prend fin par le décès de l'un de ses associés (c. com., art. L. 221-15). Reste que lorsque la loi réglemente « une clause envisageant la cession en renvoyant à l'article [1843-4], l'insertion dans les statuts d'une telle clause oblige à appliquer le paragraphe I du nouvel article 1843-4 et non son paragraphe II » : LUCAS François-Xavier et PORACCHIA Didier, « Le nouvel article 1843-4 du Code civil », *loc. cit.*

⁸¹⁹ LE NABASQUE Hervé, « Dispositions relatives à la valorisation des droits sociaux en cas de cession : réforme de l'article 1843-4 du code civil », *op. cit.*, n°20.

Il qui, absent de l'avant-projet, fut intégré non pas pour des raisons philosophiques mais bien parce que la pratique avait émis des signes d'inquiétude lors de la consultation publique à voir des cessions statutaires dépourvues de prix ne pas pouvoir recourir à l'expertise de l'article 1843-4 du Code civil⁸²⁰. C'est donc « de manière très résiduelle et subsidiaire »⁸²¹ que les cessions statutaires ont été intégrées au champ d'application de la disposition étant donné que l'expertise n'est possible en cas de contestation que si la valeur des droits n'est « ni déterminée, ni déterminable » aux termes des statuts. L'ambivalence demeure car, tout en voulant sauver des cessions statutaires mal préparées, le nouvel article souhaite que les parties puissent, d'une façon ou d'une autre, garder la main sur le procédé d'évaluation dans la mesure où il prévoit que « l'expert ainsi désigné est tenu d'appliquer, lorsqu'elles existent, les règles et modalités de détermination de la valeur prévues par toute convention liant les parties ». Outre que l'on peut s'interroger sur le rôle véritable de l'expert dans cette hypothèse⁸²², la règle est d'application malaisée car on comprend que les statuts peuvent prévoir un prix déterminé ou déterminable (ce qui exclue donc l'expertise) mais pas se contenter de fixer des méthodes de valorisation car, les statuts n'étant cette fois-ci pas directement visés dans les directives d'évaluation s'imposant à l'expert⁸²³, cette fixation serait inefficace⁸²⁴. On peut néanmoins se demander ce qu'il adviendrait d'une méthode statutaire d'évaluation qui, bien que ne rendant pas le prix déterminable car dépendant de la volonté de l'une ou l'autre des parties, contiendrait par ailleurs des paramètres objectifs d'évaluation dissociables. Doivent-ils s'imposer à l'expert au motif que les statuts constituent une convention liant les parties ? De toute évidence, l'hypothèse n'est pas celle envisagée par le texte et l'analyse au cas par cas des stipulations statutaires semble relativement fastidieuse et aléatoire. Mais la nature contractuelle des statuts ne permet pas d'interdire une telle argumentation.

151. Toujours est-il que les conventions extrastatutaires sont exclues du champ d'application formel de l'article 1843-4 du Code civil, le législateur revenant là sur l'ancienne position de la Cour de cassation⁸²⁵. Mais ce serait procéder à une analyse trop rapide que de dire que cette nouvelle construction est sans incidence sur la détermination du prix d'acquisition dans les mécanismes de transfert de droits sociaux prévus par les pactes d'associés.

152. Impact pour les mécanismes de transfert de droits sociaux prévus dans les pactes

– Finalement, l'alternative qui n'aurait dû être qu'apparente entre les mécanismes des articles 1592 et 1843-4 du Code civil en raison des différences de nature profondes qui les distinguent devient bien réelle à la suite de ces diverses évolutions. De fait, force est de

⁸²⁰ V. MORTIER Renaud, « Le nouvel article 1843-4 du Code civil issu de l'ordonnance n° 2014-863 du 31 juillet 2014 », *op. cit.*, §10.

⁸²¹ *Ibid.*

⁸²² V. LE NABASQUE Hervé, « Dispositions relatives à la valorisation des droits sociaux en cas de cession : réforme de l'article 1843-4 du code civil », *op. cit.*, n°26, pour qui, lorsqu'une clause de prix est prévue dans une convention extrastatutaire, l'intervention de l'expert n'a « ni sens ni utilité véritable » car il se borne alors à liquider la clause. Il nous semble néanmoins que le contentieux abondant en la matière montre que ce rôle de liquidateur n'est pas à sous-évaluer, les parties s'opposant souvent leurs propres expertises alors même que la formule de calcul rend en apparence le prix déterminable. D'autant plus que, comme le relève l'auteur, l'on peut imaginer des cas où la clause n'aura fixé que des principes d'évaluation devant s'imposer à l'expert (*op. cit.*, n°14).

⁸²³ À la différence du I de l'article.

⁸²⁴ V., regrettant cette incohérence : MORTIER Renaud, « Le nouvel article 1843-4 du Code civil issu de l'ordonnance n° 2014-863 du 31 juillet 2014 », *op. cit.*, §21.

⁸²⁵ Sur laquelle : V. *supra* n°148.

constater « l'irruption de l'expertise de l'article 1843-4 dans la sphère contractuelle »⁸²⁶. Cette expertise participe désormais pleinement de la déterminabilité du prix imposée par l'article 1591 du Code civil, et ce à double titre.

153. D'abord de manière indirecte car, dans les cas d'intervention de droit de l'expert, les pactes conservent la possibilité de fixer des méthodes d'évaluation très précises qui s'imposeront à lui⁸²⁷ à condition de respecter les critères de la déterminabilité. En effet, « l'essentiel est ici que ces règles permettent à l'expert de mener sa mission à bien et notamment d'arrêter un prix en dehors de la volonté unilatérale d'une partie, ce qui suppose qu'elles reposent sur des éléments objectifs ne nécessitant pas l'accord des parties. À défaut, ces méthodes n'existeront pas au sens de l'article 1843-4, I, et l'expert, qui est tenu d'arrêter un prix, retrouvera sa liberté »⁸²⁸. Le procédé est d'ailleurs plus sécurisant que celui de l'article 1592 du Code civil car l'impossibilité pour l'expert de fixer le prix en raison d'une formule le rendant indéterminable n'est point l'absence de vente mais uniquement une liberté retrouvée dans l'évaluation pour ce dernier⁸²⁹.

154. De manière plus directe ensuite car, comme annoncé, bien que les conventions extrastatutaires soient exclues du champ de l'article 1843-4 du Code civil, elles pourraient toujours renvoyer volontairement à ce même article pour déterminer le prix d'acquisition des transferts de droits sociaux qu'elles organisent⁸³⁰. En réalité, pour comprendre la signification technique de cette soumission conventionnelle à l'expertise du droit des sociétés, il faut en revenir aux failles du droit de la vente. En effet, l'article 1592 du Code civil entraîne une double incertitude. En premier lieu, une incertitude sur la désignation du tiers estimateur car si les parties ne parviennent pas à se mettre d'accord le juge n'a pas le pouvoir de le nommer⁸³¹. La difficulté reste relative ici car les parties peuvent avoir contractuellement prévu cette intervention judiciaire. En second lieu, une incertitude sur la réalisation effective de sa mission d'estimation par le tiers. Le point est ici plus problématique car si ce dernier est empêché pour quelque cause que ce soit « il n'y a point vente ». Et la modification opérée par la loi n°2019-744 du 19 juillet 2019 ayant précisé qu'« il n'y a point de vente, sauf estimation par un autre tiers »⁸³² ne semble pas de nature à sortir de l'impasse car, comme le relève un auteur, « selon un premier cas de figure, les parties, ou bien nomment un second tiers estimateur par une convention modificative de leur contrat, ou bien saisissent d'un commun accord le juge pour y procéder : la modification proposée enfonce une porte ouverte, les deux possibilités existant aujourd'hui. Seul propre à susciter des difficultés, c'est le deuxième cas de figure, avec lequel les parties ne se peuvent accorder ni sur la personne d'un tiers ni pour saisir conjointement le juge, qui pouvait prétendre appeler une correction de l'article 1592. Or la solution consistant à prévoir simplement une “ estimation par un autre tiers ” se viendra échouer sur un écueil

⁸²⁶ LUCAS François-Xavier, « La place de la liberté contractuelle dans la détermination du prix de droits sociaux à dire d'expert. 1592 vs 1843-4 », *op. cit.*, p. 356.

⁸²⁷ V. *supra* n°149.

⁸²⁸ LUCAS François-Xavier et PORACCHIA Didier, « Le nouvel article 1843-4 du Code civil », *op. cit.*, spéc. p. 479.

⁸²⁹ Car, dans les hypothèses de l'article 1843-4 du Code civil, l'expert est tenu de procéder à l'estimation.

⁸³⁰ V. COURET Alain et REYGROBELLET Arnaud, « La disponibilité de l'article 1843-4 du code civil », *D.*, 2014, p. 2005.

⁸³¹ V. *supra* n°146.

⁸³² V. C. civ., art. 1592, dans sa dernière version.

infranchissable faute d'un processus de désignation de substitution qui, instauré dans la loi, eût été à même de pallier l'impossibilité naturelle pour le juge de nommer le tiers estimateur hors l'investiture des parties à cette fin »⁸³³. C'est cette insécurité juridique, et certainement une bonne part d'habitude, qui peut expliquer les multiples soumissions conventionnelles à l'article 1843-4 du Code civil, avant et après la réforme de 2014⁸³⁴. Cet attachement de la pratique au dispositif de droit des sociétés est d'ailleurs palpable dans l'évolution même de l'article dont on a vu que son extension aux cessions statutaires sans prix déterminé ou déterminable était issue de craintes émises lors de la consultation publique⁸³⁵. L'expert pouvant désormais être lié dans ses méthodes d'évaluation par les parties, il serait d'autant plus loisible de s'assujettir volontairement à l'article 1843-4 du Code civil⁸³⁶. Ce procédé technique de détermination du prix d'acquisition dans les transferts de droits sociaux pose néanmoins des questions de validité et d'opportunité.

- 155.** Au niveau de la validité, il ne fait pas de doute qu'il soit permis de se soumettre contractuellement à un corps de règles impératives alors même que l'on se situe hors de son champ d'application. La jurisprudence l'admet par exemple en matière de baux commerciaux⁸³⁷ et elle avait expressément reconnu cette possibilité pour l'article 1843-4 du Code civil dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance du 31 juillet 2014⁸³⁸. Elle ne semble pas avoir changé d'avis depuis⁸³⁹. Le questionnement ne porte donc pas réellement sur le fait de savoir si l'on peut ou non recourir volontairement à l'article 1843-

⁸³³ MOURY Jacques, « Modification prochaine de l'article 1592 du code civil : stérile, voire dangereuse », *op. cit.*, n°4.

⁸³⁴ Alors même que le procédé était passablement dangereux avant la réforme de 2014 car l'expert était libre dans ses méthodes d'évaluation ce qui pouvait déjouer les prévisions des parties : V. LE NABASQUE Hervé, « Le champ d'application de l'article 1843-4 du Code civil », *BJS*, 2009, n°11, p. 1018, spéc. p. 1027, pour qui il était « périlleux de perpétuer cette mauvaise habitude ».

⁸³⁵ V. *supra* n°149.

⁸³⁶ V. LE NABASQUE Hervé, « Dispositions relatives à la valorisation des droits sociaux en cas de cession : réforme de l'article 1843-4 du code civil », *op. cit.*, n°23 : « il serait en effet aberrant que dans les cas prévus par les statuts, et faute de clause de prix y figurant, la loi soit venue dire que " l'expert [...] est tenu d'appliquer, lorsqu'elles existent, les règles et modalités de détermination de la valeur prévues par toute convention liant les parties " et que le même mécanisme ne puisse pas résulter d'un contrat ayant pris, en amont, la précaution de " sécuriser " sa clause de prix par un recours à l'expertise ».

⁸³⁷ Cass., ass. plén., 17 mai 2002, n°00-11.664, *Bull. ass. plén.*, 2002, n°1 ; *RTD civ.*, 2003, 85, note MESTRE et FAGES. *Adde*, dans le même sens mais cette fois-ci en matière de crédit immobilier, considérant que « si sont exclus du champ d'application des dispositions relatives au crédit immobilier issues de la loi du 13 juillet 1979 les prêts destinés notamment à financer les besoins d'une activité professionnelle, rien n'interdit aux parties de soumettre volontairement les opérations qu'elles concluent à ces dispositions qui leur sont alors impérativement applicables » : 1^{er} civ., 2 oct. 2002, n°99-18.467, *Bull. civ.*, 2002, I, n° 230 ; *Dr. et patr.*, 2003, n° 111, 111, note CHAUVEL ; *RTD civ.*, 2003, 85, note MESTRE et FAGES. V., néanmoins, pour des solutions plus nuancées dans le cas de soumissions volontaires à la réglementation des baux d'habitation ou des prêts à la consommation : 3^e civ., 21 mars 2007, n° 06-11.843, *Bull. civ.*, 2007, III, n° 41 ; *RDC*, 2007, n° 4, 1205, note SEUBE ; *JCP N*, 2007, n° 27, 14, note ALTIDE ; *D.*, 2008, 1300, obs. DAMAS ; 1^{er} civ., 3 nov. 2016, n°15-23.405, *RDI*, 2018, 444, obs. HEUGAS-DARRASPEN ; *AJ contrat*, 2018, 381, obs. PICOD.

⁸³⁸ V., jugeant le texte inapplicable à une promesse unilatérale de vente librement consentie par un associé « sauf stipulations contractuelles contraires » : Com., 14 nov. 2018, n°17-15.828, *préc.*

⁸³⁹ V., retenant expressément dans l'hypothèse d'une soumission volontaire à l'expertise de l'article 1843-4 du Code civil qu'il ressort de cette disposition « que les parties peuvent s'en remettre, en cas de contestation sur la valeur des droits sociaux d'un associé, à l'estimation d'un expert désigné, à défaut d'accord entre elles, par le président du tribunal statuant sans recours possible » : Com., 25 mai 2022, n°20-18.307, *préc.* La convention de cession de droits sociaux à l'origine du litige datait certes de 2007 mais c'est la version postérieure à l'ordonnance du 31 juillet 2014 de l'article 1843-4 du Code civil qui est ici appliquée.

4 du Code civil⁸⁴⁰, mais plutôt sur la détermination de ce qu'il est permis de faire dans le cadre de cette contractualisation. Le fait est qu'en principe « on n'applique pas partiellement un statut impératif, on l'applique tout entier »⁸⁴¹. La jurisprudence, quasi unanime en ce sens, témoigne ainsi de sa préférence pour la théorie de la soumission au profit de celle de l'incorporation⁸⁴². Mais que signifie cette exigence appliquée à une disposition dont on a vu qu'elle avait pour beaucoup perdu de son caractère d'ordre public ? Tout d'abord, il ne nous semble pas possible ni souhaitable de permettre le recours à l'article 1843-4 du Code civil hors cession ou rachat de droits sociaux. Le fait est qu'en matière d'extension conventionnelle d'un statut impératif il existe, parmi les conditions d'application du statut, certaines conditions qui « paraissent à ce point essentielles que leur absence empêcherait l'extension même »⁸⁴³. Or, s'agissant d'un mécanisme d'expertise autonome appartenant au droit des sociétés⁸⁴⁴, la présence de droits sociaux semble être une exigence minimale nécessaire pour préserver le domaine d'application et donc le sens de la disposition⁸⁴⁵. Ensuite, une « contestation » sur la valeur des droits au sens de l'article est-elle nécessaire pour pouvoir l'activer conventionnellement de sorte qu'une clause se contentant de fixer le prix par référence à l'expertise⁸⁴⁶ méconnaîtrait ses conditions impératives d'application ? Il est vrai que pour certains auteurs la « contestation » est la clé de voûte du dispositif, le distinguant par-là de celui de l'article 1592 du Code civil⁸⁴⁷. Ce qui les conduit à soutenir qu'en cas de simple renvoi à l'article 1843-4 il faudrait requalifier la situation et faire uniquement application de l'article 1592 du Code civil et donc du régime qui lui correspond⁸⁴⁸. Si la proposition ne manque pas de cohérence, elle fait courir à cette requalification un risque important de dénaturation de la volonté des parties qui, bien souvent, auront visé l'article 1843-4 du Code civil en toute connaissance de cause afin de bénéficier de la sécurité juridique qu'il offre. D'autant plus qu'il est permis de se demander si la différence est véritablement si importante entre une contestation, un désaccord et une absence d'accord lorsque les parties préfèrent faire intervenir un tiers plutôt que de convenir d'une méthode de calcul du prix. Il devrait donc être possible de ranger sur le même plan ces hypothèses de renvoi au dispositif de droit des sociétés sans contrevenir à son essence. À partir de là, il faut considérer que lorsque les parties s'assujettissent volontairement à

⁸⁴⁰ V. *contra* DONDERO Bruno, « L'ordonnance du 31 juillet 2014 relative au droit des sociétés », *D.*, 2014, p. 1885, n°54 ; LUCAS François-Xavier et PORACCHIA Didier, « Le nouvel article 1843-4 du Code civil », *op. cit.*, spéc. p. 478.

⁸⁴¹ COURET Alain et REYGROBELLET Arnaud, « La disponibilité de l'article 1843-4 du code civil », *op. cit.*, spéc. p. 2006.

⁸⁴² V., en ce sens, BUREAU Dominique, « L'extension conventionnelle d'un statut impératif – Contribution du droit international privé à la théorie du contrat », in *Mélanges en l'honneur de Philippe Malaurie : liber amicorum*, Defrénois, 2005, p. 125, spéc. p. 143, n°29 et s.

⁸⁴³ *Ibid.*, p. 135, n° 15.

⁸⁴⁴ V. *supra* n°147.

⁸⁴⁵ V., pourtant, l'admettant à notre sens dangereusement pour une cession des droits incorporels de toute nature afférents aux composantes logicielles et matérielles d'un procédé de saisie et télétransmission : Com., 30 nov. 2004, n°03-13.756, préc.

⁸⁴⁶ Et donc en ne réservant pas l'intervention de l'expert à l'hypothèse d'une contestation sur la mise en œuvre d'une première formule de prix.

⁸⁴⁷ V. COHEN Daniel, *Arbitrage et société*, *op. cit.*, p. 182, n°363, pour qui « c'est principalement la notion de contestation qui sépare fondamentalement les deux procédures ».

⁸⁴⁸ V. MOURY Jacques et FRANÇOIS Bénédicte, *Le prix dans les cessions de droits sociaux*, *op. cit.*, p. 213, n°2132. 11 et s., se fondant sur l'article 12, alinéa 2, du Code de procédure civile selon lequel le juge « doit donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée ».

l'article 1843-4 du Code civil, elles ajoutent conventionnellement un cas d'application qui ne s'appliquera qu'à elles mais qui s'appliquera entièrement, tout dépeçage de la disposition étant exclu. Ainsi, le mécanisme de désignation de l'expert et la force obligatoire de son évaluation demeurent impératifs⁸⁴⁹. Et on ne voit pas sur quel fondement il serait interdit de donner des directives d'évaluation à l'expert⁸⁵⁰.

156. Pour valide qu'elle soit, l'opportunité de cette utilisation conventionnelle de l'article 1843-4 du Code civil comme technique de déterminabilité du prix reste discutable. Il n'est point satisfaisant que l'hypertrophie de cette disposition perdure par voie conventionnelle, alors que le contentieux abondant de ces dernières années montre qu'il était plus sage de la laisser s'appliquer dans son cadre naturel⁸⁵¹. Certains errements jurisprudentiels, une réaction légale ambivalente et une pratique avide de sécurité l'ont pour l'instant condamné à trop embrasser. La cohérence technique voudrait que l'estimation prévue par le droit de la vente sorte de l'ombrage. Cela pourrait uniquement passer par une modification de l'article 1592 du Code civil visant à assurer, par un recours légalement organisé au juge, la certitude de la désignation du tiers et de son estimation. L'harmonie des dispositifs nous semble constituer une justification suffisante⁸⁵². C'est en tout cas le chemin qu'a pris l'avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux⁸⁵³.

157. Conclusion de section – Cette étude technique des mécanismes de transfert de droits sociaux prévus au sein des pactes d'associés permet de faire ressortir une logique en deux

⁸⁴⁹ MOURY Jacques et FRANÇOIS Bénédicte, *Le prix dans les cessions de droits sociaux*, *op. cit.*, p. 217, n°2131. 53.

⁸⁵⁰ V. néanmoins, s'interrogeant dans l'hypothèse où ce sont les statuts qui renvoient directement à l'article 1843-4 du Code civil : MORTIER Renaud, « Le nouvel article 1843-4 du Code civil issu de l'ordonnance n° 2014-863 du 31 juillet 2014 », *op. cit.*, §12, note 17.

⁸⁵¹ Contentieux qui pourrait survivre assez largement en raison de la position prise par la Cour de cassation relativement à l'application dans le temps de la réforme de l'article 1843-4 du Code civil. En effet, malgré ce qu'avait pu proposer une partie de la doctrine, considérant qu'il était possible de distinguer les normes au sein de l'article pour statuer sur leur application dans le temps (GALLOIS-COCHET Dorothée, « L'application dans le temps de l'article 1843-4 du Code civil », *BJS*, 2015, n°1, p. 51. V. égal. sur le sujet : BORGA Nicolas, « L'application dans le temps du nouvel article 1843-4 du Code civil », *D.*, 2014, p. 2359), la jurisprudence, s'inspirant des théories du doyen Paul Roubier (ROUBIER Paul, *Le droit transitoire. Conflits des lois dans le temps*, Dalloz, rééd., 2008, p. 423, n°84), a préféré recourir à la notion d'effets légaux du contrat. Elle arbitre ainsi l'application dans le temps du texte en fonction de la date à laquelle est ordonnée l'expertise : Com., 18 nov. 2020, n° 19-13.402, *Publié au Bulletin* ; Com., 18 nov. 2020, n° 19-13.404 ; Com., 18 nov. 2020, n° 19-13.405 ; *BJS*, 2021, 10, note BORGA ; *Dr. sociétés*, 2021, n° 2, 15, note MORTIER ; *GPL*, 2021, n° 13, 70, note GRUNDELER ; *RJC*, 2021, n° 3, 257, note BARRY ; *Rev. sociétés*, 2021, 287, note MOURY ; *JCP E*, 2021, n° 23, 17, note CAFFIN-MOI ; *Dr. et patr.*, 2021, n° 316, 66, note PORACCHIA. V., pour une appréciation critique de cette jurisprudence, MOURY Jacques, « Application dans le temps de l'article 1843-4 du code civil : la messe n'est pas dite », *Rev. sociétés*, 2021, p. 287.

⁸⁵² V. *contra* MOURY Jacques, « Modification prochaine de l'article 1592 du code civil : stérile, voire dangereuse », *op. cit.*, n°5, pour qui « l'assistance des parties - qui serait alors subie par l'une d'elles - par le juge ne paraît pas une saine mesure ».

⁸⁵³ Ce dernier propose la création d'un article 1605 du Code civil qui serait rédigé ainsi :

« Le prix peut être laissé à l'estimation d'un tiers. Les parties sont solidairement tenues de sa rémunération. Si le tiers n'est pas désigné par la convention, à défaut d'accord sur sa désignation après mise en demeure, le juge le nomme. Il en va de même si le tiers ne veut ou ne peut faire l'estimation ou que celle-ci vient à être annulée. En cas d'erreur grossière commise par le tiers sur la détermination du prix, celle des parties qui se trouve lésée a le choix de faire prononcer la nullité de la vente ou d'accepter la nomination d'un nouveau tiers ».

temps. Premièrement, mécanismes optionnels et conditionnels permettent tous deux aux parties de garder la main sur le transfert en retardant volontairement le déclenchement. Ainsi du droit d'option qui confère à son bénéficiaire la possibilité de s'assurer de la volonté du promettant de lui céder ses titres tout en se réservant la possibilité de les acquérir plus tard ou de ne pas les acquérir du tout. Ainsi également de la condition qui, bien qu'en apparence définitive, est en réalité empreinte de la volonté des contractants au point de poser avec une acuité particulière la difficile question de sa potestativité. Une distinction plus nette entre lien de sujétion et lien d'obligation devrait néanmoins conduire, dans la plupart des cas, à écarter un tel grief. Dans un second temps, l'emprise de la volonté est censée s'effacer si le transfert vient effectivement à se matérialiser. En effet, le mécanisme est construit de façon à le rendre théoriquement automatique par la prédétermination des éléments relatifs au transfert. La chose et le prix doivent en ce sens être déterminés ou à tout le moins déterminables, de sorte que la nécessité d'un nouvel accord des parties est exclue. Pour ce qui est du prix, formules de calcul et intervention d'un tiers estimateur indépendant doivent permettre cette automaticité. Les difficultés juridiques sont néanmoins bien présentes, qu'il s'agisse d'apprécier le respect des critères de la déterminabilité dans les formules de prix, de déterminer si ces critères doivent être convoqués lorsque référence est faite au prix d'un tiers offrant, notamment dans un pacte de préférence, ou encore d'articuler les expertises concurrentes des articles 1592 et 1843-4 du Code civil. L'expertise de l'article 1592 du Code civil constituant un véritable mécanisme de détermination du prix d'acquisition au sens du droit de la vente, le procédé technique utilisé est clair. Différente est la situation de l'expertise de l'article 1843-4 du Code civil. Mécanisme autonome appartenant au droit des sociétés, l'ambivalence légale autour de son champ d'application interroge sur la possibilité d'y recourir conventionnellement au sein d'un pacte. Si cette possibilité existe certainement, il faut néanmoins considérer, par analogie avec les autres cas de soumission conventionnelle à un statut impératif, que tout dépeçage de la disposition est exclu. Le mécanisme de désignation de l'expert et la force obligatoire de son évaluation doivent donc demeurer impératifs. En revanche, on ne voit pas sur quel fondement il serait interdit de donner des directives d'évaluation à l'expert.

- 158.** Toujours est-il que les techniques contractuelles utilisées ont vocation à assurer une certaine fluidité dans le déroulement de l'opération. Il faudra apprécier cette fluidité lors du dénouement de ces mécanismes⁸⁵⁴, mais cela ne pourra être fait qu'après avoir étudié pareillement le deuxième « bloc » d'engagements contenus dans les pactes, à savoir ceux qui se rapportent aux mécanismes exigeant un comportement.

⁸⁵⁴ V. *infra* n°199 et s.

Section 2 : Les mécanismes exigeant un comportement

159. Encadrement des comportements dans la sphère sociétaire – Comme le montre la théorie de l'organe, en tant que personne morale une société est dépourvue de volonté propre. Elle ne peut s'exprimer que par l'intermédiaire de ses organes et dépend donc de l'activité d'autrui. Cette dépendance structurelle justifie le recours à une diversité de contrats destinés à organiser la vie sociale : contrats de travail, d'entreprise, délégations, contrats d'apport ou encore pactes d'associés⁸⁵⁵. Le constat est juste mais, comme nous l'avons montré, la vision purement organisatrice des pactes est réductrice. C'est en effet une véritable fonction de couverture qu'ils assurent⁸⁵⁶. Ils le font certes en assurant une dynamique originale de transfert des droits sociaux⁸⁵⁷, mais pas uniquement. Les parties aux pactes d'associés vont également embrasser un large éventail de comportements, qu'il s'agisse de ceux des cocontractants (I) ou de ceux de tiers (II). Elles s'assurent ainsi des conditions auxquelles elles courent les risques attachés à l'aventure sociale⁸⁵⁸.

I. L'exigence du comportement des cocontractants

160. Obtenir de son cocontractant qu'il assume tel ou tel comportement est un enjeu majeur des pactes d'associés. Il s'agit, en pratique, de sécuriser certaines attentes entre les parties, qui souhaitent définir le cadre de l'aventure sociale. Au plan technique, l'objectif est d'abord atteint par le recours à un mécanisme général issu du droit des obligations (A). Mais cette première voie ne suffit pas toujours à couvrir toutes les hypothèses. C'est pourquoi lui succèdent des mécanismes accessoires qu'il faut également évoquer (B).

A. Mécanisme général

161. Les changements opérés par l'ordonnance précitée du 10 février 2016 obligent à scinder le propos en deux temps chronologiques. Une telle distinction se justifie par l'évolution du cadre juridique applicable, qui impose de traiter séparément les règles antérieures et celles issues de la réforme. Sera ainsi présentée l'exigence d'un comportement avant (1) puis après (2) la réforme du droit des obligations.

1) L'exigence d'un comportement avant la réforme du droit des obligations

162. Nécessité ancienne – Conceptualiser et différencier la stipulation par laquelle on oblige à une action ou à une abstention de celle qui porte sur une chose est une préoccupation ancienne. GAIUS déjà opposait les obligations ayant pour objet une chose et celles ayant pour objet un service⁸⁵⁹. Cet héritage de droit romain était assumé par le Code civil qui s'en

⁸⁵⁵ KOUHAIZ Sami, *Les obligations de faire en droit des sociétés*, IRJS Éditions, 2020, p.4, n°5.

⁸⁵⁶ V. *supra* n°20 et s.

⁸⁵⁷ V. *supra* n°106 et s.

⁸⁵⁸ Ce qui est, rappelons-le, l'objet de la couverture assurée par les pactes d'associés : V. *supra* n°75. *Adde*, OVERSTAKE Jean-Francis, *Essai de classification des contrats spéciaux*, LGDJ, 1969, p. 86, note 19, pour qui « les contrats non translatifs traduisent sur le plan juridique les diverses attitudes rendues nécessaires par la vie en société ».

⁸⁵⁹ V. ZENATI-CASTAING Frédéric et REVET Thierry, *Cours de droit civil. Obligations. Régime*, PUF, 2013, p. 37, n°8.

inspira pour établir sa propre classification des obligations⁸⁶⁰. On retrouvait celle-ci à plusieurs endroits dans le Code civil. Dès la définition du contrat d'abord puisque ce dernier était présenté comme « une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose »⁸⁶¹. L'objet du contrat était ensuite nécessairement « une chose qu'une partie s'oblige à donner, ou qu'une partie s'oblige à faire ou à ne pas faire »⁸⁶². Des sections spécifiques étaient enfin consacrées à l'obligation de donner⁸⁶³ et à l'obligation de faire ou de ne pas faire⁸⁶⁴ dans le chapitre relatif à l'effet des obligations⁸⁶⁵. Il y avait donc trois objets obligationnels possibles au contrat, dont deux seuls étaient relatifs à un comportement entendu largement à savoir faire et ne pas faire⁸⁶⁶.

163. Le comportement positif : l'obligation de faire – Si l'on pouvait s'accorder sur la nécessité d'isoler l'obligation de faire dans la classification des obligations, force est de constater que l'homogénéité de ses matérialisations n'a jamais été sa caractéristique première. De fait, « innombrables et diverses »⁸⁶⁷, les obligations de faire ont toujours regroupé des réalités extrêmement variées. Un auteur avait pu tenter de scinder l'obligation de faire en deux types de prestations, à savoir exécuter un travail ou accomplir un service⁸⁶⁸, mais des travaux récents continuaient de témoigner de l'impossible énumération exhaustive des obligations de faire⁸⁶⁹. L'usage était donc de s'entendre sur une définition générale selon laquelle « l'obligation de faire est celle qui a pour objet un acte positif, une prestation que le débiteur est tenu d'accomplir et dont le créancier peut exiger l'exécution »⁸⁷⁰. En réalité, au-delà du périmètre de la catégorie, c'est l'utilité de l'obligation qui devait compter. Bien que ne pouvant être réduite à « la somme variable des comportements »⁸⁷¹ permettant de

⁸⁶⁰ V. l'affirmation de Bigot de Préameneu rapportée dans FENET Pierre-Antoine, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 13, Videcoq, 1836, p. 46.

⁸⁶¹ C. civ., art. 1101 ancien.

⁸⁶² C. civ., art. 1126 ancien.

⁸⁶³ C. civ., art. 1136 à 1141 anciens.

⁸⁶⁴ C. civ., art. 1142 à 1145 anciens.

⁸⁶⁵ Ancien chapitre III du titre III du livre III du Code civil.

⁸⁶⁶ Mais il est vrai que l'obligation de donner pouvait elle aussi receler une obligation de faire à travers l'obligation de livrer : V. SIMLER Philippe, « Classification des obligations – Distinction des obligations de donner, de faire et de ne pas faire », *J.-CL. Civil Code, art. 1832 à 1844-17 fasc. 10*, LexisNexis, 2015, n°58.

⁸⁶⁷ *Ibid.*, n°70.

⁸⁶⁸ V. OVERSTAKE Jean-Francis, *Essai de classification des contrats spéciaux*, *op. cit.*, p. 83 et s, spéc p. 85 : « lorsque le débiteur d'une obligation de faire s'engage à titre principal à faire quelque chose il s'engage soit à exécuter un travail, soit à accomplir un service. Il nous semble que ces deux expressions permettent de regrouper toutes les manifestations possibles d'une obligation principale de faire. Le créancier d'une obligation de faire exige toujours de son débiteur soit l'exécution d'un travail, soit l'accomplissement d'un service. Faire, se ramène à l'un de ces deux aspects de l'activité humaine. La prestation de service n'exige pas en elle-même, pour son exécution, un effort de son débiteur comparable à celui qui serait requis de lui dans l'exécution d'une prestation de travail. Dans la prestation de service, l'intervention du débiteur est plus passive ».

⁸⁶⁹ V. KOUHAIZ Sami, *Les obligations de faire en droit des sociétés*, *op. cit.*, p. 5, n°7, estimant à propos des obligations de faire qu'« il fallait un verbe [le verbe faire] aussi gourmand pour absorber l'inépuisable diversité des activités humaines. Il paraît difficile de toutes les lister et une telle liste semble d'ailleurs peu utile. La science juridique préférera la typologie à l'énumération ».

⁸⁷⁰ SIMLER Philippe, « Classification des obligations – Distinction des obligations de donner, de faire et de ne pas faire », *op. cit.*, n°69.

⁸⁷¹ LUCAS-PUGET Anne-Sophie, *Essai sur la notion d'objet du contrat*, *op. cit.*, p. 130, n°236. Pour l'auteur, « la prestation, objet de l'obligation, n'est pas strictement ce que le débiteur doit concrètement accomplir, les actions ou abstentions matérielles qui ne sont que les moyens de réalisation de la finalité immédiate de l'obligation, mais cette finalité immédiate elle-même » (p. 129, n°234).

conduire au résultat promis, il demeurerait essentiel de comprendre que l'obligation de faire constituait le mécanisme offert par le droit des obligations pour orienter l'activité de son débiteur. C'est donc un rapport à l'action que cet outil obligationnel organisait. Les pactes s'en sont évidemment largement saisis⁸⁷². S'agissant du rapport à l'abstention, il devait pour sa part être assumé par le versant négatif de l'obligation de faire que constitue l'obligation de ne pas faire.

164. Le comportement négatif : l'obligation de ne pas faire – On a logiquement pu discuter de l'autonomie de l'obligation de ne pas faire par rapport à l'obligation de faire. Certains ont ainsi estimé que « ne pas faire, c'est encore faire »⁸⁷³. Il faut dire qu'ils étaient en partie appuyés par l'ancienne version du Code civil qui traitait en même temps des deux types d'obligation⁸⁷⁴ avec certaines identités de régime. L'exemple le plus connu était l'ancien article 1142 du Code civil qui disposait que « toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur ». La singularité de l'obligation de ne pas faire⁸⁷⁵ a néanmoins été affirmée afin d'en faire ressortir le « caractère incapacitant »⁸⁷⁶ dans la mesure où cette obligation est le plus souvent restrictive de l'exercice d'un droit ou d'une liberté⁸⁷⁷. En témoigne ses applications en droit des affaires⁸⁷⁸, au premier rang desquelles l'obligation de non-concurrence, archétype de l'obligation de ne pas faire⁸⁷⁹. Il est vrai que l'individualité de l'obligation de ne pas faire n'était pas complètement éludée par l'ancien Code civil, par exemple avec l'article 1145 qui disposait dans son ancienne version que « si l'obligation est de ne pas faire, celui qui y contrevient doit des dommages et intérêts par le seul fait de la contravention », c'est-à-dire sans nécessité de mise en demeure. Cela traduisait principalement le fait que l'obligation de ne pas faire est nécessairement une obligation de résultat là où l'obligation de faire oblige à distinguer selon les situations, constituant ainsi « le siège principal, sinon exclusif, de la distinction des obligations de moyens et de résultat »⁸⁸⁰. Bien que l'on puisse admettre que certaines particularités de régime pouvaient être relevées entre les deux types d'obligations,

⁸⁷² Il n'est pas possible de lister ici toutes les prestations que les parties à un pacte peuvent exiger de leur cocontractant. On rappellera néanmoins que la dimension comportementale d'un certain nombre de mécanismes liés à un transfert de titres ne doit pas être oubliée. Ainsi des systèmes d'agrément, de préférence ou de préemption qui reposent avant tout sur la notification d'un projet de cession et donc sur le respect actif d'une procédure : V. *supra* n°106.

⁸⁷³ CARBONNIER Jean, *Droit civil. 4. Les obligations, op. cit.*, p. 34, n°10. *Adde*, FABRE-MAGNAN Muriel, « Le mythe de l'obligation de donner », *RTD civ.*, 1996, p. 85, n°5, considérant que « mêmes les abstentions - le “ ne pas faire ” - pourraient aussi bien être incluses dans le “ faire ” ».

⁸⁷⁴ Dans la section intitulée « de l'obligation de faire ou de ne pas faire » qui ouvrait les articles 1142 à 1145 anciens du Code civil.

⁸⁷⁵ TAXIL Julie, *La singularité de l'obligation de ne pas faire*, thèse de doctorat, droit, Aix-Marseille 3, 2003.

⁸⁷⁶ KOUHAIZ Sami, *Les obligations de faire en droit des sociétés, op. cit.*, p. 14, n°16.

⁸⁷⁷ BOILLOT Christine, « L'obligation de ne pas faire : étude à partir du droit des affaires », *RTD com.*, 2010, p. 243, spéc. n°40 et s.

⁸⁷⁸ *Ibid.*

⁸⁷⁹ V. PICOD Yves, AUGUET Yvan et GOMY Marc, « Concurrence : obligation de non-concurrence », *Rép. com.*, Dalloz, 2020, n°1 : « Émanation de la volonté des parties et, à défaut, de l'exigence de bonne foi, l'obligation de non-concurrence impose à une personne – le débiteur de non-concurrence – de s'abstenir de faire concurrence, dans le cadre d'une activité professionnelle, à une autre personne – le créancier de non-concurrence –, et cela, par exception au principe de la liberté de la concurrence, sur lequel repose l'économie de marché ». Mais c'est aussi le modèle d'autres clauses fréquentes dans les pactes pouvant par exemple viser à interdire une cession (clause d'inaliénabilité) ou restreindre les acquisitions (*standstill agreement*).

⁸⁸⁰ LAITHIER Yves-Marie, « La distinction entre les obligations de donner, de faire et de ne pas faire en droit français », *op. cit.*, p. 9.

il nous semble que l'incidence technique de la distinction demeurait mesurée dans la mesure où, au plan contractuel, il s'agissait pareillement d'obtenir un comportement, passif ou actif.

- 165.** Malgré certaines controverses, le cadre technique dans lequel il était possible d'exiger un comportement sous l'empire de l'ancienne version du Code civil était relativement clair. La réforme du droit des obligations a, au moins en apparence, rebattu les cartes.

2) L'exigence d'un comportement après la réforme du droit des obligations

- 166. Disparition de la classification des obligations par l'objet** – Considérées comme des catégories « essentiellement descriptives »⁸⁸¹, les auteurs de la réforme ont choisi de ne plus faire référence aux notions d'obligations de donner, de faire et de ne pas faire⁸⁸². Le contrat est ainsi désormais « un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations »⁸⁸³, sans précision sur la nature de ces dernières. Les nouvelles dispositions se font donc l'écho des diverses critiques qui avaient pu être formulées à l'encontre de la classification de 1804. Parfois jugée comme n'étant « pas d'une grande utilité »⁸⁸⁴, elle avait surtout pu poser des problèmes de régime. En témoigne l'interprétation donnée en son temps par la Cour de cassation de l'ancien article 1142 du Code civil. Ce dernier, on le sait, limitait la sanction de l'inexécution d'une obligation de faire à l'octroi de dommages et intérêts. Mais, en réalité, loin de constituer un obstacle insurmontable à toute exécution forcée, l'objectif du texte était simplement de l'interdire à chaque fois qu'elle aurait conduit à exercer une violence sur la personne même du débiteur⁸⁸⁵. Pourtant, la Cour de cassation avait pu y trouver un fondement pour refuser l'exécution forcée de promesses unilatérales dans lesquelles le promettant s'était rétracté⁸⁸⁶. Constatant que ces notions étaient « classiques mais discutées »⁸⁸⁷, les auteurs de la réforme ont donc souhaité mettre fin aux infinis débats théoriques et insécurités juridiques qui pouvaient résulter de cette classification qui disparut avec l'ordonnance du 10 février 2016.

- 167. Situation technique actuelle** – Il serait évidemment erroné de déduire de cette évolution l'impossibilité nouvellement établie de pouvoir exiger un comportement de son cocontractant. Là n'est pas du tout la conséquence de la réforme qui recentre en réalité les débats au stade de l'exécution. En effet, l'obligation de donner, devenue effet légal du

⁸⁸¹ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance précitée du 10 février 2016.

⁸⁸² Allant ainsi toute à la fois à l'encontre du projet « Catala » qui reprenait la distinction traditionnelle en y ajoutant même une quatrième espèce d'obligation, l'obligation de « donner à usage » (le projet est consultable sur le site du Ministère de la Justice au lien suivant : http://www.justice.gouv.fr/art_pix/RAPPORTCATALASEPTEMBRE2005.pdf), et plus loin que le projet « Terré » qui, bien que faisant silence sur la classification des obligations, prévoyait toujours que « l'obligation a pour objet une prestation consistant à faire ou à ne pas faire » (TERRÉ François [dir.], *Pour une réforme du droit des contrats*, Dalloz, 2009, p. 18, art. 60 du projet).

⁸⁸³ C. civ., art. 1101.

⁸⁸⁴ STARCK Boris, ROLAND Henri et BOYER Laurent, *Droit civil. Les obligations. 2. Contrat*, Litec, 6^e éd., 1998, p. 406, n°1154.

⁸⁸⁵ La contrainte par corps fut définitivement supprimée en matière civile et commerciale par la loi du 22 juillet 1867. Sur cette portée de l'article 1142 ancien du Code civil : V. JOSSERAND Louis, *Cours de droit civil positif français*, t. II, Librairie du Recueil Sirey, 3^e éd., 1939, p. 369, n°589 et s.

⁸⁸⁶ V. *supra* n°39.

⁸⁸⁷ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance précitée du 10 février 2016.

contrat, n'en est plus une⁸⁸⁸ et, pour le reste, toute obligation est désormais directement susceptible d'exécution forcée en nature⁸⁸⁹. Est-ce à dire que le relais technique que constituaient les obligations de faire et de ne pas faire a complètement disparu ? La réponse est négative et ce pour plusieurs raisons. Théoriquement d'abord, il demeure toujours possible de qualifier comme on l'entend la « prestation » objet de l'obligation visée par l'article 1163 du Code civil, ce dernier ne se prononçant pas sur les diverses variétés envisageables⁸⁹⁰. On ajoutera à cela que le législateur conserve par endroit la dichotomie entre « l'engagement de faire ou de ne pas faire »⁸⁹¹. Surtout, le nouveau régime de l'exécution forcée est loin de faire oublier la distinction des obligations par l'objet. D'une part, la préservation de la liberté individuelle du débiteur qu'assurait l'ancien article 1142 du Code civil pourra se retrouver dans l'impossibilité d'exécution érigée en exception à l'exécution forcée en nature par le nouvel article 1221 du Code civil⁸⁹². D'autre part, le nouvel article 1222 du Code civil reprend presque à l'identique l'ancien régime des articles 1143 et 1144 du même code dédiés à l'obligation de ne pas faire en permettant la destruction, sur autorisation judiciaire préalable, de ce qui a été fait en violation de l'obligation⁸⁹³. De fait, « qu'il existe des obligations de faire et de ne pas faire est une évidence »⁸⁹⁴, et c'est donc bien celles-ci que les praticiens continueront d'utiliser après la réforme.

- 168.** L'incidence technique de la disparition de la classification légale des obligations sur l'exigence contractuelle d'un comportement semble donc relativement neutre. Reste néanmoins à traiter la question des obligations de sommes d'argent dont on sait qu'elles sont particulièrement présentes dans les pactes d'associés⁸⁹⁵. Leur nature a longtemps fait débat. Certains les assimilaient à une obligation de donner⁸⁹⁶, d'autres s'interrogeaient sur leur spécificité juridique⁸⁹⁷. Il est vrai que leur régime devait nécessairement être assez original car la monnaie, par son caractère fongible et sa fonction d'instrument universel d'échange, n'est pas une chose comme une autre⁸⁹⁸. C'est cette spécificité qui justifie que l'obligation contractuelle de somme d'argent soit en principe toujours susceptible

⁸⁸⁸ V. *supra* n°41.

⁸⁸⁹ C. civ., art. 1217.

⁸⁹⁰ V., en ce sens, LAITHIER Yves-Marie, « La distinction entre les obligations de donner, de faire et de ne pas faire en droit français », *op. cit.*, p. 10.

⁸⁹¹ V. par ex. C. civ., art. 2322, qui définit la lettre d'intention comme « l'engagement de faire ou de ne pas faire ayant pour objet le soutien apporté à un débiteur dans l'exécution de son obligation envers son créancier ». Il est en outre toujours possible de demander en référé l'exécution « d'une obligation de faire » : V. c. pr. civ., art. 835, al. 2.

⁸⁹² « Le créancier d'une obligation peut, après mise en demeure, en poursuivre l'exécution en nature sauf si cette exécution est impossible ou s'il existe une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur de bonne foi et son intérêt pour le créancier » (C. civ., art. 1221).

⁸⁹³ « Après mise en demeure, le créancier peut aussi, dans un délai et à un coût raisonnables, faire exécuter lui-même l'obligation ou, sur autorisation préalable du juge, détruire ce qui a été fait en violation de celle-ci. Il peut demander au débiteur le remboursement des sommes engagées à cette fin. Il peut aussi demander en justice que le débiteur avance les sommes nécessaires à cette exécution ou à cette destruction » (C. civ., art. 1222).

⁸⁹⁴ SIMLER Philippe, « Classification des obligations – Distinction des obligations de donner, de faire et de ne pas faire », *op. cit.*, n°135.

⁸⁹⁵ Les obligations d'apport en compte courant ou les divers engagements sur droits financiers en sont quelques exemples.

⁸⁹⁶ V. FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc et SAVAUX Éric, *Droit civil. Les obligations*. t. I. *L'acte juridique*, Sirey, 16^e éd., 2014, p. 32, n°46.

⁸⁹⁷ SOUSI Gérard, « La spécificité juridique de l'obligation de somme d'argent », *RTD civ.*, 1982, p. 514.

⁸⁹⁸ LIBCHABER Rémy, *Recherches sur la monnaie en droit privé*, LGDJ, 1992.

d'exécution forcée, le débiteur ne pouvant s'exonérer en invoquant un cas de force majeure⁸⁹⁹. Il serait donc possible d'isoler l'obligation de somme d'argent afin de la distinguer de toutes les autres obligations⁹⁰⁰. Il nous semble néanmoins que, pratiquement, « l'obligation de somme d'argent implique un transfert de valeur qui requiert lui-même, toujours, un fait positif de la part du débiteur, qu'il s'agisse d'un paiement en espèces ou par un quelconque autre procédé. C'est donc la parenté avec l'obligation de faire qui paraît la plus forte »⁹⁰¹. La réforme ne se risque pas à cet exercice de qualification et se contente de prendre acte de la particularité des obligations de sommes d'argent en leur consacrant des dispositions spécifiques⁹⁰². C'est donc à ce régime qu'il faudra se référer, en matière de pactes comme ailleurs.

- 169.** Cette présentation du mécanisme général n'est toutefois pas suffisante pour rendre compte de la façon dont les parties au pacte vont exiger un comportement de leur cocontractant. Celles-ci ont en effet également recours à des stipulations plus originales qu'il faut à présent aborder.

B. Mécanismes accessoires

- 170.** À côté du mécanisme général de l'obligation de faire, les parties vont pouvoir inclure dans leur accord un certain nombre de stipulations qui se singularisent par leur caractère non-obligationnel. Ramenées à l'exigence d'un comportement, force est de constater que leur efficacité est relative. En effet, certaines permettent de s'assurer directement du comportement de son cocontractant et sont donc directement contraignantes (1). Les autres ne le sont qu'indirectement (2).

1) Les stipulations non-obligationnelles directement contraignantes

- 171. L'exemple des clauses de juridiction** – Il ne fait désormais plus aucun doute qu'il n'est pas possible de penser le contractuel et le juridictionnel comme deux sphères parfaitement indépendantes l'une de l'autre. De fait, « contrairement à ce que l'on pense trop facilement, il y a une intrication forte entre le contractuel et le judiciaire »⁹⁰³, les clauses de juridiction n'en étant qu'un exemple parmi d'autres⁹⁰⁴. On sait en effet que les parties peuvent *ab initio* s'engager par une clause compromissoire à soumettre à un arbitre les litiges qui pourraient naître relativement au contrat concerné⁹⁰⁵. Elles peuvent également, aux conditions de

⁸⁹⁹ Com., 16 sept. 2014, n° 13-20.306, *Bull. civ.*, 2014, IV, n° 118 ; *Rev. sociétés*, 2015, 23, note JUILLET ; *RDC*, 2015, n°1, 21, note LAITHIER ; *RDC*, 2015, n°1, 27, note DESHAYES ; *JCP E*, 2014, n°46, 34, note MAZEAUD. V., pour une application récente : V. CA Paris, 2 Juin 2022, n° 21/19440.

⁹⁰⁰ PIGNARRE Louis-Frédéric, *Les obligations en nature et de somme d'argent en droit privé : essai de théorisation à partir d'une distinction*, LGDJ-Lextenso éd., 2010.

⁹⁰¹ SIMLER Philippe, « Classification des obligations – Distinction des obligations de donner, de faire et de ne pas faire », *op. cit.*, n°71.

⁹⁰² Il s'agit des articles 1343 à 1343-5 du Code civil qui sont insérés dans une sous-section spécifique au sein de la section relative au paiement.

⁹⁰³ LIBCHABER Rémy, note sous Ch. mixte, 14 févr. 2003, n°00-19.423, *Defrénois*, 2003, n°18, 1158. *Adde*, LIBCHABER Rémy, « L'emprise de la volonté des parties sur les pouvoirs du juge étatique », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Loïc Cadiet*, LexisNexis, Paris, 2023, p. 905.

⁹⁰⁴ V. ANCEL Pascal et RIVIER Marie-Claire [dir.], *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, Economica, 2001.

⁹⁰⁵ C. pr. civ., art. 1142, al. 2.

l'article 48 du Code de procédure civile, déroger aux règles de compétence territoriale⁹⁰⁶. Le sujet fait d'ailleurs désormais partie intégrante des ouvrages consacrés à la matière des pactes⁹⁰⁷, les parties souhaitant connaître par avance l'entité qui sera amenée à régler leurs différends. Personne ne doute à ce propos que c'est un engagement directement contraignant qui est recherché par celles-ci. Il faut donc une certitude sur le comportement de son cocontractant en cas de litige, le but étant de s'assurer qu'il saisira tel ou tel tribunal ou qu'il recourra à tel ou tel arbitre. L'originalité des clauses de juridiction est de parvenir à ce résultat sans être fondées sur un mécanisme obligationnel⁹⁰⁸. En effet, lorsque deux parties s'accordent sur la juridiction compétente en cas de litige, elles n'installent pas entre elles un rapport de créancier à débiteur. La sanction de la méconnaissance de la clause suffit à s'en rendre compte. En effet, si un contractant saisit par exemple une juridiction étatique alors que le litige relève contractuellement d'un arbitre, le juge amené à connaître de l'affaire doit en principe se déclarer incompétent⁹⁰⁹. Il s'agit de la seule réaction adaptée et il ne viendrait à l'idée de personne de mettre en branle le droit contractuel de l'inexécution pour, par exemple, contraindre sous astreinte à saisir le bon juge ou accorder des dommages et intérêts. Le Professeur Pascal Ancel décrit parfaitement la situation en expliquant que « l'effet direct de la convention d'arbitrage est de rendre incompétente la juridiction étatique et de donner compétence à une juridiction arbitrale (NCPC art. 1458). De même, une clause attributive de compétence a, lorsqu'elle est valable, pour effet de rendre compétente la juridiction désignée par les parties et incompétente la juridiction à laquelle la loi confie normalement la connaissance du litige. C'est en vain qu'on voudrait ramener ce type d'effets à un rapport d'obligation, en disant par exemple que chaque partie à la convention d'arbitrage ou de compétence a l'obligation envers l'autre de porter sa demande devant la juridiction choisie, ou de ne pas contester la compétence de cette juridiction lorsqu'elle a été choisie par son cocontractant. Si l'une des parties saisit une juridiction autre que celle désignée par le contrat, la conséquence juridique n'apparaîtra pas sous la forme d'une sanction de l'inexécution d'une obligation : le tribunal se contentera de se déclarer incompétent et ce serait une vision fort réductrice que d'analyser cette décision d'incompétence comme une exécution forcée de l'obligation de ne pas agir devant ce tribunal »⁹¹⁰.

- 172.** Ces clauses ne produisent donc pas d'effets obligationnels mais demeurent néanmoins « parfaitement obligatoires »⁹¹¹, pour la simple et bonne raison que « les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits »⁹¹². Ce caractère directement contraignant est ici soutenu par le droit processuel qui permettra d'opposer une exception d'incompétence à celui qui méconnaîtrait la stipulation. Certains considèrent que c'est le

⁹⁰⁶ Celui-ci dispose en effet que « toute clause qui, directement ou indirectement, déroge aux règles de compétence territoriale est réputée non écrite à moins qu'elle n'ait été convenue entre des personnes ayant toutes contracté en qualité de commerçant et qu'elle n'ait été spécifiée de façon très apparente dans l'engagement de la partie à qui elle est opposée ».

⁹⁰⁷ V. par ex. MARTIN Didier et SCHILLER Sophie, *Guide des pactes d'actionnaires et d'associés : 2022/2023*, *op. cit.*, p. 91, n°144 et s.

⁹⁰⁸ V. *supra* n°40.

⁹⁰⁹ La règle est d'ordre public mais cette incompétence n'est toutefois pas relevée d'office : V. c. pr. civ., art. 1148, al. 2.

⁹¹⁰ ANCEL Pascal, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *op. cit.*, n°20, note 73.

⁹¹¹ *Ibid.*, n°20.

⁹¹² C. civ., art. 1103.

même raisonnement qui doit justifier la fin de non-recevoir rendant irrecevable l'action de la partie qui saisit la juridiction sans respecter « la clause d'un contrat instituant une procédure de conciliation obligatoire et préalable à la saisine du juge »⁹¹³. Il est vrai que l'on perçoit pareillement les difficultés d'application du modèle de l'inexécution contractuelle à ce type de stipulations dans la mesure où « les clauses de conciliation se prêtent assez mal à la mise en œuvre des sanctions contractuelles classiques, qu'il s'agisse des dommages-intérêts (quel préjudice ?) ou de l'exécution forcée (quelles modalités ?) »⁹¹⁴. On objectera néanmoins, et certainement à raison, que pour ce dernier type de clauses, il y a bel et bien une obligation de faire correspondant à la mise en œuvre de la médiation⁹¹⁵. La fin de non-recevoir ne sera d'ailleurs opposée qu'à la clause de conciliation qui est « assortie de conditions particulières de mise en œuvre »⁹¹⁶, ce qui suggère en effet un minimum de contenu obligationnel lié à la nomination du médiateur, la nécessité de comparaître devant lui, le fait de participer aux négociations pendant le délai imparti, etc.⁹¹⁷. Toujours est-il que

⁹¹³ « Mais attendu qu'il résulte des articles 122 et 124 du nouveau Code de procédure civile que les fins de non-recevoir ne sont pas limitativement énumérées ; que, licite, la clause d'un contrat instituant une procédure de conciliation obligatoire et préalable à la saisine du juge, dont la mise en œuvre suspend jusqu'à son issue le cours de la prescription, constitue une fin de non-recevoir qui s'impose au juge si les parties l'invoquent » : Ch. mixte, 14 févr. 2003, n°00-19.423 et 00-19.424, *Bull. ch. mixte*, 2003, n°1 ; D., 2003, 1386, note ANCEL et COTTIN ; *RDC*, 2003, n°1, 182, obs. CADIET ; *JCP E*, 2004, n°12, 465, note BRENA ; *Defrénois*, 2003, n°18, 1158, note LIBCHABER. Solution réaffirmée par 2^e civ., 9 nov. 2006, n°05-19.443 et Com., 15 juin 2010, n°09-16.323. Une régularisation en cours d'instance est impossible : Ch. mixte, 12 déc. 2014, n°13-19.684, *Bull. ch. mixte*, 2014, n°3 ; D., 2015, 298, note BOILLOT ; *JCP E*, 2015, n°3, 40, note DISSAUX ; *RTD civ.*, 2015, 187, note THÉRY ; *RDC*, 2015, n°2, 308, obs. PELLETIER. La clause de conciliation doit être respectée au fond et en référé : 2^e civ., 12 sept. 2024, n°21-14.946, *Publié au Bulletin* ; *JCP E*, 2025, n°5, 28, note DESSAULT et GONZALEZ ; *GPL*, 2025, n°2, 59, note ÉGÉA ; D., 2024, 1867, obs. GARIDEL-THORON

⁹¹⁴ CADIET Loïc, « L'effet processuel des clauses de médiation », *RDC*, 2003, n°1, p. 182, spéc. p. 183. *Adde*, ANCEL Pascal et COTTIN Marianne, « L'efficacité procédurale des clauses de conciliation ou de médiation », D., 2003, p. 1386, spéc. p. 1387, estimant que « sans même passer par le détour de l'exécution forcée, on peut rappeler que la force obligatoire d'un contrat (ou d'une clause) ne se réduit pas aux obligations qu'il fait naître, et qu'elle signifie, d'abord, que le contrat "tient lieu de loi" aux parties. Appliquant cette loi contractuelle, le juge peut être amené à en tirer des conséquences directes qui ne s'inscrivent pas nécessairement dans le cadre des sanctions de l'inexécution des obligations. Aussi bien, de même qu'un contrat peut transférer ou éteindre un droit, désigner la loi applicable à un rapport international, créer une personne morale..., de même l'accord des parties sur une modalité de traitement d'un différend peut-il avoir des effets procéduraux directs : c'est le cas de la transaction qui bloque toute action en justice ayant pour objet le règlement du même différend, c'est le cas des conventions d'arbitrage qui ont pour effet de rendre incompétentes les juridictions étatiques, ou des clauses attributives de compétence territoriale... Il n'y a rien d'étonnant, du point de vue contractuel, à faire produire le même type d'effets à une clause de médiation ».

⁹¹⁵ CADIET Loïc, « L'effet processuel des clauses de médiation », *loc. cit.* ; ANCEL Pascal et COTTIN Marianne, « L'efficacité procédurale des clauses de conciliation ou de médiation », *op. cit.*, p. 1390, pour qui « il y a d'abord obligation de résultat en ce que les parties sont tenues de concourir à la mise en place de la procédure de médiation - c'est-à-dire pour l'essentiel de nommer le ou les médiateurs dans le délai qui leur est imparti - et, au minimum, de comparaître devant le médiateur. Mais au-delà leur obligation est simplement de moyens : à l'évidence, les parties ne peuvent pas par avance s'obliger à conclure une transaction, ce qui équivaldrait à une renonciation anticipée au droit d'agir en justice parfaitement illicite » ; CHAINAIS Cécile, FERRAND Frédérique, MAYER Lucie et GUINCHARD Serge, *Procédure civile - Droit commun et spécial du procès civil, MARD et arbitrage*, *op. cit.*, p. 318, n°381, selon qui « sans être tenues à une obligation de résultat (succès de la tentative de rapprochement), [les parties] le sont par une obligation de moyens (mise en œuvre d'une tentative de rapprochement) ». Comp. GRIGNON Philippe, « L'obligation de ne pas agir en justice », in *Mélanges Christian Mouly*, t. II, Litec, 1998, p. 115.

⁹¹⁶ Com., 29 avr. 2014, n°12-27.004, *Bull. civ.*, 2014, IV, n° 76 ; *RJC*, 2015, n°1, 20, note MOREAU ; *RLDA*, 2014, n°98, 74, note MESTRE et MESTRE-CHAMI ; *RTD civ.*, 2014, 655, note BARBIER ; *JCP E*, 2014, n°21-22, 36, note DISSAUX.

⁹¹⁷ Le seuil à partir duquel la Cour de cassation estime que la clause est soumise à des conditions particulières de mise en œuvre reste toutefois incertain : V. CHAINAIS Cécile, FERRAND Frédérique, MAYER Lucie et

les clauses de juridiction fournissent une illustration technique importante de ce qu'il est possible d'exiger un comportement de son cocontractant sans avoir recours à un mécanisme obligationnel⁹¹⁸. Il faudra garder à l'esprit leur nature spécifique dans la suite de nos développements⁹¹⁹.

2) Les stipulations non-obligationnelles indirectement contraignantes

173. L'exemple du préambule – Les déclarations liminaires sous forme d'exposé des motifs se sont multipliées ces dernières années en introduction de divers contrats au point que le préambule soit désormais identifié comme une véritable technique contractuelle⁹²⁰. D'inspiration internationaliste⁹²¹, c'est avant tout sa portée juridique qui pose question. Plus précisément, il est fréquent qu'en cas de contentieux les parties s'opposent sur la force obligatoire de son contenu, c'est-à-dire sur sa capacité à contraindre le comportement de l'un ou l'autre des cocontractants. L'analyse doctrinale qui en est faite peut alors laisser perplexe car il arrive que le procédé soit placé au même rang que les mécanismes permettant d'exiger un comportement, en affirmant que « toute déclaration faite par une partie dans le préambule sera de nature à lui être ultérieurement utilement opposée dès lors que son comportement se révélerait incohérent à cet égard »⁹²², puis, quelques lignes plus tard, limité à sa valeur interprétative en déclarant que « l'on ne peut pas opposer le préambule à des clauses claires non parce que le premier a une autorité inférieure mais parce que la netteté des secondes écarte tout besoin et, par conséquent, toute possibilité d'interprétation »⁹²³. La matière sociétaire n'échappe pas à cette ambivalence, qu'il s'agisse d'un préambule statutaire ou extrastatutaire. Ainsi, la jurisprudence a d'abord pu paraître renforcer sa force obligatoire en refusant de le dissocier du contrat de société⁹²⁴, en l'invoquant pour déterminer si une opération de reclassement d'actions ayant abouti à une prise de contrôle

GUINCHARD Serge, *Procédure civile - Droit commun et spécial du procès civil, MARD et arbitrage*, op. cit., p. 321, n°381. N'est par exemple pas contraignante la clause dont les termes se bornaient à inviter les parties à « coopérer avec diligence et bonne foi en vue de trouver une solution à leur différend [...] dans un délai de 45 jours à compter de la naissance de ce différend », car celle-ci n'imposait pas le recours préalable à un médiateur, conciliateur ou arbitre, et ne faisait que rappeler l'obligation générale d'exécuter de bonne foi les contrats et de tenter une résolution amiable des litiges : Com., 20 oct. 2021, n°20-13.819, *RTD civ.*, 2022, 711, note CAYROL ; *RDC*, 2022, n°2, 72, note HEINICH ; *Dr. sociétés*, 2022, n°4, 33, note MORTIER ; *Rev. sociétés*, 2022, 212, note HAMELIN ; *RTD com.*, 2022, 318, note LECOURT. En revanche, la clause imposant de solliciter l'avis d'un expert institué bel et bien une procédure de conciliation préalable obligatoire : 3^e civ., 6 juin 2024, n°22-24.784, *RDC*, 2024, n°4, 46, note PELLETIER.

⁹¹⁸ D'autres clauses pourraient être évoquées comme la clause de droit applicable (ANCEL Pascal, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *loc. cit.* ; LUCAS-PUGET Anne-Sophie, *Essai sur la notion d'objet du contrat*, op. cit., p. 299, n°521).

⁹¹⁹ V. *infra* n°362 et s.

⁹²⁰ MOUSSERON Pierre, RAYNARD Jacques et SEUBE Jean-Baptiste, *Technique contractuelle*, op. cit., p. 71, n° 160 et s.

⁹²¹ V. not. FONTAINE Marcel, « La pratique du préambule dans les contrats internationaux », *RD aff. int.*, 1986, p. 343. La matière européenne en est aujourd'hui un réceptacle privilégié. En effet, les actes juridiques de l'Union étant soumis à une exigence de motivation (TFUE, art. 296), le droit dérivé a considérablement vu se développer les considérants préliminaires (V. LEMAIRE Sophie, « Interrogations sur la portée juridique du préambule du règlement Rome I », *D.*, 2008, p. 2157).

⁹²² MOUSSERON Pierre, RAYNARD Jacques et SEUBE Jean-Baptiste, *Technique contractuelle*, op. cit., p. 72, n°163.

⁹²³ *Ibid*, p. 72, n°164.

⁹²⁴ V., considérant que « le contrat de société forme un tout dont il n'est pas possible de dissocier la partie “ préambule ” pour lui donner une simple valeur explicative d'une convention allant suivre » : CA Rennes, 26 sept. 1984, *Rev. sociétés*, 1986, 627, note GUYON.

d'un actionnaire majoritaire n'était pas fautive dans la mesure où les principes généraux des statuts imposaient la conduite d'une « politique indépendante d'intérêt privé dominant et de tutelle »⁹²⁵, ou même encore en s'appuyant sur les modalités financières que prévoyait le préambule d'actes de cession d'actions pour apprécier l'existence d'un dol⁹²⁶. Mais, dans le même temps, les juges du fond ont refusé de faire jouer l'exception d'inexécution au titre de la violation du préambule d'un pacte d'actionnaires au motif que les « engagements repris dans le préambule du pacte d'actionnaires, ne peuvent être considérés comme des obligations au titre dudit pacte »⁹²⁷. Dans le même sens, ils ont refusé de faire droit à l'argumentation d'un plaideur qui estimait que la mise en œuvre prématurée à son encontre d'une clause de cession forcée d'actions contenue dans un pacte traduisait l'usage déloyal d'une prérogative contractuelle dans la mesure où ledit pacte rappelait l'objectif poursuivi par les associés et leur souci de cohésion jusqu'à la liquidité de la société à moyen terme, « sans cession ou démantèlement à court terme »⁹²⁸. Pour la cour d'appel, ces dispositions liminaires ne s'opposaient pas « à l'application des clauses contractuelles détaillées et claires qui suivent cet énoncé général » et « qui ont vocation à régir de façon concrète les relations entre les associés pendant l'opération de LMBO et qui constituent la loi de tous les signataires ». Ce mouvement de balancier opéré par la jurisprudence se retrouve fatalement chez les commentateurs qui sont amenés à considérer dans une espèce que « les dispositions liminaires du pacte sont par nature trop générales pour donner corps à elles seules à un engagement »⁹²⁹ et dans une autre « que les déclarations que les parties insèrent en partie liminaire de leurs conventions les engagent autant que toute autre obligation contractée dans le cœur des actes »⁹³⁰.

174. Ramené au sujet de l'identification des mécanismes à disposition des parties pour exiger un comportement, il ne semble pas possible de se contenter d'un tel flou. Face à une difficulté de régime, le seul chemin envisageable est celui de procéder à une opération de qualification. Pour y parvenir, il faut préciser un peu plus en détail le contenu de ces préambules. En réalité, on y retrouve deux grands types de stipulations.

175. Tout d'abord, qu'il s'agisse de fournir des informations sur le passé, le présent ou le futur de leurs relations⁹³¹, les cocontractants vont procéder à un certain nombre de constatations de fait : contexte de la conclusion de l'accord, informations reçues par les diverses parties, perspectives du projet économique, éléments déterminants de leur consentement, etc. La doctrine a pu les identifier sous le vocable de « stipulations de constatation »⁹³². Elles ont ceci de particulier qu'elles sont dépourvues de tout caractère

⁹²⁵ Com., 13 févr. 1996, n° 93-19.654, *Bull. civ.*, 1996, IV, n° 50 ; *Rev. sociétés*, 1996, 781, note DAIGRE.

⁹²⁶ Com., 13 sept. 2017, n° 15-18.547, *Rev. sociétés*, 2018, 36, note BARBIÈRI ; *JCP E*, 2018, n°18, 20, note BECKER, CAFFIN-MOI et BUCHBERGER ; *Dr. sociétés*, 2018, n°1, 12, note MORTIER

⁹²⁷ CA Paris, 20 mai 2010, n°09/15214, *BJS*, 2010, n°9, 751, note MASSART.

⁹²⁸ CA Paris, 29 sept. 2016, n°15/07864 ; *Rev. sociétés*, 2017, 92, note BARBIÈRI ; *Dr. sociétés*, 2017, n°1, 20, note MORTIER et 30, note COUPET ; *BJS*, 2017, n°2, 120, note REYGROBELLET

⁹²⁹ MORTIER Renaud, « Quelle portée conférer au préambule d'un pacte d'actionnaire ? », *Dr. sociétés*, 2017, n°1, p. 20, spéc. p. 21.

⁹³⁰ BARBIÈRI Jean-François, « Modalités financières d'une cession d'actions et dol au préjudice du cédant », *Rev. sociétés*, 2018, p. 36, n°4.

⁹³¹ MOUSSERON Pierre, RAYNARD Jacques et SEUBE Jean-Baptiste, *Technique contractuelle*, *op. cit.*, p. 71, n°162 et s.

⁹³² MORET-BAILLY Joël, « Les stipulations de constatation », *Rev. de la Recherche Juridique, Droit prospectif*, 2000, p. 489. Adde, ANCEL Pascal, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *op. cit.*, n°13, note 46.

obligationnel dans la mesure où elles ne visent pas à organiser un rapport de créancier à débiteur en vertu duquel le premier pourrait exiger du second une prestation⁹³³. Ainsi, « celles-ci ne prévoient pas de faire ou de ne pas faire quelque chose, mais [...] se contentent d'enregistrer une situation de fait »⁹³⁴. Pour autant, elles ne sont pas dénuées de toute valeur contractuelle, bien au contraire. Dans la mesure où les parties ont choisi de les inscrire par écrit au sein du pacte, elles intègrent l'acte instrumentaire et bénéficient donc de l'application du droit de la preuve selon lequel « il ne peut être prouvé outre ou contre un écrit établissant un acte juridique [...] que par un autre écrit sous signature privée ou authentique »⁹³⁵. Ces stipulations sont donc pleinement opposables aux parties qui, pour s'en affranchir, devront les renverser par la production d'un autre écrit⁹³⁶.

176. De façon complémentaire, les parties vont prendre un certain nombre d'engagements. Les espèces précitées s'en font l'illustration. Il peut par exemple s'agir d'« exploiter et faire prospérer dans les meilleures conditions les actifs de l'ancienne société »⁹³⁷ ou de s'accorder sur un objectif de développement commun incompatible avec toute « cession ou démantèlement à court terme »⁹³⁸. C'est certainement pour ce type de dispositions que l'évaluation de la force obligatoire du préambule se fait la plus difficile. En réalité, même si la parenté semble parfois tentante avec les obligations de moyens⁹³⁹, la portée générale des formulations employées empêche d'y déceler un rapport précis de créancier à débiteur et donc une quelconque obligation véritable. C'est ce qui empêche de mettre au même plan ces engagements et le reste des clauses du pacte, et donc par exemple de faire jouer l'exception d'inexécution⁹⁴⁰. Si parallèle il doit y avoir, c'est la comparaison avec les engagements d'honneur qui paraît plus convaincante car « le propre de l'engagement d'honneur est de ne pas former une obligation susceptible d'exécution forcée. Il échappe au droit. Mais, cela ne signifie pas qu'il soit dépourvu de toute valeur. Y manquer caractérise une incohérence, qui peut parfaitement constituer un fait générateur de responsabilité »⁹⁴¹.

⁹³³ MORET-BAILLY Joël, « Les stipulations de constatation », *op. cit.*, n°6 et s. Sur la définition de l'obligation : V. *supra* n°42.

⁹³⁴ *Ibid.*, n°19.

⁹³⁵ C. civ., art. 1359, al. 1^{er}.

⁹³⁶ MORET-BAILLY Joël, « Les stipulations de constatation », *op. cit.*, n°32 et s. L'auteur réserve néanmoins le cas de la fraude à la loi qui permettrait de rétablir la liberté de la preuve (n°39 et s). L'hypothèse nous semble difficilement applicable aux préambules des pactes d'associés.

⁹³⁷ CA Paris, 20 mai 2010, n°09/15214, préc.

⁹³⁸ CA Paris, 29 sept. 2016, n°15/07864, préc.

⁹³⁹ V. MASSART Thibault, « Valeur des engagements figurant dans le préambule d'un pacte d'actionnaires », *BJS*, 2010, n°9, p. 751, spéc. §4.

⁹⁴⁰ CA Paris, 20 mai 2010, n°09/12214, préc. Il est d'ailleurs plus satisfaisant de recourir à la nature du préambule pour lui refuser un caractère contraignant que de se référer à l'adage *specialia generalibus derogant* (V. pourtant MORTIER Renaud, « Quelle portée conférer au préambule d'un pacte d'actionnaire ? », *loc. cit.*). En effet, il nous semble que si l'on suit cette voie le raisonnement est vicié par la contradiction car « soit le préambule constitue un engagement général susceptible d'entraîner des effets de droit auquel il peut être dérogé par une disposition spéciale, soit il ne fait naître aucun engagement [...], de telle sorte qu'il est inutile de contrer ses effets (puisqu'ils sont absents) par le recours à une disposition spéciale » (MAGNIER-MERRAN Kevin, « Observations sur la portée du préambule des statuts d'une société », *AJ contrat*, 2018, p. 452, spéc. p. 455).

⁹⁴¹ LE TOURNEAU Philippe [dir.], BLOCH Cyril, GUETTIER Christophe, GIUDICELLI André, JULIEN Jérôme, KRAJESKI Didier et POUMARÈDE Matthieu, *Droit de la responsabilité et des contrats - régimes d'indemnisation*, Dalloz, 2020, p. 1202, n°3112.142. Sur le thème de l'engagement d'honneur : V. OPPETIT Bruno, « L'engagement d'honneur », *D.*, 1979, p. 107 ; AMMAR Daniel, *Essai sur le rôle de l'engagement d'honneur*, thèse de doctorat, droit, Paris I Panthéon-Sorbonne, 1990 ; BEIGNIER Bernard, *L'honneur et le droit*,

C'est bien la voie que semble prendre la Cour de cassation lorsqu'elle engage la responsabilité extracontractuelle de celui qui méconnaît l'engagement contenu dans les principes généraux des statuts⁹⁴².

177. Autrement dit, du fait de la généralité de ses termes, il n'est presque jamais possible de recourir au préambule pour imposer directement un comportement à son cocontractant ou pour prévaloir sur telle ou telle obligation⁹⁴³. En revanche, son intégration au pacte, qu'il s'agisse de simples constatations de fait ou d'engagements généraux, en fait un outil contentieux précieux. En effet, c'est sa valeur interprétative du contenu du contrat⁹⁴⁴, et donc du sens des engagements qui y sont prévus, qui est la plus souvent mise en avant par les juges. C'est ce qui conduit à ne pas le disqualifier dans les façons d'obtenir un comportement de son cocontractant.

178. Les pactes d'associés intègrent donc en premier lieu un rapport bilatéral dans le cadre duquel, par le biais de mécanismes obligationnels et non-obligationnels, chacune des parties va pouvoir s'assurer à des degrés variables du comportement de son partenaire contractuel⁹⁴⁵. Mais ce type de conventions extrastatutaires ne peut fonctionner en vase clos. Pour diverses raisons, les cocontractants vont en effet vouloir ou devoir envisager le comportement des tiers.

II. L'exigence du comportement des tiers

179. **Nécessité de prise en compte des tiers** – Le rapport des pactes d'associés aux tiers est marqué par une tension qui puise sa source dans la façon plus générale dont la matière contractuelle s'est construite. Guidé par une philosophie individualiste, le droit des contrats est historiquement centré sur l'individu et donc sur une rencontre entre deux personnes qui auront exprimé leur volonté de se lier mutuellement⁹⁴⁶. Cette conception est soutenue par des considérations de simplicité car « le droit privé a les plus grandes difficultés pour entrevoir les rapports juridiques, autrement que par deux personnes et deux patrimoines. Si le tiers est appréhendé négativement par la législation, c'est parce qu'il vient rompre cette parité »⁹⁴⁷. On perçoit néanmoins les difficultés posées par cette vision étroite du contrat. De fait, la société d'aujourd'hui et plus particulièrement les rapports d'affaires ne sont plus ceux de 1804. Ainsi, « l'imbrication croissante des rapports sociaux a permis de prendre conscience que le contrat n'est plus un monde fermé, clos aux influences extérieures et postérieures à sa formation ; l'acte juridique n'est plus uniquement l'affaire de ses seuls

LGDJ, 1995 ; GRIMALDI Cyril, *Quasi-engagement et engagement en droit privé : recherches sur les sources de l'obligation*, Defrénois, 2006.

⁹⁴² Com., 13 févr. 1996, n° 93-19.654, préc.

⁹⁴³ V., en ce sens, CA Rennes, 15 janv. 2019, n° 16/02620.

⁹⁴⁴ Qui pourra d'ailleurs être utilement complétée par des clauses d'interprétation (clause d'intégralité, de définition, de priorité, d'intitulés, etc.) : V. LAMOUREUX Marie, « Clause d'interprétation », in *Les principales clauses des contrats d'affaires*, op. cit., p. 455, n°979 et s. V. *infra* n°340.

⁹⁴⁵ Nous avons fait le choix d'un modèle à deux parties à des fins de simplicité mais, évidemment, celui-ci se décline en autant de cocontractants que nécessaire. C'est d'ailleurs la norme pour les pactes que de réunir plus de deux associés : V. SALFATI-ARFI Sarah-Rachel, *Contribution à l'étude du pacte d'associés*, op. cit., p. 82, n°43 et s.

⁹⁴⁶ V. *supra* n°24 et s.

⁹⁴⁷ DELMAS SAINT-HILAIRE Philippe, *Le tiers à l'acte juridique*, LGDJ, 2000, p. 4.

signataires »⁹⁴⁸. En apparence, les dispositions du Code civil semblent résoudre la problématique par la référence à deux principes bien connus. Celui de l'effet relatif tout d'abord, selon lequel « le contrat ne crée d'obligation qu'entre les parties »⁹⁴⁹ et qui a pour conséquence qu'en principe « les tiers ne peuvent ni demander l'exécution du contrat ni se voir contraints de l'exécuter »⁹⁵⁰. Celui de l'opposabilité ensuite, en vertu duquel « les tiers doivent respecter la situation juridique créée par le contrat »⁹⁵¹. Tout pousse pourtant les parties au pacte à ne pouvoir se contenter de ces règles générales. De leur caractère « parasocial »⁹⁵², qui en fait des contrats conclus en considération d'une société cible, aux mouvements intervenants sur le capital, qui impactent directement les qualités d'associés des uns et des autres, les raisons sont nombreuses pour assurer le meilleur « rayonnement du pacte »⁹⁵³ possible. Les techniques utilisées vont donc servir deux objectifs : remédier à la relativité du pacte d'associés (A) et renforcer son opposabilité (B).

A. La remédiation à la relativité du pacte d'associés

180. C'est tout le caractère hybride des pactes qui ressort dans la façon dont leurs signataires vont tenter d'atténuer les conséquences de l'effet relatif des contrats. Ce principe, qui limite les effets du contrat aux seules parties, contraint les signataires à faire preuve d'inventivité juridique pour étendre l'efficacité de leurs engagements. Pour atteindre leur but, les parties vont ainsi devoir articuler les outils issus du droit commun avec les mécanismes propres à l'organisation interne de la société. Cela les conduit à associer une logique purement contractuelle (1) à une logique sociétaire (2).

1) Logique purement contractuelle

181. Objectifs variés – La nécessité de s'assurer du comportement de certains tiers aux pactes d'associés peut répondre à diverses justifications. Il peut tout d'abord s'agir de remédier à la mauvaise « circulation » des pactes⁹⁵⁴. En effet, alors que les statuts « ont la vertu d'engager tous les associés, présents et futurs, quelle que soit la cause juridique de leur accession à la qualité d'associé »⁹⁵⁵, les pactes pour leur part ne lient en principe que leurs signataires et non de futurs entrants⁹⁵⁶. La Cour de cassation fait à ce propos une application stricte de la relativité de ces conventions en refusant de considérer qu'elles se

⁹⁴⁸ *Ibid.*, p. 5.

⁹⁴⁹ C. civ., art. 1199, al. 1^{er}.

⁹⁵⁰ C. civ., art. 1199, al. 2.

⁹⁵¹ C. civ., art. 1200, al. 1^{er}.

⁹⁵² V. *supra* n°49.

⁹⁵³ HEINICH Julia, LÉCUYER Hervé et MESTRE Jacques [dir.], *Les pactes d'affaires*, *op. cit.*, p. 91, n°90 et s.

⁹⁵⁴ Sur la question plus générale du sort du pacte lors d'un événement affectant l'un de ses signataires : V. HEINICH Julia, « Le sort du pacte extrastatutaire d'associés lors d'un événement affectant l'un de ses signataires », *op. cit.*

⁹⁵⁵ DAIGRE Jean-Jacques et SENTILLES-DUPONT Monique, *Pactes d'actionnaires*, *op. cit.*, p. 14, n°26.

⁹⁵⁶ Ajoutons que mentionner le pacte dans les statuts en espérant unifier les régimes de transmissibilité serait une pratique pour le moins incertaine : V., en ce sens, DONDERO Bruno, « Le pacte d'actionnaires signé par la société », *Rev. sociétés*, 2011, p. 535, n°21 ; GAUDEMET Antoine, « L'opposabilité et la transmission des obligations », in *Pacte d'associé ou clause statutaire : quel choix pour l'entreprise sociétaire ?*, LexisNexis, 2013, p. 17, spéc. p. 22.

transmettent par accessoire lors d'une cession d'actions⁹⁵⁷. Mais la considération du tiers peut aussi découler du rôle que le mécanisme lui assigne. La présentation des techniques utilisées permet de s'en rendre compte.

182. Techniques utilisées – Le Code civil entretient finalement assez peu de suspens concernant les techniques à disposition des parties pour placer les tiers plus directement sous l'influence de la sphère contractuelle. De fait, en rappelant à l'article 1203 que l'« on ne peut s'engager en son propre nom que pour soi-même » dans une sous-section 2 consacrée au porte-fort et à la stipulation pour autrui, sous-section prenant la suite de celle relative aux dispositions générales instaurant notamment effet relatif et opposabilité du contrat, le Code civil laisse peu de doute quant au fait que ces deux mécanismes vont atténuer au moins en partie le principe qu'il pose⁹⁵⁸.

183. C'est d'abord en effet à la promesse de porte-fort que vont largement avoir recours les pactes. D'une vitalité certaine en droit des sociétés⁹⁵⁹, elle constitue l'instrument idoine de l'« opération juridique à trois personnes, mais fondée sur la volonté de deux seules »⁹⁶⁰. Le législateur définit assez simplement le mécanisme comme celui consistant à promettre « le fait d'un tiers »⁹⁶¹. En réalité, doctrine et jurisprudence distinguent depuis longtemps deux types de porte-fort. Le porte-fort de ratification tout d'abord, par lequel « le promettant promet à son cocontractant que le tiers ratifiera un engagement déterminé : il s'engage personnellement, mais la personne (le tiers) pour laquelle il s'est porté fort n'est pas engagée »⁹⁶². Ce dernier est expressément reconnu à l'alinéa 3 de l'article 1204 du Code civil qui dispose que « lorsque le porte-fort a pour objet la ratification d'un engagement, celui-ci est rétroactivement validé à la date à laquelle le porte-fort a été souscrit ». Le porte-fort d'exécution ensuite, qui assume une fonction moderne de garantie et dans lequel le promettant s'engage auprès du bénéficiaire à ce que le tiers exécute le contrat considéré⁹⁶³. La formule « lorsque le porte-fort a pour objet la ratification d'un engagement » fait comprendre au lecteur que l'objet de la promesse peut-être autre, ce qui conduit donc à consacrer également le porte-fort d'exécution⁹⁶⁴. Dans les deux cas, l'engagement du

⁹⁵⁷ Com., 24 mai 2011, n°10-24.869, *Bull. civ.*, 2011, IV, n° 80 ; *Dr. sociétés*, 2011, n°10, 13, note MORTIER ; *RDC*, 2011, n°4, 1170, note CARVAL ; *Rev. sociétés*, 2011, 482, note GAUDEMET ; *RTD com.*, 2011, 587, notes LE CANNU et DONDERO et, sur renvoi, CA Versailles, 22 mai 2012, n° 11/04433, *Dr. sociétés*, 2012, n°12, 10, note MORTIER ; *Dr. et patr.*, 2013, n°225, 97, obs. PORACCHIA. V. cep., admettant le consentement tacite des cessionnaires de parts d'une SCM à un contrat d'exercice professionnel en commun, qualifié de « complément nécessaire et indissociable de la société civile de moyens » : 1^{re} civ., 15 nov. 1994, n° 92-18.981, *Bull. civ.*, 1994, I, n° 328 ; *RTD civ.*, 1995, 363, obs. MESTRE ; *RTD com.*, 1995, 802, obs. JEANTIN.

⁹⁵⁸ La section dans laquelle s'inscrivent ces dispositions est d'ailleurs opportunément nommée « les effets du contrat à l'égard des tiers » (C. civ., art. 1199 à 1209).

⁹⁵⁹ TILLEMENT Geneviève, « Promesse de porte-fort et droit des sociétés », *Rev. sociétés*, 1993, p. 51. Plus spécialement, sur la figure du porte-fort d'exécution : V. BROCARD Emmanuel, « Porte-fort d'exécution et droit des sociétés », *Rev. sociétés*, 2018, p. 86.

⁹⁶⁰ AUBERT DE VINCELLES Carole, « Porte-fort », *Rép. civ.*, Dalloz, 2017, n°2.

⁹⁶¹ C. civ., art. 1204, al. 1^{er}.

⁹⁶² MALAURIE Philippe, AYNÈS Laurent et STOFFEL-MUNCK Philippe, *Droit des obligations*, LGDJ, 12^e éd., 2022, p. 461, n°496.

⁹⁶³ AUBERT DE VINCELLES Carole, « Porte-fort », *op. cit.*, n°5.

⁹⁶⁴ V. Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance précitée du 10 février 2016, selon lequel « le porte-fort est déjà prévu à l'actuel article 1120 du Code civil, mais l'article 1204 de l'ordonnance en clarifie le régime. L'alinéa 1^{er} en propose tout d'abord une définition ouverte, incluant aussi bien le “ porte-fort de ratification ” (c'est-à-dire lorsque le promettant se porte fort d'obtenir le consentement à un acte qui est déjà négocié et conclu), le porte-fort dit “ de conclusion ” (lorsque dans un acte le promettant s'engage auprès du bénéficiaire à ce qu'un

promettant est autonome dans la mesure où celui-ci « est libéré de toute obligation si le tiers accomplit le fait promis. Dans le cas contraire, il peut être condamné à des dommages et intérêts »⁹⁶⁵. En matière de pactes, c'est la figure du porte-fort de ratification qui se veut la plus utile. Cette dernière permet tout d'abord d'obtenir l'engagement des signataires que le ou les tiers à qui ils souhaiteraient céder leurs parts ou actions adhéreront au pacte préexistant. Ces clauses peuvent être dénommées « clause d'adhésion préalable » ou plus simplement « clause de ratification »⁹⁶⁶. On peut aussi parler de « clause de cession pactée »⁹⁶⁷. Il s'agit donc ici de remédier, par la technique contractuelle, aux inconvénients qu'entraîne la nature extrastatutaire du contrat conclu⁹⁶⁸. Mais le recours au porte-fort de ratification peut aussi se justifier par le périmètre élargi du mécanisme choisi par les parties. Ainsi du droit de sortie conjointe ou clause de *tag along* dont on a vu que, bien qu'envisageant un transfert de titres, il visait surtout à imposer un comportement au promettant, à savoir celui de faire en sorte que le tiers acquière également les titres des bénéficiaires minoritaires si ceux-ci le désirent⁹⁶⁹. Précisons que, quel que soit l'objectif, la technique utilisée reste la même : elle consiste à raffiner le modèle de l'obligation de faire en faisant peser sur le promettant l'engagement d'obtenir le fait du tiers. Cette obligation de résultat⁹⁷⁰ ouvre droit à indemnisation au profit du bénéficiaire si le tiers ne répond pas au comportement promis⁹⁷¹. Ce simple droit à indemnisation peut laisser l'ambition des parties inassouvie. Notamment en matière de « cession pactée » où la fonction de couverture du pacte⁹⁷² ne peut être respectée que si l'on obtient effectivement l'adhésion du cessionnaire. On voit alors ressurgir le mécanisme conditionnel, caractéristique des

tiers conclue un autre acte juridique), que le « porte-fort d'exécution » (c'est-à-dire lorsqu'il s'engage à ce qu'un tiers exécute un contrat conclu avec le bénéficiaire, à titre de « garantie »). L'alinéa 2 précise les effets du porte-fort : le promettant est libéré en cas d'exécution par le tiers du fait promis (le bénéficiaire pouvant lui réclamer réparation dans le cas contraire). Le dernier alinéa est propre au porte-fort de ratification : dans cette hypothèse l'acte conclu par le promettant (sans pouvoir) est rétroactivement validé par la ratification du tiers. Si le porte-fort ne portait que sur la conclusion d'un nouvel acte juridique ou l'exécution d'une obligation, l'exécution du fait promis par le tiers n'a pas à produire d'effet rétroactif ». V. égal AUBERT DE VINCELLES Carole, « Porte-fort », *op. cit.*, n°6, selon qui la rédaction de l'alinéa 3 de l'article 1204 du Code civil « signifie très clairement que le porte-fort de ratification, dont l'effet de la ratification est mentionné, n'est qu'une hypothèse de porte-fort ». Sur le porte-fort de conclusion, dans lequel le promettant s'engage à ce que le tiers conclue un autre acte juridique dont les termes, à la différence du porte-fort de ratification, ne sont pas encore négociés : PELLIER Jean-Denis, « Le porte-fort », *J.-CL. Droit bancaire et financier*, fasc. 744, LexisNexis, 2019, n°16.

⁹⁶⁵ C. civ., art. 1204, al. 2. La chambre commerciale de la Cour de cassation avait un temps pu considérer que l'engagement du promettant dans le porte-fort d'exécution était un engagement accessoire ce qui pouvait le contraindre à assumer l'engagement du tiers si celui-ci ne l'exécutait pas lui-même (Com., 13 déc., 2005, n° 03-19.217, *Bull. civ.*, 2005, IV, n°256 ; *Dr. et patr.*, 2006, n°152, 96, note AYNÈS et STOFFEL-MUNCK ; *JCP E*, 2006, n°9, 408, note GROSSER ; *D.*, 2006, 2856, obs. CROCQ ; *RTD civ.*, 2006, 305, obs. MESTRE et FAGES). Très critiquée, cette position avait finalement été abandonnée (Com., 1^{er} avr. 2014, n° 13-10.629, *Bull. civ.*, 2014, IV, n° 67 ; *D.*, 2014, 1185, note DONDERO et 1610, obs. CROCQ ; *Dr. et patr.*, 2015, n°251, 98, note DUPICHOT et AYNÈS ; *RTD com.*, 2015, 228, obs. SAINTOURENS ; *RDC*, 2014, n°3, 347, note GENICON et n°4, 625, note KLEIN ; *JCP E*, 2014, n°27, 27, note LEVENEUR ; *GPL*, 2014, n°288-289, 8, note HOUTCIEFF ; *Rev. sociétés*, 2014, 558, note MASSART).

⁹⁶⁶ HEINICH Julia, « Clause d'adhésion préalable », in *Les principales clauses des contrats d'affaires*, *op. cit.*, p. 27, n°12 et s.

⁹⁶⁷ V. MOUSSERON Pierre, *Les conventions sociétaires*, *op. cit.*, p. 344, n°511.

⁹⁶⁸ Mais donc en principe le promettant ne garantit pas l'exécution des obligations du pacte par le futur cessionnaire (figure du porte-fort d'exécution). Cette hypothèse n'est toutefois pas à exclure, notamment en cas de reclassement des participations au sein d'un groupe : V. HEINICH Julia, « Clause d'adhésion préalable », *op. cit.*, p. 29, n°18.

⁹⁶⁹ V. *supra* n°106.

⁹⁷⁰ Com., 1^{er} avr. 2014, n° 13-10.629, préc.

⁹⁷¹ C. civ., art. 1204, al. 2.

⁹⁷² V. *supra* n°20 et s.

transferts de titres⁹⁷³. La doctrine en donne généralement deux applications qui peuvent suppléer ou compléter le porte-fort et qui dépendent de la source du mécanisme conditionnel⁹⁷⁴. L'adhésion du cessionnaire peut ainsi être érigée en condition à la cession directement dans le pacte, c'est la première possibilité, ou être prévue dans le contrat de cession de droits sociaux, c'est la seconde option. Il nous semble que ces deux hypothèses doivent être bien distinguées du point de vue de la qualification juridique. Lorsqu'elle figure dans le contrat de cession de droits sociaux, l'adhésion préalable du cessionnaire fait bel et bien office de condition suspensive étant donné que la cession ne deviendra « pure et simple »⁹⁷⁵ qu'après ratification du pacte. En revanche, il apparaît impossible de conditionner l'acte de cession « depuis » le pacte d'associés. Un tel engagement doit en effet être apprécié à partir de l'acte qui l'institue. Pour le qualifier, il faut l'explicitement. Le signataire s'engage à ne pas céder, sauf si le cessionnaire adhère au pacte. Il y a donc un engagement en deux temps à savoir une restriction à la cession qui disparaît si le cédant obtient la signature du cessionnaire. La restriction étant une interdiction, il faut y voir une obligation d'inaliénabilité, donc une obligation de ne pas faire, conclue sous condition résolutoire de la ratification du pacte par le cessionnaire⁹⁷⁶.

184. Bien que la stipulation pour autrui, qui correspond à la disposition par laquelle « l'un des contractants, le stipulant, peut faire promettre à l'autre, le promettant, d'accomplir une prestation au profit d'un tiers, le bénéficiaire »⁹⁷⁷ ne soit pas non plus absente des pactes, elle doit être écartée de ces développements. Il est vrai qu'on peut la retrouver par exemple dans les clauses de *drag along*, qui permettent à l'actionnaire stipulant de s'assurer que les actionnaires promettants, généralement minoritaires, céderont leurs titres en cas d'offre d'acquisition faite par un tiers bénéficiaire⁹⁷⁸. Si, d'une certaine façon, il s'agit bien de remédier à la relativité du pacte en étendant la sphère d'application d'un mécanisme à un tiers non-signataire⁹⁷⁹, la logique dont relève cette technique demeure bien différente de celle du porte-fort. Il ne s'agit pas, par l'expression de deux volontés, de tenter d'obtenir un comportement d'une troisième personne mais uniquement d'accorder un droit à un tiers dans le cadre de ce qui relève d'une simple modalité de transfert de titres. Il faut donc la dissocier des techniques permettant d'exiger un comportement et, *a fortiori*, de celles permettant d'exiger le comportement de tiers.

185. Incidences sur l'évolution du pacte – Inévitablement, cette volonté d'attirer les tiers aux engagements du pacte n'est pas sans conséquence sur l'évolution de ce dernier. En effet, lorsqu'un cessionnaire de droits sociaux « adhère » au pacte, il y a modification des contractants initiaux. De même, lorsqu'une clause de *drag along* permet au bénéficiaire d'une promesse unilatérale de vente de se substituer un tiers acquéreur par le jeu d'une clause de substitution⁹⁸⁰, il y a modification des parties initiales. Il est évidemment possible

⁹⁷³ V. *supra* n°114 et s.

⁹⁷⁴ V. HEINICH Julia, « Clause d'adhésion préalable », *op. cit.*, p. 28, n°16 ; MOUSSERON Pierre, *Les conventions sociétaires*, *loc. cit.*

⁹⁷⁵ Au sens de l'article 1304, alinéa 2, du Code civil.

⁹⁷⁶ Cette dernière rendant bien au cédant sa liberté de céder en anéantissant son engagement de ne pas faire au sens de l'article 1304, alinéa 3, du Code civil.

⁹⁷⁷ C. civ., art. 1205, al. 2.

⁹⁷⁸ V. *supra* n°106.

⁹⁷⁹ Et en principe non connu au moment de la conclusion du pacte.

⁹⁸⁰ V. *supra* n°142.

de considérer que les signataires concernés défont le contrat initial pour en refaire un, identique, avec le nouvel entrant. Mais ce serait dénaturer la finalité véritable de ces mécanismes. Un auteur relève ainsi, à propos de la « cession pactée »⁹⁸¹, que « les parties au pacte d'associés souhaitent que le cessionnaire soit tenu par le pacte comme l'était le cédant des droits sociaux avant lui. En ce sens, les associés historiques n'ont pas la velléité de conclure un nouveau pacte avec le cessionnaire des droits sociaux. Le cédant des droits sociaux ne cherche pas davantage à ce que le cessionnaire conclue un nouveau pacte avec les associés historiques déjà parties au pacte ; il souhaite sortir du pacte dans la mesure où, n'étant plus détenteur de droits sociaux, il ne veut plus être tenu par ce contrat. En d'autres termes, toutes les parties ont pour objectif d'organiser la substitution du cessionnaire au cédant des droits sociaux dans le pacte d'associés préexistant »⁹⁸². La doctrine majoritaire a proposé d'appliquer, à la suite de son introduction dans le Code civil par l'ordonnance du 10 février 2016, la nouvelle figure de la cession de contrat à cette technique consistant à substituer un nouveau contractant à un signataire initial⁹⁸³. Il est vrai que cette opportunité donnée à un cocontractant de « céder sa qualité de partie au contrat à un tiers »⁹⁸⁴ semble bien correspondre à la mécanique recherchée par les parties. Reste que le futur cessionnaire n'est pas connu à la date de conclusion de la clause de substitution. De sorte que si cette dernière peut préparer une cession de contrat, elle ne semble pas pouvoir la réaliser par elle-même⁹⁸⁵.

- 186.** Si les pactes d'associés n'étaient que de simples contrats, il serait possible de conclure ces développements. Mais tous les tiers ne se valent pas dans l'environnement des pactes. Il en est un dont le comportement est plus important que celui des autres, il s'agit de la société cible.

2) Logique sociétaire

- 187. Qualité de tiers** – Évoquer la situation de la société cible à propos de la remédiation à la relativité du pacte peut surprendre. En effet, à la différence de tiers plus classiques, les situations dans lesquelles les signataires du pacte pourraient engager la société qui en est l'objet ne sont pas rares. Soit que l'une des parties soit majoritaire et dispose d'une influence directe sur le représentant légal de la société, soit qu'elle assume directement cette fonction qu'elle cumule ou non avec sa qualité d'associé. Il existerait donc une solution simple pour assurer le meilleur rayonnement possible au pacte en engageant la société dans les obligations qu'il impose. C'est d'ailleurs bien ce cas de figure que l'on rencontre lorsqu'il s'agit de faire peser une charge sur la société, par exemple le versement d'une contrepartie

⁹⁸¹ Sur laquelle V. *supra* n°183.

⁹⁸² TADROS Antoine, « “ L'adhésion ” du cessionnaire des droits sociaux au pacte d'associés. Contrat d'adhésion ou cession de contrat ? », *D.*, 2017, p. 171, n°20 et n°21.

⁹⁸³ V., *ibid.*, pour l'adhésion du cessionnaire de droits sociaux au pacte. Plus généralement, en faveur de la qualification de cession de contrat de la clause de substitution : V. BOFFA Romain, « Contrats et obligations - Les clauses relatives aux opérations translatives », *JCP N*, 2016, n°13, 1115 ; CHANTEPIE Gaël, « L'application dans le temps de la réforme du droit des contrats », *AJ contrat*, 2016, p. 412 ; MEKKI Mustapha, « Réforme des contrats et des obligations : la promesse unilatérale de contrat », *JCP N*, 2016, n°40, 1071. Pour une étude synthétique de la question avec l'ensemble des positions en présence : V. MEKKI Mustapha, « La clause de substitution dans les promesses de vente : une cession de contrat, what else ? », *BRDA*, 2018, n°20.

⁹⁸⁴ C. civ., art. 1216, al. 1^{er}.

⁹⁸⁵ V. *infra* n°526.

financière à une clause de non-concurrence⁹⁸⁶. Mais d'une manière plus générale, la société cible est rarement une partie à part entière aux pactes d'associés⁹⁸⁷. Entre perte de la confidentialité de la convention, éventuelle application de la procédure des conventions réglementées et autres inconvénients pour la société, ses dirigeants et les parties, le choix de réserver la qualité de tiers à l'entité objet du pacte apparaît en effet souvent comme le plus judicieux⁹⁸⁸. Si doute il peut y avoir sur la qualité de tiers ou de partie de la société cible, celui-ci concerne en réalité les cas dans lesquels cette dernière intervient au contrat pour renforcer son opposabilité, nous y reviendrons⁹⁸⁹. Il n'en demeure pas moins que bon nombre de mécanismes prévus par les pactes projettent directement ou indirectement un certain comportement sociétaire. Ils doivent donc s'accommoder de la qualité de tiers de la société cible ce qui, techniquement, conduit à diverses réactions.

188. Maintien de la logique contractuelle – La voie la plus directe qui s'offre aux parties consiste à maintenir la logique contractuelle en reprenant les mécanismes sur lesquels repose l'exigence de comportements personnels⁹⁹⁰ ou de tiers⁹⁹¹ et en les utilisant pour parvenir à un comportement social. Il en va ainsi à chaque fois qu'un signataire « pacte » un droit dont il dispose dans la société ou propose de faire usage de son influence. L'exemple le plus courant permettant d'illustrer cette démarche est celui des conventions de vote⁹⁹². En effet, le but de ceux qui s'engagent est bien de parvenir à une décision de l'organe social concerné, le plus souvent l'assemblée générale⁹⁹³. Pour ce faire, ils vont

⁹⁸⁶ Sans cet engagement de la société il ne sera pas possible de la contraindre à un quelconque versement : V. CA Paris, 24 janv. 2012, n°10/19478.

⁹⁸⁷ DONDERO Bruno, « Le pacte d'actionnaires signé par la société », *op. cit.*, n°3. V. égal. VELARDOCCIO-FLORES Dominique, *Les accords extra-statutaires entre associés*, *op. cit.*, p. 254, n°312 ; POITRINAL François-Denis, « Les pactes d'actionnaires », *op. cit.*, spéc. p. 130.

⁹⁸⁸ DONDERO Bruno, « Le pacte d'actionnaires signé par la société », *op. cit.*, n°6 et s ; HAMELIN Jean-François, « La place de la société dans le pacte d'actionnaires : tiers, partie, en présence de, etc. », in dossier « Pactes d'actionnaires et droit des contrats », *op. cit.*, p. 99, évoquant à ce propos la « fausse bonne idée » de la société partie au pacte (p. 100). *Adde*, DELVALLÉE Julien et REYGROBELLET Arnaud, « Société "partie" à un pacte d'associés ou pacte signé "en présence de la société", quelles différences ? », sur *Navis affaires, Tribune - avis d'experts* [en ligne], publié le 22/11/2022, qui montre, d'une part, qu'en tant que créancière du pacte l'intérêt à agir de la société sera bien souvent difficile à démontrer car elle n'est que rarement titulaire des droits conférés par le contrat (n°9 et s.) et, d'autre part, qu'en tant que débitrice sa qualité de partie pourrait mettre le dirigeant dans une position compliquée lui imposant de vérifier que le respect par la société de ses obligations ne heurte ni l'intérêt social, ni l'ordre public sociétaire (n°34 et s.). Comp. jugeant qu'une société seulement présente au pacte n'a pas qualité à défendre sur la demande d'annulation de la clause de non-concurrence qui y figure et sur les demandes d'indemnisation qui s'y rattachent : CA Paris, 8 févr. 2022, n°19/04499, *Rev. sociétés*, 2022, 412, note SCHILLER ; *GPL*, 2022, n°21, 47, obs. BRIGNON. Rappr. Com., 18 oct. 2023, n°22-21.570 ; *Rev. sociétés*, 2024, 178, note HEINICH.

⁹⁸⁹ V. *infra* n°192 et s.

⁹⁹⁰ V. *supra* n°160 et s.

⁹⁹¹ V. *supra* n°179 et s.

⁹⁹² V. not. JEANTIN Michel, « Les conventions de vote », in *La stabilité du pouvoir et du capital dans les sociétés par actions*, RJ com., 1990, p. 124 ; DIDIER Paul, « Les conventions de vote », in *Jean Foyer, auteur et législateur. Leges tulit, jura docuit. Écrits en hommage à Jean Foyer*, PUF, 1997, p. 341 ; VIANDIER Alain, « Après l'article de Michel Jeantin sur les conventions de vote », in *Prospectives du droit économique : dialogues avec Michel Jeantin*, Dalloz, 1999, p. 311 ; CONSTANTIN Alexis, « Réflexions sur la validité des conventions de vote », in *Le contrat au début du XXI^e siècle – Études offertes à Jacques Ghestin*, *op. cit.*, p. 253 ; COUPET Caroline, « Clause de convention de vote », in *Les principales clauses des contrats d'affaires*, *op. cit.*, p. 177, n°355 et s.

⁹⁹³ Avec des objectifs variés : « l'engagement de vote peut être de nature politique (répartition des sièges au sein des organes sociaux, nomination des dirigeants), pécuniaire (engagement de non-distribution de dividendes ou au contraire garantie de versement de dividendes) ou porter sur certaines décisions stratégiques (augmentation de

s'obliger sur la façon d'exercer le droit dont ils sont titulaires⁹⁹⁴, éventuellement après concertation préalable⁹⁹⁵, ou promettre que telle ou telle décision sera adoptée. Le fait est que contractuellement, le mécanisme demeure classique car l'actionnaire qui s'engage personnellement se soumet à une obligation de faire et celui qui promet la décision d'un organe social assume le plus souvent le rôle du promettant dans le cadre d'un porte-fort⁹⁹⁶. Évidemment, le classicisme cède sa place lorsqu'il s'agit d'apprécier la validité de la technique utilisée car c'est l'ordre public sociétaire qui se trouve directement impacté par de tels montages⁹⁹⁷. En matière de conventions de vote, trois à quatre conditions de validité sont ainsi généralement avancées à savoir le caractère limité de l'atteinte portée au droit de vote, l'absence de contrariété à l'intérêt social, le respect des règles d'ordre public et l'absence de fraude⁹⁹⁸. De façon plus générale, le porte-fort peut également heurter le principe de libre révocabilité des dirigeants sociaux lorsque tel ou tel dirigeant se trouve protégé par l'engagement du promettant⁹⁹⁹. Si la question de la licéité de ces mécanismes occupe à juste titre la majeure partie des développements qui leurs sont généralement consacrés, il demeure néanmoins fondamental de ne pas perdre de vue la façon dont ces derniers sont construits. Il ne s'agit pas de consacrer par le biais du pacte une règle de fonctionnement social, mais bien de contractualiser un droit ou une influence par le recours à des techniques usuelles. En va-t-il différemment lorsque l'ambition contractuelle prétend aboutir à un aménagement des règles légales du droit des sociétés ?

189. Aménagement des règles légales du droit des sociétés – Se poser la question d'un éventuel aménagement par les pactes des règles légales du droit des sociétés implique de

capital, cession d'actifs, fusion, position commune sur une offre publique inamicale...) » (COUPET Caroline, « Clause de convention de vote », *op. cit.*, p. 177, n°355).

⁹⁹⁴ C'est bien en effet d'une convention relative à l'exercice du droit de vote dont on parle ici. Celles qui seraient relatives à la titularité du droit, par exemple dans le but de l'aliéner, doivent être considérées comme interdites car le droit de vote est une prérogative essentielle de l'associé : V. GALLOIS-COCHET Dorothee, « Associé », *Études Joly Sociétés*, Lextenso, 2024, n°154 et s. ; GERMAIN Michel, MAGNIER Véronique, RIPERT Georges et ROBLOT René, *Traité de droit des affaires, t. 2, Les sociétés commerciales*, LGDJ, 23^e éd., 2022, p. 431, n°629.

⁹⁹⁵ Concertation qui peut être rendue obligatoire par la clause mais qui ne constitue une convention de vote que dans la mesure où l'engagement est pris de voter dans le sens de la concertation préalable : MARTIN Didier et SCHILLER Sophie, *Guide des pactes d'actionnaires et d'associés : 2022/2023*, *op. cit.*, p. 284, n°433.

⁹⁹⁶ TILLEMENT Geneviève, « Promesse de porte-fort et droit des sociétés », *op. cit.*, n°24 et s. ; AUBERT DE VINCELLES Carole, « Porte-fort », *op. cit.*, n°23. Dans cette hypothèse, le promettant n'est pas nécessairement associé. Ce peut être un dirigeant qui s'engage auprès d'un tiers, par exemple une banque, que l'assemblée s'opposera à toute distribution de dividendes.

⁹⁹⁷ V. *infra* n°284.

⁹⁹⁸ V. VIANDIER Alain, « Après l'article de Michel Jeantin sur les conventions de vote », *op. cit.*, spéc. p. 314, n°10 et s. ; COUPET Caroline, « Clause de convention de vote », *op. cit.*, p. 179, n°360 ; V. GALLOIS-COCHET Dorothee, « Associé », *op. cit.*, n°164 et s. ; GERMAIN Michel, MAGNIER Véronique, RIPERT Georges et ROBLOT René, *Traité de droit des affaires, t. 2, Les sociétés commerciales*, *op. cit.*, p. 432, n°630. La matière étant marquée par une certaine incertitude juridique, la présentation de ces conditions de validité est susceptible de varier d'un auteur à l'autre. Il faut mentionner qu'est puni d'un emprisonnement de deux ans et d'une amende de 9000 euros « le fait de se faire accorder, garantir ou promettre des avantages pour voter dans un certain sens ou pour ne pas participer au vote, ainsi que le fait d'accorder, garantir ou promettre ces avantages » (C. com., art. L. 242-9, 3°). L'infraction s'applique aux SA (l'article étant situé dans le chapitre II intitulé « des infractions concernant les sociétés anonymes »), aux SCA (par renvoi de C. com., art. L. 243-1, al. 1^{er}), aux SE (par renvoi de c. com., art. L. 244-5, al. 1^{er}) mais pas aux SAS (C. com., art. L. 244-1, al. 1^{er}) ni donc aux sociétés autres que par actions.

⁹⁹⁹ On vise ici les formes sociales dans lesquelles le dirigeant concerné est révocable *ad nutum* (tel est par exemple le cas du président du conseil d'administration en SA : C. com., art. L. 225-47, al. 3) : TILLEMENT Geneviève, « Promesse de porte-fort et droit des sociétés », *op. cit.*, n°34 et s. ; AUBERT DE VINCELLES Carole, « Porte-fort », *op. cit.*, n°22.

partir du cadre d'origine. Ce dernier peut être présenté ainsi : « Le droit des sociétés établit les règles de compétences entre les différents organes de la société en fonction des décisions à adopter ; il précise également les règles de majorité applicables, selon le type de société, pour la prise de décision au sein de ces organes, qu'il s'agisse de l'assemblée générale ou des conseils d'administration ou de surveillance. Cependant, ces règles sont souvent aménageables, permettant aux associés de prévoir une limitation des pouvoirs des dirigeants, des règles de majorité plus importantes, ou encore des droits de veto au bénéfice de certains associés pour la prise de décisions considérées comme particulièrement importantes »¹⁰⁰⁰. Il y a donc une tension désormais bien connue en doctrine entre les règles légales impératives ou supplétives qui organisent le fonctionnement des différentes formes sociales et la marge de manœuvre laissée à la liberté contractuelle¹⁰⁰¹. Cette question qui renvoie à la place de l'ordre public sociétaire est importante mais, dans la mesure où nous nous proposons uniquement ici d'identifier les techniques contractuelles utilisées par les parties pour mettre en œuvre la fonction de couverture des pactes, elle ne devrait pas nous retenir, au moins à ce stade, car elle conduit principalement à s'interroger sur la validité de telle ou telle clause sans renseigner véritablement sur sa nature. Néanmoins, cette problématique est connexe d'une autre tension, plus anonyme, qui consiste à déterminer, au sein de ce mouvement d'aménagement des règles du droit des sociétés, la qualification exacte d'un certain nombre de stipulations qui ont essaimé au sein des pactes et dont on ne sait plus tout à fait si elles relèvent d'un engagement contractuel ou d'autre chose. Que dire ainsi des modèles de clause d'autorisation préalable qui prévoient que « pendant la durée du Pacte, aucune “ Décision majeure ” telle que prévue à l'article X ne pourra être adoptée par les organes sociaux compétents aux termes de la loi et/ou des Statuts qu'après avoir été préalablement autorisée par le “ Comité Stratégique ” statuant aux conditions de majorité prévues à l'article Y »¹⁰⁰² ? Peut-on réellement reconnaître dans ce type de clause un rapport d'obligation et si oui, qui en est le créancier et qui en est le débiteur ? La question est importante car soit on est en mesure d'identifier un engagement contractuel et il faut rattacher ces stipulations aux catégories déjà présentées, soit ce n'est pas le cas et il faut qualifier le procédé, sauf à passer à côté de ces dispositions pourtant très fréquentes.

- 190.** En réalité, le problème se résout en partant de sa base. Le fait est que les formes sociales sont régies par un certain nombre de dispositions légales qui organisent leur fonctionnement. Certaines sont plus rigides et hiérarchisées que d'autres et c'est ainsi que l'on oppose par exemple souvent la société anonyme, gouvernée par un principe de hiérarchie des organes¹⁰⁰³, à la société par actions simplifiée où les statuts fixent à la fois « les conditions dans lesquelles la société est dirigée »¹⁰⁰⁴ et « déterminent les décisions qui doivent être prises collectivement par les associés dans les formes et conditions qu'ils

¹⁰⁰⁰ HEINICH Julia, « Clause de décision majeure », in *Les principales clauses des contrats d'affaires*, op. cit., p. 199, n°400.

¹⁰⁰¹ V. not. MONSALLIER Marie-Christine, *L'aménagement contractuel du fonctionnement de la société anonyme*, op. cit. ; GUYON Yves, *Traité des contrats. Les sociétés. Aménagements statutaires et conventions entre associés*, op. cit. ; SCHILLER Sophie, *Les limites de la liberté contractuelle en droit des sociétés : les connexions radicales*, op. cit. ; GOFFAUX-CALLEBAUT Géraldine, *Du contrat en droit des sociétés : essai sur le contrat instrument d'adaptation du droit des sociétés*, op. cit.

¹⁰⁰² HEINICH Julia, « Clause de décision majeure », op. cit., p. 205, n°410.

¹⁰⁰³ Cass. civ., 4 juin 1946, S., 1947, 1, 153, note BARBRY.

¹⁰⁰⁴ C. com., art. L. 227-5.

prévoient »¹⁰⁰⁵. Les pouvoirs des organes, la majorité à laquelle les délibérations sont adoptées, le calcul des votes, sont donc autant d'éléments de fonctionnement fixés par les textes avec de temps à autre une liberté laissée à l'acte constitutif pour aménager la règle¹⁰⁰⁶. Dans ce cadre, les pactes extrastatutaires ne font l'objet de presque aucune reconnaissance¹⁰⁰⁷. Ce qui peut logiquement se comprendre car ils demeurent facultatifs là où toute société doit se doter de statuts établis par écrit¹⁰⁰⁸. Et la Cour de cassation se montre d'ailleurs assez protectrice de cette prévalence statutaire¹⁰⁰⁹, même dans les types de sociétés réputés pour leur souplesse¹⁰¹⁰. On est alors quelque peu surpris de voir une clause de majorité renforcée ou un droit de veto présentés dans un pacte comme réglant les délibérations d'un organe alors que le texte qui régit ledit organe ne prévoira au mieux qu'une relative souplesse statutaire. La surprise est selon nous justifiée car, il faut se rendre à l'évidence, les pactes d'associés ne permettent pas un aménagement direct du cadre légal s'imposant aux sociétés¹⁰¹¹. Tout simplement car ce n'est pas le support choisi par le législateur¹⁰¹². Seul un rattachement de ces diverses stipulations aux catégories contractuelles déjà exposées est donc envisageable. Et celui-ci se fait sans difficultés dans la mesure où l'on a dit que la technique contractuelle permettait de « pacter » un droit et surtout une influence¹⁰¹³. Or, lorsqu'un groupe majoritaire s'engage auprès de minoritaires à ce qu'un organe ne prenne pas telle ou telle décision sans leur accord, que celles-ci devront faire l'objet d'une large approbation ou qu'elles devront passer par un comité de pilotage mis en place par le pacte¹⁰¹⁴, il ne fait rien d'autre que de promettre d'user de son influence pour qu'il en soit ainsi. La figure du porte-fort sera alors bien souvent découverte et avec elle les mêmes problématiques de confrontation à l'ordre public sociétaire¹⁰¹⁵.

¹⁰⁰⁵ C. com., art. L. 227-9, al. 1^{er}.

¹⁰⁰⁶ V. par ex. C. com., art. L. 225-37, al. 2, qui prévoit à propos du conseil d'administration de la SA qu'« à moins que les statuts ne prévoient une majorité plus forte, les décisions sont prises à la majorité des membres présents ou représentés ».

¹⁰⁰⁷ On peut néanmoins mentionner l'hypothèse du démembrement de parts où le texte prévoit, pour l'exercice du droit de vote, que lorsque la décision ne concerne pas l'affectation des bénéfices « le nu-propriétaire et l'usufruitier peuvent convenir que le droit de vote sera exercé par l'usufruitier » (C. civ., art. 1844, al. 3). Le verbe « convenir » contribue à reconnaître le rôle des pactes extrastatutaires (V. MORTIER Renaud, « Légalisation des conventions d'exercice du droit de vote du nu-propriétaire par l'usufruitier », *Dr. sociétés*, 2019, n°10, p. 16).

¹⁰⁰⁸ C. civ., art. 1835.

¹⁰⁰⁹ V. COUR DE CASSATION (ch. com., étude rédigée par Claudie Lefeuvre, conseillère référendaire), « Droit des sociétés – La liberté contractuelle dans tous ses états », *Recueil annuel des études*, 2024, p. 57 et s.

¹⁰¹⁰ V. *infra* n°543 et s.

¹⁰¹¹ V. GALLOIS-COCHET Dorothée, « Associé », *op. cit.*, n°152, exprimant la même idée, à propos d'une convention qui serait relative à la loi d'agrégation des votes exprimés au sein d'un organe social : « La question de la loi d'agrégation des votes renvoie aux règles d'unanimité ou de majorité qui s'appliquent dans les différentes formes sociales. Ces règles peuvent être d'ordre public, ou au contraire les statuts peuvent être autorisés par la loi à modifier la loi d'agrégation, mais dans tous les cas il ne saurait être dérogé conventionnellement à la loi d'agrégation. La règle prévue par la loi ou par les statuts, sur autorisation de la loi, s'impose. Une convention relative à la loi d'agrégation des votes serait donc nécessairement nulle. À supposer même qu'elle ait été convenue par l'ensemble des associés, une dérogation autorisée à une loi d'agrégation supplétive ne peut s'imposer que si elle prend la forme d'une modification statutaire ». V. *infra* n°536 et s.

¹⁰¹² Nous l'avons dit, il ne saurait en être autrement pour un instrument facultatif. C'est l'une des raisons pour lesquelles les parties préféreront parfois se tourner vers d'autres véhicules à la reconnaissance légale plus poussée tels que les holdings (DIDIER Paul, « Les conventions de vote », *op. cit.*, spéc. p. 351) ou les actions de préférence (V. KADDOUCH Renée, « LBO : actions de préférence ou pacte d'actionnaires ? », *JCP E*, 2006, n°24, 1953).

¹⁰¹³ V. *supra*, n°188.

¹⁰¹⁴ V. par ex. CA Paris, 16 juin 2015, n° 14/02590, *RJDA*, 2015, n°11, 773.

¹⁰¹⁵ Est ainsi jugée illicite en raison de son atteinte au principe de libre révocabilité de l'administrateur la stipulation d'un pacte par laquelle « les parties s'engagent à faire en sorte qu'aucune décision ne soit prise, ni aucune action entreprise par la société concernant les questions énumérées ci-dessous (et notamment la nomination ou la

191. Les pactes d'associés aménagent donc un large espace leur permettant de rayonner au-delà de leurs seuls signataires. Ils n'en demeurent pas moins affectés d'une certaine faiblesse congénitale qui transparaît lorsqu'ils se proposent, au moins en apparence, de régir directement le cadre légal s'appliquant aux sociétés. C'est certainement parce qu'elles en sont conscientes que les parties vont tenter d'obtenir par l'opposabilité ce que la relativité de leur convention leur aura refusé.

B. Le renforcement de l'opposabilité du pacte d'associés

192. **Contexte général** – Il n'est pas possible de comprendre comment les pactes d'associés se saisissent du principe d'opposabilité sans en restituer au préalable le sens¹⁰¹⁶. Celui-ci doit être compris en contrepoint de la règle de l'effet relatif. En effet, cette dernière n'envisage le contrat qu'en tant qu'instrument créateur d'obligations et circonscrit cette sphère créatrice aux parties. C'est le sens du premier alinéa de l'actuel article 1199 du Code civil qui dispose que « le contrat ne crée d'obligations qu'entre les parties ». L'opposabilité n'a pas le même objet. La doctrine a ainsi mis en exergue que le contrat devait également être appréhendé comme un fait social autonome dont l'existence doit être respectée par les tiers, quand bien même ils ne seraient pas tenus par ses effets obligatoires¹⁰¹⁷. Cette idée est directement reprise par le Code civil qui prévoit que « les tiers doivent respecter la situation juridique créée par le contrat »¹⁰¹⁸. Ce qui sous-tend l'opposabilité ce n'est donc pas d'attirer les tiers aux obligations du contrat par quelque moyen que ce soit mais bien de

désignation des personnes-clés et les conditions de leur emploi) sans l'autorisation préalable du conseil d'administration décidée à la majorité des 8/10èmes des administrateurs alors en fonction » : Com., 14 mai 2013, n°11-22.845, *Bull. civ.*, 2013, IV, n°80 ; *Dr. sociétés*, 2013, n° 10, 23, note ROUSSILLE ; *Rev. sociétés*, 2013, 566, note SAINTOURENS. Il n'est alors pas possible d'engager la responsabilité des signataires en cas d'inobservation de la convention.

¹⁰¹⁶ Précisons que, dans la mesure où nous cherchons à analyser de quelle manière les parties au pacte vont tenter d'obtenir un certain comportement des tiers, il ne sera pas ici question de la possibilité donnée à ces derniers d'invoquer les dispositions du contrat sur le fondement de la responsabilité délictuelle lorsqu'un manquement contractuel leur aura causé un dommage (V. Cass., ass. plén., 6 oct. 2006, n° 05-13.255, *Bull. ass. plén.*, 2006, n° 9 ; *D.*, 2006, 2825, note VINEY et 2007, 1827, obs. ROZÈS et 2897, obs. BRUN et JOURDAIN et 2966, obs. AMRANI-MEKKI et FAUVARQUE-COSSON ; *RTD civ.*, 2007, 61, obs. DEUMIER et 115, obs. MESTRE et FAGES ; *JCP E*, 2007, n° 1, 11, note AUQUE ; *RDC*, 2007, n° 2, 269, note MAZEAUD ; Cass., ass. plén., 13 janv. 2020, n° 17-19.963, *Publié au Bulletin* ; *RDC*, 2020, n° 2, 40, note VINEY et n° 3, 11, note DOURNAUX ; *Dr. sociétés*, 2020, n° 6, 3, note GOMEL et MAYRAN ; *GPL*, 2020, n° 14, 37, note HOUTCIEFF ; *RTD civ.*, 2020, 395, note JOURDAIN ; *D.*, 2020, 353, obs. MEKKI). Néanmoins, la frontière entre invocabilité par les tiers et opposabilité aux tiers est parfois poreuse. Preuve en est de la possibilité donnée par la Cour de cassation à un salarié d'invoquer un pacte auquel il n'est pas partie pour attaquer son licenciement : V. Soc., 18 mars 2009, n° 07-45.212, *RTD com.*, 2009, 576, obs. LE CANNU et DONDERO ; *BJS*, 2009, n°9, 786, note CONSTANTIN ; *JCP S*, 2010, n° 3, 16, note CHISS et MANIGOT. En l'espèce, la convention extrastatutaire prévoyait que le licenciement devait être autorisé par le conseil de surveillance, ce qui n'avait pas été le cas et rendait donc le licenciement sans cause réelle et sérieuse. V., MARAIN Gaëtan, « L'opposabilité des pactes d'actionnaires », *Rev. sociétés*, 2017, p. 542, n°24 et s., qui y voit une hypothèse originale d'opposabilité du pacte par un tiers (le salarié) à un autre tiers (l'employeur). *Adde*, Soc., 1 déc. 2011, n° 10-26.064, *RTD com.*, 2012, 345, note CONSTANTIN ; *GPL*, 2012, n° 41-42, 32, note DONDERO ; *BJS*, 2012, n° 4, 352, note SAINTOURENS et, sur cette question : AUZERO Gilles, « Les aménagements statutaires en droit du travail », in *Pacte d'associé ou clause statutaire : quel choix pour l'entreprise sociétaire ?*, *op. cit.*, p. 67.

¹⁰¹⁷ CHANTEPIE Gaël, « Contrat : effets », *op. cit.*, n°114 et s. Sur la construction de la notion d'opposabilité : V. not. WEILL Alex, *La Relativité des conventions en droit privé français*, Dalloz, 1939 ; DUCLOS José, *L'opposabilité : essai d'une théorie générale*, LGDJ, 1984 ; WINTGEN Robert, *Étude critique de la notion d'opposabilité : les effets du contrat à l'égard des tiers en droit français et allemand*, LGDJ, 2004.

¹⁰¹⁸ C. civ., art. 1200, al. 1^{er}.

leur imposer directement le respect d'une situation créée par d'autres qu'eux. Ce but va principalement être atteint par la mise en jeu de leur responsabilité civile à chaque fois qu'ils se rendent complices d'une inexécution contractuelle¹⁰¹⁹. Et il est logiquement ici question de responsabilité délictuelle et non contractuelle¹⁰²⁰, preuve que l'on est dans le domaine du fait juridique. Encore faut-il que ceux qui ne sont pas parties au contrat aient eu connaissance de la situation créée par celui-ci. À défaut, leur comportement ne peut être considéré comme fautif¹⁰²¹. Cette notion d'existence du contrat est donc au fondement du système de l'opposabilité étant donné qu'elle constitue ce qui doit être respecté par les tiers et que sa connaissance conditionne la mise en jeu de la responsabilité de ces derniers. Il faut donc l'avoir à l'esprit pour appliquer ces éléments au contexte des pactes.

193. Contexte des pactes d'associés – Comme n'importe quel sujet de droit engagé dans une relation contractuelle, les parties au pacte souhaitent voir la situation juridique qu'elles ont créée être respectée par ceux qui n'ont pas participé à sa formation. L'opposabilité est là pour servir cet objectif dans la mesure où, nous venons de le voir, un certain comportement est attendu des tiers qui engageront leur responsabilité s'ils se rendent volontairement complices d'une inexécution contractuelle¹⁰²². On pense par exemple à la violation d'une obligation de non-concurrence¹⁰²³. Mais, de façon générale, cette situation n'appelle pas davantage de commentaires au plan de la technique contractuelle car les parties n'ont pas réellement de prise dessus. Une des raisons étant que la confidentialité recherchée du pacte les empêche bien souvent d'assurer sa parfaite diffusion¹⁰²⁴. Tout autre est le rapport que va entretenir cet instrument contractuel avec la société cible. En effet, nombre de mécanismes prévus par les pactes n'ont de sens que s'ils sont effectivement exercés au sein de la société concernée. Celle-ci étant le plus souvent un tiers au contrat¹⁰²⁵ et la remédiation au principe de l'effet relatif ayant ses limites¹⁰²⁶, la pratique s'est logiquement tournée vers une série de nouveaux procédés visant à améliorer l'opposabilité de cette convention extrastatutaire. Ainsi des pactes notifiés à la société cible¹⁰²⁷ ou signés « en présence » de celle-ci, de ceux où elle se contente d'intervenir au contrat, des stipulations par lesquelles elle est rendue « gardienne » du pacte ou mandataire de sa bonne

¹⁰¹⁹ Com., 13 mars 1979, n° 77-13.518, *Bull. civ.*, 1979, IV, n°100 ; 1^{re} civ., 26 janv. 1999, n° 96-20.782, *Bull. civ.*, 1999, I, n°32 ; *D.*, 1999, 263, obs. DELEBECQUE ; *RTD civ.*, 1999, 405, obs. JOURDAIN et 623, obs. MESTRE ; Cass., ass. plén., 9 mai 2008, n°07-12.449, *Bull. ass. plén.*, 2008, n°3 ; *D.*, 2008, 2328, obs. ROUQUET, note THOMAT-RAYNAUD ; *RTD civ.*, 2008, 485, obs. JOURDAIN et 498, obs. GAUTIER et 672, obs. FAGES et 2009, 202, obs. BOULOC. Pour une application aux pactes de ce principe : V. CA Versailles, 29 juin 2000, n° 98/01864, *BJS*, 2000, n° 12, 1149, note LE CANNU.

¹⁰²⁰ *Ibid.*

¹⁰²¹ V. Com., 13 mars 1979, n° 77-13.518, préc., évoquant « toute personne qui, avec connaissance, aide autrui à enfreindre les obligations contractuelles pesant sur elle ». *Adde*, relevant que le tiers « ne pouvait ignorer l'existence » du pacte de préférence violé : Com., 7 juill. 2009, n°08-15.686, *JCP E*, 2009, n°39, 43.

¹⁰²² V. *supra* n°192.

¹⁰²³ V., pour la responsabilité d'un tiers ayant participé à la violation d'une clause de non-sollicitation stipulée dans un contrat cadre : Com., 28 janv. 2003, n°00-10.033, *Lexbase aff.*, 2003, n°60, note BAKOUCHE.

¹⁰²⁴ D'autant que le simple fait de mentionner le pacte dans les statuts ou de le voir publié dans certains cas sur le site de l'Autorité des Marchés Financiers (AMF) en vertu d'une obligation légale (C. com., art. L. 233-11) ne semble pas être de nature à renforcer cette opposabilité : GAUDEMET Antoine, « L'opposabilité et la transmission des obligations », *loc. cit.*

¹⁰²⁵ V. *supra* n°187.

¹⁰²⁶ V. *supra* n°188 et s.

¹⁰²⁷ V. COZIAN Maurice, VIANDIER Alain et DEBOISSY Florence, *Droit des sociétés*, LexisNexis, 37^e éd., 2024, p. 499, n°1340, y voyant de manière imagée un « faire-part de conclusion d'un pacte ».

exécution¹⁰²⁸. Dans la mesure où un certain comportement de la société semble être attendu par les parties, il y a là une technique contractuelle qu'il faut approfondir.

194. Il est d'abord une série de mécanismes contenus dans les pactes pour lesquels le sens de ces divers procédés ne fait que peu de doute. Il s'agit de ceux relatifs à une cession de titres. En effet, on sait que leur violation intervient en principe au profit d'un tiers à qui auront été cédées des parts ou actions en contradiction avec le pacte qui contenait par exemple une promesse de vente, un pacte de préférence ou encore une clause d'inaliénabilité. Le fait est que pour revenir sur une cession litigieuse il faudra établir *a minima* la connaissance par le tiers cessionnaire du mécanisme violé¹⁰²⁹. Rares seront les cas où cette condition pourra être remplie¹⁰³⁰ et c'est pourquoi les parties vont se tourner *ab initio* vers un tiers particulier, la société cible, à qui elles vont demander de ne pas se rendre complice d'une éventuelle inexécution contractuelle. De fait, c'est bien elle qui a le contrôle des mouvements de droits sociaux, particulièrement dans les sociétés par actions où l'inscription en compte fait foi¹⁰³¹. Rendre formellement la société avertie du pacte par l'une quelconque de ces techniques aurait donc en cette matière une conséquence automatique car, acceptant de retranscrire une cession non autorisée, la société engagerait sa responsabilité de tiers complice¹⁰³².

195. Plus difficile est l'application de ces mêmes techniques aux mécanismes par lesquels les parties ont « pacté » un droit ou une influence dans la société¹⁰³³. Car, dans ce cas, il ne s'agit pas uniquement de donner à la société une parfaite connaissance des techniques de droit commun que les parties auront utilisées pour restreindre la cessibilité de leurs titres, et

¹⁰²⁸ V. not. à ce sujet, DONDERO Bruno, « Le pacte d'actionnaires signé par la société », *op. cit.* ; DELVALLÉE Julien et REYGROBELLET Arnaud, « Société "partie" à un pacte d'associés ou pacte signé "en présence de la société", quelles différences ? », *op. cit.* ; PORACCHIA Didier, LÉCUYER Hervé et RAYNOUARD Arnaud, « Relativité et opposabilité des pactes extrastatutaires », *Dr. et patr.*, 2009, n°186, p. 64.

¹⁰²⁹ C'est ce qui est imposé par l'article 1124, alinéa 3, du Code civil pour les promesses unilatérales. Dans le cas du pacte de préférence, la cession ne pourra être remise en cause que si « le tiers connaissait l'existence du pacte et l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir » (C. civ., art. 1123, al. 2).

¹⁰³⁰ Notamment en raison de la confidentialité du pacte : V. *supra* n°193.

¹⁰³¹ V., pour le rôle de cette inscription dans le transfert de propriété des titres, les articles L. 211-17, I et R. 228-10 du Code monétaire et financier. L'affirmation est à nuancer dans les sociétés de parts sociales où les procédés légaux de notification suffisent en principe à rendre la cession opposable à la société : V. HAMELIN Jean-François, « La place de la société dans le pacte d'actionnaires : tiers, partie, en présence de, etc. », *op. cit.*, p. 102.

¹⁰³² L'efficacité du procédé pourrait être accrue en demandant à la société de reproduire les clauses restreignant la cessibilité des titres sur ses registres (ou de l'exiger de son intermédiaire teneur de compte) : DONDERO Bruno, « Le pacte d'actionnaires signé par la société », *op. cit.*, n°36 ; MIGNON COLOMBET Astrid, *L'exécution forcée en droit des sociétés*, Economica, 2004, p. 276, n°345 ; AIRAULT Dominique, FRISON-ROCHE Marie-Anne et REVUZ Jacques, « L'efficacité des cessions d'actions nominatives à l'égard de la société émettrice », *RD banc. bourse*, 1993, n°36, p. 64, spéc. p. 67. V. cep., jugeant que « l'inscription en compte des valeurs mobilières au nom de leur titulaire, n'ayant pas pour fonction d'informer les tiers des imperfections susceptibles d'affecter les droits de celui-ci, ne peut être assortie d'aucune mention ayant un tel objet » : Com., 29 janv. 2008, n° 06-19.624, *Bull. civ.*, 2008, IV, n° 17 ; *RTDF*, 2008, n° 2, 63, note PORACCHIA ; *BJS*, 2008, n° 5, 408, note LE NABASQUE ; *D.*, 2008, 888, note D'AVOUT ; *Rev. sociétés*, 2008, 589, note DUBERTRET ; *Rev. dr. banc. fin.*, 2008, n° 3, 56, note BONNEAU ; *Dr. sociétés*, 2008, n° 4, 28, note HOVASSE. Il est également possible de confier les droits sociaux à un tiers séquestre. Sur l'utilité de cette pratique et des techniques similaires visant à donner à un tiers le rôle de contrôler la conformité au pacte des cessions de titres : MARTIN Didier et SCHILLER Sophie, *Guide des pactes d'actionnaires et d'associés : 2022/2023*, *op. cit.*, p. 398, n°603 et s. ; MIGNON COLOMBET Astrid, *L'exécution forcée en droit des sociétés*, *op. cit.*, p. 276, n°346 ; DE TERNAY Guillaume, « Du bon usage de la clause de gestion (des titres) dans les conventions extra statutaires, à la lumière notamment de l'article 24 de l'ordonnance du 24 juin 2004 », *JCP E*, 2006, n°49, 2755 ; DEXANT-DE BAILLIENCOURT Olympe, *Les pactes d'actionnaires dans les sociétés cotées*, *op. cit.*, p. 218, n°254 et s. V. *infra* n°533.

¹⁰³³ V. *supra* n°188.

espérer ainsi qu'elle n'apportera pas son concours à leur violation¹⁰³⁴, mais bien de lui demander, par un apparent procédé d'opposabilité, de tenir compte dans son fonctionnement des conventions externes dans lesquelles ses associés se sont engagés à infléchir celui-ci. Nous disons apparent procédé d'opposabilité car l'on ne sait plus bien ici si le but recherché est de demander à la société de respecter une situation juridique créée par d'autres ou de mettre activement à sa charge des obligations, comme par exemple celle de vérifier en temps réel lors de l'assemblée générale que les votes émis le sont en conformité avec la convention de vote qui lui a été notifiée ou qui a été signée en sa présence¹⁰³⁵. La doctrine¹⁰³⁶ a pu tenter d'appréhender cette pratique en convoquant une discussion ayant animé les auteurs civilistes dans les années 1990 et qui avait trait au critère de distinction entre les parties et les tiers¹⁰³⁷. Et il est vrai qu'au premier abord celle-ci semble être d'une grande utilité. En effet, ce débat a avant tout pour apport de déplacer le point focal du raisonnement de la formation du contrat au stade de son exécution. Ainsi, « il devient alors possible d'attribuer la qualité de partie en fonction de la situation existant au moment où cette appréciation est utile, c'est-à-dire en particulier au moment, non plus de la formation du contrat, mais de son exécution. C'est, en effet, à ce moment qu'il est important de savoir qui est obligé par le contrat et qui est seulement tenu de respecter la situation juridique qu'il a fait naître »¹⁰³⁸. On comprend bien de quelle manière le parallèle peut être fait avec notre problématique : n'est-il pas question pour ces sociétés qui ne se présentent pas vraiment comme des parties au pacte lors de sa conclusion de le devenir au stade de son exécution en s'engageant à assurer son respect, par exemple en s'en déclarant « gardienne » ? Aussi séduisante que puisse paraître la proposition, elle nous semble pourtant devoir être disqualifiée pour au moins deux raisons. En premier lieu, les hypothèses concrètes dans le cadre desquelles cette discussion trouve application sont grandement éloignées de la situation qui nous préoccupe. C'est ainsi sur la qualité de l'ayant cause universel ou à titre universel, du bénéficiaire d'une stipulation pour autrui ou encore d'un cessionnaire de contrat que se proposent de statuer ces différents auteurs¹⁰³⁹. Et non sur le cas d'un sujet de droit qui aurait en quelque sorte « retenu » son consentement à la formation du contrat pour en devenir pleinement partie au stade de son exécution. Surtout, quelle que soit la position prise, aucune ne parvient à se défaire de l'importance de la volonté exprimée par la personne concernée dans le choix de la qualification de partie ou de tiers. Ainsi de la Professeure Catherine Guelfucci-Thibierge qui limite la qualité de partie aux « personnes soumises à l'effet obligatoire du contrat par l'effet de leur volonté ou par l'effet de la loi »¹⁰⁴⁰ ou du Professeur Jacques Ghestin pour qui « la qualité de partie doit être réservée aux personnes qui ont conclu le contrat par un accord de volontés ou qui ont acquis le droit de le modifier

¹⁰³⁴ V. *supra* n°194.

¹⁰³⁵ V. DONDERO Bruno, « Le pacte d'actionnaires signé par la société », *op. cit.*, n°32.

¹⁰³⁶ V. not. *ibid.*, n°23 et s.

¹⁰³⁷ GHESTIN Jacques, « La distinction entre les parties et les tiers au contrat », *JCP G*, 1992, n°48, 3628 ; AUBERT Jean-Luc, « À propos d'une distinction renouvelée des parties et des tiers », *RTD civ.*, 1993, p. 263 ; GUELFUCCI-THIBIERGE Catherine, « De l'élargissement de la notion de partie au contrat... à l'élargissement de la portée du principe de l'effet relatif », *RTD civ.*, 1994, p. 275 ; GHESTIN Jacques, « Nouvelles propositions pour un renouvellement de la distinction des parties et des tiers », *RTD civ.*, 1994, p. 777.

¹⁰³⁸ GHESTIN Jacques, « Nouvelles propositions pour un renouvellement de la distinction des parties et des tiers », *op. cit.*, n°1.

¹⁰³⁹ V. not. *ibid.*, n°5 ; AUBERT Jean-Luc, « À propos d'une distinction renouvelée des parties et des tiers », *op. cit.*, n°41 et s.

¹⁰⁴⁰ GUELFUCCI-THIBIERGE Catherine, « De l'élargissement de la notion de partie au contrat... à l'élargissement de la portée du principe de l'effet relatif », *op. cit.*, n°25.

ou d'y mettre fin par un autre accord de volontés »¹⁰⁴¹. Or, si on analyse de plus près la volonté exprimée par la société cible, force est de constater qu'elle n'est pas manifestée envers l'acquisition de la qualité de partie¹⁰⁴². Preuve en est que la plupart des obligations objets du pacte ne pèsent pas directement sur elle. La société objet du pacte doit donc bien être rangée dans la catégorie des tiers « qui ont seulement participé à la formation d'un contrat conclu par d'autres »¹⁰⁴³ et qui ne peuvent en conséquence être qualifiés de parties. L'affirmation doit être soutenue même en présence d'engagements en apparence plus directs. Il nous semble en effet que les promesses faites par la société cible d'assurer le respect du pacte doivent être considérées comme dépourvues d'objet. Le fait est que l'effet juridique de l'opposabilité qui commande aux tiers de « respecter la situation juridique créée par le contrat »¹⁰⁴⁴ s'impose légalement à la société cible sans que son intervention au pacte n'ait une quelconque incidence, sauf à formaliser sa connaissance du contrat¹⁰⁴⁵. S'engager à respecter un effet légal n'a que peu de sens¹⁰⁴⁶. Il ne viendrait d'ailleurs à l'idée de personne de stipuler l'engagement contraire, à savoir la promesse de participer à la violation du pacte. Si le retour à la qualité de partie semble impossible, seul reste alors le système de l'opposabilité¹⁰⁴⁷ et c'est donc bien sous cet angle qu'il nous faudra aborder les discussions générées par les procédés correspondants¹⁰⁴⁸.

196. Conclusion de section – Les procédés mis en place par les pactes d'associés pour exiger un comportement se singularisent sur plusieurs aspects. Du côté des cocontractants, c'est bien le mécanisme général de l'obligation de faire ou de ne pas faire qui, avant ou après la réforme du droit des obligations, succèdera bien souvent à l'automaticité mathématique propre aux transferts de droits sociaux, qu'il s'agisse par exemple positivement d'obtenir certaines informations ou négativement d'interdire certaines activités concurrentielles. Le socle obligationnel du contrat n'a toutefois pas le monopole de l'exigence d'un

¹⁰⁴¹ GHESTIN Jacques, « Nouvelles propositions pour un renouvellement de la distinction des parties et des tiers », *op. cit.*, n°9.

¹⁰⁴² V., HAMELIN Jean-François, « La place de la société dans le pacte d'actionnaires : tiers, partie, en présence de, etc. », *op. cit.*, p. 99, relevant dans le même sens que ce n'est « pas parce qu'une société signe le pacte conclu par ses actionnaires qu'elle cesse d'être un tiers à celui-ci pour devenir une partie cocontractante à part entière. Encore faut-il pour être partie à un contrat que la signature de celui-ci ne vaille pas authentification, autorisation ou autre, mais bel et bien consentement à ses effets ».

¹⁰⁴³ *Ibid.*, n°14. On notera que le Professeur Bruno Dondero, s'il accepte de retenir la qualité de partie de la société cible (DONDERO Bruno, « Le pacte d'actionnaires signé par la société », *op. cit.*, n°25), n'aboutit pas avec certitude à la mise à sa charge d'obligations nées de l'acte (*op. cit.*, n°29 : « la naissance d'obligations à la charge de la personne présente à la signature d'un acte apparaît un résultat plus difficile à atteindre »).

¹⁰⁴⁴ C. civ., art. 1200, al. 1^{er}.

¹⁰⁴⁵ V., en ce sens, HAMELIN Jean-François, « La place de la société dans le pacte d'actionnaires : tiers, partie, en présence de, etc. », *op. cit.*, p. 103 : « L'opposabilité du pacte à la société n'est pas renforcée par sa notification ou sa prise d'acte par la société. Un contrat est en effet opposable ou ne l'est pas. Or, comme tout contrat, le pacte est opposable, dès sa conclusion, à tous les tiers, dont la société, sans qu'il soit nécessaire de le notifier ou que la société en prenne acte ».

¹⁰⁴⁶ La réalité juridique derrière « la présence bienveillante d'une autorité tutélaire » identifiée par certains dans cette hypothèse paraît donc particulièrement fuyante : V. BARBIÈRI Jean-Baptiste, *L'Ordre sociétaire*, *op. cit.*, p. 292, n°313.

¹⁰⁴⁷ La jurisprudence la plus récente semble bien confirmer cette approche : V. CA Paris, 8 févr. 2022, n°19/04499, *préc.*

¹⁰⁴⁸ V. *infra* n°285 et s.

comportement. Il existe en effet un certain nombre de stipulations non-obligationnelles qui permettent de parvenir à un résultat similaire. Ainsi, directement, des clauses de juridiction qui, sans être fondées sur un mécanisme obligationnel, sont bel et bien soutenues par le droit processuel, lequel doit garantir le comportement des cocontractants en cas de litige. Ainsi, plus indirectement, du préambule qui, bien que n'instaurant que très rarement un rapport de créancier à débiteur, pourra, par son rôle interprétatif, orienter les comportements prévus dans le pacte. S'agissant des tiers, ils sont nécessairement pris en compte par les parties. Ces dernières, portées par l'objet de leur convention, multiplient les efforts pour remédier au principe de l'effet relatif du contrat et, en l'espèce, du pacte. Elles vont pour ce faire avoir recours à des techniques usuelles telles que le porte-fort de ratification ou encore la substitution. Le constat se vérifie aussi bien dans une logique purement contractuelle que sociétaire, le fait que les parties cherchent à obtenir un comportement de la société cible ne devant pas faire oublier que les pactes d'associés ne permettent pas un aménagement direct des règles légales du droit des sociétés. Une conclusion semblable s'impose en matière de renforcement de l'opposabilité du pacte. Les différents procédés d'intervention de la société cible au pacte n'ont en effet pas pour conséquence d'en faire une partie à part entière. Il s'agira seulement d'espérer, par le système de l'opposabilité, que sa parfaite connaissance de la convention conclue l'amènera à en assurer le respect, notamment en n'enregistrant pas de cessions de droits sociaux contraires au pacte.

Conclusion du chapitre 2

197. L'étude des mécanismes de couverture à l'œuvre au sein des pactes a permis de dépasser le constat d'unité fonctionnelle préalablement réalisé. Deux grands blocs d'engagements se sont ainsi dégagés. En premier lieu, forment un tout autonome les mécanismes qui ont trait à un transfert de droits sociaux. Qu'ils soient optionnels ou conditionnels, leur dynamique traduit la volonté qu'ont les parties de maîtriser les circonstances qui justifient le maintien de l'aventure sociale. C'est qu'option et condition permettent toutes deux aux parties de garder la main sur le transfert en en retardant volontairement le déclenchement, qu'il s'agisse par exemple d'une promesse unilatérale de cession conférant au bénéficiaire le choix de lever l'option à un moment jugé opportun, ou d'un mécanisme de rachat forcé subordonné à la perte de la qualité de salarié d'un associé. Cette démarche impose de procéder dès la conclusion du pacte à un certain nombre de prédéterminations dont l'apparente mécanicité devra être éprouvée au jour du déclenchement du transfert. Les mécanismes exigeant un comportement ont vocation, pour leur part, à embrasser largement les attitudes rendues nécessaires par la vie en société. Sont évidemment visés les cocontractants, qu'il s'agisse de recourir au mécanisme général de l'obligation de faire ou de ne pas faire ou d'utiliser des mécanismes accessoires non-obligationnels plus ou moins contraignants comme les clauses de juridiction ou le préambule. Sont également concernés les tiers placés dans la sphère d'influence de l'accord. Des techniques contractuelles usuelles telles que le porte-fort de ratification ou encore la substitution ont ainsi pour but de remédier au principe de l'effet relatif, sans toutefois aboutir à un aménagement direct des règles légales du droit des sociétés, par exemple en ce qu'il n'est pas possible de stipuler directement dans un pacte une règle de majorité dérogeant à celle fixée par les statuts ou la loi. C'est que la société cible reste un tiers au contrat, quand bien même les parties auront souhaité renforcer l'opposabilité du pacte à son égard par divers procédés d'intervention ou de notification.

Conclusion du titre premier

- 198.** L'analyse détaillée de la démarche suivie par les parties dans le cadre de la conclusion d'un pacte d'associés permet d'identifier la source du risque contentieux inhérent à cette convention. Accord d'intérêts projeté dans le futur, le pacte constitue comme tout contrat un acte de prévision. Son caractère « parasocial » le distingue néanmoins car, commandé par l'exposition aux risques inhérents à l'aventure sociale, autrement dit à l'aléa social, il doit être perçu comme répondant plus spécifiquement à une logique propre de couverture qui caractérise l'unité fonctionnelle entre les engagements du pacte. Cette fonction de couverture se trouve mise en œuvre à travers des mécanismes que l'on peut regrouper en deux grandes familles, à savoir ceux relatifs à un transfert de droits sociaux et ceux qui se contentent d'exiger un comportement. Des transferts optionnels ou conditionnels aux mécanismes obligationnels et non-obligationnels permettant d'exiger un comportement des cocontractants ou des tiers, le contenu du pacte d'associés intègre un certain nombre de techniques variées. Les cocontractants attendant logiquement de ces techniques qu'elles produisent l'effet escompté au stade de leur exécution, l'accord des intérêts opéré lors de la conclusion du contrat constitue le terreau d'une tension originelle. Si les intérêts venaient à diverger, on pressent en effet que l'une ou l'autre des parties pourrait être tentée de mettre en échec les engagements pourtant initialement acceptés. C'est en ceci que les engagements prévus par les pactes d'associés sont sources d'un risque contentieux, et en cela que la matérialisation de ce risque nécessite, pour être observée, de déplacer temporellement l'analyse au moment où ces engagements sont censés se dénouer.

Titre second : La matérialisation du risque contentieux : le dénouement des engagements prévus par les pactes d'associés

199. Postulats d'analyse – Comme nous l'avons vu au commencement de cette démonstration, le traitement juridique des contentieux contractuels se trouve presque systématiquement happé par deux préoccupations : (i) comment prévenir le contentieux et, si la prévention n'a pas fonctionné, (ii) comment le résoudre ?¹⁰⁴⁹ Aussi complémentaires qu'ils puissent paraître, ces deux objectifs font fi d'une troisième analyse qui cherche à déterminer comment, juridiquement, une norme initialement acceptée devient contentieuse. Parvenir à cette détermination suppose de mettre en évidence le risque contentieux propre aux pactes d'associés. On aura compris qu'une telle mise en évidence ne se concrétise véritablement qu'au stade du dénouement des engagements prévus par les pactes car le moment est propice à la divergence des intérêts et donc aux tentatives de mise en échec des mécanismes contenus dans l'accord¹⁰⁵⁰. Les choses doivent néanmoins être précisées.

200. Tout d'abord, il y a risque contentieux en ce que l'une ou l'autre des parties peut être tentée de mettre en échec les engagements prévus par le pacte si son intérêt le commande. Éventuelle et négative car de nature à empêcher le dénouement de l'accord, cette possible mise en échec des engagements constitue bel et bien un risque au sens juridique du terme¹⁰⁵¹.

201. Ensuite, tout risque de mise en échec des stipulations du pacte ne doit pas être retenu. Spécialement, doit être laissé de côté un risque bien connu de la doctrine et des rédacteurs d'actes à savoir le risque d'inexécution. Le fait est que la plupart des constructions théoriques qui anticipent l'éventualité d'une mise en échec d'une convention quelconque partent de l'idée difficilement contestable selon laquelle « lorsque les parties ont conclu un contrat, elles souhaitent avant tout en obtenir l'application »¹⁰⁵². La conséquence est que le contrat est perçu comme une norme qui, parce qu'acceptée et en principe obligatoire, ne courrait comme seul péril que de faire face à un débiteur récalcitrant. Georges Rouhette traduisait parfaitement cette conception lorsqu'il affirmait que « le problème de la force obligatoire du contrat ne naît comme problème juridique qu'à partir du moment où le débiteur ne veut plus s'exécuter »¹⁰⁵³. Toute la perspective contentieuse du droit des contrats est alors presque automatiquement tournée vers le droit de l'inexécution et vers les sanctions que celui-ci organise lorsqu'un débiteur refuse d'appliquer l'engagement consenti. Le

¹⁰⁴⁹ V. *supra* n°1.

¹⁰⁵⁰ ATIAS Christian, *Le contrat dans le contentieux judiciaire*, *op.cit.*, avant-propos, p. 1, n°1, pour qui « le propre du contrat, c'est d'être la chose des parties, une affaire privée. Il l'est lorsque, leurs intérêts se rencontrant, les contractants adoptent une position qui les engage, parce qu'ils se font confiance au moins dans une certaine mesure. Il le reste chaque fois que la convention s'exécute normalement, sans difficulté majeure et sans contentieux ». C'est donc dans une situation d'anormalité que nous nous plaçons ici.

¹⁰⁵¹ V. *supra* n°97.

¹⁰⁵² MARTIN Didier et SCHILLER Sophie, *Guide des pactes d'actionnaires et d'associés : 2022/2023*, *op. cit.*, p. 364, n°553.

¹⁰⁵³ ROUHETTE Georges, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, *op. cit.*, p. 345, n°91.

vocabulaire « sanction » monopolise ainsi les études¹⁰⁵⁴ et la terminologie législative¹⁰⁵⁵. Le problème d'une telle vision est qu'elle s'en tient à une approche d'ensemble, centrée sur la réflexion « sur la réalisation contentieuse du droit des contrats »¹⁰⁵⁶ en oubliant en chemin que, « juridiquement, c'est l'obligation qui n'est pas exécutée »¹⁰⁵⁷. Or, il est parfaitement possible qu'une partie poursuive la mise en échec d'un engagement autrement qu'en se plaçant dans une situation d'inexécution. Précisément, il en va ainsi à chaque fois que l'un des contractants provoque la discussion sur le bien-fondé de l'application de l'une ou l'autre des stipulations. Ce risque de discussion juridique, synonyme donc de risque contentieux et véritable affaire de droit et non de fait, est à n'en pas douter autonome du risque d'inexécution et doit, pour ces raisons, occuper exclusivement la suite de nos développements.

202. Enfin, une délimitation des discussions juridiques pertinentes pour l'étude s'impose. On pressent ici la difficulté. Celle-ci vient du fait que le droit « offre des ressources fabuleuses pour la défense des intérêts. Par exemple un contentieux qui a pour objet très concret le paiement du loyer va faire naître au cours du procès des débats sur la capacité des parties, les pouvoirs de leurs représentants, et toutes autres conditions de validité du contrat ou encore, et la liste est loin d'être exhaustive, sur un point de pure procédure »¹⁰⁵⁸. L'ampleur des discussions potentielles suggère donc d'opérer un tri préalable. Mais comment le justifier ? À y regarder de plus près, il nous semble que ce dernier est commandé par l'objet de l'étude. En effet, traiter du contentieux des pactes d'associés n'est pas traiter de tout contentieux contractuel. C'est-à-dire que si toute convention court un certain nombre de risques de remise en cause mobilisables quel que soit son objet¹⁰⁵⁹, elle se singularise dans le même temps par le but qu'elle poursuit et par les techniques contractuelles mises en œuvre pour l'atteindre. Les pactes d'associés ne font pas exception dans la mesure où, comme nous l'avons vu, l'objectif de couverture de l'aléa social conduit les contractants à prévoir des mécanismes permettant d'exiger un transfert de droits sociaux ou un comportement¹⁰⁶⁰. Se concentrer sur les moyens contentieux¹⁰⁶¹ inhérents à la structure de ces mécanismes de couverture permet donc de saisir le contentieux propre aux pactes d'associés et non celui qui pourrait exister dans tout contrat.

¹⁰⁵⁴ V. not. LAITHIER Yves-Marie, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, LGDJ, 2004, spéc. p.9, n°4 et s. L'auteur définit la sanction comme « la mesure de nature juridique prise en conséquence de l'inexécution d'une obligation contractuelle » (p. 11, n°4). V. égal. REVERCHON-BILLOT Morgane, *La question litigieuse en matière contractuelle : essai sur le traitement procédural du droit des contrats*, op. cit., p. 18, n°15.

¹⁰⁵⁵ Outre l'énumération que l'on retrouve désormais à l'article 1217 du Code civil des possibilités qui s'offrent à la partie qui fait face à une inexécution, possibilités expressément qualifiées de « sanctions » au dernier alinéa de l'article, on relèvera que la nullité et la caducité sont elles aussi présentées dans une section intitulée « les sanctions » (section 4 du chapitre relatif à la formation du contrat, art. 1178 à 1187).

¹⁰⁵⁶ REVERCHON-BILLOT Morgane, *La question litigieuse en matière contractuelle : essai sur le traitement procédural du droit des contrats*, op. cit., p. 21, n°18.

¹⁰⁵⁷ LAITHIER Yves-Marie, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, op. cit., p. 6, n°3.

¹⁰⁵⁸ BÉROUJON Christiane, « Contentieux au singulier et jurisprudence au pluriel », op. cit., spéc. p. 582.

¹⁰⁵⁹ On pense à la prescription, aux vices du consentement, aux questions de capacité, de pouvoir, etc.

¹⁰⁶⁰ V. *supra* n°103 et s.

¹⁰⁶¹ L'expression de moyen contentieux est ici envisagée de façon neutre et détachée du sens qui peut être donné au moyen en procédure civile. En outre, peu importe que ce moyen soit formulé en demande ou en défense. Ce qui compte, c'est qu'il vise à remettre en cause l'engagement.

203. Méthode d'étude de la matérialisation du risque contentieux propre aux pactes d'associés – L'étude de la matérialisation du risque contentieux propre aux pactes d'associés suppose d'adopter une certaine méthode qui associera approche théorique et pratique. Ainsi, il nous faut en premier lieu faire apparaître ce risque par l'empirisme¹⁰⁶² en analysant, mécanisme par mécanisme, comment il est possible de mettre en échec les engagements prévus au sein des pactes d'associés. C'est que ces derniers constituent avant tout un instrument pratique, au sein duquel chaque mécanisme poursuit une finalité propre de sorte qu'il serait vain de tenter de dégager, *in abstracto* et avant même toute observation concrète, des types de risques contentieux. C'est donc à une tâche d'observation du risque contentieux que sera consacré le premier temps de la matérialisation. Nous verrons que ce procédé empirique permet, par la catégorisation successive des risques contentieux observés, de faire ressortir trois grands types de risques contentieux générés par les pactes, à savoir (i) le risque contentieux lié à la qualification du mécanisme, (ii) le risque contentieux lié au régime du mécanisme et enfin (iii) le risque contentieux lié à l'interprétation d'une norme¹⁰⁶³. Le travail d'observation ouvrira alors la porte à un travail de systématisation du risque contentieux qui aura précisément pour objet de tirer les enseignements de l'empirisme. C'est ainsi, en conjuguant observation du risque contentieux au sein des pactes d'associés (**chapitre 1**) et systématisation de ce risque (**chapitre 2**), que nous prendrons la pleine mesure de la matérialisation du risque contentieux au sein des pactes d'associés.

¹⁰⁶² Sur la nécessité de l'approche empirique : V. *supra* n°16.

¹⁰⁶³ Comp., LAMOUREUX Marie, *L'aménagement des pouvoirs du juge par les contractants : recherche sur un possible imperium des contractants*, PUAM, 2006, p. 55, n°24 et s., qui identifie trois types de difficultés susceptibles d'être soulevées à l'occasion d'un litige contractuel quelconque : les questions de qualification, les questions d'interprétation et les questions de preuve. S'agissant des questions de preuve, précisons qu'elles ne sont pas dénuées d'intérêt dans la mesure où l'on affirme souvent qu'un droit non prouvé équivaut à l'absence de droit (l'affirmation venant de l'adage latin « *Idem est non esse et non probari* » : V. LAMOUREUX Marie, *L'aménagement des pouvoirs du juge par les contractants : recherche sur un possible imperium des contractants*, *op. cit.*, p. 193, n°187). Néanmoins, il nous semble que la question des moyens par lesquels le droit créé par un engagement donné peut être prouvé est sensiblement différente de celle qui nous intéresse ici et qui vise à déterminer comment le bien-fondé de l'application d'un engagement peut être contestée au regard de ses propriétés intrinsèques. Mais cela ne signifie évidemment nullement que l'éventualité d'un contentieux sur la preuve ne peut pas et ne doit pas être anticipée lors de la conclusion du contrat (V. ANCEL Pascal, « L'encadrement de la juridiction par le contrat », in *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, *op. cit.*, p. 15 et s.). Sur le rôle probatoire des stipulations dites de « constatation » : V. *supra* n°175.

Chapitre 1 : L'observation du risque contentieux au sein des pactes d'associés

- 204. Neutralité de l'observation** – Précisons ici, avant de démarrer le travail d'observation, que celle-ci ne saurait être réalisée autrement que de manière neutre. C'est qu'il s'agit uniquement, conformément à l'approche empirique préalablement annoncée¹⁰⁶⁴, d'étudier mécanisme par mécanisme les dénouements contentieux possibles en relevant à chaque fois le type de risque contentieux posé. Il ne sera donc question, d'une part, ni de juger en opportunité les risques contentieux observés ni, d'autre part, et même si des tendances se dégageront inévitablement au fur et à mesure de l'avancée des développements¹⁰⁶⁵, de sortir du cas par cas en procédant par avance à un travail de systématisation qui n'interviendra que dans un second temps¹⁰⁶⁶.
- 205. Matériau de l'observation** – S'agissant du matériau de l'observation, il faut rappeler brièvement que la présente étude n'a pas vocation à reposer sur une analyse statistique du contentieux, celle-ci s'étant révélée méthodologiquement inadaptée¹⁰⁶⁷. L'observation se fondera donc sur un ensemble significatif de décisions de justice relatives aux pactes d'associés, sélectionnées non pour leur fréquence mais pour la nature des discussions qu'elles révèlent. Cet ensemble sera complété par la littérature doctrinale existante consacrée aux pactes et aux engagements qu'ils contiennent afin d'éclairer utilement les difficultés que ces derniers peuvent générer. C'est ainsi en disposant d'un matériau suffisamment nourri que nous pourrons, comme annoncé, ne pas tout abandonner à l'empirisme¹⁰⁶⁸.
- 206. Approche par phases** – Observer le risque contentieux au sein des pactes d'associés oblige à un travail préalable de catégorisation. La raison est simple et tient au fait que tous les moyens contentieux ne peuvent être appréhendés en même temps. On pressent en effet que les arguments juridiques qui vont soutenir la remise en cause d'un engagement sont susceptibles de différer selon que le débat porte par exemple sur sa validité ou sur une pure question d'exécution. Il faut donc, pour rendre la tâche cohérente, distinguer des phases contractuelles auxquelles vont correspondre un certain nombre de moyens contentieux. Le plan du Code civil semble fournir un premier élément de réponse étant donné qu'il différencie nettement la phase de formation du contrat¹⁰⁶⁹, à laquelle correspondent des sanctions propres¹⁰⁷⁰, d'autres phases et notamment de celle de l'exécution qui, au moins dans son versant négatif représenté par l'engagement inexécuté, fait l'objet d'une section propre avec là encore des sanctions dédiées¹⁰⁷¹. Toutefois, cette classification théorique qui isole la formation du contrat de son exécution, « à ce point traditionnelle qu'elle constitue

¹⁰⁶⁴ V. *supra* n°16 et n°203.

¹⁰⁶⁵ C'est le propre de la démarche empirique : plus elle progresse, plus les pistes de théorisation de ce qui est observé s'éclaircissent.

¹⁰⁶⁶ V. *infra* n°288 et s.

¹⁰⁶⁷ V. *supra* n°10.

¹⁰⁶⁸ V. *supra* n°16.

¹⁰⁶⁹ Chapitre II, Sous-titre Ier du Titre III du Livre III Code civil (art. 1112 à 1187).

¹⁰⁷⁰ V. C. civ., art. 1178 à 1187.

¹⁰⁷¹ V. Section 5, chapitre IV, Sous-titre Ier, Titre III, Livre III du Code civil.

le plan de la quasi-totalité des ouvrages et des cours contemporains de droit des obligations »¹⁰⁷², présente l'inconvénient d'être également devenue au fil du temps l'une des présentations académiques les plus discutées dans la doctrine civiliste. Malmenée par la jurisprudence, cette dichotomie serait éprouvée par les nombreux exemples dans lesquels les problématiques liées à la formation du contrat et à son exécution se confondent. L'examen mené par des travaux récents consacrés au sujet est édifiant : « Force est en outre de constater que le plus souvent, il n'est fait référence à la “ distinction de la formation et de l'exécution du contrat ” que pour en dénoncer les maux. Afin d'en montrer les limites ou la vacuité, les plumes de la doctrine dressent parfois un tableau du droit positif libéré de cette technique sclérosante. La recension prend alors des allures terrifiantes : le prix, la garantie des vices cachés, l'éradication de clauses, le contrôle de la potestativité d'une condition, l'erreur, les obligations d'information et de sécurité, le droit de rétractation, les contrats réels sont autant d'occasions célèbres de mettre en doute la technique étudiée... La liste des atteintes qui lui sont portées semble infinie »¹⁰⁷³. Pourtant, il est permis de penser que l'entreprise que nous nous proposons de mener autorise à passer outre la controverse. En effet, il ne s'agit pas ici de revenir sur des notions dont on pourrait à tort penser qu'elles « seraient des essences, immuables »¹⁰⁷⁴, mais plutôt de prendre acte du fait qu'il existe un certain nombre de séparations formelles au sein du système contractuel qui participent de sa rationalité¹⁰⁷⁵. Ainsi, le moyen qui tend par exemple à la résolution du contrat ne se confond pas avec celui qui cherche à en obtenir la nullité¹⁰⁷⁶, tout comme la postériorité du fait générateur de caducité permet de distinguer cette dernière de l'action tendant à sanctionner une irrégularité originelle¹⁰⁷⁷. C'est donc que sur un plan contentieux l'amalgame a ses limites. En réalité, si l'on désire opérer des rapprochements, il s'avère que, d'un côté, on retrouve les discussions contentieuses qui portent sur la normativité du pacte, soit qu'il s'agisse de soutenir que ce dernier n'aurait pas dû accéder à la normativité, il est alors question des règles de formation du pacte¹⁰⁷⁸, soit qu'il s'agisse de soutenir que cette normativité a pris fin, il est alors question des règles de disparition du pacte. Négativement, restent, de l'autre côté, les problématiques d'exécution qui visent à discuter la force obligatoire d'un engagement sans contester sa normativité, c'est-à-dire sans remettre en cause sa validité et sans prétendre qu'il ne serait plus en vigueur. En tentant de se représenter ces phases, on constate ainsi que la phase d'exécution est entourée de deux

¹⁰⁷² MAZEAUD Denis, « Regards positifs et prospectifs sur “ le nouveau monde contractuel ” », *LPA*, 2004, n°92, p. 47.

¹⁰⁷³ PENIN Olivier, *La distinction de la formation et de l'exécution du contrat : contribution à l'étude du contrat acte de prévision*, LGDJ, 2012, p. 4, n°7.

¹⁰⁷⁴ ROCHFELD Judith, *Les grandes notions du droit privé*, PUF, coll. Thémis droit, 3^e éd., 2022, p. 2 : « Dans une première direction, les juristes ont pu croire que les notions seraient des essences, immuables [...]. Dans une seconde direction, néanmoins, la réalité et la permanence de notions “ essentielles ” céderaient devant l'idée que ces notions ne constitueraient “ que ” des modèles, des archétypes de pensée, mouvants et fonctionnels, s'adaptant à l'état des sociétés et des époques qui les saisissent ».

¹⁰⁷⁵ V., en faveur de la rationalité de la distinction de la formation et de l'exécution du contrat en raison notamment de sa fonction formelle de séparation : PENIN Olivier, *La distinction de la formation et de l'exécution du contrat : contribution à l'étude du contrat acte de prévision*, *op. cit.*, p. 15, n°24 et s.

¹⁰⁷⁶ V. GENICON Thomas, *La résolution du contrat pour inexécution*, LGDJ, 2007, p. 14, n°18 et s.

¹⁰⁷⁷ V. CHAABAN Rana, *La caducité des actes juridiques : étude de droit civil*, LGDJ, 2005, p. 15, n°24.

¹⁰⁷⁸ Les règles de formation doivent en effet être entendues comme « l'ensemble des règles de droit qui conditionnent l'accès du pacte à la normativité » (PENIN Olivier, *La distinction de la formation et de l'exécution du contrat : contribution à l'étude du contrat acte de prévision*, *op. cit.*, p. 21, n°39). Sur la possibilité d'envisager le contrat comme une norme : V. *infra* n°299.

autres phases, à savoir formation et disparition, qui partagent au plan contentieux la même logique juridique.

207. Sort de la phase précontractuelle – Avant de tirer toutes les conséquences de ce constat pour l'organisation de notre observation, il faut dire un mot de la phase précontractuelle. Bien que les négociations précontractuelles fassent aujourd'hui l'objet d'articles dédiés dans le Code civil¹⁰⁷⁹, l'étude de la doctrine montre que celles-ci « ont été tard défrichées par le droit »¹⁰⁸⁰. Il ne faudrait pour autant pas y voir le signe d'une importance relative. Particulièrement dans le monde des affaires, le processus qui amène à la conclusion d'un contrat constitue désormais un véritable objet d'étude autonome¹⁰⁸¹. Qu'il s'agisse de s'intéresser au déroulé des négociations, en principe libre mais soumis à l'exigence de bonne foi¹⁰⁸², à l'obligation d'information qui pèse sur la partie « qui connaît une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre »¹⁰⁸³, ou encore à l'impératif de confidentialité¹⁰⁸⁴. Il serait donc difficile de ne pas intégrer cette étape dans le champ d'une étude contentieuse consacrée aux pactes d'associés. D'autant plus que la jurisprudence offre effectivement ici et là des illustrations de litiges qui prennent racine dans ce moment particulier où le pacte est fortement envisagé mais pas encore formalisé. Ainsi par exemple de la non-signature d'un pacte qui peut caractériser un juste motif de révocation d'un dirigeant¹⁰⁸⁵. Ainsi encore de l'engagement de la responsabilité d'un associé qui, pour attirer un nouvel investisseur, lui avait garanti qu'un pacte d'actionnaires avec droit de sortie serait mis en place, ce qui ne fut finalement jamais le cas¹⁰⁸⁶. Toutefois, s'il est vrai que, dans chacune de ces situations, l'intérêt pour le pacte est

¹⁰⁷⁹ V. les nouveaux articles 1112 à 1112-2 du Code civil introduits par l'ordonnance précitée du 10 février 2016.

¹⁰⁸⁰ MOUSSERON Pierre, « Conduite des négociations contractuelles et responsabilité civile délictuelle », *RTD com.*, 1998, p. 243, n°1. V. la note 2 de cet article pour un recensement de l'évolution de l'attention portée par les auteurs à cette période précontractuelle.

¹⁰⁸¹ V. not. DISSAUX Nicolas, « Contrat : formation », *Rép. civ.*, Dalloz, 2017, n°13 et s. V. égal. BUY Frédéric, *Droit des contrats d'affaires*, LGDJ, 2023, p. 87, n°76 et s., qui consacre tout un titre à « la négociation des contrats d'affaires ».

¹⁰⁸² V. C. civ., art. 1112, al. 1^{er}. Le principe de liberté dans la rupture des pourparlers n'est pas nouveau (V. par ex. Com., 12 janv. 1999, n°96-14.604 ; Com., 4 mai 2010, n°09-14.415). En revanche, la référence à la bonne foi pourrait constituer une régression dans la mesure où, en épuisant les cas de « faute commise dans les négociations » susceptibles d'engager la responsabilité de leur auteur (V. C. civ., art. 1112, al. 2), elle enfermerait une faute auparavant envisagée plus largement par la jurisprudence qui s'appuyait plutôt sur la notion d'abus de droit : V. DISSAUX Nicolas, « Contrat : formation », *op. cit.*, n°19 ; GHESTIN Jacques, LOISEAU Grégoire et SERINET Yves-Marie, *La formation du contrat*, t. I, *Le contrat – le consentement*, LGDJ-Lextenso éd., 4^e éd., 2013, p. 556, n°770 et s.

¹⁰⁸³ C. civ., art. 1112-1, al. 1^{er}. L'information déterminante est définie par le texte comme celle ayant « un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties » (C. civ., art. 1112-1, al. 3). La Cour de cassation a précisé, de façon relativement inattendue, qu'il fallait identifier dans ces deux alinéas deux conditions distinctes à l'obligation d'information de sorte que « le devoir d'information précontractuelle ne porte que sur les informations qui ont un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties, et dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre partie » : Com., 14 mai 2025, n°23-17.948 et 23-18.049 et 23-18.082, *Publié au Bulletin* ; JCP G, 2025, n° 25, 1145, obs. SERINET.

¹⁰⁸⁴ « Celui qui utilise ou divulgue sans autorisation une information confidentielle obtenue à l'occasion des négociations engage sa responsabilité dans les conditions du droit commun » (C. civ., art. 1112-2).

¹⁰⁸⁵ V. CA Paris, 15 sept. 2020, n° 17/19870.

¹⁰⁸⁶ 1^e civ., 23 sept. 2020, n°19-14.074, *Rev. sociétés*, 2021, 28, note SCHILLER. En l'espèce, un nouvel investisseur avait accepté d'apporter une certaine somme en capital à condition qu'une promesse de rachat de ses titres lui soit consentie. Celle-ci ne vit jamais le jour et, à la suite de la mise en liquidation judiciaire de la société, l'investisseur tenta de récupérer ses fonds en engageant la responsabilité de l'associé qui lui avait promis le droit de sortie. Il obtint gain de cause mais on notera que la solution de cet arrêt a pu faire l'objet de lectures incertaines. En effet, un auteur a fait valoir que dans la mesure où la Cour relève que la signature du pacte « conditionnait

bel et bien présent, au point même que sa non-conclusion puisse être génératrice de différends, il semble néanmoins impossible de mettre sur le même plan le contentieux suscité par un mécanisme déjà conclu et les litiges qui pourraient voir le jour avant cette conclusion. Tout simplement car l'on voit mal comment ces derniers pourraient être rattachés à la structure de l'engagement projeté. C'est-à-dire que l'antériorité de la phase de négociation la détache, au moins au niveau des risques contentieux engendrés, du dénouement d'engagements qui ne seront peut-être jamais finalisés. Or, rappelons-le, seuls nous intéressent les moyens contentieux susceptibles de remettre en cause un mécanisme donné en s'appuyant sur la ou les techniques juridiques qui président à sa construction¹⁰⁸⁷. Il nous faut donc écarter la période précontractuelle de notre étude.

208. Restent donc les phases de formation et de disparition d'un côté et la phase d'exécution de l'autre qui, seules, méritent d'être intégrées à nos développements. Le découpage qu'elles imposent devra guider à la fois l'observation du risque contentieux dans les mécanismes exigeant un transfert de droits sociaux (**section 1**) et cette même observation dans les mécanismes exigeant un comportement (**section 2**).

l'engagement » de l'investisseur, c'est la défaillance de cette condition suspensive qui justifie le remboursement des sommes versées par ce dernier (SCHILLER Sophie, note sous 1^{er} civ., 23 sept. 2020, n°19-14.074, *Rev. sociétés*, 2021, 28, n°6). Il nous semble pourtant que les fondements ne peuvent être mélangés. C'est bien la constatation d'une faute « en lien causal avec le préjudice retenu » qui justifie la solution de la Haute Cour, ce qui interdit, *a priori*, de s'écarter du raisonnement classique issu du droit de la responsabilité.

¹⁰⁸⁷ V. *supra* n°202.

Section 1 : L'observation du risque contentieux dans les mécanismes exigeant un transfert de droits sociaux

209. Comme nous venons de l'indiquer¹⁰⁸⁸, l'observation du risque contentieux au sein des pactes d'associés nécessite de distinguer, d'une part, les discussions¹⁰⁸⁹ liées à la formation et à la disparition du pacte d'associés et, d'autre part, celles tenant sa phase d'exécution. Ce découpage permet en effet d'ordonner l'étude en fonction de la nature des contestations susceptibles d'émerger et des fondements juridiques qui leur sont associés. Le but étant de mettre en lumière des logiques contentieuses distinctes selon la phase concernée. Il conviendra donc d'analyser successivement les discussions se rapportant aux phases de formation et de disparition du pacte d'associés (I), puis celles se rapportant à sa phase d'exécution (II).

I. Discussions se rapportant aux phases de formation et de disparition du pacte d'associés

210. Bien que phases de formation et de disparition partagent la même logique juridique¹⁰⁹⁰, la tentative de mise en échec d'un mécanisme exigeant un transfert de droits sociaux doit faire l'objet de développements séparés selon qu'une partie tente de remettre en cause l'engagement en s'appuyant sur les règles qui gouvernent sa formation ou sa disparition. Cette séparation méthodologique s'impose dans la mesure où elle permet d'observer plus précisément le risque contentieux selon que l'on se situe en amont ou en aval de la vie de l'engagement. Raison pour laquelle nous distinguerons l'examen des discussions se rapportant à la phase de formation (A) de celles se rapportant à la phase de disparition (B).

A. Discussions se rapportant à la phase de formation

211. Approche restrictive – L'intitulé « phase de formation » peut, dans un premier temps, apparaître trompeur. En effet, si l'on suit le plan du Code civil, la formation du contrat est envisagée très largement étant donné que le chapitre qui lui est consacré¹⁰⁹¹ intègre la phase de négociations¹⁰⁹² et que les sanctions proposées par le législateur vont de la nullité à la caducité¹⁰⁹³, cette dernière se rapportant pourtant à un contrat « valablement formé »¹⁰⁹⁴. Or, nous avons déjà dit qu'il nous fallait mettre à l'écart la période précontractuelle¹⁰⁹⁵. Mais il ne peut s'agir de la seule restriction dans la mesure où la perspective contentieuse impose de ne pas mélanger des moyens contentieux qui n'ont pas la même finalité. Autrement dit, si l'on entend les règles de formation d'un engagement comme celles qui

¹⁰⁸⁸ V. *supra* n°206.

¹⁰⁸⁹ Rappelons qu'à chaque fois que le terme « discussion » est employé dans le cadre de cette étude, il désigne une discussion juridique, conformément à la définition du contentieux donnée en introduction : V. *supra*.

¹⁰⁹⁰ V. *supra* n°206.

¹⁰⁹¹ Chapitre II, Sous-titre Ier du Titre III du Livre III Code civil (art. 1112 à 1187).

¹⁰⁹² C. civ., art. 1112 à 1112-2.

¹⁰⁹³ C. civ., art. 1178 à 1187.

¹⁰⁹⁴ C. civ., art. 1186, al. 1^{er}.

¹⁰⁹⁵ V. *supra* n°207.

conditionnent son accès à la normativité¹⁰⁹⁶, le contentieux de la phase de formation doit être restreint aux discussions qui visent à remettre en cause ledit engagement en s'appuyant sur une irrégularité originelle. C'est-à-dire qu'il ne peut être ici question que de problématiques de validité. Et il faut encore préciser car, de nouveau, vont uniquement nous intéresser les irrégularités liées à la structure même de l'engagement. Se situent donc hors du champ de l'étude les règles générales de validité qui s'appliquent à tout contrat, par exemple la nécessité d'un consentement exempt de vices¹⁰⁹⁷.

- 212.** Les principes directeurs de notre démarche étant clarifiés, il nous reste à la mettre en œuvre en reprenant la structure des mécanismes de transferts précédemment exposée¹⁰⁹⁸. Cela nous conduira à dissocier le risque contentieux dans le déclenchement du transfert (1) du risque contentieux dans la détermination des éléments relatifs au transfert (2).

1) Le risque contentieux dans le déclenchement du transfert

- 213.** Remettre en cause la validité d'un transfert de droits sociaux au stade de son déclenchement suppose, en matière de pactes d'associés, de contester l'un des deux principaux systèmes auxquels la pratique a recours¹⁰⁹⁹, et qui structurent très largement les mécanismes de transfert, à savoir le système optionnel et le système conditionnel. La remise en cause de leur validité ne s'opère pas selon les mêmes modalités, ce qui justifie un traitement séparé. Il faudra donc étudier successivement le risque contentieux lié au système optionnel (a) puis celui lié au système conditionnel (b).

a) Le risque contentieux lié au système optionnel

- 214. Fausse neutralité de l'option** – Si l'on reprend le siège du transfert optionnel de droits sociaux dans les pactes, constitué par l'article 1124 du Code civil, l'option en elle-même ne semble pas poser de difficultés¹¹⁰⁰. En effet, le premier alinéa de la disposition affirme nettement la possibilité d'accorder un « droit d'opter » à un bénéficiaire¹¹⁰¹ et semble renvoyer les discussions éventuelles à la détermination des « éléments essentiels » du contrat projeté¹¹⁰². On voit alors mal comment l'utilisation d'une telle technique pourrait poser un problème de validité¹¹⁰³. Mais, en réalité, si discussion il doit y avoir, ce n'est jamais vraiment sur le principe de l'option qu'elle va porter. Le fait est que, comme nous l'avons montré¹¹⁰⁴, accorder un droit d'opter pour un transfert est faussement neutre dans la mesure où il s'agit toujours de répondre à une dynamique sociale donnée en permettant

¹⁰⁹⁶ V. *supra* n°206.

¹⁰⁹⁷ V. C. civ., art. 1130 à 1144.

¹⁰⁹⁸ V. *supra* n°108 et s.

¹⁰⁹⁹ V. *supra* n°108 et s.

¹¹⁰⁰ Sur la nature du droit d'option : V. *supra* n°109.

¹¹⁰¹ « La promesse unilatérale est le contrat par lequel une partie, le promettant, accorde à l'autre, le bénéficiaire, le droit d'opter pour la conclusion d'un contrat dont les éléments essentiels sont déterminés, et pour la formation duquel ne manque que le consentement du bénéficiaire » (C. civ., art. 1124, al. 1^{er}).

¹¹⁰² Sur cette discussion : V. *infra* n°219 et s.

¹¹⁰³ Rappelons que les problèmes de validité qui pourraient se poser sont évidemment nombreux (vices du consentement, pacte signé par une société dépourvue de la personnalité morale, par un représentant dépourvu de pouvoirs, etc.) mais ceux-ci sont laissés de côté car ils ne prennent pas appui sur la structure optionnelle du mécanisme (V. *supra* n°202).

¹¹⁰⁴ V. *supra* n°214.

à un bénéficiaire, par le retard que l'option organise dans le déclenchement du transfert, d'exercer une certaine maîtrise sur l'évolution de l'aventure sociétaire, maîtrise qu'un transfert simple ne lui aurait jamais conférée. Or, c'est précisément dans le cadre de cette ambition que des normes plus rigoureuses sont susceptibles de se substituer à l'article 1124, alinéa 1^{er}, du Code civil et ainsi confronter la validité de l'option.

215. Confrontation de l'option – Multiples sont en réalité les hypothèses où l'attribution du droit d'option, parce qu'elle est empreinte d'une volonté particulière, peut s'avérer problématique au regard de textes susceptibles de remettre en cause la validité de l'engagement consenti. L'exemple le plus connu en matière sociétaire est évidemment celui des clauses léonines. Sans retracer l'ensemble de la jurisprudence rendue en la matière¹¹⁰⁵, on indiquera simplement que la prohibition des clauses léonines qui, rappelons-le, répute non écrite « 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 »¹¹⁰⁶, a particulièrement trouvé à s'appliquer depuis le début des années 1980 dans le domaine des transferts optionnels de parts ou actions. Trois types d'opérations sont ici essentiellement en cause à savoir « la cession massive (ou de contrôle) de droits sociaux étalée (ou échelonnée) dans le temps, la convention de portage et l'opération de capital investissement (dite aussi opération de capital-risque ou de *private equity*) »¹¹⁰⁷. Bien que relativement distinctes, ces trois figures sont toutes « construites autour d'un mécanisme identique : une promesse unilatérale d'achat ou de rachat des droits sociaux, à un prix fixe ou plancher, dont la validité au regard de l'article 1844-1, alinéa 2 pose problème »¹¹⁰⁸. La mise en jeu de cet article repose sur une idée simple selon laquelle, en se protégeant contre la dépréciation de ses droits sociaux par la possibilité d'exercer son option à un prix fixe ou plancher, le bénéficiaire de la promesse d'achat s'affranchirait de sa contribution aux pertes et par là même contreviendrait à l'interdiction susvisée¹¹⁰⁹. Au-delà de la façon dont la jurisprudence a tenté, principalement depuis l'arrêt Bowater¹¹¹⁰, de sauver ces montages par le recours à des critères variés¹¹¹¹, il faut retenir de cette discussion qu'elle illustre la difficulté que peut poser un système optionnel en fonction des objectifs poursuivis par l'option¹¹¹². Il en va de même lorsque les parties accolent l'option à

¹¹⁰⁵ Dont on retrouve les premières traces au milieu du XIX^e siècle : V. PIETRANCOSTA Alain, « Promesses d'achat de droits sociaux et clauses "léonines" : critique d'une sollicitation excessive et hasardeuse de l'article 1844-1 du Code civil », *op. cit.*, n° 3 et s. ; CAFFIN-MOI Marie, « Théorie des bénéfices et des pertes – Clauses léonines », *op. cit.*, n°42 et s.

¹¹⁰⁶ C. civ., art. 1844-1, al. 2. V. *supra* n°86 et s.

¹¹⁰⁷ CAFFIN-MOI Marie, « Théorie des bénéfices et des pertes – Clauses léonines », *op. cit.*, n°37.

¹¹⁰⁸ *Ibid.*, n°38.

¹¹⁰⁹ Sur cette vision expansive du risque social assumé par l'associé : V. *supra* n°37. Il est aussi inversement mais plus rarement soutenu qu'un prix plafond serait de nature à empêcher le promettant de jouir des bénéfices dégagés par la société : V. Com., 21 juin 2023, n°21-21.875, *Publié au Bulletin* ; JCP E, 2023, n° 49, 25, note BUCHBERGER et n° 42, 17, note VALIERGUE et n° 37, 20, note BARBIÈRI ; *Rev. sociétés*, 2024, 102, note DE RAVEL D'ESCLAPON ; *RJC*, 2023, n° 6, 30, note DURAND ; *Dr. sociétés*, 2023, n° 11, 50, note MORTIER ; *GPL*, 2023, n° 34, 59, note MALASSIGNÉ ; *RTD com.*, 2023, 897, note LECOURT.

¹¹¹⁰ Com., 20 mai 1986, n° 85-16.716, *Bull. civ.*, 1986, IV, n° 95 ; *Dr. sociétés*, 1986, n° 213, 6, obs. GERMAIN ; *Rev. sociétés*, 1986, 587, note RANDOUX ; JCP E, 1986, I, 15846, obs. VIANDIER et CAUSSAIN ; *RTD com.*, 1987, 205, obs. REINHARD ; *RTD com.*, 1987, 66, obs. CHAMPAUD et LE FLOCH.

¹¹¹¹ CAFFIN-MOI Marie, « Théorie des bénéfices et des pertes – Clauses léonines », *op. cit.*, n°42 et s. V., pour une illustration récente : Com., 21 juin 2023, n°21-21.875, *préc.*

¹¹¹² Précisons d'ailleurs qu'il ne fait ici aucun doute que ce risque contentieux est attaché à l'option et non à la détermination du prix. Il suffit pour s'en convaincre de constater qu'à aucun moment dans ce débat il n'est soutenu

l'hypothèse d'un décès. Dans ce cas, elles risquent de se confronter à une autre prohibition que l'on retrouve aujourd'hui à l'article 722 du Code civil qui, hors des cas autorisés par la loi, prive d'effet « les conventions qui ont pour objet de créer des droits ou de renoncer à des droits sur tout ou partie d'une succession non encore ouverte ou d'un bien en dépendant »¹¹¹³. Plus précisément, constitue un pacte sur succession future prohibé par la loi « toute stipulation ayant pour objet d'attribuer un droit privatif sur tout ou partie d'une succession non encore ouverte »¹¹¹⁴. On perçoit bien le problème que peut poser une promesse unilatérale de vente dont l'exécution serait différée au décès du promettant car, dans cette configuration, il est permis de se demander si le droit d'opter accordé ne constitue pas un droit privatif sur tout ou partie d'une succession non encore ouverte. Une partie de la réponse se trouve dans la distinction qui doit être faite entre un véritable pacte sur succession future prohibé et une simple convention *post mortem* parfaitement valide¹¹¹⁵. L'élément « techniquement déterminant »¹¹¹⁶ étant que la convention *post mortem* crée un droit certain, présent ou futur, sur une succession non encore ouverte et non un simple droit éventuel révélateur des stipulations interdites¹¹¹⁷. Est ainsi en principe valable la promesse de vente « déterminée dans son objet et dans son prix, engageant la promettante immédiatement et de façon irrévocable et faisant naître au profit du bénéficiaire un droit actuel pur et simple et dont seule l'exécution était différée jusqu'au décès de la promettante »¹¹¹⁸. Mais, de nouveau, par-delà la réponse particulière apportée par la jurisprudence dans ces situations, on observe que c'est bien le sens donné par les parties à l'option qui est susceptible de lui faire perdre son apparente licéité. Reste alors à qualifier ce risque contentieux.

216. Nature de la discussion – Ces hypothèses d'attribution d'un droit d'option étant contestées à l'aune d'une norme légale auquel un plaideur aura recours pour éviter le

que le prix serait indéterminable. Le contraire serait surprenant étant donné que c'est bien la fixité du prix associée à l'option qui pose difficulté.

¹¹¹³ L'alinéa 2 de l'article 1130 ancien du Code civil qui constituait le siège général de l'interdiction des pactes sur succession future en disposant qu'on ne peut « renoncer à une succession non ouverte, ni faire aucune stipulation sur une pareille succession, même avec le consentement de celui de la succession duquel il s'agit, que dans les conditions prévues par la loi » a été supprimé.

¹¹¹⁴ Cass. civ., 11 janv. 1933, *DP*, 1933, I, 10, note CAPITANT ; *S.*, 1933, I, 161, note GÉNY.

¹¹¹⁵ VALUET Jean-Paul, « Conventions “post mortem” dans les pactes d'actionnaires », *Actes prat. ing. sociétaire*, 1999, n°43, p. 17.

¹¹¹⁶ VEAUX-FOURNERIE Paulette, VEAUX Daniel (actualisation RAOUL-CORMEIL Gilles), « SUCCESSIONS. – Pacte sur succession future », *J.-CL. Civil Code*, art. 721 à 724-I, fasc. 20, LexisNexis, 2021, n°57 et s.

¹¹¹⁷ V. GRIMALDI Michel, *Droit des successions*, LexisNexis, 8^e éd., 2020, p. 299, n°379 : « si le pacte porte sur une succession future, il ne peut conférer à l'ayant cause qu'un droit éventuel ; s'il lui confère plus qu'un droit éventuel, c'est qu'il porte sur un bien présent ».

¹¹¹⁸ 1^e civ., 30 mai 1985, n°84-11.795, *Bull. civ.*, 1985, I, n° 173 ; *D.*, 1986, 65, note NAJJAR ; *RTD civ.*, 1986, 391, note PATARIN. V. égal. dans le même sens : 1^e civ., 8 juill. 1986, n°85-12.878, *Bull. civ.*, 1986, I, n° 202. On notera que les transferts optionnels n'épuisent pas toutes les hypothèses dans lesquelles une stipulation d'un pacte d'associés pourrait poser difficulté au regard de la prohibition des pactes sur succession future. V., récemment, à propos d'une clause prévoyant les modalités de remboursement d'un compte courant d'actionnaire lors de l'ouverture de sa succession : 1^e civ., 25 janv. 2023, n°19-25.478, *Publié au Bulletin* ; *Defrénois*, 2023, n° 48, 18, note HAMELIN ; *RDC*, 2023, n° 3, 43, note HEINICH ; *JCP E*, 2023, n° 28, 32, note DUMONT et n° 42, 20, note DEBOISSY et WICKER ; *Dr. sociétés*, 2023, n° 3, 20, note MORTIER ; *GPL*, 2023, n° 21, 51, note BRIGNON et n° 14, 66, note DESURMONT et n° 12, 60, note BERNARD ; *Rev. sociétés*, 2023, 292, note FAGES ; *BJS*, 2023, n° 4, 10, note NAUDIN ; *Contrats, conc. consom.*, 2023, n° 4, 9, note LEVENEUR ; *RTD com.*, 2023, 375, note LECOURT ; *RTD civ.*, 2023, 358, note BARBIER.

dénouement de l'engagement concerné, il s'agit à chaque fois de déterminer si l'ambition des parties ne se heurte pas au texte prohibitif invoqué. Le mécanisme est ainsi « mis à l'épreuve » d'un texte de sorte qu'il faut y voir un risque de discussion relatif à l'interprétation d'une norme.

b) Le risque contentieux lié au système conditionnel

217. Vices intrinsèques à la condition – À la différence de l'option dont nous avons dit que l'apparente neutralité semblait la protéger, au moins à première vue, de tout questionnement relatif à sa validité¹¹¹⁹, le simple recours à une technique conditionnelle soulève un certain nombre de risques d'irrégularités. En effet, outre le fait que la condition est traditionnellement présentée comme devant répondre à un certain nombre de caractères¹¹²⁰, le législateur s'est historiquement fait le relais de ces exigences en imposant que la condition soit licite – à défaut de quoi « l'obligation est nulle »¹¹²¹ –, et que sa réalisation ne dépende pas de la seule volonté du débiteur – sauf à encourir la nullité¹¹²². Toutefois, si l'ensemble de ces risques contentieux existent bel et bien au stade de la formation de l'engagement, tous ne peuvent être placés sur le même plan. Tout simplement car il faut distinguer la condition envisagée *in abstracto* et la condition telle qu'elle est utilisée dans les pactes. Nous avons ainsi vu que le rôle général de la condition, visant à intégrer dans le champ contractuel un certain nombre de motifs sans lesquels les parties n'auraient pas contracté¹¹²³, trouvait une résonance privilégiée dans le domaine des pactes où les transferts conditionnels de droits sociaux servent à s'assurer que l'aventure sociale conserve son intérêt pour les parties si tel ou tel évènement érigé en condition venait à survenir¹¹²⁴. Dans ces conditions, le grief de potestativité, directement lié à l'emprise que conservent les parties au pacte sur l'évènement conditionnel¹¹²⁵, ne peut être mis sur le même plan que le grief d'illicéité, dont on fait justement remarquer qu'il ne fait que s'appuyer sur l'exigence générale de conformité à l'ordre public déjà posée par l'article 1162 du Code civil

¹¹¹⁹ V. *supra* n°214.

¹¹²⁰ À savoir être un évènement futur et incertain, licite, indépendant de la volonté des parties et être extérieure au rapport de droit : V. BUFFELAN-LANORE Yvaine (actualisation PELLIER Jean-Denis), « Condition », *op. cit.*, n°19 et s. V. *supra* n°114.

¹¹²¹ C. civ., art. 1304-1. On notera que cette exigence constitue un assouplissement par rapport à l'ancien article 1172 du Code civil qui disposait 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 ». Concernant l'impossibilité, le rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance précitée du 10 février 2016 s'en explique au motif que l'exigence de possibilité serait « superflue, voire inopportune. En effet, si la condition suspensive porte sur une chose impossible, l'obligation qui en dépend ne peut prendre naissance, faute pour la condition de pouvoir se réaliser, et elle n'est donc pas nulle, et à l'inverse, lorsque la condition résolutoire est impossible, la condition ne s'accomplira pas et les effets du contrat ne seront pas remis en cause, sans qu'une nullité de l'obligation ne se justifie ». Concernant les bonnes mœurs, le même rapport considère la notion comme « désuète au regard de l'évolution de la société », la jurisprudence l'ayant « progressivement abandonnée au profit de la notion d'ordre public dont elle n'a eu de cesse de développer le contenu ». La doctrine semble approuver la suppression de cette référence à la condition impossible (V. BUFFELAN-LANORE Yvaine (actualisation PELLIER Jean-Denis), « Condition », *op. cit.*, n°27) mais remarque en revanche que le maintien de l'article 6 du Code civil (« on ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs ») contribue à intégrer les considérations morales dans l'exigence générale de licéité (V. BUFFELAN-LANORE Yvaine (actualisation PELLIER Jean-Denis), « Condition », *op. cit.*, n°29).

¹¹²² V. C. civ., art. 1304-2.

¹¹²³ V. *supra* n°115.

¹¹²⁴ V. *supra* n°116.

¹¹²⁵ V. *supra* n°117 et s.

applicable à tout contrat¹¹²⁶, et par là même difficilement rattachable à un mécanisme en particulier. C'est-à-dire que, à la manière de ce qui a pu être observé à propos de l'option¹¹²⁷, c'est la dynamique sociale servie par la technique conditionnelle qui doit faire apparaître les moyens contentieux pertinents.

218. Vices intrinsèques au rôle joué par la condition dans les transferts de droits sociaux

– Une fois que l'on admet la parenté entre l'option et la condition, au sens où les deux techniques participent d'une même structuration des rapports sociaux dans le cadre de laquelle les contractants souhaitent conserver la main sur le futur de leurs relations¹¹²⁸, et que l'on convient que ce sont les moyens contentieux générés par cette ambition qu'il nous faut pertinemment relever, on constate alors naturellement que le transfert conditionnel peut, comme le transfert optionnel¹¹²⁹, être remis en cause par sa confrontation avec une série de règles prohibitives. Vient d'abord la règle connue et déjà évoquée selon laquelle « est nulle l'obligation contractée sous une condition dont la réalisation dépend de la seule volonté du débiteur »¹¹³⁰. Cette discussion sur la potestativité des engagements contenus dans les pactes d'associés semble conserver une certaine intemporalité, particulièrement devant les juridictions du fond¹¹³¹. C'est que ce désir des parties d'ériger en condition d'un transfert de droits sociaux un événement sur lequel elles conservent par ailleurs une certaine emprise génère presque *de facto* un débat autour de l'application de la disposition légale susvisée. Quelle que soit notre position sur la légitimité d'une telle discussion¹¹³², il est évident que le risque contentieux existe¹¹³³. Sa catégorisation s'impose d'elle-même puisqu'il s'agit de toute évidence de trancher l'application d'une norme, ici l'article 1304-2 du Code civil, à la stipulation litigieuse invoquée. La dynamique organisée par les transferts conditionnels de droits sociaux dans les pactes d'associés ne crée toutefois pas uniquement des complications au regard des dispositions propres à l'obligation conditionnelle. Plusieurs plaideurs ont ainsi soutenu que les promesses unilatérales de vente contenues dans les pactes, lorsqu'elles étaient conditionnées à la survenance de tel ou tel événement, constituaient en réalité des clauses d'exclusion déguisées, et étaient nulles faute de respecter le régime applicable à ces dernières¹¹³⁴. Sans revenir sur la teneur exacte de ce

¹¹²⁶ « Le contrat ne peut déroger à l'ordre public ni par ses stipulations, ni par son but, que ce dernier ait été connu ou non par toutes les parties ». V. CHANTEPIE Gaël et LATINA Mathias, *Le nouveau droit des obligations : commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Dalloz, 2^e éd., 2018, p. 701, n°768.

¹¹²⁷ V. *supra* n°215.

¹¹²⁸ V. *supra* n°108 et s.

¹¹²⁹ V. *supra* n°215.

¹¹³⁰ C. civ., art. 1304-2.

¹¹³¹ V. les arrêts cités par BROCHIER Matthieu et SCHILLER Sophie, « Les pactes d'actionnaires et d'associés. Un an de jurisprudence du tribunal de commerce de Paris », *op. cit.*, §10 et s.

¹¹³² V. *supra* n°117 et s.

¹¹³³ Il y a d'ailleurs là une différence avec le système optionnel où, évidemment, la maîtrise du bénéficiaire sur la levée de l'option est inhérente au mécanisme et ne pose donc aucune difficulté. Alors que l'influence de l'une des parties sur l'avènement de la condition est, nous l'avons vu, par nature plus problématique.

¹¹³⁴ V. Com., 6 mai 2014, n°13-17.349 et 13-19.066, *Dr. sociétés*, 2014, n° 12, 13, note MORTIER ; *Rev. sociétés*, 2015, 36, note MICHINEAU ; *GPL*, 2014, n° 187-189, 10, note ZATTARA-GROS ; *RTD civ.*, 2014, 642, note BARBIER ; *JCP E*, 2014, n° 24, 24, note DONDERO ; Com., 6 nov. 2019, n°18-14.287 ; Com., 21 juin 2023, n°21-25.952 et 22-12.045, *Publié au Bulletin* ; *JCP E*, 2023, n° 49, 34, note BECKER et n° 42, 24, note VALIERGUE et n° 30, 30, note DONDERO ; *RLDA*, 2023, n° 198, 21, note JONZO ; *RDC*, 2023, n° 4, 38, note CAFFIN-MOI ; *GPL*, 2023, n° 34, 68, note GRUNDELER ; *BJS*, 2023, n° 10, 29, note PÉRIN ; *Dr. sociétés*, 2023, n° 10, 43, note HAMELIN ; *RTDF*, 2023, n° 4, 63, note PORACCHIA ; *RTD com.*, 2023, 905, note MOURY.

régime, qui s'illustre d'ailleurs parfois par son manque de clarté¹¹³⁵, on indiquera qu'il est vrai qu'il est souvent présenté comme imposant que la clause soit statutaire¹¹³⁶, que celle-ci prévoie des motifs d'exclusion conformes à l'intérêt de la société et à l'ordre public¹¹³⁷, que l'organe compétent et la procédure d'exclusion soient désignés¹¹³⁸ et enfin que l'associé exclu soit indemnisé¹¹³⁹. Or, il va sans dire que les transferts conditionnels organisés dans les pactes, par nature extrastatutaires et consensuels, ne répondent pas à ce modèle. Tout l'enjeu est alors de déterminer quelle qualification ils doivent recevoir. Pour l'instant, la jurisprudence semble déterminée à n'y voir que de simples promesses échappant au régime

¹¹³⁵ V. not. GALLOIS-COCHET Dorothée, « L'obscur clarté du régime de l'exclusion statutaire », *Dr. sociétés*, 2014, n°12, p. 9 ; GALLOIS-COCHET Dorothée, « Clause d'éviction et clause d'exclusion : faut-il distinguer ? », *GPL*, 2018, n°32, p. 50. V. *infra* n°454 et s.

¹¹³⁶ V. Com., 13 déc.1994, n°93-11.569 et 93-12.349, *Bull. civ.*, 1994, IV, n° 384 ; *JCP E*, 1995, n° 30, 137, note PACLOT ; *Rev. sociétés*, 1995, 298, note RANDOUX ; *RJDA*, 1995, n° 3, 200, note LE NABASQUE. Le Conseil constitutionnel lui-même reconnaît, certes à propos de la SAS mais dans le cadre d'une formule assez générale, qu'« il résulte de la jurisprudence constante de la Cour de cassation que la décision d'exclure un associé ne peut être prise qu'à la suite d'une procédure prévue par les statuts » (Cons. Const., 9 déc. 2022, Décision n° 2022-1029 QPC ; *JCP E*, 2023, n° 12, 27, note DEBOISSY et WICKER et n° 51, 24, note DONDERO ; *GPL*, 2023, n° 9, 68, note STOCLET ; *RDC*, 2023, n° 1, 73, note CAFFIN-MOI et 128, note TADROS ; *Dr. sociétés*, 2023, n° 2, 25, note HAMELIN ; *RLDA*, 2023, n° 189, 35, note ZOLOMIAN). V. VINCENT Robert, « La sécurisation statutaire de l'exclusion d'un associé d'une SAS », *Dr. sociétés*, 2024, n°1, p. 7.

¹¹³⁷ La Cour de cassation semble toutefois s'être récemment montrée plus libérale en considérant licite, certes dans le cas d'une société à capital variable, une clause statutaire « stipulant que tout associé peut être exclu de la société pour justes motifs par une décision des associés réunis en assemblée générale statuant à la majorité fixée pour la modification des statuts, quand bien même cette clause ne précise pas les motifs d'exclusion » : Com., 9 nov. 2022, n°21-10.540, *Publié au Bulletin* ; *JCP E*, 2023, n° 12, 30, note VALIERGUE et n° 5, 28, note DONDERO ; *GPL*, 2023, n° 9, 74, note GALLOIS-COCHET et n° 1, 32, note CORMIER ; *LPA*, 2023, n° 2, 37, note GIBIRILA ; *JCP G*, 2023, n° 1, 34, note BARBIÈRI ; *Dr. sociétés*, 2023, n° 1, 24, note HAMELIN ; *Lexbase aff.*, 2022, n° 736, note SAINTOURENS ; *BJS*, 2023, n° 3, 21, note SCHLUMBERGER ; *Rev. sociétés*, 2023, 167, note DUMONT. Le Conseil constitutionnel maintient pour sa part qu'« il résulte de la jurisprudence constante de la Cour de cassation que la décision d'exclure un associé ne peut être prise qu'à la suite d'une procédure prévue par les statuts. Elle doit reposer sur un motif, stipulé par ces statuts, conforme à l'intérêt social et à l'ordre public, et ne pas être abusive » (Cons. Const., 9 déc. 2022, Décision n° 2022-1029 QPC, préc.). Sur cette apparente libéralisation des clauses d'exclusion statutaires : V. STOCLET Mathieu, « De la libéralisation des clauses d'exclusion statutaires », *GPL*, 2023, n°34, p. 41.

¹¹³⁸ Si l'organe compétent pour prononcer l'exclusion est l'assemblée des associés, l'associé qui risque l'exclusion ne doit pas être privé de son droit de vote : Com., 23 oct. 2007, n°06-16.537, *Bull. civ.*, 2007, IV, n° 225 ; *JCP E*, 2008, n° 9, 32, note CAUSSAIN, DEBOISSY et WICKER et n° 47, 33, note VIANDIER ; *RLDA*, 2007, n° 22, 14, note FAUSSURIER et n° 23, 10, note GUYADER ; *JCP N*, 2007, n° 49, 31, note REIFEGGERSTE ; *Dr. sociétés*, 2007, n° 12, 28, note HOVASSE ; *Rev. sociétés*, 2007, 814, note LE CANNU ; *RTD com.*, 2007, 791, notes LE CANNU et DONDERO. Il pourrait en revanche en être privé si l'exclusion est décidée par un comité composé de certains associés seulement (ANSA, comité juridique, comm. n° 25-012, 5 mars 2025). S'agissant de la sanction, ce n'est désormais plus toute la clause qui est réputée non écrite mais uniquement « toute stipulation de la clause d'exclusion ayant pour objet ou pour effet de priver l'associé dont l'exclusion est proposée de son droit de voter sur cette proposition » : Com., 29 mai 2024, n°22-13.158, *Publié au Bulletin* ; *RDC*, 2024, n° 4, 42, note HEINICH ; *JCP E*, 2024, n° 46, 16, note RECEVEUR ; *GPL*, 2024, n° 35, 59, note MICHEL ; *RTD com.*, 2024, 936, note LECOURT et 705, note MOURY ; *D.*, 2024, 1515, note FARGES ; *BJS*, 2024, n° 9, 1, note MATHEZ et n° 7-8, 9, note STORCK ; *RLDA*, 2024, n° 206, 20, note CHANDLER ; *Dr. sociétés*, 2024, n° 8-9, 19, note MORTIER ; *JCP G*, 2024, n° 28, 1302, note REYGROBELLET ; *Rev. sociétés*, 2024, 441, note SAVATIER ; *LPA*, 2024, n° 10, 71, note GIBIRILA.

¹¹³⁹ V. COUPET Caroline, « Clause d'exclusion », in *Les principales clauses des contrats d'affaires*, op. cit., p. 333, spéc. p. 337, n°702 et s., et, pour l'arrêt fondateur en la matière : Com., 8 mars 2005, n°02-17.692, *Bull. civ.*, 2005, IV, n° 47 ; *Dr. et patr.*, 2005, n° 143, 91, note PORACCHIA ; *JCP E*, 2005, n° 27, 1171, note CAUSSAIN, DEBOISSY et WICKER ; *Rev. sociétés*, 2005, 618, note RANDOUX ; *RTD com.*, 2005, 599, note MARTINSERF ; *Dr. sociétés*, 2005, n° 6, 29, note MONNET ; *RDC*, 2006, n° 2, 449, note LUCAS. V. *infra* n°454 et s.

des clauses d'exclusion¹¹⁴⁰. Le risque de discussion existe néanmoins et il a donc trait à la qualification du mécanisme utilisé¹¹⁴¹.

2) Le risque contentieux dans la détermination des éléments relatifs au transfert

219. Double approche – Conceptualiser la façon dont on peut remettre en cause un transfert de droits sociaux en s'appuyant sur la manière dont ont été déterminés les éléments relatifs à ce dernier pose une question d'approche. Le fait est que, optionnelle ou conditionnelle, une telle opération ne peut être valablement formée que si la chose et le prix ont été déterminés ou rendus déterminables par les parties¹¹⁴². C'est ainsi le respect de cette exigence qui s'impose en premier lieu. Mais les techniques de détermination de la chose et du prix peuvent porter en elles des risques contentieux qui vont au-delà de la seule question de savoir si cette exigence a bien été respectée. La bonne appréhension de l'ensemble des moyens contentieux adossés à l'engagement mis en place oblige donc à intégrer au sein de l'étude des risques de discussion qui ne se limitent pas au risque d'indéterminabilité de la chose ou du prix. Il ne faut toutefois pas voir ici une incursion dans le contentieux contractuel général. En effet, les risques envisagés s'inscrivent dans le cadre de la délimitation précédemment posée quant aux risques contentieux pertinents pour l'étude¹¹⁴³, en ce qu'ils tiennent bien à la structuration particulière des mécanismes propres aux pactes d'associés. On doit donc distinguer, d'une part, le risque contentieux lié à l'exigence générale de déterminabilité (a), et, d'autre part, celui lié à des questionnements plus divers (b).

a) Le risque contentieux lié à l'exigence générale de déterminabilité

220. La chose – Nous avons vu que la détermination des droits sociaux objets du transfert pouvait être laissée « en calcul » par des techniques d'ajustement du capital plus ou moins

¹¹⁴⁰ Com., 6 mai 2014, n°13-17.349 et 13-19.066, préc. ; Com., 6 nov. 2019, n°18-14.287, préc. ; Com., 21 juin 2023, n°21-25.952 et 22-12.045, préc.

¹¹⁴¹ L'affirmation vaut même si l'arrêt le plus récent en date rendu par la Cour de cassation (Com., 21 juin 2023, n°21-25.952 et 22-12.045, préc.) a surtout été remarqué pour la précision qu'il apporte au champ d'application de l'article L. 227-15 du Code de commerce applicable aux SAS et selon lequel « toute cession effectuée en violation des clauses statutaires est nulle ». Répondant à un plaideur qui estimait que la double promesse de vente et d'achat contenue dans le pacte et conditionnée au non-respect de l'un quelconque des engagements par l'une ou l'autre des parties contrevenait aux dispositions de la clause d'exclusion statutaire et tombait par là-même sous le coup de la nullité organisée par l'article L. 227-15 du Code de commerce, la Cour affirme tout d'abord que « ce texte ne régissant pas l'exclusion d'un associé et la cession forcée de ses actions qui en résulte, la nullité qu'il prévoit vise uniquement à sanctionner la violation de toute clause statutaire ayant pour objet la cession d'actions librement consentie par leur titulaire ». Elle ajoute ensuite que la disposition statutaire invoquée ne régissant pas une cession d'actions mais un cas d'exclusion de la société, elle n'empêchait pas la conclusion du transfert conditionnel extrastatutaire attaqué. En réalité, l'enchaînement entre les deux propositions, si elle perturbe quelque peu la compréhension de la motivation de l'arrêt, ne doit pas faire douter sur la nature du risque contentieux en cause. Le fait est qu'à partir du moment où la promesse extrastatutaire n'est pas perçue comme une clause d'exclusion, elle ne contrevient pas à la clause statutaire invoquée. Peu importe que cette stipulation statutaire soit par ailleurs placée hors du champ de la nullité de l'article L. 227-15 du Code de commerce. Les deux discussions ne se chevauchent pas (V., en ce sens, DONDERO Bruno, « Coexistence d'une clause buy or sell et d'une clause d'exclusion statutaire », *JCP E*, 2023, n°30, 1230, qui fait justement remarquer, à propos de la deuxième partie de l'arrêt relative au transfert conditionnel extrastatutaire, que « c'est en réalité une seconde solution, distincte, qui est affirmée, et qui n'est pas liée avec la question de la nature des cessions pouvant être annulées par application de l'article L. 227-15 »).

¹¹⁴² V. *supra* n°122 et s.

¹¹⁴³ V. *supra* n°202.

complexes¹¹⁴⁴. Rapporté à la question de la formation du mécanisme, le procédé peut générer un risque d'invalidité qui supposerait d'arguer que les modalités de calcul des parts ou actions à transférer étant par trop imprécises, la prestation objet de l'obligation n'est pas « déterminée ou déterminable » au sens de l'article 1163 du Code civil¹¹⁴⁵. On peut théoriquement catégoriser ce risque contentieux dans les discussions relatives à l'interprétation d'une norme. Mais il faut rappeler que la plupart du temps les droits cédés sont précisément décrits par le pacte et que la validité de l'engagement à l'aune de cette exigence ne fait pas débat. Tout autre est l'importance des litiges relatifs à la détermination du prix.

221. Le prix – La détermination du prix dans les transferts de droits sociaux¹¹⁴⁶ est l'histoire d'une dichotomie. Nous avons en effet pu constater que, même s'il arrivait que le prix soit prédéterminé au stade de la conclusion du contrat, l'inadaptation à la matière des droits sociaux d'un chiffrage *a priori* avait conduit au développement de techniques contractuelles visant à permettre que le montant à allouer au vendeur puisse être calculé mécaniquement au jour du déclenchement du transfert¹¹⁴⁷. C'est-à-dire que les configurations dans lesquelles le prix est prédéterminé se sont progressivement dissociées de celles où il était simplement rendu déterminable, au point que les premières génèrent des risques contentieux se détachant de l'exigence générale de détermination¹¹⁴⁸. Restent donc les hypothèses dans lesquelles le principe du versement du prix est bel est bien contesté à l'aune de l'exigence de déterminabilité. Comme déjà évoqué, la jurisprudence a admis, à partir d'un texte en apparence rigide selon lequel « le prix de la vente doit être déterminé et désigné par les parties »¹¹⁴⁹, un différé dans la fixation du prix à la double condition que celle-ci puisse s'opérer sans qu'un nouvel accord des parties ne soit nécessaire et sans qu'elle ne dépende de la seule volonté de l'une d'entre elles¹¹⁵⁰. Recourir à un transfert de droits sociaux dans lequel le prix serait uniquement rendu déterminable engendre donc un risque contentieux structurel dans la mesure où la partie qui ne souhaiterait plus acquérir ou vendre pourra arguer que les conditions de la déterminabilité ne sont pas remplies par la formule de calcul¹¹⁵¹. Tel sera par exemple le cas si, en revisitant la formule, l'on s'aperçoit qu'elle se réfère à la prise en charge d'un passif dont la fixation ne peut être faite en fonction d'éléments indépendants de la volonté des parties¹¹⁵². Le cas n'est pas d'école et nous avons pu observer que la matière était marquée par une certaine incertitude juridique¹¹⁵³. Le risque contentieux en présence peut néanmoins être aisément qualifié puisqu'il s'agit d'appliquer à ces situations une norme légale, en l'occurrence l'article 1591 du Code civil, telle que

¹¹⁴⁴ V. *supra* n°124.

¹¹⁴⁵ D'autres exemples sont envisageables, par exemple lorsqu'une promesse de souscription à une augmentation de capital est conclue alors que son montant et sa date ne sont pas encore connus : V. *supra* n°124.

¹¹⁴⁶ Rappelons que, par le jeu du droit de la vente et de l'article 1124 du Code civil, les transferts de droits sociaux contenus dans les pactes, qu'ils soient optionnels ou conditionnels, sont soumis à l'impératif de détermination de la chose et du prix : V. *supra* n°122.

¹¹⁴⁷ V. *supra* n° 132 et s.

¹¹⁴⁸ V. par ex. à propos des clauses léonines : *supra* n°215.

¹¹⁴⁹ C. civ., art. 1591.

¹¹⁵⁰ V. *supra* n°130 et s.

¹¹⁵¹ La conséquence est importante étant donné que le prix indéterminable équivaut à une absence de prix ce qui rend la vente nulle, de nullité relative : 3e civ., 21 sept. 2011, n° 10-21.900, préc. ; Com., 22 mars 2016, n°14-14.218, préc.

¹¹⁵² Com., 7 déc. 1976, n°75-12.464, préc.

¹¹⁵³ V. *supra* n°130 et s.

précisée par la jurisprudence. Où l'on comprend que la norme légale se conjugue nécessairement, ici plus qu'ailleurs, avec son régime jurisprudentiel¹¹⁵⁴.

222. Précisons que la discussion relative à la déterminabilité n'est pas uniforme. C'est-à-dire qu'il ne s'agit pas forcément d'apprécier une simple formule de calcul contractuelle. Ainsi, le rôle donné dans la valorisation des droits objets du transfert à un tiers offrant peut également être sujet à discussion¹¹⁵⁵. Lorsque le mécanisme qui repose sur ce rôle du tiers offrant est soumis à l'exigence de détermination du prix, le risque contentieux lié à l'application de l'article 1591 du Code civil ne change pas¹¹⁵⁶. En revanche, lorsque la détermination du prix n'est pas une condition de validité du mécanisme mais que les parties font malgré tout le choix d'en prévoir un, par exemple dans un pacte de préférence, nous avons vu que la discussion prend une tournure différente étant donné que c'est le résultat juridique auquel aboutit cette prévision qui fait débat¹¹⁵⁷. Le cœur du contentieux se situant en effet sur le point de savoir si, oui ou non, le choix opéré doit être contrôlé à l'aune des critères de la déterminabilité. Une discussion préalable de régime s'impose alors. Enfin, en l'état de la jurisprudence, le cas où des directives d'évaluation données au tiers estimateur de l'article 1592 du Code civil se révéleraient imprécises doit être assimilé à celui de l'indéterminabilité du prix de vente¹¹⁵⁸. L'assimilation doit alors également être faite au niveau du risque contentieux généré qui concerne bien l'application d'une norme dans la mesure où il s'agira pareillement d'appliquer les critères de la déterminabilité aux directives litigieuses¹¹⁵⁹, c'est-à-dire d'appliquer l'article 1591 du Code civil¹¹⁶⁰.

b) Le risque contentieux lié à des questionnements plus divers

223. Quantum du prix – Le simple fait de déterminer un prix ou de le rendre suffisamment déterminable ne fait pas échapper le mécanisme de transfert à tout risque d'invalidité. Ainsi, si le montant auquel les droits sociaux vont être transférés est en principe librement établi par les parties¹¹⁶¹, la fixation de ce quantum se retrouve néanmoins directement impactée par certaines règles impératives. On retrouve en premier lieu le droit de la vente qui, toujours à partir de l'article 1591 du Code civil, impose que le prix soit réel et sérieux. Outre les hypothèses de prix fictif ou simulé qui relèvent davantage de la fraude¹¹⁶², c'est le caractère sérieux du prix qui est le plus susceptible de rentrer en débat en matière de transferts de

¹¹⁵⁴ V. *infra* n°299 et s.

¹¹⁵⁵ V. *supra* n°142 et s.

¹¹⁵⁶ Sur celui-ci : V. *supra* n°139.

¹¹⁵⁷ V. *supra* n° 139 et s.

¹¹⁵⁸ V. Com., 19 déc. 2006, n°03-21.042, préc. ; Com., 6 nov. 2012, n° 11-24.730, préc. ; Com., 5 janv. 2016, n°14-19.584, préc. *Adde*, MOURY Jacques et FRANÇOIS Bénédicte, *Le prix dans les cessions de droits sociaux*, *op. cit.*, p. 301, n°2322.101 et s.

¹¹⁵⁹ Rappelons que la situation est quelque peu différente concernant l'article 1843-4 du Code civil. D'abord, les directives d'évaluation interviennent en principe à propos d'un transfert qui n'est pas organisé par le pacte puisqu'il s'agit, selon le texte, soit d'un renvoi légal, soit d'une cession statutaire (sur le risque contentieux généré par une soumission volontaire à la disposition : V. *infra* n°262). Il n'est donc pas à proprement parler question de remettre en cause un engagement extrastatutaire. Ensuite, même en présence de directives imprécises le tiers expert de l'article 1843-4 du Code civil doit procéder à l'estimation. Il le fera simplement en toute liberté : V. *supra* n°153.

¹¹⁶⁰ V. *supra* n°221.

¹¹⁶¹ Sur le principe de liberté des prix et les diverses limites qui lui sont apportées par le législateur : V. BARRET Olivier (actualisation BRUN Philippe), « Vente : formation », *op. cit.*, n°658 et s.

¹¹⁶² V. *Ibid.*, n°472 et s.

droits sociaux¹¹⁶³. On connaît la réception contrastée qu'ont pu avoir en jurisprudence les cessions à prix symbolique voire à prix négatif¹¹⁶⁴. Pour ces dernières, c'est bien en principe « l'économie générale de la transaction »¹¹⁶⁵ qu'il faut prendre en compte pour déterminer si oui ou non la cession à prix symbolique est causée par une contrepartie réelle, qui pourra par exemple résider dans la volonté des parties d'apurer la dette du cédant¹¹⁶⁶. Au-delà des cas d'espèce, il faut garder à l'esprit qu'au plan contentieux il s'agit bien d'appliquer une norme, ici l'article 1591 du Code civil, à la stipulation concernée. La technique de détermination du prix peut également être confrontée à d'autres branches du droit lorsque les contractants poursuivent un objectif qui n'est pas uniquement un objectif de valorisation des parts ou actions. C'est le cas lorsque le prix fait l'objet d'une décote selon les circonstances du départ de l'associé qui seront ou non considérées comme fautives. On parle alors de clause de *good* ou de *bad leaver*. Le fait est que lorsque l'associé sortant est également salarié et que la décote s'applique en cas de départ consécutif à un licenciement, se pose la question de savoir si l'article L. 1331-2 du Code du travail prohibant « les amendes ou autres sanctions pécuniaires » ne peut pas être sollicité. La jurisprudence a pour l'instant validé ces procédés à la condition que la dégradation du prix « s'applique également dans toutes les hypothèses de licenciement autre que disciplinaire »¹¹⁶⁷. Mais le débat doctrinal, lui, « n'est pas encore tranché »¹¹⁶⁸. Décider si, oui ou non, le mécanisme doit être saisi par cette disposition constitue donc à n'en pas douter un risque contentieux relatif à l'interprétation d'une norme et attaché à ces modes de détermination du prix.

224. D'autres risques contentieux liés à la détermination des éléments du transfert mériteraient d'être mentionnés ici. On pense notamment aux effets de la désignation d'un tiers estimateur sur la formation de la vente, véritable discussion de régime¹¹⁶⁹. On pense également à la discussion relative à la validité de la soumission conventionnelle à l'article

¹¹⁶³ On remarquera que la doctrine a pu soutenir qu'en matière de droits sociaux, et plus particulièrement à propos des mécanismes de préférence et de préemption, le cédant bénéficiait d'un droit particulier au « juste prix » des droits transférés (V. not. PARLEANI Gilbert, « Les pactes d'actionnaires », *op. cit.*, n°30 et le panorama réalisé par SCHLUMBERGER Edmond, *Les contrats préparatoires à l'acquisition de droits sociaux*, *op. cit.*, p. 83 n°96). Une telle exigence n'aurait en réalité de sens que dans les hypothèses dans lesquelles l'ordre sociétaire intervient par le biais d'un remboursement des droits de l'associé par la société elle-même (V. SCHLUMBERGER Edmond, *Les contrats préparatoires à l'acquisition de droits sociaux*, *op. cit.*, p. 190, n°226 et s). En tout état de cause, la jurisprudence semble peu réceptive à un tel contrôle et admet par exemple, à propos de la sortie des associés d'une SELAS, que rien n'interdisait « d'adopter des dispositions statutaires prévoyant la détermination de la valeur des parts à leur valeur nominale et non réelle » (1^{er} civ., 22 sept. 2021, n°20-15.817 et 20-16.276, *Publié au Bulletin* ; *GPL*, 2021, n° 44, 80, note GALLOIS-COCHET ; *JCP E*, 2022, n° 6, 27, note BRIGNON ; *Rev. sociétés*, 2022, 28, notes VABRES et GARINOT ; *RTD com.*, 2021, 856, note MOURY ; *BJS*, 2021, n° 11, 23, note BARBIÈRI. V. égal. *Com.*, 24 janv. 2024, n°22-13.431, *D.*, 2024, 1832, obs. RABREAU, LAMAZEROLLES et MOULIN ; *GPL*, 2024, n° 20, 49, note GRUNDELER).

¹¹⁶⁴ V. LECOURT Benoît, « Cession de droits sociaux », *Rép. sociétés*, Dalloz, 2017, n°268 et s. Adde, FREYRIA Charles, « Le prix de vente symbolique », *op. cit.* ; LAMBERT Thierry, « L'exigence d'un prix sérieux dans les cessions de droits sociaux », *op. cit.* ; GARRIGUES Brigitte, « La contre-prestation du franc symbolique », *op. cit.*

¹¹⁶⁵ *Com.*, 17 nov. 2009, n°09-11.824, *BJS*, 2010, n° 4, 335, note MOUSSERON.

¹¹⁶⁶ *Com.*, 9 mars 2010, n°09-13.453.

¹¹⁶⁷ *Com.*, 7 juin 2016, n°14-17.978, *Bull. civ.*, 2016, VI, n°82 ; *Dr. sociétés*, 2016, n° 11, 9, note MORTIER ; *GPL*, 2016, n° 30, 60, note MOULIN ; *RTD civ.*, 2016, 614, note BARBIER ; *RDC*, 2017, n° 1, 21, note SAVAUX ; *JCP E*, 2017, n° 8, 23, note DEBOISSY et WICKER et 2016, n° 39, 17, notes SCHILLER, LEPRÊTRE et BIGNEBAT et n° 26, 40, note RONET-YAGUE ; *Rev. sociétés*, 2017, 85, note MARJAULT ; *BJS*, 2017, n° 1, 23, note SCHLUMBERGER.

¹¹⁶⁸ MARTIN Didier et SCHILLER Sophie, *Guide des pactes d'actionnaires et d'associés : 2022/2023*, *op. cit.*, p. 250, n°384.

¹¹⁶⁹ V. *supra* n°147.

1843-4 du Code civil¹¹⁷⁰. Si l'une des parties soutient que celle-ci est totalement inefficace, la problématique n'est alors pas uniquement d'exécution mais a également trait à la phase de formation, tout en restant une discussion de régime¹¹⁷¹.

- 225.** Reste que la phase de formation n'est pas la seule à pouvoir fonder une remise en cause de la normativité du mécanisme de transfert. En se basant sur des motifs différents, la phase de disparition pourra également être source de discussions visant à atteindre la force obligatoire de l'engagement concerné. C'est ce qu'il nous faut à présent observer.

B. Discussions se rapportant à la phase de disparition

- 226. Inquiétude contractuelle** – À n'en pas douter, la façon dont les engagements souscrits dans le cadre d'un pacte extrastatutaire vont évoluer et potentiellement perdre leur force normative est source de préoccupations pour les parties. Cette inquiétude est justifiée et amplifiée par le caractère quelque peu imprévisible des événements extérieurs qui peuvent venir bouleverser la situation contractuelle. Ceux-ci pourront évidemment concerner la société cible¹¹⁷², mais pas uniquement. Les signataires, qu'ils soient personnes physiques ou personnes morales, sont également susceptibles d'être affectés dans diverses circonstances¹¹⁷³. Néanmoins, la perspective qui nous occupe nous oblige à simplifier quelque peu le cadre dans lequel nous allons observer le risque contentieux en phase de disparition. Ainsi, plutôt que d'envisager toutes les hypothèses qui pourraient mettre à mal le pacte, de la dissolution de la société cible au décès du signataire personne physique en passant par l'incidence des procédures collectives¹¹⁷⁴, nous nous centrerons sur l'engagement en lui-même et donc sur les hypothèses techniques qui peuvent conduire à sa disparition. Une telle approche étant moins dépendante de la dichotomie suivie jusqu'à présent entre mécanismes de transfert et mécanismes exigeant un comportement, ce qui sera dit ici pour les mécanismes de transfert vaudra également pour la disparition des mécanismes exigeant un comportement¹¹⁷⁵. C'est donc dans sa globalité que le pacte doit être ici abordé, aussi bien s'agissant de sa caducité (1) que de sa possible résiliation (2).

1) Caducité du pacte

- 227. Intérêt technique de la caducité** – Bien que parfois présentée comme ayant été « oubliée des auteurs »¹¹⁷⁶, le temps long montre que la notion de caducité a assez largement retenu l'attention de la doctrine¹¹⁷⁷. En est resté un important travail de définition. De celle

¹¹⁷⁰ V. *supra* n°154.

¹¹⁷¹ V. *infra* n°262.

¹¹⁷² DONDERO Bruno, « Les pactes d'actionnaires et les mutations de la société », *Dr. et patr.*, 2009, n°186, p. 69.

¹¹⁷³ HEINICH Julia, « Le sort du pacte extrastatutaire d'associés lors d'un événement affectant l'un de ses signataires », *op. cit.*

¹¹⁷⁴ Sur les particularités liées aux sociétés en difficulté dans le contexte des pactes : V. MARTIN Didier et SCHILLER Sophie, *Guide des pactes d'actionnaires et d'associés : 2022/2023*, *op. cit.*, p. 71, n°108 et s.

¹¹⁷⁵ V. *infra* n°275.

¹¹⁷⁶ WESTER-OUISSSE Véronique, « La caducité en matière contractuelle : une notion à réinventer », *JCP G*, 2001, n°4, 290, §2.

¹¹⁷⁷ BUFFELAN-LANORE Yvaine, *Essai sur la notion de caducité des actes juridiques en droit civil*, LGDJ, 1963 ; FORIERS Paul Alain, *La Caducité des obligations contractuelles par disparition d'un élément à leur formation*

que donnait la Professeure Yvaine Buffelan-Lanore¹¹⁷⁸, reprise et rediscutée par des auteurs successifs¹¹⁷⁹, le Code civil a retenu deux points fondamentaux à savoir que le contrat caduc est le contrat « valablement formé » mais dont l'un des « éléments essentiels disparaît »¹¹⁸⁰. Au-delà de sa définition, ce sont les effets de la caducité qui occupent une grande partie des questionnements qui lui sont consacrés. Le législateur s'est saisi de la question dans la mesure où, sans remettre directement en cause le principe selon lequel la notion est dépourvue de tout effet rétroactif¹¹⁸¹, il admet que la caducité puisse donner lieu à des restitutions¹¹⁸². Si ces considérations relatives à la définition de la notion ou à ses conséquences juridiques sont à n'en pas douter majeures, elles ne doivent pas faire oublier le caractère fonctionnel de la caducité. C'est-à-dire que, mettant de côté « l'insuffisance des analyses logiques et abstraites »¹¹⁸³, celle-ci oblige à « se placer dans la perspective du développement temporel d'une situation juridique »¹¹⁸⁴. Or, au regard précisément de l'écoulement du temps, la caducité met avant tout en exergue la chute d'un engagement¹¹⁸⁵, se conformant ainsi avec son étymologie latine¹¹⁸⁶. Parvenir à la caducité revient donc à échapper à un engagement contractuel en le faisant tomber¹¹⁸⁷. On comprend alors toute la potentialité contentieuse de la notion et son intérêt pour notre étude dans la mesure où elle fait bien échec au dénouement des mécanismes prévus par les parties. Les auteurs qui se sont intéressés à ses applications dans le domaine des pactes ne disent pas autre chose lorsqu'ils relèvent qu'« il faut bien comprendre, de manière plus large, la portée pratique potentiellement considérable de la notion de caducité, qui pourrait constituer, dans les mains

: de la nature des choses à l'équité, de l'impossibilité au principe de l'exécution de bonne foi, Bruylant, 1998 ; GARRON Frédéric, *La caducité du contrat : étude de droit privé*, PUAM, 2000 ; PELLETIER Caroline, *La caducité des actes juridiques en droit privé français*, L'Harmattan, 2004 ; CHAABAN Rana, *La caducité des actes juridiques : étude de droit civil, op. cit.*

¹¹⁷⁸ « Un acte juridique est caduc, de plein droit et sans rétroactivité lorsque, pleinement valable à sa formation et avant qu'il ait pu produire ses effets juridiques, il est privé d'un élément essentiel à sa validité par la survenance d'un élément postérieur à sa formation et indépendant de la volonté de son auteur » (BUFFELAN-LANORE Yvaine, *Essai sur la notion de caducité des actes juridiques en droit civil, op. cit.*, p. 161). L'ouvrage est préfacé par Pierre Hébraud qui appuie cette définition en relevant qu'elle « met en lumière un élément technique précis, latent, en réalité, dès le début, mais demeuré diffus, et qui semble faire rebondir le débat : la caducité suppose un acte complet en lui-même, réunissant tous ses éléments de validité, et pourtant non encore entré en vigueur parce que son efficacité est suspendue à un événement ultérieur, dont la nature est essentiellement liée à celle de l'acte » (p. II).

¹¹⁷⁹ V. not. CHAABAN Rana, *La caducité des actes juridiques : étude de droit civil, op. cit.*, p. 21, n°30, pour qui, sauf à « être esclave d'un artificiel souci de synthèse », il faut admettre l'ambivalence de la notion de caducité (la première partie de l'ouvrage est consacrée à l'étude de cette ambivalence).

¹¹⁸⁰ V. C. civ., art. 1186, al. 1^{er}.

¹¹⁸¹ V., déjà, la définition retenue par la Professeure Yvaine Buffelan-Lanore qui précise bien qu'« un acte juridique est caduc, de plein droit et sans rétroactivité » (BUFFELAN-LANORE Yvaine, *Essai sur la notion de caducité des actes juridiques en droit civil, loc. cit.*).

¹¹⁸² V. C. civ., art. 1187, al. 2. *Adde*, CHANTEPIE Gaël et LATINA Mathias, *Le nouveau droit des obligations : commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil, op. cit.*, p. 444, n°497 et s., distinguant bien les conséquences juridiques de la caducité, qui supposent donc de déterminer sa prise d'effet et son éventuelle rétroactivité, de ses conséquences matérielles, qui elles seules sont relatives aux restitutions. Ainsi, il ne peut « être tiré argument des restitutions visées par l'article 1187, alinéa 2, pour en déduire le caractère rétroactif de la caducité » (p. 444, n°498).

¹¹⁸³ Citation tirée de Pierre Hébraud dans sa préface à BUFFELAN-LANORE Yvaine, *Essai sur la notion de caducité des actes juridiques en droit civil, op. cit.*, p. III.

¹¹⁸⁴ *Ibid.*

¹¹⁸⁵ Pour Pierre Hébraud cette idée de chute est la « racine première de l'institution » (*Ibid.*)

¹¹⁸⁶ Caduc étant emprunté du latin *caducus* qui désigne ce « qui tombe ou qui est près de sa chute » (*Dictionnaire de l'Académie française, op. cit.*, v° « Caduc »).

¹¹⁸⁷ V. C. civ., art. 1187, al. 1^{er}, qui dispose en ce sens que « la caducité met fin au contrat ».

d'un contractant audacieux, une véritable " arme atomique ". En présence d'un contrat aux stipulations qui le gênent par trop, celui qui invoque la caducité avec succès pourra en effet sortir du cadre contractuel »¹¹⁸⁸.

228. Hypothèses de caducité – Les hypothèses de caducité d'un engagement extrastatutaire vont donc dépendre de la constatation de ce qu'un élément essentiel au contrat a disparu¹¹⁸⁹. Cette disparition peut en réalité être de deux natures¹¹⁹⁰. Subjective tout d'abord, lorsque les juges interprètent le pacte et la volonté des parties pour dire que l'engagement initialement pris n'a plus vocation à être exécuté du fait de l'évolution des circonstances. Ainsi d'un pacte contenant une règle de majorité relative à la vente d'un actif social, devenu caduc à la suite du décès d'un des bénéficiaires du pacte, ce dernier devant être interprété à l'aune de la donation-partage conclue à propos dudit actif et ayant épuisé ses effets au jour du décès¹¹⁹¹. Il en va de même de la clause d'exclusivité acceptée par un associé dirigeant ultérieurement révoqué et licencié. Celle-ci devait être considérée comme caduque à la suite de cette séparation car elle « ne pouvait être comprise indépendamment du lien de collaboration ayant existé » entre l'associé dirigeant et la société¹¹⁹². Le raisonnement suivi est sensiblement le même lorsque la Cour de cassation met fin à un engagement de partage d'actions conclu entre le directeur général et le directeur financier de la société à la suite de la démission de ce dernier. En effet, il ressortait de l'intention des parties que l'engagement consenti par le directeur général avait uniquement pour but « de préserver une bonne entente avec un cadre dont il estimait la présence nécessaire pour le développement et le redressement de l'entreprise » et qu'il se trouvait donc privé de cause à compter de cette démission¹¹⁹³. Dans toutes ces configurations, il s'agit bien de trancher la question de la caducité en appréciant l'économie générale de la convention telle qu'elle a été conçue par les cocontractants. Mais il est également possible d'admettre que le pacte a perdu toute applicabilité pour des raisons plus objectives et plus concrètes. On avance ainsi généralement que la disparition de la société cible emporte avec elle celle du pacte

¹¹⁸⁸ COURET Alain et DONDERO Bruno, « La caducité des pactes d'actionnaires », *JCP E*, 2012, n°4, 1068, §4.

¹¹⁸⁹ V. *supra* n°227.

¹¹⁹⁰ Nous mettons ici volontairement de côté la question traitée par les alinéas 2 et 3 de l'article 1186 du Code civil et qui a trait à la caducité provoquée par la disparition d'un contrat au sein d'un ensemble contractuel (V. *infra* n°463 et s.). Le fait est que, si ensemble il peut y avoir, ce sera avant tout entre le pacte et les statuts (V. SALFATI-ARFI Sarah-Rachel, *Contribution à l'étude du pacte d'associés*, op. cit., p. 209, n°107 et s.). Or, la disparition des statuts suppose la disparition de la société objet du pacte et, comme nous allons le voir, il y a là une cause objective de caducité du pacte d'ores et déjà absorbée par l'alinéa 1 de l'article 1186 du Code civil sans qu'il soit besoin de recourir à la théorie des ensembles. La jurisprudence semble d'ailleurs refuser de lier le pacte à des contrats qui lui sont par trop étrangers. V., retenant sèchement dans une espèce qu'« il n'est pas établi que les parties aient souhaité que le sort du pacte d'actionnaires dépende de celui du contrat de conseil, au contraire. En effet, aucune stipulation contractuelle n'a été convenue à cet effet, et la fin du contrat de conseil ne rend techniquement pas impossible l'exécution du pacte d'actionnaires, ce d'autant que les parties au contrat de conseil et au pacte d'actionnaires ne sont pas identiques » (CA Paris, 15 déc. 2020, n° 20/00220, *Rev. sociétés*, 2021, 305, note HEINICH ; *Dr. sociétés*, 2021, n° 4, 27, note MORTIER).

¹¹⁹¹ Com., 7 juill. 2004, n°02-19.508.

¹¹⁹² Com., 4 oct. 2011, n°10-10.548, *Rev. sociétés*, 2012, 424, note GODON ; *JCP E*, 2012, n° 4, 22, notes COURET et DONDERO.

¹¹⁹³ 1^{er} civ., 10 sept. 2015, n°14-20.498, *RDC*, 2016, n° 1, 11, note GENICON ; *Dr. et patr.*, 2016, n° 255, 70, note STOFFEL-MUNCK ; *RTD civ.*, 2016, 339, note BARBIER ; *D.*, 2015, 2361, note MAZEAUD. V. égal. pour un pacte prévoyant un engagement de travail exclusif, une répartition des tours de garde la nuit, le week-end, les jours fériés et une répartition du montant des rémunérations ainsi que des congés annuels qui n'avait plus vocation à s'appliquer dès lors que l'un des trois associés ne travaillaient plus effectivement pour l'entreprise (Com., 11 janv. 2017, n°15-18.613, *Dr. sociétés*, 2017, n° 5, 25, note MORTIER).

d'associés¹¹⁹⁴. Certains auteurs font néanmoins remarquer que le maintien de la personnalité morale d'une société dissoute pour les besoins de la liquidation¹¹⁹⁵ pourrait permettre une survie temporaire du pacte qui organiserait les droits des associés pendant cette période¹¹⁹⁶. Plus certainement, dans l'hypothèse d'une transformation sociale il ne semble faire « guère de doute que lorsque le pacte d'actionnaires a pour objet d'encadrer le fonctionnement d'organes sociaux qui disparaissent, il y a caducité automatique du pacte »¹¹⁹⁷.

229. Catégorisation du risque contentieux – La catégorisation du risque contentieux attaché au moyen tiré de la caducité d'un engagement se fait sans trop de difficultés, sauf à préciser un point. Il est vrai que, comme nous l'avons vu¹¹⁹⁸, apprécier la caducité suppose bien souvent d'interpréter le contrat afin de faire ressortir la volonté des parties et donc de déterminer si, oui ou non, un élément essentiel à leur instrument a disparu. C'est alors l'ensemble de la norme contractuelle qui est sujette à interprétation. Pour autant, il ne faut pas perdre de vue qu'il existe également des hypothèses objectives de caducité qui reposent simplement sur le constat selon lequel la convention est devenue, de fait, inapplicable¹¹⁹⁹. La prise en compte de l'ensemble de ces cas de figure ne peut se faire qu'en admettant qu'ils imposent tous d'appliquer l'article 1186, alinéa 1^{er}, du Code civil à la situation concernée afin de savoir si oui ou non le pacte est caduc. Il s'agit donc bien de discuter l'interprétation d'une norme légale et non contractuelle.

2) Résiliation du pacte

230. Délimitation – La résiliation a la particularité d'être avant tout présentée par le Code civil comme la conséquence d'une inexécution contractuelle. L'article 1217 du Code civil permet en effet à « la partie envers laquelle l'engagement n'a pas été exécuté, ou l'a été imparfaitement » de « provoquer la résolution du contrat ». L'article 1229 du Code civil précise ensuite les choses puisque, après avoir disposé en son premier alinéa que « la résolution met fin au contrat », il indique dans son troisième alinéa que « lorsque les prestations échangées ne pouvaient trouver leur utilité que par l'exécution complète du contrat résolu, les parties doivent restituer l'intégralité de ce qu'elles se sont procuré l'une à l'autre. Lorsque les prestations échangées ont trouvé leur utilité au fur et à mesure de l'exécution réciproque du contrat, il n'y a pas lieu à restitution pour la période antérieure à la dernière prestation n'ayant pas reçu sa contrepartie ; dans ce cas, la résolution est qualifiée de résiliation ». Néanmoins, cette résiliation envisagée sous le seul prisme de l'inexécution pose difficulté car elle ne renseigne pas vraiment sur le risque structurel de disparition des engagements contenus dans le pacte. On comprend en effet que mettre fin à un engagement parce qu'un autre n'a pas été exécuté ne dépend pas de l'engagement résilié. Il nous faut

¹¹⁹⁴ HEINICH Julia, « Le sort du pacte extrastatutaire d'associés lors d'un événement affectant l'un de ses signataires », *op. cit.* n°27.

¹¹⁹⁵ V. C. civ., art. 1844-8, al. 3 et c. com., art. L. 237-2, al. 2.

¹¹⁹⁶ DONDERO Bruno, « Les pactes d'actionnaires et les mutations de la société », *op. cit.*

¹¹⁹⁷ COURET Alain et DONDERO Bruno, « La caducité des pactes d'actionnaires », *op. cit.*, §11. Notons que le constat semble similaire lorsque le pacte avait vocation à régir la transmission d'actions et que celles-ci sont transformées en parts sociales. Une clause contraire pourrait néanmoins prévoir l'application du mécanisme aux actions visées et, en cas de transformation, « à tous les titres qui seront émis en représentation du capital social » (V. Com., 15 sept. 2009, n°08-11.627, *RTD com.*, 2010, 159, note DONDERO ; *RTD civ.*, 2009, 716, note FAGES).

¹¹⁹⁸ V. *supra* n°228.

¹¹⁹⁹ V. *supra* n°228.

donc nous limiter à la disparition provoquée par le mécanisme lui-même. Or, en la matière, le cadre est connu. Outre la question de la caducité que nous venons d'aborder¹²⁰⁰, et celle de l'éventuelle présence d'une condition résolutoire qui suppose une interprétation au cas par cas, tout dépend de la durée pour laquelle a été conclu le pacte. Car, soit le contrat est conclu pour une durée indéterminée et « chaque partie peut y mettre fin à tout moment »¹²⁰¹, soit le contrat est conclu pour une durée déterminée et « chaque partie doit l'exécuter jusqu'à son terme »¹²⁰². Étant précisé que les engagements perpétuels sont prohibés et qu'ils suivent donc le régime des contrats à durée indéterminée¹²⁰³. Autrement dit, la partie qui souhaiterait unilatéralement mettre fin à la convention extrastatutaire en s'appuyant sur la construction de celle-ci devra arguer qu'elle relève du régime des contrats à durée indéterminée et qu'il est donc possible de la résilier à tout moment¹²⁰⁴.

231. Durée des pactes – Si l'on met de côté la différence de durée qu'il est possible de prévoir entre le pacte et certains de ses engagements¹²⁰⁵ et que l'on raisonne à partir d'une durée unique, force est de constater que le caractère « parasocial » des pactes¹²⁰⁶ a impacté ce contentieux d'une manière originale. L'instrument génère en effet presque naturellement une série de questionnements complexes : « Un pacte qui prévoit demeurer en vigueur tant que les signataires demeureront associés de la société cible peut-il être considéré comme étant à durée déterminée ? Un pacte qui ne prévoit pas de durée peut-il être considéré comme étant implicitement limité à la durée de la société ? Un pacte dont la durée est explicitement liée à celle de la société peut-il être considéré comme un engagement perpétuel prohibé si cette durée correspond au maximum légal de 99 ans ? Plus largement, à partir de quelle durée peut-on considérer qu'un pacte constitue un engagement perpétuel, qui peut en tant que tel être rompu à tout moment dans les mêmes conditions que pour un contrat à durée indéterminée ? »¹²⁰⁷. La Cour de cassation a apporté une réponse progressive à certaines de ces questions. Elle a ainsi assimilé à une absence de terme le pacte dont il était prévu qu'il s'appliquerait « aussi longtemps que (les signataires) ou leurs substitués demeureront ensemble actionnaires »¹²⁰⁸. Surtout, elle a affirmé nettement et sans distinguer entre parties personnes physiques et personnes morales que « la prohibition des

¹²⁰⁰ V. *supra* n°227 et s.

¹²⁰¹ V. C. civ., art. 1211.

¹²⁰² V. C. civ., art. 1212, al. 1^{er}.

¹²⁰³ V. C. civ., art. 1210. Il s'agit de la seule conséquence du vice de perpétuité, toute hypothèse de nullité pour ce motif étant à exclure : V. Com., 21 sept. 2022, n°20-16.994, préc. V. *infra* n°458 et s.

¹²⁰⁴ Sur la distinction à opérer entre faculté de mettre fin au contrat et faculté de le résilier : V. CHANTEPIE Gaël, « Contrat : effets », *op. cit.*, n°143. L'enjeu paraît minime dans la mesure où, « quoi qu'il en soit, mettre fin au contrat à durée indéterminée, c'est le rompre pour l'avenir, sans revenir sur l'exécution passée entre les parties » (CHANTEPIE Gaël, « Contrat : effets », *loc. cit.*).

¹²⁰⁵ V. HEINICH Julia, LÉCUYER Hervé et MESTRE Jacques [dir.], *Les pactes d'affaires*, *op. cit.*, p. 117, n°122 ; HEINICH Julia, « La vie et la mort du pacte d'actionnaires : modification, transmission, nullité et caducité », *op. cit.*, p. 104.

¹²⁰⁶ V. *supra* n°49.

¹²⁰⁷ HEINICH Julia, LÉCUYER Hervé et MESTRE Jacques [dir.], *Les pactes d'affaires*, *op. cit.*, p. 114, n°118. *Adde*, HEINICH Julia, « Remarques sur la durée du pacte d'actionnaires », in *Mélanges en l'honneur d'Isabelle Urbain-Parleani*, Dalloz, 2023, p. 117 et s.

¹²⁰⁸ Com., 6 nov. 2007, n°07-10.620, *GPL*, 2008, n° 30, 10, note ARMAND-PRÉVOST ; *RTD civ.*, 2008, 104, note HAUSER. V., refusant pareillement d'assimiler la perte de la qualité d'actionnaire à un terme extinctif : Com., 20 déc. 2017, n°16-22.099, *JCP E*, 2018, n° 12, 23, notes COURET et DONDERO ; *RTD com.*, 2018, 145, note MOURY ; *BJS*, 2018, n° 3, 154, note MOULIN.

engagements perpétuels n'interdit pas de conclure un pacte d'associés pour la durée de vie de la société, de sorte que les parties ne peuvent y mettre fin unilatéralement »¹²⁰⁹.

232. Catégorisation du risque contentieux – Le risque de résiliation du pacte pour durée indéterminée se catégorise assez facilement. En effet, en interprétant la norme contractuelle afin de statuer sur l'existence (ou l'absence) de stipulations relatives au terme de l'instrument, on cherche en réalité à la qualifier afin de déterminer lesquels des articles 1210¹²¹⁰, 1211¹²¹¹ et 1212¹²¹² du Code civil il faut solliciter. C'est donc un risque contentieux lié à la qualification de l'accord, entre contrat à durée déterminée et indéterminée, qui s'évince ici.

233. Entre discussions relatives à l'interprétation d'une norme et discussions relatives à la qualification du mécanisme utilisé, la phase de formation des mécanismes de transferts de droits sociaux a permis de révéler les premiers grands types de risques contentieux. Il nous faut à présent répéter la même démarche mais en s'intéressant cette fois-ci à la phase d'exécution.

II. Discussions se rapportant à la phase d'exécution du pacte

234. Recours limité à l'article 1217 du Code civil – Dans la mesure où nous nous sommes expliqués sur la nécessité de distinguer le risque contentieux du simple risque d'inexécution¹²¹³, il va sans dire que la recherche des moyens contentieux se rapportant à l'exécution des engagements contenus dans les pactes d'associés ne pourra pas passer par l'analyse successive des sanctions mises à la disposition du créancier par l'article 1217 du Code civil lorsque celui-ci fait face à une situation d'inexécution¹²¹⁴. Rappelons en effet que seul nous intéresse le risque de discussion propre à un mécanisme donné, c'est-à-dire celui qu'il est susceptible de générer en raison de sa structure, et non toute configuration juridique dans laquelle ledit mécanisme pourrait ne pas recevoir application¹²¹⁵. Or, au stade de l'exécution, seul le modèle de l'exécution forcée en nature est susceptible de permettre cette mise en évidence. La raison est simple et tient au fait que, sans rouvrir le débat sur la prétendue supériorité de l'exécution forcée en nature vis-à-vis des autres sanctions à l'inexécution du contrat¹²¹⁶, il faut bien concevoir qu'il s'agit de la seule issue qui dénoue

¹²⁰⁹ 1^e civ., 25 janv. 2023, n°19-25.478, préc. La jurisprudence des juges du fond était auparavant plus hésitante : V., en sens *a priori* opposés, CA Aix-en-Provence, 17 oct. 2019, n° 18/15518 et CA Paris, 15 déc. 2020, n° 20/00220, préc. *Adde*, sur la question : HEINICH Julia, « Remarques sur la durée du pacte d'actionnaires », *op. cit.*, p. 117.

¹²¹⁰ Sur la prohibition des engagements perpétuels.

¹²¹¹ Sur le régime des contrats à durée indéterminée.

¹²¹² Sur le régime des contrats à durée déterminée.

¹²¹³ V. *supra* n°201.

¹²¹⁴ Ajoutons que la réciprocité pas toujours évidente entre les engagements convenus dans les pactes ainsi que la fréquence de leur caractère multilatéral questionnent la compatibilité et la possibilité de coordonner ces sanctions : V. KOUHAIZ Sami, « La compatibilité des sanctions dans les pactes d'associés », *Rev. sociétés*, 2019, p. 87.

¹²¹⁵ V. *supra* n°202.

¹²¹⁶ Il a notamment été soutenu que c'est une confusion entre la norme et sa sanction qui perpétue l'assimilation erronée entre l'exécution forcée en nature et la force obligatoire du contrat (LAITHIER Yves-Marie, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, *op. cit.*, p. 58, n°36 et s.). L'option donnée par l'article 1217 du Code civil au créancier semble bien confirmer que c'est l'intérêt de ce dernier qui commandera le choix de la sanction adéquate, sans qu'il faille opérer, *a priori*, de hiérarchie entre les différentes possibilités (V., en ce

l'engagement conformément à ce que les parties avaient prévu. La différence est importante avec les autres remèdes à l'inexécution envisagés par l'article 1217 du Code civil, qu'il s'agisse de l'exception d'inexécution, de la réduction du prix, de la résolution du contrat ou de la réparation des conséquences de l'inexécution, qui constituent pour leur part des sanctions génériques se détachant de la structure du mécanisme utilisé. Il en va de même des problématiques de responsabilité contractuelle qui, bien que pouvant être particulièrement liées au mécanisme en cause, relèvent d'une logique *ex post* et non pas à proprement parler pour objet de remettre en cause un engagement donné. C'est pourquoi elles seront laissées de côté¹²¹⁷. Mais, entendons-nous bien, ce modèle n'est pas limitatif. Ainsi, s'il nous faut relever les obstacles juridiques se rapportant à la phase d'exécution, ceux-ci ne s'épuisent pas dans les limites légales à l'exécution forcée. Le fait est que d'autres discussions générées par le mécanisme lui-même peuvent en faire achopper l'exécution. Elles devront pareillement être intégrées à l'étude.

- 235.** Les contours du travail à entreprendre ayant été précisés, il nous faut à présent le mener à bien. Logiquement, l'analyse distinguera de nouveau le risque contentieux dans le déclenchement du transfert (A) du risque contentieux dans la détermination des éléments relatifs au transfert (B).

A. Le risque contentieux dans le déclenchement du transfert

- 236.** Nous savons que le transfert de droits sociaux dans les pactes d'associés repose principalement sur deux systèmes distincts mais complémentaires que sont le système optionnel et le système conditionnel¹²¹⁸. Ces deux structures, déjà rencontrées en phase de formation, doivent de nouveau guider, cette fois en phase d'exécution, l'observation du risque contentieux lié au système optionnel (1) et celle du risque contentieux lié au système conditionnel (2).

1) Le risque contentieux lié au système optionnel

- 237. Volonté d'automaticité** – Comme nous l'avons vu, la construction d'un transfert de droits sociaux à partir d'un système optionnel a pour but d'offrir au bénéficiaire de l'option la maîtrise du déclenchement du transfert¹²¹⁹. Autrement dit, il est dans l'esprit du bénéficiaire de l'option qu'au moment voulu la manifestation de son consentement formera une vente dont il lui sera possible de forcer l'exécution si nécessaire. C'est donc « l'automaticité du transfert »¹²²⁰ qui est ici recherchée par les parties. Corrélativement, celui qui souhaite échapper à cette automaticité au stade de l'exécution pourra tenter

sens, MAZEAUD Denis, « L'exécution forcée en nature dans la réforme du droit des contrats », *D.*, 2016, p. 2477, spéc. n°4).

¹²¹⁷ Ce sont des raisons similaires qui nous conduisent à mettre de côté tous les contentieux post-acquisition et notamment tout ceux ayant trait aux garanties du vendeur, au premier rang desquelles la garantie des vices cachés. En effet, dans cette hypothèse il ne s'agit pas de chercher à remettre en cause un mécanisme pour échapper à son exécution mais plutôt de regarder, dans une logique *ex post*, si les obligations issues du droit de la vente ont bien été respectées.

¹²¹⁸ V. *supra* n°108 et s.

¹²¹⁹ V. *supra* n°109 et s.

¹²²⁰ PILLET Gilles, « L'efficacité des pactes d'actionnaires après le revirement de la troisième chambre civile de la Cour de cassation », *Rev. sociétés*, 2022, p. 141, n°1.

d'atteindre le mécanisme à deux endroits censés en garantir l'efficacité. Il pourra ainsi discuter la capacité de l'option à former la vente (a) puis, si cette capacité est acquise, discuter la possibilité de forcer la vente ainsi formée (b).

a) Discussion relative à la formation de la vente par option

238. Discussion visant à faire échec à la levée d'option – La discussion la plus connue relative à la formation d'une vente par option concernait le débat qui a animé la doctrine pendant de nombreuses années jusqu'à l'adoption de l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 et qui renvoyait à la capacité du promettant à faire échec au transfert en « rétractant » son consentement avant que le bénéficiaire n'ait levé l'option. De façon quelque peu surprenante, la Cour de cassation rendait cette rétractation efficace en considérant qu'elle excluait toute rencontre des volontés réciproques de vendre et d'acquérir. Elle fondait notamment son raisonnement sur le fait que, d'après elle, le promettant était tenu d'une obligation de faire dont la violation ne pouvait, en vertu de l'ancien article 1142 du Code civil, être résolue qu'en dommages et intérêts. Au sortir de cette position, la vente n'était donc pas formée et l'article 1142 du Code civil empêchait de forcer le promettant à y consentir¹²²¹. Largement critiquée, cette jurisprudence a finalement été brisée par le nouvel article 1124, alinéa 2, du Code civil¹²²². Ce qui a poussé les différentes chambres de la Cour de cassation à admettre tour à tour l'exécution forcée du contrat promis, y compris lorsque celui-ci avait été conclu avant l'entrée en vigueur de la réforme de 2016¹²²³. Au-delà du débat juridique engendré par ces différentes décisions, il est fondamental pour notre propos de saisir que cette discussion sur l'efficacité de la rétractation constituait un moyen pour la partie qui y avait intérêt¹²²⁴ de remettre en cause l'engagement de vendre initialement souscrit. C'est donc un véritable risque contentieux généré par le mécanisme optionnel qui se matérialisait ici. Il nous faut en faire ressortir la véritable nature.

239. Nature de la discussion – À se replonger dans les différentes décisions de la Cour de cassation qui ont précédé puis succédé à l'article 1124 nouveau du Code civil, il n'est pas chose aisée de directement cerner ce qui faisait réellement l'objet d'une discussion devant la Haute Cour. Le fait est que ce qui aura principalement marqué l'esprit dans ce débat résidait dans l'interprétation pour le moins audacieuse que faisaient les juges de l'article 1142 ancien du Code civil. D'une part, ils l'accolaient à une prétendue obligation du promettant de maintenir son consentement et, d'autre part, ils y voyaient un obstacle à la réalisation forcée de la vente. Or, on répondait que ce n'est pas l'article 1142 mais bien l'article 1134 ancien du Code civil qu'il fallait convoquer car la force obligatoire du contrat suffisait à justifier que le promettant soit tenu de maintenir son consentement¹²²⁵. Et on ajoutait qu'à supposer qu'il faille se référer à l'article 1142 ancien, en aucun cas celui-ci ne devait conduire à nier le droit à une exécution forcée qui n'aurait dû céder qu'en cas

¹²²¹ Sur l'exposé de cette jurisprudence : V. *supra* n°39.

¹²²² Qui dispose que « la révocation de la promesse pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter n'empêche pas la formation du contrat promis ».

¹²²³ Soc., 21 sept. 2017, n° 16-20.103, préc. ; 3e civ., 23 juin 2021, n° 20-17.554, préc. ; 3e civ., 20 oct. 2021, n° 20-18.514, préc. ; Com., 15 mars 2023, n° 21-20.399, préc. ; 3e civ., 21 nov. 2024, n° 21-12.661, préc.

¹²²⁴ Dans cette configuration il s'agit évidemment du promettant.

¹²²⁵ ANCEL Pascal, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat » *op. cit.*, n°21 et s. V. *supra* n°39.

d'atteinte à la liberté individuelle du débiteur¹²²⁶. Mais la confusion grandit lorsqu'on constate qu'il arrivait à la Cour de cassation de maintenir sa position sans se référer à l'article 1142 ancien du Code civil¹²²⁷ ou que l'on observe aujourd'hui qu'elle peut prendre la position inverse en s'appuyant sur le même article¹²²⁸ ou en n'y ayant pas recours¹²²⁹. Si cette multiplicité des fondements donne à n'en pas douter un caractère nébuleux à la jurisprudence de la Cour de cassation et à ses revirements¹²³⁰, elle constitue pour notre étude un indice précieux de la nature véritable du risque contentieux généré dans cette hypothèse par le mécanisme optionnel. C'est que cette possibilité pour la Cour de soutenir sa position en ayant ou en n'ayant pas recours à un certain texte, associée à la faculté pour certains auteurs de contester son argumentaire en faisant appel à une autre disposition, témoigne du fait que l'on peut affirmer sans détours que, dans le débat relatif à la capacité de l'option à former une vente, le cœur de la discussion porte sur une question de régime et non sur l'interprétation d'une norme¹²³¹. En effet, l'élément invariable dans les arrêts de la Cour de cassation antérieurs au revirement est que celle-ci refusait de considérer que la levée de l'option post rétractation permettait la rencontre des volontés de vendre et d'acquérir. Autrement dit, ce qui ne changeait pas depuis le premier arrêt était le régime du droit d'option. Certes, il était permis de débattre du bien-fondé du raisonnement juridique qui sous-tendait la conception de la Cour¹²³² mais, aussi pertinentes que soient de telles discussions, elles étaient parfaitement secondaires pour renseigner sur l'identité du risque contentieux dans cette situation. Discuter une question de régime, en l'occurrence celui du droit d'option, n'est pas discuter l'interprétation d'une norme. Discuter un régime revient en réalité à discuter des effets de droit, c'est-à-dire à souhaiter des résultats juridiques opposés¹²³³. La discussion relative à l'interprétation de la norme n'intervient qu'en ce qu'elle vient soutenir la voie qui conduit au résultat souhaité. Mais si l'on parvient à imposer un résultat contraire, alors la discussion sur la norme n'a plus de sens. C'est d'ailleurs ce qui ressortait de la position de la troisième chambre civile lorsqu'elle permettait aux parties de prévoir une stipulation contractuelle autorisant à forcer la vente malgré la rétractation. Elle exigeait ainsi de ces dernières qu'elles eussent expressément prévu que l'inexécution par le promettant de ses engagements « se résoudrait par une autre voie que celle prévue à l'article 1142 du Code civil »¹²³⁴. C'est-à-dire qu'il ne devait pas s'agir pour les parties de dicter leur interprétation de l'article 1142 ancien du Code civil mais bien de commander un autre résultat juridique¹²³⁵ que celui auquel arrivait la Cour, en formalisant notamment leur

¹²²⁶ V. not. la position de Denis Mazeaud dans LAITHIER Yves-Marie et MAZEAUD Denis, « La nature de la sanction : satisfaction du bénéficiaire par des dommages-intérêts ou primauté de l'exécution forcée en nature ? », *RDC*, 2012, n°2, p. 681. Sur le sens qu'il fallait donner à l'article 1142 ancien du Code civil : V. *supra* n°166.

¹²²⁷ 3e civ., 11 mai 2011, n° 10-12.875, préc.

¹²²⁸ 3e civ., 23 juin 2021, n° 20-17.554, préc.

¹²²⁹ 3e civ., 20 oct. 2021, n° 20-18.514, préc.

¹²³⁰ V. MOLFESSIS Nicolas, « Promesse unilatérale de vente : un revirement nébuleux », *JCP G*, 2021, n°47, 1226.

¹²³¹ Sur le caractère autonome des discussions relatives au régime d'un mécanisme et la systématisation de ce risque contentieux : V. *infra* n°295 et s.

¹²³² Nous avons nous-même donné les raisons pour lesquelles un recours à la force obligatoire du contrat par l'article 1134 ancien du Code civil aurait dû suffire à priver d'efficacité la rétractation du promettant : V. *supra* n°39.

¹²³³ V. *infra* n°295 et s.

¹²³⁴ 3e civ., 27 mars 2008, n°07-11.721, *JCP N*, 2008, n° 40, 10, note PILLET et 2009, n° 1-2, 25, note PIEDELIÈVRE ; *RDC*, 2008, 734, note MAZEAUD et 1239, note COLLART-DUTILLEUL et 2009, 143, note BRUN ; *RTD civ.*, 2008, 475, note FAGES.

¹²³⁵ V. *infra* n°295 et s.

refus d'emprunter la voie de cet article. C'est ce qui ressort encore plus clairement de la façon dont le législateur a souhaité sécuriser les promesses. En effet, lorsque celui-ci créa l'article 1124, alinéa 2, dans le Code civil, il ne s'embarrassa nullement d'une relecture de l'article 1142 ancien supprimé par ailleurs¹²³⁶ ou d'un quelconque autre texte. Il édicta simplement une règle de régime selon laquelle « la révocation de la promesse pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter n'empêche pas la formation du contrat promis », rendant ainsi le résultat juridique auquel doit parvenir une rétractation irrégulière indiscutable¹²³⁷.

240. Discussion visant à se passer de la levée d'option – Il est une discussion presque inverse à celle générée par la rétractation du promettant et qui a trait aux conséquences juridiques qu'il faut donner aux options dites croisées qui permettent en théorie aux parties de se conférer mutuellement les qualités de promettant et de bénéficiaire, tout en se réservant la possibilité, si les deux parties renoncent à lever l'option, de ne pas conclure la vente. Nous disons inverse car il n'est pas question ici de priver d'effet une levée d'option mais de prétendre pouvoir s'en passer en arguant du fait que, les promesses étant croisées, elles ne seraient pas unilatéralement autonomes mais réaliseraient directement une promesse synallagmatique de vente valant vente définitive. Là encore, on constate que la formation de la vente par option génère un risque de discussion autonome qui mérite que l'on s'y attarde.

241. Nature de la discussion – De nouveau, dans le cadre d'une démarche visant à mettre en évidence les différents risques contentieux, il est moins question d'estimer la pertinence de telle ou telle décision que de catégoriser la discussion juridique que le mécanisme engendre dans cette situation. On se contentera donc de rappeler que, dans le dernier état de sa jurisprudence, la Cour de cassation maintient la position discutable selon laquelle des promesses unilatérales croisées ayant le même objet et stipulées dans les mêmes termes valent engagements synallagmatiques tout en atténuant le caractère normalement définitif qui devrait résulter d'une telle qualification en retardant la perfection de la vente à la levée

¹²³⁶ V. *supra* n°238.

¹²³⁷ Ce qui ne veut pas dire que la norme qui dicte ce nouveau régime n'est pas en elle-même susceptible de discussions. C'est le cas de l'article 1124, alinéa 2, du Code civil dont on a notamment pu se demander si la formulation « pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter » préservait ou non la possibilité d'une rétractation régulière avant l'ouverture du délai d'option (sur cette discussion V. LE NABASQUE Hervé, « Les avants-contrats » in dossier « le droit des sociétés et la réforme du droit des contrats », *op. cit.*, §22). Le débat semble avoir été tranché par anticipation par la chambre commerciale de la Cour de cassation qui a décidé que « le promettant signataire d'une promesse unilatérale de vente s'oblige définitivement à vendre dès cette promesse et ne peut pas se rétracter, même avant l'ouverture du délai d'option offert au bénéficiaire, sauf stipulation contraire » (Com., 15 mars 2023, n° 21-20.399, préc.). Certains s'interrogent également sur le caractère supplétif ou impératif de ce nouveau régime (V., en faveur de la liberté contractuelle : LE NABASQUE Hervé, « Les avants-contrats » in dossier « Le droit des sociétés et la réforme du droit des contrats », *op. cit.*, §25. Pour une position opposée : V. PILLET Gilles, « L'efficacité des pactes d'actionnaires après le revirement de la troisième chambre civile de la Cour de cassation », *op. cit.*, spéc. n°17 et s.). Toutes ces discussions doivent être rattachées à un autre risque contentieux qui réside bien cette fois-ci dans l'interprétation d'une norme mais sur lequel nous aurons l'occasion de revenir dans la suite de nos développements (V. *infra* n°299 et s.). À ce sujet, et comme nous le verrons, mentionnons que la norme à apprécier peut-être légale ou contractuelle, ce qui n'est pas anodin en matière de levée d'option. En effet, pour être efficace la levée d'option doit respecter les éventuelles conditions formelles posées par le contrat, qu'il s'agisse par exemple du délai laissé au bénéficiaire pour opter ou des modalités de notification de la levée d'option (V. Com., 30 août 2023, n° 21-24.090, *JCP E*, 2024, n° 21, 24, note BECKER).

de l'option¹²³⁸. L'objet du moyen contentieux est ici plus facile d'accès car, selon la qualification qui correspondra le plus à son intérêt, une partie provoquera la discussion en en appelant au caractère prétendument synallagmatique de l'engagement pour forcer la cession ou, au contraire, tentera de se réfugier derrière la liberté qu'aurait dû lui conférer le mécanisme optionnel. C'est donc la qualification du mécanisme qui est d'abord en débat. Mais, de façon surprenante, on retrouve ensuite une discussion de régime étant donné que la Cour de cassation semble estimer que les promesses croisées qualifiées de synallagmatiques doivent avoir pour effet de former la vente à compter de la levée d'option et non dès l'échange des promesses¹²³⁹. Il est néanmoins permis d'affirmer que le cœur de la discussion dans cette matière à retenir pour notre catégorisation du risque contentieux est avant tout une question de qualification car c'est une chose de s'opposer sur le sens à donner à ces promesses croisées, et c'en est une autre que de mélanger deux régimes pourtant bien distincts, à savoir celui de l'article 1589, alinéa 1^{er}, du Code civil selon lequel « la promesse de vente vaut vente » dès sa stipulation et celui de l'article 1124, alinéa 1^{er}, du même code qui, précisément, retarde la formation du contrat projeté à la levée de l'option¹²⁴⁰.

b) Discussion relative à l'exécution de la vente formée par option

242. Fermeté du principe – Une fois la discussion relative à la formation de la vente épuisée, le bon dénouement du mécanisme se retrouve conditionné par la possibilité qu'aura la partie qui y a intérêt de poursuivre l'exécution forcée de la cession. Peut-on discuter cette possibilité ? Au niveau des principes, la réponse est assurément négative. En effet, alors que l'articulation entre les articles 1142 et 1184, alinéa 2, anciens du Code civil pouvait s'avérer théoriquement difficile¹²⁴¹, la réforme opérée par l'ordonnance précitée du 10 février 2016 éclaircit les règles à suivre. Le créancier de tout engagement dispose ainsi d'un droit à l'exécution forcée de celui-ci, droit qui n'est « limité ni par le type de contrat ni par le type d'obligation »¹²⁴². Autrement dit, si le texte exige au plan formel une mise en demeure¹²⁴³, aucune règle de fond ne conditionne l'accès à ce principe¹²⁴⁴. D'autant plus qu'il y a là une

¹²³⁸ Com., 27 sept. 2017, n°16-13.112, préc.

¹²³⁹ Ce qui était pourtant sa première position : Com., 22 nov. 2005, n° 04-12.183, préc.

¹²⁴⁰ V., néanmoins, considérant que les promesses croisées peuvent être qualifiées de promesses synallagmatiques imparfaites conclues sous la double condition potestative que les bénéficiaires réciproques lèvent l'option qui leur est accordée : DEBOISSY Florence et WICKER Guillaume, « Les promesses croisées de vente et d'achat de titres sociaux : une promesse synallagmatique imparfaite », in *Le droit de l'entreprise d'un siècle à l'autre – Études en l'honneur du Professeur Bernard Saintourens*, LexisNexis, 2024, p. 367.

¹²⁴¹ L'article 1184, alinéa 2, ancien du Code civil posait une règle générale d'un droit à l'exécution forcée au profit de la partie envers laquelle l'engagement n'avait pas été exécuté alors que l'article 1142 ancien de ce même code semblait limiter le principe en matière d'obligations de faire. Si la difficulté avait en effet pu se matérialiser en matière de promesses unilatérales (V. *supra* n°39), on notera que le principe de l'exécution forcée restait relativement marqué en jurisprudence. V., not., rendu au triple visa des articles 1134, 1142 et 1184 anciens du Code civil et affirmant « que le créancier d'une obligation contractuelle de somme d'argent demeurée inexécutée est toujours en droit de préférer le paiement du prix au versement de dommages-intérêts ou à la résolution de la convention » : 1^{er} civ., 9 juill. 2003, n°00-22.202, *RTD civ.*, 2003, 709, notes MESTRE et FAGES. Le Code des procédures civiles d'exécution prévoyait d'ailleurs déjà que « tout créancier peut, dans les conditions prévues par la loi, contraindre son débiteur défaillant à exécuter ses obligations à son égard » (CPC exéc., art. L. 111-1, al. 1^{er}).

¹²⁴² DESHAYES Olivier, GENICON Thomas et LAITHIER Yves-Marie, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : commentaire article par article*, op. cit., p. 547.

¹²⁴³ V. C. civ., art. 1221.

¹²⁴⁴ L'action tendant à l'exécution d'une obligation contractuelle n'est par exemple pas subordonnée à l'existence d'un préjudice : 3e civ., 6 mai 1980, n°78-16.390, *Bull. civ.*, 1980, n°91 ; 3e civ., 19 nov. 2008, n° 07-18.414, *Bull. civ.*, 2008, III, n°180 ; D., 2009, 2448, obs. TRÉBULLE. Notons que le principe est maintenu dans des structures

liberté du créancier qui reste maître de choisir la sanction la plus conforme à ses intérêts¹²⁴⁵. Encore faut-il préciser ce qui fait l'objet d'une exécution lorsque le mécanisme optionnel a donné lieu à la formation d'une vente. Le fait est que le transfert de propriété en lui-même n'a pas à être exécuté dans la mesure où, constituant un effet légal du contrat¹²⁴⁶, sa réalisation ne dépend pas de la volonté des parties. En réalité, si exécution forcée il doit y avoir, c'est sur « la chaîne des obligations de faire qui participent au transfert »¹²⁴⁷ qu'elle portera. Du côté du vendeur, cela revient à délivrer les droits objets du transfert et, du côté de l'acheteur, cela suppose de s'acquitter du prix. Évidemment, selon la forme de la société cible, le processus diffère et ce particulièrement lorsque le mécanisme de transfert concerne une société par actions. En effet, les titres transférés sont alors des titres financiers au sens de l'article L 211-1, II du Code monétaire et financier et ils répondent donc aux règles de négociabilité correspondantes¹²⁴⁸. Cela n'est pas sans incidence car, l'inscription en compte étant à elle seule translatrice de propriété¹²⁴⁹, l'acquéreur ne pourra parfaitement jouir des actions cédées que s'il parvient à obtenir cette inscription¹²⁵⁰. Dans un schéma classique cela suppose d'obtenir du vendeur qu'il signe l'ordre de mouvement¹²⁵¹ et du teneur de compte qu'il modifie le registre¹²⁵². S'il ne faut pas nier que la perfection de ce type de

plus complexes, par exemple lorsque l'option est accordée à un tiers bénéficiaire d'une stipulation pour autrui, ce dernier étant « investi d'un droit direct à la prestation contre le promettant dès la stipulation » (C. civ., art. 1206, al. 1^{er}). Sur l'utilisation de cette technique : V. *supra* n°142.

¹²⁴⁵ En témoigne la double utilisation du verbe pouvoir dans les articles 1217 et 1221 du Code civil. V. déjà, antérieurement à la réforme, 1^{er} civ., 9 juill. 2003, n°00-22.202, préc.

¹²⁴⁶ C. civ., art. 1196, al. 1^{er}. V. *supra* n°41.

¹²⁴⁷ PILLET Gilles, « L'efficacité des pactes d'actionnaires après le revirement de la troisième chambre civile de la Cour de cassation », *op. cit.*, n°14. V. égal. MARTIN Didier et SCHILLER Sophie, *Guide des pactes d'actionnaires et d'associés : 2022/2023*, *op. cit.*, p. 376, n°574.

¹²⁴⁸ V. C. mon. fin., art. L. 211-14 à L. 211-19.

¹²⁴⁹ Il avait pu être avancé que l'inscription en compte se contentait de constater et de concrétiser un transfert de propriété qui la précède : V. BERLIOZ Pierre, « La cession des droits sociaux. Le transfert de propriété », *Rev. sociétés*, 2015, p. 14. Mais la Cour de cassation a récemment tranché le débat, au moins pour les actions de sociétés non cotées, affirmant clairement « qu'en cas de cession d'actions non admises aux opérations d'un dépositaire central ou livrées dans un système de règlement et de livraison mentionné à l'article L. 330-1 du Code monétaire et financier, le transfert de propriété résulte de l'inscription de ces actions au compte individuel de l'acheteur ou dans les registres de titres nominatifs tenus par la société émettrice. Cette inscription est faite à la date fixée par les parties et notifiée à la société émettrice. Cette date ne peut être antérieure à la notification faite à la société émettrice » (Com., 18 sept. 2024, n°23-10.455, *Publié au Bulletin* ; *Dr. sociétés*, 2024, n° 12, 30, note HAMELIN ; *BJS*, 2024, n° 11, 11, notes BUCHBERGER et SAUPIN ; *Lexbase aff.*, 2024, n° 808, 14, note DONDERO ; *RTDF*, 2024, n°4, 42, note PORACCHIA ; *Rev. sociétés*, 2025, 41, note MORTIER ; *GPL*, 2025, n° 6, 64, note DALION ; *RDC*, 2025, n° 1, 100, note DANOS).

¹²⁵⁰ V. C. mon. fin., art. L. 211-17, I.

¹²⁵¹ Signature qui matérialise son obligation de délivrance : Com., 24 mai 2011, n°10-12.163, *Bull. civ.*, 2011, IV, n°86 ; *Lexbase aff.*, 2011, n° 260, note FORESTA ; *Banque et Droit*, 2011, n° 138, 40, note STORCK ; *Dr. sociétés*, 2011, n° 10, 11, note MORTIER ; *BJS*, 2011, n° 10, 770, notes PORACCHIA et MAETZ ; *JCP G*, 2011, n° 42, 1891, notes CHAGNY, GROSSER et GHESTIN ; *RTD civ.*, 2012, 137, note REVET ; *Rev. sociétés*, 2012, 157, note DUBERTRET. Bien que commode, il serait possible de se passer de cette formalité : V. MATHEY Étienne, « Transfert d'actions : ne faut-il obéir qu'aux ordres... de mouvement ? », *GPL*, 2013, n°321-323, p. 5. Reste que cette dernière n'est pas des plus exigeantes. En effet, aucun texte législatif ou réglementaire ne régissant le contenu et la forme d'un ordre de mouvement, un formulaire Cerfa peut par exemple valoir ordre de mouvement : Com., 18 sept. 2024, n°22-18.436, *Publié au Bulletin* ; *Lexbase aff.*, 2024, n° 810, 19, note DONDERO ; *RTD com.*, 2024, 933, note LECOURT ; *BJS*, 2024, n° 11, 11, notes BUCHBERGER et SAUPIN ; *Deffrénois*, 2024, n° 38, 25, note HEINICH ; *Dr. sociétés*, 2024, n° 12, 32, note HAMELIN.

¹²⁵² Conformément à l'article R. 228-10 du Code de commerce, l'inscription en compte doit être faite à la date fixée par les parties et notifiée à la société émettrice. La Cour de cassation a précisé que cette date ne pouvait être antérieure à la notification faite à la société émettrice et que la société pouvait voir sa responsabilité engagée si cette date n'est pas celle fixée par les parties : Com., 18 sept. 2024, n°23-10.455, préc.

transfert puisse générer des discussions autonomes¹²⁵³, il est néanmoins permis de considérer qu'elles quittent quelque peu celles générées par la structure du mécanisme car il y a là des obligations accessoires qui, certes, découlent du transfert provoqué par l'option mais sont en réalité propres à d'autres préoccupations qui dépendent des droits considérés¹²⁵⁴. On ajoutera qu'en tout état de cause celles-ci bénéficient pareillement du principe de l'exécution forcée.

243. Discussion des limites – Le fait que le principe de l'exécution forcée ne fasse pas débat tient à une raison simple qui s'explique par la façon dont sont construits les textes. En effet, et comme bien souvent en droit, on discute moins le principe que les limites qui lui sont apportées. L'exécution forcée n'échappe pas à la règle dans la mesure où, immédiatement après avoir affirmé la possibilité pour le créancier de « poursuivre l'exécution en nature » de son obligation, l'article 1221 du Code civil vient limiter cette éventualité dans l'hypothèse où « cette exécution est impossible ou s'il existe une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur de bonne foi et son intérêt pour le créancier ». Tout engagement quel qu'il soit peut donc avoir à passer par le filtre de cet article si le débiteur souhaite s'en saisir et arguer qu'il se trouve dans l'une ou l'autre des situations lui permettant d'échapper à l'exécution du mécanisme initialement convenu. Il y a donc là une discussion imposée par le droit des contrats. On pourrait néanmoins objecter que, si le débat vient d'une disposition législative qui aurait pu exister ou ne pas exister ou être rédigée différemment, alors le risque contentieux n'est pas propre au mécanisme mais davantage justifié par le précepte légal¹²⁵⁵. Pourtant, il nous semble qu'une lecture inverse doit être retenue dans la mesure où, précisément, si la possibilité d'obtenir l'exécution de tout engagement est susceptible d'être contrôlée au regard des limites en question, alors chaque structure contractuelle doit être perçue comme capable de générer une telle discussion. Et les mécanismes de transfert optionnels ne font pas exception. Souvenons-nous en effet que « le but du contrat d'option est de retarder la formation du contrat de vente. Celui qui conclut un tel contrat recherche en premier lieu ce résultat »¹²⁵⁶. Or, dans cet espace temporel, de nombreuses situations de nature à déclencher l'application des limites susvisées peuvent se nouer. La précarité des droits sociaux tout d'abord pourra être confrontée à cet écoulement du temps. Qu'il s'agisse de la précarité dans la permanence des droits¹²⁵⁷, dont on oublie bien souvent qu'elle est étroitement liée aux évolutions affectant la société cible¹²⁵⁸. Ou

¹²⁵³ Par exemple celles qui seraient liées à des difficultés probatoires : V. C. mon. fin., art. L 211-16.

¹²⁵⁴ Mentionnons notamment que lorsque les titres sont admis aux opérations d'un dépositaire central le transfert de propriété ne résulte plus de l'inscription en compte mais du règlement du prix par l'acquéreur : V. C. mon. fin., art. L. 211-17, II.

¹²⁵⁵ Et, à n'en pas douter, la disposition est porteuse de questionnements qui dépassent la matière des pactes. Que ceux-ci concernent les contours de l'impossibilité, non définie dans le texte mais usuellement envisagée comme pouvant recouvrir une impossibilité juridique, matérielle ou morale (V. CA Paris, 21 déc. 2001, n°01/9384 ; CA Versailles, 14 oct. 2004, n°03/4586), ou qu'ils portent sur les « nombreuses interrogations d'ordre pratique » suscitées par la limite de la disproportion manifeste (V. CORMIER Maxime, *Une limite à l'exécution forcée du contrat : la disproportion manifeste de l'article 1221 du Code civil*, thèse de doctorat, droit, Paris-Panthéon-Assas, 2022, p. 19, n°23). V. *infra* n°481 et s.

¹²⁵⁶ BÉNAC-SCHMIDT Françoise, *Le contrat de promesse unilatérale de vente*, loc. cit. V. *supra* n°112.

¹²⁵⁷ Sur cette tension entre permanence et précarité à propos, non pas des droits sociaux, mais de l'apport qu'ils rétribuent : V. COURET Alain, « L'apport en société entre permanence et précarité », *BJS*, 2009, n° thématique, p. 1199.

¹²⁵⁸ On pense évidemment à l'hypothèse de la liquidation qui, selon la Cour de cassation, n'empêche pas de procéder à une cession des actions (Com., 16 nov. 2004, n°00-22.193, *JCP E*, 2005, n° 27, 1167, notes CAUSSAIN, DEBOISSY et WICKER) ou à une restitution en nature des parts sociales de la société liquidée

qu'il s'agisse de la précarité liée à leur valeur, éminemment fluctuante¹²⁵⁹. Le plaideur pourrait donc par exemple prétendre découvrir une situation d'impossibilité l'empêchant de procéder au transfert. Il pourrait également se laisser tenter, si le prix convenu ne correspond plus au prix actuel de marché, par une argumentation visant à soutenir qu'il existe aujourd'hui, au regard de la valeur des droits, une disproportion manifeste entre le coût du transfert et son intérêt pour le créancier¹²⁶⁰. La volatilité des intérêts du promettant pourra également fragiliser l'accord conclu si ce dernier cède ses droits à un tiers alors que le bénéficiaire n'a pas encore opté. C'est alors une impossibilité juridique qui se présente dans la mesure où les droits acquis par le tiers pourront faire échec à l'exécution de l'engagement. Toute la discussion se concentrant sur l'article 1124, alinéa 3, du Code civil et sur l'exigence tenant à la connaissance du tiers pour que la nullité du contrat conclu en violation de la promesse puisse être prononcée¹²⁶¹. Quel que soit l'objet de la discussion relative aux limites à l'exécution forcée, sa nature ne fait ici aucun doute. Dans toutes ces configurations, le risque contentieux n'a en effet qu'un seul objet étant donné qu'il est à chaque fois question d'appliquer une norme à la situation considérée, qu'il s'agisse de l'article 1221 du Code civil, de l'article 1124, alinéa 3, du Code civil ou même d'une autre disposition¹²⁶².

(Com., 21 avr. 2022, n° 20-10.809, *Publié au Bulletin* ; *RTD com.*, 2022, 593, note LECOURT ; *Dr. sociétés*, 2022, n° 7, 32, note LEGROS ; *BJE*, 2022, n° 4, 12, note BARBIÈRI ; *RJC*, 2022, n° 4, 387, note BÉNARD ; *GPL*, 2022, n° 30, 51, note FERRARI et n° 35, 48, note LAROCHE ; *JCP E*, 2023, n° 1, 27, note BUCHBERGER ; *Rev. sociétés*, 2023, 158, note LECOURT) et ce au nom du principe selon lequel la personnalité morale de ladite société subsiste pour les besoins de la liquidation. La réduction de capital pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter est une situation connexe qui peut également faire craindre que les droits sociaux objets du transfert disparaissent. La disparition peut être partielle (Com., 23 mars 1993, n°91-14533, *BJS*, 1993, n° 6, 673, note BÉNAC-SCHMIDT) ou totale en cas de coup d'accordéon (Com., 10 oct. 2000, n° 98-10236, *BJS*, 2001, n° 2, 181, note SCHOLER). Sur les incidences de cette précarité lorsque les droits sociaux figurent dans une succession et ont auparavant fait l'objet d'une donation : V. HAMELIN Jean-François, « La prise en compte des évolutions affectant les droits sociaux », *Dr. et patr.*, 2024, n°350, p. 36.

¹²⁵⁹ V. *supra* n°129.

¹²⁶⁰ Bien que plusieurs auteurs considèrent que dans cette hypothèse, à mesure que la valeur des titres décroît, l'intérêt pour le créancier d'obtenir le prix d'origine augmente, ce qui exclut toute hypothèse de disproportion : DESHAYES Olivier, GENICON Thomas et LAITHIER Yves-Marie, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : commentaire article par article, op. cit.*, p. 551 ; COURET Alain et REYGROBELLET Arnaud, « Le projet de réforme du droit des obligations : incidences sur le régime des cessions de droits sociaux », *BJS*, 2015, n°5, p. 247, §44 ; MARTIN Didier et SCHILLER Sophie, *Guide des pactes d'actionnaires et d'associés : 2022/2023, loc. cit.*

¹²⁶¹ Celui-ci dispose en effet que « le contrat conclu en violation de la promesse unilatérale avec un tiers qui en connaissait l'existence est nul ».

¹²⁶² Les droits acquis par un tiers cessionnaire n'ont en effet pas le monopole de l'impossibilité juridique à l'exécution. En témoigne la série d'arrêts rendus à propos de promesses d'achats souscrites par des SA et portant sur leurs propres actions. La Cour de cassation juge invariablement depuis 2010 que « le rachat par une société anonyme de ses propres actions n'est autorisé que dans les conditions et selon les modalités prévues aux articles L. 225-207 à L. 225-17 du même code, dispositions impératives parmi lesquelles ne figure pas la situation dans laquelle la société anonyme se serait engagée envers un actionnaire à lui racheter des actions » (1^{er} civ., 15 nov. 2010, n° 09-69.308, *Dr. sociétés*, 2011, n° 2, 20, note ROUSSILLE ; *JCP E*, 2011, n° 7, 22, note ROUSSILLE ; *BJS*, 2011, n° 3, 179, note LE NABASQUE ; *Rev. sociétés*, 2011, 168, note MORTIER. V. égal. Com., 11 mars 2014, n° 12-12.074, préc. ; Com., 3 mars 2021, n° 18-25.528, *GPL*, 2021, n° 22, 76, note PRODHOMME ; *RTD com.*, 2021, 614, note MOURY ; *Dr. sociétés*, 2021, n° 8-9, 22, note HAMELIN ; *Rev. sociétés*, 2022, 33, note SYLVESTRE). Refusant de condamner la validité de ces promesses (Com., 11 mars 2014, n° 12-12.074, préc.), c'est bien sur le terrain de leur inefficacité que semble vouloir se placer la haute juridiction. En tout état de cause, il s'agit pareillement ici de régler l'application d'une norme, à savoir les articles L. 225-206 et suivants du Code de commerce, à ce type d'engagements.

244. Les transferts optionnels permettent donc, à travers la question de la qualification des options croisées¹²⁶³ ou de la discussion des limites à l'exécution forcée¹²⁶⁴, de retrouver deux grands types de risques contentieux déjà identifiés, à savoir celui lié à la qualification du mécanisme et celui lié à l'interprétation d'une norme. En outre, la discussion relative à la rétractation des promesses unilatérales¹²⁶⁵ a permis d'entrevoir l'existence d'un risque contentieux autonome qui suppose de discuter le régime d'un engagement. Il nous faut à présent regarder ce qu'il en est dans un système conditionnel.

2) Le risque contentieux lié au système conditionnel

245. Discussion inhérente au rôle de la condition – Nous avons montré dans nos développements que, malgré son apparente fermeté, la condition, à l'image de l'option, reflétait la volonté des parties de maîtriser le déclenchement du transfert. Plus encore, qu'elle cristallisait un certain nombre de motifs érigés en événements conditionnels et destinés à préserver l'intérêt réel de l'une ou l'autre des parties au contrat¹²⁶⁶. Ce rôle singulier irrigue le risque contentieux que la condition est susceptible de générer au stade de l'exécution. En effet, portant en elle le cœur de l'attention des parties, c'est d'abord une discussion sur la constatation de la survenance de l'évènement conditionnel qui est susceptible de se présenter (a). Peut ensuite apparaître, une fois la question de la constatation évacuée, un débat sur la régularité de cette survenance (b)¹²⁶⁷.

a) Discussion relative à la constatation de la survenance de l'évènement conditionnel

246. Constatation d'un évènement – Le propre d'une obligation conditionnelle étant de dépendre « d'un évènement futur et incertain »¹²⁶⁸, le premier sujet, si l'on prétend que l'obligation est devenue pure et simple et qu'il est possible d'en poursuivre l'exécution¹²⁶⁹, est de vérifier que l'évènement visé est bien advenu. La catégorisation du risque contentieux propre à cette matière peut de prime abord s'avérer délicate car « les parties sont parfaitement libres d'introduire des modalités, et particulièrement des conditions dans leurs actes, pourvu qu'elles présentent certains caractères »¹²⁷⁰. Le droit applicable aux conditions est donc davantage focalisé sur les caractères que doit présenter l'évènement conditionnel¹²⁷¹ plutôt que sur la définition de ce dernier. Toute éventualité future et incertaine peut donc en théorie conditionner un engagement. Néanmoins, malgré l'extrême diversité du choix qui s'offre aux parties, il semble que, au moins en matière de pactes d'associés, deux grandes catégories d'évènements conditionnels se dégagent.

¹²⁶³ V. *supra* n°240 et s.

¹²⁶⁴ V. *supra* n°243.

¹²⁶⁵ V. *supra* n°238 et s.

¹²⁶⁶ V. *supra* n°115 et s.

¹²⁶⁷ L'exécution forcée d'une vente formée par option ne présentant pas de différence avec l'exécution forcée d'une vente formée par condition, il n'y a pas lieu de reprendre cette question déjà traitée en matière de transferts optionnels (V. *supra* n°242 et s.).

¹²⁶⁸ C. civ., art. 1304, al. 1^{er}.

¹²⁶⁹ Rappelons-le, la dynamique des transferts de titres dans les pactes d'associés repose principalement sur des conditions suspensives et non résolutoires.

¹²⁷⁰ BUFFELAN-LANORE Yvaine (actualisation PELLIER Jean-Denis), « Condition », *op. cit.*, n°7.

¹²⁷¹ *Ibid.*, n°19 et s.

247. Constatation d'une situation de fait – Il est d'abord possible que l'engagement dépende de la survenance d'une situation de fait. Un exemple courant dans les pactes d'associés est celui des clauses d'offres alternatives ou *buy or sell* dont le déclenchement est conditionné à la constatation d'une situation de mésentente ou de blocage¹²⁷². Les formulations employées en pratique sont variables mais on retrouve par exemple des transferts subordonnés à une situation de « profond désaccord »¹²⁷³. Le fait est que, comme en témoigne l'abondante jurisprudence rendue sur le fondement de l'article 1844-7, 5° du Code civil¹²⁷⁴, caractériser une mésentente n'est pas chose aisée, précisément à un moment où, par hypothèse, les relations entre associés se sont détériorées¹²⁷⁵. Le risque de discussion est ici important car chaque partie pourra vouloir imposer sa vision de l'évènement conditionnel selon qu'il est dans son intérêt ou non d'aboutir à un transfert. Pour ce qui est de la nature du risque contentieux en cause, on observe qu'il s'agit de mesurer l'adéquation d'une situation de fait aux stipulations des parties. Il faut donc considérer que cette discussion suppose d'interpréter une norme, non pas légale mais contractuelle.

248. Constatation d'une situation faisant l'objet d'une qualification juridique – Il en va différemment lorsque l'engagement dépend de la survenance d'un évènement qui fait l'objet d'une qualification juridique autonome. C'est-à-dire que dans cette hypothèse le contrat n'érige pas en condition une situation de fait abandonnée à l'appréciation des parties mais se réfère à un type d'évènement d'ores et déjà appréhendé par le droit. C'est l'exemple de toutes les promesses de cession de parts ou actions qui sont conditionnées par la perte d'une qualité autre que celle d'associé. Il s'agit généralement de la qualité de salarié ou de dirigeant social. On parle en pratique de clauses de *good* ou de *bad leaver* car le prix de cession varie à la hausse ou à la baisse selon que le départ est considéré comme fautif ou non¹²⁷⁶. L'évènement conditionnel est alors le plus souvent une démission, un licenciement ou une révocation. Mais encore faut-il préciser les choses. Dans la configuration *a priori* la plus répandue dans les cas soumis à l'appréciation des tribunaux, le transfert est déclenché par tout départ du dirigeant ou salarié et seul le prix est impacté par la caractérisation d'un départ fautif au sens du pacte. C'est ainsi que l'on retrouve par exemple en jurisprudence une actionnaire salariée qui « promettait irrévocablement de céder la totalité de ses actions en cas de perte de sa qualité de salariée pour quelque cause que ce soit, les modalités de détermination du prix de cession variant selon les circonstances dans lesquelles prendrait fin le contrat de travail »¹²⁷⁷. Autrement dit, ce qui définit cette construction est que le transfert n'est pas conditionné par la commission d'une faute mais par un simple départ de

¹²⁷² V. *supra* n°116.

¹²⁷³ Com., 6 nov. 2007, n°07-10.620, préc.

¹²⁷⁴ Ce dernier prévoit que la société peut prendre fin « par la dissolution anticipée prononcée par le tribunal à la demande d'un associé pour justes motifs, notamment en cas d'inexécution de ses obligations par un associé, ou de mésentente entre associés paralysant le fonctionnement de la société ». V. DE RAVEL D'ESCLAPON Thibault, « Dissolution », *Rép. sociétés*, Dalloz, 2022, n°86 et s.

¹²⁷⁵ La tâche se complexifie lorsque le sens du mécanisme de transfert varie selon la partie à l'origine de la mésentente. C'est-à-dire, qu'à la difficulté d'identifier le blocage, s'ajoute celle d'en désigner le responsable : V. Com., 6 nov. 2007, n°07-10.620, préc.

¹²⁷⁶ V. not. parmi une littérature abondante : GALLOIS-COCHET Dorothée et COCHET François, « La clause de cession forcée dans le pacte d'actionnaires liant des salariés », *op. cit.* ; LOKIEC Pascal et DEBOISSY Florence, « Condition de présence du salarié dans la société et droits d'associé », *JCP S*, 2013, n°47, p. 7 ; GAIARDO Paul, « Regard civiliste sur les clauses dites de *bad leaver* dans les promesses de cession d'actions », *RTD com.*, 2023, p. 1.

¹²⁷⁷ Com., 7 juin 2016, n°14-17.978, préc.

la société, quelle que soit la nature de celui-ci¹²⁷⁸. Le risque de discussion relatif à la constatation de l'évènement conditionnel est alors très limité car le droit du travail ou le droit des sociétés renseigneront sur le fait de savoir si, oui ou non, l'on est face à un licenciement, une démission ou une révocation¹²⁷⁹. Les parties ne pouvant pas réellement s'opposer sur ce point, car il n'y a pas là un état de fait mais une situation qualifiée par le droit et dont l'identification ne fait que peu de doute¹²⁸⁰. Discuter la matérialité des circonstances qui plaident pour l'application de tel ou tel prix revient alors en réalité à discuter les éléments du transfert, en l'occurrence le prix, et non à discuter la condition¹²⁸¹. Mais il est une autre configuration, dont on peut d'ailleurs parfois douter du fait de savoir si elle résulte de la volonté réelle des parties ou de rédactions maladroites, où le comportement fautif n'est pas un paramètre de calcul du prix mais bien la condition du transfert. Ainsi de la stipulation par laquelle les investisseurs ne disposeront d'une option d'achat des titres du dirigeant associé « qu'en cas de cessation anticipée de ses fonctions à la suite de sa révocation pour une “ faute assimilable à la faute grave ou lourde au sens du droit social français ” »¹²⁸². Certes, le prix est en principe également décoté dans cette hypothèse mais elle a ceci de particulier qu'en plus de commander un prix défavorable, la faute conditionne le transfert. Le fait que les circonstances de la rupture du mandat social ou de la relation de travail n'influent pas uniquement sur la valorisation des titres mais également sur le principe de la cession a pour conséquence directe qu'il redevient possible de discuter la survenance de l'évènement conditionnel¹²⁸³. Mais que discute-t-on alors ? Soit, et c'est l'hypothèse la moins probable, le pacte a préconstitué par lui-même ce qu'il fallait entendre par départ fautif sans se référer à une autre branche du droit et il s'agit alors de nouveau de mesurer l'adéquation de la situation de fait aux stipulations des parties¹²⁸⁴. Il en va de même si référence est faite à un certain type de faute, grave ou lourde, sans

¹²⁷⁸ La présentation des choses est ici simplifiée mais, évidemment, la plupart du temps condition et option se cumulent de sorte qu'en cas de départ du salarié ou du dirigeant la réalisation de la condition donne naissance à une option que les bénéficiaires sont libres de lever ou non (V. GAIARDO Paul, « Regard civiliste sur les clauses dites de *bad leaver* dans les promesses de cession d'actions », *op. cit.*, n°7 et s.)

¹²⁷⁹ Hypothèses limitatives qu'il faut distinguer d'une rupture en période d'essai : CA Paris, 14 déc. 2004, n°03/21818, préc.

¹²⁸⁰ Même s'il est vrai que l'on peut s'opposer en droit du travail sur le fait de savoir si le contrat de travail a ou non été rompu. Ainsi de la démission qui s'entend restrictivement de l'« acte unilatéral par lequel le salarié manifeste de façon claire et non équivoque sa volonté de mettre fin au contrat de travail » (Soc., 9 mai 2007, n°05-40.315, *Bull. civ.*, 2007, V, n°70 ; *JCP G*, 2007, n° 27, 38, note CORRIGNAN-CARSIN ; *Rev. dr. banc. fin.*, 2007, n° 4, 55, note CANUT ; *RDC*, 2007, n° 4, 1216, note RADÉ). C'est-à-dire que « la démission ne se présume pas et ne peut être déduite ni d'un abandon de poste ni du refus par le salarié d'une modification du contrat de travail ou d'un changement de ses conditions de travail » (LOKIEC Pascal, *Droit du travail*, PUF, coll. Thémis droit, 2^e éd., 2022, p. 398, n°374). On pourrait donc par exemple imaginer qu'un employeur considère à tort qu'un salarié actionnaire est démissionnaire et exerce en suivant une option d'achat sur ses titres. Dans ce cas de figure effectivement la discussion portera sur la réalisation de la condition et sur le fait de savoir si oui non il y a bien eu démission. Mais en matière sociétaire ce risque contentieux demeure très marginal et donc négligeable car bien souvent on s'accorde sur le fait que la relation de travail est rompue et le débat porte davantage sur ce qui préside à cette rupture et sur ses conséquences.

¹²⁸¹ V. *infra* n°258.

¹²⁸² Com., 3 févr. 2015, n°13-28.164, *BJS*, 2015, n° 4, 188, note SCHILLER ; *RLDA*, 2015, n° 109, 44, notes MESTRE et MESTRE-CHAMI.

¹²⁸³ En réalité, le fait même de savoir si l'on est dans une situation où le départ fautif conditionne le transfert ou n'impacte que le prix est une discussion préalable potentielle. V., très clairement en ce sens, le deuxième moyen du demandeur au pourvoi dans 1^{er} civ., 6 déc. 2017, n°16-17.588, préc. Mais ce risque contentieux est finalement un risque assez classique déjà identifié et lié à l'interprétation d'une norme contractuelle.

¹²⁸⁴ Il n'y a alors pas de différence avec la constatation d'un évènement conditionnel correspondant à une situation de fait : V. *supra* n°247.

davantage de précisions. Soit, et c'est le cas le plus fréquent, la faute est entendue par les cocontractants au sens disciplinaire du terme qui est celui retenu par le droit social. C'est le sens d'une clause dans laquelle référence est faite à une « faute assimilable à la faute grave ou lourde au sens du droit social »¹²⁸⁵. Or ces fautes ont ceci de particulier qu'elles font uniquement l'objet d'une définition prétorienne¹²⁸⁶. C'est ainsi que constitue une faute grave « celle qui rend impossible le maintien du salarié dans l'entreprise »¹²⁸⁷ tandis que la faute lourde « nécessite l'intention du salarié de nuire à l'employeur ou à l'entreprise »¹²⁸⁸. Et l'on observe que c'est effectivement entendu comme cela que ces concepts sont transposés à l'hypothèse des clauses de *bad leaver*¹²⁸⁹. Dans ce contexte, le risque contentieux se singularise donc quelque peu puisqu'il ne s'agit pas réellement d'interpréter une norme contractuelle mais bien de mesurer l'adéquation d'une situation de fait à une définition jurisprudentielle. Où l'on voit poindre l'idée selon laquelle la catégorie de risques contentieux renvoyant à l'interprétation d'une norme ne se limite pas aux normes légales ou contractuelles et peut également supposer d'appliquer des règles jurisprudentielles¹²⁹⁰. Néanmoins, à l'image de ce qui sera observé à propos de la discussion relative à la régularité de la survenance de l'évènement conditionnel¹²⁹¹, ce type de débat relatif à la caractérisation d'une faute entendue au sens disciplinaire du terme appartient davantage au droit de la révocation ou du licenciement et ce n'est qu'indirectement qu'il a une conséquence sur le transfert. De sorte qu'il ne paraît pas approprié dans ces circonstances de faire de ce risque de discussion un risque propre au mécanisme de transfert conditionnel.

b) Discussion relative à la régularité de la survenance de l'évènement conditionnel

249. Invocabilité limitée des dispositions propres à la condition – En théorie, celui qui cherche à éviter l'exécution d'un engagement devenu pur et simple par la réalisation d'une condition suspensive peut toujours, si le débat relatif à la constatation de la survenance de l'évènement conditionnel n'est plus en jeu, se saisir des armes que lui offre le Code civil pour arguer du fait que la condition s'est réalisée de manière irrégulière. En la matière, l'article 1304-3 du Code civil semble aisément accessible étant donné qu'il dispose en son premier alinéa que « la condition suspensive est réputée accomplie si celui qui y avait intérêt en a empêché l'accomplissement ». Cette dernière disposition a ainsi toujours été présentée comme un garde-fou ayant vocation à jouer un rôle régulateur au stade de l'exécution du contrat quant à la maîtrise qu'aurait gardé l'une ou l'autre des parties sur l'accomplissement de la condition¹²⁹². Mais, s'agissant des pactes d'associés, un tel contrôle est limité pour au

¹²⁸⁵ Com., 3 févr. 2015, n°13-28.164, préc. On peut tenir pour équivalente la formulation se référant à « une faute grave ou lourde au sens de la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation » (V. CA Versailles, 10 déc. 2024, n° 21/05807, *BJS*, 2025, n° 2, 22, note DONDERO).

¹²⁸⁶ Sur les raisons qui ont poussé le législateur à définir la sanction disciplinaire qui suppose une mesure prise à la suite d'un agissement considéré par l'employeur comme fautif (C. trav., art. L. 1331-1) plutôt que la faute elle-même, dont la qualification est laissée à l'office du juge : V. FABRE Alexandre, « Contrat de travail à durée indéterminée : rupture – licenciement – motif personnel », *Rép. trav.*, Dalloz, 2020, n°26 et s.

¹²⁸⁷ Soc., 27 sept. 2007, n°06-43.867, *Bull. civ.*, 2007, V, n°146 ; *JCP E*, 2007, n° 48, 47, notes BÉAL et TERRENOIRE ; *JCP S*, 2007, n° 49, 25, note BUGADA.

¹²⁸⁸ Soc., 12 mars 1991, n°89-41.941, *Bull. civ.*, 1991, V, n°129.

¹²⁸⁹ V., relevant une série de manquements du dirigeant « rendant impossible son maintien dans ses fonctions et justifiant sa révocation pour faute grave » : Com., 3 févr. 2015, n°13-28.164, préc.

¹²⁹⁰ V. *infra* n°300.

¹²⁹¹ V. *infra* n°249 et s.

¹²⁹² L'article 1304-3 du Code civil ayant ici pris le relais de l'ancien article 1178 du même code : V. *supra* n°120.

moins deux raisons. D'abord, car le rôle qu'aurait pu jouer un des contractants sur le dénouement de la condition a traditionnellement donné lieu à un débat relatif à la potestativité de celle-ci et donc à sa nullité. C'est alors sur le terrain de la formation de l'engagement conditionnel que la discussion s'est déportée¹²⁹³ et non sur celui de son exécution, condamnant ainsi l'éclosion de divergences relatives à l'invocabilité de l'article 1304-3 du Code civil¹²⁹⁴. Ensuite, la façon dont la règle est construite s'adapte mal à la dynamique des pactes, ce qui la disqualifie presque *ab initio*. En effet, dans la plupart des cas le but affiché de la stipulation contractuelle est d'œuvrer pour que l'évènement conditionnel ne survienne pas. On espère ainsi ne pas avoir à révoquer, à licencier, à gérer une situation de mésentente... Autrement dit, dans cette hypothèse, si l'on voulait respecter la logique de ces transferts conditionnels il faudrait renverser la disposition et, à l'image de l'alinéa 2 applicable aux conditions résolutoires, neutraliser l'accomplissement de la condition suspensive lorsque celui qui y a intérêt en a abusivement provoqué la survenance¹²⁹⁵. Ce chemin détourné est donc marqué par une relative complexité et c'est certainement ce qui explique qu'il ne soit pas suivi en pratique. Si l'une des parties estime que la condition suspensive s'est irrégulièrement réalisée, elle préférera se situer hors du régime général des conditions et discuter la survenance de l'évènement conditionnel de manière autonome.

250. Invocabilité renforcée des dispositions régissant l'évènement conditionnel –

Contester la façon dont l'évènement conditionnel s'est réalisé offre à la partie qui y a intérêt bien plus matière à discussion si elle décide de se dégager des dispositions du Code civil relatives aux conditions. Et cela est d'autant plus vrai s'agissant des évènements faisant l'objet d'une qualification juridique¹²⁹⁶. L'exemple d'un transfert conditionné à la perte d'une qualité est de nouveau parlant à cet égard car celui qui se retrouve contraint de céder ses droits sociaux pourra, presque au choix, contester le motif de sa révocation, prétendre qu'elle est abusive, contester le motif de son licenciement, arguer que ce dernier est sans cause réelle sérieuse, discuter la caractérisation de la faute, revenir en détail sur le respect de la procédure, etc. En sachant qu'ici deux situations doivent être distinguées. Dans un premier cas de figure, celui qui a perdu une qualité conteste la régularité de cette perte, qu'il estime injustifiée, mais son argumentation juridique n'a pas pour finalité de l'annuler. Par exemple, il soutient que son licenciement a été prononcé sans cause réelle et sérieuse mais n'invoque pas une des causes de nullité de ce dernier listées à l'article L. 1235-3-1 du Code du travail¹²⁹⁷. Dans ces conditions, les conséquences pour le transfert sont limitées. Celui-ci doit s'opérer¹²⁹⁸ et tout au plus le demandeur pourra prétendre subir un préjudice lié à la perte de chance de céder ses titres à des conditions plus favorables s'il lui est accordé par ailleurs qu'on lui a injustement retiré la qualité qui conditionnait son statut d'associé¹²⁹⁹.

¹²⁹³ V. *supra* n°218.

¹²⁹⁴ V. *supra* n°120.

¹²⁹⁵ V. *supra* n°120.

¹²⁹⁶ V. *supra* n°248.

¹²⁹⁷ Par exemple, la violation d'une liberté fondamentale (C. trav., art. L. 1235-3-1, al. 2, 1°).

¹²⁹⁸ V., refusant à juste titre d'attendre l'issue du litige prud'homal pour prononcer la cession forcée d'un transfert conditionné à la cessation des fonctions salariales dans la mesure où le salarié associé ne demandait pas sa réintégration dans le cadre du contentieux relatif à la rupture de son contrat de travail : CA Paris, 28 févr. 2012, n° 10/16807, *BJS*, 2012, n° 6, 489, note PÉRIN.

¹²⁹⁹ V. GALLOIS-COCHET Dorothee et COCHET François, « La clause de cession forcée dans le pacte d'actionnaires liant des salariés », *op. cit.*, p. 76, n°4. Sur la compétence de la juridiction prud'homale dans cette

Mais la caractérisation de ce préjudice n'a rien d'automatique. Il n'y a ainsi par exemple pas de perte de chance si les éléments de valorisation apportés par le demandeur sont insuffisants à démontrer qu'en l'absence de licenciement il aurait revendu ses actions avec un bénéfice¹³⁰⁰. Tout autre est la situation dans laquelle un licenciement serait jugé nul. En effet, dans cette hypothèse si le salarié demande et obtient sa réintégration¹³⁰¹ la condition n'est rétroactivement pas réalisée et le transfert n'a pas à être poursuivi¹³⁰². Doit-on toutefois considérer dans ces deux cas de figure que le risque contentieux est propre au mécanisme ? Il ne nous semble pas car, quelle que soit la finalité poursuivie, le débat se déplace sur le terrain du droit régissant l'évènement conditionnel (droit de la révocation du mandataire social, droit du licenciement notamment) et quitte donc le mécanisme de transfert en lui-même. En réalité, ce dernier aura simplement à subir les conséquences d'une discussion qui se sera déroulée en dehors de lui et c'est pourquoi il est préférable de ne pas retenir ce risque contentieux.

- 251.** Les fondements juridiques du transfert, que celui-ci soit optionnel ou conditionnel, continuent de mettre en exergue trois grands types de risques contentieux, qu'ils soient liés à la qualification du mécanisme, à son régime ou à l'interprétation d'une norme. Étant précisé pour cette dernière catégorie que les mécanismes de transfert conditionnels ont montré que la norme en question pouvait être légale, mais également contractuelle voire jurisprudentielle. Il faut désormais observer ce qu'il en est du côté de la détermination des éléments relatifs au transfert.

B. Le risque contentieux dans la détermination des éléments relatifs au transfert

- 252.** Comme nous l'avons vu, le droit de la vente guide la détermination des éléments relatifs au transfert¹³⁰³. C'est-à-dire que lorsqu'un transfert de droits sociaux est envisagé dans un pacte, les parties se voient contraintes de déterminer la chose transférée et son prix. C'est cette même logique qu'il faut suivre lors de l'observation du risque contentieux et seront donc successivement envisagées la discussion relative à la détermination de la chose transférée (1) puis celle relative à la détermination du prix d'acquisition (2).

1) Discussion relative à la détermination de la chose transférée

- 253. Quantité de la chose** – Dans une configuration classique et majoritairement répandue, le nombre de parts ou actions objets du transfert ne fait aucune discussion. L'actionnaire A sait ainsi par exemple que si tel ou tel évènement se réalise il sera éligible à acquérir tant de parts ou actions de l'actionnaire B et ce dernier ne pourra échapper à son engagement en prétendant que ce nombre est erroné. Mais il faut néanmoins mentionner la série de

situation : V. Soc., 7 juin 2023, n° 21-24.514, *Publié au Bulletin* ; JCP G, 2023, n° 24, 1160, note DAUXERRE ; JCP S, 2023, n° 27-28, 45, note BRISSY ; D., 2023, 1673, notes COURET et CARSIN ; GPL, 2023, n° 34, 57, note MASSART ; BJS, 2023, n° 11, 22, note SCHLUMBERGER ; *Defrénois*, 2023, n° 49, 15, note RICHEVAUX. Comp. Com., 1 juin 2023, n° 21-25.430 et 22-15.545, BJS, 2023, n° 11, 8, note CASIMIR.

¹³⁰⁰ CA Bordeaux, 25 nov. 2020, n° 17/04475.

¹³⁰¹ Le salarié reste en effet libre de ne pas mettre en œuvre ce droit (C. trav., art. L. 1235-3-1, al. 1^{er}).

¹³⁰² Le juge saisi d'une demande d'exécution forcée du transfert devrait, dans une telle hypothèse, surseoir à statuer dans l'attente de la décision du juge prud'homal. V., pour une confirmation *a contrario* : CA Paris, 28 févr. 2012, n° 10/16807, préc.

¹³⁰³ V. *supra* n° 122.

situations déjà évoquées dans lesquelles la quantité exacte de droits sociaux à transférer est uniquement rendue déterminable au moment de la conclusion de l'accord¹³⁰⁴. La clause de *ratchet* en est un bon exemple étant donné que la quantité de titres attribués à l'actionnaire bénéficiaire sera obtenue par application d'une formule de calcul dont le résultat dépend de la valorisation retenue lors de l'opération considérée. Or, le calcul peut être plus ou moins complexe selon que la clause instaure un *full ratchet*, qui correspond au cas dans lequel la mise en œuvre du dispositif « aboutit à ce que soit remis au bénéficiaire de la clause un nombre de titres tel que le prix de revient de chacun de ses titres soit égal au prix auquel sont émis les nouveaux titres »¹³⁰⁵, ou un *weighted average ratchet*, qui correspond cette fois-ci au cas dans lequel la mise en œuvre du dispositif « aboutit à ce que soit remis au bénéficiaire de la clause un nombre de titres tel que le prix de revient de chacun de ses titres soit égal à la moyenne, pondérée par le nombre de titres, des valeurs retenues lors de l'augmentation initiale et de l'augmentation nouvelle »¹³⁰⁶. Les difficultés mathématiques qui peuvent naître de ces procédés sont diverses¹³⁰⁷ mais, de façon générale, il faut bien garder à l'esprit que tant que les droits sont en calcul, ils sont en discussion. La nature du risque contentieux étant ici évidente dans la mesure où il s'agit de débattre de l'interprétation de la norme contractuelle visant la chose et donc de potentiellement s'opposer sur le nombre de parts ou actions à transférer. Bien que les aléas contentieux liés à cette déterminabilité ne doivent pas être occultés, nous verrons qu'ils sont presque négligeables si on les compare aux risques de discussion générés par les formules de déterminabilité du prix¹³⁰⁸.

254. Qualité de la chose – De façon encore plus marginale, la partie qui y aurait intérêt pourrait tenter d'échapper à son engagement en discutant non pas le nombre mais bien la qualité des droits à transférer¹³⁰⁹. Ainsi de la situation dans laquelle un pacte stipule une clause de liquidité applicable aux titres que des signataires détiendraient à une certaine date si la société cible n'était pas introduite en bourse¹³¹⁰. L'introduction n'ayant pas eu lieu à la date convenue, les bénéficiaires de la clause tentent de l'activer. Le problème étant que ces derniers ne détenaient que des bons de souscriptions de parts de créateur d'entreprise (BSPCE). Le débiteur de l'engagement tenta alors d'y échapper en contestant la nature de titres auxdits bons. Un accord fut trouvé dans cette affaire mais celle-ci illustre le fait que les nouvelles formes que semblent pouvoir prendre les titres de capital¹³¹¹ sont susceptibles de questionner certains engagements de transfert dont la largesse des termes imposera de déterminer si certains actifs détenus par les signataires¹³¹² sont inclus ou non dans le champ du mécanisme.

¹³⁰⁴ V. *supra* n°124.

¹³⁰⁵ HAMELIN Jean-François, « Clause de ratchet », in *Les principales clauses des contrats d'affaires*, op. cit., p. 707, n°1514.

¹³⁰⁶ *Ibid.*, p. 708, n°1514.

¹³⁰⁷ V., évoquant notamment le risque de rompus et le risque que le résultat du calcul ne soit pas cohérent avec le montant de l'augmentation de capital : TESTU François Xavier, *Contrats d'affaires*, Dalloz, 2010, p. 337, n°84.07.

¹³⁰⁸ V. *infra* n°255 et s.

¹³⁰⁹ Rappelons que sont volontairement exclus de ces développements tous les contentieux post-acquisition et notamment tout ceux ayant trait aux garanties du vendeur, au premier rang desquelles la garantie des vices cachés : V. *supra* n°234.

¹³¹⁰ CA Paris, 16 mai 2019, n° 15/00225.

¹³¹¹ V., sur le débat concernant le fait de savoir si un apport peut être rémunéré par des valeurs mobilières donnant accès au capital : *supra* n°124.

¹³¹² Les BSPCE dans ce cas d'espèce.

2) Discussion relative à la détermination du prix d'acquisition

255. Ampleur de la discussion – Si l'on a pu passer assez rapidement sur les risques contentieux liés à la détermination de la chose transférée, c'est principalement en raison du fait qu'en matière de détermination des éléments relatifs au transfert, la discussion relative au prix a largement pris le dessus sur celle relative à la chose. Cette assertion se vérifie aussi bien lorsque le prix est déterminé par les parties (a) que par un tiers (b).

a) Prix déterminé par les parties

256. Discussion inhérente à la déterminabilité – Discuter le prix en phase d'exécution d'un mécanisme de transfert revient à s'opposer sur la somme à verser sans remettre en cause le principe de ce versement. Chacun comprendra donc que, dans une situation où le prix est déjà chiffré à la conclusion de l'engagement, une telle opposition a peu de chances de voir le jour. Toutefois, nous avons montré que dans les transferts organisés par les pactes, le déclenchement de l'opération est retardé à la levée de l'option ou à la réalisation de la condition¹³¹³. Or, dans une telle configuration, une estimation chiffrée *in futurum* des droits sociaux concernés par le transfert s'avère par construction impossible¹³¹⁴. C'est donc les techniques de déterminabilité du prix qui ont le plus cours. Le problème étant que celles-ci ne font que proposer un prix à calculer à un moment où, par hypothèse, les intérêts respectifs des parties à la cession peuvent diverger. Ne pas s'entendre sur le prix revient alors à ne pas s'entendre sur la mise en œuvre du calcul. Nous allons voir que cette mise en œuvre peut générer deux grands types de discussions.

257. Discussion mathématique – Il s'agit d'une discussion qui a ceci de paradoxal qu'elle peut pareillement être présentée sous les jours de la simplicité et de la complexité. De la simplicité d'abord, car il n'est ici question de rien d'autre que de deux parties qui s'opposent sur le résultat d'un calcul. C'est-à-dire que lorsqu'elles mettent en œuvre la formule de déterminabilité du prix elles n'aboutissent pas à la même valorisation. Mais ces différences sont plus complexes qu'il n'y paraît car elles reposent rarement sur des erreurs légitimes et résultent plutôt de certaines compréhensions opportunes des paramètres de référence comptables et financiers contenus dans la formule¹³¹⁵. Pourtant, n'a-t-on pas dit que l'exigence même de déterminabilité suppose un chiffrage mécanique rendu possible par une formule de détermination du prix rigoureusement automatique¹³¹⁶ ? Cela est vrai, mais il ne faut pas confondre ici les discussions. Ce n'est pas parce que deux parties s'opposent sur le calcul du prix que ce dernier est indéterminable. La jurisprudence confirme ce point lorsque, par exemple, elle écarte dans un premier temps l'indéterminabilité d'une formule de prix puis répond dans un second temps à l'argumentation d'associés minoritaires qui soutiennent également que l'application de la formule de détermination du prix de cession par l'associé majoritaire est erronée puisqu'elle comptabilise une dette de sauvegarde alors qu'elle en est expressément exclue par les dispositions du pacte d'associés¹³¹⁷. La discussion relative à la

¹³¹³ V. *supra* n°108 et s.

¹³¹⁴ V. *supra* n°129.

¹³¹⁵ Comme par exemple les multiples de résultat, outil répandu dans l'évaluation d'entreprise : V. THAUVRON Arnaud, *Évaluation d'entreprise*, Economica, 5^e éd., 2020, p. 190 et s.

¹³¹⁶ V. *supra* n°133.

¹³¹⁷ T. Com. Paris, 17 nov. 2022, n° J2022000043, *JCP E*, 2023, n° 51-52, 20, chron. SCHILLER et BROCHIER.

déterminabilité est donc une discussion propre à la phase de formation de l'engagement¹³¹⁸ et n'appartient pas à la phase d'exécution. Or, aussi consciencieux qu'ils puissent vouloir être, les rédacteurs de la formule de déterminabilité doivent trouver un équilibre difficile dans un contexte où « un excès de précision peut ligoter les parties tandis qu'une insuffisance peut entraîner des conflits »¹³¹⁹. Il y a donc presque toujours une certaine marge de manœuvre pour celui qui souhaite tirer le prix à la hausse ou à la baisse. Dans ce cas-là, la nature de cette discussion mathématique se décèle aisément puisqu'il s'agira d'interpréter la norme contractuelle pour la mettre en œuvre et décider, parmi les parties qui s'opposent, celle qui a proposé le bon prix.

258. Discussion comportementale – Il est un autre cas de figure où la contradiction relative au prix demandé va davantage porter sur la caractérisation d'un comportement que sur une vision opposée de tel ou tel élément comptable ou financier de la formule de calcul. Tel pourra être le cas à chaque fois que le prix prévu dans le mécanisme de transfert a un objectif qui n'est pas uniquement un objectif de valorisation. Ainsi, à chaque fois qu'une décote est prévue, par exemple lorsque le mécanisme conditionnel dépend de la réalisation d'un événement considéré comme fautif au regard du pacte, le prix assume une fonction de « prix-sanction »¹³²⁰ et ouvre la porte dans la discussion qui lui est propre à une discussion sur l'identification du comportement fautif. On retrouve alors la même dichotomie que lorsqu'il s'agit de constater la survenance d'un événement conditionnel¹³²¹. Soit le pacte a préconstitué au regard d'éléments qu'il a lui-même définis la situation dans laquelle le prix peut être modulé. Il est alors question, si les parties sont en désaccord, de mesurer l'adéquation d'une situation de fait à leurs stipulations¹³²². Soit le pacte a renvoyé à une branche du droit la définition du comportement fautif, comme c'est souvent le cas avec la définition de la faute dans les clauses de *bad leaver*, et c'est à ce moment-là à une définition jurisprudentielle qu'il faudra confronter la situation de fait¹³²³. Ajoutons enfin que l'on peut également imaginer se servir de la fonction du prix pour discuter la qualification du mécanisme afin d'obtenir une modulation de la somme à verser. Ainsi de l'argumentation visant à percevoir la décote comme une sanction contractuelle et donc comme une clause pénale révisable par le juge en application de l'article 1231-5, alinéa 2, du Code civil¹³²⁴. Cette position procédant de l'utilisation particulière faite par les parties du prix, elle

¹³¹⁸ Dans la mesure où le respect de cette exigence doit permettre de dire si le mécanisme est valide : V. *supra* n°221.

¹³¹⁹ GARÇON Jean-Pierre, « Fixation d'un prix de cession de titres et référence aux éléments comptables », *op. cit.*

¹³²⁰ V., évoquant dans le cas des clauses de *bad leaver*, le passage « d'un prix-commutation à un prix-sanction » : GAIARDO Paul, « Regard civiliste sur les clauses dites de *bad leaver* dans les promesses de cession d'actions », *loc. cit.*

¹³²¹ V. *supra* n°246 et s.

¹³²² V. par ex. pour une décote supposant la commission par le dirigeant révoqué d'une faute grave, définie par la promesse de vente en litige « comme une faute créant ou susceptible de créer un préjudice grave à la société » : Com., 21 juin 2023, n°21-21.875, préc. On notera que l'interprétation de la stipulation est fermement dirigée par la Cour qui refuse, au nom du droit fondamental d'agir en justice, de voir dans l'assignation délivrée par le dirigeant à la société dont il était le mandataire une faute grave, peu important le préjudice effectivement créé à la société en question.

¹³²³ V. *supra* n°248.

¹³²⁴ V. GAIARDO Paul, « Regard civiliste sur les clauses dites de *bad leaver* dans les promesses de cession d'actions », *op. cit.*, n°18 et s. Pour une illustration récente : V. Com., 21 juin 2023, n°21-21.875, préc.

correspond bien à un risque contentieux généré par le mécanisme lui-même. Ce dernier s'entend alors comme un risque de discussion relatif à la qualification du mécanisme.

b) Prix déterminé par un tiers

259. Le prix du tiers offrant – Nous avons pu observer dans un certain nombre de mécanismes contenus dans les pactes qu'il peut être prévu que, si transfert il y a, il se fera au prix proposé par un tiers qui intervient de manière plus ou moins directe dans le processus d'acquisition¹³²⁵. Ainsi des clauses de préférence où le promettant s'engage à transmettre son offre au bénéficiaire au prix qui lui aura été proposé par ailleurs par un tiers intéressé¹³²⁶. Ainsi également des clauses d'entraînement dans lesquelles le minoritaire promettant va consentir à ce que ses titres puissent être inclus dans une cession dont le prix définitif résultera d'une négociation intervenue entre le majoritaire et un tiers acquéreur¹³²⁷. Outre le risque de discussion que ces constructions créent au regard de l'exigence de déterminabilité du prix¹³²⁸, et qui appartient en tant que tel à la phase de formation¹³²⁹, on s'aperçoit qu'en phase d'exécution cette référence au prix offert par un tiers porte en elle le germe d'un risque contentieux. Tout simplement car une des deux parties conserve une certaine maîtrise sur la détermination du prix dans la mesure où c'est elle qui est en rapport avec le tiers offrant. La tentation est alors grande de sur ou sous-évaluer les droits pour, par exemple, dissuader le bénéficiaire d'exercer sa préférence¹³³⁰. Ce dernier, s'estimant empêché d'avoir pu valablement jouir de sa priorité conventionnelle, pourra tenter d'invoquer l'adage « *fraus omnia corrumpit* » pour obtenir l'annulation de la cession qui se sera poursuivie sans lui¹³³¹. Faut-il pour autant voir dans ce risque contentieux un risque généré par le mécanisme lui-même ? Une réponse affirmative paraît difficile car le risque de fraude ne dépend pas vraiment du mécanisme mais plutôt de l'usage qui en sera fait ou non par l'un des contractants. On remarquera d'ailleurs que la fraude qui serait pratiquée ici ne remet pas en cause l'engagement, qui va effectivement se dénouer, mais à des conditions inacceptables. Ce serait se méprendre que d'identifier le risque de fraude comme un risque propre à ces stipulations car, si la fraude corrompt tout, alors elle est susceptible de corrompre tout engagement. Il y a donc là, à côté de l'exigence de bonne foi dans l'exécution des conventions¹³³² ou du risque d'abus, une éventualité contentieuse qui, certes, peut apparaître plus probable dans certaines configurations que d'autres, mais qui n'appartient pas à proprement parler à la technique utilisée dans une clause donnée. En résumé, c'est l'usage externe qui sera fait de la stipulation qui dictera l'apparition du contentieux, et non la façon dont le mécanisme est structuré.

¹³²⁵ V. *supra* n°138 et s.

¹³²⁶ V. *supra* n°139.

¹³²⁷ V. *supra* n°142.

¹³²⁸ Rappelons que l'on retrouve cette configuration aussi bien dans des hypothèses où la détermination du prix est une condition de validité du mécanisme que dans des cas où, au moins en théorie, l'engagement prévu n'est pas soumis à cette exigence : V. *supra* n°138 et s.

¹³²⁹ V. *supra* n°221 et s.

¹³³⁰ L'hypothèse est alors celle d'une surévaluation : V. GUYON Yves, *Traité des contrats. Les sociétés. Aménagements statutaires et conventions entre associés*, op. cit., p. 335, n°220.

¹³³¹ Pour une illustration d'espèce dans laquelle, toutefois, la surévaluation frauduleuse n'est pas retenue : V. Com., 13 nov. 2003, n°99-17.784, préc.

¹³³² C. civ., art. 1104.

260. Le prix du tiers estimateur – Paradoxalement, renvoyer la fixation du prix à un tiers estimateur, qu’il s’agisse de celui de l’article 1592 ou de l’article 1843-4 du Code civil¹³³³, devrait être l’éventualité technique qui génère le moins de contentieux. Ceci car ce qui caractérise avant tout de tels mécanismes est un abandon de volonté des parties concernant un élément essentiel de leur accord. C’est-à-dire que, admettant dès le départ que l’opposition d’intérêts structurelle sur la question particulière du prix rend l’accord sur un chiffrage presque impossible, les contractants préfèrent confier cette tâche à un tiers objectif dont ils acceptent par avance les conclusions. Le problème étant que rien ne garantit que l’accord des intérêts qui a présidé à la construction de l’engagement perdure lorsque le tiers procédera effectivement à son estimation. C’est alors un processus de « rattrapage » qui se met en marche de la part de la partie insatisfaite de l’intervention du tiers¹³³⁴. Ce processus diffère selon qu’il s’agit du tiers de l’article 1592 du Code civil ou de celui de l’article 1843-4 du même code.

261. Concernant l’article 1592 du Code civil, nous avons vu qu’il s’agissait d’un véritable mécanisme de détermination du prix d’acquisition au sens du droit de la vente¹³³⁵. Cette logique purement contractuelle irrigue inévitablement la nature des risques contentieux permettant de remettre en cause l’intervention du tiers. Chronologiquement, il est d’abord possible de contester la légitimité de la mission du tiers en soutenant que celle-ci ne disposait pas de base juridique. S’agissant d’un procédé prévu par le législateur lui-même, le risque de discussion est limité, sauf à vérifier que la formule de prix avait effectivement laissé ce dernier à la main d’un tiers. Vient ensuite la possibilité de revenir sur la façon dont l’estimateur a été nommé. La jurisprudence a eu l’occasion de préciser qu’il était exclu que celui-ci soit directement nommé par le juge si les parties n’en ont pas convenu ainsi¹³³⁶. Tout dépend encore une fois de ce que prévoit la stipulation. Si discussion il peut y avoir, celle-ci supposera donc de mesurer l’adéquation du processus de nomination avec la norme contractuelle qui l’organise. En sachant que si la norme est défailante et que ce processus n’aboutit pas, la conséquence est importante étant donné qu’il n’y a point vente¹³³⁷. Une fois le débat relatif au fondement de l’intervention et au déroulé de la nomination du tiers écarté, se défaire du prix que l’estimateur est amené à proposer nécessite de contester la manière avec laquelle ce dernier a conduit sa mission. En la matière, deux angles sont envisageables. Une partie pourra en premier lieu soutenir que les exigences subjectives qui s’imposent à l’homme de l’art, au premier rang desquelles l’impératif d’impartialité¹³³⁸, n’ont pas été respectées. Mais de toute évidence une telle discussion est à écarter de notre analyse car elle dépend d’éléments extérieurs davantage liés à la personnalité du tiers qu’à

¹³³³ Sur l’alternative apparente entre ces deux textes : V. *supra* n°145.

¹³³⁴ Même si le tiers de l’article 1592 ou de l’article 1843-4 du Code civil ne reçoit pas pour mission d’exercer un pouvoir juridictionnel et ne peut donc à ce titre être considéré comme un véritable arbitre (V. *supra* n°146), le parallèle est tentant avec l’arbitrage où, alors même que les parties ont accepté *ab initio* de confier à un arbitre le soin de régler leurs différends, elles peuvent toujours tenter de revenir sur la sentence qu’il aura rendu par le jeu d’un recours en annulation : V., en arbitrage interne, l’article 1492 du Code de procédure civile et l’article 1520 du même code en matière d’arbitrage international.

¹³³⁵ V. *supra* n°146.

¹³³⁶ Solution ancienne et constante. V. 1^{re} Civ., 25 avr. 1952, préc. Malgré la nouvelle rédaction de l’article 1592 du Code civil, une action en exécution forcée qui viserait à contraindre l’autre partie à procéder à la nomination est plus qu’incertaine : V. MOURY Jacques et FRANÇOIS Bénédicte, *Le prix dans les cessions de droits sociaux*, *op. cit.*, p. 240, n°2221.62.

¹³³⁷ C. civ., art. 1592. V. *supra* n°146.

¹³³⁸ V. *supra* n°146.

la structure du mécanisme de transfert. En revanche, contester les modalités objectives choisies par le tiers pour le guider consiste bien à discuter directement la mécanique de détermination du prix. Sur le principe, les parties ne peuvent revenir sur le prix auquel aboutit l'expertise. Son évaluation a force obligatoire, aussi bien à leur égard qu'à celui du juge¹³³⁹. Toutefois, le principe reçoit exception dans deux hypothèses qui découlent de la relation de mandat qui unit les cocontractants au tiers. Ce dernier peut d'abord avoir dépassé ses pouvoirs. Bien que ce risque soit en effet inhérent à toute hypothèse de représentation¹³⁴⁰, « peu nombreuses sont en définitive les situations reflétant un véritable dépassement de pouvoir »¹³⁴¹. Le fait est que l'on voit mal comment ce mandataire pourrait faire autre chose que d'arrêter un chiffre, épuisant par la même la mission qui lui a été confiée¹³⁴². S'il peut excéder ses pouvoirs, ce sera en réalité en ne respectant pas d'éventuelles directives d'évaluation qui lui auront été assignées. Néanmoins, la jurisprudence choisit généralement de contrôler la conformité de la méthode retenue à celle imposée par les parties à l'aune non pas du dépassement de pouvoir, mais bien à celle de l'erreur grossière, qui constitue la seconde exception à la force obligatoire de l'évaluation¹³⁴³. C'est donc celle-ci qu'il faut détailler. S'agissant d'une création prétorienne dont la Cour de cassation accepte malgré tout de contrôler la caractérisation¹³⁴⁴, le débat peut être de deux ordres. Soit, comme nous venons de l'évoquer, il s'agit d'apprécier le travail du tiers à partir de stipulations contractuelles préexistantes, ce qui conduit à une discussion classique supposant de vérifier le respect d'une norme contractuelle dans une situation donnée. Soit, et cela est plus délicat, le contrat ne prévoit rien et il faut alors se plonger dans le régime jurisprudentiel correspondant. Si l'on peut proposer au plan doctrinal une définition de l'erreur grossière, en y voyant par exemple une erreur « inadmissible en contemplation des prévisions des parties à la vente, ou à la cession ou au rachat des droits sociaux, de nature en outre à affecter de manière significative le résultat de l'évaluation, que le tiers estimateur consciencieux et avisé ne saurait commettre »¹³⁴⁵, le contentieux supposera pratiquement de se référer aux multiples

¹³³⁹ V., néanmoins, admettant de façon assez troublante qu'une « actualisation » du rapport de l'expert puisse avoir lieu en cause d'appel à l'initiative du conseiller de la mise en état : 1^e civ., 9 déc. 2010, n°09-10.141, *Bull. civ.*, 2010, I, n° 259 ; *Dr. sociétés*, 2011, n° 2, 19, note HOVASSE ; *BJS*, 2011, n° 3, 189, note DAIGRE ; *LPA*, 2011, n° 47, 3, note GIBIRILA ; *Rev. sociétés*, 2011, 339, note MOURY.

¹³⁴⁰ V. C. civ., art. 1156.

¹³⁴¹ MOURY Jacques et FRANÇOIS Bénédicte, *Le prix dans les cessions de droits sociaux*, *op. cit.*, p. 360, n°2422.22.

¹³⁴² Si l'expert n'arrête pas de chiffre, par exemple en se contentant de proposer une fourchette entre un prix minimum et un prix maximum, alors le prix est tout simplement indéterminé : Com., 29 mai 1972, n°70-13.104, *Bull. civ.*, 1972, IV, n°167 ; *RTD civ.*, 1972, 791, obs. CORNU.

¹³⁴³ V. Com., 6 juin 2001, n°98-18.503, *préc.*, retenant qu'« en s'en remettant pour déterminer le prix de cession des actions à l'estimation d'un tiers, en application de l'article 1592 du Code civil, les contractants font de la décision de celui-ci leur loi ; que la cour d'appel, qui a exactement rappelé que seule une erreur grossière commise par ce tiers serait de nature à remettre en cause le caractère définitif de cette détermination, a, appréciant la conformité de la méthode d'évaluation utilisée à celle choisie d'un commun accord par les parties, ainsi que le bien fondé des éléments retenus par le tiers évaluateur, décidé que l'estimation faite par ce dernier était exempte de toute critique ».

¹³⁴⁴ V. not. 1^e civ., 25 janv. 2005, n°01-10.395, *Bull. civ.*, 2005, I, n° 49 ; *Dr. sociétés*, 2005, n° 4, 11, note TRÉBULLE ; *JCP E*, 2005, n° 22, 906, note RENARD-PAYEN ; *RTD com.*, 2005, 537, notes CHAMPAUD et DANET ; *Rev. sociétés*, 2005, 608, note CHARTIER ; *JCP N*, 2005, n° 26, 1200, note RENARD-PAYEN et n° 38, 1528, note PILLEBOUT.

¹³⁴⁵ MOURY Jacques et FRANÇOIS Bénédicte, *Le prix dans les cessions de droits sociaux*, *op. cit.*, p. 362, n°2422.34.

décisions jurisprudentielles qui circonscrivent les contours de la notion¹³⁴⁶. La logique sera d'ailleurs la même quant à la délimitation des pouvoirs du tiers dans la conduite de sa mission, concernant notamment ce qu'il est ou non en droit d'interpréter. Le principe étant que soit les parties lui ont confié un pouvoir d'interprétation et il faut vérifier que celui-ci a été contractuellement respecté, soit ce n'est pas le cas et il faut alors écumer le régime jurisprudentiel pour déterminer si, dans les circonstances de l'espèce, l'homme de l'art a dépassé les appréciations techniques qu'il est normalement en droit de faire¹³⁴⁷. De sorte que les discussions correspondantes supposent l'application d'une norme de référence qui peut être soit contractuelle, soit jurisprudentielle.

262. En apparence, la partie qui souhaite échapper au prix fixé par le tiers de l'article 1843-4 du Code civil est amenée à se saisir des mêmes risques contentieux que lorsqu'elle souhaite faire échec à l'intervention de l'estimateur de l'article 1592 du Code civil. Et il est vrai que, dans l'ensemble, ceux-ci sont transposables au mécanisme d'expertise du droit des sociétés. Il sera ainsi pareillement possible de contrôler la façon dont le tiers a été nommé. À ceci près que dans l'article 1843-4 du Code civil la nomination est judiciairement organisée¹³⁴⁸ et c'est donc le respect d'une norme légale et non contractuelle qu'il faudra mesurer. On notera que la matière est particulièrement propice au contentieux, tant la compétence exclusive du président du tribunal semble parfois malmenée¹³⁴⁹. Rien ne change non plus lorsque l'on cherche à caractériser si un dépassement de pouvoir ou une erreur grossière a été commise, la discussion conservant la même nature dans les deux

¹³⁴⁶ V. *supra* n°147.

¹³⁴⁷ V., fréquemment cité en la matière et considérant « que, selon l'article 1592 du code civil comme par application du contrat de cession, le tiers expert ainsi désigné, agit comme mandataire commun dans le strict respect de la mission qui lui est confiée. Considérant que la nature de cette mission, qui tend à obtenir, dans les meilleurs délais la détermination d'un prix conditionnant la validité même de la vente, emporte pouvoir de ce tiers expert d'appliquer ce contrat et, sauf exclusion claire et précise, de donner, nonobstant toute saisine du juge judiciaire, de fait incompatible avec la célérité requise, leur sens aux clauses de ce dernier dans la mesure où elles se rattachent à la mission qui lui est confiée, sauf à priver de tout intérêt la mission ainsi confiée » : CA Paris, 17 sept. 2004, n°04/01049. Concernant le tiers expert de l'article 1843-4 du Code civil, les choses ont été récemment clarifiées par la Cour de cassation qui a précisé qu'« il résulte de l'article 1843-4, II, du code civil que si l'expert est tenu d'appliquer, lorsqu'elles existent, les règles et modalités de détermination de la valeur des droits sociaux prévues par toute convention liant les parties, il incombe au juge d'interpréter, s'il y a lieu, la commune intention des parties à la convention. En application de ces principes, l'expert peut, afin de ne pas retarder le cours de ses opérations, retenir différentes évaluations correspondant aux interprétations de la convention respectivement revendiquées par les parties, à charge pour le juge, après avoir procédé à la recherche nécessaire de la commune intention des parties, d'appliquer l'évaluation correspondante, laquelle s'impose alors à lui » (Com., 17 janv. 2024, n°22-15.897, *Publié au Bulletin* ; *BJS*, 2024, n° 3, 11, note REYGROBELLET ; *RDC*, 2024, n° 2, 76, note CAFFIN-MOI ; *GPL*, 2024, n° 20, 47, note PRODHOMME et DEUCHLER ; *JCP E*, 2024, n° 29, 33, note DUMONT ; *Rev. sociétés*, 2024, 568, note ANSAULT ; *JCP E*, 2024, n° 41, 25, chron. PAGNUCCO, LAFAURIE, DEBOISSY, RAFFRAY et WICKER. Une cour d'appel excède donc ses pouvoirs en obligeant l'expert à demander aux parties de saisir un juge pour que celui-ci, en retenant une interprétation de la convention des parties, lui indique l'exercice comptable à prendre en considération pour procéder à l'évaluation des droits sociaux (Com., 7 mai 2025, n°23-24.041, *Publié au Bulletin* ; *BJS*, 2025, n° 7-8, 5, note REYGROBELLET).

¹³⁴⁸ La désignation de l'expert doit en effet résulter de l'accord des parties ou, à défaut, du jugement du président du tribunal judiciaire ou du tribunal de commerce compétent, statuant selon la procédure accélérée au fond et sans recours possible : V. C. civ., art. 1843-4, I, al. 1^{er}.

¹³⁴⁹ V., pour une présentation minutieuse de l'incompétence des autres organes juridictionnels envisageables, qu'il s'agisse de la cour d'appel, du juge des référés, des requêtes, de la mise en état ou encore de la formation collégiale du tribunal : MOURY Jacques et FRANÇOIS Bénédicte, *Le prix dans les cessions de droits sociaux*, *op. cit.*, p. 247, n°2222.41 et s.

configurations¹³⁵⁰. Une difficulté persiste néanmoins car, si l'expert de l'article 1843-4 du Code civil intervient dans un transfert prévu par un pacte, c'est uniquement parce que les parties auront choisi de se soumettre contractuellement au texte. Or, une telle soumission n'est pas expressément envisagée par la disposition¹³⁵¹. On ne peut donc simplement se contenter de reprendre les risques contentieux générés par cet article, sauf à oublier une discussion préalable et fondamentale qui est une discussion de régime. Celle-ci provient du fait que les parties peuvent s'opposer sur la conséquence juridique de cet assujettissement contractuel. En sachant que dans cette configuration, quatre positions peuvent être soutenues. On peut d'abord estimer qu'une telle soumission est entièrement inefficace, ce qui aboutit à considérer que la détermination du prix n'a pas été valablement laissée à la main d'un tiers¹³⁵². On peut ensuite soutenir que cette inefficacité n'est que partielle et que dans un tel cas il faut considérer que c'est à l'article 1592 du Code civil que les parties ont en réalité entendu se référer¹³⁵³. Inversement, on peut admettre que cette soumission est efficace mais d'une efficacité limitée dans la mesure où les parties se verraient contraintes de reprendre l'ensemble du procédé d'estimation, tout dépeçage de la disposition étant exclu¹³⁵⁴. Enfin, il est possible de donner une pleine efficacité à cette soumission en considérant que les parties peuvent librement recourir à l'article 1843-4 du Code civil avec la possibilité d'en amender le régime¹³⁵⁵. L'on sait bien que toutes ces positions ne se valent pas, que la doctrine, appuyée par la jurisprudence rendue antérieurement à la réforme du 31 juillet 2014¹³⁵⁶ à la fois sur le fondement de ce texte et dans des cas connexes de soumission volontaire à un statut impératif, a mis en évidence que l'article était selon toute vraisemblance disponible contractuellement mais sans modification possible¹³⁵⁷. Il n'en demeure pas moins que la discussion de régime existe et doit par conséquent être intégrée aux risques contentieux permettant de remettre en cause le prix fixé par le tiers estimateur¹³⁵⁸.

¹³⁵⁰ V. *supra* n°261.

¹³⁵¹ V. *supra* n°154.

¹³⁵² Dans cette hypothèse la discussion appartient davantage à la phase de formation : V. *supra* n°224.

¹³⁵³ DONDERO Bruno, « La réforme de l'article 1843-4 du Code civil Ord. n° 2014-863, 31 juill. 2014 », *JCP E*, 2014, n°43, 1531, §28. Où l'on observe qu'à la discussion sur le régime, s'ajoute une discussion sur la qualification du mécanisme.

¹³⁵⁴ V. *supra* n°155.

¹³⁵⁵ On peut pousser la réflexion et considérer que dans cette hypothèse cela signifie que le régime n'a plus rien d'obligatoire. Cette latitude est à double tranchant car la Cour de cassation pourrait revenir à sa jurisprudence antérieure (V. *supra* n°148) et redonner sa pleine liberté au tiers dans ses méthodes d'évaluation, peu importe ce qu'auraient prévu les parties.

¹³⁵⁶ Ordonnance n° 2014-863 du 31 juillet 2014 relative au droit des sociétés, prise en application de l'article 3 de la loi n° 2014-1 du 2 janvier 2014 habilitant le Gouvernement à simplifier et sécuriser la vie des entreprises.

¹³⁵⁷ Pour la reprise de ces arguments et le détail de notre position : V. *supra* n°155.

¹³⁵⁸ Précisons pour finir qu'il ne faut pas se méprendre sur la nature de cette remise en cause. Sauf à ce que la méthode d'évaluation imposée au tiers rende le prix indéterminable (mais il y a là un risque contentieux appartenant à la phase de formation : V. *supra* n°222), attaquer le processus d'estimation, qu'il s'agisse de celui de l'article 1592 ou de l'article 1843-4 du Code civil, imposera seulement d'avoir à reprendre la procédure de nomination du tiers. Dans le cas de l'article 1843-4 du Code civil il faudra donc de nouveau saisir le juge conformément à la disposition légale. Dans celui de l'article 1592 en revanche, les parties seront uniquement « invitées » à désigner un nouvel estimateur (V. 1^{er} civ., 2 déc. 1997, n°95-19.791, préc.) ce qui, en cas de probable désaccord, pourra bloquer le transfert si la clause ne prévoit pas de possibilité de nomination judiciaire.

263. Conclusion de section – L’observation empirique du risque contentieux dans les mécanismes exigeant un transfert de droits sociaux, aussi bien au stade du déclenchement du transfert que de la détermination des éléments de ce dernier, aura donc permis d’appréhender de manière relativement complète les risques contentieux susceptibles d’être générés par ce type d’engagements, que ce soit en phase de formation, de disparition ou d’exécution. De façon attendue, chaque mécanisme génère une discussion qui lui est propre et qui est liée à la technique contractuelle utilisée. Ainsi, en phase de formation un mécanisme optionnel peut être mis à l’épreuve d’un certain nombre de normes prohibitives telles que l’interdiction des clauses léonines ou la prohibition des pactes sur succession future. De façon similaire, en raison du rôle joué par la condition dans ce type de stipulations, les mécanismes conditionnels de transfert courent le risque d’être confrontés à l’article 1304-2 du Code civil interdisant les conditions potestatives. Mais il est également possible que la qualification de l’engagement soit en jeu si la validité d’une promesse conditionnelle est contestée au nom de la qualification de clause d’exclusion. C’est ensuite l’exigence générale de déterminabilité qui est susceptible de remettre en cause, soit la détermination de la chose à transférer, auquel cas il faut appliquer l’article 1163 du Code civil, soit celle du prix, auquel cas s’applique l’article 1591 du même code. Étant précisé qu’il se peut que la discussion porte sur l’applicabilité même de ce dernier article, notamment lorsque les parties ont prévu un prix dans un pacte de préférence. Il ne s’agit alors plus d’une discussion portant sur l’interprétation d’une norme légale mais bien d’une discussion de régime. Dans le cadre de questionnements plus divers, il faut mentionner que d’autres normes ont la capacité de remettre en question la validité du mécanisme de transfert, par exemple si le prix a fait l’objet d’une décote et que l’on se demande si la stipulation ne contrevient pas à l’article L. 1331-2 du Code du travail prohibant les amendes ou autres sanctions pécuniaires. En phase de disparition, la dichotomie entre mécanismes de transfert et mécanismes exigeant un comportement se fait moins nécessaire. Le pacte est en effet dans sa globalité exposé, d’une part, à un risque de caducité qui suppose d’appliquer l’article 1186, alinéa 1^{er}, du Code civil à la situation concernée et, d’autre part, à un risque de résiliation si le débat porte sur la qualification de l’accord, entre contrat à durée déterminée et indéterminée. Pour ce qui est de la phase d’exécution, il faut identifier une discussion de régime à propos de l’ancien débat relatif à l’efficacité de la rétractation du promettant avant la levée d’option du bénéficiaire. Lorsque l’on cherche en revanche à se passer de la levée de l’option pour forcer la vente, c’est la qualification des promesses croisées qui est en cause. Une fois formée, la vente est susceptible d’exécution sauf à appliquer principalement les limites de l’article 1221 du Code civil. L’exécution d’un mécanisme de transfert conditionnel engendre pour sa part une possible discussion relative à la constatation de la survenance de l’évènement conditionnel, avec interprétation de la norme contractuelle lorsque cet évènement correspond à une situation de fait, et interprétation d’une norme jurisprudentielle lorsque cet évènement fait l’objet d’une qualification juridique comme la faute grave ou lourde en droit social. La discussion relative à la régularité de la survenance de l’évènement conditionnel doit quant à elle être laissée de côté car le débat se déplace alors sur le terrain du droit régissant l’évènement conditionnel et quitte le mécanisme de transfert en lui-même. Enfin, la détermination des éléments relatifs au transfert supposera principalement de discuter en phase d’exécution l’interprétation de la norme contractuelle, que l’on s’oppose sur la quantité ou la qualité de

la chose à transférer ou encore sur le montant du prix à verser. Dans ce dernier cas, la discussion peut être aussi bien mathématique que comportementale. Si la formule de calcul a un objectif qui n'est pas uniquement un objectif de valorisation, il est en effet possible de s'opposer sur la caractérisation du comportement pivot, voire de soutenir que le procédé utilisé répond à la qualification de clause pénale. Une solution envisageable est d'avoir recours à un tiers estimateur, que ce soit celui de l'article 1592 du Code civil ou celui de l'article 1843-4 du même code. L'une ou l'autre des parties pourrait toutefois être tentée de revenir sur le prix fixé par l'expert. L'argument principal sera celui de l'erreur grossière et il faudra alors appliquer les règles jurisprudentielles correspondantes qui circonscrivent la notion. Et ne doit pas être oubliée une particularité contentieuse propre à l'article 1843-4 du Code civil. Celle-ci a trait à la conséquence juridique que doit avoir l'assujettissement contractuel volontaire à cette disposition. Une telle discussion n'étant à n'en pas douter une discussion de régime.

- 264.** Au-delà de l'extrême diversité des risques contentieux observés, l'empirisme permet malgré tout de faire apparaître trois grandes voies de remise en cause d'un engagement à savoir discussions portant sur la qualification du mécanisme, discussions portant son régime ou enfin discussions relatives à l'application d'une norme, que celle-ci soit légale, jurisprudentielle, ou contractuelle. Il nous faut à présent vérifier que ces types de risques contentieux subsistent au sein du deuxième bloc d'engagements contenus dans les pactes, ceux exigeant un comportement.

Section 2 : L'observation du risque contentieux dans les mécanismes exigeant un comportement

265. Conformément à ce qui a déjà été réalisé lors de l'observation du risque contentieux dans les mécanismes exigeant un transfert de droits sociaux¹³⁵⁹, il nous faut de nouveau distinguer, cette fois-ci pour l'observation du risque contentieux dans les mécanismes exigeant un comportement, les discussions liées à la phase de formation et de disparition du pacte de celles tenant à sa phase d'exécution. Ce retour à une structure d'analyse fondée sur les différentes phases de la vie du pacte s'impose pour assurer la cohérence de l'étude et permettre une lecture ordonnée des différents types de risques contentieux. Il conviendra donc, ici encore, d'analyser successivement les discussions se rapportant aux phases de formation et de disparition du pacte d'associés (I), puis celles relatives à sa phase d'exécution (II).

I. Discussions se rapportant aux phases de formation et de disparition du pacte d'associés

266. Pareillement, la tentative de mise en échec d'un mécanisme exigeant un comportement doit faire l'objet de développements séparés selon que la partie concernée s'appuie sur les règles qui gouvernent la formation du mécanisme ou sur celles qui président à sa disparition. Cette distinction permet de mieux cerner les fondements invoqués pour contester l'engagement et d'identifier, selon le moment auquel intervient la remise en cause, les risques contentieux spécifiques susceptibles d'en découler. Raison pour laquelle seront distinguées les discussions se rapportant à la phase de formation (A) de celles se rapportant à la phase de disparition (B).

A. Discussions se rapportant à la phase de formation

267. En gardant à l'esprit que l'approche restrictive retenue de la phase de formation¹³⁶⁰ conduit à ne retenir que les discussions visant à remettre en cause l'engagement en s'appuyant sur une irrégularité originelle, c'est-à-dire les problématiques de validité, et que seules nous intéressent les irrégularités liées à la structure même du mécanisme, il est possible de démarrer l'observation en reprenant la distinction technique déjà présentée¹³⁶¹ entre mécanismes exigeant un comportement des cocontractants (1) et mécanismes exigeant un comportement des tiers (2).

1) Le risque contentieux lié à l'exigence du comportement des cocontractants

268. Discussion propre au mécanisme général – Nous avons vu que, malgré les évolutions du droit des obligations, la technique la plus utilisée pour exiger un comportement de son cocontractant demeurerait celle de l'obligation de faire ou de ne pas faire¹³⁶². De la sorte, une

¹³⁵⁹ V. *supra* n°209 et s.

¹³⁶⁰ V. *supra* n°211.

¹³⁶¹ V. *supra* n°159 et s.

¹³⁶² V. *supra* n°161 et s.

partie souhaite obtenir de l'autre une action ou une abstention. En phase de formation, la validité de l'engagement dépend alors du fait de savoir si le droit permet ou non d'exiger l'action ou l'abstention visée. Il y aura donc nécessairement confrontation entre l'ambition contractuelle en cause et une norme donnée. Celle-ci peut être légale ou jurisprudentielle lorsque les conditions de validité de la stipulation ont été dégagées par la jurisprudence. Les obligations de ne pas faire sont fécondes en la matière dans la mesure où elles sont le plus souvent restrictives de l'exercice d'un droit ou d'une liberté¹³⁶³. Elles supposent alors la mise en œuvre d'un contrôle de proportionnalité qui sera réalisé par les juges. Ainsi de la clause de non-concurrence insérée dans un pacte d'associés qui, « lorsqu'elle a pour effet d'entraver la liberté de se rétablir d'un salarié, actionnaire ou associé de la société qui l'emploie [...] n'est licite que si elle est indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise, limitée dans le temps et dans l'espace, qu'elle tient compte des spécificités de l'emploi du salarié et comporte l'obligation pour la société de verser à ce dernier une contrepartie financière, ces conditions étant cumulatives »¹³⁶⁴. La Haute Cour a ensuite affirmé de façon plus générale qu'« une clause de non-concurrence prévue à l'occasion de la cession de droits sociaux est licite à l'égard des actionnaires qui la souscrivent dès lors qu'elle est limitée dans le temps et dans l'espace et proportionnée aux intérêts légitimes à protéger ; que sa validité n'est subordonnée à l'existence d'une contrepartie financière que dans le cas où ces associés ou actionnaires avaient, à la date de leur engagement, la qualité de salariés de la société qu'ils se sont engagés à ne pas concurrencer »¹³⁶⁵. Enfin, la confrontation pourra aussi se faire avec une autre norme contractuelle. Il sera ici question pour une partie de s'appuyer sur l'éventuelle hiérarchie à établir entre les règles statutaires et les engagements pris dans les pactes d'associés¹³⁶⁶. Dans toutes ces hypothèses, la discussion contentieuse portera donc sur l'interprétation d'une norme.

269. Discussion propre aux mécanismes accessoires – Rappelons qu'à côté du mécanisme général de l'obligation de faire, les parties ont également recours à des procédés plus accessoires qui visent pareillement à obtenir un comportement de leur cocontractant¹³⁶⁷. Lorsque la technique utilisée n'est qu'indirectement contraignante, comme par exemple les déclarations faites dans le préambule, elle ne pose *a priori* aucun problème de validité. La raison est simple et tient à la faiblesse normative de ces engagements qui, n'obligeant pas directement à une quelconque prestation, n'ont pas besoin d'être remis en cause pour y échapper¹³⁶⁸. En revanche, lorsque sont mobilisées des stipulations non-obligationnelles

¹³⁶³ BOILLOT Christine, « L'obligation de ne pas faire : étude à partir du droit des affaires », *loc. cit.*

¹³⁶⁴ Com., 15 mars 2011, 2011, n° 10-13.824, *Bull. civ.*, 2011, IV, n° 39 ; *RTD civ.*, 2011, 348, note FAGES ; *RLDA*, 2011, n° 60, 10, note CONSTANTIN et 52, chron. CANUT ; *JCP E*, 2011, n° 21-22, 24, note COURET et DONDERO et n° 25, 34, note GRIGNON ; *GPL*, 2011, n° 215-216, 17, note HOUTCIEFF ; *JCP E*, 2011, n° 47, 21, note DEBOISSY et WICKER ; *Dr. et patr.*, 2012, n° 214, 95, note PORACCHIA. V. MARTIN Didier et SCHILLER Sophie, *Guide des pactes d'actionnaires et d'associés : 2022/2023, op. cit.*, p. 269, n°411 et s. ; HEINICH Julia, LÉCUYER Hervé et MESTRE Jacques [dir.], *Les pactes d'affaires, op. cit.*, p. 75, n°72.

¹³⁶⁵ Com., 8 oct. 2013, n°12-25.984, *BJS*, 2014, n° 1, 17, note SAINTOURENS ; *Dr. sociétés*, 2014, n° 1, 20, note MORTIER ; *Rev. sociétés*, 2014, 102, note BARBIÈRI. V., pour une mise en application récente à propos d'une clause de non-concurrence stipulée dans un acte de cession d'actions : Com., 16 nov. 2022, n°20-21.113, *Rev. sociétés*, 2023, 361, note LE NOACH.

¹³⁶⁶ Sur ce risque contentieux valable pour tout engagement, qu'il soit de transfert ou de comportement : V. *infra* n°274.

¹³⁶⁷ V. *supra* n°170 et s.

¹³⁶⁸ V. *supra* n°173 et s.

directement contraignantes comme les clauses de juridiction¹³⁶⁹, leur particulière efficacité suppose d'en vérifier les conditions de validité. Ainsi de la clause dérogeant aux règles de compétence territoriale qui, pour ne pas être réputée non écrite, devra, conformément à l'article 48 du Code de procédure civile, avoir « été convenue entre des personnes ayant toutes contracté en qualité de commerçant » et avoir été « spécifiée de façon très apparente dans l'engagement de la partie à qui elle est opposée ». Au plan contentieux, il s'agira donc de vérifier la conformité de la stipulation à la norme qui lui est applicable et donc de discuter l'interprétation d'une norme.

2) Le risque contentieux lié à l'exigence du comportement des tiers

270. Deux objectifs complémentaires sont poursuivis par les parties lorsqu'elles tentent d'embrasser le comportement des tiers. Elles peuvent ainsi entreprendre de remédier à la relativité du pacte ou de renforcer son opposabilité¹³⁷⁰. La perspective contentieuse commande de suivre cette ambition en analysant successivement la discussion provoquée par les techniques de remédiation à la relativité du pacte (a) puis la discussion provoquée par les techniques de renforcement de son opposabilité (b).

a) Discussion provoquée par les techniques de remédiation à la relativité du pacte

271. Logique purement contractuelle – Nous verrons en phase d'exécution que ce qui caractérise avant tout la discussion propre aux techniques contractuelles de remédiation à la relativité du pacte est l'incertitude qu'elles peuvent générer sur la qualification juridique qui leur sera donnée en cas de contentieux¹³⁷¹. Le fait est que, si les intérêts divergent, chacun voudra définir précisément les engagements assumés par l'autre partie¹³⁷². S'agissant de la phase de formation, il ne va pas uniquement être question pour une partie d'opposer à l'autre sa vision de la stipulation litigieuse. En effet, qui dit phase de formation dit velléité de l'un des contractants de convoquer les conditions de validité qui correspondent à la qualification qu'il aura sélectionnée afin d'empêcher le mécanisme de se dénouer conformément aux prévisions initiales. Par exemple, l'on pourra prétendre qu'une technique de substitution d'un nouveau contractant à un signataire initial relève de la cession de contrat¹³⁷³ et que l'écrit qui doit constater la cession à peine de nullité¹³⁷⁴ n'a pas été réalisé. Alors même que le débat se déportera, *in fine*, sur le respect des normes invoquées, la nature véritable du contentieux en cause ne change pas dans la mesure où tout dépend toujours de la qualification retenue. C'est donc un risque relatif à l'identification des normes applicables que le mécanisme génère avant tout. Autrement dit un risque de discussion relatif à la qualification du mécanisme utilisé.

272. Logique sociétaire – Malgré l'ambition contractuelle qu'elles affichent parfois, les parties qui souhaitent peser sur le comportement de la société cible n'ont pas la possibilité

¹³⁶⁹ V. *supra* n°171 et s.

¹³⁷⁰ V. *supra* n°179 et s.

¹³⁷¹ V. *infra* n°283.

¹³⁷² V. *infra* n°283.

¹³⁷³ Sur cette qualification : V. *infra* n°526.

¹³⁷⁴ C. civ., art. 1216, al. 3.

d'aménager directement le fonctionnement légal des sociétés. Seul s'offre à elles le recours à des techniques contractuelles usuelles par lesquelles elles vont « pacter » un droit ou une influence détenus dans la société cible¹³⁷⁵. L'on serait donc tenté de reprendre au plan contentieux le risque de discussion généré par la logique purement contractuelle¹³⁷⁶. Et il est vrai que les problématiques de qualification du mécanisme utilisé sont logiquement transposables¹³⁷⁷. Néanmoins, il ne faut pas perdre ici de vue que les parties cherchent à obtenir un comportement sociétaire. Ce faisant, elles prétendent infléchir un cadre plus ou moins rigide selon la forme sociale concernée qui, si l'on envisage les règles impératives qui le constituent, est généralement désigné sous le vocable d'ordre public sociétaire¹³⁷⁸. Intrinsèquement, les mécanismes utilisés courent donc le risque de se voir confrontés à ce dernier. Ainsi, si la promesse de porte-fort est par exemple une figure contractuelle classique normalement uniquement contrôlée à l'aune de règles relevant du droit des contrats, elle peut également se heurter à des « principes traditionnels »¹³⁷⁹ du droit des sociétés comme le principe de libre révocabilité des dirigeants sociaux lorsque tel ou tel dirigeant se trouve protégé par l'engagement du promettant¹³⁸⁰. La conséquence est importante car « la clause du pacte qui inclurait une stipulation contraire à l'ordre public sociétaire se trouverait frappée de nullité de sorte que l'inexécution de l'obligation qu'elle renferme n'ouvrirait droit à aucune sanction judiciaire et notamment à aucune possibilité d'exécution forcée »¹³⁸¹. La discussion supposera donc d'apprécier la conformité de la stipulation litigieuse à la norme sociétaire invoquée et donc d'en discuter l'interprétation. Un point mérite toutefois précision. Il va sans dire que les techniques de remédiation à la relativité du pacte, quand bien même elles s'exprimeraient dans le cadre d'une logique sociétaire, n'ont pas l'apanage de la confrontation aux règles d'ordre public du droit des sociétés. On rappellera notamment que les transferts optionnels génèrent un contentieux important au regard de la prohibition des clauses léonines¹³⁸² tout comme les transferts conditionnels ont pu voir la dynamique qu'ils organisent être examinée sous l'angle du régime propre aux clauses d'exclusions statutaires¹³⁸³. Le propos vise donc uniquement à souligner que ce risque se fait plus aigu en cette matière où l'ambition initiale et affichée des parties est directement d'atteindre le fonctionnement social.

¹³⁷⁵ V. *supra* n°188.

¹³⁷⁶ V. *supra* n°271.

¹³⁷⁷ V., pour la phase d'exécution : *infra* n°283.

¹³⁷⁸ V. not. GERMAIN Michel, « Pactes, statuts et ordre public », *op. cit.* ; ANSAULT Jean-Jacques, « Les pactes extrastatutaires sous la surveillance de l'ordre public sociétaire », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Germain*, LGDJ-Lextenso éd., 2015, p. 1 ; LE NOACH Gauthier, *Le statutaire et l'extrastatutaire en droit des sociétés : contribution à l'analyse juridique de l'aménagement des rapports entre associés*, *op. cit.* ; BARBIÈRI Jean-Baptiste, *L'Ordre sociétaire*, *op. cit.* ; FARGES Simon, *L'Ordre public sociétaire*, Dalloz, 2022. V. *infra* n°536 et s.

¹³⁷⁹ V. BUCHBERGER Matthieu, « L'ordre public sociétaire », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Germain*, *op. cit.*, p. 181, spéc. p. 189, n°13 : « La doctrine insiste sur l'existence de grands principes qui s'imposent notamment parce qu'ils sont de l'essence des sociétés ou de certaines d'entre elles. À ce titre, ils font partie de l'ordre public sociétaire. Ces grands principes n'ont pas besoin d'assise textuelle pour s'imposer, bien qu'au fil des différentes réformes nombre d'entre eux aient été intégrés dans les dispositions relatives aux sociétés ».

¹³⁸⁰ V. *supra* n°188.

¹³⁸¹ ANSAULT Jean-Jacques, « Les pactes extrastatutaires sous la surveillance de l'ordre public sociétaire », *op. cit.*, p. 18, n°14.

¹³⁸² V. *supra* n°215.

¹³⁸³ V. *supra* n°218. Sur la question plus générale de la réaction de l'ordre public sociétaire face aux pratiques extrastatutaires : ANSAULT Jean-Jacques, « Les pactes extrastatutaires sous la surveillance de l'ordre public sociétaire », *op. cit.*, p. 18, n°14 et s.

b) Discussion provoquée par les techniques de renforcement de l'opposabilité du pacte

273. Antinomie avec les problématiques de formation – Il est antinomique d'évoquer des discussions portant sur la validité d'un engagement au sein de développements ayant pour objet les techniques de renforcement de l'opposabilité du pacte. C'est qu'il s'agit uniquement par ces procédés de tenter, par des chemins divers et variés¹³⁸⁴, de s'assurer que les stipulations convenues seront respectées, particulièrement au sein de la société cible. Survient alors mécaniquement une problématique d'exécution dans la mesure où, si débat il doit y avoir, celui-ci portera naturellement sur le résultat juridique auquel permettent de parvenir ces techniques de renforcement de l'opposabilité¹³⁸⁵. Au-delà, nous avons vu que, même si les apparences sont parfois trompeuses, toute identification d'un engagement autonome en la matière était vaine¹³⁸⁶. Or, sans engagement autonome, il ne peut par définition y avoir de problématiques de formation car il n'y a pas d'obligation propre dont il faudrait contrôler la validité.

274. Pour conclure sur les risques contentieux appartenant à la phase de formation, deux points doivent être abordés. Premièrement, il est possible que le débat sur la validité d'un engagement ne soit que le préalable à une discussion qui portera sur le pacte en son entier. Les conséquences de l'invalidité d'une stipulation sur l'acte qui la contient étant précisées par l'article 1184 du Code civil¹³⁸⁷, il s'agira de régler l'application de cette norme dans l'hypothèse envisagée¹³⁸⁸. Secondement, que le mécanisme soit de transfert ou de comportement, la multiplication des supports auxquels ont recours les associés pour organiser leurs relations¹³⁸⁹ s'accompagne presque automatiquement d'un risque de contrariété entre eux, particulièrement entre une disposition extrastatutaire et statutaire. Néanmoins, il faut se garder de procéder à une catégorisation globale de ce risque contentieux car il n'y a pas nécessairement de hiérarchie de principe entre les supports, la Cour de cassation réglant les hypothèses de conflits forme sociale par forme sociale en fonction des normes applicables. C'est ainsi par exemple que pour les mécanismes de transfert de titres en SAS une telle discussion suppose d'interpréter l'article L. 227-15 du Code de commerce¹³⁹⁰. Mais le débat pourra se dérouler en d'autres lieux où les textes sont

¹³⁸⁴ V. *supra* n°192 et s.

¹³⁸⁵ V. *infra* n°285.

¹³⁸⁶ V. *supra* n°195.

¹³⁸⁷ Celui-ci dispose en effet que : « Lorsque la cause de nullité n'affecte qu'une ou plusieurs clauses du contrat, elle n'emporte nullité de l'acte tout entier que si cette ou ces clauses ont constitué un élément déterminant de l'engagement des parties ou de l'une d'elles. Le contrat est maintenu lorsque la loi répute la clause non écrite, ou lorsque les fins de la règle méconnue exigent son maintien ».

¹³⁸⁸ Pour une illustration : V. T. Com. Paris, 16 juin 2023, n° 2022051036, *JCP E*, 2023, n° 51-52, 20, chron. SCHILLER et BROCHIER.

¹³⁸⁹ V. MARTIN Didier et SCHILLER Sophie, *Guide des pactes d'actionnaires et d'associés : 2022/2023*, *op. cit.*, p. 7, n°10.

¹³⁹⁰ Celui-ci dispose en effet que « toute cession effectuée en violation des clauses statutaires est nulle ». V. GERMAIN Michel, PÉRIN Pierre-Louis (actualisation AZARIAN Hélène), « SOCIÉTÉS PAR ACTIONS SIMPLIFIÉES. – Organisation des rapports entre associés. – Clauses statutaires relatives à la cession d'actions », *J.-CL. Sociétés Traité*, fasc. 155-30, LexisNexis, 2022, n°51 et s., et, pour une illustration récente, Com., 21 juin 2023, n°21-25.952 et 22-12.045, préc. On retrouve la même sanction de la nullité dans la société européenne à l'article L. 229-11 du Code de commerce.

moins-disants¹³⁹¹ et c'est pourquoi il n'est pas possible de définir abstraitement la nature de ce moyen contentieux¹³⁹².

B. Discussions se rapportant à la phase de disparition

275. Renvoi – Rappelons ici que la perspective que nous avons adoptée pour observer le risque contentieux en phase de disparition nous a conduit à retenir une approche simplifiée moins dépendante de la dichotomie entre mécanismes exigeant un transfert de droits sociaux et mécanismes exigeant un comportement¹³⁹³. Ce qui a été dit lors de l'observation du risque contentieux en phase de disparition pour ces premiers mécanismes est donc applicable aux mécanismes exigeant un comportement. Ces derniers engendrent ainsi de la même façon, d'une part, un risque de discussion lié à l'application de l'article 1186, alinéa 1^{er}, du Code civil relatif à la caducité et, d'autre part, un risque de discussion lié à la qualification de l'accord, entre contrat à durée déterminée et indéterminée, dont l'objet sera de déterminer si, oui ou non, l'engagement est résiliable unilatéralement.

II. Discussions se rapportant à la phase d'exécution du pacte

276. Pour les mêmes raisons que celles exposées à propos des mécanismes de transfert, le risque contentieux généré par les mécanismes exigeant un comportement en phase d'exécution devra être observé en ayant recours au modèle de l'exécution forcée en nature, sans perdre de vue que ce dernier ne recouvre pas à lui seul l'ensemble des obstacles pouvant entraver l'exécution d'un mécanisme donné¹³⁹⁴. Cela étant précisé, il est à nouveau possible de suivre l'ambition contractuelle des parties en distinguant le risque contentieux lié à l'exigence du comportement des cocontractants (A) de celui lié à l'exigence du comportement des tiers (B).

A. Le risque contentieux lié à l'exigence du comportement des cocontractants

277. L'examen technique des différents procédés permettant d'exiger un comportement de son cocontractant a mis en évidence qu'à un mécanisme général, issu du droit des obligations, succédaient un certain nombre de mécanismes accessoires plus ou moins contraignants¹³⁹⁵. Cette articulation, déjà esquissée, permet de structurer l'observation du risque contentieux selon l'intensité contraignante que chaque procédé est susceptible de faire peser sur le cocontractant. Seront donc successivement envisagées la discussion relative au mécanisme général (1), puis celle relative aux mécanismes accessoires (2).

¹³⁹¹ V. not. dans les autres sociétés par actions la nullité instaurée par l'article L. 228-23, alinéa 5, du Code de commerce qui se limite à l'hypothèse d'une « cession effectuée en violation d'une clause d'agrément figurant dans les statuts ».

¹³⁹² La position doit être la même à propos de la forme légalement imposée, statutaire ou non, de telle ou telle clause. Tout dépend en réalité de la forme sociale concernée et du texte à partir duquel on essaye de donner une réponse, notamment lorsque, par l'utilisation du verbe « pouvoir », celui-ci semble autoriser la forme statutaire sans l'imposer : V. MARTIN Didier et SCHILLER Sophie, *Guide des pactes d'actionnaires et d'associés* : 2022/2023, *op. cit.*, p. 11, n°16.

¹³⁹³ V. *supra* n°226.

¹³⁹⁴ V. *supra* n°234.

¹³⁹⁵ V. *supra* n°170 et s.

1) Discussion relative au mécanisme général

278. Premier temps – En phase d'exécution, la discussion que peut générer un mécanisme permettant d'exiger un comportement est d'abord relativement circonscrite. Le fait est que, malgré les évolutions du droit des obligations, la technique la plus utilisée demeure celle de l'obligation de faire ou de ne pas faire¹³⁹⁶. Or, celle-ci ne se caractérise pas par sa complexité et c'est déjà dire beaucoup que d'affirmer qu'elle se résume à l'action ou à l'abstention qu'elle permet d'obtenir. La direction très claire du procédé utilisé impacte naturellement la discussion corrélatrice car, de deux choses l'une, soit il prévoit un comportement positif et il faut vérifier que l'action exigée est bien visée par la stipulation considérée, soit il prévoit un comportement négatif, autrement dit une abstention, et il faut vérifier que le débiteur a bien eu un comportement interdit par la clause. Ainsi, positivement, d'une obligation d'information qui, pour pouvoir se dénouer, devra résister à la discussion visant à remettre en cause le fait que les documents exigés sont effectivement compris dans l'obligation stipulée¹³⁹⁷. Ainsi, négativement, d'une obligation de non-concurrence pour laquelle il faudra faire la preuve que l'on est bien face à un comportement concurrentiel prohibé. C'est aussi l'occasion de se remémorer le fait que certains mécanismes ont pour partie une nature comportementale. On songe ici aux clauses de préférence et de préemption qui supposent de la part du promettant qu'il notifie les conditions de la vente au bénéficiaire, avant tout exercice éventuel de son droit d'option par ce dernier¹³⁹⁸. Le promettant pourra donc, dans une logique similaire aux autres engagements comportementaux, remettre en cause les contours de l'attitude promise, qu'il choisisse de discuter l'objet du droit, notamment les droits sociaux sur lesquels peut porter la préférence, ou son fait générateur, c'est-à-dire les opérations pouvant donner lieu à application de la préférence¹³⁹⁹. Quoi qu'il en soit, chacune de ces discussions présente la même nature contentieuse dans la mesure où il s'agit invariablement d'appliquer, au besoin en l'interprétant, la norme contractuelle correspondante dans une circonstance donnée.

279. Second temps – S'il est acquis que le comportement en litige est bien visé par le mécanisme, alors l'engagement accède au principe de l'exécution forcée qui vaut pour tout créancier tel que le prévoit désormais l'article 1221 du Code civil. Il n'est néanmoins pas exclu que le dénouement du mécanisme puisse échouer si celui qui y a intérêt parvient à se saisir des limites à l'exécution en nature posées par ce même article. On se souvient qu'elles peuvent résider soit dans une impossibilité d'exécution, soit dans une disproportion manifeste entre le coût de l'exécution pour le débiteur de bonne foi et son intérêt pour le créancier. La difficulté qui se présente ici, déjà rencontrée par ailleurs¹⁴⁰⁰, est que la généralité de la disposition empêche d'y voir *de facto* un risque propre au mécanisme considéré. Pour ne cerner que ce dernier risque, il faut donc regarder comment la structure contractuelle choisie par les parties est susceptible de déclencher l'application des limites

¹³⁹⁶ V. *supra* n°161 et s.

¹³⁹⁷ Sur la compatibilité entre la stipulation d'une obligation d'information renforcée et la procédure des avantages particuliers : BARBIÈRI Jean-Baptiste, *L'Ordre sociétaire*, *op. cit.*, p. 296, n°316.

¹³⁹⁸ V. *supra* n°111.

¹³⁹⁹ V. GAUDEMET Antoine, « La portée des pactes de préférence ou de préemption sur des titres de société », *op. cit.*, n°7 et s. Pour une illustration : V. Com., 28 avr. 2004, n°00-15.003.

¹⁴⁰⁰ V., pour les mécanismes de transfert optionnels : *supra* n°243.

en question. La multiplicité des obligations de faire¹⁴⁰¹ empêche toute systématisation en la matière et c'est pourquoi on se contentera de rappeler l'historique tout particulier de ces stipulations avec l'impossibilité d'exécution. Chacun sait que l'ancien article 1142 du Code civil prévoyait que « Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur ». Loin de condamner l'exécution forcée de toutes les obligations de faire et de ne pas faire, la disposition signifiait simplement qu'une telle exécution devait être exclue à chaque fois qu'elle aurait conduit à exercer une contrainte physique sur la personne du débiteur. Pourtant, la Cour de cassation avait pu s'en servir pour refuser de prononcer l'exécution forcée de promesses unilatérales dans lesquelles le promettant s'était rétracté¹⁴⁰². Cette jurisprudence a été brisée avec l'article 1124, alinéa 2, nouveau du Code civil et l'article 1142 ancien du même code a été supprimé par l'ordonnance de 2016. Reste que l'impossibilité d'exécution se retrouve dans les limites du nouvel article 1221 du Code civil. C'est-à-dire qu'à chaque fois qu'un engagement prévoit la possibilité d'exiger un comportement, la menace que cette exécution soit impossible guette. Au plan contentieux, le risque de discussion est connu étant donné qu'il s'agira d'assurer l'interprétation d'une norme légale dans la situation considérée¹⁴⁰³.

2) Discussion relative aux mécanismes accessoires

280. Les stipulations non-obligationnelles directement contraignantes : l'exemple des clauses de juridiction – L'intérêt technique à évoquer les clauses de juridiction réside dans le fait que, comme nous l'avons vu¹⁴⁰⁴, celles-ci fournissent une illustration importante de ce qu'il est possible d'exiger un comportement de son cocontractant sans avoir recours à un mécanisme obligationnel. D'autant qu'à la différence du préambule¹⁴⁰⁵, il n'y a ici aucun débat de qualification et la clause a un caractère directement contraignant. C'est-à-dire qu'elle est rédigée de façon à offrir à chacune des parties la certitude qu'en cas de litige, l'autre saisira tel ou tel tribunal ou recourra à tel ou tel arbitre. Au besoin, le droit processuel soutiendra la stipulation en permettant d'opposer une exception d'incompétence à celui qui la méconnaîtrait. Cette nature particulière du mécanisme influe sur le risque contentieux qu'il est susceptible de générer. En effet, si une partie souhaite se défaire de cette contrainte, elle va avant tout chercher à remettre en cause l'applicabilité de la clause ce qui, dans la majorité des cas, renvoie à une discussion relative à la validité de l'engagement, et donc à un risque contentieux appartenant à la phase de formation¹⁴⁰⁶. Néanmoins, il ne faut pas exclure trop rapidement toute discussion appartenant à la phase d'exécution. Le fait est qu'au-delà de sa validité, le champ d'application d'une clause attributive de juridiction ou d'une clause compromissoire peut prêter à discussion. Que ce soit par exemple parce que les litiges dans lesquels la clause a vocation à jouer sont listés dans des termes assez

¹⁴⁰¹ Sur laquelle V. *supra* n°163.

¹⁴⁰² V. *supra* n°39.

¹⁴⁰³ Précisons que, pour une obligation de ne pas faire, c'est bien plus l'article 1222 que l'article 1221 du Code civil qui sera dans le débat, notamment à travers la possibilité de revenir sur ce qui a été fait en violation de l'engagement. Il y a toutefois là une logique *ex post* et donc une discussion qui ne vise pas vraiment à empêcher le dénouement de l'engagement, mais plutôt à le rétablir ce qui, dans bien des cas et indépendamment du mécanisme lui-même, ne sera pas possible. En tout état de cause, le risque contentieux relatif à l'interprétation d'une norme est le même, sauf à remplacer l'article 1221 par l'article 1222 du Code civil.

¹⁴⁰⁴ V. *supra* n°171 et s.

¹⁴⁰⁵ V. *infra* n°281.

¹⁴⁰⁶ V. *supra* n°269.

généraux¹⁴⁰⁷. Ou que ce soit encore parce que l'une des parties souhaite profiter de l'extension possible en matière internationale d'une clause compromissoire¹⁴⁰⁸. Au plan contentieux, c'est un travail d'interprétation de la norme contractuelle qu'il faudra donc mener.

281. Les stipulations non-obligationnelles indirectement contraignantes : l'exemple du préambule – De manière quelque peu idéaliste, il est permis de voir le préambule comme un instrument permettant de « raconter une situation sur la base de laquelle les parties s'entendent, fondant la base des relations contractuelles dans lesquelles elles s'engagent et tournées vers un but qu'elles souhaitent atteindre »¹⁴⁰⁹. Mais le problème vient du fait que, dans le préambule comme ailleurs, le risque contentieux se matérialise précisément à un moment où les parties, ou plutôt leurs intérêts¹⁴¹⁰, ne s'accordent plus. C'est alors l'occasion de redécouvrir le préambule en provoquant la discussion selon le sens que l'on veut donner à cet exposé préliminaire. Si l'on ramène la problématique à l'exigence d'un comportement, deux cas de figure peuvent se présenter. Il est ainsi d'abord possible d'en appeler à la nature interprétative de cette partie du contrat¹⁴¹¹ pour tenter d'infléchir la signification de telle ou telle stipulation contenue dans le corps du pacte. Cette discussion est à n'en pas douter propre au préambule car fondée sur le but principal qu'il poursuit, à savoir éclairer la volonté des parties¹⁴¹². Mais, il ne faut pas se méprendre, ce risque contentieux demeure d'importance relative par rapport à nos développements. Tout simplement car il ne concerne qu'indirectement un engagement donné. C'est-à-dire que le dénouement de celui-ci ne va pas être troublé par la discussion qu'il génère lui-même mais par le sens qu'on voudrait lui donner à partir d'un élément externe. Notons d'ailleurs que ce travail d'interprétation peut tout aussi bien intéresser un mécanisme de transfert qu'un mécanisme permettant d'exiger un comportement. Tout autre est le deuxième cas de figure dans lequel l'une des parties va tenter de faire du préambule un engagement autonome. Dans cette configuration, c'est bien un rapport de créancier à débiteur que l'on tente de faire valoir en décelant dans la rédaction utilisée un engagement véritable. Certes, cette discussion est souvent vouée à l'échec mais il n'est pas possible de l'exclure car fréquentes sont les situations dans lesquelles une partie estime avoir droit à un certain comportement en raison des déclarations faites dans le préambule¹⁴¹³. La nature du risque contentieux ici en cause s'impose d'elle-même dans la mesure où c'est la qualification du mécanisme, dépendante de la largesse ou de la généralité des formules utilisées, qui est en débat. Bien que le rapport d'obligation soit bien souvent fuyant, ces stipulations ne sont pas dépourvues de toute valeur selon la qualification choisie¹⁴¹⁴.

¹⁴⁰⁷ V. *infra* n°518.

¹⁴⁰⁸ V. *infra* n°517.

¹⁴⁰⁹ MARCOU Pauline, « La place du préambule contractuel », *JCP N*, 2023, n°26, 1129, §3.

¹⁴¹⁰ V. *supra* n°200.

¹⁴¹¹ Sur laquelle V. *supra* n°173 et s.

¹⁴¹² Volonté qui est elle-même une règle d'interprétation du contrat : V. C. civ., art. 1188, al. 1^{er}.

¹⁴¹³ V. *supra* n°173 et s.

¹⁴¹⁴ V., pour le détail des qualifications que nous proposons : *supra* n°173 et s.

B. Le risque contentieux dans l'exigence du comportement des tiers

282. Exiger un comportement d'un tiers à un contrat n'est pas chose naturelle dans la philosophie individualiste du Code civil de 1804. Pourtant, et plus particulièrement dans le monde des affaires, cette prise en compte des tiers est bien souvent nécessaire pour s'assurer que la convention conclue aura le meilleur rayonnement possible¹⁴¹⁵. Pour analyser les risques contentieux que cette ambition peut générer, il nous faut distinguer selon les objectifs poursuivis par les techniques utilisées. Ceux-ci sont complémentaires et sont au nombre de deux, à savoir remédier à la relativité du pacte (1) ou renforcer son opposabilité (2).

1) Discussion provoquée par les techniques de remédiation à la relativité du pacte

283. Logique purement contractuelle – La nécessité d'embrasser les tiers dans la sphère des mécanismes prévus par les pactes peut d'abord donner lieu à l'expression d'une logique purement contractuelle. Ainsi, et comme nous l'avons déjà exposé¹⁴¹⁶, les parties peuvent souhaiter remédier à la mauvaise circulation de leur convention en s'assurant notamment que les tiers cessionnaires adhéreront au pacte, ou en offrant des garanties à leur cocontractant sur l'acquisition future de ses droits sociaux par un tiers, ou encore en prévoyant la substitution d'un tiers dans les droits et obligations du pacte. Évidemment, du porte-fort de ratification à la cession de contrat, le droit des contrats offre des outils pour répondre à ces différents desseins. Néanmoins, la formulation des engagements est génératrice de discussions dans la plupart de ces configurations. Et ce car, bien souvent, les parties se contentent d'indiquer l'engagement qu'elles souhaitent voir être pris sans que l'outil utilisé ne ressorte clairement. Tel est par exemple le cas lorsqu'il est prévu qu'« aucun transfert ne pourra intervenir sans qu'au préalable cette personne ait expressément adhéré au Pacte et accepté par écrit (i) d'être tenue de toutes les obligations en résultant et (ii) de se soumettre à leurs dispositions dans les mêmes conditions que s'il en avait été initialement signataire »¹⁴¹⁷. Même un juriste confirmé peut hésiter sur la qualification qui résulte de telles formules : un promettant se porte-t-il fort de la ratification du pacte par un tiers cessionnaire ? Le transfert est-il conditionné par cette adhésion ? Aboutit-t-on à une obligation d'inaliénabilité¹⁴¹⁸ ? De façon connexe, on peut également songer aux nombreuses discussions qui ont eu lieu en doctrine sur la possibilité d'appliquer la nouvelle figure de la cession de contrat aux techniques consistant à substituer un nouveau contractant à un signataire initial¹⁴¹⁹. Derrière ces questionnements, il faut comprendre que ce qui caractérise avant tout la discussion propre aux techniques contractuelles de remédiation à la relativité du pacte est l'incertitude qu'elles peuvent générer sur la qualification juridique qui leur sera donnée en cas de contentieux. Car si les intérêts divergent, chacun voudra définir précisément les engagements assumés par l'autre partie. Or, cela ne pourra être fait qu'en rattachant le mécanisme à une figure juridique donnée. Et

¹⁴¹⁵ V. *supra* n°179.

¹⁴¹⁶ V. *supra* n°180 et s.

¹⁴¹⁷ MARTIN Didier et SCHILLER Sophie, *Guide des pactes d'actionnaires et d'associés : 2022/2023, op. cit.*, p. 172, n°259.

¹⁴¹⁸ V., pour la réponse, selon nous positive, à donner à la qualification d'obligation d'inaliénabilité conclue sous condition résolutoire de la ratification du pacte par le cessionnaire : V. *supra* n°183.

¹⁴¹⁹ V. *supra* n°185.

si les visions s'opposent, le juge devra trancher. Où l'on retrouve, derrière certaines formules difficiles d'accès, le risque contentieux déjà rencontré de la difficulté de qualification du mécanisme utilisé¹⁴²⁰.

284. Logique sociétaire – Rappelons-le, parler de logique sociétaire dans le cadre de la remédiation à la relativité du pacte suppose d'évoquer le comportement de la société cible. En effet, pour des raisons diverses¹⁴²¹, le choix le plus couramment fait est de réserver la qualité de tiers à l'entité objet du pacte, alors même que celle-ci est concernée par de nombreux engagements contenus dans ce dernier. Se pose alors la question de savoir comment obtenir le comportement social voulu dans une situation où la qualité de tiers de la société cible représente à n'en pas douter une contrainte. Si l'on s'en tient à la problématique de l'effet relatif de la convention, deux réactions sont envisageables. Le premier réflexe est de maintenir une logique contractuelle¹⁴²². C'est-à-dire que le ou les associés contractants vont reprendre à leur compte les techniques usuelles pour « pacter » un droit ou une influence dont ils disposent dans la société afin d'orienter son comportement. Ils peuvent alors soit s'engager personnellement à travers une obligation de faire, soit promettre une décision sociale dans le cadre d'un porte-fort¹⁴²³. Si discussion il peut y avoir, elle rejoindra naturellement celle propre à la logique purement contractuelle et portera ainsi à nouveau sur la qualification du mécanisme utilisé¹⁴²⁴. Mais l'ambition peut, au moins en apparence, être plus grande. Plutôt que de s'engager personnellement, les parties au pacte peuvent, au vu des formules utilisées, laisser penser qu'elles ont résolu le problème de la relativité de leur convention en aménageant directement les règles légales du droit des sociétés. Par exemple, le pacte stipulera nettement une règle de majorité de tel ou tel organe social. Pourtant, il ne faut pas s'y tromper, nous avons montré que les pactes extrastatutaires ne constituent pas le support choisi par le législateur pour aménager le fonctionnement légal des sociétés¹⁴²⁵. La conséquence est que lorsque l'on approfondit la véritable nature de ces stipulations, on retombe toujours sur les techniques contractuelles connues permettant de « pacter » un droit ou une influence. Et donc, au plan contentieux, c'est inévitablement le même risque de discussion qui est généré. La partie mécontente de ce que l'organe social considéré n'aura pas fonctionné conformément à ce que prévoyait le pacte pourra donc revisiter le mécanisme et, si la divergence éclate, il faudra déterminer sa qualification. Ajoutons toutefois que chercher à obtenir un comportement sociétaire, serait-ce en recourant à des techniques contractuelles usuelles, ne pose pas uniquement des problèmes de qualification. Le fait est que, une fois dûment identifié, la possibilité réelle d'obtenir l'exécution de l'engagement pris par l'une des parties au pacte fera souvent débat. Et ce car, en projetant ainsi un fonctionnement au sein de la société cible, le mécanisme risque de se heurter en cas d'inexécution aux règles qui gouvernent la forme sociale concernée. L'exécution forcée d'une convention de vote est ainsi traditionnellement présentée comme limitée par le régime restrictif des nullités des délibérations sociales et

¹⁴²⁰ Notons que nous mettons ici en avant le risque contentieux principal généré par l'utilisation de ces techniques dans le contexte des pactes d'associés. Mais, évidemment, une fois les problématiques de qualification évacuées, ces procédés sont susceptibles de rencontrer des difficultés d'exécution plus classiques et propres à l'exécution forcée de tout engagement.

¹⁴²¹ V. *supra* n°187.

¹⁴²² V. *supra* n°188.

¹⁴²³ On retrouve cette double possibilité dans les conventions de vote : V. *supra* n°188.

¹⁴²⁴ V. *supra* n°283.

¹⁴²⁵ V. *supra* n°189 et s.

par la réticence qu'il y aurait à contraindre un associé dans l'exercice de son vote¹⁴²⁶. Si l'on cherche à catégoriser la difficulté contentieuse ici générée, il faut considérer qu'il s'agit de discuter l'interprétation de deux types de normes à savoir les dispositions relatives à l'exécution forcée en nature¹⁴²⁷ et les normes sociétaires gouvernant la situation.

2) Discussion provoquée par les techniques de renforcement de l'opposabilité du pacte

285. Recherche d'un résultat – Le renforcement de l'opposabilité se distingue de la remédiation à la relativité en ce qu'il ne cherche pas, par des techniques originales, à assouplir la règle selon laquelle « le contrat ne crée d'obligations qu'entre les parties »¹⁴²⁸, mais vise plutôt à imposer le plus énergiquement possible le respect de « la situation juridique créée par le contrat »¹⁴²⁹. Autrement dit, la démarche consiste à porter la convention à la connaissance des tiers afin de s'assurer que ces derniers, par crainte de voir leur responsabilité engagée, ne participeront pas à sa violation¹⁴³⁰. Dans le contexte des pactes d'associés, la confidentialité de l'instrument empêche bien souvent d'avoir prise sur cet objectif lorsqu'il est question de tiers classiques. C'est pourquoi les parties se tournent vers la société cible au moyen de divers procédés qui visent à s'assurer que cette dernière, dans la mesure où nombre d'engagements n'ont de sens que s'ils sont exercés en son sein, ne se rendra pas complice d'une violation du pacte. Ainsi de toutes les techniques de notification, de signature du pacte « en présence de la société cible », d'intervention de la société au pacte, de stipulations qui la rendent « gardienne » de ce dernier ou mandataire de sa bonne exécution¹⁴³¹. Bien qu'exigeante et parfois complexe, notamment en ce qu'elle suppose d'arbitrer la véritable qualité de tiers de la société cible dans ces situations ou en ce qu'elle conduit à distinguer l'impact de ces outils contractuels sur les mécanismes de transfert d'une part et sur ceux par lesquels les parties ont « pacté » un droit ou une influence d'autre part, l'analyse pratique de ces différentes configurations¹⁴³² fait apparaître un questionnement commun qui tient à l'efficacité qu'il faut conférer à ces différentes formules. C'est-à-dire que chacun de ces procédés porte en lui une interrogation relative au résultat juridique¹⁴³³ auquel il permet de parvenir. La société cible doit-elle transcrire la cession litigieuse ? Le président de l'assemblée générale doit-il contraindre un associé à reformuler son vote conformément à la convention de vote ? Le président du conseil d'administration est-il tenu d'adapter les règles de majorité de l'organe qu'il préside ? Malgré l'apparente nébuleuse que semblent constituer les techniques de renforcement de

¹⁴²⁶ COUPET Caroline, « Clause de convention de vote », *op. cit.*, p. 180, n°361 et s. V., néanmoins, pour des présentations faites en faveur de l'exécution forcée des conventions de vote, notamment par la nomination d'un mandataire *ad hoc* chargé de voter en lieu et place de l'associé récalcitrant : LUCAS François-Xavier, « L'exécution forcée des conventions de vote », *BJS*, 2011, n°7, p. 625 ; LAMAZEROLLES Eddy, « Faire exécuter les conventions de vote entre associés », *JCP E*, 2021, n°18, 1234 ; MASSART Thibault, « La problématique de l'exécution forcée des conventions de vote », *Actes prat. ing. sociétaires*, 2016, n°147, p. 15. V. *infra* n°154.

¹⁴²⁷ C. civ., art. 1221 et 1222.

¹⁴²⁸ C. civ., art. 1199, al. 1^{er}.

¹⁴²⁹ C. civ., art. 1200, al. 1^{er}.

¹⁴³⁰ V. *supra* n°192.

¹⁴³¹ V. *supra* n°193.

¹⁴³² V. *supra* n°193 et s.

¹⁴³³ V. *infra* n°295 et s.

l'opposabilité du pacte, on constate donc que le risque contentieux qu'elles génèrent opère une sorte d'unification dans la mesure où la discussion porte de manière constante sur le régime à donner à ces stipulations et rejoint par là-même cette catégorie contentieuse déjà identifiée.

286. Conclusion de section – La nature technique des mécanismes exigeant un comportement irrigue les risques contentieux observés. En phase de formation, la validité de l'action ou de l'abstention recherchée par l'obligation de faire ou de ne pas faire dépendra bien souvent de sa conformité à une norme donnée, par exemple l'article 1162 du Code civil qui interdit à tout contrat de déroger à l'ordre public. Serait ainsi contraire à l'ordre public une clause imposant à un associé de communiquer à ses cocontractants des informations dont le secret est protégé par la loi. Pour ce qui est des mécanismes accessoires, seules les stipulations non-obligationnelles directement contraignantes comme les clauses de juridiction peuvent voir leur validité contestée, notamment au regard de l'article 48 du Code de procédure civile applicable aux clauses dérogeant aux règles de compétence territoriale. Lorsque l'exigence d'un comportement concerne les tiers, les techniques de remédiation à la relativité du pacte répondant à une logique purement contractuelle sont susceptibles d'être remises en cause si l'un des contractants convoque l'irrespect des conditions de validité correspondant à la qualification qu'il aura identifiée, par exemple la nécessité de constater, à peine de nullité, une cession de contrat par écrit. Le risque de discussion relatif à la qualification du mécanisme est semblable si la logique devient sociétaire. À ceci près que, les parties souhaitant peser sur le comportement de la société cible, il leur faudra également confronter leur ambition contractuelle aux règles impératives issues de l'ordre public sociétaire. En revanche, les techniques de renforcement de l'opposabilité du pacte sont en principe à l'abri des problématiques de formation à défaut d'obligation propre dont il faudrait contrôler la validité. Ainsi, par exemple, la notification du pacte à la société, destinée à éviter qu'elle enregistre une cession de droits sociaux contraire à ses stipulations, ne peut pas être frappée de nullité : la véritable question portera uniquement sur son efficacité. La phase de disparition ne nécessitant pas développements supplémentaires par rapport à ce qui a déjà été dit à propos des mécanismes de transfert, l'attention doit ensuite être directement portée sur les discussions se rapportant à la phase d'exécution. Dans le cadre du mécanisme général de l'obligation de faire ou de ne pas faire, la norme contractuelle devra ainsi être interprétée pour vérifier soit que l'action exigée était bien visée par la stipulation considérée, soit que le débiteur a bien eu un comportement interdit par la clause. S'il est acquis que le comportement en litige était compris dans le mécanisme, alors l'engagement accède au principe de l'exécution forcée et seules sont en discussion les limites prévues par l'article 1221 du Code civil. Dans le cadre des mécanismes accessoires, le champ d'application d'une clause de juridiction peut être en débat tandis que les parties peuvent s'opposer sur la qualification du préambule en fonction de la largesse ou de la généralité des termes utilisés. L'exigence du comportement des tiers pose pareillement en phase d'exécution des problématiques de qualification, impliquant d'identifier les techniques de remédiation à la relativité du pacte auxquelles auront eu recours les parties. Étant précisé que si l'engagement en question a vocation à être exécuté au sein de la société cible, comme c'est par exemple le cas pour une convention de vote, devront être articulées les dispositions relatives à l'exécution forcée en nature et les normes sociétaires gouvernant la situation. Enfin, les procédés de renforcement de l'opposabilité du pacte se ressemblent

en ce qu'ils suscitent tous une interrogation relative au résultat juridique auquel ils permettent de parvenir. De sorte qu'ils doivent être rangés ensemble dans la catégorie contentieuse relative aux discussions de régime.

Conclusion du chapitre 1

287. La reprise des mécanismes de couverture contenus dans les pactes, étudiés cette fois-ci non pas au stade de la conclusion de l'accord mais au moment du dénouement des engagements contractés, a permis d'observer le risque contentieux que les mécanismes exigeant un transfert de droits sociaux et ceux exigeant un comportement étaient susceptibles de générer. Pour réaliser cette observation, il a fallu opérer un découpage temporel entre moyens contentieux appartenant à la phase de formation et de disparition de l'engagement et moyens appartenant à la phase d'exécution. De cette démarche empirique, il ressort que, comme l'on pouvait s'y attendre, les discussions de nature à remettre en cause un engagement sont très diverses. Néanmoins, et ce constat a pu être éprouvé aussi bien à propos des mécanismes de transfert qu'à propos des mécanismes exigeant un comportement, il est possible de regrouper ces discussions en trois grands types de risques contentieux qui sont autant de voies ouvertes au signataire du pacte qui souhaiterait se défaire d'un engagement dont le dénouement ne sert plus ses intérêts. On retrouve ainsi le risque de discussion relatif à la qualification du mécanisme, le risque de discussion relatif à son régime et enfin le risque de discussion relatif à l'interprétation d'une norme, que celle-ci soit contractuelle, légale ou jurisprudentielle. Néanmoins, l'empirisme ne peut suffire. Il nous faut à présent adjoindre à l'observation une phase de systématisation pour prendre pleinement la mesure de la matérialisation du risque contentieux au sein des pactes d'associés.

Chapitre 2 : La systématisation du risque contentieux au sein des pactes d'associés

- 288.** L'observation empirique du risque contentieux au sein des pactes d'associés¹⁴³⁴ a révélé trois grands types de discussions susceptibles d'entraver le dénouement des mécanismes mis en place par les parties. Ont ainsi pu être identifiés des discussions relatives à la qualification du mécanisme, d'autres relatives à son régime et enfin des discussions se rapportant à l'interprétation d'une norme entendue au sens large. Cette observation présente néanmoins certaines limites propres à toute approche empirique car, si elle permet, en partant de la base structurelle de l'instrument, de procéder à des catégorisations, elle ne suffit pas pour autant à prendre la pleine mesure de la matérialisation du risque contentieux au sein des pactes, faute d'associer la construction théorique à l'observation pratique¹⁴³⁵. Pour remédier à cette faiblesse, il nous faut donc procéder à une systématisation du risque contentieux.
- 289.** Avant de réaliser cette systématisation, un point doit toutefois être précisé. En effet, si systématiser revient à « réunir des idées, des faits en un système »¹⁴³⁶, et que, précisément, le système s'entend d'un « ensemble d'éléments qui forment un tout structuré »¹⁴³⁷, alors il faut en principe s'assurer que le système auquel on parvient forme un tout et donc qu'il est complet. Cette idée de complétude est néanmoins problématique car la possibilité même de parvenir à une complétude en droit interroge. Le fait est que la tradition issue des jurisconsultes romains a profondément impacté les méthodes de construction juridique. L'obsession pour l'ordre, la compilation et le classement a ainsi permis de voir dans les procédés de catégorisation exhaustive un « idéal de rigueur logique »¹⁴³⁸ à poursuivre. Pourtant, spécialement en droit, la prétendue complétude d'un système finit presque toujours par afficher ses limites. Ainsi par exemple de l'ancienne volonté romaine de ne donner effet qu'à une liste de contrats nommés¹⁴³⁹, incapable d'embrasser toute l'imagination des contractants et donc directement contraire au principe de liberté contractuelle, ce qui justifia qu'elle ne soit pas reprise dans le Code civil¹⁴⁴⁰. Raison pour laquelle il a été montré assez justement à notre sens que lorsque l'on cherche à vérifier positivement qu'une typologie est exhaustive, plutôt que de s'évertuer à administrer une preuve négative par définition « impossible à rapporter »¹⁴⁴¹ de l'absence

¹⁴³⁴ V. *supra* n°204 et s.

¹⁴³⁵ V. *supra* n°203.

¹⁴³⁶ *Dictionnaire de l'Académie française*, *op. cit.*, v° « Systématiser ».

¹⁴³⁷ *Ibid.*, v° « système ».

¹⁴³⁸ CHAMPEIL-DESPLATS Véronique, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Dalloz, 3^e éd., 2022, p. 59, n°68.

¹⁴³⁹ V. MALAURIE Philippe, AYNÈS Laurent et STOFFEL-MUNCK Philippe, *Droit des obligations*, *op. cit.*, p. 208, n°223.

¹⁴⁴⁰ V., désormais, l'article 1105, alinéa 1^{er}, du Code civil qui dispose que « les contrats, qu'ils aient ou non une dénomination propre, sont soumis à des règles générales, qui sont l'objet du présent sous-titre » et qui reprend à peu de choses près la formulation de l'article 1107, alinéa 1^{er}, ancien, du même code.

¹⁴⁴¹ V. Com., 28 mars 2018, n°17-10.600, *Bull. civ.*, 2018, IV, n° 38 ; *RTD civ.*, 2018, 414, note BARBIER ; *Rev. sociétés*, 2018, 413, note ROUSSEL GALLE ; *GPI*, 2018, n° 28, 57, chron. THÉRON ; *D.*, 2019, 157, chron. BRETZNER et AYNÈS. Sur la preuve négative : V. LARGUIER Jean, « La preuve d'un fait négatif », *RTD civ.*, 1953, p. 1 ; LARDEUX Gwendoline, « Preuve : règles de preuve », *Rép. civ.*, Dalloz, 2018, n°84 et s. ; COHEN-BRANCHE Marielle, « Comment la Cour de cassation remédie à l'exigence de la preuve diabolique », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Didier R. Martin*, LGDJ, 2015, p. 161.

d'incomplétude¹⁴⁴², il était préférable, de manière certes plus modeste mais réaliste, d'éprouver la cohérence du classement proposé¹⁴⁴³.

290. C'est cette cohérence que nous nous proposerons de démontrer, en prenant en compte dans notre systématisation à la fois le pacte en lui-même et les contractants qui lui ont donné naissance. Car s'il est une chose d'identifier des types de risques à partir des mécanismes contractuels observés, il en est une autre d'analyser la manière dont ces risques sont portés par les parties elles-mêmes. Une approche strictement matérielle risquerait ainsi de négliger la place des sujets dans la dynamique contentieuse. C'est pourquoi la systématisation proposée reposera sur deux dimensions complémentaires : une approche matérielle, visant à présenter, cette fois de manière plus théorique qu'empirique, les types de risques contentieux (**section 1**) et une approche personnelle, qui aura pour objet d'analyser le rapport des contractants au risque contentieux (**section 2**).

¹⁴⁴² Sur la notion d'incomplétude : V. PERELMAN Chaïm, « Le problème des lacunes en droit, essai de synthèse », in *Le problème des lacunes en droit*, Bruylant, 1968, p. 537.

¹⁴⁴³ V., pour une illustration, la démarche de FORIERS Paul, « Les lacunes du droit », in *Le problème des lacunes en droit, op. cit.*, p. 9, spéc. p. 23. L'auteur cherche ici à vérifier que les types de lacunes du droit qu'il a identifiés épuisent la matière et procède, pour répondre à cette interrogation, à un essai de classement des ordonnancements juridiques.

Section 1 : La systématisation matérielle : les types de risques contentieux

291. Dans le cadre de la systématisation matérielle annoncée, il s'agit ici de reprendre les grands types de risques contentieux observés au sein des pactes en procédant cette fois-ci à une mise en ordre théorique. L'objectif est ainsi d'aller au-delà de l'empirisme, en s'accordant sur ce que recouvre exactement chacune des catégories retenues. Seront successivement abordés : le risque contentieux lié à la qualification du mécanisme (I), le risque contentieux relatif à son régime (II), et le risque contentieux tenant à l'interprétation d'une norme (III).

I. Le risque contentieux lié à la qualification du mécanisme

292. Définition – Le fait de retenir, dans notre systématisation, le risque contentieux lié à la qualification du mécanisme suppose que l'on s'entende précisément sur les types de discussions qu'englobe cette catégorie. Or, une telle entente ne se présente pas à première vue sous les jours de la simplicité. Bien que constituant « une opération juridique récurrente en droit interne »¹⁴⁴⁴, « tâche quotidienne de tous les juristes »¹⁴⁴⁵, l'opération de qualification se montre relativement résistante aux définitions synthétiques. On avance généralement la définition donnée par le vocabulaire juridique de Gérard Cornu¹⁴⁴⁶, selon lequel l'opération de qualification consiste « à prendre en considération l'élément qu'il s'agit de qualifier (fait brut, acte, règle, etc.) et à le faire entrer dans une catégorie juridique préexistante (d'où résulte, par rattachement, le régime juridique qui lui est applicable) en reconnaissant en lui les caractéristiques essentielles de la catégorie de rattachement »¹⁴⁴⁷. Mais on souligne dans le même temps les limites de l'énoncé, qui fait notamment fi du fait qu'en matière contractuelle la situation à qualifier peut être classée dans une catégorie nouvelle et non préexistante¹⁴⁴⁸, tout en insistant sur la polysémie du terme qualification¹⁴⁴⁹. Il nous faut pourtant circonscrire ce qui rentre ou ne rentre pas dans une discussion contentieuse portant sur la qualification du mécanisme. En réalité, c'est le « noyau central »¹⁴⁵⁰ de l'opération qui seul doit nous retenir. C'est-à-dire qu'au-delà des éléments et structures inhérents à toute qualification¹⁴⁵¹, doit uniquement être identifiée comme une discussion relative à la qualification du mécanisme celle qui porte sur ses « caractéristiques

¹⁴⁴⁴ BUREAU Dominique et MUIR WATT Horatia, *Droit international privé*, t. I – *Partie générale*, PUF, coll. Thémis droit, 5^e éd., 2021, p. 485, n°380.

¹⁴⁴⁵ HENRY Xavier, *La technique des qualifications contractuelles*, thèse de doctorat, droit, Université de Nancy II, 1992, p. 3, n°1.

¹⁴⁴⁶ V. TERRÉ François, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, *op. cit.*, p. 1, n°2.

¹⁴⁴⁷ *Vocabulaire Juridique (sous la direction de Gérard Cornu)*, *op. cit.*, v° « Qualification ».

¹⁴⁴⁸ HENRY Xavier, *La technique des qualifications contractuelles*, *op. cit.*, p.3, n°1, note 4.

¹⁴⁴⁹ « Il convient de rappeler que le terme de qualification recouvre plusieurs sens : un modèle ou une catégorie (la vente) ; l'opération permettant de déterminer la nature du contrat (tel contrat est-il une vente ?) ; le résultat de cette opération » (*Ibid.*).

¹⁴⁵⁰ PUIG Pascal, *La qualification du contrat d'entreprise*, Éd. Panthéon-Assas, 2002, p. 15, n°4.

¹⁴⁵¹ V. TERRÉ François, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, *op. cit.*, p.13, n°14 : « toute qualification implique donc l'existence d'un ou de plusieurs éléments et celle d'une certaine structure ».

essentielles »¹⁴⁵², ses « propriétés intrinsèques »¹⁴⁵³ et qui met donc en jeu la nature juridique profonde de l'engagement considéré¹⁴⁵⁴.

293. La conséquence principale de cette délimitation du risque contentieux lié à la qualification du mécanisme est que doivent être exclues de cette catégorie toutes les hypothèses dans lesquelles une partie va solliciter l'application d'un texte avec pour but exclusif d'accéder à la sanction que celui-ci prévoit. La configuration peut valoir aussi bien pour les mécanismes de transfert que de comportement, mais on remarque qu'elle trouve plus fréquemment à s'appliquer dans les premiers. Tel est par exemple le cas lorsque l'engagement est mis à l'épreuve de la prohibition des clauses léonines¹⁴⁵⁵, des pactes sur succession future¹⁴⁵⁶ ou encore des amendes ou autres sanctions pécuniaires¹⁴⁵⁷. L'exclusion se justifie pleinement car la nature juridique profonde des mécanismes en cause n'est pas en débat. Ceux-ci restent et demeurent des mécanismes de transferts de droits sociaux, optionnels ou conditionnels. En revanche, lorsque sont prévues des options croisées et que l'on discute du point de savoir si la promesse doit être perçue comme unilatérale ou synallagmatique¹⁴⁵⁸, c'est à n'en pas douter la qualification de l'engagement qui occupe l'attention étant donné que l'on s'oppose sur la technique juridique utilisée.

294. Incertitude et qualification – Ainsi délimitée, il faut à présent s'assurer que la discussion relative à la qualification du mécanisme peut être perçue comme un risque, c'est-à-dire à tout le moins comme un état d'exposition à une situation incertaine¹⁴⁵⁹. Or, l'incertitude peut surprendre en la matière car on serait tenté de penser que les qualifications s'insèrent dans un cadre relativement rigide, qu'il soit légal ou jurisprudentiel¹⁴⁶⁰. Pourtant, il est admis depuis longtemps que ce serait pure « illusion de croire que du moment que le législateur a établi un cadre rigide, dont il a confié l'usage à l'interprète, il ne pourra y avoir aucun « jeu » dans l'application qui en sera faite »¹⁴⁶¹. Ce jeu va servir un but poursuivi par les volontés individuelles qui vont s'efforcer « d'utiliser la marge d'incertitude qu'implique toute qualification »¹⁴⁶². Le problème étant que, si à la conclusion du pacte les parties s'accordent plus ou moins explicitement sur la nature des engagements qu'elles souhaitent prendre, l'écoulement du temps peut créer la divergence¹⁴⁶³ et donc la discussion. Le « hiatus initial »¹⁴⁶⁴ révèle alors toute sa dangerosité car opter pour telle ou telle

¹⁴⁵² *Vocabulaire Juridique (sous la direction de Gérard Cornu)*, loc. cit. Adde, sur cette distinction entre « les éléments essentiels du contrat sans lesquels celui-ci ne saurait accéder à la reconnaissance juridique, les éléments naturels caractéristiques de l'opération mais qu'une stipulation peut écarter et, enfin, les éléments accidentels, c'est-à-dire accessoires » : PUIG Pascal, *La qualification du contrat d'entreprise*, loc. cit. ; TERRÉ François, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, op. cit., p. 35, n°33 et p. 330, n°392.

¹⁴⁵³ HENRY Xavier, *La technique des qualifications contractuelles*, op. cit., p.5, n°2.

¹⁴⁵⁴ V. ABEILLE Jean, *La simulation dans la vie juridique et particulièrement dans le droit des sociétés*, thèse de doctorat, droit, Université d'Aix-Marseille Faculté de droit et des sciences économiques, 1938, p. 97 : « dans l'hypothèse d'un conflit de qualification [...] il n'y a, vis-à-vis de tous, parties et tiers, qu'un seul acte réel ; mais il y a doute sur la qualification, au fond, sur sa nature juridique même ; chacun l'interprète différemment ; le juge sera chargé de donner à l'acte la qualification qui lui paraît conforme à sa nature juridique ».

¹⁴⁵⁵ V. *supra* n°215.

¹⁴⁵⁶ V. *supra* n°215.

¹⁴⁵⁷ V. *supra*, n°223.

¹⁴⁵⁸ V. *supra* n°240 et s.

¹⁴⁵⁹ V. *supra* n°97.

¹⁴⁶⁰ Sur les sources des éléments de qualification : TERRÉ François, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, op. cit., p.8, n°9.

¹⁴⁶¹ *Ibid.*, p.3, n°4.

¹⁴⁶² *Ibid.*, p.7, n°8.

¹⁴⁶³ V. *supra* n°199 et s.

¹⁴⁶⁴ TERRÉ François, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, op. cit., p.7, n°7.

qualification aura évidemment des conséquences de régime. C'est en cela que la qualification est constitutive d'un risque que le dénouement contentieux, toujours probable, révélera.

II. Le risque contentieux lié au régime du mécanisme

295. Autonomie – Présenter le risque contentieux lié au régime du mécanisme comme une discussion autonome se situant entre la question de la qualification et celle de l'interprétation d'une norme peut surprendre. En effet, en droit le régime renvoie à un système de règles qui, conformément à la racine latine du terme¹⁴⁶⁵, gouverne une matière donnée¹⁴⁶⁶. Ramené à notre objet d'étude, le régime est donc l'élément qui donne la règle à partir de laquelle trancher une discussion contentieuse. Or, la théorie juridique nous enseigne depuis longtemps déjà que la soumission à une règle juridique, à un régime, dépend d'une phase préalable de qualification¹⁴⁶⁷. Vient ensuite la phase de mobilisation des règles identifiées par l'étape de qualification. Autrement dit, il y aurait deux étapes rationnellement distinctes au cours desquelles les parties pourraient s'opposer à savoir une étape relative à la nature juridique du mécanisme utilisé (discussion liée à la qualification du mécanisme¹⁴⁶⁸) et une autre relative au sens, au champ d'application ou aux conséquences des normes révélées par l'opération de qualification (discussion liée à l'interprétation d'une norme¹⁴⁶⁹). Le problème de cette vision simplifiée est qu'elle occulte une autre étape, pourtant cruciale, qui se situe entre la qualification et la norme. Il s'agit de la phase de recherche d'un résultat juridique, c'est-à-dire de l'effet de droit qu'il faut conférer à un mécanisme donné. Deux illustrations tirées de notre étude empirique permettent de s'en convaincre.

296. Tout d'abord, il faut se souvenir que nous avons identifié une discussion de régime à propos de la rétractation du promettant avant la levée d'option du bénéficiaire d'une promesse unilatérale¹⁴⁷⁰. Dans cette hypothèse, chacun s'entend sur la qualification structurelle du mécanisme (une promesse unilatérale) mais les parties ne s'accordent pas sur l'effet à donner à la levée d'option lorsque le promettant s'est préalablement rétracté. Il y a donc un problème de résultat juridique : le mécanisme fige-t-il la situation du promettant ou conserve-t-il la possibilité de se défaire de son engagement ? Pour répondre à cette question, il est évidemment possible de passer par un procédé de qualification puis de mobilisation d'une norme. C'est ce que faisait la Cour de cassation en identifiant une obligation de faire dans l'engagement du promettant puis en interprétant l'article 1142 ancien du Code civil de façon à empêcher l'exécution forcée de la vente. Mais elle pouvait parvenir au même résultat juridique sans recourir à cette disposition¹⁴⁷¹. Et les opposants à cette jurisprudence étaient pareillement libres de discuter l'interprétation faite de l'article 1142 ancien du Code civil ou de proposer un autre résultat juridique fondé sur d'autres principes¹⁴⁷². Autrement dit, la discussion était précisément générée par cette phase de

¹⁴⁶⁵ Régime est emprunté du latin *regimen*, « direction, gouvernement », lui-même dérivé de *regere*, « diriger ».

¹⁴⁶⁶ *Vocabulaire Juridique (sous la direction de Gérard Cornu), op. cit.*, v° « Régime » : « Système de règles, considéré comme un tout, soit en tant qu'il regroupe l'ensemble des règles relatives à une matière (ex. régime constitutionnel, régime foncier), soit en raison de la finalité à laquelle sont ordonnées les règles (ex. régime de protection, régime pénitentiaire) ».

¹⁴⁶⁷ TERRÉ François, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, *op. cit.*, p. 12, n°13.

¹⁴⁶⁸ V. *supra* n°292 et s.

¹⁴⁶⁹ V. *infra* n°299 et s.

¹⁴⁷⁰ V. *supra* n°239.

¹⁴⁷¹ V. 3e civ., 11 mai 2011, n° 10-12.875, préc.

¹⁴⁷² Notamment la force obligatoire du contrat tirée de l'article 1134, ancien, du Code civil : V. *supra* n°39.

recherche. Pour y mettre fin, rien ne servait d'imposer telle ou telle vision relative à une norme. Il fallait imposer un résultat juridique. C'est ce que le législateur fit avec l'article 1124, alinéa 2, nouveau du Code civil.

297. On retrouve une problématique similaire dans le contexte différent des techniques de renforcement de l'opposabilité du pacte¹⁴⁷³. Nous avons vu que les parties cherchent à renforcer l'efficacité de leurs stipulations au sein de la société objet du pacte par divers procédés de notification, de signature du pacte « en présence de la société cible », d'intervention de la société au pacte, de stipulations la rendant « gardienne » de ce dernier ou mandataire de sa bonne exécution. Tous ces mécanismes sont générateurs de questionnement quant à leur résultat juridique : la société cible doit-elle transcrire la cession litigieuse ? Le président de l'assemblée générale doit-il contraindre un associé à reformuler son vote conformément à la convention de vote ? Le président du conseil d'administration est-il tenu d'adapter les règles de majorité de l'organe qu'il préside¹⁴⁷⁴ ? La phase de recherche relativement à l'effet à conférer à ces stipulations est donc inhérente à leur structure. Là encore, la question du résultat peut être résolue de différentes manières. On peut par exemple souhaiter qualifier l'intervention de la société cible de véritable consentement au pacte afin de la contraindre activement à son respect¹⁴⁷⁵. Mais on peut également s'en tenir à des considérations d'opposabilité¹⁴⁷⁶.

298. Ce que montrent avant tout ces exemples, c'est qu'il ne faut pas confondre la question posée avec la manière de la résoudre. Autrement dit, à tout mécanisme est normalement attaché un effet de droit, une conséquence juridique¹⁴⁷⁷, et, la recherche d'un effet correspondant à la recherche d'un résultat¹⁴⁷⁸, cette dernière peut donner lieu à une discussion autonome qui ne se confond pas avec les arguments qui vont soutenir telle ou telle position. Ces derniers en appelleront éventuellement à une opération de qualification ou à l'interprétation d'une norme, mais ils n'évacueront pas pour autant la question de régime. Et à n'en pas douter il faut parler de risque car rien n'est jamais certain lorsque les parties s'opposent sur un régime. Or, un résultat juridique défavorable pourra faire échec au dénouement du mécanisme conclu.

III. Le risque contentieux lié à l'interprétation d'une norme

299. Notion de norme – Lors de notre mesure de l'étendue du risque contentieux au sein des pactes d'associés, nous avons à plusieurs reprises constaté que la discussion portait sur l'application d'une norme, volontairement entendue au sens large au stade de l'étude empirique¹⁴⁷⁹. La phase de systématisation qui succède à la phase d'observation impose à présent de circonscrire les discussions qui relèvent de cette catégorie contentieuse. Pour y parvenir, il nous faut commencer par préciser ce que nous intégrons dans la notion de norme. La démarche n'est pas aisée car bien souvent l'étude de la norme n'est qu'un

¹⁴⁷³ Sur ces techniques : V. *supra* n°192 et s.

¹⁴⁷⁴ V. *supra* n°285.

¹⁴⁷⁵ Sur ce retour à la qualité de partie, *a priori* à exclure : V. *supra* n°195.

¹⁴⁷⁶ V. *supra* n°195.

¹⁴⁷⁷ *Vocabulaire Juridique (sous la direction de Gérard Cornu), op. cit.*, v° « Effet » : « Conséquence juridique résultant d'un acte juridique ».

¹⁴⁷⁸ *Dictionnaire de l'Académie française, op. cit.*, v° « Résultat » : « Effet ou ensemble d'effets qui découle d'une action, d'une activité ».

¹⁴⁷⁹ V. *supra* n°204 et s.

préalable à la caractérisation de son effet principal qu'est la normativité¹⁴⁸⁰. C'est-à-dire que la détermination de la force de l'instrument préempte en quelque sorte le débat sur la nature de celui-ci¹⁴⁸¹. Pourtant, il n'est pas indifférent de savoir ce que l'on met derrière la norme, ne serait-ce que parce que « la manière de concevoir la norme juridique exerce sans aucun doute une influence directe sur la façon dont on comprend sa force »¹⁴⁸². Si l'on tente de préciser les choses sous un angle contentieux, il s'agit de déterminer formellement à partir de quand l'on estime que la discussion se tranche en réglant l'application d'une valeur externe que l'on qualifiera de norme. De façon surprenante, le sens commun et le sens juridique semblent fournir ici une réponse unie. En effet, la norme peut s'entendre généralement d'un « type, état, comportement qui peut être pris pour référence »¹⁴⁸³ et nombreux sont les juristes qui retiennent pareillement « une qualification compréhensive de la norme, comme instrument de référence »¹⁴⁸⁴. C'est donc qu'il y a avant tout dans la norme « une mesure ou un standard »¹⁴⁸⁵, ce qui peut directement conditionner une certaine définition de la normativité alors comprise comme la capacité à fournir une référence¹⁴⁸⁶. Or, dans le cadre d'une discussion contentieuse au moins trois types de références¹⁴⁸⁷ sont envisageables. On pense tout d'abord à la norme légale, qui viendra fréquemment soutenir telle ou telle position¹⁴⁸⁸. Ainsi par exemple de la situation où un plaideur tente d'échapper à l'exécution forcée d'un mécanisme en invoquant les limites de l'article 1221 du Code civil¹⁴⁸⁹. Il faut ensuite et nécessairement ajouter à la norme légale la référence contractuelle qui est à n'en pas douter susceptible de générer des discussions autonomes. Tel est le cas lorsqu'en phase d'exécution le litige se rapporte au mécanisme général de l'obligation de faire ou de ne pas faire qui permet d'exiger un comportement de son cocontractant. Il faudra alors se tourner vers la stipulation contractuelle pour déterminer si elle comprenait bien l'action exigée ou si elle prohibait bien le comportement critiqué¹⁴⁹⁰. Plus délicate enfin est la question de la référence jurisprudentielle. Elle mérite que l'on s'y attarde un instant.

¹⁴⁸⁰ V. not. THIBIERGE Catherine [dir.], *La force normative : naissance d'un concept*, LGDJ, Bruylant, 2009 ; BRUNET François, « Contrainte, obligation, normativité en droit : quelques remarques », *Énergie - Environnement - Infrastructures*, 2021, n°3, p. 20. ‘

¹⁴⁸¹ Pour une proposition d'échelle de normativité : V. ÉTUDE ANNUELLE DU CONSEIL D'ÉTAT, *Le droit souple*, 2013, p. 69 et s..

¹⁴⁸² THIBIERGE Catherine, « Synthèse », in *La force normative : naissance d'un concept*, op. cit., p. 749.

¹⁴⁸³ *Dictionnaire de l'Académie française*, op. cit., v° « Norme ».

¹⁴⁸⁴ THIBIERGE Catherine, « Synthèse », loc. cit.

¹⁴⁸⁵ PFERSMANN Otto, « Norme », in *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-PUF, 2003, p. 1079.

¹⁴⁸⁶ V. BRUNET François, « Contrainte, obligation, normativité en droit : quelques remarques », op. cit., §3, selon qui la normativité « peut être définie comme la capacité d'un énoncé (ou d'un signe) à fournir référence pour le jugement humain. La normativité désigne la qualité d'un modèle, d'un référentiel : c'est une raison de penser et d'agir. Est normatif tout ce qui constitue une référence pour le jugement et donc le comportement d'un individu ou d'un groupe social donné ». Adde, JOLY Pauline, *Le droit souple en droit financier*, thèse de doctorat, droit, Université Paris sciences et lettres, 2021, p. 22, n°9.

¹⁴⁸⁷ On pourrait dire trois types de normes.

¹⁴⁸⁸ Il n'est pas exclu qu'une norme internationale ou constitutionnelle soit sollicitée par un plaideur ou par les juges (V. par ex. pour une invocation de l'article 6, § 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales : Com., 21 juin 2023, n°21-21.875, préc. La Cour refuse, au nom du droit fondamental d'agir en justice, de voir dans l'assignation délivrée par le dirigeant à la société dont il était le mandataire une faute grave, peu important le préjudice effectivement créé à la société en question). Néanmoins, on peut difficilement parler dans ces cas-là de risque contentieux structurel et donc inhérent à un mécanisme donné (nous n'avons pas identifié d'hypothèses de sollicitation d'une norme internationale ou constitutionnelle lors de notre observation du risque contentieux au sein des pactes d'associés : V. *supra* n°204 et s.). C'est pourquoi il est permis de se limiter à l'idée d'une norme purement légale, entendue au sens de législative.

¹⁴⁸⁹ V. not. en matière de transfert optionnel de droits sociaux : *supra* n°243.

¹⁴⁹⁰ V. *supra* n°278.

300. Norme et jurisprudence – Dans un nombre non négligeable de cas, nous avons vu que la discussion contentieuse suppose de mobiliser un référentiel externe qui se révèle principalement voire exclusivement prétorien. Précisons la problématique. Il va sans dire que la maîtrise du droit positif suppose dans une écrasante majorité des cas d'adjoindre aux textes l'interprétation qui en est faite par les juges. À quoi sert par exemple de savoir que « le prix de la vente doit être déterminé et désigné par les parties »¹⁴⁹¹ si l'on ignore dans le même temps que les juges ont assoupli l'exigence légale en permettant que le prix soit simplement déterminable, ce qui suppose qu'il puisse être fixé sans qu'un nouvel accord des parties soit nécessaire, et sans que l'une d'elles ait conservé un pouvoir sur cette fixation¹⁴⁹² ? Néanmoins, bien que devant être conjuguée avec son régime jurisprudentiel, il demeure que dans cette hypothèse c'est bien une norme légale qu'il s'agit d'appliquer¹⁴⁹³. Si l'on poursuit par l'exemple, il y a donc une différence de nature avec la situation dans laquelle une partie entend remettre en cause la force obligatoire d'une expertise de prix en arguant de l'erreur grossière commise par l'évaluateur¹⁴⁹⁴. Le fait est que, dans ce dernier cas, le législateur ne vise tout simplement pas la notion¹⁴⁹⁵. Celui qui entend déterminer si, dans son cas de figure, il y a ou non erreur grossière, se voit contraint d'écumer les décisions jurisprudentielles rendues à propos de ce standard. Il est vrai qu'il devra pareillement le faire s'il cherche à apprécier si sa formule contractuelle de détermination du prix rend ce dernier déterminable. Mais le cadre théorique dans lequel il se place alors, même s'il n'en a pas activement conscience, est bien différent. Tout simplement car dans un cas le juge précise un référentiel externe préalablement fixé par un texte légal alors que dans l'autre il détermine directement ce référentiel. On pressent pourtant le terrain glissant vers lequel nous amène cette constatation. Parler de norme pour une décision jurisprudentielle n'est en effet pas anodin. Cela suppose de rouvrir, non sans danger, le débat séculaire de la jurisprudence source de droit¹⁴⁹⁶. Les données juridiques de celui-ci sont connues¹⁴⁹⁷. D'un côté, on en appelle à la prohibition des arrêts de règlement¹⁴⁹⁸, à l'autorité relative de la chose jugée et donc à l'absence de systèmes de précédents au sens anglo-saxon du terme en droit français¹⁴⁹⁹ pour dénier à la jurisprudence toute portée normative. C'est-à-dire que de ce point de vue « on aura beau, dans une jurisprudence, entasser les jugements couche sur couche, on n'aura jamais que des solutions particulières, sans rayonnement au dehors »¹⁵⁰⁰. De l'autre, on rappelle que le juge se trouve dans l'obligation légale de juger, peu importe

¹⁴⁹¹ C. civ., art. 1591.

¹⁴⁹² Sur cet assouplissement : V. *supra* n°128 et s.

¹⁴⁹³ V. *supra* n°221.

¹⁴⁹⁴ V. *supra* n°261.

¹⁴⁹⁵ Notons toutefois que l'avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux propose de créer un article 1605, alinéa 3, dans le Code civil qui définirait un régime de l'erreur grossière en disposant qu'« en cas d'erreur grossière commise par le tiers sur la détermination du prix, celle des parties qui se trouve lésée a le choix de faire prononcer la nullité de la vente ou d'accepter la nomination d'un nouveau tiers ».

¹⁴⁹⁶ Pour une présentation synthétique du débat : V. TERRÉ François et MOLFESSIS Nicolas, *Introduction générale au droit*, Dalloz, 2023, p. 504, n°371 et s.

¹⁴⁹⁷ *Ibid.*, p. 510, n°378 et s.

¹⁴⁹⁸ Selon l'article 5 du Code civil, il est en effet « défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises ». Cette défense « consiste à interdire au juge de conférer à sa décision une portée réglementaire, c'est-à-dire de lui donner les caractères de généralité de la loi ; il ne saurait la rendre applicable au-delà des seules parties au litige ou trancher des questions qu'elles ne lui ont pas soumises » (*Ibid.*, p. 516, n°382).

¹⁴⁹⁹ V., pour une étude récente de la notion : LEROY Guillaume, *La pratique du précédent en droit français. Étude à partir des avis de l'avocat général à la Cour de cassation et des conclusions du rapporteur public au Conseil d'État*, LGDJ, 2023.

¹⁵⁰⁰ CARBONNIER Jean, *Droit civil. Introduction*, PUF, coll. Thémis droit privé, 27^e éd., 2002, p. 285, n°144.

les carences de la loi applicable au litige dont il est saisi¹⁵⁰¹, que la prohibition des arrêts de règlement ne l'empêche nullement de dégager des principes généraux dans le cadre d'arrêts dits de principe, ce qui conduit d'ailleurs la Cour de cassation elle-même à s'interroger sur son rôle normatif¹⁵⁰². Sans prétendre trancher entre ces diverses positions, force est de constater qu'au plan contentieux, le plaideur qui souhaite remettre en cause un engagement qu'il a contracté ne s'embarrasse pas de ces questionnements. Il sait que les arrêts qu'il consulte n'ont pas force de loi (il peut d'ailleurs espérer que le juge qu'il saisit rendra une décision différente de celle d'un précédent juge dans un cas similaire). Il sait qu'une jurisprudence qu'il consulte sur un point de droit, quand bien même elle aurait l'autorité d'un arrêt publié par la Cour de cassation, ne se confond pas avec l'ensemble du contentieux en la matière¹⁵⁰³. Mais il sait également qu'en l'absence de texte dégageant les conditions de validité d'une clause de non-concurrence insérée dans un pacte, le seul référentiel qui s'offre à lui est celui qui aura été dégagé par les juges¹⁵⁰⁴. C'est donc de manière pragmatique qu'il faut parler ici de norme, en ce que dans un certain nombre de discussions contentieuses la valeur externe de référence est bien jurisprudentielle et non légale ou contractuelle. En sachant que sa particularité est d'être potentiellement moins figée qu'une loi ou une stipulation contractuelle. On peut ainsi la retrouver dans un attendu de principe de la Haute Cour repris de manière constante depuis plusieurs années par toutes les juridictions. Tout comme on peut avoir à la déterminer dans le cadre d'un exercice plus casuistique où les décisions de première instance seront à cumuler avec les arrêts d'appels et, éventuellement mais pas nécessairement, les positions de la plus haute juridiction. Il n'en demeure pas moins que l'engagement devra pareillement être confronté à cette construction normative, peu important son degré d'élaboration.

301. Notion d'interprétation – Il faut enfin, pour être certain d'avoir pleinement circonscrit le risque contentieux lié à l'interprétation d'une norme, dire ce que nous entendons ici par interprétation. Le terme a pour lui d'être bien référencé par les juristes mais il présente la lacune d'être quelque peu diffus. En effet, si on envisage l'interprétation comme l'« opération par laquelle une signification est attribuée à quelque chose »¹⁵⁰⁵, force est de constater que son objet peut être divers, une norme ou des faits¹⁵⁰⁶, et qu'elle peut tout aussi bien constituer un procédé autonome ou servir par exemple dans le cadre d'une opération de qualification¹⁵⁰⁷. En réalité, il faut donner un sens à l'interprétation du point de vue de la norme et surtout d'un point de vue contentieux. C'est-à-dire qu'il y a risque contentieux lié

¹⁵⁰¹ L'article 4 du Code civil dispose en effet que « le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice ». Le déni de justice est réprimé pénalement (C. pén., art. 434-7-1).

¹⁵⁰² V. ÉTUDE ANNUELLE DE LA COUR DE CASSATION, *Le rôle normatif de la Cour de cassation*, 2018, p. 23, où il est clairement affirmé que « parce que le législateur ne peut tout prévoir et qu'il appartient au juge de trancher même en cas de silence, d'obscurité ou d'insuffisance de la loi, il est parfois nécessaire de préciser les textes, de les compléter voire de créer la norme qui fait défaut pour statuer sur le cas ». V. égal. la réflexion menée par le président de la chambre commerciale de la Cour de cassation : VIGNEAU Vincent, « Les sources du droit des affaires : la jurisprudence », *JCP E*, 2024, n°23, 1168.

¹⁵⁰³ V. *supra* n°9.

¹⁵⁰⁴ Sur lequel V. *supra* n°268.

¹⁵⁰⁵ TROPER Michel, « Interprétation », in *Dictionnaire de la culture juridique*, *op. cit.*, p. 843.

¹⁵⁰⁶ *Ibid.*, p. 845. Michel Troper relève néanmoins qu'en toute rigueur il est incorrect de parler de l'interprétation d'une norme car, si la norme « n'est que la signification prescriptive d'un énoncé », et que l'interprétation consiste précisément à donner la signification de cet énoncé, il ne peut y avoir de signification d'une signification (*loc. cit.*). Il nous semble que l'on peut néanmoins contourner la difficulté en choisissant, dans le cadre d'une vision simplifiée, d'assimiler la norme à l'énoncé qui la contient.

¹⁵⁰⁷ V. *infra* n°292 et s.

à l'interprétation d'une norme (qu'elle soit légale, contractuelle ou jurisprudentielle)¹⁵⁰⁸ à chaque fois que la discussion part de sa sollicitation dans une situation donnée et qu'il est nécessaire, pour trancher le débat, d'assurer son application¹⁵⁰⁹. C'est donc d'une interprétation-sollicitation dont il s'agit ici, qui va au-delà des problématiques de sens à donner à un énoncé, ces dernières étant évidemment comprises dans cette catégorie contentieuse mais pas exclusives. Ce critère formel permet alors de traiter ensemble des difficultés qui peuvent en apparence sembler éloignées mais qui supposent pourtant toutes d'assurer l'application d'une norme : questionnements autour de son respect, autour de son champ d'application, autour de la portée à donner à l'un de ses termes, etc.

302. Conclusion de section – Ainsi présentés, les différents risques contentieux peuvent être appréhendés au-delà de l'empirisme. Tout d'abord, le risque contentieux lié à la qualification du mécanisme doit être limité aux discussions qui mettent en jeu la nature juridique profonde de l'engagement considéré, excluant par là même toutes les hypothèses dans lesquelles une partie sollicite l'application d'un texte dans le seul but d'accéder à la sanction que celui-ci prévoit. Tel est le cas, par exemple, lorsqu'une clause est confrontée à la prohibition des clauses léonines ou des pactes sur succession future : la qualification n'est pas véritablement discutée. À l'inverse, elle l'est pleinement lorsque des options croisées soulèvent la question de savoir si la promesse doit être analysée comme unilatérale ou synallagmatique. Ensuite, il faut concevoir le risque contentieux lié au régime du mécanisme comme un risque autonome portant sur la recherche d'un résultat juridique donné. En cela, il ne doit pas être confondu avec les questions de qualification ou d'interprétation d'une norme susceptibles de venir soutenir telle ou telle position à propos du régime en cause. Tel était précisément le cas dans la controverse née autour de la rétractation du promettant avant la levée d'option du bénéficiaire d'une promesse unilatérale : si l'on pouvait s'opposer sur le sens à donner à l'article 1142, ancien, du Code civil, le véritable désaccord portait sur le résultat juridique à consacrer, à savoir la possibilité pour le promettant de se défaire de son engagement ou, au contraire, l'effet contraignant de la levée d'option. Enfin, la systématisation du risque contentieux lié à l'interprétation d'une norme appelle une double précision. D'une part, la norme est ici entendue de manière large comme toute valeur externe de référence, que celle-ci soit légale, contractuelle ou même jurisprudentielle. D'autre part, l'interprétation est comprise comme une interprétation-sollicitation, dans le sens où l'on identifiera un risque contentieux lié à l'interprétation d'une norme à chaque fois que la discussion part de la sollicitation de la norme dans une situation donnée et qu'il est nécessaire, pour trancher le débat, d'assurer son application. Ainsi des situations, nombreuses en matière de transfert de droits sociaux, où il faudra s'assurer que l'article 1591 du Code civil relatif à la détermination du prix a bien été respecté. Ces développements ne suffisent toutefois pas à épuiser la démarche de systématisation. Pour que celle-ci soit complète, l'approche personnelle doit être associée à l'approche matérielle en envisageant, *in fine*, le rapport des contractants au risque contentieux.

¹⁵⁰⁸ V. *supra* n°299.

¹⁵⁰⁹ V., montrant pareillement que l'interprétation d'une norme doit se faire « dans le contexte de son application » : GUTMANN Daniel, *Sources et ressources de l'interprétation juridique. Étude de droit fiscal*, LGDJ, 2023, p. 12, n°3.

Section 2 : La systématisation personnelle : le rapport des contractants au risque contentieux

303. Analyser le rapport des contractants au risque contentieux ne se fait pas sans difficulté car, comme nous l'avons vu, ces derniers n'ont pas nécessairement conscience au stade de la conclusion de l'accord que, si leurs intérêts divergent un jour, chacun d'eux pourra provoquer la discussion sur tel ou tel engagement afin d'échapper à son dénouement. Pourtant, cette éventualité est bien réelle au point qu'il faille considérer qu'en la matière les contractants disposent d'une véritable compétence contentieuse (I). En outre, et malgré ce que l'intuition pourrait parfois suggérer, cette compétence présente un caractère discrétionnaire (II).

I. La compétence contentieuse des contractants

304. Le risque contentieux, un pouvoir – Dire qu'il y a risque contentieux en ce que l'une ou au l'autre des parties est susceptible de mettre en échec les engagements prévus par le pacte si son intérêt le commande¹⁵¹⁰ ne suffit pas à renseigner sur ce que ce risque représente pour les parties. Toutefois, on perçoit d'ores et déjà dans cette définition que cette tentative de mise en échec dépend des contractants en ce qu'ils sont *a priori* maîtres de l'évaluation de leurs intérêts et des actions qui vont en découler. C'est donc qu'ils peuvent provoquer la discussion sur un engagement donné. La linguistique oblige alors à une conclusion immédiate car, s'ils le peuvent, c'est qu'ils disposent d'un pouvoir. Mais encore faut-il s'entendre sur ce que l'on désigne ici sous le vocable « pouvoir ». Juridiquement, la tâche ne semble pas aisée car on reconnaît depuis longtemps qu'« en droit privé, le terme de pouvoir recouvre des sens si variés qu'il paraît vain de prétendre en faire une quelconque théorie générale »¹⁵¹¹. Le fait est que « le pouvoir apparaît dans les branches du droit les plus diverses. Le Code civil définit le mandat comme “ l'acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom ”. Mais la notion de pouvoir dépasse de beaucoup cette hypothèse. Elle se trouve au cœur du droit de la représentation, qu'elle soit de source conventionnelle, judiciaire ou légale. La procédure civile, comme la théorie générale de l'acte juridique, s'efforce de distinguer la capacité du pouvoir. Le droit des régimes matrimoniaux détermine les pouvoirs respectifs des époux. Le droit du travail étudie le pouvoir de direction, le pouvoir réglementaire et le pouvoir disciplinaire du chef d'entreprise. On a décelé un pouvoir disciplinaire de même nature dans les syndicats comme dans toutes les “ institutions privées ” »¹⁵¹². L'éclaircie ne se réalise pas en quittant le droit privé pour le droit public car on retrouve alors le pouvoir envisagé sous l'angle des prérogatives de l'administration, principalement afin de déterminer si la situation de liberté dans laquelle elle se trouve pour exercer lesdites prérogatives permet ou non de qualifier son pouvoir de discrétionnaire¹⁵¹³. Si le langage juridique ne fournit pas de conception unifiée, seul s'ouvre un retour au langage courant. Et ce retour n'est pas décevant car le pouvoir y désigne « toute puissance, toute maîtrise de fait »¹⁵¹⁴. Or, c'est bien cette « faculté de faire quelque chose ou de produire un effet »¹⁵¹⁵ qui nous intéresse pour notre perspective contentieuse car le risque contentieux représente à n'en pas douter une faculté

¹⁵¹⁰ V. *supra* n°200.

¹⁵¹¹ GAILLARD Emmanuel, *Le Pouvoir en droit privé*, Economica, 1985, p. 7, n°1.

¹⁵¹² *Ibid.*, p. 9, n°3.

¹⁵¹³ V. *infra* n°308.

¹⁵¹⁴ GAILLARD Emmanuel, *Le Pouvoir en droit privé*, *op. cit.*, p. 7, n°1.

¹⁵¹⁵ *Dictionnaire TLFi*, [en ligne], v° « pouvoir ».

d'agir pour les contractants à qui s'offrent un certain nombre de voies de remise en cause des engagements contractés. Le risque contentieux est donc constitutif d'un pouvoir pour les parties. Reste à déterminer ce qu'il en est de l'aptitude à matérialiser ce risque.

305. L'aptitude à matérialiser le risque contentieux, une compétence – Distinguer le pouvoir de notions voisines comme la compétence peut apparaître périlleux. En effet, concernant cette dernière, le constat est généralement celui d'un « emploi souvent impropre »¹⁵¹⁶ auquel « s'ajoutent les incertitudes terminologiques »¹⁵¹⁷. Ainsi, « convient-il de distinguer la compétence, souvent définie comme une aptitude à agir, d'autres notions parfois présentées comme synonymes : pouvoir, capacité, qualité voire souveraineté ? »¹⁵¹⁸. Sans que cette définition générale de la compétence, à savoir celle de l'« aptitude à agir dans un certain domaine »¹⁵¹⁹, soit nécessairement erronée, elle mérite toutefois des précisions pour ne pas assimiler des concepts pourtant distincts. Il n'y a d'action que s'il y a détention d'un pouvoir d'action. Et la détention du pouvoir n'est pas le pouvoir lui-même. La différence est subtile mais importante car pouvoir agir n'est pas agir. Il y a donc toujours quelqu'un qui, maître de ses pouvoirs, décide ou non de les exercer. Quelle qualification donner à cette maîtrise ? Tout simplement celle de compétence car, en approfondissant la notion, on y découvre bel et bien « l'aptitude à exercer un pouvoir dans une situation définie »¹⁵²⁰. Rapportés au sujet contentieux, ces développements doivent donc nous conduire à considérer que la faculté de provoquer la discussion sur le dénouement d'un engagement constitue un pouvoir des contractants qui, seuls, sont compétents pour décider s'ils vont ou non l'exercer. C'est en cela qu'il faut parler de compétence contentieuse, alors définie comme l'aptitude à matérialiser le risque contentieux.

306. Rôle du juge – Il est permis d'hésiter dans le cadre de cette systématisation sur le rôle à conférer au juge. En effet, *in fine*, le juge tranche la discussion et on peut donc être surpris de voir attribuée la compétence contentieuse à d'autres que lui. Pourtant, bien que l'éventualité du moyen relevé d'office ne soit jamais à exclure¹⁵²¹, il n'y a jamais d'auto-saisine à proprement parler dans le cadre du contentieux des pactes. C'est-à-dire que le juge n'est pas maître de la réalisation du risque contentieux étant donné qu'il aura uniquement à connaître d'une discussion éventuellement portée devant lui par les parties. Sa compétence contentieuse est donc secondaire car, s'il résout la discussion, il ne la crée pas. Il faudra garder cet élément à l'esprit lors du traitement du risque contentieux¹⁵²².

307. Identifier une compétence contentieuse des contractants est un pas important dans la compréhension du rapport de ces derniers au risque contentieux. Subsiste toutefois un point majeur qui est celui du caractère à attribuer à cette compétence.

¹⁵¹⁶ THÉRY Philippe, « Compétence », in *Dictionnaire de la culture juridique*, *op. cit.*, p. 247.

¹⁵¹⁷ *Ibid.*

¹⁵¹⁸ *Ibid.*

¹⁵¹⁹ *Vocabulaire Juridique (sous la direction de Gérard Cornu)*, *op. cit.*, v° « Compétence ».

¹⁵²⁰ THÉRY Philippe, « Compétence », in *Dictionnaire de la culture juridique*, *op. cit.*, p. 251.

¹⁵²¹ La règle en la matière étant que le juge « ne peut fonder sa décision sur les moyens de droit qu'il a relevés d'office sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations » (C. pr. civ., art. 16, al. 3).

¹⁵²² V. *infra* n°415 et s.

II. Le caractère discrétionnaire de la compétence contentieuse

308. Discrétionnarité – Parler de « discrétionnarité »¹⁵²³ à propos de la compétence contentieuse des contractants peut doublement surprendre. En premier lieu, on songe directement au pouvoir discrétionnaire de l'administration et on comprend alors mal ce que viendrait ici apporter une théorie de droit public. Il ne faut pourtant pas se méprendre : « la notion de pouvoir discrétionnaire concerne non le seul droit administratif mais l'ensemble du champ juridique »¹⁵²⁴. Il y a là une certaine logique car dire d'un pouvoir qu'il est discrétionnaire revient à poser la question de son contrôle, or une telle question « se pose aussi bien dans l'ordre privé »¹⁵²⁵. La seconde surprise vient ensuite de l'attribution du caractère discrétionnaire à une compétence alors que, nous venons de le rappeler, ce caractère est bien plus fréquemment associé au pouvoir. Il s'agit pourtant d'un abus de langage car, ce que l'on cherche à qualifier dans ces situations, ce n'est pas le pouvoir lui-même, mais bien l'aptitude à l'exercer. Or, dans un tel cas c'est bien de compétence et non de pouvoir qu'il faut parler¹⁵²⁶. L'abus ressort nettement lorsque le droit administratif évoque l'hypothèse inverse de celle du pouvoir discrétionnaire car ledit pouvoir est alors « opposé à la “ compétence liée ”, situation dans laquelle le pouvoir d'appréciation des faits aurait été entièrement contraint par l'énoncé précis des “ conditions légales ” de l'action administrative »¹⁵²⁷. Ce retour au terme de compétence est parlant et traduit l'idée selon laquelle, avec la discrétionnarité, on vise avant tout la « la marge de choix, d'adaptation, de souplesse, de rigueur ou de faveur qu'offre par principe une compétence à son titulaire »¹⁵²⁸.

309. Une réticence demeure pourtant à affirmer, à travers l'idée de discrétionnarité, une véritable liberté des contractants dans la matérialisation du risque contentieux, c'est-à-dire dans l'exercice de leur compétence contentieuse. Cette liberté est pourtant réelle. Elle se vérifie aussi bien en mettant le caractère discrétionnaire de la compétence contentieuse à l'épreuve de la rationalité du juge (A), que de la rationalité de l'action (B).

A. Le caractère discrétionnaire à l'épreuve de la rationalité du juge

310. Raisonnement tiré de la rationalité du juge – Dire que les contractants sont libres de matérialiser tel ou tel risque contentieux pose inévitablement la question de la limite que devrait représenter la rationalité du juge pour une telle liberté. En effet, il ne faut pas perdre de vue que l'accord dont le dénouement pourrait être perturbé aura bien souvent été construit en prenant en compte la jurisprudence en vigueur. Les contractants sont donc en principe en présence de stipulations qu'ils pensent rédigées en conformité avec les solutions jurisprudentielles existantes. Stipulations qui seraient portées, en cas de matérialisation du risque contentieux, devant un juge appartenant précisément à l'institution dont les décisions auront servi à rédiger le pacte. Comment ne pas penser alors que celui-ci, guidé par « l'idée

¹⁵²³ Le terme peut surprendre même s'il désigne simplement ce qui présente un caractère discrétionnaire : V. PACTEAU Bernard, « Discrétionnarité », in *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit., p. 374.

¹⁵²⁴ DUBOIS Jean-Pierre, « Pouvoir discrétionnaire », *Rép. contentieux adm.*, Dalloz, 2015, n°10.

¹⁵²⁵ PACTEAU Bernard, « Discrétionnarité », in *Dictionnaire de la culture juridique*, loc. cit.,

¹⁵²⁶ V. *supra* n°305.

¹⁵²⁷ DUBOIS Jean-Pierre, « Pouvoir discrétionnaire », op. cit., n°13.

¹⁵²⁸ PACTEAU Bernard, « Discrétionnarité », in *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit., p. 376.

de mesure »¹⁵²⁹, se pose en obstacle à la matérialisation du risque contentieux car les parties, ou à tout le moins leurs conseils, auront nécessairement à l'esprit que sa rationalité le poussera à trancher la discussion dans tel ou tel sens dépendant de manière prévisible de la façon dont les engagements auront été rédigés ?

311. Limite – Si l'on veut bien consentir à ce principe de rationalité, force est de constater qu'en pratique il révèle ses limites. Un contractant tenté de provoquer une discussion contentieuse sait bien que le juge devra composer avec des textes, issus de diverses branches du droit, des pratiques, parfois importées de droits étrangers, et avec des faits, variables d'une espèce à l'autre. Opposer la rationalité du juge à cet état de fait semble donc périlleux dans un système juridique où une part de désordre est inévitable¹⁵³⁰. C'est qu'en réalité il ne faut pas confondre rationalité et simplicité. Ce n'est pas parce que la personne en charge de trancher la discussion générée par un engagement le fait de manière rigoureuse en accord avec les textes et la jurisprudence existante que la solution qu'elle va donner au litige s'impose d'elle-même. Il suffit de consulter la liste des risques contentieux identifiés au sein des pactes d'associés pour s'en convaincre¹⁵³¹. La rationalité n'empêchant pas la complexité, rares seront ainsi les risques contentieux qui n'emportent pas avec eux une part de doute quant à la solution que le juge donnera au litige correspondant. Et c'est précisément ce doute qui autorise leur matérialisation.

B. Le caractère discrétionnaire à l'épreuve de la rationalité de l'action

312. Raisonnement tiré de la rationalité de l'action – La mise à l'épreuve du caractère discrétionnaire de la compétence contentieuse des contractants se fait certainement encore plus prégnante s'agissant de la rationalité de l'action. Cela car c'est peut-être ici que la configuration du système se présente, au moins en apparence, comme la plus opposée à toute idée de discrétionnarité. En effet, bien que l'action soit en théorie ouverte « à tous ceux qui ont un intérêt légitime au succès ou au rejet d'une prétention »¹⁵³², et que tout adversaire se voie accorder le droit de discuter le bien-fondé d'une prétention¹⁵³³, plusieurs dispositifs ont une fonction de contre-feu censée assurer que l'action ne puisse servir trop facilement à déjouer les prévisions contractuelles. En demande tout d'abord, les parties peuvent penser qu'une disposition bien construite pourra être facilement et rapidement soutenue par le juge des référés à qui les textes confient notamment le pouvoir d'ordonner « toutes les mesures qui ne se heurtent à aucune contestation sérieuse »¹⁵³⁴ et, dans les cas où l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable, d'« accorder une provision au créancier, ou ordonner l'exécution de l'obligation même s'il s'agit d'une obligation de faire »¹⁵³⁵. On comprend donc qu'il y aurait là un moyen pour celui qui souhaite obtenir

¹⁵²⁹ MAZEAUD Denis, « 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, spéc. p. 239, n°8.

¹⁵³⁰ V. LIBCHABER Rémy, *L'ordre juridique et le discours du droit : essai sur les limites de la connaissance du droit*, LGDJ-Lextenso éd., 2013, p. 416, n°308.

¹⁵³¹ V. *supra* n°204 et s.

¹⁵³² C. pr. civ., art. 31.

¹⁵³³ C. pr. civ., art. 30, al. 2.

¹⁵³⁴ C. pr. civ., art. 834. V., pour le tribunal de commerce, c. pr. civ., art. 872.

¹⁵³⁵ C. pr. civ., art. 835, al. 2. V., pour le tribunal de commerce, c. pr. civ., art. 873, al. 2. On notera que le caractère provisoire de l'ordonnance de référé (c. pr. civ., art. 484) n'est pas de nature à discréditer cette voie d'action, la pratique tendant à montrer que l'assignation au fond suivant le référé est loin d'être systématique (ce constat est ancien : V. en matière de référé provision : ARMAND-PREVOST Michel, « Le référé commercial », in *Le nouveau code de procédure civile : vingt ans après. Actes du colloque des 11 et 12 décembre 1997*, La Documentation française, 1998, p. 225, spéc. p. 229).

l'exécution d'un engagement de se prémunir contre une discussion artificielle provoquée par l'autre partie en saisissant rapidement le juge des référés. En défense ensuite, l'article 32-1 du Code de procédure civile devrait normalement décourager les plaideurs de mauvaise foi qui imaginent pouvoir obstruer le dénouement d'un engagement qui ne leur convient plus dans la mesure où il est prévu que « celui qui agit en justice de manière dilatoire ou abusive peut être condamné à une amende civile d'un maximum de 10 000 euros, sans préjudice des dommages-intérêts qui seraient réclamés ».

313. Limite – De nouveau, il ne s'agit pas d'affirmer que ce principe de rationalité de l'action est dépourvu de toute logique. Simplement, il paraît difficile de soutenir qu'il contraint véritablement les contractants dans la matérialisation des risques contentieux existant au sein des pactes d'associés. En effet, le propre du risque contentieux est de générer une discussion à l'issue incertaine¹⁵³⁶. Or, cette incertitude va bien souvent chasser les dispositifs protecteurs précédemment mentionnés. Ainsi, l'incertitude est presque antinomique de l'évidence que requièrent les procédures de référé susvisées. Dans ces dernières, le juge des référés se présente comme le « juge de l'évident et de l'incontestable »¹⁵³⁷ ce qui doit conduire à l'évincer lorsque l'on pourrait douter sur le sens dans lequel trancherait le juge du fond¹⁵³⁸. Et, nous l'avons vu, le doute est permis dans bon nombre des cas contentieux susceptibles de se présenter au sein des pactes. Ce qui rendra presque inéluctable la nécessité d'une décision au fond. La jurisprudence en atteste, par exemple lorsqu'elle affirme qu'il y a contestation sérieuse lorsque la discussion soumise au juge suppose d'interpréter les clauses du contrat¹⁵³⁹, ou encore lorsqu'un demandeur est invité à se pourvoir au fond par la juridiction de référé en raison de la contestation sérieuse soulevée par le moyen de défense tiré de la caducité de l'engagement d'acquiescer prévu par un pacte¹⁵⁴⁰. En outre, l'incertitude des risques contentieux est également susceptible d'affecter la règle protectrice prévue par l'article 32-1 du Code de procédure civile¹⁵⁴¹. Celle-ci ne trouvant à s'appliquer que dans des circonstances particulières rendant fautif l'exercice d'une action en justice¹⁵⁴², le dispositif sera bien souvent invoqué sans succès car le principe demeure qu'une action, même infondée, n'est pas abusive dans la mesure où la mauvaise appréciation de ses droits par un plaideur n'est pas en soi constitutive d'une intention de nuire à son adversaire¹⁵⁴³. Si le doute propre aux risques contentieux permet à la fois d'écarter le recours au juge des référés et la protection contre une action abusive ou dilatoire, c'est donc que la matérialisation de ces risques n'est pas réellement entravée. Faute d'entrave, il est permis de parler de discrétionnarité.

¹⁵³⁶ V. *supra* n°200.

¹⁵³⁷ V. LACABARATS Alain, « Compétence des juges des référés », in *Droit et pratique de la procédure civile : droit interne et européen*, Dalloz, 10^e éd., 2021, p. 291, n°236.171.

¹⁵³⁸ V. 1^e civ., 31 mars 1998, n° 96-13.781, *Bull. civ.*, 1998, I, n°137 ; Com., 17 nov. 2009, n°08-70.325.

¹⁵³⁹ 1^e civ., 4 juill. 2006, n°05-11.591, *Bull. civ.*, 2006, I, n° 337 ; *JCP E*, 2006, n° 50, 2146, obs. SERAGLINI, ORTSCHIEDT et BÉGUIN ; *D.*, 2006, 3026, chron. CLAY. *Adde*, pour une cour d'appel ayant à tort tranché une contestation sérieuse en se prononçant sur la levée de la condition suspensive stipulée dans un protocole de cession : Com., 4 avr. 2024, n°22-17.221, *BJS*, 2024, n° 6, 22, note BRIGNON ; *Rev. sociétés*, 2024, 711, note SAINTOURENS.

¹⁵⁴⁰ CA Versailles, 9 juill. 2020, n°19/02770.

¹⁵⁴¹ V. *supra* n°312.

¹⁵⁴² V. 2^e civ., 11 janv. 2018, n°16-26.168, *Bull. civ.*, 2018, II, n° 2.

¹⁵⁴³ V., pour une illustration en matière de pactes : CA Rennes, 15 janv. 2019, n°16/02620, préc.

314. Conclusion de section – La systématisation personnelle du risque contentieux complète utilement la systématisation matérielle en renseignant sur le rapport des contractants à ce risque. Ainsi, le pouvoir devant être assimilé à la faculté de faire quelque chose ou de produire un effet et le risque contentieux représentant avant tout une faculté d’agir par la provocation de la discussion sur le dénouement d’un engagement donné, il faut considérer que le risque contentieux constitue un pouvoir. Mais il y a plus. Compris comme une faculté, le pouvoir n’est rien sans la capacité à l’exercer. Pouvoir agir n’étant pas agir, c’est la compétence qui détermine l’aptitude à exercer un pouvoir dans une situation définie. De sorte que le risque contentieux est un pouvoir et l’aptitude à le matérialiser une compétence des contractants. Ainsi, par exemple, si le créancier d’une obligation d’information sollicite la communication d’un élément, c’est le débiteur qui, en choisissant de contester que l’information relève du pacte, dispose à la fois du pouvoir de faire naître le contentieux et de la compétence de décider de son activation. Cette compétence n’est pas neutre. Elle présente un caractère discrétionnaire en ce qu’elle ne souffre d’aucune entrave véritable. L’affirmation se vérifie tant à l’épreuve de la rationalité du juge que de la rationalité de l’action. En effet, d’une part, la rationalité du juge n’enlève rien à la complexité des risques contentieux qui comportent presque toujours une part de doute quant à la solution que le juge donnera au litige correspondant. Et, d’autre part, c’est cette même complexité qui justifiera bien souvent que le recours au juge des référés soit écarté ou que l’intention de nuire nécessaire à l’application de la sanction prévue par l’article 32-1 du Code de procédure civile en cas d’action en justice abusive ou dilatoire ne soit pas caractérisée.

Conclusion du chapitre 2

- 315.** La systématisation du risque contentieux a pu être réalisée en empruntant deux voies complémentaires.
- 316.** Matériellement, tout d'abord, trois grands types de risque contentieux ont été distingués. Le risque lié à la qualification du mécanisme se limite aux discussions qui mettent en jeu la nature juridique profonde de l'engagement considéré : tel est le cas, par exemple, lorsque des options croisées soulèvent la question de savoir si la promesse doit être analysée comme unilatérale ou synallagmatique. Le risque lié au régime du mécanisme recouvre, pour sa part, les débats portant sur le résultat juridique à consacrer. Il en va notamment ainsi des techniques de renforcement de l'opposabilité du pacte, lorsqu'il s'agit de déterminer si la société cible, informée ou même intervenante au pacte, doit être considérée comme tenue d'assurer activement le respect de ses stipulations, par exemple en refusant de transcrire une cession contraire ou en contraignant les associés à voter conformément à une convention de vote. Enfin, le risque lié à l'interprétation d'une norme vise les discussions qui, pour être tranchées, nécessitent d'assurer l'application d'une valeur de référence externe, qu'elle soit légale, contractuelle ou jurisprudentielle : ainsi, en matière de transfert de droits sociaux, lorsque la validité d'un mécanisme dépend du respect de l'article 1591 du Code civil relatif à la détermination du prix.
- 317.** Personnellement, ensuite, la systématisation éclaire le rapport des contractants au risque contentieux. Seuls en mesure de matérialiser ce risque, les contractants disposent en la matière d'une aptitude qui constitue une véritable compétence contentieuse. Ainsi, par exemple, si le créancier d'une obligation d'information sollicite la communication d'un élément, c'est le débiteur qui, en choisissant de contester que l'information relève du pacte, dispose à la fois du pouvoir de faire naître le contentieux et de la compétence de décider de son activation. Celle-ci n'étant entravée ni par la rationalité du juge, ni par la rationalité de l'action, elle doit être qualifiée de discrétionnaire.
- 318.** C'est, *in fine*, la combinaison des aspects matériels et personnels qui permet de parvenir à une systématisation complète du risque contentieux.

Conclusion du titre second

- 319.** Si le titre premier avait permis d'identifier la source du risque contentieux en mettant en exergue la fonction de couverture remplie par les pactes d'associés, et en dressant la typologie des techniques juridiques utilisées par les parties pour servir cette fonction, seul le déplacement temporel de l'analyse au stade où les engagements sont censés se dénouer pouvait faire sortir le risque contentieux de la latence dans laquelle il se trouve lors de la conclusion de l'accord. Après avoir postulé qu'il y a risque contentieux en ce que l'une ou l'autre des parties peut être tentée de mettre en échec les engagements prévus par le pacte si son intérêt le commande, que ce risque contentieux doit être distingué du risque d'inexécution, et qu'un tri doit être opéré au sein des discussions juridiques potentielles en ne retenant que les moyens contentieux inhérents à la structure des mécanismes de couverture contenus dans les pactes, la matérialisation du risque contentieux a été rendue possible en suivant une démarche en deux temps.
- 320.** Un temps empirique, en premier lieu, qui a conduit à observer le risque contentieux aussi bien dans les mécanismes exigeant un transfert de droits sociaux que dans les mécanismes exigeant un comportement. Cette observation a permis de constater la diversité des cas possibles dans lesquels une partie au pacte peut être amenée à remettre en cause un engagement dont le dénouement ne sert plus ses intérêts. Ce constat de diversité n'est toutefois pas irréductible. La démarche empirique a en effet autorisé un rapprochement entre ces différentes voies de remise en cause d'un engagement en les regroupant en trois grandes catégories de risques contentieux que sont le risque contentieux relatif à la qualification du mécanisme, le risque contentieux relatif à son régime et enfin le risque contentieux tenant à l'interprétation d'une norme.
- 321.** Le temps théorique a, en second lieu, utilement complété le temps empirique en procédant à une systématisation du risque contentieux. Au plan matériel, cette systématisation a permis de définir et de circonscrire les trois grands types de risques contentieux jusqu'alors seulement observés. La conclusion étant qu'il faut limiter les questions de qualification aux discussions qui mettent en jeu la nature juridique profonde de l'engagement considéré, les questions de régime aux discussions supposant de rechercher le résultat juridique auquel doit aboutir un mécanisme donné et, enfin, les questions liées à l'interprétation d'une norme aux discussions qui, pour être tranchées, nécessitent d'assurer l'application d'une valeur de référence externe, que celle-ci soit légale, contractuelle ou jurisprudentielle. La systématisation personnelle a ensuite éclairé le rapport des contractants au risque contentieux. Il s'avère qu'en la matière, ces derniers disposent d'une véritable compétence contentieuse dans la mesure où ce sont eux seuls qui détiennent l'aptitude de matérialiser le risque contentieux. Cette aptitude n'étant pas entravée, il faut parler de compétence discrétionnaire.

CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE

- 322.** La mise en évidence du risque contentieux au sein des pactes d'associés est l'histoire d'un commencement et d'un dénouement.
- 323.** Un commencement, tout d'abord, car un pacte ne saurait, *ab initio*, être conclu dans une perspective contentieuse. Il y a donc dans les pactes d'associés comme dans tout contrat un point de départ où les parties accordent leurs intérêts et acceptent réciproquement d'assumer un certain nombre d'engagements. Dans le contexte des pactes d'associés, ce point de départ se singularise toutefois quelque peu. L'étude a en effet montré que ces derniers sont plus qu'un simple acte de prévision dans la mesure où, commandés par l'exposition aux risques inhérents à l'aventure sociale, ils répondent plus spécifiquement à une fonction de couverture qui caractérise l'unité fonctionnelle entre les engagements du pacte. Cette fonction de couverture se trouve mise en œuvre à travers des mécanismes que l'on peut regrouper en deux grandes familles : d'une part, ceux relatifs à un transfert de droits sociaux, tel qu'une promesse optionnelle ou conditionnelle de vente ; d'autre part, ceux qui se contentent d'exiger un comportement, qu'il s'agisse par exemple de respecter une obligation de non-concurrence ou de se porter fort de la ratification du pacte par un futur entrant. S'en tenir à ce commencement est néanmoins impossible. Le fait est que les parties attendent logiquement de ces mécanismes qu'ils produisent l'effet escompté au stade de leur exécution. Cette attente est justifiée par l'accord des intérêts originels. Mais ce dernier est fragile, car l'on pressent que si les intérêts venaient à diverger, l'une ou l'autre des parties pourrait être tentée de mettre en échec les engagements pourtant initialement acceptés. Il y a donc une tension initiale que seul l'écoulement du temps est à même de révéler.
- 324.** Vient donc ensuite le dénouement des engagements, moment clé de la matérialisation du risque contentieux. Cette matérialisation commande, en premier lieu, une approche empirique. En observant concrètement les cas possibles de remise en cause d'un engagement, on s'aperçoit que, malgré leur extrême diversité, ils s'intègrent tous dans trois grandes catégories de risques contentieux. Le risque relatif à la qualification du mécanisme correspond aux discussions qui mettent en jeu la nature juridique profonde de l'engagement : ainsi, par exemple, lorsqu'une option croisée soulève la question de savoir si la promesse doit être analysée comme unilatérale ou synallagmatique. Le risque relatif au régime du mécanisme se manifeste dans les débats portant sur le résultat juridique à consacrer : tel est notamment le cas des techniques de renforcement de l'opposabilité du pacte, lorsqu'il s'agit de déterminer si la société cible, informée ou même intervenante au pacte, doit être considérée comme tenue d'assurer activement le respect de ses stipulations, par exemple en refusant de transcrire une cession contraire ou en contraignant les associés à voter conformément à une convention de vote. Enfin, le risque relatif à l'interprétation d'une norme renvoie aux discussions qui, pour être tranchées, nécessitent d'assurer l'application d'une valeur de référence externe, qu'elle soit légale, contractuelle ou jurisprudentielle : ainsi, en matière de transfert de droits sociaux, lorsque le respect de l'article 1591 du Code civil relatif à la détermination du prix est discuté. En second lieu, l'empirisme laisse place à la théorisation et donc à la systématisation du risque contentieux. Matériellement, les trois grandes catégories de risques contentieux sont définies et circonscrites. Personnellement, le rapport des contractants au risque contentieux est éclairé dans la mesure où ces derniers exercent sur sa matérialisation une compétence discrétionnaire. Ainsi, par exemple, si le créancier d'une obligation d'information sollicite la communication d'un élément, c'est le

débiteur qui, en choisissant de contester que l'information relève du pacte, dispose à la fois du pouvoir de faire naître le contentieux et de la compétence de décider de son activation.

- 325.** Le travail de mise en évidence du risque contentieux fonde donc, *in fine*, une affirmation centrale. En disposant d'une systématisation matérielle et personnelle du risque contentieux, ce dernier cesse d'apparaître comme un simple aléa de fait et devient une donnée juridique structurée. Dès lors, le passage du fait au droit rend possible un véritable traitement juridique du risque contentieux au sein des pactes d'associés.

PARTIE 2

**LE TRAITEMENT DU RISQUE CONTENTIEUX AU
SEIN DES PACTES D'ASSOCIÉS**

326. La première partie a permis de mettre en évidence que le risque contentieux constituait, au sein des pactes d'associés, une véritable notion de droit. Cette notion, désormais isolée et conceptualisée, appelle une réflexion sur les moyens concrets de son traitement. S'ouvre alors une phase de traitement de ce risque pour laquelle il nous faut en premier lieu mettre au jour une technique de traitement appropriée. Les acquis de la première partie servent ici de guide car, dans la mesure où nous avons démontré que l'aptitude à matérialiser le risque contentieux constituait une compétence contentieuse des contractants¹⁵⁴⁴, il ne peut y avoir de traitement du risque contentieux qu'en agissant sur cette compétence. Autrement dit, traiter le risque revient à encadrer ou à limiter la capacité des parties à en produire les effets, ce qui suppose d'intervenir sur le levier même qui rend cette production possible. La seule technique permettant d'agir sur une telle compétence est celle de la contrainte, seule à même de restreindre ou canaliser son exercice. Une fois cette technique identifiée, il devient alors possible de construire un modèle de traitement du risque contentieux fondé sur la contrainte, qu'il conviendra ensuite de déployer. C'est en effet en déployant concrètement la contrainte au sein des pactes, engagement par engagement, que le traitement du risque contentieux sera véritablement mis en œuvre. Seront dès lors examinés, successivement, la contrainte comme technique de traitement du risque contentieux (**titre premier**), puis le déploiement de la contrainte comme mise en œuvre du traitement du risque contentieux (**titre second**).

¹⁵⁴⁴ V. *supra* n°303 et s.

Titre premier : La contrainte : technique de traitement du risque contentieux

327. Élire la contrainte comme technique de traitement du risque contentieux ne peut se faire de façon purement abstraite. C'est que dans la mesure où il s'agit dans un second temps de la déployer au sein des pactes¹⁵⁴⁵, il nous faut commencer par démontrer en quoi le recours à la contrainte est opportun au sein de ces derniers. Il ne saurait ainsi être question d'utiliser une technique sans en avoir préalablement justifié la pertinence au regard de la logique propre aux pactes d'associés. Une fois certains de disposer de la technique de traitement adéquate, il nous faudra élaborer un modèle type d'utilisation de celle-ci. Ce modèle s'évincera nécessairement du travail de systématisation du risque contentieux précédemment réalisé¹⁵⁴⁶. Ce travail avait permis de distinguer trois types de risques : le risque lié à la qualification du mécanisme, le risque lié à son régime, et enfin le risque tenant à l'interprétation d'une norme, qu'elle soit légale, jurisprudentielle ou contractuelle¹⁵⁴⁷. Il avait également conduit à identifier, du côté des contractants, une compétence contentieuse discrétionnaire dans la matérialisation de ces risques¹⁵⁴⁸. C'est à la confrontation de ces deux éléments, la systématisation du risque contentieux et l'identification de la contrainte comme technique de traitement, que doit désormais répondre l'élaboration d'un modèle de traitement opératoire. De sorte qu'en combinant les éléments de la systématisation et les caractéristiques de la contrainte, il nous sera possible de déterminer les types de contrainte envisageables, lesquels constitueront le cœur du modèle de traitement du risque contentieux. L'analyse se poursuivra donc par l'examen de l'opportunité de la contrainte au sein des pactes d'associés (**chapitre 1**), avant de présenter les types de contrainte envisageables (**chapitre 2**).

¹⁵⁴⁵ V. *infra* n°442 et s.

¹⁵⁴⁶ V. *supra* n°288 et s.

¹⁵⁴⁷ V. *supra* n°291 et s.

¹⁵⁴⁸ V. *supra* n°303 et s.

Chapitre 1 : L'opportunité de la contrainte au sein des pactes d'associés

328. L'opportunité du recours à la contrainte en matière de pactes d'associés découle en réalité de deux observations complémentaires. Premièrement, il serait erroné d'affirmer que les rédacteurs d'actes occultent complètement les potentielles discussions que pourraient générer les mécanismes qu'ils introduisent au sein des pactes d'associés. On retrouve en effet en pratique des stipulations qui se projettent sur le dénouement des engagements contractés, et qui traduisent, même de manière imparfaite, une certaine anticipation du risque contentieux. L'on songe par exemple aux clauses qui visent à orienter par avance l'interprétation qui pourrait être donnée à tel ou tel terme du pacte en cas de contestation¹⁵⁴⁹. En cela, il y a une forme de traitement du risque contentieux qui mérite d'être analysée. Cette prise en compte constitue un terrain d'observation révélateur. Elle constitue un point d'entrée concret permettant de confronter les pratiques actuelles aux exigences théoriques identifiées précédemment. Cette analyse est riche d'enseignements car elle révèle l'inadéquation des techniques actuelles de traitement du risque contentieux (**section 1**). L'opportunité de la contrainte ressort ensuite positivement de ce décalage par un effet miroir : c'est en confrontant les caractéristiques propres à la contrainte aux insuffisances des techniques actuellement mobilisées que son apport se révèle avec plus de netteté. Ainsi, là où l'existant apparaît inadéquat, la contrainte démontre, pour sa part, son utilité comme technique de traitement du risque contentieux (**section 2**).

¹⁵⁴⁹ V. *infra* n°340.

Section 1 : L'inadéquation des techniques actuelles de traitement du risque contentieux

329. La systématisation du risque contentieux ayant démontré que les parties exerçaient sur la matérialisation de celui-ci une véritable compétence contentieuse¹⁵⁵⁰, un procédé ne saurait constituer une technique de traitement du risque contentieux sans agir sur cette compétence. Or, tel n'est pas le cas des techniques qui essaient actuellement au sein des pactes et qui prétendent traiter le risque contentieux. L'affirmation se vérifie aussi bien à propos des techniques relatives aux différentes phases de formation, d'exécution ou de disparition du contrat et qui, partant, relèvent d'une approche par phases¹⁵⁵¹ (I), qu'à propos de celles qui se veulent plus générales (II).

I. Inadéquation des techniques relevant d'une approche par phases

330. Comme nous le savons¹⁵⁵², l'approche par phases commande ici de distinguer les clauses liées aux phases de formation et de disparition du pacte d'associés de celles relatives à sa phase d'exécution. En effet, il nous faut maintenir la même logique fonctionnelle, fondée sur l'enchaînement des temps du contrat, pour apprécier successivement les clauses selon leur rattachement à l'une ou l'autre de ces étapes. Il conviendra donc d'analyser successivement les clauses se rapportant aux phases de formation et de disparition (A), puis celles se rapportant à la phase d'exécution (B).

A. Les clauses se rapportant aux phases de formation et de disparition

331. Absence de véritables clauses relatives à la formation de l'engagement – Si l'on se souvient que le contentieux de la phase de formation doit être restreint aux discussions qui visent à remettre en cause un engagement en s'appuyant sur une irrégularité originelle, c'est-à-dire celles qui visent à remettre en cause sa validité¹⁵⁵³, il est difficile de trouver des stipulations qui appréhendent véritablement ce risque contentieux. Pourtant, la pratique contractuelle ne délaisse pas totalement le champ de la nullité¹⁵⁵⁴. L'illustration la plus connue est celle de la nullité dite conventionnelle¹⁵⁵⁵ ou amiable¹⁵⁵⁶ voire consensuelle¹⁵⁵⁷.

¹⁵⁵⁰ V. *supra* n°303 et s.

¹⁵⁵¹ Sur le choix de cette approche par phases pour observer le risque contentieux au sein des pactes d'associés : V. *supra* n°206.

¹⁵⁵² V. *supra* n°206.

¹⁵⁵³ V. *supra* n°211.

¹⁵⁵⁴ Rappelons que nullité et invalidité se recoupent dans la mesure où « un contrat qui ne remplit pas les conditions requises pour sa validité est nul » (C. civ., art. 1178, al. 1^{er}).

¹⁵⁵⁵ V. TERRÉ François, SIMLER Philippe et LEQUETTE Yves, *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, 10^e éd., 2009, p. 406, n°389 ; GAUDEMET Sophie, *La clause réputée non écrite*, Economica, 2006, p. 62, n°111.

¹⁵⁵⁶ V. PICOD Yves, « Nullité », *Rép. civ.*, Dalloz, 2019, n°59. *Adde*, JULLIAN Nadège, « La nullité amiable en droit des sociétés », sur *Navis affaires, Tribune - avis d'experts* [en ligne], publié le 03/10/2023.

¹⁵⁵⁷ L'expression de « nullité consensuelle » est employée par le rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance précitée du 10 février 2016 (« deux modes de nullité sont instaurés : la nullité judiciaire et la nullité consensuelle »), mais la doctrine continue de se référer aux qualificatifs de nullité conventionnelle (V. DESHAYES Olivier, GENICON Thomas et LAITHIER Yves-Marie, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : commentaire article par article*, op. cit., p. 370 ; CHANTEPIE Gaël et LATINA Mathias, *Le nouveau droit des obligations : commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, op. cit., p. 416, n°468) ou amiable (V. DOUVILLE Thibault [dir.], *La réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations – Commentaire article par article – Double table de concordance*, Gualino, 2^e éd., 2018, p. 151).

Déjà admise par la doctrine avant la réforme de 2016¹⁵⁵⁸, elle a été expressément consacrée par l'article 1178 nouveau du Code civil qui, dans son premier alinéa, permet que la nullité ne soit pas uniquement judiciaire et qu'elle puisse être constatée « d'un commun accord » par les parties. On retrouve d'autres occurrences d'une incursion du contrat dans le domaine de la nullité. Les parties peuvent ainsi souhaiter anticiper la sanction d'une inexécution contractuelle en prévoyant, lorsqu'elles ont restreint la libre transmissibilité de leurs parts ou actions, que le contrat conclu en violation de cette restriction sera frappé de nullité. On peut alors parler de nullité convenue¹⁵⁵⁹. On comprend que la différence entre les deux procédés tient à ce que, dans la première hypothèse, il s'agit de s'accorder sur la nullité d'un mécanisme donné alors que, dans le second cas, il s'agit d'organiser la sanction du contrat conclu en violation dudit mécanisme. Néanmoins, qu'il soit question de nullité conventionnelle ou de nullité convenue, « on ne conçoit pas que le contrat désactive lui-même ses causes potentielles d'annulation »¹⁵⁶⁰. C'est la raison pour laquelle le Code civil interdit qu'une partie renonce par avance à son « droit de critique »¹⁵⁶¹ de la validité de la convention, ce qui se traduit par la règle selon laquelle toute confirmation « ne peut intervenir qu'après la conclusion du contrat »¹⁵⁶². Sans préjuger d'une éventuelle assimilation entre appréhension du risque d'invalidité et confirmation par avance interdite par les textes¹⁵⁶³, force est de constater que la préservation du droit de critique relatif à la validité du contrat laisse dans le même temps intacte la compétence des contractants quant à la possibilité de matérialiser le risque contentieux correspondant.

332. Caractère limité des clauses de disparition – Avant d'aborder la question du traitement du risque contentieux relatif à la phase de disparition, rappelons qu'il est ici question de situations dans lesquelles une partie qui n'a plus intérêt au dénouement d'un engagement va provoquer une discussion en arguant que celui-ci a perdu sa force normative¹⁵⁶⁴. Le risque contentieux porte donc sur une disparition subie. En simplifiant quelque peu le propos, une telle vision nous a conduit à identifier deux thématiques contentieuses dont on peut considérer qu'elles s'appuient sur la structure même des mécanismes en cause : la thématique de la caducité du pacte et celle de sa résiliation lorsque cette dernière se fonde sur le caractère déterminé ou indéterminé de sa durée¹⁵⁶⁵. Corrélativement, il faut exclure de la catégorie des stipulations aptes à appréhender ces risques contentieux celles qui se contentent d'ouvrir un droit conventionnel de résiliation en cas de survenance de tel ou tel événement¹⁵⁶⁶. Et ce car, si elles sont bien susceptibles d'entraîner la disparition du pacte, elles se désintéressent totalement de la discussion qu'un engagement pourrait générer et qui serait de nature à lui faire perdre sa force normative. De même, les clauses résolutoires qui, par définition, sont centrées sur l'hypothèse d'une inexécution¹⁵⁶⁷, se limitent à en organiser les conséquences et se détachent de la discussion

¹⁵⁵⁸ TERRÉ François, SIMLER Philippe et LEQUETTE Yves, *Droit civil. Les obligations*, loc. cit. ; GAUDEMET Sophie, *La clause réputée non écrite*, loc. cit. ; FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc et SAVAUX Éric, *Droit civil. Les obligations*. t. I. *L'acte juridique*, op. cit., p. 341, n°332.

¹⁵⁵⁹ V. GALLOIS-COCHET Dorothée, « La nullité convenue en droit des sociétés », in *Un juriste pluriel : mélanges en l'honneur d'Alain Couret*, Dalloz-Éd. Francis Lefebvre, 2020, p. 321. V. *infra* n°540 et s.

¹⁵⁶⁰ DESHAYES Olivier, GENICON Thomas et LAITHIER Yves-Marie, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : commentaire article par article*, op. cit., p. 379.

¹⁵⁶¹ *Ibid.*

¹⁵⁶² C. civ., art. 1182, al. 2.

¹⁵⁶³ V. *infra* n°405.

¹⁵⁶⁴ V. *supra* n°206.

¹⁵⁶⁵ V. *supra* n°226 et s.

¹⁵⁶⁶ V. HEINICH Julia, « Le sort du pacte extrastatutaire d'associés lors d'un événement affectant l'un de ses signataires », op. cit., n°24.

¹⁵⁶⁷ C. civ., art. 1225, al. 1^{er}.

issue du mécanisme lui-même. Il nous faudrait donc retenir uniquement les clauses qui anticiperaient sur la possibilité d'invoquer que tel ou tel engagement est caduc ou qu'il est résiliable car conclu pour une durée indéterminée. Malheureusement, la recherche en la matière s'avère peu fructueuse. Concernant la caducité tout d'abord, l'approche choisie par la pratique contractuelle est quelque peu brumeuse. Certes, elle est présentée comme ayant recours ici et là à des clauses de caducité dite automatique, « prévoyant que la survenance d'un événement mentionné entraîne immédiatement la fin du contrat »¹⁵⁶⁸. Mais la démarche demeure générale et on ne retrouve guère de stipulations qui se saisissent directement du développement temporel de l'engagement pour en prévenir la chute. Pour ce faire, nous savons qu'il faudrait se prémunir contre l'application d'une norme, à savoir l'article 1186, alinéa 1^{er}, du Code civil¹⁵⁶⁹. Or, d'une part, la doctrine elle-même hésite sur la portée normative à conférer à cet alinéa, ce qui n'incite pas à encadrer son application¹⁵⁷⁰. Et, d'autre part, ce sont bien plus les alinéas 2 et 3 de la disposition, relatifs à l'hypothèse des ensembles contractuels, qui préoccupent les rédacteurs à travers la technique des clauses de divisibilité et d'indivisibilité¹⁵⁷¹. Mais les pactes sont *a priori* assez étrangers à cette dernière problématique¹⁵⁷². Concernant la durée du contrat ensuite, il faut préciser que la discussion a diminué d'intérêt à la suite des réponses progressivement données par la Cour de cassation à cette question complexe en matière de pactes¹⁵⁷³. Celle-ci a notamment affirmé récemment que « la prohibition des engagements perpétuels n'interdit pas de conclure un pacte d'associés pour la durée de vie de la société, de sorte que les parties ne peuvent y mettre fin unilatéralement »¹⁵⁷⁴. Cette évolution de la jurisprudence n'est pourtant pas dépourvue d'enseignements. Bien au contraire, si les réponses sont récentes, cela signifie qu'auparavant la pratique était dans une position d'incertitude. Plus particulièrement, qu'elle était confrontée à un risque contentieux important lorsqu'elle rédigeait des clauses de durée en matière de pactes d'associés. Ce risque était-il traité ? Pour répondre positivement, rappelons qu'il faudrait découvrir des stipulations qui abordaient directement la question de la qualification de l'accord, entre contrat à durée déterminée et indéterminée¹⁵⁷⁵. Or, ce n'était pas la voie choisie. Il était ainsi conseillé aux parties désireuses de se prémunir contre ce risque de « préciser un terme plus précis que la durée de leur situation d'associé ou la durée de la société »¹⁵⁷⁶, par exemple une durée fixe exprimée en nombre d'années. Autrement dit, il fallait « être plus attentifs encore à la rédaction des clauses de durée, en attendant que la jurisprudence clarifie les textes »¹⁵⁷⁷.

333. L'approche choisie par les clauses se rapportant aux phases de formation et de disparition est donc en partie révélatrice d'une certaine conception de la rédaction contractuelle. Celle-ci consiste à soigner le contenu d'une stipulation afin qu'elle se conforme au mieux à ce que l'on sait du droit positif à un instant donné plutôt que de traiter

¹⁵⁶⁸ V. MARTIN Didier et SCHILLER Sophie, *Guide des pactes d'actionnaires et d'associés : 2022/2023*, op. cit., p. 33, n°50.

¹⁵⁶⁹ V. *supra* n°229.

¹⁵⁷⁰ V. DESHAYES Olivier, GENICON Thomas et LAITHIER Yves-Marie, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : commentaire article par article*, op. cit., p. 393 et s.

¹⁵⁷¹ LATINA Mathias, « Clause de divisibilité et d'indivisibilité », in *Les principales clauses des contrats d'affaires*, op. cit., p. 247, n°504 et s. V. *infra* n°463 et s.

¹⁵⁷² V. *supra* n°228.

¹⁵⁷³ V. *supra* n°231.

¹⁵⁷⁴ 1^{er} civ., 25 janv. 2023, n°19-25.478, préc.

¹⁵⁷⁵ Sur cette catégorisation du risque contentieux concerné : V. *supra* n°232.

¹⁵⁷⁶ MARTIN Didier et SCHILLER Sophie, *Guide des pactes d'actionnaires et d'associés : 2022/2023*, op. cit., p. 24, n°37.

¹⁵⁷⁷ ETIENNEY-DE SAINTE MARIE Anne et PAQUIN Jean-Philippe, « La durée du contrat », *JCP N*, 2015, n°47, 1213, §5.

directement le risque contentieux que le mécanisme est susceptible de générer. Il faut à présent regarder s'il en va de même pour les clauses relatives à la phase d'exécution.

B. Les clauses relatives à la phase d'exécution

334. Disqualification des clauses relatives à la gestion du risque d'inexécution – Les premières clauses qui viennent à l'esprit lorsque l'on se projette sur un dénouement contrarié des engagements contractés dans les pactes sont les clauses visant à prévenir ou à organiser les conséquences d'une inexécution contractuelle. Le réflexe est compréhensible car le propre de ces stipulations est d'« anticiper une éventuelle inexécution du contrat »¹⁵⁷⁸, particulièrement crainte, en mettant en place un système à la fois dissuasif et préventif apte à contrer le débiteur récalcitrant¹⁵⁷⁹. L'exemple le plus connu est celui de la clause pénale, qui renvoie désormais à tout mécanisme prévoyant « que celui qui manquera de l'exécuter paiera une certaine somme à titre de dommages et intérêts »¹⁵⁸⁰. La nature comminatoire du procédé est bien connue : il s'agit de pousser le débiteur à s'exécuter¹⁵⁸¹. Il en va en réalité ainsi de toute clause prévoyant une indemnité en cas d'inexécution¹⁵⁸². La logique est proche lorsque le choix contractuel se porte vers des systèmes externes, comme la nomination d'un gestionnaire du pacte ou la mise en fiducie des droits sociaux¹⁵⁸³, dans la mesure où l'attention des rédacteurs est pareillement tournée vers un contexte d'inexécution. Sans préjuger de l'efficacité de ces techniques, il est néanmoins nécessaire d'admettre que rien ne permet de les ériger en véritable mode de traitement du risque contentieux. Tout simplement car nous avons expliqué en quoi le risque contentieux devait être envisagé de façon autonome et distincte du risque d'inexécution¹⁵⁸⁴. Seul nous intéresse en effet la tentative de mise en échec d'un engagement par la provocation de la discussion sur le bien-fondé de son application. Il faut donc, pour prétendre traiter le risque contentieux, se projeter sur cette tentative de mise en échec. Tel n'est pas le cas des clauses relatives à la gestion du risque d'inexécution car à aucun moment elles n'abordent les débats de fond que l'engagement initial, dont on redoute qu'il ne soit pas respecté, serait susceptible de générer¹⁵⁸⁵. Et quand bien même on soutiendrait que l'éventualité d'une

¹⁵⁷⁸ BLANC Nathalie et DE SAINT MAURICE Flore, « Les clauses relatives à l'exécution et à l'inexécution », *JCP N*, 2015, n°47, 1210, §4.

¹⁵⁷⁹ V. AYNÈS Laurent, « Propos conclusifs », in dossier « Les clauses relatives à l'inexécution du contrat », *RDC*, 2024, n°3, p. 143 : « l'inexécution et ses conséquences entrent naturellement dans les prévisions des parties raisonnables, au même titre que l'exécution. Il n'est jamais certain que la prestation promise sera fournie. De nombreux obstacles peuvent se dresser sur le chemin de l'exécution, que les parties le veuillent ou non. Pour être complet, l'acte de prévision qu'est le contrat doit intégrer l'éventualité de l'inexécution, car le futur n'est jamais certain, fût-il promis ».

¹⁵⁸⁰ C. civ., art. 1231-5, al. 1^{er}.

¹⁵⁸¹ V. MAZEAUD Denis, *La notion de clause pénale*, LGDJ, 1992, p. 1, selon qui « le but recherché par des individus lorsqu'ils créent une clause pénale [est de] faire pression sur le débiteur en vue d'assurer l'exécution d'une obligation et organiser la répression de son éventuelle inexécution ».

¹⁵⁸² V. MARTIN Didier et SCHILLER Sophie, *Guide des pactes d'actionnaires et d'associés : 2022/2023*, *op. cit.*, p. 393, n°594 et s.

¹⁵⁸³ *Ibid.*, p. 398, n°603 et s.

¹⁵⁸⁴ V. *supra* n°201.

¹⁵⁸⁵ V., illustrant cette problématique, CAFFIN-MOI Marie, « Les remèdes à l'inexécution des pactes » in dossier « Pactes d'actionnaires et droit des contrats », *op. cit.*, p. 110, qui démarre son propos en relevant que « l'inexécution peut être indirecte lorsqu'une partie, à laquelle on demande d'exécuter ses obligations, oppose l'invalidité du pacte pour une raison ou une autre. Elle débusque alors soudainement une indétermination du prix d'une promesse contenue dans le pacte, une potestativité d'une clause de *bad leaver*, une contradiction entre le pacte et les statuts, une contrariété de la convention de vote à l'ordre public sociétaire ou tout autre fondement permettant de scier l'arbre à la racine, quitte à instrumentaliser les conditions de validité du pacte. Elle peut encore,

pénalité est à même de dissuader un plaideur de contester par exemple la survenance d'une condition¹⁵⁸⁶, il n'y aurait là en tout état de cause qu'un effet indirect et grandement aléatoire du procédé¹⁵⁸⁷.

335. Pertinence des clauses d'exécution forcée – Toute autre est la situation des clauses qui anticipent sur la possibilité d'obtenir ou non l'exécution forcée du mécanisme convenu. En effet, cette dernière constituant le modèle de référence qui, en phase d'exécution, permet de faire ressortir les risques contentieux propres à un engagement donné¹⁵⁸⁸, nous avons vu que la façon dont un plaideur pouvait faire obstacle à cette exécution devait rentrer dans le champ de notre étude¹⁵⁸⁹. Par voie de conséquence, la stipulation qui vise à maîtriser la discussion qu'un contractant pourrait soulever sur le terrain de l'exécution forcée doit être identifiée comme une appréhension véritable du risque contentieux correspondant. Chacun sait qu'en la matière le droit des obligations a connu une évolution. L'épouvantail que représentait l'ancien article 1142 du Code civil conduisait les parties à devoir dicter expressément le régime qu'elles souhaitaient voir s'appliquer en cas de rétractation prématurée du promettant dans les mécanismes optionnels de transferts de droits sociaux¹⁵⁹⁰. Le droit actuel conduit, au moins au plan théorique, à un changement de paradigme. D'un côté, la question du dénouement des mécanismes optionnels de transferts de droits sociaux est réglée par l'article 1124 nouveau du Code civil tandis que l'article 1142 ancien du même code est supprimé. De l'autre, l'exécution forcée fait désormais l'objet d'un article dédié qui en affirme le principe et en pose les limites¹⁵⁹¹. S'attaquer contractuellement à la possibilité d'invoquer l'article 1221 du Code civil revient dès lors à traiter le risque contentieux lié à l'application de cette norme. Cette démarche est susceptible de conduire à deux types d'attitudes.

336. Il est d'abord possible que les parties souhaitent renoncer au principe de l'exécution forcée en nature. Il s'agirait alors de « stipuler une clause qui priverait le créancier, en cas de défaillance du débiteur, du droit d'agir en exécution ou encore de son diminutif qui est la faculté de remplacement »¹⁵⁹². Toutefois, pour ce qui nous concerne, l'hypothèse présente peu d'intérêt. Tout simplement car les contractants décident ici volontairement de matérialiser le risque que l'engagement ne puisse se dénouer en supprimant *ab initio* ses chances d'accéder à l'exécution forcée. Sans porter de jugement de valeur, on aura compris que notre perspective est davantage celle où les parties vont vouloir sécuriser le dénouement de l'engagement, et non l'inverse.

la jurisprudence récente l'a montré, tenter de résilier le pacte prétendument conclu à durée indéterminée. Dans ces hypothèses, il est question d'inefficacité du pacte et non à proprement parler d'inexécution, mais le résultat est indirectement le même », mais choisit ensuite de délaisser ces risques contentieux pour ne s'intéresser qu'aux « hypothèses d'inexécution plus frontale » (*loc. cit.*). V. *supra* n°5.

¹⁵⁸⁶ Sur le risque contentieux généré par les mécanismes conditionnels : V. *supra* n°217 et s. et n°245 et s.

¹⁵⁸⁷ V. *infra* n°346 et s.

¹⁵⁸⁸ V. *supra* n°234.

¹⁵⁸⁹ V. *supra* n°243.

¹⁵⁹⁰ V. *supra* n°239.

¹⁵⁹¹ Il s'agit donc de l'article 1221 du Code civil qui, par sa généralité, doit, davantage que l'article 1222 du même code, constituer l'article de référence en matière d'exécution forcée.

¹⁵⁹² DELEBECQUE Philippe, « L'articulation et l'aménagement des sanctions de l'inexécution du contrat », *Dr. et patr.*, 2016, n°259, p. 62. Concernant les mécanismes optionnels de transferts de droits sociaux, il s'agirait plus spécifiquement de renoncer à la faculté désormais expressément ouverte par l'article 1124, alinéa 2, du Code civil de former le contrat promis malgré la révocation de la promesse par le promettant pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter (V. MARTIN Didier et SCHILLER Sophie, *Guide des pactes d'actionnaires et d'associés* : 2022/2023, *op. cit.*, p 397, n°601).

337. C'est donc l'attitude par laquelle les signataires du pacte vont désirer contrôler la manière dont l'article 1221 du Code civil pourrait remettre en cause leurs engagements qui doit nous retenir. Dans la mesure où cette remise en cause passerait par l'invocation des limites que cet article pose à la possibilité de poursuivre l'exécution en nature d'un engagement, à savoir situation d'impossibilité ou de disproportion manifeste entre le coût de l'exécution pour le débiteur de bonne foi et son intérêt pour le créancier¹⁵⁹³, la première question suppose de déterminer le caractère impératif ou supplétif de ces limites¹⁵⁹⁴, cette détermination dictant ensuite la marge de manœuvre offerte aux contractants. Pourtant, à ce stade de la démonstration, ce n'est pas ce point qui doit nous préoccuper. Et ce car il conduit à statuer sur l'éventuelle licéité ou illicéité de stipulations avant même d'en avoir découvert la nature. Or, seule cette dernière peut nous permettre de comprendre comment un risque contentieux est susceptible d'être appréhendé, la problématique de la validité de cette appréhension étant, au moins pour le moment, secondaire¹⁵⁹⁵. Si l'on en revient donc au traitement contractuel des limites de l'article 1221 du Code civil, on observe que deux logiques s'offrent aux rédacteurs de pactes. Une logique d'exclusion de la norme en premier lieu. Ici, le but est d'écarter la disposition légale des moyens contentieux potentiels¹⁵⁹⁶, les parties s'interdisant d'invoquer la limite en question devant le juge. La contrainte pèse alors sur les plaideurs potentiels, les formules proposées pouvant même reprendre le contenu de l'article sans y faire expressément référence¹⁵⁹⁷. Mais une logique d'aménagement de la norme peut également être à l'œuvre. Dans ce second cas de figure, les parties préfèrent dicter la façon dont la limite à l'exécution forcée doit s'entendre, en définissant par exemple l'intérêt du créancier pour l'exécution forcée ou le seuil à partir duquel la disproportion manifeste entre cet intérêt et le coût de l'exécution pour le débiteur peut être caractérisée¹⁵⁹⁸. Ce n'est dès lors plus sur les parties que la contrainte est censée s'exercer, mais sur le raisonnement du juge, en tentant de le lier « par avance sur la définition des attentes et objectifs escomptés de l'exécution en nature »¹⁵⁹⁹. Où l'on voit donc poindre, à travers l'exemple de l'exécution forcée, deux façons de traiter un risque contentieux selon que la contrainte s'exerce sur les parties ou sur le juge¹⁶⁰⁰.

¹⁵⁹³ Pour rappel, l'article 1221 du Code civil dispose que « le créancier d'une obligation peut, après mise en demeure, en poursuivre l'exécution en nature sauf si cette exécution est impossible ou s'il existe une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur de bonne foi et son intérêt pour le créancier ». Étant précisé que l'ajout des mots « de bonne foi » a été réalisé par la loi n° 2018-287 du 20 avril 2018 ratifiant l'ordonnance précitée du 10 février 2016 qui a sur ce point un caractère interprétatif (V. l'article 16 de cette même loi), la modification étant dès lors réputée intervenue dès le 1^{er} octobre 2016.

¹⁵⁹⁴ Sur ce caractère V. not. DESHAYES Olivier, GENICON Thomas et LAITHIER Yves-Marie, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : commentaire article par article*, op. cit., p. 552, et, plus généralement, à propos de l'ordonnance dans son ensemble : PÉRÈS Cécile, « Règles impératives et supplétives dans le nouveau droit des contrats », *JCP G*, 2016, n°16, 454.

¹⁵⁹⁵ V. *infra* n°354 et s.

¹⁵⁹⁶ V. CORMIER Maxime, « Les clauses relatives au contrôle de la disproportion manifeste de l'exécution forcée du contrat », *Contrats, conc. consom.*, 2023, n°8-9, form. 8, qui présente comme premier objet possible de la clause « l'exclusion du contrôle ».

¹⁵⁹⁷ *Ibid.*, formule « la clause d'exclusion ».

¹⁵⁹⁸ *Ibid.*, qui envisage cette fois-ci « l'aménagement du contrôle ».

¹⁵⁹⁹ GENICON Thomas, « Conjurer la “ faiblesse obligatoire ” du contrat (éléments de solution pour un juste compromis en droit des contrats) » in dossier « Table ronde : Les défis du droit des contrats », *Contrats, conc. consom.*, 2020, n°12, 12, §25.

¹⁶⁰⁰ V. *infra* n°354 et s.

II. Inadéquation des techniques relevant d'une approche générale

338. Approche générale et risques généraux – Évoquer l'idée d'une approche générale des risques contentieux par les parties renvoie intuitivement à un certain nombre de risques généraux principalement issus du droit commun des contrats et par là-même susceptibles de s'appliquer à toute convention. Il est vrai que le Code civil ne manque pas de fondements pour remettre en cause la force obligatoire d'un engagement¹⁶⁰¹. On peut ainsi se poser notamment la question de l'application du vice de violence par abus de l'état de dépendance¹⁶⁰², de la nullité du contrat pour contrepartie illusoire ou dérisoire¹⁶⁰³, de la caractérisation d'une clause qui priverait de sa substance l'obligation essentielle du débiteur¹⁶⁰⁴, de la qualification de contrat d'adhésion avec les conséquences attachées en cas de clause non négociable, déterminée à l'avance par l'une des parties, et créant un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat¹⁶⁰⁵, de l'application du nouveau régime de l'imprévision¹⁶⁰⁶, etc. Il est impossible d'affirmer que les pactes d'associés sont étrangers à tous ces risques¹⁶⁰⁷. Pourtant, une telle énumération ne doit pas nous détourner de notre objectif. C'est-à-dire que par approche générale, il faut entendre des stipulations qui, sans se rapporter particulièrement aux phases de formation, d'exécution ou de disparition, auraient bien pour objectif de désactiver ou à tout le moins d'anticiper une discussion propre à la structure d'un engagement donné du pacte. Or, l'exigence d'un transfert de droits sociaux ou d'un comportement ne génère pas par elle-même l'application des normes susvisées. Elles ne figurent pas dans notre observation du risque contentieux au sein des pactes d'associés¹⁶⁰⁸. C'est pourquoi il nous faut maintenir notre perspective et écarter ces débats de notre étude en raison de leur caractère indifférencié, tout en gardant à l'esprit qu'à partir du moment où le risque en question suppose de discuter l'interprétation d'une norme, il n'y a pas de raison pour que ce qui sera dit à propos de cette catégorie de risque contentieux ne soit pas transposable ici¹⁶⁰⁹.

339. Inutilisation des clauses de qualification – Pourraient en revanche parfaitement constituer un traitement du risque contentieux existant au sein des pactes d'associés les stipulations par lesquelles les parties s'entendent sur la qualification de leurs engagements. Ont en effet été identifiées une série de situations où la nature juridique du mécanisme utilisé est en suspens¹⁶¹⁰. Or, on sait que le droit processuel propose une solution aux parties désireuses de maîtriser cette incertitude étant donné qu'il leur permet, pour les droits dont elles ont la libre disposition, de lier le juge par un accord exprès sur « les qualifications et points de droit auxquels elles entendent limiter le débat »¹⁶¹¹. Pourtant, et alors même que le mécanisme est connu des contrats d'affaires¹⁶¹², il semble n'y rencontrer qu'un « faible

¹⁶⁰¹ V. not. GENICON Thomas, « Conjurer la “ faiblesse obligatoire ” du contrat (éléments de solution pour un juste compromis en droit des contrats) », *op. cit.*, spéc. §11 et s.

¹⁶⁰² C. civ., art. 1143.

¹⁶⁰³ C. civ., art. 1169.

¹⁶⁰⁴ C. civ., art. 1170.

¹⁶⁰⁵ C. civ., art. 1171. V. *infra* n°386.

¹⁶⁰⁶ C. civ., art. 1195.

¹⁶⁰⁷ V. MARTIN Didier et SCHILLER Sophie, *Guide des pactes d'actionnaires et d'associés : 2022/2023*, *op. cit.*, p. 53, n°80 et s.

¹⁶⁰⁸ V. *supra* n°204 et s.

¹⁶⁰⁹ Rappelons en effet qu'à côté des discussions liées à la qualification et au régime d'un mécanisme, l'interprétation d'une norme constitue le troisième type de risque contentieux : V. *supra* n°299 et s.

¹⁶¹⁰ V. *supra* n°292 et s.

¹⁶¹¹ C. pr. civ., art. 12, al. 3.

¹⁶¹² V. not. WEILLER Laura, « Clause de qualification », in *Les principales clauses des contrats d'affaires*, *op. cit.*, p. 701, n°1506 et s.

succès pratique »¹⁶¹³. Il est vrai que ses conditions d'application sont présentées comme rigoureuses, que l'on discute de la possibilité d'y avoir recours *ab initio* dès la conclusion du contrat et donc avant tout litige¹⁶¹⁴ ou encore de son applicabilité à l'instance de cassation¹⁶¹⁵. On pourrait ajouter que bien souvent les difficultés de qualification ne sont découvertes qu'*a posteriori*, c'est-à-dire devant le juge, à un moment où les vues des parties sur l'engagement conclu sont devenues divergentes. Mais, en réalité, même en présence d'un problème de qualification connu, par exemple à propos des promesses croisées¹⁶¹⁶, s'il peut être conseillé aux praticiens « de spécifier très clairement qu'il n'y aura point vente si l'une des deux parties ne lève pas son option »¹⁶¹⁷, à aucun moment il n'est fait référence à l'accord exprès de l'article 12, alinéa 3, du Code de procédure civile. Où l'on retrouve donc un comportement contractuel déjà rencontré et consistant à soigner la rédaction du contenu d'une stipulation afin qu'elle se conforme au mieux à ce que l'on sait du droit positif à un instant donné plutôt que de traiter directement le risque contentieux que le mécanisme est susceptible de générer.

340. Caractère limité des clauses d'interprétation du contrat – Enfin, se pose la question du sort à réserver à une dernière catégorie de clauses, généralement présentées comme se rapportant à l'interprétation du contrat¹⁶¹⁸. À dire vrai, ce regroupement forcé derrière la notion d'interprétation ne fait pas nécessairement justice à ces stipulations aux objets finalement assez divers. Sont ainsi évoquées en même temps les clauses d'intégralité, visant à affirmer la valeur contractuelle du seul contrat écrit, « excluant par conséquent la force obligatoire de tous les éléments qui lui sont extérieurs, en particulier ceux qui ont précédé la conclusion du contrat »¹⁶¹⁹, les clauses d'intitulés, qui ont pour but de s'assurer que le contenu de la disposition primera sur l'intitulé choisi par les parties¹⁶²⁰, elles-mêmes présentées comme une simple variante des clauses dites de priorité qui établissent une

¹⁶¹³ *Ibid.*, p. 701, n°1506. La doctrine ne semble pas non plus y accorder une grande importance lorsqu'elle aborde une problématique de qualification. V., à propos des pourparlers, LAUDE Anne, « Le constat judiciaire des pourparlers », *RTD com.*, 1998, p. 551, selon qui il serait concevable que « les plaideurs réputent un engagement conclu exclusivement dans le cadre de simples pourparlers et stipulent expressément que la qualification de documents précontractuels s'imposera au juge ». On constate que la proposition, particulièrement succincte, n'arrive qu'en toute fin de développement.

¹⁶¹⁴ V., CADIET Loïc et JEULAND Emmanuel, *Droit judiciaire privé*, LexisNexis, 12^e éd., 2023, p. 532, n°538, l'admettant sans réserve et, *contra*, BILLIAU Marc, GHESTIN Jacques et JAMIN Christophe, *Traité de droit civil. Les effets du contrat : interprétation, qualification, durée, inexécution, effet relatif, opposabilité*, *op. cit.*, p. 178, n°142, le réfutant au motif que la qualification de transaction serait inapplicable. Le point est central si l'on veut avoir recours à un tel accord : V. *infra* n°427.

¹⁶¹⁵ V., militant en faveur de l'impossibilité pour les parties de lier le juge en cassation : MIGUET Jacques, « Réflexions sur le pouvoir des parties de lier le juge par les qualifications et points de droit », in *Mélanges offerts à Pierre Hébraud*, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 1981, p. 567, spéc. p. 590. V., pourtant, admettant l'hypothèse : BILLIAU Marc, GHESTIN Jacques et JAMIN Christophe, *Traité de droit civil. Les effets du contrat : interprétation, qualification, durée, inexécution, effet relatif, opposabilité*, *op. cit.*, p. 181, n°146. *Adde*, BORÉ Jacques et BORÉ Louis, *La cassation en matière civile*, Dalloz, 6^e éd., 2023, p. 395, n°74.115, identifiant dans la « méconnaissance de la limitation du débat aux points de droit fixés par les parties » un cas d'ouverture à cassation pour dénaturation des termes du litige.

¹⁶¹⁶ Sur cette discussion : V. *supra* n°240 et s.

¹⁶¹⁷ MARTIN Didier et SCHILLER Sophie, *Guide des pactes d'actionnaires et d'associés : 2022/2023*, *op. cit.*, p. 123, n°194.

¹⁶¹⁸ V. LAMOUREUX Marie, « Clause d'interprétation », in *Les principales clauses des contrats d'affaires*, *op. cit.*, spéc. p. 455, n°979.

¹⁶¹⁹ LAMOUREUX Marie, « Clause d'intégralité », in *Les principales clauses des contrats d'affaires*, *op. cit.*, p. 449, n°965.

¹⁶²⁰ LAMOUREUX Marie, « Clause d'intitulés », in *Les principales clauses des contrats d'affaires*, *op. cit.*, p. 461, n°989 et s.

hiérarchie entre les différents documents contractuels échangés entre les parties¹⁶²¹. Mais on retrouve aussi des clauses qui se proposent plus simplement de définir les principaux termes du contrat¹⁶²². À n'en pas douter, ces différentes techniques contractuelles révèlent une volonté des signataires de maîtriser le cadre dans lequel une discussion pourrait survenir relativement à leur accord¹⁶²³. Mais leur généralité les condamne quelque peu car leur standardisation peine à appréhender un risque contentieux particulier généré par un engagement donné. Les clauses de priorité en sont un bon exemple car affirmer de façon abstraite que le pacte prévaudra sur les statuts ne règle en rien la discussion que pourrait soulever une contradiction entre ces deux supports, celle-ci supposant, pour être résolue, d'être replacée dans le contexte du mécanisme, de la forme sociale et des dispositions légales concernées¹⁶²⁴.

341. Conclusion de section – L'inadéquation des techniques actuelles de traitement du risque contentieux, observée aussi bien dans le cadre d'une approche par phases que dans le cadre d'une approche plus générale, ressort doublement. L'inadéquation prend ainsi la forme d'une inadéquation lorsque les contractants se projettent bel et bien sur l'éventualité que le dénouement des engagements contenus dans les pactes soit contrarié, sans pour autant appréhender la compétence contentieuse des contractants qui pourrait être source de cette contrariété. Tel est le cas des clauses relatives à la gestion du risque d'inexécution ou des clauses d'interprétation du contrat qui, parce que détachées de la discussion que pourrait générer un engagement donné, s'écartent du risque contentieux qui lui est associé. Ainsi, par exemple, des clauses pénales destinées à sanctionner l'inexécution : si elles visent bien à dissuader un associé de manquer à ses obligations, elles restent indifférentes aux débats de fond qu'un mécanisme donné peut générer. Mais l'inadéquation prend également la forme d'une inexistence lorsque, préférant se contenter d'une prétendue conformité de leurs engagements à l'état du droit positif lors de la conclusion de l'accord, les parties délaissent le traitement des risques contentieux que ces engagements engendrent. Témoignent de cette attitude l'absence de véritables clauses relatives à la formation de l'engagement, le caractère limité des clauses de disparition et l'inutilisation des clauses de qualification. Seules échappent à ce constat d'inadéquation les clauses d'exécution forcée. En contraignant les plaideurs ou le juge sur la manière dont l'article 1221 du Code civil pourrait remettre en cause le bon dénouement des engagements, elles s'emparent de manière pertinente du risque contentieux correspondant. Plus encore, elles révèlent l'unique mode de traitement d'un risque contentieux : la contrainte.

¹⁶²¹ LAMOUREUX Marie, « Clause de priorité », in *Les principales clauses des contrats d'affaires*, *op. cit.*, p. 683, n°1470 et s.

¹⁶²² LAMOUREUX Marie, « Clause de définition », in *Les principales clauses des contrats d'affaires*, *op. cit.*, p. 223, n°446 et s.

¹⁶²³ Pour un exposé des méthodes possibles d'interprétation du pacte d'actionnaires, entre méthode subjective et méthode objective : V. STOFFEL-MUNCK Philippe, « L'interprétation du pacte d'actionnaires » in dossier « Pactes d'actionnaires et droit des contrats », *op. cit.*, p. 94.

¹⁶²⁴ V. *supra* n°274.

Section 2 : L'utilité de la contrainte comme technique de traitement du risque contentieux

342. L'utilité de la contrainte comme technique de traitement du risque contentieux se comprend en contrepoint de l'inadéquation des techniques actuellement utilisées au sein des pactes. Autrement dit, c'est à la lumière des limites observées dans les pratiques contractuelles existantes que la contrainte révèle sa portée. C'est ainsi parce qu'elle se différencie de ces dernières que la contrainte affirme sa spécificité : en proposant une logique propre, distincte de celle des mécanismes traditionnels, elle s'inscrit à part dans le paysage des techniques mobilisables. C'est donc précisément de cette singularité (I) que la contrainte tire sa force (II), laquelle lui permet d'apporter une réponse opérante à l'exigence de traitement du risque contentieux.

I. La singularité de la contrainte

343. Changement de paradigme – L'étude des techniques actuelles de traitement du risque contentieux a permis de faire ressortir deux idées sous-jacentes¹⁶²⁵. D'une part, les parties s'estiment suffisamment obligées par la mise en place d'engagements qu'elles pensent conformes au droit positif. D'autre part, elles imaginent s'assurer du bon dénouement de leurs engagements par le biais de stipulations qui n'appréhendent pourtant pas véritablement la compétence contentieuse des contractants. Tel est par exemple le cas des clauses qui organisent la sanction d'une éventuelle inexécution contractuelle. Le fait que ces techniques se révèlent inadéquates à traiter le risque contentieux généré par les mécanismes du pacte ne doit pas décourager. Bien au contraire, il y a là un élément qui semble militer en faveur du recours à la contrainte car, précisément, la contrainte n'est ni l'obligation (A), ni la sanction (B).

A. La contrainte n'est pas l'obligation

344. Confusion originelle – La confusion entre contrainte et obligation puise sa source dans la distinction séculaire qui voit s'opposer le fait et le droit. C'est très certainement chez Hans Kelsen que cette opposition est la plus prononcée. Sans revenir en détail sur des développements qui appartiennent avant tout à la théorie du droit, rappelons que dans la conception que ce dernier a de la norme, une distinction s'impose entre le « devoir être » (*Sollen*) et l'« être » (*Sein*)¹⁶²⁶. Pour lui, « le mot “ norme ” exprime l'idée que quelque chose *doit* être ou se produire, en particulier qu'un homme *doit* se conduire d'une certaine façon »¹⁶²⁷. À l'opposé on retrouve l'être, c'est-à-dire l'acte de volonté qui va être posé (ou non), en conformité (ou non) avec ce qui doit être. Or, le fait qu'il faille « distinguer nettement cette “ norme ” de l'acte de volonté qui la pose »¹⁶²⁸ n'est pas sans incidences. En effet, la distinction impose une séparation nette entre ce que le juriste est censé appréhender, à savoir la norme (le devoir être), et ce qui lui échappe, à savoir l'acte de volonté réalisé en correspondance de cette norme (l'être). Le Professeur Christophe Grzegorzczak résume le propos de la manière suivante : « Cette confusion, très traditionnelle et encore courante, vient d'une certaine conviction méthodologique qui a opposé le fait et le droit, et a donc

¹⁶²⁵ V. *supra* n°329 et s.

¹⁶²⁶ KELSEN Hans, *Théorie pure du droit*, Dalloz, coll. Philosophie du droit, 1962, p. 6 et s.

¹⁶²⁷ *Ibid.*, p. 6.

¹⁶²⁸ *Ibid.*, p. 7.

exclu implicitement l'analyse du fait de la sphère “ véritablement ” juridique. On a relégué tout ce qui relevait de l'action juridique au domaine de la sociologie du droit, à l'analyse des réalités extra-juridiques. Le juriste ne devait pas s'intéresser à l'action, à ce qui se passait dans les faits, à la réalité sociale, mais seulement aux normes, au *Sollen* (le devoir être), à ce qui devait se passer, car le *Sein* (l'être) était séparé du *Sollen* »¹⁶²⁹. Ramené à la question des rapports entre contrainte et obligation, ce cantonnement traditionnel du juriste à la norme a pour conséquence directe qu'il ne peut percevoir autre chose que l'obligation. Pour lui, « l'existence d'une obligation normative équivaut à celle d'une contrainte »¹⁶³⁰ car la seule situation que le droit appréhende est celle de l'individu qui doit faire quelque chose en vertu d'une norme. En ce sens, dire que l'individu a l'obligation de réaliser ce quelque chose ou dire qu'il y est contraint est strictement identique. Et c'est peu dire que d'affirmer que cette conception des choses a survécu à Kelsen. C'est en effet directement celle-ci qui est exprimée lorsque certains auteurs affirment que « par définition, l'obligation suppose la contrainte »¹⁶³¹ ou encore que « l'obligation est une contrainte, enferme une force »¹⁶³². Pourtant, la différence de nature entre l'obligation et la contrainte impose bel et bien de distinguer les concepts.

345. Distinction nécessaire – L'élaboration d'une véritable théorie de la contrainte juridique a conduit les auteurs à séparer plus finement les concepts d'obligation et de contrainte. Herbert Hart le premier a posé les fondements de la distinction qu'il exprime simplement en énonçant qu'il existe une différence « entre l'assertion selon laquelle quelqu'un *était obligé* de faire quelque chose et l'assertion selon laquelle il *avait l'obligation* de le faire »¹⁶³³. Si on précise les propos de l'auteur, « “ être obligé ”, signifie “ être contraint ”, tandis que l'expression “ avoir l'obligation ”, présuppose l'existence d'une règle juridique »¹⁶³⁴. Autrement dit, « on peut “ être obligé ” par un gangster, mais on “ n'a pas d'obligation ” vis-à-vis de lui »¹⁶³⁵. Ce travail théorique s'est propagé avec succès dans la doctrine française et on trouve ainsi désormais rappelé dans certaines définitions de la contrainte qu'« une chose est d'être légalement tenu de faire ou de ne pas faire quelque chose, ou d'être débiteur d'une obligation contractuelle, autre chose est de subir une contrainte »¹⁶³⁶. Néanmoins, la conception kelsénienne de la norme n'est pas systématiquement écartée dans ces premiers efforts de différenciation entre l'obligation et la contrainte car la contrainte se voit alors réduite à une question de fait. C'est la limite de la proposition d'Herbert Hart car, pour lui, « l'affirmation selon laquelle une personne était obligée d'obéir à quelqu'un, constitue en général un jugement d'ordre psychologique relatif aux convictions et aux motifs qui ont accompagné l'accomplissement d'un acte »¹⁶³⁷. C'est-à-dire qu'en pensant se libérer de l'assimilation erronée entre obligation normative et contrainte¹⁶³⁸, on aurait simplement amendé légèrement la vision d'Hans Kelsen en déplaçant la contrainte dans la catégorie de l'être (du *Sein*), du fait, et donc du non-droit. Le

¹⁶²⁹ GRZEGORCZYK Christophe, « Obligations, normes et contraintes juridiques. Essai de reconstruction conceptuelle », in *Théorie des contraintes juridiques*, Bruylant / LGDJ, 2005, p. 25, spéc. p. 31.

¹⁶³⁰ *Ibid.*

¹⁶³¹ DISSAUX Nicolas et JAMIN Christophe, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 : commentaire des articles 1100 à 1386-1 du code civil*, loc. cit.

¹⁶³² CARBONNIER Jean, *Flexible droit, pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 10^e éd., 2014, p. 325.

¹⁶³³ HART Herbert Lionel Adolphus, *Le Concept de droit*, Facultés universitaires Saint-Louis, 1976, p. 102, n°82.

¹⁶³⁴ GRZEGORCZYK Christophe, « Obligations, normes et contraintes juridiques. Essai de reconstruction conceptuelle », *op. cit.*, p. 26.

¹⁶³⁵ *Ibid.*

¹⁶³⁶ JEAMMAUD Antoine, « Contrainte », in *Dictionnaire de la culture juridique*, *op. cit.*, p. 275.

¹⁶³⁷ HART Herbert Lionel Adolphus, *Le Concept de droit*, *op. cit.*, p. 103, n°83.

¹⁶³⁸ V. *supra* n°344.

constat est alors que « dans notre discipline, seule la situation où l’“ on a une obligation ” est juridique, au contraire de celle où l’on “ est obligé ” (au sens : on “ est contraint ”) qui est en dehors du droit »¹⁶³⁹. Il nous faudra pourtant expliquer en quoi la contrainte peut être juridique et non uniquement factuelle¹⁶⁴⁰. À ce stade toutefois, force est de constater que cette idée selon laquelle la contrainte relèverait du non-droit a imprégné la pratique contractuelle. Non pas que les parties ne cherchent pas à trouver des moyens juridiques par lesquels elles pourraient influencer sur le comportement de leur contractant quant à l’accomplissement de ses obligations. Mais il y a une forme d’acceptation de ce que le fait que l’autre contractant dénouera ou ne dénouera pas l’engagement conformément à ce qui était initialement prévu est un élément factuel dépendant de facteurs non-juridiques. On pense alors contraindre ce comportement en le prenant en compte et en y attachant contractuellement des conséquences. Ces conséquences vont prendre la forme de sanctions diverses et variées, avant tout mises en place par des clauses relatives à la gestion du risque d’inexécution. Ayant déjà reconnu l’inadéquation de ces clauses comme technique de traitement du risque contentieux¹⁶⁴¹, la logique voudrait que l’on parvienne à la même conclusion à propos de la contrainte. Ce serait cependant opérer une nouvelle assimilation malheureuse. Et ce car, en plus d’être distinguée de l’obligation, la contrainte doit également être différenciée de la sanction.

B. La contrainte n’est pas la sanction

346. La sanction ou le sentiment de la contrainte – Si la distinction entre contrainte et obligation s’opère finalement assez rapidement au vu des développements théoriques préexistants en la matière¹⁶⁴², la dissociation à réaliser entre contrainte et sanction se présente sous des jours bien moins aisément accessibles. En effet, n’est-il pas de l’essence du droit que de comporter des sanctions ? Et celles-ci ne constituent-elles pas justement les fameuses contraintes que l’on a cherché à singulariser¹⁶⁴³ ? La littérature juridique semble pousser fortement en ce sens car, « s’il est un lieu commun de la culture juridique, c’est bien celui qui considère que le droit est un ordre social original, en ce qu’il comporte des règles de conduite accompagnées d’actes de contrainte, c’est-à-dire de sanctions »¹⁶⁴⁴. L’assimilation est presque totale en droit des obligations lorsque l’on tente d’identifier la « contrainte proprement juridique »¹⁶⁴⁵, car on se réfère alors à une distinction allemande bien connue entre le *Schuld* et l’*Haftung*, c’est-à-dire entre « la dette et l’exécution »¹⁶⁴⁶. La construction théorique est relativement simple : d’un côté il y a l’engagement (le *Schuld*) et de l’autre il y a les moyens qui vont permettre d’en obtenir l’exécution (l’*Haftung*). Ceux-ci peuvent être légaux. On pense évidemment à la liste de remèdes proposés par l’article 1217 du Code civil dans une situation d’inexécution du contrat. L’idée de contrainte est également bien présente dans le Code des procédures civiles d’exécution lorsque celui-ci affirme que « tout créancier peut, dans les conditions prévues par la loi, contraindre son débiteur défaillant à exécuter ses obligations à son égard »¹⁶⁴⁷. Mais ces moyens peuvent également être contractuels et on en revient alors aux stipulations visant à sanctionner le

¹⁶³⁹ GRZEGORCZYK Christophe, « Obligations, normes et contraintes juridiques. Essai de reconstruction conceptuelle », *loc. cit.*

¹⁶⁴⁰ V. *infra* n°349.

¹⁶⁴¹ V. *supra* n°334.

¹⁶⁴² V. *supra* n°344 et s.

¹⁶⁴³ V. *supra* n°343.

¹⁶⁴⁴ LAQUIÈZE Alain, « Sanction », in *Dictionnaire de la culture juridique*, *op. cit.*, p. 1381.

¹⁶⁴⁵ CARBONNIER Jean, *Flexible droit, pour une sociologie du droit sans rigueur*, *loc. cit.*

¹⁶⁴⁶ *Ibid.*, p. 326.

¹⁶⁴⁷ CPC exéc., art. L. 111-1, al. 1^{er}.

débiteur récalcitrant¹⁶⁴⁸. Ce qui compte, c'est de comprendre qu'il y a sanction en ce qu'est institué un réseau d'obligations secondaires qui interviennent « pour réprimer la violation d'une obligation primaire »¹⁶⁴⁹. Et c'est en ayant organisé ce réseau que l'on pense être parvenu à la contrainte. Faut-il pourtant recevoir cette conclusion sans la discuter ? À dire vrai, on voit mal comment cette dernière s'imposerait car, en y regardant de plus près, l'idée selon laquelle la sanction emporte une contrainte n'est jamais démontrée. Bien plus, la sanction semble être « abusivement rapprochée de la contrainte »¹⁶⁵⁰. Pour s'en convaincre, il suffit de reprendre la chronologie de cette construction théorique. Elle part de la dette, c'est-à-dire de l'engagement initial, pour organiser un réseau secondaire de pression suffisamment efficace afin de s'assurer que le débiteur respectera ses obligations. Chacun observe donc que l'on quitte l'engagement, le *Schuld*, pour d'autres mécanismes visant à obtenir l'*Haftung*. Mais il faut comprendre ce qui fonde ce mouvement. C'est toujours l'idée kelsénienne selon laquelle l'acte de volonté qui va être effectué en application d'une norme est une question purement factuelle que le juriste ne peut appréhender¹⁶⁵¹. Ce dernier peut uniquement se préoccuper de la norme et c'est donc cela qu'il fait ici à travers les sanctions en créant de nouvelles normes qui sont censées sécuriser l'exécution de la norme initiale. Quelle fonction ont-elles si l'on a dit que l'acte de volonté ne pouvait être, en tant qu'élément purement factuel, juridiquement dicté ? Tous les développements se rapportant à cette question fournissent la même réponse. Il s'agit pour la sanction de communiquer « le minimum de stimulant qui fait que la plupart des obligations s'exécutent spontanément »¹⁶⁵² et ainsi d'assurer cette « fonction de découragement »¹⁶⁵³. C'est donc un sentiment que la sanction cherche à provoquer chez le débiteur, consistant à lui faire comprendre qu'il a tout intérêt à exécuter ses engagements. Mais c'est précisément là où le bât blesse car, au mieux, on sera parvenu à un sentiment de contrainte. Or, le sentiment de contrainte n'est pas la contrainte.

347. Le sentiment de contrainte et la contrainte – Penser aboutir à une contrainte en ayant mis en place un réseau de sanctions générant une crainte psychologique suffisamment forte sur son contractant fait sens si l'on se maintient dans une perception factuelle de la contrainte¹⁶⁵⁴. Pourtant, le développement de la théorie des contraintes juridiques montre que celles-ci peuvent être envisagées indépendamment de toute psychologie¹⁶⁵⁵. C'est-à-dire que si l'on doit, pour apprécier une contrainte, se placer dans la situation de la partie contractante récalcitrante, et en cela l'approche est subjective, il n'est aucunement nécessaire de tomber immédiatement dans le « jugement d'ordre psychologique » proposé par Hart¹⁶⁵⁶. Ainsi, « il y a chez Hart (et chez beaucoup d'autres) la confusion entre la subjectivité et la psychologie. Est subjectif ce qui est relativisé au sujet, mais cette relativisation ne concerne pas nécessairement la psychologie de celui-ci. Ou, pour dire cela autrement, il faut distinguer la situation dans laquelle le sujet se trouve objectivement et ses propres réactions psychologiques vis-à-vis de cette situation »¹⁶⁵⁷. Les conséquences d'une

¹⁶⁴⁸ V. *supra* n°334.

¹⁶⁴⁹ LAQUIÈZE Alain, « Sanction », *op. cit.*, p. 1384.

¹⁶⁵⁰ *Ibid.*, p. 1382.

¹⁶⁵¹ V. *supra* n°344 et s.

¹⁶⁵² CARBONNIER Jean, *Flexible droit, pour une sociologie du droit sans rigueur*, *loc. cit.*

¹⁶⁵³ LAQUIÈZE Alain, « Sanction », *op. cit.*, p. 1384.

¹⁶⁵⁴ V. *supra* n°345.

¹⁶⁵⁵ GRZEGORCZYK Christophe, « Obligations, normes et contraintes juridiques. Essai de reconstruction conceptuelle », *op. cit.*, p. 27 et s.

¹⁶⁵⁶ V. *supra* n°345

¹⁶⁵⁷ GRZEGORCZYK Christophe, « Obligations, normes et contraintes juridiques. Essai de reconstruction conceptuelle », *op. cit.*, p. 28.

telle démarche s'imposent d'elles-mêmes car, en quittant la psychologie, on quitte le sentiment. S'ouvre alors une perception autonome de la contrainte qui peut aller au-delà du simple déclenchement d'un sentiment de contrainte. Mais, nous opposera-t-on, à quoi peut bien ressembler une contrainte objective qui pèserait sur un contractant relativement au dénouement de son engagement et qui ne serait, ni une nouvelle obligation, ni une simple sanction ? Répondre à cette interrogation revient en réalité à aborder la question de la force de la contrainte.

II. La force de la contrainte

348. Composantes de la force – Se détachant par sa singularité¹⁶⁵⁸ d'un système dont nous avons éprouvé l'inefficacité à traiter le risque contentieux existant au sein des pactes d'associés, la contrainte laisse entrevoir sa force, et donc son utilité. Il nous faut désormais aller plus en avant et détailler les composantes de cette force. Celles-ci résident dans la nature de la contrainte (A), dans son objet (B) et dans sa localisation (C).

A. Nature de la contrainte

349. La contrainte est juridique – Sauf à retomber dans une vision purement factuelle de la contrainte¹⁶⁵⁹, non-singulière et par conséquent dépourvue d'utilité, la présentation d'une contrainte forte doit être la présentation d'une contrainte objective et donc marquée par sa juridicité. Mais cette juridicité peut-elle réellement se concevoir ? Fort heureusement, la théorie des contraintes juridiques répond par la positive. La première étape est de se représenter cette juridicité. Le Professeur Christophe Grzegorzczak propose de passer ici par l'exemple : « Lorsqu'un client pose à son avocat la question : “ Maître, que dois-je faire ? ”, il demande en fait deux choses : d'un côté : “ quelles sont mes obligations juridiques ? ”, et de l'autre : “ étant donné mes obligations juridiques, et la configuration de ma situation actuelle, que suis-je contraint de faire objectivement ? ” »¹⁶⁶⁰. On peut évidemment entendre l'objectivité de façon diverse et on opposera qu'à la seconde question, l'avocat consulté par son client peut fournir une réponse qui ne soit pas purement juridique et qui dépende de circonstances externes avant tout factuelles. Il pourrait ainsi dire : « En application du pacte d'associés, telles sont vos obligations. Mais eu égard à la valeur que vous représentez pour la société, votre situation vous permet d'en renégocier les termes et donc d'échapper à son exécution ». Mais, au jeu des possibilités, une autre réponse, juridique cette fois-ci, est tout aussi envisageable. Le même avocat pourrait ainsi dire : « En application du pacte d'associés, telles sont vos obligations. Mais eu égard à la rédaction de celles-ci et à l'état du droit positif, il vous est possible de les remettre en cause de telle ou telle manière ». C'est alors la voie contentieuse que l'avocat propose à son client d'emprunter. Et l'on doit bien admettre que dans cette configuration ce sont les possibilités juridiques du client qui vont être évaluées. Or, en contentieux comme ailleurs, « nous sommes *juridiquement contraints* d'agir dans un sens donné, parce que le système juridique est structuré de telle manière qu'objectivement nous n'avons que de peu de choix (et parfois même, nous n'avons pas de choix du tout) »¹⁶⁶¹. C'est donc cette contrainte juridique et objective que l'on doit saisir. Pour y parvenir, il nous faut appréhender son objet.

¹⁶⁵⁸ V. *supra* n°343 et s.

¹⁶⁵⁹ V. *supra* n°344 et s.

¹⁶⁶⁰ GRZEGORCZYK Christophe, « Obligations, normes et contraintes juridiques. Essai de reconstruction conceptuelle », *op. cit.*, p. 30.

¹⁶⁶¹ *Ibid.*

B. Objet de la contrainte

350. La contrainte agit sur une compétence – Comprendre qu’il existe une contrainte objective et juridique est une chose, comprendre ce sur quoi elle porte en est une autre. L’enjeu est important car, à défaut, il est impossible de mettre en œuvre cette contrainte. De nouveau, la théorie des contraintes juridiques nous renseigne car elle part du constat simple selon lequel la contrainte résulte de la configuration du système juridique. Plus précisément, la contrainte juridique « se définit par la configuration du système juridique à un instant donné, c’est-à-dire par l’ensemble des compétences dont jouissent les différents acteurs »¹⁶⁶². Cette définition est fondamentale pour notre étude car nous avons démontré que l’aptitude des contractants à matérialiser le risque contentieux propre aux engagements contractés était une véritable compétence contentieuse qui, au vu de la façon dont les pactes sont actuellement construits, devait être qualifiée de discrétionnaire¹⁶⁶³. On ne peut donc traiter le risque contentieux qu’en agissant sur cette compétence. C’est alors mathématiquement que l’objet de la contrainte apparaît car, si la contrainte configure les compétences dont jouissent les acteurs et que le traitement du risque contentieux impose d’agir sur la compétence contentieuse des contractants, le traitement du risque contentieux ne peut passer que par une contrainte juridique qui aura pour objet la compétence contentieuse des contractants, c’est-à-dire leur aptitude à matérialiser les différents risques contentieux. Reste alors à déterminer où cette contrainte aura sa place.

C. Localisation de la contrainte

351. La contrainte doit être contractuelle – C’est finalement une sorte de cahier des charges que la démonstration délivre à ce stade. Ainsi, pour être utile en tant que technique de traitement du risque contentieux existant au sein des pactes, la contrainte ne doit pas se confondre avec les engagements que ceux-ci contiennent, elle ne doit pas se résumer à une simple sanction qui se contenterait d’aboutir à un sentiment de contrainte, elle doit en outre être juridique et enfin il lui faut agir effectivement sur la compétence contentieuse des contractants¹⁶⁶⁴. C’est donc un véritable droit de la remise en cause des engagements qu’il s’agit de mettre sur pied. Où peut-on le localiser ? En réalité, les options envisageables sont limitées. La création de dispositions législatives propres aux pactes d’associés est toujours une possibilité mais, outre le fait que l’on puisse douter de l’appétence du législateur pour réglementer une matière éminemment pratique, on voit mal comment un corps de règles légales pourrait utilement s’adapter à la diversité des engagements contenus au sein des pactes d’associés. C’est que ce sont les parties qui configurent leur accord et ce sont de nouveau elles qui sont compétentes pour remettre en cause les engagements qu’il institue¹⁶⁶⁵. Dès lors, toute tentative de régulation crédible de cette remise en cause ne peut passer que par une contrainte qui aura été acceptée par les parties elles-mêmes, précisément parce qu’elles y verront un moyen de sécuriser le dénouement de leurs engagements. La contrainte doit dès lors être contractuelle pour être perçue par les parties comme une technique à même de servir leurs intérêts, ayant ainsi à l’esprit « que l’obligation peut toujours être transgressée si elle n’est pas efficacement appuyée par une contrainte

¹⁶⁶² CHAMPEIL-DESPLATS Véronique et TROPER Michel, « Proposition pour une théorie des contraintes juridiques », in *Théorie des contraintes juridiques*, op. cit., p. 15.

¹⁶⁶³ V. *supra* n°303 et s.

¹⁶⁶⁴ V. *supra* n°348 et s.

¹⁶⁶⁵ V. *supra* n°303 et s.

appropriée »¹⁶⁶⁶. La conclusion du pacte reposant, comme tout contrat, sur un accord des intérêts¹⁶⁶⁷, la contrainte doit par conséquent être présente *ab initio*.

352. Conclusion de section – La démonstration de l'utilité de la contrainte comme technique de traitement du risque contentieux repose d'abord sur l'affirmation d'une singularité. Là où les techniques actuelles de traitement se sont révélées inadéquates, la contrainte se distingue. Elle n'est pas l'obligation car on peut avoir une obligation sans être réellement obligé, c'est-à-dire sans être contraint. Il faut donc admettre, dans la lignée des travaux d'Herbert Hart, qu'une chose est d'être légalement tenu de faire ou de ne pas faire quelque chose, ou d'être débiteur d'une obligation contractuelle, autre chose est de subir une contrainte. La contrainte n'est pas non plus la sanction dans la mesure où, au mieux, cette dernière génère un sentiment, une pression d'avoir à s'exécuter. Or, le sentiment d'être contraint n'est pas la contrainte étant donné qu'il ne faut pas limiter la contrainte à une perception psychologique. Le juriste doit envisager la contrainte de façon objective. Mais quelles en sont alors les composantes ? Dotée d'une juridicité certaine en ce qu'elle configure un système juridique à un instant donné, la contrainte envisagée comme une technique de traitement du risque contentieux ne peut participer de cette configuration qu'en agissant sur la compétence contentieuse des contractants, c'est-à-dire sur leur aptitude à matérialiser le risque contentieux. Elle ne peut en outre qu'être contractuelle, les parties devant l'avoir acceptée *ab initio* comme une technique à même de servir leurs intérêts. Ces derniers caractères feront sa force.

¹⁶⁶⁶ GRZEGORCZYK Christophe, « Obligations, normes et contraintes juridiques. Essai de reconstruction conceptuelle », *loc. cit.*

¹⁶⁶⁷ V. *supra* n°23 et s.

Conclusion du chapitre 1

353. L'opportunité de la contrainte au sein des pactes d'associés se dévoile progressivement. Elle apparaît d'abord à travers l'inadéquation des techniques actuelles de traitement des risques contentieux. Soit que ces dernières se projettent bel et bien sur l'éventualité que le dénouement des engagements contenus dans les pactes soit contrarié, sans pour autant appréhender la compétence contentieuse des contractants. Tel est par exemple le cas lorsqu'est mise en place une clause pénale en cas d'inexécution du pacte : si ce mécanisme exerce une fonction dissuasive à l'égard du débiteur récalcitrant, il ne prévient en rien la discussion de fond qui pourrait surgir quant à l'application ou au bien-fondé de l'engagement initial. Soit qu'elles délaissent purement et simplement le traitement des risques contentieux que les engagements engendrent au nom d'une prétendue conformité de ceux-ci à l'état du droit positif lors de la conclusion de l'accord. C'est alors en se différenciant de ces techniques que la contrainte se présente comme un procédé pertinent pour traiter le risque contentieux. Elle n'encourt ainsi pas le même grief d'inadaptation car elle ne se résume pas à une sanction. Et on ne saurait non plus lui reprocher de n'être qu'une simple obligation nouvelle car, précisément, la contrainte n'est pas l'obligation. Positivement, la contrainte est juridique, elle agit sur la compétence contentieuse des contractants, et elle est nécessairement contractuelle. Ces caractères font sa force et l'élisent comme technique de traitement du risque contentieux.

Chapitre 2 : Les types de contrainte

- 354.** Identifier la contrainte comme une technique opportune de traitement du risque contentieux existant au sein des pactes d'associés est un pas nécessaire mais insuffisant pour comprendre comment traiter le risque contentieux. Encore faut-il, pour disposer d'un véritable modèle de traitement de ce risque, appréhender concrètement la technique identifiée en construisant les formes que la contrainte va pouvoir prendre au sein des pactes.
- 355.** Cette construction ne saurait être réalisée autrement qu'à partir des conclusions issues de l'étape de systématisation du risque contentieux, tant dans son versant matériel – qui a consisté à définir et circonscrire les différents types de risques, à savoir le risque lié à la qualification du mécanisme contractuel utilisé, le risque lié à son régime et le risque tenant à l'interprétation d'une norme, que celle-ci soit contractuelle, légale ou d'origine jurisprudentielle¹⁶⁶⁸ – que personnel. Nous avons en effet mis en évidence en première partie que ces risques pouvaient se matérialiser aussi bien en phase de formation qu'en phase d'exécution ou en phase de disparition du contrat¹⁶⁶⁹. Et nous avons également montré que les contractants disposent d'une véritable compétence contentieuse, en ce qu'ils sont maîtres de la matérialisation de ces risques¹⁶⁷⁰. Maintenant que nous savons que ces risques peuvent être traités par la contrainte, seule capable d'agir sur cette compétence contentieuse¹⁶⁷¹, il nous faut déterminer conceptuellement comment ce traitement peut s'opérer. Ce n'est qu'ensuite que nous pourrons, dans le dernier titre, mettre en œuvre cette contrainte au sein des pactes, mécanisme par mécanisme¹⁶⁷².
- 356.** Dans la mesure où la contrainte doit nécessairement agir sur la compétence contentieuse des contractants¹⁶⁷³, c'est à destination des parties qu'elle doit être en premier lieu envisagée. Il faut ensuite tenir compte du fait que la compétence contentieuse des contractants ne s'exerce pas en vase clos. En effet, les moyens contentieux que ces derniers vont soulever pour remettre en cause les engagements contractés seront, *in fine*, appréciés par le juge¹⁶⁷⁴. On peut laisser ce dernier totalement libre dans cette appréciation et la compétence contentieuse des contractants ne s'en trouve pas affectée. Mais on peut également le contraindre dans la façon dont il devra prendre en compte tel ou tel moyen. C'est alors en proposant une contrainte à destination du juge que l'on agit indirectement sur la compétence contentieuse des contractants. Seront donc successivement abordées la contrainte à destination des parties (**section 1**) puis la contrainte à destination du juge (**section 2**).

¹⁶⁶⁸ V. *supra* n°291 et s.

¹⁶⁶⁹ V. *supra* n°206.

¹⁶⁷⁰ V. *supra* n°303 et s.

¹⁶⁷¹ V. *supra* n°350.

¹⁶⁷² V. *infra* n°442 et s.

¹⁶⁷³ V. *supra* n°350.

¹⁶⁷⁴ Sur ce rôle du juge : V. *supra* n°306.

Section 1 : La contrainte à destination des parties

357. Toute demi-mesure est nécessairement exclue en matière de contrainte à destination des parties car rappelons qu'il est ici question d'entraver directement la faculté dont disposent les contractants de provoquer la discussion sur le dénouement d'un engagement donné¹⁶⁷⁵. Or, de deux choses l'une : soit le contractant peut provoquer cette discussion et sa compétence contentieuse n'est pas contrainte, soit il ne le peut pas et le risque contentieux concerné est maîtrisé. Il faut donc, pour qu'il y ait contrainte, que le contractant se soit engagé à ne pas provoquer telle ou telle discussion. Cette configuration type, dans laquelle une partie accepte par avance la mise à l'écart d'une discussion, suppose, juridiquement parlant, de recourir au modèle de la renonciation (I). Mais on pressent que le droit positif ne peut rester indifférent au déploiement d'un tel modèle, et que certaines discussions pourront faire plus aisément l'objet d'une renonciation que d'autres. Il nous faut donc, pour déterminer ce qui est envisageable et ce qui ne l'est pas, résoudre la problématique de la réception du modèle de la renonciation (II).

I. Le recours au modèle de la renonciation

358. Le recours au modèle de la renonciation se fait ici avec un but bien précis à savoir neutraliser la compétence contentieuse des contractants. Autrement dit, il s'agit de prévenir l'émergence d'un contentieux en amont, en obtenant l'engagement d'une partie à ne pas discuter certains aspects du pacte. Cette renonciation ne présente toutefois pas la même utilité pour tous les risques contentieux. Il nous faut donc distinguer selon les risques pour déterminer lesquels vont être éligibles ou non à une renonciation. Cette distinction est essentielle, car elle permet de cerner les marges d'effectivité réelle de la contrainte au regard de la nature du risque. L'analyse portera ainsi sur la neutralisation de la compétence contentieuse (A) et sur les risques contentieux éligibles (B).

A. La neutralisation de la compétence contentieuse

359. Affirmer que la renonciation permet de neutraliser la compétence contentieuse des contractants se justifie tout d'abord en présentant l'objet de celle-ci. Il convient en effet de comprendre ce à quoi le contractant accepte de renoncer, et dans quelle mesure cette renonciation vise à empêcher la matérialisation du risque contentieux. Toutefois, la mise en place d'une véritable contrainte ne peut demeurer abstraite. Pour exister, la renonciation doit se concrétiser au sein des pactes d'associés. Pratiquement, cela suppose de faire appel à une formule non-obligationnelle. Il nous faut donc successivement revenir sur l'objet de la renonciation (1) et sur la manière dont elle est susceptible de s'exprimer à travers la formule non-obligationnelle (2).

1) L'objet de la renonciation

360. Abdication d'une compétence – La renonciation ne s'appréhende pas facilement. Relativement rétive aux tentatives de systématisation, elle peut être définie « comme l'acte juridique unilatéral par lequel le titulaire abdique une prérogative ou un ensemble de prérogatives »¹⁶⁷⁶. C'est son « essence abdicative »¹⁶⁷⁷ qui fonde la renonciation. C'est-à-

¹⁶⁷⁵ Sur cette faculté : V. *supra* n°303 et s.

¹⁶⁷⁶ HOUTCIEFF Dimitri, « Renonciation », *Rép. civ.*, Dalloz, 2017, n°1.

¹⁶⁷⁷ *Ibid.*, n°2.

dire que celui qui renonce abandonne quelque chose mais ne transfère rien : la renonciation est neutre¹⁶⁷⁸. Le périmètre de cet abandon se trouve-t-il limité de prime abord ? Normalement non car le principe veut que « nul ne peut être contraint d'exercer un droit ; partant, la renonciation est une faculté générale. Un droit est, au fond, un intérêt juridiquement protégé et le régime sous lequel se développe notre activité actuelle n'est pas celui des permissions octroyées. Il s'ensuit que, sauf les cas [...] où la notion d'ordre public ou un texte de la loi s'y opposent, on peut renoncer à tous les droits »¹⁶⁷⁹. C'est la raison pour laquelle les auteurs qui s'intéressent à la renonciation la définissent comme une faculté de droit commun¹⁶⁸⁰ et énoncent largement que la renonciation peut « porter sur un droit, une faculté, un bénéfice, une universalité ou encore un statut »¹⁶⁸¹. Sous l'angle contentieux, l'implication d'un tel constat est loin d'être minime. En effet, si l'on se souvient que les contractants disposent d'une compétence contentieuse en ce qu'ils sont aptes à matérialiser tel ou tel risque contentieux, c'est-à-dire à provoquer telle ou telle discussion sur le dénouement d'un engagement donné¹⁶⁸², alors rien ne s'oppose *a priori* à ce qu'ils renoncent à exercer cette compétence. Cette dernière se trouve directement neutralisée dans la mesure où le seul sujet de droit à même de s'en saisir abdique par avance.

361. Conséquences sur le droit d'agir en justice – Il faut mesurer l'incidence d'une telle abdication sur le droit d'agir en justice des contractants. Présenté en doctrine comme un droit fondamental¹⁶⁸³, le droit d'agir a ceci de particulier qu'il constitue une prérogative pour le demandeur¹⁶⁸⁴, que ce dernier est libre d'exercer ou non. Apte à choisir le risque contentieux qu'il souhaite matérialiser, le demandeur est donc également apte à déclencher l'action. La similarité entre ces deux aptitudes impose, sous l'angle de la renonciation, de répondre à une question : renoncer à provoquer une discussion relativement au dénouement d'un engagement donné revient-il à renoncer à son droit d'agir en justice ? Il est vrai que l'on peut dans un premier temps avancer que c'est une chose pour un contractant de saisir le juge mais que c'en est une autre que d'élire des moyens contentieux au soutien de sa saisine. Cette perception est favorisée par une certaine conception purement procédurale de la renonciation en matière d'action. Ainsi, il est assez largement enseigné qu'« en pratique, la renonciation au droit d'action peut prendre la forme d'un désistement d'action interdisant toute nouvelle demande ou d'un acquiescement à la demande, par lequel un plaideur renonce à contester la demande de son adversaire (c. pr. civ., art. 408). Il est néanmoins possible de se borner à acquiescer à l'instance : la renonciation n'emporte alors extinction que de l'instance (c. pr. civ., art. 398) »¹⁶⁸⁵. On sait pourtant que les parties peuvent s'extirper de ce cadre procédural en créant des fins de non-recevoir conventionnelles, agissant alors directement sur le droit d'agir. Tel est le cas des clauses de conciliation préalable qui, lorsqu'elles ne sont pas respectées, rendent irrecevables l'action de la partie

¹⁶⁷⁸ V. SIBICIANO Nicolas, *Théorie générale des renonciations en droit civil français*, LGDJ, 1932, p. 79, n°86 et s.

¹⁶⁷⁹ *Ibid.*, p. 13, n°3.

¹⁶⁸⁰ V. HOUTCIEFF Dimitri, « Renonciation », *op. cit.*, n°13 ; GRAMMATIKAS Georges, *Théorie générale de la renonciation en droit civil (étude parallèle du droit français et du droit hellénique)*, thèse de doctorat, droit, Université de Paris, 1970, p. 9, n°V.

¹⁶⁸¹ HOUTCIEFF Dimitri, « Renonciation », *op. cit.*, n°29.

¹⁶⁸² V. *supra* n°303 et s.

¹⁶⁸³ CHAINAIS Cécile, FERRAND Frédérique, MAYER Lucie et GUINCHARD Serge, *Procédure civile - Droit commun et spécial du procès civil, MARD et arbitrage*, *op. cit.*, p. 149, n°163. *Adde*, BANDRAC Monique, « L'action en justice, droit fondamental », in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? – Mélanges en l'honneur de Roger Perrot*, Dalloz, 1996, p. 1.

¹⁶⁸⁴ CHAINAIS Cécile, FERRAND Frédérique, MAYER Lucie et GUINCHARD Serge, *Procédure civile - Droit commun et spécial du procès civil, MARD et arbitrage*, *op. cit.*, p. 135, n°147.

¹⁶⁸⁵ HOUTCIEFF Dimitri, « Renonciation », *op. cit.*, n°37.

contrevenante¹⁶⁸⁶. On sait surtout que si « la liberté d’agir en justice désigne le libre exercice de cette prérogative légale »¹⁶⁸⁷, « elle se manifeste aussi dans l’aptitude de chacun à choisir une voie de droit et un fondement juridique pour faire valoir sa prétention »¹⁶⁸⁸. Ainsi, l’action englobe à la fois la saisine du juge et les moyens qui la soutiennent. C’est pourquoi, lorsqu’un contractant s’est engagé à ne pas saisir le juge sur tel ou tel fondement, il a, en abdiquant une partie de sa compétence contentieuse, abdicué une partie de son droit d’agir. Les clauses de renonciation à la résolution judiciaire en sont un parfait exemple étant donné que sous l’empire de l’ancien article 1184 du Code civil, la Cour de cassation avait retenu à propos d’une clause « rédigée de manière claire, précise, non ambiguë et compréhensible pour un profane » que « l’article 1184 du code civil n’est pas d’ordre public et qu’un contractant peut renoncer par avance au droit de demander la résolution judiciaire du contrat »¹⁶⁸⁹. Au-delà des conditions de validité ici posées par la Haute Juridiction pour ce type de clauses¹⁶⁹⁰, c’est la sanction choisie par les juges qui confirme le lien entre renoncement à un moyen contentieux et renoncement au droit d’agir, car la demande de la partie qui avait introduit une action en résolution malgré la clause de renonciation est jugée irrecevable. Or, qui dit irrecevabilité dit fin de non-recevoir et donc défaut de droit d’agir¹⁶⁹¹. Précisons néanmoins les choses : l’abdication de la compétence contentieuse entraîne abdication du droit d’agir mais seulement à propos de la discussion à laquelle le contractant aura renoncé¹⁶⁹².

2) La formule non-obligationnelle

362. Caractère unilatéral de la renonciation – Arrivé à ce stade de la démonstration, l’on perçoit que la renonciation peut jouer au sein des pactes le rôle d’une contrainte juridique à même de neutraliser la compétence contentieuse des contractants. Une difficulté demeure cependant. En effet, nous avons vu que la contrainte devait être contractuelle et avoir donc pour cela intégré l’accord des intérêts qui s’opère à la conclusion du contrat¹⁶⁹³. Or, le propre de la renonciation est d’être unilatérale. Elle est en effet efficace par le seul effet de la volonté du renonçant et se distingue en cela de conventions abdicatives comme la remise de dette, qui nécessite quant à elle l’accord du débiteur¹⁶⁹⁴. Mais la complication n’en est pas une et ce pour au moins deux raisons. Tout d’abord, l’unilatéralité convient parfaitement à la contrainte qui, précisément, ne doit pas se confondre avec les autres engagements contenus dans le pacte¹⁶⁹⁵. Il n’est donc pas question de se contenter de créer ici une nouvelle obligation. Ensuite, et c’est le point le plus important, nous avons démontré qu’un contrat

¹⁶⁸⁶ V. *supra* n°172.

¹⁶⁸⁷ CHAINAIS Cécile, FERRAND Frédérique, MAYER Lucie et GUINCHARD Serge, *Procédure civile - Droit commun et spécial du procès civil, MARD et arbitrage, op. cit.*, p. 136, n°148.

¹⁶⁸⁸ *Ibid.*

¹⁶⁸⁹ 3e civ., 3 nov. 2011, n°10-26.203, *Bull. civ.*, 2011, III, n° 178 ; *RTD civ.*, 2012, 114, note FAGES ; *GPL*, 2012, n° 11-12, 23, note HOUTCIEFF ; *JCP N*, 2012, n° 8-9, 47, chron. LEVENEUR et n° 10, 36, note PIEDELIÈVRE ; *RDC*, 2012, n° 2, 402, note LAITHIER ; *GPL*, 2012, n° 155-157, 10, note MAYER.

¹⁶⁹⁰ Ces conditions seront à mobiliser lorsque nous étudierons la réception du modèle de la renonciation : V. *infra* n°374 et s.

¹⁶⁹¹ V. C. pr. civ., art. 122.

¹⁶⁹² Il faut donc distinguer cette hypothèse des clauses dites de non-recours où une partie renonce par avance à engager un recours en cas d’inexécution contractuelle d’un engagement donné (V. HELLERINGER Geneviève, *Les Clauses du contrat : essai de typologie*, LGDJ, 2012, p. 297, n°581 et s.). Il s’agit en effet là de se prémunir contre les conséquences contentieuses qu’engendrerait une situation d’inexécution et non de traiter le risque contentieux propre à un mécanisme identifié (sur la distinction entre risque d’inexécution et risque contentieux : V. *supra* n°201).

¹⁶⁹³ V. *supra* n°201.

¹⁶⁹⁴ HOUTCIEFF Dimitri, « Renonciation », *op. cit.*, n°8 et s.

¹⁶⁹⁵ V. *supra* n°344 et s.

pouvait tout à fait contenir des engagements non-obligationnels qui, par définition, ne donnent pas naissance à un rapport de créancier à débiteur. Nous avons réalisé ce constat lors de l'étude de l'objet de la prévision des parties¹⁶⁹⁶ et nous en avons donné une illustration pratique avec l'exemple des clauses de juridiction¹⁶⁹⁷. C'est alors tout l'intérêt du non-obligationnel qui se révèle car il constitue le support idoine pour accueillir les renonciations au sein du pacte. Paré de la force obligatoire du contrat, le non-obligationnel préserve l'irrévocabilité de la renonciation. Distinct du lien d'obligation, le non-obligationnel conserve également l'unilatéralité de celle-ci. Reste à savoir comment le formuler.

363. Formulation type – Un rapide examen des modèles de pacte démontre que les rédacteurs d'actes pratiquent déjà les formules non-obligationnelles de renonciation sans en avoir *a priori* pleinement conscience. Par exemple, alors même que l'article 1142, ancien, du Code civil a été supprimé et que l'article 1221 nouveau du même code affirme désormais sans détours le droit du créancier d'une obligation quelle qu'elle soit à en poursuivre l'exécution en nature¹⁶⁹⁸, on retrouve toujours au sein de ces modèles des propositions de clauses types d'exécution forcée. On conseille ainsi notamment de stipuler que « Les Parties reconnaissent que l'ensemble de leurs obligations aux termes du Pacte sont susceptibles d'exécution forcée conformément à l'article 1221 du Code civil »¹⁶⁹⁹. Au-delà de l'utilité d'une telle stipulation, aujourd'hui très limitée car elle n'ajoute pas grand-chose à ce que permet déjà la disposition légale, c'est sa nature qui doit nous intéresser. En « reconnaissant » ensemble que les obligations sont susceptibles d'exécution forcée, les parties renoncent en effet à discuter le principe de cette exécution. Cette renonciation doit en principe être considérée comme expresse mais le questionnement a peu d'importance dans la mesure où la Cour de cassation admet les renonciations tacites¹⁷⁰⁰. Cette « reconnaissance » suffit donc à emporter renonciation. On peut l'observer pareillement avec une autre illustration par laquelle les parties vont vouloir exclure la disproportion manifeste de l'article 1221 du Code civil des limites à l'exécution forcée en nature¹⁷⁰¹. Il est alors possible de prévoir que : « Chacune des Parties [...] convient que [...] par dérogation à l'article 1221 du Code civil, toute Partie pourra toujours poursuivre l'exécution forcée en nature, quand bien même il existerait une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur et son intérêt pour le créancier au sens de l'article 1221 précité »¹⁷⁰². De nouveau, en « reconnaissant » ou en « convenant » mutuellement que l'exécution forcée est possible même en cas de disproportion manifeste, les parties renoncent à invoquer cette limite et donc à matérialiser le risque contentieux correspondant. Cette reconnaissance a tous les traits de l'engagement non-obligationnel étant donné qu'il est évident qu'ici personne n'est créancier ou débiteur de l'autre partie. Il y a simplement acceptation d'une contrainte mutuelle : la discussion concernée ne pourra être provoquée sous peine de se voir opposer une fin de non-recevoir¹⁷⁰³. Cette formulation type nous semble devoir être généralisée à

¹⁶⁹⁶ V. *supra* n°40.

¹⁶⁹⁷ V. *supra* n°171 et s.

¹⁶⁹⁸ V. *supra* n°243.

¹⁶⁹⁹ HEINICH Julia, LÉCUYER Hervé et MESTRE Jacques [dir.], *Les pactes d'affaires*, op. cit., p. 107, n°108.

¹⁷⁰⁰ V. 2^e civ., 8 avr. 2004, n°01-04.196, *Bull. civ.*, 2004, II, n° 175 ; *Contrats, conc. consom.*, 2005, n° 4, 11, chron. GJIDARA.

¹⁷⁰¹ Sur le risque contentieux lié à l'invocation des limites à l'exécution en nature prévues par l'article 1221 du Code civil : V. *supra* n°243.

¹⁷⁰² MARTIN Didier et SCHILLER Sophie, *Guide des pactes d'actionnaires et d'associés : 2022/2023*, op. cit., p. 377, n°574.

¹⁷⁰³ V. *supra* n°361.

chaque fois qu'une partie renonce à exercer sa compétence contentieuse dans telle ou telle matière.

364. Le modèle de la renonciation paraît donc apte, théoriquement et pratiquement, à neutraliser la compétence contentieuse des parties dans une matière donnée. Il y a donc là une véritable technique de traitement du risque contentieux au sein des pactes d'associés. Toutefois, aussi efficace que puisse être une technique, cela ne signifie pas qu'elle doive être mobilisée pour n'importe quel risque contentieux. En effet, entre risque contentieux lié à la qualification du mécanisme, risque contentieux lié à son régime et risque contentieux tenant à l'interprétation d'une norme, il existe des différences qui influent sur l'éligibilité de ces risques au modèle de la renonciation.

B. Les risques contentieux éligibles

365. Il n'est pas d'autre méthode que d'analyser l'éligibilité des risques contentieux au modèle de la renonciation risque par risque. Nous étudierons donc successivement l'éligibilité du risque contentieux lié à la qualification du mécanisme (1), puis celle du risque contentieux lié au régime du mécanisme (2), et enfin celle du risque contentieux lié à l'interprétation d'une norme (3).

1) L'éligibilité du risque contentieux lié à la qualification du mécanisme

366. Discussion dirigée vers le juge – Les discussions relatives aux problématiques de qualification semblent de prime abord assez bien se prêter au modèle de la renonciation. Ne s'agit-il pas en effet de parties qui, alors même qu'elles s'étaient accordées plus ou moins explicitement lors de la conclusion du contrat sur la nature de leurs engagements, vont ultérieurement provoquer, si tel est leur intérêt, une discussion de qualification susceptible d'entraver le dénouement du mécanisme concerné¹⁷⁰⁴ ? On serait alors tenté pour traiter le risque contentieux correspondant de les faire renoncer directement à leur compétence contentieuse en la matière. Mais ce serait se tromper de direction car la stabilité de la qualification des engagements contenus dans le pacte dépend en réalité de l'appréciation qui en sera faite par le juge. L'article 12, alinéa 2, du Code de procédure civile est très clair en ce sens puisqu'il permet au juge de « donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée », sauf lorsque ces dernières, « en vertu d'un accord exprès et pour les droits dont elles ont la libre disposition, l'ont lié par les qualifications et points de droit auxquels elles entendent limiter le débat »¹⁷⁰⁵. Évidemment, si elles ont recours à un tel accord exprès les parties lient le juge. Mais elles se lient également elles-mêmes car, en imposant une qualification au juge, elles renoncent indirectement à s'opposer sur celle-ci. Il n'en demeure pas moins qu'en cas de litige il faudra avant tout déterminer si, oui ou non, le juge est tenu au sens de l'article 12, alinéa 3, du Code de procédure civile par l'accord de qualification en question. Dans ce cas de figure, ce n'est donc pas une contrainte à destination des parties que l'on envisage mais bien plus une contrainte à destination du juge. Raison pour laquelle il faut considérer que le risque contentieux lié à la qualification du mécanisme n'est pas éligible au modèle de la renonciation.

¹⁷⁰⁴ V. *supra* n°292 et s.

¹⁷⁰⁵ C. pr. civ., art. 12, al. 3.

2) L'éligibilité du risque contentieux lié au régime du mécanisme

367. Discussion imposée au juge – Déterminer si le risque contentieux lié au régime du mécanisme est éligible ou non au modèle de la renonciation se réalise assez simplement en repartant de la nature du risque en question. Rappelons en effet qu'il s'agit de situations dans lesquelles les parties mettent en place un mécanisme et où un litige survient à propos du résultat juridique auquel ledit mécanisme devrait aboutir¹⁷⁰⁶. Par exemple, se faire consentir une option d'achat fige-t-il la situation du promettant ou ce dernier conserve-t-il la possibilité de se défaire de son engagement ? Notifier le pacte d'associés à la société cible ou le signer en sa présence empêche-t-il la société en question de transcrire une cession contrevenant aux dispositions du pacte ? Le président de l'assemblée générale doit-il pour les mêmes raisons s'abstenir de tenir compte du vote d'un associé contraire à la convention de vote que le pacte contient¹⁷⁰⁷ ? On comprend bien que l'on ne peut traiter ce type de risque contentieux qu'en sécurisant le résultat recherché. Ainsi, à propos de l'ancienne discussion relative à la rétractation du promettant, il fallait, pour résoudre la difficulté, s'assurer que la rétractation serait inefficace en posant une règle de régime s'imposant au juge. Le contrat permettait d'atteindre ce résultat dans la mesure où les parties « étaient libres de convenir que le défaut d'exécution par le promettant de son engagement de vendre pouvait se résoudre en nature par la constatation judiciaire de la vente¹⁷⁰⁸ ». La résolution de la difficulté fut finalement définitive lorsque le législateur lui-même reprit à son compte cette règle de régime en prévoyant que « la révocation de la promesse pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter n'empêche pas la formation du contrat promis¹⁷⁰⁹ ». Cette illustration traduit une réalité importante, à savoir que dans une discussion relative au régime, soit les contractants prévoient un mécanisme et laissent au juge le soin de déterminer en cas de litige le résultat auquel il doit parvenir, soit ils tentent de sécuriser *ab initio* ce résultat en imposant au juge le régime recherché. Il faudra se prononcer sur la validité du procédé¹⁷¹⁰, mais il est certain à ce stade que le modèle de la renonciation n'est d'aucune utilité pour une telle démarche. C'est en effet le juge et non les parties que l'on cherche ici à contraindre.

3) L'éligibilité du risque contentieux lié à l'interprétation d'une norme

368. La façon dont nous avons systématisé le risque contentieux lié à l'interprétation d'une norme¹⁷¹¹ impose de distinguer selon les normes, en suivant une progression fondée sur leur éligibilité plus ou moins naturelle au modèle de la renonciation, et donc de traiter séparément le cas de la norme contractuelle (a), celui de la norme jurisprudentielle (b) et enfin celui de la norme légale (c).

a) Le cas de la norme contractuelle

369. Apparente nécessité d'une contrainte à destination du juge – À première vue, le risque contentieux relatif à l'interprétation de la norme contractuelle semble peu propice à la mise en place d'une contrainte à destination des parties. La raison est simple et tient au fait que toute la construction contractuelle en la matière a été pensée en direction du juge.

¹⁷⁰⁶ V. *supra* n°295 et s.

¹⁷⁰⁷ V. *supra* n°297.

¹⁷⁰⁸ 3^e civ, 27 mars 2008, n°07-11.721, préc. V. *supra* n°239.

¹⁷⁰⁹ C. civ., art. 1124, al. 2. V. *supra* n°239.

¹⁷¹⁰ V. *infra* n°422 et s.

¹⁷¹¹ V. *supra* n°299 et s.

Le « petit guide-âne »¹⁷¹² de l'interprétation du contrat qui figurait anciennement aux articles 1156 et suivants du Code civil et désormais aux articles 1188 à 1192 du même code n'a en effet jamais suffi à rassurer les rédacteurs d'actes. On tient pour acquis depuis longtemps que ces règles ne s'imposent pas aux contractants et surtout qu'elles ne lient pas le juge qui reste libre dans sa méthode d'interprétation du contrat. C'est alors le risque d'imprévisibilité quant au sens que donnerait le juge à telle ou telle stipulation en cas de litige qui est apparu le plus prégnant. Le Professeur Denis Mazeaud présente les choses de la manière suivante : « Cette plénitude des pouvoirs du juge en matière d'interprétation devrait donc susciter une angoisse irrépressible chez tous ceux qui sont prompts à crier au “ péril juge ”, chaque fois que le juge est susceptible de s'immiscer dans le contrat et, par conséquent, d'en bouleverser l'économie, en substituant son sentiment, mêlé d'équité et de justice, aux intérêts légitimes exprimés par les volontés libres, rationnelles et joyeuses des contractants »¹⁷¹³. Ainsi compris, le risque contentieux que pourrait susciter l'application de la norme contractuelle paraît devoir être maîtrisé en encadrant *ab initio* la marge d'interprétation du juge. C'est bien en ce sens que s'orientent les écrits doctrinaux¹⁷¹⁴. Et c'est la même logique qui guide les clauses dites d'interprétation, qu'il s'agisse de sécuriser le sens de certains termes principaux ou encore de s'assurer des éléments qui auront ou non valeur contractuelle¹⁷¹⁵. Le problème étant qu'il ne s'agit pas tant d'apprécier dans quelle mesure ces clauses s'imposent au juge, mais bien de savoir si elles constituent une technique de traitement du risque contentieux. Or, nous avons vu que leur caractère standardisé rendait peu probable une appréhension véritable d'un risque contentieux particulier généré par un engagement donné¹⁷¹⁶. Il est en effet certainement utile de préciser par exemple que « toute référence à une “ société ” doit être interprétée comme une référence incluant toute société ou entité ayant une forme sociétale, quels que soient le lieu et les modalités de son immatriculation et de son établissement »¹⁷¹⁷. Mais peut-on réellement affirmer comme on le fait parfois que ces clauses de définition « évincent tout litige sur le sens du terme contractuellement défini »¹⁷¹⁸ ? Nous ne le pensons pas car le propre d'un risque contentieux est bien de devoir être ramené à un engagement donné. Ainsi, imaginons un transfert de droits sociaux conditionné à la constatation d'une mésentente¹⁷¹⁹. Le contrat peut tenter de définir plus ou moins précisément cette situation de fait (la mésentente), et on peut penser que le juge est en principe tenu par cette définition. Cette définition empêche-t-elle toutefois l'une des parties de dire que, selon elle, la situation de fait au moment du litige ne correspond pas à la définition retenue ? Aucunement. Et, bien souvent, la marge de manœuvre dans ce type de définitions contractuelles reste importante car la constatation d'une mésentente ou d'un « profond désaccord »¹⁷²⁰ est éminemment subjective. Il est évidemment possible d'objectiver au mieux l'appréciation de la norme contractuelle, mais il faut bien garder à l'esprit que la compétence contentieuse des parties ne s'en trouve pas affectée. Pourtant, à la différence des risques liés à la qualification ou au régime du

¹⁷¹² CARBONNIER Jean, *Droit civil. 4. Les obligations, op. cit.*, p. 283, n° 146.

¹⁷¹³ MAZEAUD Denis, « L'encadrement des pouvoirs du juge : l'efficacité des clauses relatives à l'interprétation », in dossier « L'interprétation : une menace pour la sécurité des conventions ? », *RDC*, 2015, n°1, p. 187, §5.

¹⁷¹⁴ V. not. *Ibid.* ; HELLERINGER Geneviève, « Quand les parties font leur loi. Réflexions sur la contractualisation du pouvoir judiciaire d'interprétation », in *Repenser le contrat*, Dalloz, 2009, p. 275.

¹⁷¹⁵ V. *supra* n°340.

¹⁷¹⁶ V. *supra* n°340.

¹⁷¹⁷ V. MARTIN Didier et SCHILLER Sophie, *Guide des pactes d'actionnaires et d'associés : 2022/2023, op. cit.*, p. 104, n°168.

¹⁷¹⁸ MAZEAUD Denis, « L'encadrement des pouvoirs du juge : l'efficacité des clauses relatives à l'interprétation », *op. cit.*, §6.

¹⁷¹⁹ V. *supra* n°247.

¹⁷²⁰ V. Com., 6 nov. 2007, n°07-10.620, préc.

mécanisme¹⁷²¹, cette compétence est décisive dans ce type de litige et c'est donc en direction des parties que la contrainte devrait s'exercer, bien plus qu'en direction du juge. La conséquence est importante car, qui dit contrainte à destination des parties dit recours au modèle de la renonciation. Mais ce dernier peut-il réellement s'envisager ici ?

370. Possibilité d'une contrainte à destination des parties – Parler de renonciation à propos du risque contentieux lié à l'interprétation d'une norme contractuelle paraît de prime abord relativement incongru. Si l'on consent en effet que les parties puissent renoncer ensemble à l'invocation d'une disposition légale pour traiter le risque contentieux correspondant¹⁷²², on voit mal comment elles pourraient faire de même à propos d'une disposition contractuelle. Le fait est que la disposition existe et que par définition elle a force obligatoire. On ne peut simplement renoncer à son application sauf à vider le contrat de sa substance et le consentement donné de sa portée. Néanmoins, à y regarder de plus près, ce n'est pas à la disposition que l'une ou l'autre des parties devrait renoncer pour traiter le risque contentieux mais bien à sa compétence contentieuse qu'elle matérialiserait ici en interprétant la norme contractuelle dans un sens opposé à son contractant. Il faudrait donc qu'elle ne puisse pas dire que tel document n'est pas compris dans l'obligation d'information consentie, qu'elle ne parvienne pas au même résultat que son contractant lorsqu'elle applique la formule de calcul du prix de cession des droits sociaux objets du mécanisme de transfert, que selon elle la mésentente condition du transfert n'est pas constituée, etc. De nouveau, la difficulté se présente car l'interprétation doit bien se faire pour que la disposition s'applique. Il faut bien que quelqu'un dise si le document demandé est exigible, que quelqu'un exécute la formule de prix, que quelqu'un constate la mésentente, etc. On songerait alors volontiers à une abdication conjointe des parties au profit du pouvoir d'un tiers qui serait chargé de cette application de la norme en cas de litige. Ce procédé dit de l'« ami commun » ou du « *swing man* » existe dans les *joint-venture*¹⁷²³ et on pourrait vouloir s'en inspirer. Mais qu'aurait-on réalisé alors ? Pas grand-chose à part avoir déplacé l'aléa d'une interprétation judiciaire vers celui de l'interprétation d'un nouveau tiers. On remarque d'ailleurs que le procédé est « rarement utilisé en raison de son caractère aléatoire »¹⁷²⁴. Si l'on désire vraiment traiter le risque contentieux, il faut neutraliser la discussion potentielle. Une seule issue s'impose alors, à savoir qu'un seul des contractants doit conserver la possibilité de dicter l'application du mécanisme. Une partie devant renoncer à sa compétence contentieuse en la matière au profit de l'autre. La technique ne semble pas inconnue dans la mesure où l'article R. 212-1, 4°, du Code de la consommation présume irréfragablement abusives dans les contrats conclus entre un professionnel et un consommateur ou un non-professionnel¹⁷²⁵ les clauses ayant pour objet ou pour effet d'« accorder au seul professionnel le droit de déterminer si la chose livrée ou les services fournis sont conformes ou non aux stipulations du contrat ou lui conférer le droit exclusif d'interpréter une quelconque clause du contrat ». Le droit international offre également des illustrations de ce type d'abdication. Tel est par exemple le cas de l'accord instituant l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC) qui confère à ladite institution un pouvoir exclusif « d'adopter des interprétations du présent accord et des Accords

¹⁷²¹ V. *supra* n°420 et s.

¹⁷²² V. *infra* n°372.

¹⁷²³ V. DURAND-BARTHEZ Pascal (actualisation DANNENBERGER Frédéric), « Associations d'entreprises à forme sociétaire – Commentaires », *J.-Cl. Sociétés Formulaire*, fasc. O-5, LexisNexis, 2016, n°32.

¹⁷²⁴ *Ibid.*

¹⁷²⁵ V. C. cons., art. L. 212-1 et L. 212-2 pour ce domaine *rationae personae* de la protection contre les clauses abusives.

commerciaux multilatéraux »¹⁷²⁶. Il faudra évidemment déterminer comment un tel procédé peut être reçu en droit positif¹⁷²⁷ et s'il est opportun de le mettre en œuvre en fonction des engagements concernés¹⁷²⁸. L'analyse commande toutefois à ce stade de conclure à l'élégibilité du risque contentieux relatif à l'interprétation d'une norme contractuelle au modèle de la renonciation.

b) Le cas de la norme jurisprudentielle

371. Stabilité de la norme et renonciation – Le cas de la norme jurisprudentielle est quelque peu particulier. Nous avons en effet montré lors de la systématisation du risque contentieux que dans plusieurs discussions contentieuses, la valeur externe de référence qui sert à trancher le litige et donc à dire si, oui ou non, le mécanisme va pouvoir se dénouer n'est ni légale, ni contractuelle, mais bien jurisprudentielle¹⁷²⁹. Il va sans dire que pour traiter ce risque contentieux, il est inenvisageable d'empêcher d'une quelconque façon le juge de se référer à sa propre jurisprudence. Seule une contrainte à destination des parties peut donc se concevoir. Il faut alors parler de renonciation. Mais un obstacle paraît se manifester car la norme de référence susceptible de remettre en cause un engagement donné et à l'invocation de laquelle un plaideur devrait renoncer par avance ne présente pas le même degré de stabilité qu'une norme contractuelle ou légale. On sait par exemple aujourd'hui qu'il est possible de remettre en cause la force obligatoire d'une expertise de prix en arguant, comme la jurisprudence le permet, d'une erreur grossière de l'expert¹⁷³⁰. Mais rien n'interdirait aux mêmes juges de décider demain que les parties qui se sont accordées sur le nom d'un expert de manière libre et éclairée en ont également accepté les éventuelles défaillances et que son chiffrage s'impose à elles, peu importe les potentielles erreurs commises. La position de la Cour de cassation relative à sa jurisprudence est d'ailleurs très claire étant donné qu'elle affirme depuis longtemps que « la sécurité juridique invoquée ne saurait consacrer un droit acquis à une jurisprudence figée, l'évolution de la jurisprudence relevant de l'office du juge dans l'application du droit »¹⁷³¹ ou encore de façon proche que « la sécurité juridique et le principe de prééminence du droit invoqués sur le fondement du droit à un procès équitable prévu par l'article 6.1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ne saurait consacrer un droit acquis à une jurisprudence immuable dont l'évolution relève de l'office du juge dans l'application du droit »¹⁷³². Comment renoncer alors par avance à une norme par définition mouvante ? En réalité, la réponse à cette question ne se trouve pas dans les caractéristiques de la jurisprudence mais dans l'objet de la renonciation. Deux situations peuvent ainsi se présenter. Dans un premier cas de figure, la norme jurisprudentielle à prendre en compte est susceptible de remettre en cause l'engagement convenu. Tel est le cas de la solution jurisprudentielle permettant d'attaquer l'évaluation de l'expert pour erreur grossière. Dans ce cas-là, si les parties ont renoncé par avance à cette norme et qu'ultérieurement une telle remise en cause venait à ne plus être possible du fait d'une évolution jurisprudentielle, la

¹⁷²⁶ Art. IX, §2, des statuts de l'OMC. V., sur ce pouvoir d'auto-interprétation : CARREAU Dominique, « Système commercial multilatéral : volet institutionnel », *Rép. dr. internat.*, Dalloz, 2011, n°47 et s.

¹⁷²⁷ V. *infra* n°374 et s.

¹⁷²⁸ V. *infra* n°442 et s.

¹⁷²⁹ V. *supra* n°300.

¹⁷³⁰ V. *supra* n°261.

¹⁷³¹ 1^e civ., 21 mars 2000, n°98-11.982, *Bull. civ.*, 2000, I, n° 97 ; D., 2000, 593, note ATIAS ; *Contrats, conc. cons.*, 2000, n° 8, 12, note LEVENEUR.

¹⁷³² Soc., 22 sept. 2010, n°09-40.968, *Bull. civ.*, 2010, V, n° 191 ; *JCP S*, 2010, n° 45, 45, note LAHALLE ; *BJT*, 2010, n° 224, 348, note PANSIER ; *RLDA*, 2010, n° 54, 50, note MASQEFA-NEAU-LEDUC et n° 55, 61, note CHEVILLARD ; *Dr. soc.*, 2010, n° 12, 1150, note RADÉ.

renonciation deviendrait simplement caduque car sans objet. Et à vrai dire, l'incidence serait minimale sur la situation des plaideurs car le risque contentieux aurait, de fait, disparu. Dans un second cas de figure, la norme jurisprudentielle à prendre en compte n'est pas de nature à remettre en cause l'engagement convenu mais sert à en dicter l'application. Tel est par exemple le cas lorsqu'une décote de prix dans un mécanisme de transfert de droits sociaux suppose d'identifier un certain type de faute défini par la jurisprudence¹⁷³³. La situation est alors bien différente et se rapproche de celle précédemment identifiée à propos de la norme contractuelle car il faut bien que quelqu'un dicte l'application du mécanisme contractuel, quand bien même cette application suppose de se référer à une norme jurisprudentielle. La seule solution pour traiter le risque contentieux correspondant est donc, comme dans le cas de la norme contractuelle, que l'une des parties abdique au profit de l'autre son pouvoir interprétatif¹⁷³⁴. Et si la norme jurisprudentielle qui fonde l'application du mécanisme venait à ne plus exister, c'est ce mécanisme qui deviendrait sans objet et donc caduc. On dira pour terminer que si ces situations s'entendent d'un point de vue théorique, elles demeureront le plus souvent marginales et ne sont pas de nature à condamner l'éligibilité du risque contentieux lié à l'interprétation d'une norme jurisprudentielle au modèle de la renonciation.

c) Le cas de la norme légale

372. Éligibilité naturelle de la norme légale au modèle de la renonciation – Se prononcer sur l'éligibilité de la norme légale au modèle de la renonciation se réalise avec moins de complexité que pour les normes précédentes. Et ce car les contractants réfléchissent déjà naturellement depuis longtemps à l'exclusion du champ des moyens contentieux potentiels certaines dispositions légales jugées trop menaçantes pour le dénouement des engagements convenus. Nous l'avons vu avec l'ancien article 1184 du Code civil et les clauses de renonciation anticipée à la résolution judiciaire¹⁷³⁵. Nous l'observons encore avec les stipulations par lesquelles les parties s'interdisent d'invoquer les limites posées par l'article 1221 du Code civil à l'exécution forcée en nature¹⁷³⁶. Dans ces cas-là, c'est bien le modèle de la renonciation qui est utilisé¹⁷³⁷. Il faut donc conclure à l'éligibilité du risque contentieux lié à l'interprétation d'une norme légale à ce modèle, sous réserve toutefois d'une précision importante. Il est en effet un certain nombre de situations dans lesquelles les parties désirent traiter le risque contentieux lié à l'interprétation d'une norme légale sans le neutraliser. Il s'agit alors non pas d'interdire l'invocation d'une disposition donnée, mais uniquement de dicter la façon dont elle pourrait s'appliquer entre les parties. Il en va par exemple ainsi des stipulations qui décident à l'avance du seuil à partir duquel la disproportion manifeste de l'article 1221 du Code civil pourrait être constituée¹⁷³⁸. C'est ici le juge et non les parties que l'on cherche à contraindre étant donné que l'on désire s'assurer dès la conclusion du contrat qu'il n'appliquera pas telle disposition hors du cadre fixé par les contractants. Comme toujours, en acceptant une contrainte à destination du juge, les parties se contraignent indirectement elles-mêmes car le cadre qui s'imposera au juge sera aussi le leur. Il n'en demeure pas moins que leur droit d'agir ne s'en trouve pas affecté¹⁷³⁹. Elles restent libres d'invoquer une disposition à laquelle elles n'ont pas renoncé. C'est pourquoi

¹⁷³³ V. *supra* n°248.

¹⁷³⁴ V. *supra* n°369 et s. V. néanmoins, s'agissant de l'identification d'une faute entendue au sens disciplinaire du terme : *infra* n°384.

¹⁷³⁵ V. *supra* n°361.

¹⁷³⁶ V. *supra* n°337.

¹⁷³⁷ V. *supra* n°363.

¹⁷³⁸ V. *supra* n°337.

¹⁷³⁹ V. *supra* n°361.

l'étude de cette dernière configuration devra être réalisée dans les développements propres à la contrainte à destination du juge¹⁷⁴⁰.

373. Le modèle de la renonciation se présente donc comme un modèle apte à neutraliser la compétence contentieuse des parties en agissant directement sur leur droit d'agir. Pratiquement, la renonciation se concrétise par la mise en place au sein des pactes de stipulations construites à partir d'une formulation type de nature non-obligationnelle. Mais tous les risques contentieux ne répondent pas pareillement au modèle de la renonciation. *In fine* et après analyse, seul le risque contentieux relatif à l'interprétation d'une norme, que celle-ci soit légale, contractuelle ou jurisprudentielle, est éligible au modèle. Les modalités d'un traitement du risque contentieux fondé sur une contrainte à destination des parties ayant ainsi été exposées, reste à déterminer les conditions auxquelles le droit positif va accepter le déploiement d'un tel modèle.

II. La réception du modèle de la renonciation

374. Réception et approche par les conséquences – Évoquer l'idée de réception d'un modèle renvoie à la question de savoir si, oui ou non, le droit positif permet la mise en place du modèle concerné et, si oui, à quelles conditions. Le fait est que recevoir suppose d'accepter ce qui est fourni¹⁷⁴¹ et, réciproquement, accepter implique de consentir à recevoir¹⁷⁴². Mais il y a plus car la réception entraîne, au-delà de l'acceptation, une mise en possession¹⁷⁴³ du modèle. Il faut donc s'attacher aux conséquences concrètes de la renonciation utilisée comme technique de traitement du risque contentieux pour comprendre comment elle peut être reçue en droit positif. Ce sont alors ces conséquences, envisagées aussi bien à propos de la norme contractuelle (A) qu'à propos des normes légales et jurisprudentielles (B), qui devront nous servir de guide.

A. Le cas de la norme contractuelle

375. Nous l'avons vu, pour que le risque contentieux relatif à l'interprétation d'une norme contractuelle soit véritablement traité, un des contractants doit renoncer à sa compétence d'interprétation au profit de l'autre¹⁷⁴⁴. Le droit privé est peu disert sur la technique, sauf pour exprimer sa défiance en l'interdisant dans les rapports de consommation¹⁷⁴⁵. Pourtant, le droit des contrats est loin d'ignorer ces procédés unilatéraux. Et pour cause, accorder à l'une des parties un droit exclusif d'interprétation revient simplement à octroyer ce que doctrine et jurisprudence appellent de longue date une prérogative contractuelle. De sorte que, pour assurer une pleine réception du modèle de la renonciation en matière contractuelle, il suffit de passer de l'octroi d'une prérogative contractuelle (1) à l'octroi d'une prérogative contractuelle d'interprétation (2).

¹⁷⁴⁰ V. *infra* n°415 et s.

¹⁷⁴¹ *Dictionnaire de l'Académie française, op. cit.*, v° « Recevoir » : « accepter, prendre ce qui est fourni, procuré ».

¹⁷⁴² *Dictionnaire de l'Académie française, op. cit.*, v° « Accepter » : « consentir à recevoir quelque chose ».

¹⁷⁴³ *Dictionnaire de l'Académie française, op. cit.*, v° « Recevoir » : « accepter, prendre ce qui est fourni, procuré ; être mis en possession de ».

¹⁷⁴⁴ V. *supra* n°369 et s.

¹⁷⁴⁵ V. *supra* n°370.

1) L'octroi d'une prérogative contractuelle

376. Compatibilité du contrat avec l'unilatéralisme – La définition du contrat conçu comme un accord de volontés et donc comme un consensus¹⁷⁴⁶ a longtemps paru incompatible avec l'expression en son sein de volontés unilatérales. Le constat était celui d'un paradoxe. D'un côté, on observait que « l'unilatéralisme, c'est-à-dire l'aptitude d'une personne à créer des effets de droit par l'expression de sa seule volonté, a mauvaise presse »¹⁷⁴⁷. Ce dernier était ainsi « entouré d'un silence craintif, comme s'il portait en lui-même les germes de la destruction du contrat »¹⁷⁴⁸. De l'autre, il fallait bien admettre que le contexte contractuel autorise un nombre non négligeable de mécanismes unilatéraux, qu'il s'agisse des procédés de résiliation unilatérale, de confirmation d'un contrat nul, de création d'un droit d'option, etc. Il était alors « interdit de se boucher les yeux devant le phénomène de l'unilatéralisme »¹⁷⁴⁹. Une vision actualisée de celui-ci laisse à penser que l'interdiction fut largement respectée. Plus encore, c'est une notion autonome qui a émergé de ces actes unilatéraux : celle de prérogative contractuelle.

377. Émergence de la prérogative contractuelle – C'est à l'occasion d'une espèce finalement assez banale que la Cour de cassation fit entrer la notion de prérogative contractuelle en droit positif. Un cessionnaire d'un certain nombre d'actions dans une société était débiteur d'un complément de prix et créancier d'une garantie de passif stipulée dans l'acte qui prévoyait que chacun des cédants garantissait le cessionnaire, au prorata de la participation cédée, notamment contre toute augmentation du passif résultant d'événements à caractère fiscal dont le fait générateur serait antérieur à la cession. Les cédants exigeaient du cessionnaire le paiement du complément de prix et ce dernier demandait reconventionnellement qu'une certaine somme lui soit allouée au titre de la garantie de passif car la société avait fait l'objet d'un redressement fiscal. Dans la mesure où le cessionnaire était également dirigeant de la société, la cour d'appel refusa de faire droit à sa demande au nom de la bonne foi, estimant que les pratiques irrégulières à l'origine du redressement fiscal invoqué dans le cadre de la garantie de passif lui étaient directement imputables. C'est la censure de la Cour de cassation qui donna à l'arrêt *Les Maréchaux* ses lettres de noblesse car la Haute juridiction considéra, au visa des alinéas 1 et 3 de l'ex-article 1134 du Code civil, « que si la règle selon laquelle les conventions doivent être exécutées de bonne foi permet au juge de sanctionner l'usage déloyal d'une prérogative contractuelle, elle ne l'autorise pas à porter atteinte à la substance même des droits et obligations légalement convenus entre les parties »¹⁷⁵⁰. La formule fut confirmée par la suite¹⁷⁵¹. Comme indiqué, la doctrine avait déjà appréhendé cette question de l'unilatéralisme dans le contrat. Le Professeur Encinas de Munagorri consacrait ainsi avant la fin des années 2000 sa thèse à « l'acte unilatéral dans les rapports contractuels »¹⁷⁵². Un colloque ayant pour objet

¹⁷⁴⁶ Sur la notion de contrat : V. *supra* n°21 et s.

¹⁷⁴⁷ AYNÈS Laurent, « Rapport introductif », in *L'unilatéralisme et le droit des obligations : actes du colloque*, 9 janvier 1998, Economica, 1999, p. 3, n°1.

¹⁷⁴⁸ *Ibid.*, p. 4, n°3.

¹⁷⁴⁹ *Ibid.*, p. 5, n°8.

¹⁷⁵⁰ Com., 10 juill. 2007, n°06-14.768, *Bull. civ.*, 2007, IV, n° 188 ; *Dr. sociétés*, 2007, n° 10, 27, note HOVASSE ; *RTD civ.*, 2007, 773, note FAGES ; *RTD com.*, 2007, 786, notes LE CANNU et DONDERO ; *RDC*, 2007, n° 4, 1107, notes MAZEAUD et AYNÈS ; *RLDA*, 2007, n° 20, 14, note FAUSSSURIER ; *JCP E*, 2007, n° 46, 32, notes MAINGUY et RESPAUD.

¹⁷⁵¹ V. 3e civ., 9 déc. 2009, n°04-19.923, *Bull. civ.*, 2009, III, n° 275 ; *RJC*, 2010, n° 2, 199, note GOURDON ; *RDC*, 2010, n° 2, 561, chron. MAZEAUD et LAITHIER et 666, chron. SEUBE ; *GPL*, 2010, n° 94-98, 20, chron. HOUTCIEFF ; *JCP N*, 2010, n° 40, 39, chron. GARÇON.

¹⁷⁵² ENCINAS DE MUNAGORRI Rafael, *L'Acte unilatéral dans les rapports contractuels*, LGDJ, 1995.

l'unilatéralisme et le droit des obligations était organisé dans la foulée¹⁷⁵³. Le Professeur Stoffel-Munck dans une thèse relative à l'abus dans le contrat abordait même directement la question de l'abus d'une prérogative contractuelle¹⁷⁵⁴. D'autres travaux portaient pareillement sur les liens entre contrat et pouvoir¹⁷⁵⁵. Mais c'est véritablement cet arrêt qui donna une normativité à la prérogative contractuelle¹⁷⁵⁶. La difficulté venait néanmoins de sa formulation car il permettait uniquement une compréhension négative de la prérogative contractuelle, ainsi opposée « à la substance même des droits et obligations légalement convenus entre les parties »¹⁷⁵⁷. Il revenait alors à la doctrine de définir les contours de la notion.

378. Caractéristiques de la prérogative contractuelle – Circonscrire les caractéristiques des prérogatives contractuelles n'est pas chose aisée. La difficulté se présente en effet très tôt, avec le terme même de prérogative dont on constata rapidement qu'il « reçoit des sens divers et mal identifiés en doctrine »¹⁷⁵⁸, se distinguant assez mal de son voisin « pouvoir ». Les auteurs eux-mêmes ont pu entretenir l'obscurité, consacrant dans la même revue un premier colloque aux « prérogatives contractuelles » ainsi nommées¹⁷⁵⁹ puis, quelques années plus tard, un second ayant cette fois-ci pour objet « les nouveaux pouvoirs unilatéraux du contractant »¹⁷⁶⁰, tout en reconnaissant d'emblée « que “ prérogatives ” et “ pouvoirs unilatéraux ” désignent pour l'essentiel la même chose »¹⁷⁶¹. Il ne faut pourtant pas exagérer l'incertitude. Si l'on peut douter du domaine¹⁷⁶² ou de l'étendue¹⁷⁶³ des prérogatives contractuelles, la nature juridique de celles-ci fait peu de mystère. Les commentateurs les ont en effet promptement rattachées à la catégorie des droits potestatifs. La Professeure Dominique Fenouillet fit en effet la première le lien entre ces prérogatives et les travaux du Professeur Ibrahim Najjar sur le droit d'option et plus particulièrement ceux de la Professeure Judith Rochfeld sur les droits potestatifs accordés par le contrat¹⁷⁶⁴. La Professeure Léa Molina dans sa thèse récente confirme cette appartenance de la prérogative contractuelle aux droits potestatifs¹⁷⁶⁵. C'est qu'il y a bien dans ces droits permettant à leur

¹⁷⁵³ JAMIN Christophe et MAZEAUD Denis [dir.], *L'unilatéralisme et le droit des obligations : actes du colloque, 9 janvier 1998*, op. cit.

¹⁷⁵⁴ STOFFEL-MUNCK Philippe, *L'Abus dans le contrat : essai d'une théorie*, LGDJ, 2000, spéc. p. 467, n°634 et s. Adde, STOFFEL-MUNCK Philippe, « L'abus dans le contrat, vingt ans après », in *Homme de foi, homme de droit – Mélanges en l'honneur d'Alain Sériaux*, Mare & Martin, 2023, p. 353.

¹⁷⁵⁵ LOKIEC Pascal, *Contrat et pouvoir : essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, LGDJ, 2004 ; DUPRÉ DE BOULOIS Xavier, *Le pouvoir de décision unilatérale : étude de droit comparé interne*, LGDJ, 2006 ; AYNÈS Laurent, « Vers une déontologie du contrat ? », *BICC*, 2006, n°646, p. 4. Adde, LOKIEC Pascal, *Contrat et pouvoir : étude de droit privé*, LGDJ, 2021.

¹⁷⁵⁶ Il figure à ce titre dans le recueil consacré aux grands arrêts de la jurisprudence civile : V. CAPITANT Henri, TERRÉ François, LEQUETTE Yves et CHÉNEDÉ François, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile, t. 2, Obligations, contrats spéciaux, sûretés*, op. cit., p. 163, n°164.

¹⁷⁵⁷ Com., 10 juill. 2007, n°06-14.768, préc.

¹⁷⁵⁸ FENOUILLET Dominique, « La notion de prérogative : instrument de défense contre le solidarisme ou technique d'appréhension de l'unilatéralisme ? », *RDC*, 2011, n°2, p. 644.

¹⁷⁵⁹ V. Dossier, « Les prérogatives contractuelles », *RDC*, 2011, n°2, p. 639 et s.

¹⁷⁶⁰ V. Dossier, « Les nouveaux pouvoirs unilatéraux du contractant », *RDC*, 2018, n°3, p. 502 et s.

¹⁷⁶¹ HOUTCIEFF Dimitri, « L'étendue des nouveaux pouvoirs unilatéraux du contractant » in dossier « Les nouveaux pouvoirs unilatéraux du contractant », op. cit., p. 505, spéc. p. 506, §2.

¹⁷⁶² RAYNARD Jacques, « Le domaine des prérogatives contractuelles : variété et développement », *RDC*, 2011, n°2, p. 695.

¹⁷⁶³ HOUTCIEFF Dimitri, « L'étendue des nouveaux pouvoirs unilatéraux du contractant », op. cit.

¹⁷⁶⁴ FENOUILLET Dominique, « La notion de prérogative : instrument de défense contre le solidarisme ou technique d'appréhension de l'unilatéralisme ? », op. cit., n°28 et s. V. NAJJAR Ibrahim, *Le droit d'option : contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, op. cit. ; ROCHFELD Judith, « Les droits potestatifs accordés par le contrat », op. cit.

¹⁷⁶⁵ MOLINA Léa, *La prérogative contractuelle*, LGDJ, 2022, p. 95, n°105 et s.

titulaire d'« influencer sur les situations juridiques préexistantes en les modifiant, les éteignant ou en en créant de nouvelles au moyen d'une activité propre unilatérale »¹⁷⁶⁶ le cœur des prérogatives contractuelles, à savoir la mise en place d'un lien de sujétion et leur effet modificateur de la situation contractuelle. La présence de ces critères distinctifs, qui supposent donc qu'un sujet passif soit placé dans une situation d'attente face à la décision d'un *potentior* qui se voit conférer le pouvoir unilatéral de modifier une règle issue de la situation contractuelle¹⁷⁶⁷, doit alors être vérifiée pour s'assurer que l'on est face à une prérogative contractuelle. Tel est par conséquent l'exercice qu'il nous faut entreprendre s'agissant du droit exclusif d'interprétation.

379. Qualification du droit exclusif d'interprétation en prérogative contractuelle – Le droit exclusif d'interprétation doit, pour être qualifié de prérogative contractuelle, passer les étapes d'identification de celle-ci, à savoir principalement présence d'une décision unilatérale, création d'un lien de sujétion et effet modificateur de la situation contractuelle¹⁷⁶⁸. Pour ce qui est de la décision unilatérale et donc du lien de sujétion corrélatif, celle-ci « constitue la principale manifestation du pouvoir, entendu comme la faculté d'imposer sa volonté à autrui »¹⁷⁶⁹. Il y a donc là une véritable puissance décisionnelle qui s'impose au destinataire et qui distingue la décision de la simple demande. C'est que tout acte unilatéral n'est pas nécessairement l'expression d'une décision. La Professeure Léa Molina prend à ce sujet l'exemple de l'offre de contracter et remarque que « si l'offre dispose bien d'un effet juridique en ce qu'elle lie son auteur pour un délai raisonnable à défaut d'un temps déterminé, sa finalité – qui est celle de voir le contrat projeté se former – ne peut advenir sans rencontrer l'acceptation d'autrui. En cela, l'offre ne crée pas à elle seule une situation contractuelle et n'est pas une décision »¹⁷⁷⁰. La force de la décision, irrésistible pour son destinataire, en constitue donc le marqueur discriminant. C'est cette irrésistibilité qui entraîne la création du lien de sujétion¹⁷⁷¹. La transposition au droit exclusif d'interprétation se réalise sans difficulté. En effet, en abdiquant sa compétence d'interprétation au profit de l'autre contractant, la partie concernée consent à une renonciation et donc à la mise en place d'une contrainte unilatérale pesant sur elle¹⁷⁷². Elle se retrouve alors bien dans une situation passive caractéristique du lien de sujétion et devra attendre la décision interprétative de l'autre partie si un litige survient¹⁷⁷³. Reste qu'en général, la prérogative contractuelle est présentée comme offrant une alternative simplifiée au *potentior* qui « ne jouit pas d'une infinité d'hypothèses pour transformer la situation contractuelle, sauf à disposer d'une puissance arbitraire qui créerait une situation proche de l'anarchie »¹⁷⁷⁴. À cet égard, le droit exclusif d'interprétation s'écarte de la binarité traditionnelle des prérogatives contractuelles qui pourront notamment proposer de « se dédire ou continuer le contrat, lever l'option ou refuser la création du contrat définitif, renoncer à la condition non encore défaillie ou la laisser perdurer »¹⁷⁷⁵. Faut-il y voir un élément dirimant pour la qualification de ce droit en prérogative contractuelle ? Loin de là

¹⁷⁶⁶ NAJJAR Ibrahim, *Le droit d'option : contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, op. cit., p. 102, n°99. Pour une présentation des droits potestatifs, V. nos développements précédents sur le droit d'option : supra partie 1 n°89 et s.

¹⁷⁶⁷ MOLINA Léa, *La prérogative contractuelle*, op. cit., p. 42, n°39 et s.

¹⁷⁶⁸ V. supra n°378.

¹⁷⁶⁹ LOKIEC Pascal, « La décision et le droit privé », *D.*, 2008, p. 2293, n°1.

¹⁷⁷⁰ MOLINA Léa, *La prérogative contractuelle*, op. cit., p. 44, n°42.

¹⁷⁷¹ MOLINA Léa, *La prérogative contractuelle*, op. cit., p. 51, n°49 et s.

¹⁷⁷² V. supra n°359 et s.

¹⁷⁷³ Sur les conditions de déclenchement de la prérogative contractuelle d'interprétation : V. infra n°391.

¹⁷⁷⁴ MOLINA Léa, *La prérogative contractuelle*, op. cit., p. 50, n°47.

¹⁷⁷⁵ *Ibid.*, p. 50, n°48.

car tout n'est pas uniquement alternatif dans ces procédés unilatéraux. La clause de fixation unilatérale de prix prévue par l'article 1164 du Code civil dans les contrats cadre en est une bonne illustration car elle n'impose pas d'enserrer cette fixation dans une option chiffrée¹⁷⁷⁶. Ce qui compte en réalité c'est que l'objet de la décision unilatérale soit déterminé et donc que l'on sache *ab initio* ce que le *potentior* a le droit d'interpréter et dans quelles situations. Cela revient à discuter du champ d'application de la prérogative contractuelle d'interprétation¹⁷⁷⁷ mais ce point ne constitue donc pas à ce stade un obstacle à la qualification examinée. Tel semble en revanche être le cas de l'effet normalement attendu d'une prérogative contractuelle.

380. Effet d'une prérogative contractuelle et droit exclusif d'interprétation – Si le droit exclusif d'interprétation paraît bien emprunter les principaux traits de la prérogative contractuelle, l'effet normalement attendu de celle-ci fait craindre de devoir renoncer à cette qualification. Tout simplement car la prérogative contractuelle est invariablement présentée « comme la technique investissant l'une des parties de la possibilité de modifier unilatéralement la situation contractuelle de son partenaire »¹⁷⁷⁸. Or, que l'on voie dans la modification un « acte juridique par lequel les parties conviennent de changer en cours d'exécution un ou plusieurs éléments de la convention qui les lie en maintenant le rapport contractuel »¹⁷⁷⁹, ou plus spécifiquement dans la modification unilatérale « l'introduction d'un changement dans l'un quelconque des éléments du contrat en cours d'exécution, à l'origine duquel se trouve l'un seulement des contractants »¹⁷⁸⁰, il y a bien l'idée de changement attachée à celle de modification. Le changement peut certes être varié¹⁷⁸¹ mais il existe. Un problème se présente alors car même à entendre très largement la notion de modification, il est difficile d'y inclure l'acte interprétatif. Bien au contraire, il s'agira pour le contractant doté du droit exclusif d'interpréter de donner le sens de l'engagement concerné sans dénaturer la volonté des parties, et donc sans modifier la stipulation en question¹⁷⁸². Néanmoins, il faut ici comprendre le sens de cet effet modificateur *a priori* caractéristique de la prérogative contractuelle. Ce qu'il traduit, c'est l'impossible création d'une situation contractuelle. C'est-à-dire qu'« il ne peut pas exister de prérogative permettant la naissance *ex nihilo* d'une situation contractuelle »¹⁷⁸³. On raisonne donc toujours à partir d'une situation préexistante sur laquelle la prérogative vient influencer. C'est en cela qu'on ne peut parler que de modification. Une fois ce principe intégré, on comprend que le changement attendu de la prérogative fait en réalité davantage office de garde-fou, par opposition à la création prohibée, que de résultat imposé. Raison pour laquelle il est parfaitement admis qu'une prérogative contractuelle ait pour objet de compléter une règle

¹⁷⁷⁶ L'article dispose en effet que « dans les contrats cadre, il peut être convenu que le prix sera fixé unilatéralement par l'une des parties, à charge pour elle d'en motiver le montant en cas de contestation ».

¹⁷⁷⁷ V. *infra* n°391.

¹⁷⁷⁸ RAYNARD Jacques, « Le domaine des prérogatives contractuelles : variété et développement », *op. cit.*, §31. V. *supra* n°378.

¹⁷⁷⁹ GHOZI Alain, *La modification de l'obligation par la volonté des parties : étude de droit civil français*, LGDJ, 1980, p. 4, n°13.

¹⁷⁸⁰ LÉCUYER Hervé, « La modification unilatérale du contrat », in *L'unilatéralisme et le droit des obligations : actes du colloque, 9 janvier 1998*, *op. cit.*, p. 47, spéc. p. 48.

¹⁷⁸¹ V., sur cette variété des modifications possibles : MOLINA Léa, *La prérogative contractuelle*, *op. cit.*, p. 58, n°60.

¹⁷⁸² Sur cette exigence d'exercer la prérogative d'interprétation de bonne foi : V. *infra* n°394.

¹⁷⁸³ MOLINA Léa, *La prérogative contractuelle*, *op. cit.*, p. 59, n°61.

contractuelle, par exemple en fixant un prix¹⁷⁸⁴. L'effet consolidateur de la prérogative sur la situation contractuelle s'inscrit donc pleinement au sein de l'effet modificateur. Or, en cas de litige, l'interprétation unilatérale a bien cet objectif de consolidation car il s'agit d'assurer l'application de l'engagement convenu qui s'en trouve donc précisé, dans un sens ou dans un autre. Ce lien avec l'engagement interprété explique d'ailleurs la force obligatoire de la prérogative contractuelle. Cette dernière bénéficiant « des mêmes fondements que les autres règles contractuelles, il n'existe aucune raison de refuser d'accorder pleine force obligatoire à son effet »¹⁷⁸⁵.

- 381.** Vérifier que le droit exclusif d'interprétation répond aux caractéristiques de la prérogative contractuelle permet de rattacher la technique à une figure connue de la doctrine et de la jurisprudence. Ce rattachement n'est pas sans effet : il autorise à passer de la prérogative contractuelle à la prérogative contractuelle d'interprétation.

2) L'octroi d'une prérogative contractuelle d'interprétation

- 382.** Le rattachement du droit exclusif d'interprétation à la catégorie générale des prérogatives contractuelles ne dispense pas de vérifier, au cas particulier, l'absence d'obstacle à la validité de la prérogative contractuelle d'interprétation **(a)**. C'est ainsi assuré de cette validité qu'il sera ensuite possible d'aborder la question du contrôle relatif à l'exercice de cette prérogative **(b)**.

a) La validité de la prérogative contractuelle d'interprétation

- 383. La validité de la prérogative d'interprétation au regard des pouvoirs du juge** – Il est une première question qui paraît se présenter assez naturellement au terme de l'entreprise de qualification précédemment menée¹⁷⁸⁶. Le fait est que rapprocher ainsi le droit exclusif d'interprétation de la prérogative contractuelle n'évacue pas un doute légitime : peut-on réellement exclure ainsi le juge du travail d'interprétation en cas de litige en prévoyant *ab initio* que ce sera l'un des contractants qui tranchera la difficulté ? La question peut surprendre dans une section consacrée à la contrainte à destination des parties¹⁷⁸⁷. Pourtant, c'est bien en ces termes que la Cour de cassation a posé le problème dans une espèce récente faisant douter de la possibilité même de prévoir une prérogative d'interprétation¹⁷⁸⁸. Il s'agissait en l'occurrence d'un contrat d'enseignement¹⁷⁸⁹ conclu pour une période de deux ans entre une école et un élève assisté de ses parents. Le contrat prévoyait la possibilité pour l'étudiant d'en solliciter la résiliation à titre exceptionnel s'il justifiait d'un cas de force majeure ou d'un motif légitime et impérieux et précisait que cette demande, impérativement étayée par des documents, ferait l'objet d'un examen par la direction de l'école qui apprécierait l'existence avérée du cas de force majeure ou du motif légitime et impérieux invoqué par l'étudiant. On se rapprochait bien ici d'un droit exclusif

¹⁷⁸⁴ V. C. civ., art. 1164 et 1165.

¹⁷⁸⁵ MOLINA Léa, *La prérogative contractuelle*, op. cit., p. 64, n°65.

¹⁷⁸⁶ V. *supra* n°376 et s.

¹⁷⁸⁷ V. *supra* n°357 et s.

¹⁷⁸⁸ 1^{er} civ., 31 janv. 2024, n°21-23.233, *Publié au bulletin* ; *RTD civ.*, 2024, 104, note BARBIER ; *Contrats conc. cons.*, 2024, n° 4, 16, note LEVENEUR et 35, note BERNHEIM-DESVAUX ; *JCP G*, 2024, n° 14, 624, note DUPONT ; *GPL*, 2024, n° 15, 1, note HOUTCIEFF ; *RDC*, 2024, n° 2, 10, note LIBCHABER ; *LEDC*, 2024, n° 3, 5, note MOLINA.

¹⁷⁸⁹ Sur le contrat d'enseignement : V. RAYMOND Guy, « Contrats d'enseignement », *J.-Cl. Concurrence – Consommation*, fasc. 998, LexisNexis, 2025.

d'interprétation car la faculté de résiliation unilatérale était conditionnée à la survenance d'un événement (force majeure ou motif légitime et impérieux) dont il revenait à l'école d'apprécier la survenance. Cette dernière était donc particulièrement surprise de constater que le premier juge avait substitué son appréciation du motif invoqué par l'étudiant à la sienne et lui reprochait à ce titre d'avoir violé l'article 1103 du Code civil, c'est-à-dire la force obligatoire des contrats¹⁷⁹⁰. La Haute Juridiction considéra toutefois sèchement le moyen non fondé au motif que « l'application par les parties de la clause d'un contrat d'enseignement, prévoyant une faculté de résiliation dans le cas d'un motif légitime et impérieux invoqué par l'étudiant et apprécié uniquement par la direction de l'école, n'échappe pas, en cas de litige, au contrôle du juge et c'est dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation des éléments de fait et de preuve qui lui étaient soumis que le tribunal a estimé qu'était caractérisée l'existence d'un motif légitime et impérieux justifiant la résiliation du contrat ». En publiant l'arrêt au bulletin, la Cour révélerait le caractère inacceptable de l'idée « selon laquelle le contrat pourrait être placé à l'abri de la loi – et donc hors d'accès du juge »¹⁷⁹¹. La décision fut à ce propos quasi unanimement saluée par les auteurs l'ayant commentée. Ces derniers avancent une justification commune selon laquelle, en s'arrogeant le droit d'apprécier la survenance des événements pouvant justifier le déclenchement de la faculté de résiliation unilatérale, l'école aurait empêché « un contrôle objectif de la décision »¹⁷⁹². Or, le recours à un tiers départiteur serait « inhérent au droit d'accès au juge »¹⁷⁹³ et un cocontractant ne pourrait donc « prétendre régler une difficulté contractuelle pour le compte de l'ensemble des parties en excluant le contrôle judiciaire »¹⁷⁹⁴. Néanmoins, si la volonté de protéger la partie faible paraît louable et peut donc conduire à vouloir préserver l'office du juge, il nous semble que la légitimité des mobiles ne doit pas conduire à une confusion malheureuse entre les problématiques de validité et les problématiques d'exercice d'une prérogative contractuelle. S'agissant d'un rapport de consommation, il est évidemment possible de douter de la validité de la clause au regard de l'article L. 212-1 du Code de la consommation qui déclare abusives les stipulations ayant « pour objet ou pour effet de créer, au détriment du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat ». Mais, comme les commentateurs l'ont d'ailleurs relevé, l'argument avait été écarté par le premier juge et cette question n'était pas soumise au contrôle de la Cour¹⁷⁹⁵. C'est donc bien sur le seul terrain de la contrariété aux pouvoirs du juge que l'on prétend censurer la stipulation. Un tel fondement et le raisonnement qui s'en suit aboutissent néanmoins à donner au mécanisme un effet qu'il n'a pas. Rappelons en effet que si le droit exclusif d'interprétation se traduit concrètement par l'octroi d'une prérogative contractuelle¹⁷⁹⁶, il a avant tout la nature d'une renonciation¹⁷⁹⁷. Ici, un contractant abdique bien sa compétence contentieuse, c'est-à-dire l'aptitude qui est la sienne de discuter la survenance de l'événement justifiant la faculté de résiliation, au profit de l'autre partie en lui accordant cette prérogative d'interprétation. C'est donc au stade de la validité un rapport à la norme contractuelle qui se joue et absolument pas un rapport aux pouvoirs du juge. Cette perspective est confirmée par les auteurs soutenant la décision de la Cour de cassation puisqu'ils affirment eux-mêmes que « sitôt le contrat conclu – l'accord se trouvant scellé par la rencontre des volontés –, il

¹⁷⁹⁰ Cet article disposant, comme chacun sait, que « les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits ».

¹⁷⁹¹ LIBCHABER Rémy, note sous 1^{er} civ., 31 janv. 2024, n°21-23.233, préc., *RDC*, 2024, n° 2, 10.

¹⁷⁹² HOUTCIEFF Dimitri, note sous 1^{er} civ., 31 janv. 2024, n°21-23.233, préc., *GPL*, 2024, n° 15, 1.

¹⁷⁹³ MOLINA Léa, note sous 1^{er} civ., 31 janv. 2024, n°21-23.233, préc., *LEDC*, 2024, n° 3, 5.

¹⁷⁹⁴ LIBCHABER Rémy, note sous 1^{er} civ., 31 janv. 2024, n°21-23.233, préc., *op. cit.*

¹⁷⁹⁵ Sur cette question du déséquilibre significatif de la prérogative d'interprétation : V. *infra* n°386.

¹⁷⁹⁶ V. *supra* n°376 et s.

¹⁷⁹⁷ V. *supra* n°369 et s.

devient une norme de l'ordre juridique – une norme relative, d'assez bas niveau car infiniment relative, mais tout de même une norme relevant incontestablement de cet ordre. Telle est bien la raison pour laquelle sa mise en œuvre ne peut qu'être contrôlée par le juge, qui est l'organe institué par l'ordre juridique à cet effet »¹⁷⁹⁸. Cependant, c'est précisément en appréciant ainsi la décision au regard du rapport que les parties peuvent avoir à leur propre norme que le bât blesse et que la perplexité prend de l'ampleur. Et ce car, comme nous l'avons déjà entraperçu, un contractant peut parfaitement renoncer par avance à invoquer une norme légale si celle-ci n'est pas d'ordre public¹⁷⁹⁹. Nous approfondirons cette condition lors du traitement du risque contentieux correspondant¹⁸⁰⁰ mais on perçoit d'ores et déjà le paradoxe. Le juge pourrait donc être contractuellement privé de la possibilité de contrôler l'applicabilité d'une disposition légale à la situation des parties à la condition que cette disposition ne soit pas d'ordre public, et personne ne s'émeut à raison des conséquences que cette solution a pour son office, mais un même renoncement serait inconcevable à propos d'une norme contractuelle ? Une norme contractuelle serait donc nécessairement d'ordre public ? On voit bien qu'il y a là un résultat qui ne fait pas sens. En outre, le contrat pourrait organiser le droit pour l'une des parties d'y mettre fin en le résiliant, ce qui a tout de même pour conséquence de permettre une suppression unilatérale de la norme de l'ordre juridique en question, mais il ne pourrait pas organiser le droit pour l'une d'elles de le consolider en l'interprétant ? On l'aura compris, la cohérence technique empêche de se référer aux pouvoirs du juge pour justifier une condamnation de la prérogative d'interprétation. En revanche, le contrôle judiciaire va bel et bien exister. Simple, il s'opérera, comme pour toute prérogative contractuelle, au niveau de l'exercice qui en est fait par la partie qui la détient¹⁸⁰¹. Le Professeur Hugo Barbier ne dit pas autre chose lorsqu'il préconise, hors relations consuméristes, « de donner acte à ce type de clause en laissant entière la liberté d'appréciation d'un contractant de l'existence du cas contractuel de résiliation anticipée invoqué par l'autre partie, sous la seule réserve de l'abus de cette liberté. Le contrôle de l'abus serait une manière de conserver sa force obligatoire à la clause en respectant la prévision des parties sur ce point, tout en laissant au juge une fenêtre d'intervention. Après tout, la faculté de résiliation anticipée est déjà une faveur faite à l'une des parties, par entorse au principe posé à l'article 1212 du code civil, de sorte que la faveur peut être nuancée à l'envi par les parties, sous la réserve de l'exercice abusif du pouvoir unilatéral d'appréciation du cas de résiliation anticipée »¹⁸⁰².

384. La validité de la prérogative d'interprétation au regard de la réalité du consentement donné – Si « les prérogatives conférées par la loi aux contractants ou aux tiers se sont effectivement multipliées bien au-delà des solutions jurisprudentielles [...], les textes autorisant expressément la stipulation de droits potestatifs demeurent rares et le Code civil ne comporte toujours pas de disposition générale en la matière »¹⁸⁰³. Une des raisons semble être la volonté du législateur de maintenir la bilatéralité contractuelle et donc le modèle de l'échange des consentements au fronton du droit des contrats. Or, l'unilatéralité

¹⁷⁹⁸ LIBCHABER Rémy, note sous 1^{er} civ., 31 janv. 2024, n°21-23.233, préc., *op. cit.*

¹⁷⁹⁹ V. *supra* n°361.

¹⁸⁰⁰ V. *infra* n°405 et s.

¹⁸⁰¹ V. *infra* n°391 et s. Raison pour laquelle il n'y a selon nous aucune raison d'associer *a priori* et par principe l'interprétation unilatérale à une « dénaturation du contrat par le contractant lui-même » (LAMOUREUX Marie, *L'aménagement des pouvoirs du juge par les contractants : recherche sur un possible imperium des contractants*, *op. cit.*, p. 145, n°129).

¹⁸⁰² BARBIER Hugo, note sous 1^{er} civ., 31 janv. 2024, n°21-23.233, préc., *RTD civ.*, 2024, p. 104.

¹⁸⁰³ ÉTIENNEY-DE SAINTE MARIE Anne, « La validité des prérogatives contractuelles après la réforme du droit des contrats », *D.*, 2017, p. 1312, n°1.

qui caractérise la prérogative paraît bien perturber la réalité du consentement donné¹⁸⁰⁴. Comment être certain en effet que celui qui s'est aménagé des pouvoirs unilatéraux au sein du contrat n'a pas tenté « de s'émanciper de sa propre promesse par l'effet d'une puissance décisionnelle »¹⁸⁰⁵ ? La question se présente avec encore plus d'acuité pour une prérogative d'interprétation dont on peut craindre qu'elle ne soit un moyen déguisé pour son détenteur de réduire à sa guise ses engagements sous couvert de conflit relatif à leur interprétation. C'est alors l'ensemble des dispositifs visant à garantir l'intégrité du consentement du *potentior* qui sont susceptibles d'être mobilisés en tant qu'obstacles à la validité de la prérogative d'interprétation¹⁸⁰⁶. On retrouve ainsi l'interdiction de l'obligation « contractée sous une condition dont la réalisation dépend de la seule volonté du débiteur »¹⁸⁰⁷. L'idée étant de soutenir que le droit d'interprétation rend l'engagement sur lequel il porte conditionné à l'absence de conflit d'interprétation entre les parties ou à tout le moins conditionné au sens que donnera le *potentior* à la stipulation en cause. La logique est très proche lorsque l'on convoque l'article 1169 du Code civil qui dispose qu'« un contrat à titre onéreux est nul lorsque, au moment de sa formation, la contrepartie convenue au profit de celui qui s'engage est illusoire ou dérisoire » ou l'article 1170 du même code qui répute non écrite « toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur ». C'est bien pareillement le pouvoir du *potentior* sur l'engagement qui pose ici problème. La contrepartie qu'il doit à son contractant n'est-elle pas potentiellement illusoire s'il conserve la possibilité de l'interpréter dans le sens qui lui conviendra le mieux ? Symétriquement, ne prive-t-il pas de sa substance l'obligation concernée s'il peut l'interpréter de manière opportune le moment venu ? Il serait même permis de se demander s'il n'y a pas là une clause de détermination unilatérale de la prestation dont on questionne la validité au regard de la construction ambiguë du nouvel article 1163 du Code civil¹⁸⁰⁸.

385. Pour sérieuses qu'elles soient, ces objections à la validité de la prérogative d'interprétation ne nous semblent pas pour autant décisives. Le point central étant de nouveau qu'il ne faut pas donner au droit d'interprétation un effet qu'il n'a pas. Celui qui s'engage le fait avec toute la force obligatoire inhérente à l'instrument contractuel et ce peu importe qu'il détienne par ailleurs un droit d'interprétation en cas de conflit. Nous avons ainsi vu à propos de la potestativité dans le contexte des pactes d'associés qu'il ne fallait pas confondre le lien de sujétion et le lien d'obligation¹⁸⁰⁹. La présence du premier n'efface pas le second et n'aboutit presque jamais à un mécanisme de type « je m'engage à condition de le vouloir » qui seul a vocation à être prohibé¹⁸¹⁰. C'est-à-dire que doit être généralisé le constat réalisé à propos des mécanismes conditionnels et selon lequel « si le pouvoir d'une partie est incompatible avec la notion de condition et rend fausse la notion même de “ condition potestative ”, la liberté contractuelle semble pouvoir légitimer l'introduction d'une dose d'unilatéralisme dans le contrat sous la forme de l'octroi d'un droit potestatif, dont l'exercice devrait cependant être soumis à la réserve minimum de l'abus »¹⁸¹¹. Toute prérogative contractuelle emporte un risque d'abus dans son exercice qui est inhérent à son

¹⁸⁰⁴ V. FRISON-ROCHE Marie-Anne, « Unilatéralité et consentement », in *L'unilatéralisme et le droit des obligations : actes du colloque, 9 janvier 1998, op. cit.*, p. 29.

¹⁸⁰⁵ MOLINA Léa, *La prérogative contractuelle, op. cit.*, p. 197, n°229.

¹⁸⁰⁶ *Ibid.*, p. 197, n°229 et s.

¹⁸⁰⁷ C. civ., art. 1304-2.

¹⁸⁰⁸ MOLINA Léa, *La prérogative contractuelle, op. cit.*, p. 206, n°239 et s. ; ÉTIENNEY-DE SAINTE MARIE Anne, « La validité des prérogatives contractuelles après la réforme du droit des contrats », *op. cit.*, n°20 et s. Sur l'applicabilité de l'article 1163 du Code civil à la détermination du prix : V. *supra* n°143.

¹⁸⁰⁹ V. *supra* n°117 et s.

¹⁸¹⁰ V. *supra* n°119.

¹⁸¹¹ LATINA Mathias, *Essai sur la condition en droit des contrats, op. cit.*, p. 271, n°372. V. *supra* n°120.

unilatéralité et qui appelle donc un contrôle strict au stade correspondant¹⁸¹². Mais ce serait la dénaturer que de lui appliquer *ab initio* des qualificatifs erronés. Un engagement d'information reste pur et simple et ne devient pas illusoire ou privé de substance lorsque les parties se sont contentées d'anticiper l'identité du contractant qualifié pour trancher la divergence en cas par exemple de doute sur le fait que le document demandé est bien compris dans le périmètre de la clause. Le point central étant que la prestation concernée est d'ores et déjà fixée à la conclusion du contrat, ce qui a pour conséquence claire de distinguer l'interprétation unilatérale soumise à la réserve de l'abus, d'une fixation unilatérale de la prestation en cours d'exécution. Reste que l'on peut douter de l'équité du procédé lorsque c'est le même contractant qui se voit conférer ce droit d'interprétation pour chacun des engagements. C'est alors le déséquilibre engendré davantage que la réalité du consentement donné qui fait craindre que la prérogative d'interprétation ne soit pas admissible.

386. La validité de la prérogative d'interprétation au regard de l'éventuel déséquilibre engendré – Le sentiment que la prérogative d'interprétation est à même de créer un déséquilibre au sein du contrat dans lequel elle serait insérée est certainement l'obstacle le plus instinctif à sa validité. Il n'en demeure pas moins que le déséquilibre contractuel pris en tant que tel ne fait pas l'objet d'une prohibition générale en droit français. Pour apprécier la validité d'une telle prérogative, il convient donc d'examiner successivement les trois dispositifs qui, en l'état du droit positif, peuvent empêcher l'introduction d'un déséquilibre dans le contrat¹⁸¹³. Les deux premiers relèvent du droit spécial (celui de la consommation, d'une part, et celui des pratiques restrictives de concurrence, d'autre part) et seront rapidement écartés, les pactes d'associés ne relevant pas de leur champ d'application. Le troisième, issu du droit commun des contrats, retiendra en revanche plus longuement notre attention.

387. Le dispositif issu du droit de la consommation a déjà été évoqué. Il s'agit de la prohibition des clauses abusives en droit de la consommation. Rappelons en effet que l'article L. 212-1 du Code de la consommation déclare que « dans les contrats conclus entre professionnels et consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat » et, plus spécifiquement, que l'article R. 212-1, 4°, du Code de la consommation présume irréfragablement abusives les clauses ayant pour objet ou pour effet d'« accorder au seul professionnel le droit de déterminer si la chose livrée ou les services fournis sont conformes ou non aux stipulations du contrat ou lui conférer le droit exclusif d'interpréter une quelconque clause du contrat »¹⁸¹⁴. La combinaison des deux textes laisse peu de doute quant au fait que la prérogative d'interprétation soit condamnée dans les rapports de consommation. Toutefois, l'interdiction ne vaut précisément que pour ces rapports, ce qui la limite donc aux contrats conclus entre professionnels et consommateurs ou entre professionnels et non-professionnels¹⁸¹⁵. Or, il ne faut pas perdre de vue que c'est dans les pactes d'associés que nous nous proposons de déployer une telle prérogative. La prohibition susvisée, pour être pertinente en notre matière, supposerait donc que la conclusion d'un pacte puisse intervenir entre un professionnel et un consommateur

¹⁸¹² V. *infra* n°391 et s.

¹⁸¹³ V. CHANTEPIE Gaël et SAUPHANOR-BROUILLAUD Natacha, « Déséquilibre significatif », *Rép. civ.*, Dalloz, 2022.

¹⁸¹⁴ V. *supra*, n°370.

¹⁸¹⁵ V. C. cons., art. L. 212-1 et L. 212-2.

ou un non-professionnel. À cet égard, il s'avère que le Code de la consommation définit le consommateur comme « toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole »¹⁸¹⁶ et le non-professionnel comme « toute personne morale qui n'agit pas à des fins professionnelles »¹⁸¹⁷. Difficile par conséquent d'identifier un rapport de consommation dans le cadre de la conclusion d'un pacte d'associés car cette dernière correspondra rarement à un acte de la vie quotidienne et relèvera toujours de près ou de loin de l'une des activités visées par le Code de la consommation. Il nous faut donc écarter de nos considérations portant sur la validité du droit d'interprétation la réglementation relative aux clauses abusives.

388. Le deuxième dispositif visant la question du déséquilibre contractuel se retrouve à l'article L. 442-1, I, 2° du Code de commerce, qui rend fautif et donc source de responsabilité le fait, dans le cadre de la négociation commerciale, de la conclusion ou de l'exécution d'un contrat, par toute personne exerçant des activités de production, de distribution ou de services, « de soumettre ou de tenter de soumettre l'autre partie à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties »¹⁸¹⁸. Cette pratique restrictive de concurrence était auparavant prohibée à l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce qui se voulait plus restrictif en prévoyant que la victime du déséquilibre devait être « un partenaire commercial », là où il suffit désormais depuis l'ordonnance n°2019-359 du 24 avril 2019 qu'elle soit une partie au contrat¹⁸¹⁹. Il ne faut pourtant pas s'y tromper. L'auteur de la pratique doit bien être une « personne exerçant des activités de production, de distribution ou de services »¹⁸²⁰ et, même si « cette précision ne recoupe pas exactement la qualité de professionnel »¹⁸²¹, c'est bien dans le cadre de cette activité que la prohibition a vocation à s'appliquer. C'est ce qui avait conduit la Cour de cassation à juger que « seules les activités de production, de distribution ou de services entrent dans le champ d'application de l'(ex) article L. 442-6, I, 2°, du code de commerce »¹⁸²² et à exclure notamment du dispositif « les modalités de retrait du membre d'un groupement d'intérêt économique, prévues par le contrat constitutif ou par une clause du règlement intérieur de ce groupement »¹⁸²³. C'est d'ailleurs tout le sens du livre IV du Code de commerce relatif à la liberté des prix et de la concurrence qui prévoit que les règles qu'il définit « s'appliquent aux entreprises entendues comme les entités, quelle que soit leur forme juridique et leur mode de financement qui exercent une activité de production, de distribution et de services »¹⁸²⁴. Or, le pacte d'associés en lui-même ne participe pas d'une telle activité. On ne fait pas profession de conclure des pactes. L'accord intervient ou n'intervient pas en marge d'une structure sociétaire qui elle seule pratiquera ou non une activité soumise à ces dispositions. Ces dernières ne doivent donc pas être retenues pour contrôler la validité d'une prérogative d'interprétation au sein des pactes d'associés.

¹⁸¹⁶ C. cons., art. liminaire, 1°.

¹⁸¹⁷ C. cons., art. liminaire, 2°.

¹⁸¹⁸ La partie victime peut également « faire constater la nullité des clauses ou contrats illicites et demander la restitution des avantages indus » (C. com., art. L. 442-4, I, al. 2).

¹⁸¹⁹ Sur cette évolution : V. CHANTEPIE Gaël et SAUPHANOR-BROUILLAUD Natacha, « Déséquilibre significatif », *op. cit.*, n°136 et s.

¹⁸²⁰ C. com., art. L. 442-1, I.

¹⁸²¹ CHANTEPIE Gaël et SAUPHANOR-BROUILLAUD Natacha, « Déséquilibre significatif », *op. cit.*, n°133.

¹⁸²² 3e civ., 15 févr. 2018, n°17-11.329, *Bull. civ.*, 2018, III, n° 21 ; *RTD civ.*, 2018, 408, note BARBIER ; *JCP E*, 2018, n° 24, 39, note REGNAULT ; *RJC*, 2018, n° 4, 343, chron. KENFACK ; *JCP N*, 2019, n° 24, 30, chron. MEKKI. L'arrêt est rendu à propos d'un litige relatif à l'exécution d'un bail commercial.

¹⁸²³ Com., 11 mai 2017, n°14-29.717, *Bull. civ.*, 2017, V, n°69 ; *JCP E*, 2017, n° 23, 31, note DISSAUX ; *Rev. sociétés*, 2018, 250, note GODON.

¹⁸²⁴ C. com., art. L. 410-1.

389. Reste donc, *in fine*, le texte de droit commun. Commun, l'article 1171 du Code civil ne l'est en réalité qu'à moitié. Et ce car, s'il s'applique bien en tant que texte général aux contrats ne relevant pas des dispositions spéciales du Code de commerce ou du Code de la consommation¹⁸²⁵, la généralité de la prohibition instaurée se trouve largement amputée par son champ d'application. En effet, l'article 1171, alinéa 1^{er}, du Code civil prévoit que c'est uniquement dans un contrat d'adhésion que « toute clause non négociable, déterminée à l'avance par l'une des parties, qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite ». Le contrat d'adhésion étant, selon l'article 1110, alinéa 2, du Code civil, « celui qui comporte un ensemble de clauses non négociables, déterminées à l'avance par l'une des parties ». Il faudrait donc pouvoir prétendre appliquer le qualificatif de contrat d'adhésion à un pacte pour craindre que le déséquilibre éventuel créé par une ou plusieurs prérogatives d'interprétation soit sanctionné. Au-delà de la nouvelle définition donnée par l'article 1110, alinéa 2, du Code civil qui fait de la négociabilité des clauses le critère du contrat d'adhésion, là où la première version de l'article issue de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations opérait un renvoi malaisé à la notion de « conditions générales »¹⁸²⁶, le propre de ce contrat est de reposer sur une détermination unilatérale de son contenu par l'une des parties¹⁸²⁷. Si la doctrine présente généralement le pacte d'associés comme « le parangon d'un contrat véritablement négocié »¹⁸²⁸, elle relève toutefois dans le même temps qu'un certain nombre de situations s'écartent de ce modèle : conclusion d'un pacte par un associé minoritaire éventuellement salarié, conclusion d'un pacte dont les conditions sont prédéterminées par la tête d'un réseau de grande distribution¹⁸²⁹, recours à des pactes standardisés et souvent déséquilibrés dans l'industrie du *private equity*¹⁸³⁰, adhésion au pacte par un nouvel entrant qui n'aura pas négocié l'accord initial¹⁸³¹. Néanmoins, la très grande majorité des auteurs s'est exprimée en défaveur d'une telle qualification qui semble bien peu adaptée aux pactes. En opportunité tout d'abord, il y aurait là une fragilisation des relations d'affaires non recherchée par le texte¹⁸³². En droit ensuite, le critère de la négociabilité impose une appréciation globale du contrat et, même si certaines configurations donnent naissance à des pactes déséquilibrés, il est rare que l'accord extrastatutaire ait véritablement exclu une possibilité de négociation pour l'ensemble des clauses¹⁸³³. Reste, il est vrai, la figure de l'adhésion pour laquelle de fait l'adhérent ne renégocie pas le contenu du pacte lors de son entrée. Mais on fait alors

¹⁸²⁵ Précision apportée par Com., 26 janv. 2022, n°20-16.782, *Publié au bulletin* ; *JCP E*, 2022, n° 12, 34, note CHANTÉPIE ; *Banque et Droit*, 2022, n° 203, 16, note COUPET ; *Rev. dr. banc. fin.*, 2022, n° 3, 32, chron. TORCK et SAMIN ; *GPL*, 2022, n° 16, note HOUTCIEFF ; *RDC*, 2022, n° 2, 10, chron. LATINA, 16, chron. STOFFEL-MUNCK et 144, chron. GERRY-VERNIÈRES ; *JCP E*, 2022, n° 26, 33, chron. MOLINA ; *JCP E*, 2022, n° 28, 41, chron. MATHEY.

¹⁸²⁶ La première version de l'article 1110, alinéa 2, du Code civil disposait en effet que « le contrat d'adhésion est celui dont les conditions générales, soustraites à la négociation, sont déterminées à l'avance par l'une des parties ».

¹⁸²⁷ V. *supra* n°34.

¹⁸²⁸ MARTIN Didier et SCHILLER Sophie, *Guide des pactes d'actionnaires et d'associés : 2022/2023, op. cit.*, p. 58, n°87.

¹⁸²⁹ V. HEINICH Julia, LÉCUYER Hervé et MESTRE Jacques [dir.], *Les pactes d'affaires, op. cit.*, p. 27, n°21 ; HEINICH Julia, « Des clauses fragilisées dans les conventions entre associés ? », *RJC*, 2017, n°1, p. 119.

¹⁸³⁰ V., sur cette question : PONS Luc, « Déséquilibre significatif, abus de dépendance et *private equity* », *Journ. sociétés*, 2016, n°144, p. 21.

¹⁸³¹ V. *supra* n°183.

¹⁸³² V., les observations gouvernementales en ce sens citées par MARTIN Didier et SCHILLER Sophie, *Guide des pactes d'actionnaires et d'associés : 2022/2023, op. cit.*, p. 58, n°87, notes 39 et 40.

¹⁸³³ V. MEKKI Mustapha, « La loi de ratification de l'ordonnance du 10 février 2016 – Une réforme de la réforme ? », *D.*, 2018, p. 900, spéc. n°31.

justement remarquer qu'« il est difficilement concevable qu'un contrat change de nature juridique en cours d'exécution simplement parce qu'une nouvelle partie s'y est ajoutée »¹⁸³⁴. À suivre cette logique, toute cession de contrat pourrait constituer un contrat d'adhésion pour le cessionnaire, ce qui paraît pour le moins surprenant¹⁸³⁵. En tout état de cause, à supposer même que la qualification de contrat d'adhésion puisse être ponctuellement retenue, il ne faut pas perdre de vue que la prérogative d'interprétation n'encourrait pas une censure automatique. Il faudrait, selon l'article 1171, alinéa premier, du Code civil, qu'elle ait été non négociable et, surtout, qu'elle « crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat ». Il ressort de la jurisprudence que le défaut de réciprocité est un indice du déséquilibre¹⁸³⁶ mais la Cour de cassation a également expressément affirmé qu'il peut se justifier « par la nature des obligations auxquelles sont respectivement tenues les parties »¹⁸³⁷. C'est donc que l'unilatéralisme contractuel n'équivaut pas au déséquilibre. La nature de la prérogative contractuelle, conçue ici comme une technique de traitement du risque contentieux, justifie qu'elle soit attribuée à un contractant et pas à l'autre. Mais rien n'interdit que ces droits d'interprétation s'équilibrent à l'échelle du pacte. Bien au contraire, c'est bien l'hypothèse la plus probable que le droit d'interprétation accordé sur une stipulation soit la contrepartie d'un droit réciproque attribué sur une autre stipulation. Or, « si l'unilatéralisme contractuel est conçu comme l'attribution d'une puissance dangereuse, sa répartition entre les mains de toutes les parties au contrat atténue cette menace »¹⁸³⁸. Il est donc permis de considérer, au regard des réserves sérieuses quant à la possible qualification du pacte en contrat d'adhésion et des outils à disposition des parties pour protéger la prérogative d'interprétation de l'éventuelle sanction de l'article 1171 du Code civil¹⁸³⁹, que la prohibition du déséquilibre significatif ne constitue pas un obstacle dirimant à la validité du droit exclusif d'interprétation au sein des pactes d'associés.

390. Admissible, la prérogative d'interprétation l'est certainement. Ni les pouvoirs du juge, ni la réalité du consentement donné, ni l'éventuel déséquilibre engendré ne constituent d'obstacles sérieux à sa validité. Pour autant, comme toute prérogative contractuelle, le droit exclusif d'interprétation doit faire l'objet d'un contrôle. Celui-ci va intervenir lors de l'exercice de la prérogative d'interprétation.

b) Le contrôle relatif à l'exercice de la prérogative contractuelle d'interprétation

391. Précision préalable sur le champ d'application de la prérogative contractuelle d'interprétation – Avant d'approfondir la question du contrôle relatif à l'exercice de la prérogative d'interprétation, il semble nécessaire de clarifier son champ d'application. La situation peut se présenter simplement avec une obligation de faire et des parties qui s'opposent sur le fait de savoir si le comportement demandé par l'une d'elles est ou non compris dans l'obligation susvisée¹⁸⁴⁰. Dans ce cas-là, il est clair que, si elle a été stipulée,

¹⁸³⁴ HEINICH Julia, LÉCUYER Hervé et MESTRE Jacques [dir.], *Les pactes d'affaires*, op. cit., p. 28, n°21.

¹⁸³⁵ MARTIN Didier et SCHILLER Sophie, *Guide des pactes d'actionnaires et d'associés : 2022/2023*, op. cit., p. 58, n°87.

¹⁸³⁶ Com., 3 mars 2015, n°13-27.525, *Bull. civ.*, 2015, IV, n° 42 ; *JCP E*, 2015, n° 17-18, 36, note LE GAC-PECH et n° 25, 34, note LOIRE ; *RTD com.*, 2015, 486, chron. CHAGNY ; *RDC*, 2015, n° 3, 523, note BEHAR-TOUCHAIS.

¹⁸³⁷ Com., 26 janv. 2022, n°20-16.782, préc.

¹⁸³⁸ MOLINA Léa, *La prérogative contractuelle*, op. cit., p. 361, n°95.

¹⁸³⁹ On aura compris que nous ne recommandons donc pas d'attribuer systématiquement le droit exclusif d'interprétation à la même partie.

¹⁸⁴⁰ Sur l'observation de ce risque contentieux dans les pactes : V. *supra* n°278.

la prérogative d'interprétation a vocation à s'appliquer. Mais le doute est permis lorsque la question se pose de manière connexe. On peut par exemple songer à un contentieux portant sur la déterminabilité d'une formule de prix au regard de l'article 1591 du Code civil¹⁸⁴¹. Il est fort probable que, pour se prononcer sur la validité de la formule, le juge aura à interpréter le sens de certains de ses éléments. Pour autant, en aucun cas cette discussion ne doit activer la prérogative d'interprétation. Et ce car il s'agit là d'assurer l'application d'une norme légale¹⁸⁴², l'interprétation de la norme contractuelle n'intervenant que de manière secondaire. Bien différente est la discussion mathématique par laquelle les parties n'aboutissent pas à la même valorisation lorsqu'elles mettent en œuvre la formule de calcul du prix. Nous avons vu qu'il y avait là une problématique autonome de l'exigence de déterminabilité supposant d'assurer cette fois-ci l'application de la norme contractuelle¹⁸⁴³. En tant que telle, cette discussion peut donc rentrer dans le champ d'un droit exclusif d'interprétation¹⁸⁴⁴. On l'aura compris, il faut restreindre le champ de la prérogative d'interprétation aux discussions qui reposent sur une opposition relative à l'application de l'engagement objet de la prérogative et uniquement à celles-ci. Nous verrons qu'il est recommandé de formaliser l'exercice de la prérogative, ce qui aura l'avantage de recentrer les discussions comprises dans son périmètre¹⁸⁴⁵. Notons pour finir à propos de la titularité de la prérogative que, sauf stipulation d'une clause d'*intuitu personae*, rien ne semble s'opposer à son transfert. Étant toutefois précisé que « la cession d'une prérogative contractuelle est toujours la conséquence de la cession de la situation contractuelle dans laquelle elle s'inscrit »¹⁸⁴⁶. Le droit d'interprétation sera donc transféré seulement dans le cadre d'une cession de contrat plus générale répondant au modèle des articles 1216 et suivants du Code civil. Modèle ayant, semble-t-il, particulièrement vocation à s'appliquer aux pactes d'associés dans lesquels il est prévu qu'un nouveau contractant se substituera à un signataire initial¹⁸⁴⁷.

392. Cadre général du contrôle – Aborder la question du contrôle relatif à l'exercice de la prérogative d'interprétation conduit en premier lieu à désactiver l'idée selon laquelle l'instauration d'une prérogative contractuelle non-obligationnelle aurait pour résultat de « restaurer un quelconque absolutisme de l'engagement contractuel »¹⁸⁴⁸. Le juge reste évidemment maître de décider si, oui ou non, les conditions de mise en œuvre de la prérogative sont réunies. Simplement, le jugement a ici un caractère déclaratif et non constitutif puisqu'il se résume à vérifier que le *potentior* était bien en situation d'exercer son pouvoir¹⁸⁴⁹. Une fois cette vérification faite, le sujet passif n'est toutefois pas complètement laissé à la main du *potentior*. Il lui est en effet permis d'arguer que ce dernier a abusé de sa prérogative. Ce moyen unique encadre l'objet du contrôle du juge qui se révèle dual.

¹⁸⁴¹ Sur lequel : V. *supra* n°221.

¹⁸⁴² Sur le traitement du risque contentieux relatif à l'application d'une norme légale : V. *infra* n°404 et s.

¹⁸⁴³ V. *supra* n°257.

¹⁸⁴⁴ V. *infra* n°492.

¹⁸⁴⁵ V. *infra* n°395 et s.

¹⁸⁴⁶ MOLINA Léa, *La prérogative contractuelle*, *op. cit.*, p. 261, n°307.

¹⁸⁴⁷ V. *supra* n°185 et *infra* n°526.

¹⁸⁴⁸ ANCEL Pascal, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat » *op. cit.*, n°34. Sur le caractère non-obligationnel de la renonciation et donc de la prérogative contractuelle d'interprétation : V. *supra* n°362 et s.

¹⁸⁴⁹ V. MOLINA Léa, *La prérogative contractuelle*, *op. cit.*, p. 53, n°53 ; ANCEL Pascal, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat » *op. cit.*, n°33.

393. Dualité du contrôle – L'intérêt de l'arrêt *Les Maréchaux*¹⁸⁵⁰ ne doit pas être limité à la consécration de la notion de prérogative contractuelle. En effet, au-delà de l'opposition opérée par la Haute Juridiction avec « la substance même des droits et obligations légalement convenus entre les parties », c'est un régime de la prérogative contractuelle qui est énoncé dans la mesure où l'attendu de principe affirme en premier chef que « la règle selon laquelle les conventions doivent être exécutées de bonne foi permet au juge de sanctionner l'usage déloyal d'une prérogative contractuelle ». La prérogative contractuelle est donc immédiatement encadrée en même temps qu'elle est reconnue. Le lien de sujétion n'autorise pas tout et le *potentior* doit exercer son pouvoir de manière loyale, le tout au nom du principe selon lequel les conventions doivent être exécutées de bonne foi¹⁸⁵¹. Tout en constatant que « la déloyauté dans la mise en œuvre des droits contractuels était déjà sanctionnée au XIXe siècle »¹⁸⁵², la doctrine se mit rapidement à la recherche de cette « norme comportementale » imposée au détenteur de la prérogative¹⁸⁵³. Deux types de contrôle ressortent de cette démarche à savoir un contrôle substantiel et un contrôle formel.

394. Contrôle substantiel – Le contrôle est d'abord qualifié de substantiel car il porte sur « ce qu'il y a de fondamental, d'essentiel »¹⁸⁵⁴ dans l'exercice de la prérogative. On devine ici la difficulté. En permettant au juge de sanctionner l'usage déloyal d'une prérogative contractuelle au nom du principe de bonne foi, la Cour de cassation renvoie ici à des standards pour lesquels il y a bien souvent « autant de conceptions que d'auteurs »¹⁸⁵⁵. Les commentateurs de la réforme du droit des obligations réalisent la même observation à propos des prérogatives consacrées par le législateur : « Concernant les conditions de fond, le juge [...] vérifiera que ce pouvoir a été exercé de bonne foi. Là encore, on remarque une abondance de standards. En matière d'exception d'inexécution comme de résolution par notification, il faut une inexécution "suffisamment grave". Pour l'exception d'inexécution anticipée, il faut apporter la preuve du caractère "manifeste" de l'inexécution future et de sa "gravité suffisante". Le remplacement effectué d'office par le cocontractant doit être fait "à un délai et à un coût raisonnables" »¹⁸⁵⁶. On pourrait ajouter que c'est la même méthode qui est suivie lorsque l'on permet que le prix soit fixé unilatéralement par l'une des parties sous réserve « d'abus dans la fixation du prix »¹⁸⁵⁷. Il faut pourtant tenter d'y voir clair sur la réalité du contrôle opéré par le juge et donc sur ce qui est ou n'est pas permis dans le cadre de l'exercice d'une prérogative contractuelle. L'éclairage attendu ne vient alors pas tant d'un travail de définition des concepts¹⁸⁵⁸ que d'une compréhension des objectifs qu'ils poursuivent. Le fait est qu'au-delà des distinctions que l'on peut vouloir opérer entre les notions de bonne foi, de loyauté ou encore d'abus¹⁸⁵⁹, il y a bien un dénominateur commun que ces standards partagent, à savoir qu'ils ont tous pour objet de

¹⁸⁵⁰ Com., 10 juill. 2007, n°06-14.768, préc. V. *supra* n°377.

¹⁸⁵¹ Principe anciennement affirmé à l'article 1134, alinéa 3, du Code civil et aujourd'hui relayé à l'article 1104, alinéa 1^{er}, du même code qui dispose que « les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi » (al. 1^{er}) et ajoute que « cette disposition est d'ordre public » (al. 2).

¹⁸⁵² CHÉNEDÉ François, « Les conditions d'exercice des prérogatives contractuelles » in « Les prérogatives contractuelles », *op. cit.*, p. 709, §6.

¹⁸⁵³ *Ibid.*, §20 et s.

¹⁸⁵⁴ *Dictionnaire de l'Académie française*, *op. cit.*, v° « Substance ».

¹⁸⁵⁵ MOLINA Léa, *La prérogative contractuelle*, *op. cit.*, p. 281, n°323, à propos, précisément, des rapports entre bonne foi et loyauté.

¹⁸⁵⁶ HEINICH Julia, « Le contrôle des nouveaux pouvoirs unilatéraux du contractant », in dossier « Les nouveaux pouvoirs unilatéraux du contractant », *op. cit.*, p. 521, spéc. p. 524.

¹⁸⁵⁷ V. C. civ., art. 1164, al. 2 et 1165, al. 2.

¹⁸⁵⁸ V., cep., pour une approche d'ensemble de la notion de bonne foi : JABBOUR Rita, *La bonne foi dans l'exécution du contrat*, LGDJ, 2016.

¹⁸⁵⁹ V. MOLINA Léa, *La prérogative contractuelle*, *op. cit.*, p. 278, n°322 et s.

protéger la finalité pour laquelle un droit est instauré. Ce critère finaliste a pu faire l'objet de controverses doctrinales¹⁸⁶⁰ mais il semble bien être le seul doté d'une véritable portée opérationnelle. La jurisprudence y a expressément recours¹⁸⁶¹. En détournant la prérogative de sa finalité, le *potentior* en fait un usage déloyal et donc abusif¹⁸⁶². Reste alors à découvrir cette finalité. Même en repoussant les théories de Louis Josserand et en privilégiant donc « la considération de l'organisation interne du contrat »¹⁸⁶³ aux « considérations sociales extérieures à l'opération contractuelle »¹⁸⁶⁴, cette découverte n'est pas chose aisée. Tout simplement parce que, si les prérogatives contractuelles existent bel et bien, elles ne sont pas livrées avec un mode d'emploi qui permettrait d'encadrer *in abstracto* leur exercice. La Professeure Léa Molina résume bien la difficulté : « Ainsi, la possibilité de déterminer précisément le risque contre lequel se prémunit le *potentior* et, par là même, la finalité de la prérogative est peu fréquente. Elle ne concerne qu'une minorité de prérogatives. Dans de rares hypothèses, en effet, il est possible d'ériger une finalité positive de la prérogative »¹⁸⁶⁵. Raison pour laquelle l'auteure préfère identifier des fautes « négatives », c'est-à-dire des usages de la prérogative « nécessairement contraires aux prévisions légitimes du sujet passif et, à ce titre, prohibées »¹⁸⁶⁶. Bien que compréhensible, cette voie nous paraît devoir être écartée s'agissant de la prérogative d'interprétation. Tout simplement car la *ratio stipulationis* du droit exclusif d'interprétation ne fait aucun doute. En effet, l'instauration d'une telle prérogative est justifiée par la volonté de traiter le risque contentieux correspondant¹⁸⁶⁷. C'est parce que les parties prennent acte du fait que l'écoulement du temps pourra créer une divergence d'intérêts quant à l'application de la norme contractuelle que l'une d'entre elles choisit par avance de renoncer à sa compétence contentieuse et de conférer à l'autre une prérogative d'interprétation. Il faut alors vérifier que le *potentior* respecte cette finalité et tranche bien par le droit exclusif qui lui est accordé une divergence objective relative à l'application de la norme contractuelle. Comment procéder à cette vérification ? En ayant recours, comme souvent en matière contentieuse, à des règles de procédure.

395. Contrôle formel – La forme, « ennemie jurée de l'arbitraire » et « sœur jumelle de la liberté » selon la célèbre formule de Von Hering¹⁸⁶⁸, n'a pas été oubliée des rédacteurs de la réforme du droit des obligations. On retrouve ainsi pour un bon nombre de prérogatives contractuelles prévues par le législateur des exigences telles que la mise en demeure, la notification ou encore l'impératif de motivation¹⁸⁶⁹. Par définition, la prérogative d'interprétation ne bénéficie pas des mêmes éclaircissements quant à la conduite à suivre.

¹⁸⁶⁰ *Ibid.*, p. 281, n°324 ; POMART-NOMDEDEO Cathy, « Le régime juridique des droits potestatifs en matière contractuelle, entre unité et diversité », *RTD civ.*, 2010, p. 209.

¹⁸⁶¹ V., à propos de l'abus dans l'exercice d'un droit de renonciation prévu par le droit des assurances : 2^e civ., 19 mai 2016, n°15-12.767, *Bull. civ.*, 2016, V, n°138 ; *RTD civ.*, 2016, 605, note BARBIER ; *Banque et Droit*, 2016, n° 168, 59, note MARLY ; *JCP N*, 2016, n° 36, 38, note PAILLER ; *GPL*, 2016, n° 39, 61, note LEDUCQ ; *RDC*, 2017, n° 1, 25, note STOFFEL-MUNCK

¹⁸⁶² STOFFEL-MUNCK Philippe, *L'Abus dans le contrat : essai d'une théorie*, *op. cit.*, p. 496, n°677 et s.

¹⁸⁶³ *Ibid.*, p. 496, n°677.

¹⁸⁶⁴ *Ibid.* Sur la thèse de Josserand : V. JOSSERAND Louis, *De l'esprit des droits et de leur relativité : théorie dite de l'abus des droits*, Dalloz, 2006.

¹⁸⁶⁵ MOLINA Léa, *La prérogative contractuelle*, *op. cit.*, p. 327, n°366.

¹⁸⁶⁶ *Ibid.*, p. 331, n°369. Trois catégories de fautes sont alors proposées : l'intention de nuire, le contournement d'une règle contraignante et l'obtention d'un avantage indu.

¹⁸⁶⁷ V. *supra* n°369 et s.

¹⁸⁶⁸ JHERING Rudolf von, *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, t. 3, Librairie Maresq Ainé, 3^e éd., 1887, p. 164.

¹⁸⁶⁹ V., pour une présentation d'ensemble : HAMELIN Jean-François, « L'exercice des nouveaux pouvoirs unilatéraux du contractant » in dossier « Les nouveaux pouvoirs unilatéraux du contractant », *op. cit.*, p. 514.

Il faut pourtant s'en inspirer pour encadrer son exercice. Et ce car c'est une véritable décision interprétative que doit prendre ici le *potentior*. C'est donc de la qualité de cette décision que dépendra l'appréciation qui sera éventuellement faite par le juge de la loyauté du *potentior* dans l'exercice de sa prérogative. Or, seul le suivi d'une procédure de décision peut offrir des garanties au sujet passif placé dans l'attente d'une interprétation à laquelle il ne consent pas. Le fait est qu'« on ne consent pas à une décision unilatérale. La mise à l'écart de cette garantie essentielle que constitue le consentement de l'assujetti explique qu'il faille lui substituer le respect d'une procédure »¹⁸⁷⁰. Ainsi, les conditions procédurales « ont vocation à protéger le sujet passif en déployant des charges qui incombent au *potentior* pour faire naître des prévisions en amont de l'exercice. Les formalités auxquelles il est soumis normalisent la mise en œuvre des prérogatives du point de vue du sujet passif qui peut anticiper leur réalisation. *A contrario*, leur violation engendre nécessairement une trahison de ses prévisions »¹⁸⁷¹. Précisons néanmoins les choses. Si elles ne sont pas expressément stipulées dans la prérogative d'interprétation, les charges formelles n'ont pas vocation à s'appliquer de manière supplétive, la liberté contractuelle s'y opposant. Mais le risque est alors grand pour le *potentior* de ne pouvoir justifier de l'usage loyal qu'il devra avoir fait de son droit d'interprétation. C'est pourquoi il nous faut proposer ici une procédure type.

- 396.** La mise en œuvre de la prérogative d'interprétation doit commencer par une notification écrite préalable. Celle-ci a une visée purement informative. Il s'agit pour le *potentior* de notifier au sujet passif l'existence d'une divergence de point de vue relative à l'application de la norme contractuelle. Certes, la résistance à l'exécution peut venir du sujet passif qui pourra avoir pris l'initiative d'informer le *potentior* qu'il est en désaccord avec lui. Mais formellement il doit revenir au *potentior*, en tant que détenteur de la prérogative d'interprétation, de constater la divergence. Cette notification préalable ne doit pas être confondue avec une mise en demeure. Elle n'a pas de caractère comminatoire et n'est pas liée à une situation d'inexécution¹⁸⁷². Le risque contentieux est en effet indépendant du risque d'inexécution¹⁸⁷³. Il s'agit uniquement pour une partie d'informer l'autre qu'elle fait une lecture différente de l'engagement concerné. Il nous semble toutefois qu'en pratique il pourra être utile de se référer contractuellement à la mise en demeure de l'article 1221 du Code civil pour organiser cette notification, au moins dans les cas très majoritaires où la problématique d'interprétation se pose en phase d'exécution¹⁸⁷⁴. Le fait est que celui qui se prévaut d'une certaine interprétation d'un engagement le fait en principe pour en obtenir l'exécution ou pour l'éviter. Or, de deux choses l'une, soit les parties s'accordent sur la même interprétation et il n'y aucune difficulté, soit elles s'opposent et cela signifie que l'une prétend pouvoir obtenir l'exécution de l'engagement au nom d'une interprétation divergente de celle de l'autre partie. La finalité de cette prétention étant bien de pouvoir poursuivre l'exécution forcée en nature de l'engagement, il faudra bien que la partie concernée procède à la mise en demeure prévue par l'article 1221 du Code civil¹⁸⁷⁵. Pour

¹⁸⁷⁰ LOKIEC Pascal, *Contrat et pouvoir : étude de droit privé*, op. cit., p. 221.

¹⁸⁷¹ MOLINA Léa, *La prérogative contractuelle*, op. cit., p. 350, n°386.

¹⁸⁷² Sur ce lien entre mise en demeure et inexécution : DESHAYES Olivier, GENICON Thomas et LAITHIER Yves-Marie, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : commentaire article par article*, op. cit., p. 845 ; GRIMONPREZ Benoît, *De l'exigibilité en droit des contrats*, LGDJ / Université de Poitiers, 2006, p. 196, n°189.

¹⁸⁷³ V. *supra* n°201.

¹⁸⁷⁴ V. toutefois, dans le cas particulier de l'interprétation d'une clause de juridiction : *infra* n°513 et s.

¹⁸⁷⁵ Rappelons que celui-ci dispose que « le créancier d'une obligation peut, après mise en demeure, en poursuivre l'exécution en nature sauf si cette exécution est impossible ou s'il existe une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur de bonne foi et son intérêt pour le créancier ». Même si l'hésitation est permise, il semble que le

rationaliser le processus, il est alors possible de prévoir que si le *potentior* est à l'initiative, sa mise en demeure vaut notification écrite préalable en cas de désaccord du sujet passif. À l'inverse, la mise en demeure du sujet passif pourra faire démarrer un délai contractuel dans lequel le *potentior* devra constater le désaccord d'interprétation, étant précisé que s'il ne procède pas à la notification préalable dans ce délai, il sera déchu de sa prérogative¹⁸⁷⁶.

397. Doit ensuite s'en suivre un délai raisonnable laissé au sujet passif pour répondre et soutenir ainsi son interprétation de la stipulation. Le pacte pourra utilement avoir préalablement défini ce délai de réponse. Faut-il aller plus loin et mettre en place une véritable concertation obligatoire ? On a pu vouloir imposer la concertation comme une condition de la procédure d'exercice d'une prérogative contractuelle, particulièrement lorsqu'il s'agit d'une prérogative de sanction¹⁸⁷⁷. L'idée étant que la concertation participe de l'acceptabilité de la décision¹⁸⁷⁸. Le législateur n'a pourtant pas repris cette exigence dans l'ordonnance du 10 février 2016. La réduction de prix de l'article 1223 du Code civil, la mise en œuvre d'une clause résolutoire prévue par l'article 1225 du Code civil ou encore la résolution par voie de notification de l'article 1226 du même code n'en font pas mention. Le fait est que le principe du contradictoire paraît être suffisamment respecté par la notification préalable et le délai laissé pour y répondre. Surtout, l'exigence de motivation imposée au *potentior* dans le cadre de sa notification définitive permettra utilement de contrôler sa bonne foi.

398. Vient en effet, *in fine*, l'exercice à proprement parler du droit exclusif d'interprétation. Concrètement, à réception de la réponse du sujet passif ou à l'expiration du délai accordé pour ce faire, soit le *potentior* estime que la divergence s'est dissipée, soit il prend acte du maintien du désaccord. Il exerce alors sa prérogative d'interprétation par le biais d'une notification définitive. Cette notification a tout intérêt à être écrite. Elle pourra ainsi contenir la motivation de l'interprétation donnée par le *potentior*. La doctrine a à ce propos mis en lumière le rôle crucial de la motivation¹⁸⁷⁹. Elle sert « à convaincre de la rationalité d'une décision générale ou particulière, par la présentation organisée de l'ensemble des considérations qui, selon son auteur, commandent qu'il prenne telle option »¹⁸⁸⁰. Instrument permettant « au destinataire d'accéder à la compréhension - qui n'est pas nécessairement approbation - ; et, de ce fait, échapper à la brutalité de l'arbitraire »¹⁸⁸¹, la motivation a connu

texte impose de ne pas fonder la mise en demeure dans une éventuelle assignation en exécution forcée. V., en ce sens : GRIMONPREZ Benoît, « Mise en demeure », *Rép. civ.*, Dalloz, 2017, n°49, pour qui « l'article 1221 du Code civil distingue nettement l'acte de mise en demeure de l'acte de poursuite de l'exécution en nature, le second ne pouvant avoir lieu que si le premier a été préalablement accompli. Dit autrement, l'action en exécution n'est pas ouverte tant que l'état de demeure n'est pas établi ».

¹⁸⁷⁶ On anticipe alors contractuellement l'hypothèse d'un usage dilatoire de la prérogative d'interprétation par le *potentior* : V. *infra* n°400. Précisons toutefois qu'une telle prévision n'a d'intérêt que si l'engagement est synallagmatique et donc susceptible de donner lieu à une mise en demeure à la fois du *potentior* et du sujet passif.

¹⁸⁷⁷ V. MOLINA Léa, *La prérogative contractuelle*, *op. cit.*, p. 376, n°410 et s.

¹⁸⁷⁸ LOKIEC Pascal, « La décision et le droit privé », *op. cit.*, n°1.

¹⁸⁷⁹ V. not. REVET Thierry, « L'obligation de motiver une décision contractuelle unilatérale, instrument de vérification de la prise en compte de l'intérêt de l'autre partie », *RDC*, 2004, n°2, p. 579 ; FABRE-MAGNAN Muriel, « L'obligation de motivation en droit des contrats », in *Le contrat au début du XXI^e siècle – Études offertes à Jacques Ghestin*, *op. cit.*, p. 301 ; LAGARDE Xavier, « La motivation des actes juridiques », in *La motivation*, Travaux de l'Association Henri Capitant, LGDJ, 2000, p. 73 ; AYNÈS Laurent, « Motivation et justification », *RDC*, 2004, n°2, p. 555 ; HOUTCIEFF Dimitri, « La motivation en droit des contrats », *Rev. dr. Assas*, 2019, n°19, p. 32.

¹⁸⁸⁰ REVET Thierry, « L'obligation de motiver une décision contractuelle unilatérale, instrument de vérification de la prise en compte de l'intérêt de l'autre partie », *op. cit.*, n°1.

¹⁸⁸¹ AYNÈS Laurent, « Motivation et justification », *op. cit.*

un essor logique dans les situations d'unilatéralisme¹⁸⁸². Elle constitue rarement une condition d'exercice de la prérogative contractuelle¹⁸⁸³ mais s'impose plus naturellement comme une exigence postérieure. Les articles 1164 et 1165 du Code civil prévoient ainsi tous deux que la partie qui fixe unilatéralement le prix aura la charge « d'en motiver le montant en cas de contestation ». Dans ces situations la motivation renvoie « à une étape de la contestation, à la charge du *potentior* et sur laquelle le sujet passif peut s'appuyer pour démontrer que l'exercice de la prérogative est fautif »¹⁸⁸⁴. Rapportée à la procédure proposée dans le cadre de la prérogative d'interprétation, la motivation intervient au stade de l'exercice étant donné qu'elle a vocation à être contenue dans la notification définitive. Toutefois, son intérêt s'inscrit bien dans l'optique d'une contestation. En facilitant « le contrôle des motifs par le juge »¹⁸⁸⁵, elle facilite dans le même temps « l'administration de la preuve de l'abus »¹⁸⁸⁶. Le juge pourra apprécier la rationalité du raisonnement tenu et ainsi dire si, oui ou non, la finalité de la prérogative d'interprétation a été respectée. Le *potentior* devra ici s'appuyer sur des motifs « précis, objectifs et par là même vérifiables »¹⁸⁸⁷, même si la doctrine s'est interrogée sur le point de savoir si les motifs avancés cristallisent le débat contentieux ou si le *potentior* a la possibilité d'en invoquer de nouveaux devant le juge¹⁸⁸⁸. Le fait est qu'une interprétation dont la motivation serait lacunaire risque d'être perçue comme artificielle. Le *potentior* pourra difficilement justifier des raisons pour lesquelles il n'a pas exposé dans la notification définitive les mobiles qu'il invoque aujourd'hui. Il aura par exemple tout intérêt à expliquer dès la notification définitive pourquoi il n'a pas retenu les positions exprimées par le sujet passif dans ses observations. C'est pourquoi, en fait tout du moins, l'exigence de motivation concentrera l'appréciation de la loyauté du détenteur de la prérogative d'interprétation.

399. Sanction de l'usage déloyal – La consécration des prérogatives contractuelles n'aboutit nullement à évincer le juge de ce type de mécanismes. Il a et aura « toujours le dernier mot »¹⁸⁸⁹ car c'est bien à lui qu'il revient de dire si le *potentior* a fait un usage loyal de sa prérogative. L'arrêt *Les Maréchaux*¹⁸⁹⁰ lui confère expressément cette mission. La question se pose néanmoins de savoir quelle sanction le juge doit prononcer s'il constate un abus dans l'exercice de la prérogative. La réponse n'est pas donnée dans l'arrêt lui-même mais dans le communiqué de presse de la Cour de cassation qui l'accompagne et qui évoque « la neutralisation de la stipulation mise en œuvre »¹⁸⁹¹. Si la généralité du propos peut paraître innovante, la faculté pour le juge de neutraliser la prérogative contractuelle était déjà bien connue du droit positif. La doctrine en a traditionnellement fait la sanction de principe en

¹⁸⁸² FABRE-MAGNAN Muriel, « L'obligation de motivation en droit des contrats », *op. cit.*, spéc. p. 327, n°23. Sur l'exigence de motivation en matière de prérogative contractuelle : V. MOLINA Léa, *La prérogative contractuelle*, *op. cit.*, p. 361, n°396 et s.

¹⁸⁸³ V., néanmoins, l'article 1226 du Code civil, propre à la prérogative de résolution par notification, qui prévoit en son alinéa 3 que « lorsque l'inexécution persiste, le créancier notifie au débiteur la résolution du contrat et les raisons qui la motivent ».

¹⁸⁸⁴ MOLINA Léa, *La prérogative contractuelle*, *op. cit.*, p. 365, n°399.

¹⁸⁸⁵ LAGARDE Xavier, « La motivation des actes juridiques », *op. cit.*, spéc. p. 78.

¹⁸⁸⁶ HAMELIN Jean-François, « L'exercice des nouveaux pouvoirs unilatéraux du contractant », *op. cit.*, spéc. p. 519.

¹⁸⁸⁷ MOLINA Léa, *La prérogative contractuelle*, *op. cit.*, p. 368, n°403.

¹⁸⁸⁸ *Ibid.*, p. 370, n°404.

¹⁸⁸⁹ MAZEAUD Denis, « La place du juge en droit des contrats », *RDC*, 2016, n°2, p. 353.

¹⁸⁹⁰ Com., 10 juill. 2007, n°06-14.768, préc. V. *supra* n°379.

¹⁸⁹¹ *Rapport annuel de la Cour de cassation*, 2007, p. 436-437.

cas d'abus de prérogative¹⁸⁹² et le communiqué de presse de la Cour de cassation accompagnant l'arrêt *Les Maréchaux* renvoie lui-même à la « jurisprudence désormais classique en matière de clause résolutoire » qui paralyse la clause mise en œuvre de mauvaise foi¹⁸⁹³. Les effets de cette sanction doivent cependant être bien compris. La neutralisation n'est pas une déchéance, ce qui signifie qu'elle « provoque un retour à l'état antérieur à l'exercice qu'on paralyse. Tout se passe alors comme si la prérogative n'avait pas été exercée. Pour autant, elle pourra l'être par la suite sous réserve que ce nouvel usage soit conforme aux conditions d'exercice imposées, ce que la déchéance ne permet pas »¹⁸⁹⁴. Autrement dit, « il ne faut pas exagérer les effets de la neutralisation de l'exercice d'une prérogative. Ils ne portent que sur l'usage ponctuel (*in casu*) qui a été fait de la prérogative. Rien n'interdit donc au créancier, si les circonstances s'y prêtent, d'utiliser de nouveau sa prérogative »¹⁸⁹⁵. Il nous semble toutefois, particulièrement pour une prérogative d'interprétation, qu'une dimension dissuasive doit être ajoutée afin d'inciter le *potentior* à exercer son droit exclusif d'interprétation de manière loyale. On remarquera à ce propos qu'en matière de fixation unilatérale du prix, les articles 1164 et 1165, alinéa 2, du Code civil prévoient tous deux qu'« en cas d'abus dans la fixation du prix, le juge peut être saisi d'une demande tendant à obtenir des dommages et intérêts et le cas échéant la résolution du contrat ». La caractérisation du préjudice en cas d'usage déloyal d'une prérogative d'interprétation paraissant délicate, il sera ici plus sûr de stipuler une clause pénale. En ayant ces éléments à l'esprit, il est possible d'identifier trois types de difficultés dans l'exercice de la prérogative d'interprétation.

- 400.** Dans une première configuration, on peut imaginer que le *potentior* fasse preuve d'inertie et se refuse à exercer sa prérogative. Il y a là un risque de blocage car nous avons vu que c'est à lui qu'il revenait en tant que titulaire du droit exclusif d'interprétation d'en déclencher l'exercice par une notification préalable¹⁸⁹⁶. La Professeure Léa Molina propose dans cette situation un déplacement de la titularité de la prérogative pour remédier au blocage, à l'image de ce que l'article 1307-1, alinéa 2, du Code civil prévoit en matière d'obligation alternative¹⁸⁹⁷, le *potentior* devenant sujet passif et inversement¹⁸⁹⁸. Sauf à ce que les parties l'aient expressément prévu, un tel transfert nous semble néanmoins difficile à mettre en œuvre. En pratique, le sujet passif qui fait face à l'inertie du *potentior* peut saisir le juge pour contraindre le *potentior* à exercer son choix. Mais, à notre sens, il peut surtout saisir le juge pour obtenir l'exécution forcée de l'engagement concerné. En effet, la perte du droit d'agir qu'entraîne la prérogative d'interprétation n'a vocation à s'appliquer que dans l'hypothèse d'une discussion interprétative sur l'engagement concerné¹⁸⁹⁹. Si le *potentior* ne réagit pas aux mises en demeure du sujet passif alors il faut simplement considérer qu'il n'y a pas discussion. Dans cette perspective, il est d'ailleurs recommandé d'envisager cette hypothèse dans le pacte en enserrant chaque étape dans un délai contractuel dont l'inobservation emporte déchéance du droit d'interprétation¹⁹⁰⁰. Que faire si rien n'a été prévu et que le titulaire du droit d'interpréter se réveille tardivement devant

¹⁸⁹² V. STOFFEL-MUNCK Philippe, *L'Abus dans le contrat : essai d'une théorie*, op. cit., p. 578, n°790 et s.

¹⁸⁹³ V. not. pour des illustrations récentes : 3e civ., 1 févr. 2018, n°16-28.684 ; 3e civ., 25 oct. 2018, n°17-17.384.

¹⁸⁹⁴ MOLINA Léa, *La prérogative contractuelle*, op. cit., p. 396, n°434.

¹⁸⁹⁵ DESHAYES Olivier, « Les sanctions de l'usage déloyal des prérogatives contractuelles », *RDC*, 2011, n°2, p. 726, §18.

¹⁸⁹⁶ V. *supra* n°396.

¹⁸⁹⁷ Ce dernier dispose en effet que « si le choix n'est pas exercé dans le temps convenu ou dans un délai raisonnable, l'autre partie peut, après mise en demeure, exercer ce choix ou résoudre le contrat ».

¹⁸⁹⁸ MOLINA Léa, *La prérogative contractuelle*, op. cit., p. 263, n°309 et p. 428, n°469.

¹⁸⁹⁹ Sur cette perte du droit d'agir : V. *supra* n°361.

¹⁹⁰⁰ V., pour la notification écrite préalable : *supra* n°396.

le juge et invoque sa prérogative par voie d'exception ? Cet usage dilatoire de la prérogative d'interprétation constitue à n'en pas douter un usage déloyal qui prive la prérogative de son efficacité. Pour ne pas encourager ce type de comportement, le juge devrait ici décider seul s'il doit faire droit ou non à la demande d'exécution forcée du sujet passif, la neutralisation du droit d'interpréter se rapprochant dans ces circonstances particulières d'une déchéance. D'une certaine façon, en renonçant à la technique de traitement que constitue le droit exclusif d'interprétation, le *potentior* laisse le risque contentieux correspondant se matérialiser.

401. Plus classique est le cas où la procédure se déroule normalement et où le sujet passif à réception de la notification définitive décide de saisir le juge afin de se prévaloir d'un usage déloyal de la prérogative. S'il obtient gain de cause, la sanction est, nous l'avons vu, la neutralisation de la prérogative ce qui conduit à priver d'effet l'interprétation donnée par le *potentior*¹⁹⁰¹. Pratiquement, cela signifie que le *potentior* retrouve son droit d'interpréter qu'il pourra exercer de nouveau, cette fois-ci de bonne foi. La solution peut paraître choquante car le sujet passif qui a fait reconnaître une première fois l'usage déloyal de la prérogative d'interprétation par le *potentior* peut légitimement douter de ce que ce dernier se révélera loyal lors du second exercice. C'est pourtant bien le sens qu'il faut donner à la neutralisation en droit positif¹⁹⁰². Les articles 1164 et 1165 du Code civil sont parlants à cet égard car, même en cas d'abus reconnu dans la fixation du prix, il n'est pas prévu que le créancier perde sa prérogative de fixation au profit du juge. Si la doctrine a pu se prononcer en faveur de cette sorte de réfaction judiciaire de l'exercice illicite de la prérogative¹⁹⁰³, il ressort des textes que le juge peut uniquement être saisi en cas d'abus dans la fixation du prix « d'une demande tendant à obtenir des dommages et intérêts et le cas échéant la résolution du contrat »¹⁹⁰⁴. Certes, il est tentant de voir dans le recours à la responsabilité civile une révision déguisée du prix par le juge¹⁹⁰⁵, mais la différence de nature entre les deux techniques demeure¹⁹⁰⁶. Et, à y regarder de plus près, il n'est pas certain que la solution soit si défavorable au sujet passif. En effet, il est fort à parier que le *potentior*, après avoir été sanctionné par le juge, y réfléchira à deux fois avant de reproduire une interprétation trop proche de la première – et, avec elle, l'usage déloyal précédemment caractérisé.

402. Le dernier cas de figure n'a que l'apparence d'une difficulté. Il s'agit de l'éventualité dans laquelle le sujet passif se montrerait résistant à l'interprétation du *potentior* et refuserait donc d'en prendre acte sans pour autant la contester en justice sur le terrain de la bonne foi. Pour appréhender cette situation, il faut se souvenir de la nature juridique des prérogatives contractuelles. Ces dernières sont à ranger dans la catégorie des droits potestatifs et ont donc pour effet la mise en place d'un lien de sujétion et non d'obligation¹⁹⁰⁷. La conséquence est directe car « si l'on admet que les prérogatives sont, par définition, un pouvoir d'imposer sa volonté à l'autre, un pouvoir de dire ce qui doit être, alors la question de la sanction destinée à les faire respecter... ne se pose pas. Tout simplement parce que leur destinataire n'a rien à faire : il subit. La prérogative donne

¹⁹⁰¹ V. *supra* n°399.

¹⁹⁰² V. *supra* n°399.

¹⁹⁰³ V. MOLINA Léa, *La prérogative contractuelle*, *op. cit.*, p. 426, n°468 ; AUBERT DE VINCELLES Carole, « Pour une généralisation, encadrée, de l'abus dans la fixation du prix », *op. cit.*

¹⁹⁰⁴ C. civ., art. 1164, al. 2 et 1165, al. 2.

¹⁹⁰⁵ AUBERT DE VINCELLES Carole, « Pour une généralisation, encadrée, de l'abus dans la fixation du prix », *op. cit.*, n°26.

¹⁹⁰⁶ MOLINA Léa, *La prérogative contractuelle*, *op. cit.*, p. 427, n°468.

¹⁹⁰⁷ V. *supra* n°120.

naissance à un lien de sujétion et non d'obligation »¹⁹⁰⁸. En demande, le *potentior* peut donc se prévaloir de sa décision interprétative de la même manière qu'il pourrait se prévaloir d'un prix fixé unilatéralement ou d'une option levée dans le cadre d'une promesse unilatérale d'achat ou de vente¹⁹⁰⁹. En défense, il pourra opposer son interprétation au sujet passif. Si ce dernier agit en exécution forcée, le juge vérifiera que l'interprétation donnée par le *potentior* est incompatible avec la demande du sujet passif. Et si ce dernier invoque une autre interprétation de l'engagement concerné par la prérogative d'interprétation, une fin de non-recevoir lui sera opposée au nom de la renonciation qu'emporte l'octroi du droit d'interpréter au *potentior*¹⁹¹⁰.

403. Le recours au modèle de la renonciation suppose donc, pour traiter le risque contentieux relatif à l'interprétation d'une norme contractuelle, d'octroyer à l'un des contractants une prérogative contractuelle d'interprétation. L'étude de cette dernière permet de conclure à sa validité en droit positif tout en réservant un nécessaire contrôle de l'exercice de la prérogative par le juge dans l'hypothèse où un usage déloyal serait invoqué. Pour réceptionner complètement le modèle de la renonciation, reste désormais à aborder le cas des normes légales et jurisprudentielles.

B. Le cas des normes légales et jurisprudentielles

404. Se poser la question de la réception du modèle de la renonciation lorsque celle-ci porte sur une norme légale ou jurisprudentielle nécessite tout d'abord de se souvenir de l'objet du procédé. Rappelons en effet que les parties vont ici chercher à neutraliser le risque contentieux correspondant en excluant la norme concernée d'une discussion potentielle¹⁹¹¹. Ce sont donc des conditions dans lesquelles la renonciation peut prendre la forme d'une exclusion de la norme en cause qu'il faut ici discuter. Celles-ci ne s'appréhendent pas tout à fait de la même manière selon que l'on évoque l'exclusion d'une norme légale (1), ou l'exclusion d'une norme jurisprudentielle (2).

1) L'exclusion d'une norme légale

405. Renonciation anticipée à la norme – Exclure une norme d'un débat contentieux a un sens technique bien précis. Il s'agit ici pour l'une ou l'autre des parties, ou pour les deux ensemble, de renoncer à invoquer la norme en question. La compétence contentieuse est alors abdiquée par la ou les parties concernées qui renoncent par avance à agir en justice sur le fondement de la disposition visée¹⁹¹². Le droit de la renonciation renseigne sur les conditions auxquelles ce type d'exclusion est envisageable. En premier lieu, la désactivation anticipée d'une norme régissant la validité d'une stipulation contractuelle est prohibée car elle constitue une confirmation par avance contrevenant à l'article 1182, alinéa 2, du Code civil¹⁹¹³. Au-delà, le principe est simple et s'articule en trois propositions : (i) la renonciation anticipée à un droit est possible, (ii) la renonciation aux effets acquis d'une règle d'ordre public est également permise¹⁹¹⁴ mais (iii) la renonciation par avance à une disposition

¹⁹⁰⁸ DESHAYES Olivier, « Les sanctions de l'usage déloyal des prérogatives contractuelles », *op. cit.*, §4, note 12.

¹⁹⁰⁹ Il lui sera d'ailleurs loisible d'indiquer dans sa notification définitive que celle-ci vaut mise en demeure de s'exécuter conformément à l'interprétation donnée.

¹⁹¹⁰ V. *supra* n°361.

¹⁹¹¹ V. *supra*, n°371 et s.

¹⁹¹² V. *supra* n°361.

¹⁹¹³ V. *supra* n°331.

¹⁹¹⁴ V. 3e civ., 30 mars 2017, n°16-13.914, *Bull. civ.*, 2017, III, n°45 ; *RLDA*, 2017, n° 127, 12, note *RLDA* ; *JCP E*, 2017, n° 24, 45, note SAINTURAT ; *GPL*, 2017, n° 26, 62, note BRAULT ; *AJDI*, 2017, n° 9, 588, note

d'ordre public est interdite¹⁹¹⁵. Or, nous venons de dire que l'exclusion contractuelle d'une norme correspondait bien à une renonciation anticipée. La validité du mécanisme dépend donc du fait de savoir si oui ou non la norme exclue est d'ordre public. Cette règle ne surprend d'ailleurs pas car elle constitue le simple relais des articles 6, 1102, alinéa 2, et 1162 du Code civil. Le premier disposant qu'« on ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs », le second que « la liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public » et le dernier que « le contrat ne peut déroger à l'ordre public ni par ses stipulations, ni par son but, que ce dernier ait été connu ou non par toutes les parties ». Notons que ces développements obligent à rapprocher l'hypothèse d'une dérogation à la norme de celle d'une renonciation. Pourtant, en bonne logique juridique, la renonciation pose normalement une question de libre disponibilité des droits¹⁹¹⁶ et non de conflit de normes¹⁹¹⁷. La renonciation porte ainsi en principe sur le droit subjectif là où la dérogation intervient sur le droit objectif. Néanmoins, la doctrine a montré que dans le cas d'une renonciation anticipée à la norme, c'est bien le droit objectif qui s'en trouve affecté car la norme est exclue du champ contractuel. Cette exclusion est matérialisée par la perte du droit d'agir¹⁹¹⁸. Ainsi, « lorsqu'une telle renonciation a lieu, la règle évincée ne garantit plus l'existence d'une voie de droit pour le justiciable. Si les événements à l'origine de son droit surviennent, ils ne produiront aucun effet. La règle aura été déjouée, c'est-à-dire que la relation de cause à effet virtuelle qu'elle instaure aura été rompue. Le mécanisme de la renonciation anticipée se rapproche alors sérieusement du mécanisme de la dérogation »¹⁹¹⁹. Il n'y a donc aucune difficulté à recourir au critère du caractère d'ordre public de la norme pour apprécier la validité de la renonciation anticipée à cette dernière.

406. Notion d'ordre public – Aboutir à la notion d'ordre public comme condition de l'exclusion d'une norme légale fait craindre que cette technique de traitement du risque contentieux soit peu opérationnelle. En effet, il est presque devenu « banal de faire état des difficultés attachées à toute définition de ce concept »¹⁹²⁰. Insaisissable¹⁹²¹, l'ordre public est surtout relatif. Ainsi, « l'ordre public est une notion relative dans le temps et dans l'espace. Déclarer, par exemple, que les “ principes fondamentaux », dont on use et on abuse à notre époque, seraient “ d'ordre public ” ne présente pas d'intérêt faute de définir ces fameux “ principes fondamentaux ” dont on sait bien qu'ils évoluent considérablement. C'est donc, en droit positif, ce qui, de ces principes supérieurs, est expressément ou implicitement déclaré d'ordre public qui accède à la définition »¹⁹²². C'est alors en premier chef « l'essence d'une

PLANCKEEL et ANTONIUTTI ; *LPA*, 2017, n° 166, 12, note BATTISTINI ; *D.*, 2017, 1572, chron. DUMONT-LEFRAND ; *Defrénois*, 2017, n° 27, 28, note RUET.

¹⁹¹⁵ 2^e civ., 25 mars 1991, n°89-21.181, *Bull. civ.*, 1991, II, n°102 ; 3^e civ., 3 nov. 2011, n°10-26.203, préc. V. HOUTCIEFF Dimitri, « Renonciation », *op. cit.*, n°44.

¹⁹¹⁶ Sur la notion de libre disponibilité des droits : V. *infra* n°428 et s.

¹⁹¹⁷ V. TOUCHAIS Maxime, *La règle impérative : contribution à l'étude de la dérogation conventionnelle aux lois*, LGDJ, 2023, p. 156, n°138.

¹⁹¹⁸ V. *supra* n°361.

¹⁹¹⁹ TOUCHAIS Maxime, *La règle impérative : contribution à l'étude de la dérogation conventionnelle aux lois*, *op. cit.*, p. 154, n°136.

¹⁹²⁰ DEUMIER Pascale et REVET Thierry, « Ordre public », in *Dictionnaire de la culture juridique*, *op. cit.*, p. 1119.

¹⁹²¹ DROUILLER Camille, *Ordre public et droits fondamentaux : contribution à l'étude de la fondamentalisation du droit privé interne*, IFJD / LGDJ, 2021, p. 10, n°3 et s. Philippe Malaurie recensait déjà dans sa thèse plus de vingt définitions de l'ordre public : V. MALAURIE Philippe, *L'ordre public et le contrat : étude de droit civil comparé, France, Angleterre, U.R.S.S.*, Éd. Matot-Braine, 1953.

¹⁹²² LEMOULAND Jean-Jacques, PIETTE Gaël et HAUSER Jean, « Ordre public et bonnes mœurs », *Rép. civ.*, Dalloz, 2019, n°1.

société – si ce n'est d'une civilisation – qui est en cause »¹⁹²³ et donc un rapprochement entre ordre public et intérêt général qui s'opère. Toutefois, ce lien, même mouvant, entre ordre public et une forme de fondamentalisation a montré ses limites face au modernisme. Chacun sait que l'époque contemporaine fait de l'ordre public un ordre public interventionniste qui intègre la protection des intérêts privés. S'opposent alors un ordre public de protection¹⁹²⁴ qui « n'a d'autre but que de protéger, dans divers contrats, la partie économiquement la plus faible »¹⁹²⁵ et un ordre public de direction qui « se propose de concourir à une certaine direction – plus mollement dit, *orientation* – de l'économie nationale, en éliminant des contrats privés tout ce qui pourrait la contrarier »¹⁹²⁶. La différence de régime que cette distinction entraîne en matière de nullités est bien connue dans la mesure où la nullité est dite absolue lorsque la règle violée a pour objet la sauvegarde d'un intérêt général¹⁹²⁷ et relative lorsque la règle violée a pour seul objet la sauvegarde d'un intérêt privé¹⁹²⁸. La première pouvant être demandée par toute personne justifiant d'un intérêt¹⁹²⁹, la seconde uniquement par la partie que la loi entend protéger¹⁹³⁰. Bien que parfois difficile à réaliser¹⁹³¹, ce départ entre ordre public de direction et ordre public de protection a le mérite de rappeler que, derrière la notion d'ordre public, c'est avant tout des éléments de régime que l'on espère trouver. Or, comme nous l'avons vu, l'ordre public que le rédacteur d'actes rencontre est celui de l'article 6 du Code civil qui vient directement limiter sa liberté contractuelle au nom du concept susvisé¹⁹³². Doit-il alors, lorsqu'il désire exclure une norme de la convention qu'il élabore, se demander si elle relève du champ fondamental auquel sont supposées appartenir les règles d'ordre public ? La réponse est assurément négative. Le contractant cherche ici uniquement à déterminer si la norme en question s'impose à lui ou non. En d'autres termes, il cherche à savoir si elle est impérative ou supplétive. Ce dernier constat conduit à dissocier la problématique de l'ordre public de celle de l'impérativité.

407. Ordre public et impérativité – Le caractère quelque peu évanescent de l'ordre public explique certainement que l'on ait cherché à tracer une frontière plus nette entre ce qui ressort de l'ordre public et ce qui a un caractère impératif. Le postulat est simple et suppose « de constater que le législateur de notre époque, quand il qualifie un texte d'ordre public, le fait moins en fonction d'un contenu, qu'ainsi il contribuerait à sacraliser, qu'en fonction d'un but à atteindre, et on entre alors dans une confusion possible entre ordre public et caractère impératif »¹⁹³³. Autrement dit, lorsqu'une norme est impérative, il n'est pas dit qu'elle le soit nécessairement pour assurer la garde de valeurs jugées essentielles. On en vient alors à admettre que « si tout texte d'ordre public est forcément impératif – c'est-à-dire qu'on ne saurait y déroger – la réciproque n'est pas vraie, sauf à retenir une analyse purement

¹⁹²³ TERRÉ François, « Rapport introductif », in *L'ordre public à la fin du XXe siècle*, Dalloz, 1996, p. 3, spéc. p. 4.

¹⁹²⁴ V. EMY Philippe, « La renonciation à un droit d'ordre public de protection », in *Le droit de l'entreprise d'un siècle à l'autre – Études en l'honneur du Professeur Bernard Saintourens*, op. cit., p. 87.

¹⁹²⁵ CARBONNIER Jean, *Droit civil. 4. Les obligations*, op. cit., p. 147, n°71.

¹⁹²⁶ *Ibid.*, p. 148, n°71.

¹⁹²⁷ C. civ., art. 1179, al. 1^{er}.

¹⁹²⁸ C. civ., art. 1179, al. 2. V. GHESTIN Jacques, LOISEAU Grégoire et SERINET Yves-Marie, *La formation du contrat*, t. 2, *L'objet et la cause, les nullités*, LGDJ, 4^e éd., 2013, p. 868, n°2165 et s.

¹⁹²⁹ C. civ., art. 1180, al. 1^{er}. Elle n'est en outre pas susceptible de confirmation (al. 2).

¹⁹³⁰ C. civ., art. 1181, al. 1^{er}. Cette nullité peut être couverte par confirmation (al. 2).

¹⁹³¹ V. GHESTIN Jacques, LOISEAU Grégoire et SERINET Yves-Marie, *La formation du contrat*, t. I, *Le contrat – le consentement*, op. cit., p. 460, n°626 et s. *Adde*, HERVIEU Merryll, « Ordre public économique de direction, ordre public de protection : l'avenir de la distinction », in *Au-delà des codes – Mélanges en l'honneur de Marie-Stéphane Payet*, Dalloz, 2012, p. 317.

¹⁹³² V. *supra* n°405.

¹⁹³³ LEMOULAND Jean-Jacques, PIETTE Gaël et HAUSER Jean, « Ordre public et bonnes mœurs », op. cit., n°5.

positiviste. Nombre de textes impératifs, dans une ère où l'État-providence s'occupe de tout, ne sauraient traduire véritablement, au moins directement, un intérêt général fondamental à moins qu'on ne soutienne que, le législateur ne pouvant intervenir que dans l'intérêt public, un texte, dès lors qu'il est impératif, traduirait forcément l'intérêt général »¹⁹³⁴. Consciente de ce que l'impérativité d'une norme ne saurait automatiquement traduire la prise en compte de l'intérêt général par l'autorité qui l'a édictée, la doctrine a logiquement fait de l'ordre public une sous-catégorie de l'impératif et a mis en lumière le fait qu'ordre public et impérativité n'étaient pas à placer sur le même plan¹⁹³⁵. Le Professeur Pierre Mayer résume parfaitement le propos de la manière suivante : « En réalité, les deux notions, même si elles entretiennent entre elles des liens évidents, ne se situent pas sur le même plan. L'impérativité d'une règle est un élément de son *régime* : elle signifie que l'on ne peut déroger à cette règle, contrairement aux règles supplétives. Dire en revanche qu'une règle, ou un principe, est d'ordre public, signifie que cette règle ou ce principe est inspiré par des considérations d'intérêt général. Cette idée d'intérêt général est celle par laquelle Planiol définissait l'ordre public. C'est une notion relative *au fond* »¹⁹³⁶. D'une manière très concrète, si l'on ramène ces raisonnements à la problématique de la réception du modèle de la renonciation, cela signifie que lorsque l'on énonce que l'exclusion anticipée d'une norme est interdite si cette norme est d'ordre public, on veut en réalité dire que l'exclusion anticipée de cette norme est interdite si cette dernière est impérative¹⁹³⁷. Faire apparaître les conditions de l'exclusion d'une norme légale implique alors de faire apparaître les critères de l'impérativité.

408. Critères de l'impérativité – Aborder la question des critères de l'impérativité suppose de lever une difficulté préalable. En effet, il n'est pas rare que l'on s'interroge sur le caractère impératif ou supplétif d'une règle de droit¹⁹³⁸. Ces interrogations ne surprennent pas car elles s'inscrivent dans la conception dite classique et largement enseignée de la distinction entre les règles impératives et les règles supplétives. Cette dernière s'articule autour de trois principes bien connus :

- « – 1) Les règles impératives se définissent comme les règles auxquelles il est interdit de déroger par convention ; elles sont applicables nonobstant toute clause contraire.
- 2) Les règles supplétives se définissent comme les règles auxquelles il est permis de déroger par convention ; elles sont applicables à défaut de clause contraire.
- 3) Toutes les règles de droit sont soit impératives soit supplétives ; autrement dit, la distinction des règles impératives et des règles supplétives constitue une *summa divisio* des règles de droit »¹⁹³⁹.

Ces axiomes ont pourtant paru manquer de pertinence à certains auteurs¹⁹⁴⁰. Plusieurs éléments de relativisation sont ici avancés. On a d'abord fait remarquer que l'impérativité

¹⁹³⁴ *Ibid.*

¹⁹³⁵ *Ibid.*, n°22.

¹⁹³⁶ MAYER Pierre, « Rapport introductif », in *L'impérativité en droit international des affaires : questions d'actualité*, Société de législation comparée, 2020, p. 7, spéc. p. 9.

¹⁹³⁷ V., TOUCHAIS Maxime, *La règle impérative : contribution à l'étude de la dérogation conventionnelle aux lois*, op. cit., p. 25, n°3, pour qui il y a l'ordre public, « objet intellectuel distinct des règles de droit » (note 26), et les « lois d'ordre public, que l'on peut assimiler aux règles impératives ».

¹⁹³⁸ V., not., à propos de la réforme du droit des obligations : PÈRES Cécile, « Règles impératives et supplétives dans le nouveau droit des contrats », op. cit.

¹⁹³⁹ TOUCHAIS Maxime, *La règle impérative : contribution à l'étude de la dérogation conventionnelle aux lois*, op. cit., p. 27, n°4.

¹⁹⁴⁰ V. *Ibid.*, p. 34, n°14 et s.

d'une règle ne la rendait pas forcément indiscutable. Le droit du travail offre ici des exemples de règles *a priori* d'ordre public et ouvrant pourtant la porte à des aménagements par voie d'accord collectif. Il faudrait ainsi distinguer dans ces matières l'« ordre public relatif » de l'« ordre public absolu »¹⁹⁴¹. On se souvient également de la jurisprudence « Larzul » dans laquelle la Cour de cassation faisait référence de manière troublante aux « cas dans lesquels il a été fait usage de la faculté, ouverte par une disposition impérative, d'aménager conventionnellement la règle posée par celle-ci »¹⁹⁴². Du côté de la règle supplétive ensuite, on note qu'elle ne permet pas nécessairement toutes les stipulations contraires. Ainsi par exemple de l'article 48 du Code de procédure civile qui répute non écrite la clause dérogeant aux règles de compétence territoriale « à moins qu'elle n'ait été convenue entre des personnes ayant toutes contracté en qualité de commerçant et qu'elle n'ait été spécifiée de façon très apparente dans l'engagement de la partie à qui elle est opposée ». Il y aurait donc une forme de discordance entre le concept de dérogation et celui de supplétivité¹⁹⁴³. Enfin, l'absolutisme de la distinction entre règle impérative et supplétive

¹⁹⁴¹ V. *Rapport annuel de la Cour de cassation*, 2013, p. 196 ; TOUCHAIS Maxime, *La règle impérative : contribution à l'étude de la dérogation conventionnelle aux lois*, op. cit., p. 348, n°341 et s.

¹⁹⁴² Com., 18 mai 2010, n°09-14.855, *Bull. civ.*, 2010, IV, n° 93 ; *JCP E*, 2010, n° 23, 26, note COURET et DONDERO ; *RTD civ.*, 2010, 553, note FAGES ; *Dr. sociétés*, 2010, n° 8-9, 10, note COQUELET ; *Rev. sociétés*, 2010, 374, note LE CANNU ; *Dr. et patr.*, 2011, n° 203, 84, note PORACCHIA. Il s'agissait des seuls cas dans lesquels la violation d'une disposition statutaire pouvait être sanctionnée par la nullité. La règle avait été dans un premier temps étendue aux SAS (Com., 26 avr. 2017, n°14-13.554, *Dr. sociétés*, 2017, n° 8-9, 19, note COUPET ; *Rev. sociétés*, 2017, 422, note SCHMIDT ; *Dr. et patr.*, 2018, n° 284, 50, note PORACCHIA) avant que la Cour ne décide finalement « que l'alinéa 4 de l'article L. 227-9 du code de commerce, institué afin de compléter, pour les sociétés par actions simplifiées, le régime de droit commun des nullités des actes ou délibérations des sociétés, tel qu'il résulte de l'article L. 235-1, alinéa 2, du code de commerce, doit être lu comme visant les décisions prises en violation de clauses statutaires stipulées en application du premier alinéa et permettant, lorsque cette violation est de nature à influencer sur le résultat du processus de décision, à tout intéressé d'en poursuivre l'annulation » (Com., 15 mars 2023, n°21-18.324, *Publié au Bulletin* ; *GPL*, 2023, n° 11, 28, note BERLAUD et n° 21, 69, note GALLOIS-COCHET ; *JCP E*, 2023, n° 42, 22, note PAGNUCCO et n° 13, 22, note DONDERO ; *RDC*, 2023, n° 3, 48, note CAFFIN-MOI ; *RTDF*, 2023, n° 3, 89, note PORACCHIA ; *Rev. sociétés*, 2023, 377, note GODON ; *Dr. sociétés*, 2023, n° 6, 18, note HAMELIN ; *JCP G*, 2023, n° 21, 1013, note REYGROBELLET ; *BJS*, 2023, n° 5, 13, note LE NABASQUE ; *D.*, 2023, 671, note COURET ; *Lexbase aff.*, 2023, n° 752, note SAINTOURENS ; *RTD com.*, 2023, 381, note LECOURT et 391, note MOURY). Cet état du droit positif est profondément bouleversé par l'ordonnance n° 2025-229 du 12 mars 2025 portant réforme du régime des nullités en droit des sociétés qui ajoute, à compter du 1^{er} octobre 2025, un alinéa 4 à l'article 1844-10 en application duquel, « sauf si la loi en dispose autrement, la violation des statuts ne constitue pas une cause de nullité ». Certes, en SAS, un nouvel article L. 227-20-1 du Code de commerce autorise à ce que les statuts prévoient « la nullité des décisions sociales prises en violation des règles qu'ils ont établie », mais cette nullité devra selon ce même article être « mise en œuvre dans les conditions prévues par les articles 1844-10-1 à 1844-17 du code civil ». De sorte que la nullité statutaire sera ici soumise au triple test de l'article 1844-12-1 du Code civil qui ne permet de prononcer la nullité des décisions sociales que si « 1° Le demandeur justifie d'un grief résultant d'une atteinte à l'intérêt protégé par la règle dont la violation est invoquée ; 2° L'irrégularité a eu une influence sur le sens de la décision ; 3° Les conséquences de la nullité pour l'intérêt social ne sont pas excessives, au jour de la décision la prononçant, au regard de l'atteinte à l'intérêt dont la protection est invoquée ». Pour une analyse de la réforme : V. not. SAVATIER Louis-Marie, « La réforme des nullités en droit des sociétés : un pas de trop en avant ? », *GPL*, 2025, n°17, p. 13 ; GRANOTIER Julien, « Réforme des nullités et SAS : donner, c'est donner ! », *Dr. sociétés*, 2025, n°5, p. 1 ; MORTIER Renaud, « L'ordonnance n° 2025-229 du 12 mars 2025 portant réforme du régime des nullités en droit des sociétés », *JCP N*, 2025, n°15, 1074 ; DONDERO Bruno, « L'ordonnance réformant les nullités en droit des sociétés », *JCP E*, 2025, n°16, 1114 ; COUPET Caroline et DRUMMOND France, « L'ordonnance Nullités : une réforme radicale », *BJS*, 2025, n° 5, p. 29 ; Dossier, « L'ordonnance portant réforme des nullités en droit des sociétés : un texte de rupture ? », *Rev. sociétés*, 2025, p. 307 et s. ; LE NABASQUE Hervé [dir.], dossier « La réforme des nullités en droit des sociétés », *BJS*, 2025, n° 7-8, p. 26 et s. ; LECOURT Arnaud, « Réforme des nullités en droit des sociétés : plus de sécurité juridique, vraiment ? », *RTD com.*, 2025, p. 415 ; MORTIER Renaud, GUÉGAN Elsa et BOL Sabrina, dossier « Ordonnance du 12 mars 2025 portant réforme du régime des nullités en droit des sociétés », *Dr. sociétés*, 2025, n° 7, p. 15 et s.

¹⁹⁴³ PÈRÈS Cécile, *La règle supplétive*, LGDJ, 2004, p. 298, n°329.

serait à mesurer car toutes les règles de droit ne s'adressent pas à la volonté privée¹⁹⁴⁴. Toutefois, si l'on peut admettre que ces objections montrent que la conception classique de ce qu'est une règle impérative et de ce qu'est une règle supplétive n'est pas en tout point indiscutable, il est permis de considérer que celle-ci reste opérationnelle sous l'angle de la renonciation. Tout simplement car cette dernière ne cherche pas à aménager une norme mais bel et bien à l'exclure¹⁹⁴⁵. Or, il n'y a aucun doute en droit positif sur le fait que supprimer par avance une norme d'un débat contentieux n'est possible que si la norme concernée n'est pas d'ordre public, autrement dit si elle n'est pas impérative¹⁹⁴⁶.

409. Reste que, même en entendant l'impérativité au sens classique du terme, la mise au jour des critères permettant de la caractériser demeure périlleuse, tant « l'identification de critères objectifs permettant de qualifier une règle d'impérative ou de supplétive semble une entreprise vaine, voire une entreprise diabolique »¹⁹⁴⁷. Le fait est que l'approche proposée par l'article 6 du Code civil et supposant de rattacher la règle analysée à l'ordre public pour en déduire son impérativité paraît peu fonctionnelle. D'une part, l'élaboration d'une méthode sûre d'identification des valeurs composant l'ordre public semble par construction impossible en raison du flou entourant la notion elle-même¹⁹⁴⁸. Et d'autre part, à supposer que l'on y parvienne, il faudrait alors s'atteler à une autre tâche non moins difficile impliquant de déterminer si une norme donnée défend ou non les valeurs d'ordre public préalablement identifiées. Ainsi, « à l'incertitude relative au contenu de l'ordre public s'ajouterait celle relative à sa manifestation concrète au sein des règles de droit »¹⁹⁴⁹. Une autre méthode qui inférerait l'impérativité de la règle de sa participation à la cohérence juridique et à l'efficacité d'un système n'offre pas davantage de garanties quant à la prévisibilité de la qualification¹⁹⁵⁰. Finalement, on ne peut affirmer sereinement le caractère impératif ou supplétif d'un texte qu'en présence d'une qualification explicite en ce sens du législateur ou de la jurisprudence¹⁹⁵¹. Courantes sont en effet les dispositions qui réputent non écrites ou nulles « toute clause contraire »¹⁹⁵² ou celles qui précisent que la règle est applicable « sauf clause contraire »¹⁹⁵³. Sorti de ces configurations dans lesquelles la problématique a été formellement résolue, il arrive que l'on puisse espérer se rattacher à

¹⁹⁴⁴ TOUCHAIS Maxime, *La règle impérative : contribution à l'étude de la dérogation conventionnelle aux lois*, op. cit., p. 36, n°14. L'auteur fait notamment remarquer qu'on ne saurait imaginer « qu'un contentieux achoppe sur la question d'une dérogation conventionnelle aux règles constitutionnelles fixant les prérogatives du président de la République » (loc. cit.).

¹⁹⁴⁵ V. *infra* n°434.

¹⁹⁴⁶ 3e civ., 3 nov. 2011, n°10-26.203, préc. V. *supra* n°405.

¹⁹⁴⁷ TOUCHAIS Maxime, *La règle impérative : contribution à l'étude de la dérogation conventionnelle aux lois*, op. cit., p. 415, n°409.

¹⁹⁴⁸ V. MEKKI Mustapha, *L'intérêt général et le contrat : contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, LGDJ, 2004, p. 199, n°315. V. *supra* n°406.

¹⁹⁴⁹ TOUCHAIS Maxime, *La règle impérative : contribution à l'étude de la dérogation conventionnelle aux lois*, op. cit., p. 419, n°413.

¹⁹⁵⁰ V. *Ibid.*, p. 421, n°416 et s. L'auteur prend notamment l'exemple des procédures collectives que l'on verrait mal « fonctionner si les règles instituées étaient susceptibles de dérogation conventionnelle » (p. 421, n°417). Mais il reconnaît lui-même quelques lignes plus loin que cette démarche ne permet pas d'aboutir à « un critère général et opérationnel » (p. 422, n°418).

¹⁹⁵¹ Sur cette possible déclaration par le juge du caractère d'ordre public d'un texte qui serait pourtant muet sur la question : V. LEMOULAND Jean-Jacques, PIETTE Gaël et HAUSER Jean, « Ordre public et bonnes mœurs », op. cit., n°27 et s. Pour un exemple d'une telle proclamation à propos de l'article L. 145-46-1 relatif aux droits du preneur à bail commercial en cas de vente du local : V. 3e civ., 28 juin 2018, n°17-14.605, *Bull. civ.*, 2018, III, n°76 ; *RTD civ.*, 2018, 875, note BARBIER ; *JCP E*, 2019, n°14, 45, note KENDERIAN ; *JCP N*, 2019, n°20, 38 et n°21, 57, notes PIÉDELIEVRE et MEKKI ; *GPL*, 2018, n°40, 61, note BARBIER.

¹⁹⁵² V. not. C. civ., art. 479, al. 1^{er} ; C. civ., art. 1343-5, al. 5 ; C. civ., art. 1831-5.

¹⁹⁵³ V. par ex. C. civ., art. 1216-1, al. 2 ; C. civ., art. 1324, al. 3 ; C. civ., art. 1327-2.

une qualification par défaut¹⁹⁵⁴. C'est généralement ce qui est avancé à propos des règles issues de la réforme du droit des contrats dans la mesure où le rapport remis au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations énonce que « dans la tradition du Code civil, l'ordonnance n'affirme pas expressément dans un article spécifique le caractère supplétif de volonté de ses dispositions. En effet, leur caractère supplétif s'infère directement de l'article 6 du Code civil et des nouveaux articles 1102 et 1103, sauf mention contraire explicite de la nature impérative du texte concerné. Il n'y a donc pas lieu de préciser pour chaque article son caractère supplétif, qui constitue le principe, le caractère impératif étant l'exception. La subsistance dans certains articles de la mention “ sauf clause contraire ” n'autorise par conséquent aucune interprétation *a contrario* et ne remet nullement en cause le principe général du caractère supplétif des textes : ce rappel résulte seulement d'un pur souci didactique prenant en compte les souhaits exprimés par les professionnels au sujet de certains textes particuliers (en particulier sur le régime des obligations) ». Bien que commode, l'autorité de cette directive d'interprétation a rapidement été nuancée par la doctrine qui pousse à « fortement nuancer l'idée que seuls les textes ouvertement qualifiés d'impératifs viendraient restreindre l'étendue de la liberté contractuelle. Le rapport au Président de la République n'est qu'un élément d'interprétation parmi d'autres et son autorité, déjà relative, déclinera, comme celle de tout outil exégétique, au fil du temps »¹⁹⁵⁵. Le juge conservera donc sa marge d'appréciation dans les hypothèses « grises »¹⁹⁵⁶.

- 410.** La validité d'une renonciation portant sur une norme légale dépend donc de manière certes un peu décevante, mais nécessaire, d'une analyse au cas par cas, faute « de critère unique et fiable permettant de déterminer à l'avance la nature impérative ou supplétive d'une norme »¹⁹⁵⁷. Il nous faut désormais regarder si la même casuistique s'impose lorsque l'exclusion vise une norme jurisprudentielle.

2) L'exclusion d'une norme jurisprudentielle

- 411. Limitation de la discussion aux cas dans lesquels la norme jurisprudentielle à prendre en compte est susceptible de remettre en cause l'engagement convenu –** Lorsque nous avons étudié l'éligibilité de la norme jurisprudentielle au modèle de la renonciation, deux cas de figure se sont présentés¹⁹⁵⁸. Il est d'abord une série de situations dans lesquelles la norme jurisprudentielle sert à dicter l'application de la norme contractuelle. Tel est le cas lorsqu'une décote de prix dans un mécanisme de transfert de droits sociaux suppose d'identifier un certain type de faute défini par la jurisprudence¹⁹⁵⁹.

¹⁹⁵⁴ V. TOUCHAIS Maxime, *La règle impérative : contribution à l'étude de la dérogation conventionnelle aux lois*, *op. cit.*, p. 424, n°422.

¹⁹⁵⁵ PÈRÈS Cécile, « Règles impératives et supplétives dans le nouveau droit des contrats », *op. cit. Adde*, DESHAYES Olivier, GENICON Thomas et LAITHIER Yves-Marie, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : commentaire article par article*, *op. cit.*, p. 13.

¹⁹⁵⁶ On retrouve alors par exemple en doctrine des propositions de distinction entre les dispositions « expressément supplétives », celles « expressément impératives », celles « probablement impératives » et enfin celles « pour lesquelles le doute est permis » (MARTIN Didier et SCHILLER Sophie, *Guide des pactes d'actionnaires et d'associés : 2022/2023*, *op. cit.*, p. 67, n°63).

¹⁹⁵⁷ PÈRÈS Cécile, « Règles impératives et supplétives dans le nouveau droit des contrats », *op. cit. Adde*, DESHAYES Olivier, GENICON Thomas et LAITHIER Yves-Marie, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : commentaire article par article*, *op. cit.*, p. 13-14.

¹⁹⁵⁸ V. *supra* n°371.

¹⁹⁵⁹ V. *supra* n°248.

Dans la mesure où la compétence contentieuse des parties leur permet de s'opposer sur la caractérisation de cette faute, la seule façon de traiter le risque contentieux correspondant est que l'une d'elles abdique son pouvoir interprétatif au profit de l'autre¹⁹⁶⁰. Il n'y a alors rien à ajouter ici aux précédents développements que nous avons menés sur l'octroi d'une prérogative contractuelle d'interprétation¹⁹⁶¹. C'est donc le deuxième type de configuration identifié, où la norme jurisprudentielle est susceptible de remettre en cause l'engagement convenu, par exemple parce qu'elle prévoit qu'une expertise de prix perd sa force obligatoire si l'expert a commis une erreur grossière¹⁹⁶², qui doit nous retenir.

412. Impérativité de la norme jurisprudentielle – Il faut en premier lieu dire ici que toute renonciation est à exclure lorsque la norme jurisprudentielle que l'on souhaiterait neutraliser dicte les conditions de validité de l'engagement contractuel convenu. Il en va ainsi notamment des conditions posées par la jurisprudence aux clauses de non-concurrence¹⁹⁶³. Si l'on demandait à un contractant de s'engager à ne pas invoquer la possible violation de ces conditions alors une telle renonciation prendrait la forme d'une confirmation par avance interdite¹⁹⁶⁴. Pour les autres cas, l'admissibilité d'une renonciation anticipée à une norme jurisprudentielle doit être appréciée à partir des mêmes critères que si elle portait sur une norme légale. Or, nous avons vu que cette admissibilité dépendait du fait de savoir si la norme objet de la renonciation était impérative ou supplétive¹⁹⁶⁵. Une question substantielle apparaît alors d'elle-même : une norme jurisprudentielle peut-elle être considérée comme impérative ? Avant de tenter de répondre à cette question, il faut indiquer que le débat ne porte pas sur l'application à la jurisprudence de la qualification de norme. Notre démonstration nous a en effet conduit à constater de façon pragmatique que dans un certain nombre de discussions contentieuses, la valeur externe de référence qui commande la solution du litige n'est ni contractuelle, ni légale, mais bien jurisprudentielle¹⁹⁶⁶. Et c'est donc de l'impérativité de cette valeur de référence pour les parties contractantes qu'il faut discuter. Le chemin le plus logique pour mener cette discussion semble être de reprendre les critères de l'impérativité préalablement dégagés à propos de la norme légale afin de déterminer dans quelle mesure une norme jurisprudentielle pourrait satisfaire à certains d'entre eux. On pressent néanmoins le problème. Il nous est en effet apparu que le seul critère véritablement fiable pour apprécier l'impérativité d'une norme légale était l'affirmation explicite de ce caractère par le législateur ou par la jurisprudence¹⁹⁶⁷. Or, il faut « bien distinguer entre la création d'un ordre public, dont le juge déterminerait le contenu, et l'attribution d'un simple caractère d'ordre public à un texte dont le contenu est déjà déterminé sans que le législateur ait songé à en préciser le caractère d'ordre public ou non »¹⁹⁶⁸. Dans les cas où la valeur de référence à appliquer est purement jurisprudentielle, il n'y a pas de support préalable. La création est exclusivement prétorienne et il faut se demander si le juge a entendu rendre la règle qu'il pose impérative. Est-ce seulement possible ? La réponse est assurément positive si l'on veut bien se souvenir que l'ordre public auquel se réfère l'article 6 du Code civil peut être constitué d'un « ensemble de principes,

¹⁹⁶⁰ L'affirmation est vraie mais nous verrons que dans cet exemple précis la stipulation d'une prérogative d'interprétation est à écarter : V. *infra* n°487.

¹⁹⁶¹ V. *supra* n°382 et s.

¹⁹⁶² V. *supra* n°147.

¹⁹⁶³ V. *supra* n°268.

¹⁹⁶⁴ V. *supra* n°331.

¹⁹⁶⁵ V. *supra* n°405 et s.

¹⁹⁶⁶ V. *supra* n°300.

¹⁹⁶⁷ V. *supra* n°408 et s.

¹⁹⁶⁸ LEMOULAND Jean-Jacques, PIETTE Gaël et HAUSER Jean, « Ordre public et bonnes mœurs », *op. cit.*, n°25.

écrits ou non »¹⁹⁶⁹ et qu'il y a donc, à côté de l'ordre public textuel, un ordre public virtuel dégagé par la jurisprudence¹⁹⁷⁰. C'est ainsi que « la doctrine dominante tient pour acquis le pouvoir du juge de faire naître des dispositions d'ordre public en décidant du caractère incontournable par les volontés individuelles de tel ou tel impératif »¹⁹⁷¹. Les exemples de ce pouvoir créateur sont nombreux, particulièrement en matière de dignité humaine¹⁹⁷². Est-ce néanmoins à dire qu'à partir du moment où le juge pose une règle il a nécessairement entendu la rendre impérative ? Il ne fait dans un premier temps pas de doute que le juge peut dégager une règle impérative en la rattachant à l'ordre public virtuel, nous venons de le constater. Toutes les règles qu'il met en place appartiennent-elles néanmoins à l'ordre public virtuel ? Une telle appartenance est fortement douteuse. Le législateur lui-même a multiplié les règles impératives sans qu'elles ne soient toutes le marqueur de l'ordre public¹⁹⁷³. Et si l'on comprend que l'ordre public virtuel soit convoqué lorsque le juge se préoccupe de la dignité humaine, il est incertain que tous les principes qu'il dégage puissent se réclamer des mêmes considérations. Toutefois, l'exemple des normes légales a montré que l'impérativité n'est pas l'apanage de l'ordre public¹⁹⁷⁴. Ce qui permettrait d'arguer qu'identifier un espace de normes prétorienne indépendantes de l'ordre public virtuel ne suffit pas à conclure que celles-ci sont dénuées de toute impérativité. Pourtant, la comparaison semble ici montrer ses limites car, que le législateur puisse qualifier une norme d'impérative sans se soucier de son rattachement, même relatif, aux principes gouvernant l'ordre public est une chose. Mais que le juge puisse en faire autant en est une autre. Sans paraphraser Montesquieu, on peut admettre que le juge soit la bouche¹⁹⁷⁵ qui dit « voici un principe d'ordre public, vous ne pouvez y déroger ». En revanche, on voit mal sur quel fondement il pourrait dire « voici un principe qui n'a rien à voir avec l'ordre public, n'y dérogez pas ». Autrement dit, lorsqu'un engagement est susceptible d'être remis en cause par une norme jurisprudentielle, cette dernière devrait en principe être éligible à la renonciation à chaque fois qu'il n'est pas possible de la rattacher à un ordre public virtuel, ce qu'il faudra apprécier au cas par cas¹⁹⁷⁶.

413. Conclusion de section – L'élaboration d'un modèle contractuel de traitement des risques contentieux, d'abord fondé sur la mise en place d'une contrainte à destination des parties, a mis en lumière la nécessité de recourir à la technique juridique de la renonciation. Néanmoins, bien que permettant une neutralisation véritable de la compétence contentieuse des parties par la perte partielle du droit d'agir en justice, la renonciation n'est pas adaptée à tous les risques contentieux, notamment ceux relatifs à la qualification ou au régime du mécanisme. Seul le risque contentieux relatif à l'interprétation d'une norme, que celle-ci soit légale, contractuelle ou jurisprudentielle, est ainsi éligible à ce modèle. Concrètement, lorsque le risque contentieux porte sur l'interprétation d'une norme contractuelle, la

¹⁹⁶⁹ *Vocabulaire Juridique (sous la direction de Gérard Cornu)*, op. cit., v° « Ordre public ».

¹⁹⁷⁰ V. CORNU Gérard, *Droit civil : introduction, les personnes, les biens*, Montchrestien, 12^e éd., 2005, p. 150, n°338.

¹⁹⁷¹ LEMOULAND Jean-Jacques, PIETTE Gaël et HAUSER Jean, « Ordre public et bonnes mœurs », loc. cit.

¹⁹⁷² *Ibid.*, n°26. V., pour un exemple à propos du principe d'ordre public selon lequel le respect dû au corps humain ne cesse pas avec la mort : 1^e civ., 29 oct. 2014, n°13-19.729, *Bull. civ.*, 2014, I, n° 178 ; *GPL*, 2014, n° 330-331, 9, note PRIEUR ; *RTD civ.*, 2015, 102, note HAUSER ; *RDC*, 2015, n° 2, 361, note BERLIOZ.

¹⁹⁷³ V. *supra* n°407.

¹⁹⁷⁴ V. *supra* n°407.

¹⁹⁷⁵ On a ici à l'esprit la formule célèbre de Montesquieu selon qui « les juges de la nation ne sont, comme nous avons dit, que la bouche qui prononce les paroles de la loi ; des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur » (MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Éd. Sociales, coll. « Les Classiques du peuple », 1969, p. 127).

¹⁹⁷⁶ V. *infra* n°495 et s.

renonciation prend la forme de l'octroi par l'une des parties à l'autre d'une prérogative contractuelle d'interprétation. En cas de divergence, seul le détenteur de cette prérogative pourra donc interpréter l'engagement concerné, par exemple en décidant si l'information sollicitée relève ou non de l'obligation d'information prévue par le pacte. La validité de ce droit exclusif d'interprétation n'est remise en cause ni par les pouvoirs du juge, ni par la réalité du consentement donné, ni par l'éventuel déséquilibre engendré. Un contrôle formel et substantiel permet toutefois de s'assurer que la prérogative est exercée de manière loyale. Lorsque le risque contentieux porte sur l'application d'une norme légale ou jurisprudentielle, la renonciation est plus classique. Il s'agit alors d'exclure par avance la norme concernée du débat contentieux. Ainsi des stipulations par lesquelles les parties s'interdisent d'invoquer les limites posées par l'article 1221 du Code civil à l'exécution forcée en nature. Cette renonciation anticipée n'est possible que si la norme exclue n'est pas impérative, ce qui devra être déterminé au cas par cas. Étant précisé que, dans le cas d'une norme jurisprudentielle, cette impérativité devrait uniquement pouvoir être déduite d'un rattachement de la norme à l'ordre public virtuel.

- 414.** Bien que centrale dans la conception d'un modèle contractuel de traitement des risques contentieux, la contrainte à destination des parties n'aura pas permis d'appréhender l'ensemble de ces risques. D'une part, les parties peuvent songer à aménager l'interprétation d'une norme sans nécessairement l'exclure. D'autre part, elles peuvent vouloir imposer au juge la qualification ou le régime de l'engagement sur lequel elles se sont accordées. Ces dernières discussions imposent, pour compléter efficacement le modèle présenté, de changer de prisme et d'envisager à présent la mise en place d'une contrainte à destination du juge.

Section 2 : La contrainte à destination du juge

- 415. Contrainte et office du juge** – Recourir à la technique de la contrainte en prétendant l'appliquer au juge peut sembler surprenant. Théoriquement, nous avons vu qu'il s'agissait d'anticiper la façon dont le juge pourrait apprécier tel ou tel moyen contentieux soulevé par les contractants et d'ainsi limiter voire évincer leur aptitude à matérialiser les risques contentieux correspondants¹⁹⁷⁷. Cette ambition n'est pas sans incidence. En effet, il faut se souvenir que le propre de la contrainte est d'avoir pour objet une compétence¹⁹⁷⁸. Agir sur la compétence du juge a en ce sens une signification juridique bien précise dans la mesure où l'on cherche ici directement à contraindre son office. Or, l'office du juge n'est de prime abord pas quelque chose de pensé pour être contraint, à tout le moins par les parties.
- 416.** Le fait est que si l'on envisage l'office du juge comme « les pouvoirs et les obligations qu'il exerce ou doit respecter dans l'accomplissement des fonctions qui lui sont dévolues »¹⁹⁷⁹, et que l'on tente d'évaluer le rapport d'influence qu'il pourrait y avoir entre ces prérogatives et un contrat conclu par une ou plusieurs parties, la conclusion de principe est de placer le contrat sous la domination du juge et non l'inverse. Sans même revenir sur la « crise du contrat » issue du rôle qu'une partie de la doctrine a pu vouloir donner au juge pour rétablir justice et solidarité contractuelle¹⁹⁸⁰, les textes eux-mêmes annoncent ce rapport de force en faveur du juge. C'est bien lui qui « tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables »¹⁹⁸¹ et qui doit, pour cela, « donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée »¹⁹⁸². Le juge serait alors « seul maître du sens [...] et des limites »¹⁹⁸³ du contrat, sauf aux parties à écarter la compétence judiciaire en ayant recours à l'un ou l'autre des modes alternatifs de résolution des différends à leur disposition¹⁹⁸⁴.
- 417.** Pourtant, d'autres travaux ont montré que tout encadrement de la juridiction par le contrat n'était pas à exclure¹⁹⁸⁵, que les parties pouvaient s'employer « à canaliser les pouvoirs du juge dans le cas où il serait saisi »¹⁹⁸⁶ en ayant recours à une série de « mécanismes par lesquels les contractants tentent soit de s'approprier, soit de canaliser le pouvoir d'appréciation du juge dans les litiges contractuels »¹⁹⁸⁷. La Professeure Marie Lamoureux résume ce changement de perspective de la manière suivante : « En d'autres termes, il ne s'agit pas de dire que le juge n'a pas tel ou tel pouvoir ; il s'agit au contraire de reconnaître qu'il en dispose pour se demander ce que les parties peuvent en faire, ou plutôt, ce que le juge peut tolérer qu'elles en fassent. En définitive, de la même manière que certains se demandent ce qui constitue l'essence du contrat, il s'agit finalement de s'interroger sur ce qui constitue l'essence de l'office du juge en matière contractuelle et qui

¹⁹⁷⁷ V. *supra* n°354 et s.

¹⁹⁷⁸ V. *supra* n°340.

¹⁹⁷⁹ NORMAND Jacques, « Office du juge », in *Dictionnaire de la justice*, PUF, 2004, p. 925.

¹⁹⁸⁰ V. *supra* n°34.

¹⁹⁸¹ C. pr. civ., art. 12, al. 1.

¹⁹⁸² C. pr. civ., art. 12, al. 2.

¹⁹⁸³ JALUZOT Béatrice, *La bonne foi dans les contrats : étude comparative des droits français, allemand et japonais*, Dalloz, 2001, p. 276, n°1007.

¹⁹⁸⁴ V. RIVIER Marie-Claire, « L'éviction de la juridiction étatique par le contrat », in *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, *op. cit.*, p. 23.

¹⁹⁸⁵ V. ANCEL Pascal, « L'encadrement de la juridiction par le contrat », in *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, *op. cit.*

¹⁹⁸⁶ LAMOUREUX Marie, *L'aménagement des pouvoirs du juge par les contractants : recherche sur un possible imperium des contractants*, *op. cit.*, p. 28, n°7.

¹⁹⁸⁷ *Ibid.*, p. 29, n°7.

ne peut donc être abandonné à la volonté des parties et ce qui, à l'inverse, peut s'accommoder d'une éviction ou d'un aménagement conventionnel. À la limite, il s'agit de déterminer si les pouvoirs substantiels du juge en matière contractuelle peuvent être appréhendés comme des " pouvoirs supplétifs ou impératifs ", et ce qui, dans la fonction juridictionnelle, peut relever de la liberté contractuelle et être objet de convention »¹⁹⁸⁸.

- 418.** Rapportées à notre problématique de traitement du risque contentieux et eu égard aux risques non traités par la mise en place d'une contrainte à destination des parties¹⁹⁸⁹, ces réflexions conduisent à envisager deux voies complémentaires pour intégrer la contrainte à destination du juge dans le modèle de traitement du risque contentieux. Ces voies sont la neutralisation (I) et l'aménagement (II) de l'office du juge.

I. La neutralisation de l'office du juge

- 419.** Nous avons vu qu'à ce stade du raisonnement il restait à intégrer au modèle de traitement du risque contentieux une contrainte qui permette, en étant dirigée vers le juge, de traiter efficacement le risque contentieux relatif à la qualification du mécanisme, le risque contentieux relatif à son régime et le risque contentieux tenant à l'interprétation d'une norme lorsqu'il s'agit d'en dicter l'interprétation par le juge sans pour autant l'exclure¹⁹⁹⁰. Pour ce dernier risque, son libellé seul permet de comprendre que l'on va chercher à contraindre la marge de manœuvre du juge sans pour autant supprimer son office. Celui-ci sera donc aménagé et non neutralisé ce qui justifie de renvoyer le traitement du risque correspondant aux développements portant sur l'aménagement de l'office du juge¹⁹⁹¹. Bien différente est la situation des risques contentieux relatifs à la qualification et au régime du mécanisme. Leur nature commune les rend éligibles à un traitement reposant sur une neutralisation de l'office du juge (A). Pour s'assurer de la bonne réception de ce traitement en droit positif, il faudra exposer les conditions de cette neutralisation (B).

A. L'éligibilité commune des risques contentieux relatifs à la qualification et au régime du mécanisme à une neutralisation de l'office du juge

- 420. La recherche partagée d'un résultat juridique** – Il nous faut ici revenir à la systématisation matérielle que nous avons proposée des différents types de risques contentieux pour comprendre comment sont liés les risques contentieux relatifs à la qualification du mécanisme et à son régime¹⁹⁹². S'agissant tout d'abord du risque contentieux relatif à la qualification du mécanisme, il est question pour les parties de s'opposer sur la nature juridique de l'engagement considéré. Cette opposition n'est pas abstraite car chacun sait que selon la ou les techniques juridiques identifiées à l'issue du débat contentieux, les conséquences de régime sont susceptibles de sensiblement varier¹⁹⁹³. C'est par exemple le cas lorsque sont prévues des options croisées et que l'on discute du point de savoir si la promesse doit être qualifiée d'unilatérale ou de synallagmatique¹⁹⁹⁴. Concernant ensuite le risque contentieux relatif au régime du mécanisme, la discussion n'est plus focalisée sur la technique juridique utilisée, qui ne suscite pas d'opposition, mais sur

¹⁹⁸⁸ *Ibid.*, p. 31- 32, n°9.

¹⁹⁸⁹ V. *supra* n°357 et s.

¹⁹⁹⁰ V. *supra* n°365 et s.

¹⁹⁹¹ V. *infra* n°432 et s.

¹⁹⁹² V. *supra* n°291 et s.

¹⁹⁹³ V. *supra* n°292 et s.

¹⁹⁹⁴ V. *supra* n°240 et s.

l'effet de droit qu'elle est censée produire. C'est par exemple le cas lorsque chacun s'entend sur le fait que le pacte a eu recours à la technique de la promesse unilatérale mais que les parties ne s'accordent pas sur l'effet à donner à la levée d'option lorsque le promettant s'est préalablement rétracté. Cette discussion est autonome de la discussion de qualification¹⁹⁹⁵. Il y a différentes manières de la résoudre mais ce qui compte, au-delà des arguments soulevés, c'est bien le résultat juridique que les parties recherchent et sur lequel elles s'opposent¹⁹⁹⁶. On perçoit alors la communauté de fonction qui unit les discussions relatives à la qualification et au régime du mécanisme. Dans le premier cas, les contractants s'opposent sur la technique juridique utilisée mais uniquement dans le but d'accéder à la règle de régime subséquente qui sert le mieux leurs intérêts respectifs. Dans le second cas, c'est directement le régime du mécanisme qui est en débat et les arguments mobilisés ne font que soutenir la recherche de tel ou tel effet de droit. C'est donc que dans l'une ou l'autre de ces situations les parties cherchent à ce que le mécanisme convenu atteigne une finalité précise, que ce soit par le biais d'une opération de qualification ou que ce soit par la détermination plus directe d'une règle de régime.

421. Le traitement du risque contentieux par la suppression de la phase de recherche –

Nos développements précédents nous ont conduit à écarter les risques contentieux liés à la qualification et au régime du mécanisme d'un possible traitement par la mise en place d'une contrainte à destination des parties¹⁹⁹⁷. Cela car faire accepter à l'autre partie une qualification ou une règle de régime n'a de sens que si le juge lui-même se sent lié par la règle posée en cas de contentieux. Il ne s'agit donc pas d'une renonciation anticipée par laquelle l'une ou l'autre des parties abdique sa compétence contentieuse¹⁹⁹⁸, mais bien d'un accord prospectif qui a vocation à s'imposer au juge en cas de litige¹⁹⁹⁹. Le but recherché renseigne ici sur la technique de traitement appropriée. En effet, nous venons de voir que discussion sur la qualification et discussion sur le régime partageaient une communauté fonctionnelle en ce que dans les deux cas de figure les plaideurs cherchent, directement ou indirectement, à parvenir à une règle de régime satisfaisante pour leurs intérêts²⁰⁰⁰. En l'absence de dispositions particulières visant à le contraindre, c'est le juge qui librement « détermine ce que valent les prétentions respectives des parties et statue sur le sort d'une ou plusieurs demandes »²⁰⁰¹. Il procède donc aux recherches rendues nécessaires par la discussion sur la qualification ou sur le régime du mécanisme et statue en conséquence. Or, traiter les risques contentieux correspondants suppose de neutraliser cet aléa en convenant *ab initio* d'une règle de qualification ou d'une règle de régime. On bloque alors la phase de recherche en créant une norme de référence pour le juge qui se voit dicté par avance l'effet que doit produire un engagement donné. Dans cette perspective, « dire le droit, pour le juge du contrat, c'est dire le droit créé par les parties »²⁰⁰². Mais l'on pressent que la liberté des parties en la matière ne peut être totale, que la neutralisation de l'office du juge ne va pouvoir intervenir que « dans la limite bien sûr de la liberté qui leur est laissée de déroger

¹⁹⁹⁵ V. *supra* n°295 et s.

¹⁹⁹⁶ V. *supra* n°298.

¹⁹⁹⁷ V. *supra* n°365 et s.

¹⁹⁹⁸ V. *supra* n°358 et s.

¹⁹⁹⁹ V. *supra* n°366 et n°367.

²⁰⁰⁰ V. *supra* n°420.

²⁰⁰¹ JEAMMAUD Antoine, « Propos introductifs », in *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, *op. cit.*, p. 1.

²⁰⁰² ANCEL Pascal, « L'encadrement de la juridiction par le contrat », in *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, *op. cit.*, p. 7.

à la loi étatique »²⁰⁰³. Pour découvrir les bornes de cette liberté, il faut alors étudier les conditions de la neutralisation de l'office du juge.

B. Les conditions de la neutralisation de l'office du juge

422. Deux observations doivent être ici faites avant d'étudier plus en avant les conditions de la neutralisation de l'office du juge.

423. En premier lieu, dans la mesure où la contrainte est commune et dirigée vers le juge, aucune des parties n'a à proprement parler de prérogative l'une sur l'autre. Elles sont certes liées par l'éventuelle clause de qualification ou de régime mais elles sont liées ensemble et l'enjeu est de savoir si le juge lui-même est lié à son tour par l'accord intervenu. Comme l'indique Jacques Miguet, « puisqu'il faut un accord des parties pour lier le juge, et même un accord exprès dit le texte, cet accord doit normalement entraîner que les parties se lient elles-mêmes, c'est-à-dire qu'elles ne peuvent pas, unilatéralement, modifier la qualification proposée ou modifier le débat tel qu'il a été délimité et ceci tant en ce qui concerne le droit que les faits s'y rapportant »²⁰⁰⁴. Ce défaut d'unilatéralité a pour conséquence première qu'il ne faut pas transposer en cette matière les interrogations soulevées lors de l'étude de la validité de la prérogative d'interprétation et ayant notamment trait à l'éventuel déséquilibre engendré par la contrainte créée²⁰⁰⁵. Il impose également de ne pas s'attarder sur les conditions de mise en œuvre de la clause de qualification ou de régime. Ce contrôle de la loyauté des contractants dans l'usage qui serait fait des clauses encadrant l'office du juge est parfois avancé comme un moyen de restaurer les pouvoirs de ce dernier²⁰⁰⁶. Il n'a pourtant pas sa place dans les situations dépourvues d'unilatéralité²⁰⁰⁷. Ici une règle commune de qualification ou de régime a été posée et seules comptent les conditions auxquelles cette règle peut être considérée comme valide.

424. En second lieu, il faut dire que pour mettre au jour ces conditions de validité, il n'y a en principe pas de raison de dissocier clause de qualification et clause de régime. Celles-ci ont une fonction commune²⁰⁰⁸ et elles doivent donc normalement obéir aux mêmes conditions de validité. Tout au plus faudra-t-il préciser, si nécessaire, qu'une condition de validité s'applique avec certaines particularités à l'une ou l'autre des clauses concernées. En la matière, l'approche est facilitée par l'existence d'un texte qui dicte les conditions de validité d'une clause de qualification et donc, par transposition, d'une clause de régime. Il s'agit de l'article 12, alinéa 3, du Code de procédure civile qui dispose que le juge « ne peut changer la dénomination ou le fondement juridique lorsque les parties, en vertu d'un accord exprès et pour les droits dont elles ont la libre disposition, l'ont lié par les qualifications et points de droit auxquels elles entendent limiter le débat ». Il est possible de déduire de cette disposition l'existence de deux conditions à la neutralisation de l'office du juge. Une condition formelle, tout d'abord, qui sera remplie par la conclusion d'un accord exprès (1). Une condition matérielle, ensuite, qui implique de vérifier la libre disponibilité des droits en cause (2).

²⁰⁰³ *Ibid.*

²⁰⁰⁴ MIGUET Jacques, « Réflexions sur le pouvoir des parties de lier le juge par les qualifications et points de droit (article 12, alinéa 4 du Nouveau Code de procédure civile) », *op. cit.*, spéc. p. 571.

²⁰⁰⁵ V. *supra* n°386.

²⁰⁰⁶ V. ANCEL Pascal, « L'encadrement de la juridiction par le contrat », in *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, *op. cit.*, p. 19 et s. ; LAMOUREUX Marie, *L'aménagement des pouvoirs du juge par les contractants : recherche sur un possible imperium des contractants*, *op. cit.*, p. 595, n°535 et s.

²⁰⁰⁷ V. *supra* n°391 et s.

²⁰⁰⁸ V. *supra* n°420.

1) Une condition formelle : la conclusion d'un accord exprès

425. Forme de l'accord – Ce n'est pas sans raison que l'article 12, alinéa 3, du Code de procédure civile impose que la neutralisation de l'office du juge ne puisse s'opérer qu'« en vertu d'un accord exprès ». En vérité, « l'exigence légale d'un accord exprès se comprend aisément. La qualification liée emporte l'éventuelle renonciation des plaideurs à la règle de droit générale et abstraite, peut-être applicable aux faits de l'espèce sans qu'ils aient su le découvrir. Pareille renonciation est trop grave pour être implicite »²⁰⁰⁹. Et même si l'on affirme généralement qu'il importe peu « que cet accord soit écrit ou verbal dès lors qu'il est certain »²⁰¹⁰, la jurisprudence se montre rigoureuse et refuse notamment de déduire cet accord d'une simple concordance entre les conclusions des parties²⁰¹¹. Raison pour laquelle il est recommandé « d'écarter toute équivoque en se référant expressément à l'article 12 alinéa 3 et en indiquant clairement la volonté de lier le juge quant à la qualification retenue »²⁰¹². On retrouve alors des propositions de formules types non-obligationnelles déjà rencontrées lors de l'étude de la renonciation²⁰¹³. Il est ainsi par exemple conseillé aux parties de stipuler qu'« il est expressément convenu, sur le fondement de l'article 12, alinéa 3, du Code de procédure civile, de lier le juge sur la qualification ou le point de droit suivant (...) »²⁰¹⁴. Cette préconisation fait sens, même si l'on remarque dans le même temps que la Cour de cassation a tendance à se montrer beaucoup plus souple en matière d'accords internationaux²⁰¹⁵, admettant que la liaison du juge puisse cette fois-ci résulter de simples conclusions concordantes des parties²⁰¹⁶ ou qu'elle puisse être déduite de l'absence d'invocation de la norme normalement applicable devant les juges du fond²⁰¹⁷.

426. Objet de l'accord – De prime abord, la question de l'objet de l'accord paraît redondante avec celle de son caractère exprès. En effet, une fois que l'on est certain que les parties ont bien voulu se lier sur une qualification ou sur un régime, la condition formelle semble remplie et seule reste alors à vérifier la condition matérielle résultant de l'exigence de libre disponibilité des droits²⁰¹⁸. Si cette logique est bel et bien confirmée par la lettre de l'article 12, alinéa 3, du Code de procédure civile, certains auteurs ont pu se montrer plus exigeant sur le contenu de l'accord. Selon ces derniers, le juge ne devrait pas être lié lorsque les parties ont fait le choix d'une qualification impossible ou aberrante²⁰¹⁹. L'idée étant qu'il n'est pas possible d'obliger le juge « à rendre une décision dénuée de sens »²⁰²⁰, la

²⁰⁰⁹ GUINCHARD Serge, *Droit et pratique de la procédure civile : droit interne et européen (2024/2025)*, Dalloz, 2024, p. 1206, n°321.152.

²⁰¹⁰ CADIET Loïc, « Les accords sur la juridiction dans le procès », in *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, *op. cit.*, p. 45.

²⁰¹¹ V. 1^{er} civ., 27 oct. 1992, n°91-10.054, *Bull. civ.*, 1992, I, n° 261 ; 2^e civ., 14 sept. 2006, n°05-10.086, *Bull. civ.*, 2006, II, n° 217 ; *GPL*, 2008, n° 76-78, 22, note DU RUSQUEC.

²⁰¹² LAMOUREUX Marie, *L'aménagement des pouvoirs du juge par les contractants : recherche sur un possible imperium des contractants*, *op. cit.*, p. 124, n°99.

²⁰¹³ V. *supra* n°362 et s.

²⁰¹⁴ LAMOUREUX Marie, *L'aménagement des pouvoirs du juge par les contractants : recherche sur un possible imperium des contractants*, *loc. cit.*

²⁰¹⁵ V. *Ibid.*, p. 124, n°100.

²⁰¹⁶ 1^{er} civ., 6 mai 1997, n°95-15.309, *Bull. civ.*, 1997, I, n° 140.

²⁰¹⁷ 1^{er} civ., 26 juin 2001, n°99-16.118, *Bull. civ.*, 2001, I, n° 189 ; *RTD com.*, 2001, 1052, note JACQUET ; *D.*, 2591, obs. AVENA-ROBARDET et 2001, 3607, note WITZ.

²⁰¹⁸ V. *infra* n°428 et s.

²⁰¹⁹ V. LAMOUREUX Marie, *L'aménagement des pouvoirs du juge par les contractants : recherche sur un possible imperium des contractants*, *op. cit.*, p. 126, n°104 et s.

²⁰²⁰ MIGUET Jacques, « Réflexions sur le pouvoir des parties de lier le juge par les qualifications et points de droit (article 12, alinéa 4 du Nouveau Code de procédure civile) », *op. cit.*, spéc. p. 580.

qualification choisie devant être « une qualification possible par rapport à la situation de fait et aux véritables fins de la demande »²⁰²¹. Bien que l'on puisse évidemment souhaiter que les parties fassent le choix d'une qualification ou d'une règle de régime rationnelle au regard de la nature des engagements contenus dans le pacte, l'ajout d'une telle condition à la validité de leur accord pose une double difficulté. Premièrement, elle conduit à instaurer un aléa matériel là où le texte impose uniquement une condition formelle. Sous couvert de bon sens, imposer de manière abstraite que la qualification choisie soit « possible » fragilise la force obligatoire de l'accord pour une raison non prévue par la loi qui requiert uniquement, et ce n'est déjà pas rien, que les droits soient disponibles²⁰²². Secondement, elle nécessite de fonder le pouvoir du juge qui refuserait la qualification retenue par les parties. Jacques Miguet propose ici de déclarer la demande irrecevable pour défaut d'intérêt²⁰²³. Pour d'autres, « on peut être moins radical et estimer que le juge doit simplement rejeter la demande comme insusceptible de répondre à la qualification proposée. L'action est recevable, mais mal fondée »²⁰²⁴. C'est qu'il reviendrait toujours au juge « de vérifier, au besoin de son propre mouvement, que sont ou ne sont pas réunies les conditions d'application des règles invoquées »²⁰²⁵. À vrai dire, cet examen de rationalité non prévu par la disposition légale laisse quelque peu perplexe. Si explication il doit y avoir, la plus convaincante semble être celle qui rattache cette condition au caractère exprès de l'accord en assimilant l'accord inefficace à l'accord inexistant. Autrement dit, si les parties venaient par exemple à se céder des droits sociaux et décidaient de qualifier l'opération de donation d'un navire maritime, l'absurdité du choix équivaldrait à un défaut d'accord qui permettrait au juge de recouvrer ses pouvoirs. C'est l'opinion de la Professeure Marie Lamoureux pour qui, « si l'on considère que le caractère possible de la qualification adoptée est une condition de l'effectivité de l'accord, il est envisageable de considérer que faute de remplir cette condition, l'accord ne lie pas le juge. Ainsi, de même qu'à défaut d'accord *exprès* le juge conserve en principe son pouvoir de requalification, de même le conserverait-il lorsque l'accord ne satisfait pas à la condition d'une qualification raisonnablement concevable au regard des faits »²⁰²⁶. En tout état de cause, une telle exigence doit être maniée avec prudence et réservée, pour maintenir la sécurité normalement conférée par le recours à cette disposition, aux cas les plus manifestes dans lesquels la qualification choisie ne correspond en aucun point à l'objet du contrat.

427. Moment de l'accord – La question du moment auquel l'accord sur la qualification ou sur le régime peut intervenir est cruciale à double titre. C'est d'abord l'intérêt même du procédé qui est en jeu. Historiquement associé à un « manque d'enthousiasme »²⁰²⁷, le dispositif serait surtout connu pour son manque d'utilité²⁰²⁸, sans que l'on sache vraiment si ce constat démontre « une méconnaissance du texte ou une véritable désaffection de la

²⁰²¹ *Ibid.*, spéc. p. 581.

²⁰²² V. *infra* n°428 et s.

²⁰²³ MIGUET Jacques, « Réflexions sur le pouvoir des parties de lier le juge par les qualifications et points de droit (article 12, alinéa 4 du Nouveau Code de procédure civile) », *loc. cit.*

²⁰²⁴ BILLIAU Marc, GHESTIN Jacques et JAMIN Christophe, *Traité de droit civil. Les effets du contrat : interprétation, qualification, durée, inexécution, effet relatif, opposabilité*, *op. cit.*, p. 177, n°40. V., dans le même sens, WEILLER Laura, *La liberté procédurale du contractant*, PUAM, 2004, p. 270, n°286.

²⁰²⁵ BLÉRY Corinne et REICHLING Noémie, « Principes directeurs du procès – Office du juge – Fondement des prétentions litigieuses », *J.-Cl. Procédure civile*, fasc. 500-35, LexisNexis, 2024, n°64.

²⁰²⁶ LAMOUREUX Marie, *L'aménagement des pouvoirs du juge par les contractants : recherche sur un possible imperium des contractants*, *op. cit.*, p. 126, n°104.

²⁰²⁷ MIGUET Jacques, « Réflexions sur le pouvoir des parties de lier le juge par les qualifications et points de droit (article 12, alinéa 4 du Nouveau Code de procédure civile) », *op. cit.*, spéc. p. 567.

²⁰²⁸ V. MARTIN Raymond, « Retour sur la distinction du fait et du droit », *D.*, 1987, p. 272.

pratique »²⁰²⁹. En réalité, les avantages que l'on est en droit d'attendre de l'utilisation de l'accord de qualification ou de régime dépendent grandement du domaine temporel que l'on veut bien lui accorder. En effet, « si l'on admet que l'accord peut intervenir avant tout litige opposant les parties, la portée de ce texte est beaucoup plus étendue et permet d'envisager son utilisation dans des situations où une condition d'existence du litige conduirait à l'impossibilité pratique d'y recourir »²⁰³⁰. En outre, la réponse positive ou négative que l'on donne à la question de savoir si l'accord de qualification ou de régime peut intervenir dès la conclusion du contrat a une influence sur les conditions juridiques auxquelles cette neutralisation de l'office du juge serait acceptable. Il est ainsi généralement avancé que la notion même de juridiction contentieuse impose que la qualification retenue ne soit pas en contradiction avec la prétention de l'un des plaideurs²⁰³¹. Les Professeurs Ghestin, Jamin et Billiau illustrent la difficulté de la manière suivante : « Par exemple, l'un des contractants demande la restitution d'un bien dont il soutient être resté propriétaire. Les parties ne peuvent adopter la qualification de donation de l'acte en vertu duquel le bien aurait été remis, car cela reviendrait à reconnaître le droit de l'adversaire. La matière litigieuse serait absorbée par la qualification et le procès n'aurait aucune raison d'être »²⁰³². Mais, évidemment, cette condition « ne peut trouver à s'appliquer que lorsque l'accord des parties intervient une fois le litige né, non si l'accord sur la qualification intervient *ab initio*, avant la survenance d'un litige. Pour reprendre l'exemple ci-dessus, si les parties se sont dès l'origine liées par la qualification de donation, le contractant qui a remis le bien sait qu'il ne pourra par la suite engager une action en restitution »²⁰³³. Dans la même idée, admettre que les parties puissent se lier dès la conclusion du pacte conduit à stabiliser l'accord de qualification ou de régime et évite d'avoir à se demander si ce dernier devrait et pourrait être réitéré en phase d'appel ou de cassation²⁰³⁴. On l'aura compris, on ne peut élire le recours à un accord de qualification ou de régime comme technique de traitement du risque contentieux qu'à la condition que cet accord puisse intervenir dès la conclusion du pacte d'associés. Pourquoi ne le pourrait-il pas ? Le fait est que l'article 12 du Code de procédure civile ne spécifie une telle condition que pour l'accord d'amiable composition prévu par l'alinéa 4²⁰³⁵. On est donc en droit de penser que si le législateur avait pareillement voulu restreindre l'accord prévu par l'alinéa précédent, il l'aurait précisé. Pourtant, certains auteurs, probablement influencés par le fait que cette possibilité de neutraliser l'office de juge a été initialement pensée comme « allant tout naturellement avec l'utilisation de la requête conjointe »²⁰³⁶, ont cru devoir lui dénier la faculté d'intervenir avant tout litige. Deux

²⁰²⁹ LAMOUREUX Marie, *L'aménagement des pouvoirs du juge par les contractants : recherche sur un possible imperium des contractants*, *op. cit.*, p. 120, n°95.

²⁰³⁰ *Ibid.*, p. 127, n°106.

²⁰³¹ MIGUET Jacques, « Réflexions sur le pouvoir des parties de lier le juge par les qualifications et points de droit (article 12, alinéa 4 du Nouveau Code de procédure civile) », *op. cit.*, spéc. p. 577-578 ; BILLIAU Marc, GHESTIN Jacques et JAMIN Christophe, *Traité de droit civil. Les effets du contrat : interprétation, qualification, durée, inexécution, effet relatif, opposabilité*, *op. cit.*, p. 177, n°140.

²⁰³² BILLIAU Marc, GHESTIN Jacques et JAMIN Christophe, *Traité de droit civil. Les effets du contrat : interprétation, qualification, durée, inexécution, effet relatif, opposabilité*, *loc. cit.*

²⁰³³ LAMOUREUX Marie, *L'aménagement des pouvoirs du juge par les contractants : recherche sur un possible imperium des contractants*, *op. cit.*, p. 126, n°103.

²⁰³⁴ V. MIGUET Jacques, « Réflexions sur le pouvoir des parties de lier le juge par les qualifications et points de droit (article 12, alinéa 4 du Nouveau Code de procédure civile) », *op. cit.*, spéc. p. 588 et s ; BILLIAU Marc, GHESTIN Jacques et JAMIN Christophe, *Traité de droit civil. Les effets du contrat : interprétation, qualification, durée, inexécution, effet relatif, opposabilité*, *op. cit.*, p. 180, n°144 et s.

²⁰³⁵ Ce dernier disposant que « le litige né, les parties peuvent aussi, dans les mêmes matières et sous la même condition, conférer au juge mission de statuer comme amiable compositeur, sous réserve d'appel si elles n'y ont pas spécialement renoncé ».

²⁰³⁶ MIGUET Jacques, « Réflexions sur le pouvoir des parties de lier le juge par les qualifications et points de droit (article 12, alinéa 4 du Nouveau Code de procédure civile) », *op. cit.*, spéc. p. 568.

arguments principaux sont ici avancés²⁰³⁷. C'est d'abord en affirmant que « la transaction est la seule convention en droit civil qui permet aux sujets de droit d'écarter des prétentions des contestations à naître »²⁰³⁸ et en déniant à l'accord de l'article 12, alinéa 3, du Code de procédure civile cette qualification, faute de véritables concessions réciproques, que l'impossibilité d'un accord *ab initio* est soutenue. Le postulat de l'argumentation est déroutant car, en adoptant la disposition susvisée, « le législateur a précisément créé un nouveau type d'accord pouvant avoir cet effet »²⁰³⁹. On voit donc mal comment on refuserait à cet accord le droit d'intervenir avant tout litige au motif qu'il ne présente pas les caractéristiques d'un autre procédé autonome. C'est ensuite parce que les contractants renonceraient par avance au droit d'ordre public de recourir à la justice que l'accord anticipé serait privé d'efficacité. Une telle analyse paraît excessive. L'accord doit avoir un objet déterminé et il n'affecte donc pas le droit général à agir en justice mais uniquement le droit de contester une qualification donnée²⁰⁴⁰. Nous avons d'ailleurs réalisé le même constat lors de l'analyse du recours au modèle de la renonciation qui, envisagé comme une technique de traitement du risque contentieux, n'emporte abdication de la compétence contentieuse qu'à propos d'une discussion spécifique²⁰⁴¹. On peut d'ailleurs considérer que le texte lui-même prend la mesure de la portée de l'accord qu'il autorise en posant la condition de libre disponibilité des droits. De nouveau, il paraît inutile de le restreindre davantage en lui donnant une conséquence qu'il n'a pas. Raisons pour lesquelles il est à notre sens justement retenu par d'autres auteurs qu'« avant même la naissance du litige, les parties peuvent lier le juge par les qualifications et points de droit auxquels elles entendent limiter le débat »²⁰⁴².

2) Une condition matérielle : la libre disponibilité des droits en cause

428. Délimitation nécessairement négative des droits disponibles – S'il a pu être affirmé que « la notion de libre disponibilité génère l'incertitude, et il aurait été préférable de ne pas l'ériger en principe directeur de l'office du juge »²⁰⁴³, c'est certainement parce qu'il n'existe pas de critère positif permettant de dire d'un droit qu'il est disponible et d'un autre qu'il ne l'est pas. Le législateur a pourtant recours au critère de la libre disponibilité des droits à de multiples reprises. Ainsi, en matière d'arbitrage, la règle veut que « toutes personnes peuvent compromettre sur les droits dont elles ont la libre disposition »²⁰⁴⁴. Les contrats sur la preuve ne sont pareillement valables que « lorsqu'ils portent sur des droits dont les parties

²⁰³⁷ V. BILLIAU Marc, GHESTIN Jacques et JAMIN Christophe, *Traité de droit civil. Les effets du contrat : interprétation, qualification, durée, inexécution, effet relatif, opposabilité*, op. cit., p. 178, n°142.

²⁰³⁸ *Ibid.*, p. 179, n°142. V. C. civ., art. 2044, al. 1^{er}.

²⁰³⁹ LAMOUREUX Marie, *L'aménagement des pouvoirs du juge par les contractants : recherche sur un possible imperium des contractants*, op. cit., p. 129, n°109, note 449.

²⁰⁴⁰ *Ibid.*

²⁰⁴¹ V. *supra* n°361.

²⁰⁴² CADIET Loïc et JEULAND Emmanuel, *Droit judiciaire privé*, loc. cit. V., dans le même sens, CADIET Loïc, « Les accords sur la juridiction dans le procès », op. cit., spéc. p. 46-47 ; MERCADAL Barthélemy, « Regards sur le droit des transports », in *Études offertes à René Rodière*, Dalloz, 1981, p. 427, n°9 et s., qui présente bien la disposition comme un moyen d'éviter que les parties soient « condamnées à vivre leurs relations contractuelles sous le signe de l'anxiété tant que, à l'occasion d'un litige, le juge n'aura pas dit le droit applicable » ; BLÉRY Corinne et REICHLING Noémie, « Principes directeurs du procès – Office du juge – Fondement des prétentions litigieuses », op. cit., n°66, qui distingue le litige né des conditions communes aux alinéas 3 et 4 de l'article 12 du Code de procédure civile et l'expose comme une condition propre à l'amicable composition judiciaire ; LAMOUREUX Marie, *L'aménagement des pouvoirs du juge par les contractants : recherche sur un possible imperium des contractants*, op. cit., p. 128, n°109.

²⁰⁴³ FAUVARQUE-COSSON Bénédicte, *Libre disponibilité des droits et conflits de lois*, LGDJ, 1996, p. 42, n°63.

²⁰⁴⁴ C. civ., art. 2059.

ont la libre disposition »²⁰⁴⁵. De même, il faut, pour transiger, « avoir la capacité de disposer des objets compris dans la transaction »²⁰⁴⁶. Et c'est donc également le critère matériel de validité de l'accord de qualification ou de régime prévu par l'article 12, alinéa 3, du Code de procédure civile dans la mesure où les parties peuvent uniquement y recourir « pour les droits dont elles ont la libre disposition ». En réalité, si la libre disponibilité des droits en cause est mobilisée comme critère légal de la validité d'un certain nombre de conventions sans pour autant être définie, c'est certainement parce que la disponibilité est le principe et l'indisponibilité l'exception. Le fait est que « par principe, tous les droits sont disponibles. On en déduit la possibilité de transiger sur l'existence, les modalités, l'étendue ou la mise en œuvre de tout droit pouvant donner lieu à un litige. Cette grande liberté inclut tous les droits présents et futurs »²⁰⁴⁷. Lorsqu'elle s'intéresse aux droits indisponibles, la doctrine fonctionne alors par élimination en énumérant les domaines dans lesquels il est par exemple acquis qu'une transaction ne peut intervenir²⁰⁴⁸. La matière illustrant le mieux l'indisponibilité est certainement celle des droits se situant hors du commerce juridique. Il s'agit ici de reprendre la règle posée par l'article 1128, ancien, du Code civil qui disposait qu'« il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui puissent être l'objet des conventions ». Le texte n'a pas été conservé dans la réforme du droit des obligations mais le principe demeure. Il est ainsi impossible de transiger sur la plupart des droits extrapatrimoniaux et donc sur la grande majorité des questions intéressant l'état des personnes²⁰⁴⁹. La nationalité d'un individu²⁰⁵⁰, son divorce, sa filiation²⁰⁵¹, son mariage ne font par conséquent pas partie des droits disponibles. Plus concrètement, les droits portant sur un bien inaliénable sont en principe indisponibles. Il faut donc à tout le moins être titulaire des droits concernés par la disposition. Raison pour laquelle l'ancien article 2057, alinéa 2, du Code civil disposait que « la transaction serait nulle si elle n'avait qu'un objet sur lequel il serait constaté, par des titres nouvellement découverts, que l'une des parties n'avait aucun droit »²⁰⁵². On a néanmoins fait remarquer qu'une approche par matière présente ses limites, qu'« une matière n'est jamais ni totalement supplétive, ni entièrement impérative. Au sein de chaque catégorie juridique, règles impératives et supplétives s'entremêlent »²⁰⁵³. Une « démarche analytique »²⁰⁵⁴, droit par droit, est alors préconisée. Il est vrai qu'« on ne peut par exemple pas valablement renoncer par transaction à solliciter un divorce, mais l'on peut transiger sur les conséquences pécuniaires d'un divorce »²⁰⁵⁵. C'est pourquoi l'article 265-2, alinéa 1, du Code civil prévoit que « les époux peuvent, pendant l'instance en divorce, passer toutes conventions pour la liquidation et le partage de leur régime matrimonial ». Toujours est-il que ces grands domaines de l'indisponibilité paraissent assez éloignés des sujets susceptibles d'être investis par un pacte d'associés. Ce premier constat laisse présager un recours facilité à l'accord de qualification ou de régime pour le traitement des risques contentieux propres à ces contrats. Il faut pourtant aller ici

²⁰⁴⁵ V. C. civ., art. 1356, al. 1^{er}.

²⁰⁴⁶ C. civ., art. 2045, al. 1^{er}.

²⁰⁴⁷ THIBIERGE Louis, « Transaction », *Rép. civ.*, Dalloz, 2020, n°63.

²⁰⁴⁸ *Ibid.*, n°63 et s. La méthode est ancienne : V. DUPASQUIER Charles, *De la transaction, sa nature, ses effets*, thèse de doctorat, droit, Université de Grenoble, 1870, p. 96.

²⁰⁴⁹ THIBIERGE Louis, « Transaction », *op. cit.*, n°66 ; MULLER Yvonne, *Le contrat judiciaire en droit privé*, thèse de doctorat, droit, Université Paris I Panthéon-Sorbonne, 1995, p. 397, n°368.

²⁰⁵⁰ Cass., ch. réun., 2 févr. 1921, *DP*, 1921, 1, 1, note COLIN ; S., 1921, 1, 113, note AUDINET.

²⁰⁵¹ V. par ex. Req. 26 avr. 1924, *DP*, 1925, 1, 124.

²⁰⁵² Sur le maintien de cette règle malgré la suppression de l'article par la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle : V. THIBIERGE Louis, « Transaction », *op. cit.*, n°68.

²⁰⁵³ FAUVARQUE-COSSON Bénédicte, *Libre disponibilité des droits et conflits de lois*, *op. cit.*, p. 41, n°62

²⁰⁵⁴ *Ibid.*

²⁰⁵⁵ THIBIERGE Louis, « Transaction », *op. cit.*, n°66.

au-delà de l'apparence. Et ce car, en matière contractuelle, l'ordre public semble constituer un relais prohibitif puissant à la condition de libre disponibilité des droits.

429. Libre disponibilité des droits et ordre public – Le fait que le recours à l'instrument contractuel emporte bien plus souvent la mise en jeu d'intérêts patrimoniaux, par principe dans le commerce juridique et donc disponibles²⁰⁵⁶, n'a pas conduit la doctrine à présenter le contrat comme un terrain de liberté qui serait naturellement propice à la réception d'accords dont la validité dépend de la libre disponibilité des droits en cause. C'est que le critère de la libre disponibilité serait d'une utilité relative en matière contractuelle. C'est notamment le raisonnement mené par le Professeur Xavier Lagarde à propos de la transaction. D'après cet auteur, pour les litiges qui « mettent exclusivement en jeu des intérêts patrimoniaux, et qui posent ainsi des questions relevant du régime contractuel, la référence aux notions d'indisponibilité et d'inaliénabilité perd de sa pertinence. Afin de savoir si ces litiges peuvent se solder par une transaction, il faut donc à nouveau se demander si les règles d'ordre public qui leur sont éventuellement applicables sont d'une importance telle qu'elles n'autorisent pas cette issue »²⁰⁵⁷. On comprend qu'il s'agit ici de s'appuyer sur une idée relativement répandue selon laquelle, mise en rapport avec la notion d'ordre public, la notion de libre disponibilité des droits témoignerait « davantage d'un changement de pied terminologique que notionnel »²⁰⁵⁸. Ce raisonnement est particulièrement prégnant chez les auteurs qui se sont intéressés à l'accord de qualification ou de régime. Les Professeurs Ghestin, Jamin et Billiau illustrent bien ce passage naturel de la libre disponibilité à l'ordre public lorsqu'ils affirment que « la faculté de lier le juge par une qualification est subordonnée à la libre disposition des droits invoqués. Il n'est donc pas douteux que l'ordre public constitue la limite de ce pouvoir »²⁰⁵⁹. On retrouve alors les logiques classiques tenant à la distinction entre ordre public de direction et ordre public de protection²⁰⁶⁰. Il serait ainsi interdit de recourir à l'accord de qualification ou de régime lorsque l'ordre public de direction est en cause, mais ce même accord serait possible si les dispositions éventuellement applicables relevaient simplement de l'ordre public de protection²⁰⁶¹. Et il faudrait ajouter à cela la nécessaire préservation de l'ordre public procédural, les parties ne pouvant notamment pas, par la disposition du droit au fond, modifier les règles impératives de compétence des tribunaux²⁰⁶².

430. S'il n'est pas douteux que l'ordre public constitue la limite de principe à la liberté contractuelle, on peut en revanche se demander si cet effacement de la notion de libre disponibilité au profit de celle d'ordre public au seul motif que l'accord de qualification ou de régime appartient à la matière contractuelle est bel et bien justifié. Pour ce qui est de la mobilisation de l'ordre public procédural, celle-ci s'entend mais avant tout parce que les

²⁰⁵⁶ V. *supra* n°428.

²⁰⁵⁷ LAGARDE Xavier, « Transaction et ordre public », *D.*, 2000, p. 217, n°5.

²⁰⁵⁸ HOUTCIEFF Dimitri, « Renonciation », *op. cit.*, n°43.

²⁰⁵⁹ BILLIAU Marc, GHESTIN Jacques et JAMIN Christophe, *Traité de droit civil. Les effets du contrat : interprétation, qualification, durée, inexécution, effet relatif, opposabilité*, *op. cit.*, p. 176, n°139.

²⁰⁶⁰ Sur cette distinction : V. *supra* n°406.

²⁰⁶¹ V. BILLIAU Marc, GHESTIN Jacques et JAMIN Christophe, *Traité de droit civil. Les effets du contrat : interprétation, qualification, durée, inexécution, effet relatif, opposabilité*, *loc. cit.* ; LAMOUREUX Marie, *L'aménagement des pouvoirs du juge par les contractants : recherche sur un possible imperium des contractants*, *op. cit.*, p. 122, n°98. Ce qui conduit ces auteurs à revenir de manière critique sur un arrêt relativement ancien de la chambre sociale de la Cour de cassation (Soc., 7 janv. 1998, *Bull. civ.*, 1998, V, n°2) par lequel la Cour avait refusé qu'un accord exprès des parties puisse « méconnaître le régime d'ordre public du contrat d'apprentissage » alors que ces dispositions n'ont en principe qu'un caractère de protection de l'apprenti.

²⁰⁶² MIGUET Jacques, « Réflexions sur le pouvoir des parties de lier le juge par les qualifications et points de droit (article 12, alinéa 4 du Nouveau Code de procédure civile) », *op. cit.*, spéc. p. 579-580.

droits d'intérêt public, et donc les règles de compétence des tribunaux, ne sont pas des droits disponibles²⁰⁶³. On s'éloigne ici de l'intérêt privé et il est donc logique que l'accord de qualification ou de régime rencontre une limite. En revanche, en appeler à l'ordre public de direction ou de protection comme s'il y avait là un synonyme de l'indisponibilité nous semble erroné ou à tout le moins particulièrement trompeur. En effet, le caractère abdicatif de l'accord de qualification ou de régime n'est que secondaire. Ce qui compte en premier lieu c'est la neutralisation de l'office du juge que les parties cherchent à opérer *ab initio*²⁰⁶⁴. Par définition, il n'y a pas ici de renonciation à une norme identifiée mais une élection conjointe d'une règle de qualification ou de régime. C'est la phase de recherche qui aurait pu mener vers une norme, éventuellement d'ordre public ou non, qui est supprimée²⁰⁶⁵. Il y a donc une incohérence fondamentale à opposer un ordre public éventuel à un accord de qualification ou de régime. Il est ici possible de transposer ce qui a pu être constaté par certains auteurs à propos du règlement amiable à savoir qu'« en l'absence de jugement, on ne saura donc jamais ce qu'aurait été la solution du litige conforme à la règle de droit applicable à celui-ci. De cette incertitude, il résulte que le règlement amiable n'est pas en lui-même dérogatoire à l'ordre public »²⁰⁶⁶. Le fait est qu'« il faut définir la libre disposition du droit par rapport aux parties »²⁰⁶⁷ car « si l'on peut dire qu'une loi est supplétive, on ne peut pas considérer qu'elle est disponible. Ce sont les droits subjectifs qui le sont. À l'inverse “ un droit subjectif n'est pas d'ordre public, c'est la loi qui l'est ” »²⁰⁶⁸. Cette application malaisée de l'ordre public à l'accord de qualification ou de régime se retrouvent d'ailleurs chez les auteurs qui y ont recours. Ainsi par exemple de la Professeure Marie Lamoureux qui, après voir exposé que « les parties ne peuvent lier le juge sur une qualification ou un point de droit qui heurterait l'ordre public »²⁰⁶⁹, conclut son développement de la manière suivante : « Toutefois, si les parties optent pour une qualification éludant des règles d'ordre public mais que la qualification retenue est juridiquement possible, le juge devrait être lié par cette qualification. En d'autres termes, lorsque deux qualifications sont raisonnablement possibles, les parties ne perdent pas leur liberté de lier le juge sur la qualification du simple fait qu'un régime d'ordre public résulterait de l'autre qualification possible »²⁰⁷⁰. Faut-il pour autant en conclure que l'ordre public est toujours absent du contrôle de validité des accords de qualification ou de régime, ce qui laisserait une grande liberté aux parties dans la mise en jeu contractuelle de leurs intérêts patrimoniaux ? Une telle conclusion serait assurément hâtive car, même s'il est vrai qu'un raisonnement droit par droit doit être préféré à un raisonnement matière par matière²⁰⁷¹, il y a bien des domaines où l'impérativité est plus marquée que d'autres. On peut alors entendre que dans certaines branches du droit il faille mener un raisonnement

²⁰⁶³ THIBIERGE Louis, « Transaction », *op. cit.*, n°73.

²⁰⁶⁴ V. *supra* n°419 et s.

²⁰⁶⁵ V. *supra* n°421.

²⁰⁶⁶ GUINCHARD Serge, BANDRAC Monique, DOUCHY Méline, FERRAND Frédérique, LAGARDE Xavier, MAGNIER Véronique, RUIZ FABRI Hélène, SINOPOLI Laurence et SOREL Jean-Marc, *Droit processuel : droit commun et droit comparé du procès*, Dalloz, 2^e éd., 2003, p. 915, n°591.

²⁰⁶⁷ MIGUET Jacques, « Réflexions sur le pouvoir des parties de lier le juge par les qualifications et points de droit (article 12, alinéa 4 du Nouveau Code de procédure civile) », *op. cit.*, spéc. p. 583

²⁰⁶⁸ FAUVARQUE-COSSON Bénédicte, *Libre disponibilité des droits et conflits de lois*, *op. cit.*, p. 11, n°14, note 5.

²⁰⁶⁹ LAMOUREUX Marie, *L'aménagement des pouvoirs du juge par les contractants : recherche sur un possible imperium des contractants*, *loc. cit.*

²⁰⁷⁰ LAMOUREUX Marie, *L'aménagement des pouvoirs du juge par les contractants : recherche sur un possible imperium des contractants*, *op. cit.*, p. 123, n°98.

²⁰⁷¹ V. *supra* n°428.

davantage « institutionnel que substantiel »²⁰⁷² et considérer que, peu importe la direction empruntée, la manifestation de volonté doit être dépourvue d'effets. De telles réflexions sont parfois développées en droit de la concurrence²⁰⁷³. Il n'est pas exclu qu'il faille les garder à l'esprit lorsque l'ordre public sociétaire est à même d'être concerné par l'accord des parties²⁰⁷⁴. Néanmoins, le principe doit rester que la condition matérielle de validité de l'accord de qualification ou de régime est la libre disponibilité des droits en cause, indépendamment de l'applicabilité potentielle de dispositions d'ordre public aux droits concernés.

- 431.** Risques contentieux relatifs à la qualification et au régime d'un mécanisme peuvent donc faire l'objet d'un traitement commun par la neutralisation de l'office du juge qu'opère un accord de qualification ou de régime. Si l'on ajoute à la neutralisation de l'office du juge le déploiement des techniques de renonciation développées lors de l'étude de la contrainte à destination des parties pour traiter le risque contentieux relatif à l'interprétation d'une norme²⁰⁷⁵, le modèle contractuel de traitement du risque contentieux est presque complet. Reste néanmoins à dire un mot des cas dans lesquels, sans éliminer véritablement le risque de discussion, les parties souhaitent délimiter le cadre de celle-ci en aménageant l'office du juge.

II. L'aménagement de l'office du juge

- 432. Risques concernés** – Il peut paraître surprenant d'évoquer la question de l'aménagement de l'office du juge dans des développements consacrés au traitement du risque contentieux. En effet, l'aménagement préserve l'usage²⁰⁷⁶ et donc aménager n'est pas neutraliser. En ne préemptant pas *ab initio* la discussion que pourrait générer un mécanisme, on court le risque de la voir survenir dans une configuration non désirée. Raison pour laquelle nous avons jusqu'à présent proposé des techniques énergiques de traitement des risques contentieux relatifs à la qualification du mécanisme, à son régime ou à l'interprétation d'une norme. C'est que la prérogative contractuelle d'interprétation²⁰⁷⁷, l'exclusion d'une norme légale²⁰⁷⁸ ou jurisprudentielle²⁰⁷⁹, l'accord de qualification ou de régime²⁰⁸⁰, ne laissent pas de place à la discussion. Néanmoins, il n'est pas rare que soit proposé aux parties d'anticiper la discussion qui pourrait découler de l'application d'une norme donnée à leur accord, non pas en l'excluant mais en définissant la façon dont les termes de cette norme devraient être entendus par le juge en cas de contentieux. Les risques contentieux relatifs à la qualification et au régime du mécanisme sont donc exclus de cette démarche qui concerne uniquement l'interprétation d'une norme. Il nous faut apprécier dans quelle mesure cet aménagement de l'office du juge doit être intégré à notre modèle

²⁰⁷² GUINCHARD Serge, BANDRAC Monique, DOUCHY Mélina, FERRAND Frédérique, LAGARDE Xavier, MAGNIER Véronique, RUIZ FABRI Hélène, SINOPOLI Laurence et SOREL Jean-Marc, *Droit processuel : droit commun et droit comparé du procès*, op. cit., p. 920, n°593.

²⁰⁷³ *Ibid.*

²⁰⁷⁴ V. *infra* n°535 et s.

²⁰⁷⁵ V. *supra* n°405 et s.

²⁰⁷⁶ V. *Dictionnaire de l'Académie française*, op. cit., v° « Aménager » : « disposer en vue d'un usage déterminé ».

²⁰⁷⁷ V. *supra* n°382 et s.

²⁰⁷⁸ V. *supra* n°405 et s.

²⁰⁷⁹ V. *supra* n°411 et s.

²⁰⁸⁰ V. *supra* n°422 et s.

contractuel de traitement du risque contentieux, et ce que soit concernée une norme contractuelle (A) ou une norme jurisprudentielle ou légale (B).

A. Le cas de la norme contractuelle

433. Utilité relative de l'aménagement de l'office du juge en matière de norme contractuelle – C'est certainement la norme contractuelle qui a le plus retenu l'attention des parties désireuses d'aménager l'office du juge en cas de contentieux. Ces dernières ont en effet de longue date pris conscience qu'à l'instant même où elles s'accordaient sur le contenu de leur accord, celui-ci pouvait faire l'objet de divergences d'interprétation. Afin de répondre à une volonté légitime de protection contre l'aléa judiciaire inhérent à tout procédé interprétatif, la pratique a alors proposé une série de procédés censés réduire l'incertitude accompagnant les discussions relatives à l'interprétation d'une norme contractuelle. Il s'agit de la grande catégorie des clauses d'interprétation du contrat que nous avons déjà évoquée²⁰⁸¹. Il nous faut pourtant redire ici ce qui nous avait amené à conclure à l'inadéquation de ces techniques en tant qu'outil de traitement du risque contentieux. Qu'il s'agisse de clauses d'intégralité, d'intitulé, de définition ou plus largement d'organiser les méthodes interprétatives du contrat, ces procédés standardisés ne visent presque jamais un risque contentieux particulier généré par un engagement donné²⁰⁸². L'office du juge s'en trouve certes le plus souvent aménagé²⁰⁸³ mais à un niveau général qui n'aura que peu d'influence en cas de discussion contentieuse liée à la structure d'un engagement précis.

B. Le cas des normes légales et jurisprudentielles

434. Fréquence de l'aménagement de l'office du juge en matière de norme légale – Il n'est pas rare que les parties, tenant parfois compte de leurs « capacités négociatrices »²⁰⁸⁴, préfèrent maintenir la possibilité d'invoquer une norme légale en cas de contentieux tout en aménageant dans le même temps le cadre de la discussion que celle-ci pourrait provoquer. L'office du juge n'est alors pas neutralisé mais seulement aménagé. En effet, les contractants vont dicter *ab initio* les conditions auxquelles la disposition susvisée pourra éventuellement remettre en cause leurs engagements. Tel est notamment le cas dans le domaine de l'exécution forcée lorsque les parties décident de se projeter sur les potentialités contentieuses de l'article 1221 du Code civil en déterminant par exemple par avance le seuil à partir duquel la disproportion manifeste entre l'intérêt du créancier pour l'exécution forcée et le coût de l'exécution pour le débiteur peut être caractérisée²⁰⁸⁵. Contrairement à ce que nous venons de dire à propos de la norme contractuelle²⁰⁸⁶, une discussion précise est ici visée et, si le risque de discussion n'est pas éliminé, on peut néanmoins admettre qu'il se

²⁰⁸¹ V. *supra* n°340.

²⁰⁸² V. *supra* n°340.

²⁰⁸³ Le principe étant que les juges s'exposent « à une censure pour dénaturation s'ils retiennent un sens différent de celui exprimé par une clause de définition claire et précise » (LAMOUREUX Marie, *L'aménagement des pouvoirs du juge par les contractants : recherche sur un possible imperium des contractants*, *op. cit.*, p. 140, n°121).

²⁰⁸⁴ CORMIER Maxime, « Les clauses relatives au contrôle de la disproportion manifeste de l'exécution forcée du contrat », *op. cit.*, p. 3.

²⁰⁸⁵ V. *supra* n°335.

²⁰⁸⁶ V. *supra* n°433.

trouve dans une certaine mesure appréhendé. À quelles conditions cette appréhension peut-elle s'effectuer ? On peut intuitivement transposer ce qui a été dit à propos de l'exclusion d'une norme légale à savoir que l'aménagement ne pourrait s'opérer que si la norme concernée n'est pas impérative²⁰⁸⁷. Néanmoins, l'identité de traitement entre aménagement et exclusion qu'emporte un tel parallèle paraît excessive. En effet, lorsque les contractants encadrent la façon dont une norme légale pourra s'appliquer à leur rapport, ils n'en excluent pas par définition l'application. Même impérative, celle-ci devrait pouvoir être appréhendée par les contractants sauf à ce que l'aménagement proposé n'aboutisse en fait à une exclusion, ce qui devra être apprécié au cas par cas. La Cour de cassation avait d'ailleurs en son temps clairement réservé l'hypothèse de l'aménagement conventionnel en présence d'une disposition pourtant impérative²⁰⁸⁸. Cette distinction plus nette entre aménagement et exclusion de la norme ouvre d'ailleurs des potentialités à propos des risques contentieux portant sur la validité d'un engagement. On sait en effet qu'il n'est pas possible d'exclure *a priori* une norme si celle-ci régit la validité d'un engagement en raison de l'interdiction des confirmations par avance²⁰⁸⁹. En revanche, un aménagement mesuré de la façon dont cette norme devrait être entendue en cas de contentieux ne saurait *de facto* être assimilé à une confirmation interdite. Il faudra ici regarder si les parties, en proposant un cadre pour la réalisation de l'office du juge, ont préservé l'application de la règle.

- 435. Transposition possible au cas des normes jurisprudentielles** – Bien que l'on ne trouve pas véritablement de trace d'aménagement contractuel de l'office du juge dans l'application d'une norme jurisprudentielle, il n'est pas de raison que ce qui vient d'être dit à propos des normes légales ne puisse pas être transposé au cas des normes jurisprudentielles. Plutôt que d'exclure par avance une norme jurisprudentielle à même de remettre en cause leurs engagements en cas de contentieux, les parties pourraient préférer encadrer la façon dont celle-ci trouverait à s'appliquer dans une telle situation. Et, de nouveau, l'aménagement n'étant pas l'exclusion, il ne devrait pas être conditionné à l'absence d'impérativité de la norme concernée²⁰⁹⁰. Les mêmes potentialités lorsque la norme jurisprudentielle est susceptible de conditionner la validité de l'engagement étant alors ouvertes²⁰⁹¹.

- 436. Conclusion de section** – L'étude de la contrainte à destination du juge aura permis de compléter efficacement le modèle contractuel de traitement du risque contentieux en embrassant les risques qui n'avaient pu être traités par la seule mise en place d'une contrainte à destination des parties. Sont en premier lieu concernés les risques contentieux relatifs à la qualification et au régime du mécanisme. En neutralisant *ab initio* l'office du juge par la conclusion d'un accord de qualification ou de régime, les parties se mettent en effet d'accord sur un résultat juridique qui s'imposera au juge en cas de contentieux, ce dernier se voyant dicté par avance l'effet que doit produire un engagement donné. Constituait ainsi, par exemple, un accord de régime celui conclu par les parties afin de déterminer par avance l'effet de la levée d'option en cas de rétractation préalable du promettant. La validité de cet accord est subordonnée au respect des conditions de l'article

²⁰⁸⁷ V. *supra* n°405 et s.

²⁰⁸⁸ V. *supra* n°408 et s.

²⁰⁸⁹ V. *supra* n°405.

²⁰⁹⁰ Sur la possible impérativité d'une norme jurisprudentielle : V. *supra* n°412.

²⁰⁹¹ V. *supra* n°434.

12, alinéa 3, du Code de procédure civile. Formellement, l'accord doit être exprès, ce qui impose de se référer explicitement à cet article. Ledit accord doit normalement élire une qualification possible au regard des faits même si cette exigence non prévue par le texte devrait être réservée aux cas les plus manifestes dans lesquels la qualification choisie ne correspond en aucun point à l'objet du contrat. Il convient également de considérer, à l'instar d'autres auteurs, que rien ne s'oppose à ce que cet accord intervienne avant tout litige, c'est-à-dire dès la conclusion du pacte. Matériellement, l'accord doit porter sur des droits disponibles. Le maniement de cette condition s'avère délicat. D'une part, la délimitation des droits disponibles ne peut être que négative. Un droit est donc en principe disponible s'il ne se rapporte pas à l'un des grands domaines de l'indisponibilité, ces derniers concernant surtout les matières où sont en jeu des intérêts extra-patrimoniaux. D'autre part, la libre disponibilité des droits doit rester le critère matériel de validité d'un accord de qualification ou de régime, même en matière contractuelle. Le fait est qu'un tel accord porte sur un droit subjectif et non objectif. Il en résulte que, sauf exception, la disponibilité s'apprécie indépendamment de l'applicabilité potentielle de dispositions d'ordre public aux droits concernés. En ce sens, les droits extrapatrimoniaux sont, par principe, indisponibles – tel est le cas, par exemple, des questions relatives à la filiation ou à la nationalité. En revanche, lorsqu'il s'agit d'intérêts purement patrimoniaux, comme dans une cession de droits sociaux, la libre disposition ne soulève a priori aucune difficulté. En second lieu, le risque contentieux relatif à l'interprétation d'une norme n'est pas totalement ignoré de la contrainte à destination du juge. Il ne s'agit alors plus d'une neutralisation, mais d'un aménagement de l'office du juge. Pour ce qui est de la norme contractuelle, cet aménagement prend la forme de clauses relatives à l'interprétation du contrat qui se révèlent peu à même de traiter un risque contentieux particulier propre à un engagement donné. De sorte que ces clauses ne doivent pas être intégrées à notre modèle de traitement. En revanche, déterminer la façon dont une norme légale ou jurisprudentielle devrait être entendue en cas de contentieux permet une véritable appréhension du risque contentieux correspondant. Tel serait le cas, par exemple, si les parties s'entendaient à l'avance sur le seuil à partir duquel la disproportion manifeste prévue par l'article 1221 du Code civil doit être caractérisée. L'aménagement n'étant pas l'exclusion, il n'est pas de raison qu'il soit systématiquement conditionné à l'absence d'impérativité de la norme concernée. Tout dépendra du fait de savoir si les parties, en assignant un cadre au juge dans la réalisation de son office, ont préservé l'application de la norme légale ou jurisprudentielle.

Conclusion du chapitre 2

- 437.** Envisagée comme une technique de traitement du risque contentieux, la contrainte est susceptible de prendre deux directions complémentaires.
- 438.** Exercée à destination des parties, elle conduit à ce que ces dernières renoncent à leur compétence contentieuse et ne puissent donc, par la perte partielle de leur droit d'agir en justice, matérialiser les risques contentieux éligibles au modèle de la renonciation. En mettant en rapport les trois grands types de risques contentieux et la technique de la renonciation, il est apparu que seul le risque relatif à l'interprétation d'une norme pouvait être traité par une renonciation. Concrètement, lorsque le risque contentieux porte sur l'interprétation d'une norme contractuelle, la renonciation prend la forme de l'octroi par l'une des parties à l'autre d'une prérogative contractuelle d'interprétation. En cas de divergence, seul le détenteur de cette prérogative pourra donc interpréter l'engagement concerné, par exemple en décidant si l'information sollicitée relève ou non de l'obligation d'information prévue par le pacte. La validité de cette prérogative peut être affirmée au regard du droit positif. Un contrôle formel et substantiel permet toutefois de s'assurer que la prérogative est exercée de manière loyale. Lorsque le risque contentieux porte sur l'application d'une norme légale ou jurisprudentielle, la renonciation est plus classique. Il s'agit alors d'exclure par avance la norme concernée du débat contentieux. Ainsi des stipulations par lesquelles les parties s'interdisent d'invoquer les limites posées par l'article 1221 du Code civil à l'exécution forcée en nature. Cette renonciation anticipée n'est possible que si la norme exclue n'est pas impérative. Qu'il s'agisse d'une disposition légale ou d'une règle jurisprudentielle, l'évaluation de cette impérativité ne pourra être réalisée qu'au cas par cas.
- 439.** Exercée à destination du juge, la contrainte obéit à une logique différente. C'est ici l'office du juge qui est directement concerné. Celui-ci peut tout d'abord être neutralisé. Cette neutralisation permet de traiter les risques contentieux relatifs à la qualification ou au régime du mécanisme en ayant recours à un accord de qualification ou de régime. Constituait ainsi, par exemple, un accord de régime celui conclu par les parties afin de déterminer par avance l'effet de la levée d'option en cas de rétractation préalable du promettant. Pour être valide, cet accord devra respecter les conditions de l'article 12, alinéa 3, du Code de procédure civile et donc être exprès et porter sur des droits disponibles, ce qui suppose en principe que les intérêts en jeu soient purement patrimoniaux. Mais les parties peuvent également se contenter d'aménager l'office du juge en dictant la façon dont une norme légale ou jurisprudentielle devrait être entendue en cas de contentieux. Tel serait le cas, par exemple, si les parties s'entendaient à l'avance sur le seuil à partir duquel la disproportion manifeste prévue par l'article 1221 du Code civil doit être caractérisée. Le risque contentieux relatif à l'interprétation d'une norme est alors traité de manière moins radicale que dans l'hypothèse d'une exclusion. Cette ambition limitée explique que l'impérativité de la norme concernée ne soit pas nécessairement un critère discriminant pour la validité de cet aménagement.

Conclusion du titre premier

440. Les développements de ce titre premier auront fait apparaître un nouveau modèle de traitement du risque contentieux. Ce dernier repose entièrement sur la notion de contrainte. Pour s'en justifier, il nous aura d'abord fallu expliquer en quoi le recours à la contrainte est opportun au sein des pactes d'associés. Face à l'inadéquation des techniques actuelles de traitement des risques contentieux, la contrainte tire sa force de sa singularité. Elle ne se résume ni à une sanction, ni à une simple obligation nouvelle, mais agit directement sur la compétence contentieuse des contractants. Ainsi, à la différence par exemple d'une clause pénale qui, bien qu'exerçant une fonction dissuasive à l'égard du débiteur récalcitrant, ne prévient en rien la discussion de fond sur l'application ou le bien-fondé de l'engagement initial, la contrainte s'attaque directement à la matérialisation du risque contentieux. C'est ce qui l'élite comme technique de traitement du risque contentieux. Il restait alors à découvrir plus concrètement les potentialités de cette technique en présentant les types de contrainte envisageables. Deux voies complémentaires ont ici pu être empruntées. La contrainte à destination des parties organise en premier lieu un recours au modèle de la renonciation qui permet de traiter le risque contentieux relatif à l'interprétation d'une norme. Concrètement, lorsque le risque contentieux porte sur l'interprétation d'une norme contractuelle, la renonciation prend la forme de l'octroi par l'une des parties à l'autre d'une prérogative contractuelle d'interprétation, lui permettant par exemple de décider si l'information sollicitée relève ou non de l'obligation d'information prévue par le pacte. Lorsque le risque contentieux porte sur l'application d'une norme légale ou jurisprudentielle, la renonciation est plus classique. Il s'agit alors d'exclure par avance la norme concernée du débat contentieux. Ainsi, les parties peuvent stipuler par avance qu'elles s'interdisent d'invoquer les limites posées par l'article 1221 du Code civil à l'exécution forcée en nature. La contrainte à destination du juge permet en second lieu de neutraliser ou d'aménager son office. Il y a neutralisation lorsqu'est établi un accord de qualification ou de régime qui permet de traiter directement le risque contentieux relatif à la qualification ou au régime d'un mécanisme. Constituait ainsi, par exemple, un accord de régime celui conclu par les parties afin de déterminer l'effet de la levée d'option en cas de rétractation préalable du promettant. Encore faut-il, pour que cet accord soit valide, que les droits en cause soient disponibles : si les droits extrapatrimoniaux sont par principe indisponibles, les droits purement patrimoniaux, comme ceux résultant d'une cession de droits sociaux, ne soulèvent en revanche *a priori* aucune difficulté. Il y a ensuite aménagement lorsque les parties se contentent de dicter la façon dont une norme légale ou jurisprudentielle devrait être entendue en cas de contentieux. Tel est le cas lorsqu'elles s'accordent à l'avance sur le seuil à partir duquel la disproportion manifeste prévue par l'article 1221 du Code civil doit être caractérisée.

441. Cumulant contrainte à destination des parties et contrainte à destination du juge, le modèle contractuel de traitement du risque contentieux est prêt à être déployé au sein des pactes d'associés. C'est à cette mise en œuvre qu'il nous faut désormais nous atteler.

Titre second : Le déploiement de la contrainte : la mise en œuvre du traitement du risque contentieux

- 442.** Le déploiement de la contrainte au sein des pactes d'associés a pour objet simple de reprendre les étapes clés du raisonnement mené dans les précédents développements en concrétisant un traitement du risque contentieux resté jusqu'alors assez largement conceptuel.
- 443.** Rappelons en effet que l'observation empirique du risque contentieux au sein des pactes d'associés a d'abord permis de ranger le risque propre à chaque engagement dans une catégorie plus large : risque contentieux relatif à la qualification du mécanisme, relatif à son régime ou encore relatif à l'interprétation d'une norme, qu'elle soit légale, contractuelle ou jurisprudentielle²⁰⁹². Le travail de systématisation, dans son versant matériel, a ensuite consisté à définir et circonscrire chacun de ces risques²⁰⁹³ ; dans son versant personnel, il a éclairé le rapport des contractants au risque contentieux, en mettant en évidence que ces derniers disposaient d'une véritable compétence contentieuse, en ce qu'eux seuls sont aptes à matérialiser les risques correspondants²⁰⁹⁴. Nous avons ensuite pu dégager un modèle général de traitement du risque contentieux, qui devait nécessairement être fondé sur la contrainte, seule à même d'agir sur la compétence contentieuse des contractants²⁰⁹⁵ ; il s'est alors agi de rapprocher chacun de ces trois grands risques du type de contrainte approprié, entre contrainte à destination des parties et contrainte à destination du juge²⁰⁹⁶.
- 444.** *In fine*, le déploiement de la contrainte suppose de reprendre notre typologie des engagements contenus dans les pactes d'associés²⁰⁹⁷, afin d'attribuer, engagement par engagement, au risque contentieux propre à chacun d'eux, la bonne technique de traitement, c'est-à-dire la contrainte appropriée (ce qui impliquera de rappeler, pour chaque engagement, la catégorisation préalable du risque contentieux identifié lors de l'observation empirique). Encore faut-il préciser un dernier point en indiquant qu'il faudra vérifier que cette attribution est possible. Nous avons en effet vu dans le titre précédent que le droit positif posait des conditions à la bonne réception des types de contrainte envisagés²⁰⁹⁸. Le risque contentieux propre à un engagement peut ainsi être éligible à une contrainte, par exemple à un accord de qualification, sans pour autant relever d'une matière où celui-ci est admissible, en l'occurrence une matière où les droits en cause seraient disponibles²⁰⁹⁹. Deux issues sont alors envisageables. Soit cette étape de vérification est franchie positivement et l'on pourra proposer une clause type de traitement du risque contentieux correspondant. Soit il ressort de cette même étape de vérification que le risque contentieux généré par l'engagement en question ne peut être traité. Un tel constat constitue une information importante pour les rédacteurs de pactes et leur permettra éventuellement de revisiter l'opportunité d'avoir recours à l'engagement concerné.

²⁰⁹² V. *supra* n°204 et s.

²⁰⁹³ V. *supra* n°291 et s.

²⁰⁹⁴ V. *supra* n°303 et s.

²⁰⁹⁵ V. *supra* n°328 et s.

²⁰⁹⁶ V. *supra* n°354 et s.

²⁰⁹⁷ V. *supra* n°105.

²⁰⁹⁸ V. *supra* n°327 et s.

²⁰⁹⁹ V. *supra* n°428 et s.

445. Ainsi précisé, le traitement du risque contentieux sera mis en œuvre en distinguant le traitement du risque contentieux propre aux mécanismes exigeant un transfert de droits sociaux (**chapitre 1**), du traitement du risque contentieux propre aux mécanismes exigeant un comportement (**chapitre 2**).

Chapitre 1 : Le traitement du risque contentieux propre aux mécanismes exigeant un transfert de droits sociaux

446. Si l'étude des techniques actuelles de traitement du risque contentieux a mis en évidence leur inadéquation, y compris lorsqu'elles reposent sur une approche par phases²¹⁰⁰, la cohérence de la démarche impose, désormais que nous disposons d'un modèle de traitement adéquat²¹⁰¹, de conserver la méthode adoptée lors de l'observation du risque contentieux, afin de passer dans la continuité de l'analyse, de l'observation au traitement. Or, c'est bien une approche par phases qui avait été initialement retenue²¹⁰². Il convient donc de la maintenir, car elle s'est révélée opérante pour appréhender les différents risques contentieux en fonction des étapes de la vie du pacte d'associés. Il s'agit à présent de retrouver ces mêmes risques, non plus pour les observer, mais pour en organiser le traitement. Nous distinguerons ainsi le traitement du risque contentieux en phase de formation et de disparition (section 1), de celui en phase d'exécution (section 2).

²¹⁰⁰ V. *supra* n°330 et s.

²¹⁰¹ V. *supra* n°354 et s.

²¹⁰² V. *supra* n°206.

Section 1 : Le traitement du risque contentieux en phase de formation et de disparition

447. Le maintien de l'approche par phases conduit à dissocier le traitement en phase de formation du traitement en phase de disparition. Il a en effet déjà été établi que ces deux phases, bien que situées à des moments opposés de la vie du pacte, partagent une même logique juridique en ce qu'elles interrogent toutes deux la normativité de l'engagement : son acquisition pour la formation, sa perte pour la disparition²¹⁰³. Nous avons ainsi observé que les discussions contentieuses relatives à ces deux phases visaient, soit à contester l'accès du pacte à la normativité, soit à en constater la perte. Il est donc cohérent, au stade du traitement, de reprendre cette même distinction afin d'examiner séparément les techniques applicables à chacune de ces hypothèses, en distinguant le traitement en phase de formation (I) du traitement en phase de disparition (II).

I. Le traitement en phase de formation

448. La structure des mécanismes de transfert de droits sociaux avait conduit, lors de l'observation empirique, à dégager des risques contentieux propres au déclenchement et à la détermination des éléments relatifs au transfert²¹⁰⁴. Ce sont ces risques qui doivent désormais faire l'objet d'un traitement. Seront donc successivement abordés, d'une part, le traitement du risque contentieux dans le déclenchement du transfert (A), et, d'autre part, celui du risque contentieux dans la détermination des éléments relatifs au transfert (B).

A. Le traitement du risque contentieux dans le déclenchement du transfert

449. La pratique a ici recours à deux principaux systèmes pour déclencher un transfert de droits sociaux que sont le système optionnel et le système conditionnel²¹⁰⁵. Ces deux cadres, bien que poursuivant le même objectif (organiser le transfert de droits sociaux), sont générateurs de risques contentieux propres, et appellent donc, au stade du traitement, une analyse dissociée. Raison pour laquelle nous distinguerons le traitement du risque contentieux lié au système optionnel (1), de celui lié au système conditionnel (2).

1) Le traitement du risque contentieux lié au système optionnel

450. Rappel du risque – Il faut ici commencer par rappeler la nature du risque contentieux généré par le système optionnel en phase de formation. Alors que le droit positif paraît ne poser aucune difficulté pour l'attribution d'un droit d'option, la technique étant expressément consacrée par l'article 1124, alinéa 1^{er}, du Code civil²¹⁰⁶, nous avons vu que le fait d'accorder un droit d'opter pour un transfert de droit sociaux était faussement neutre dans la mesure où il s'agit toujours de répondre à une dynamique sociale donnée en permettant à un bénéficiaire, par le retard que l'option organise dans le déclenchement du transfert, d'exercer une certaine maîtrise sur l'évolution de l'aventure sociétaire, maîtrise qu'un transfert simple ne lui aurait jamais conférée²¹⁰⁷. Or, cette volonté particulière est

²¹⁰³ V. *supra* n°206.

²¹⁰⁴ V. *supra* n°212 et s.

²¹⁰⁵ V. *supra* n°108 et s.

²¹⁰⁶ Ce dernier disposant que « la promesse unilatérale est le contrat par lequel une partie, le promettant, accorde à l'autre, le bénéficiaire, le droit d'opter pour la conclusion d'un contrat dont les éléments essentiels sont déterminés, et pour la formation duquel ne manque que le consentement du bénéficiaire » (C. civ., art. 1124, al. 1^{er}).

²¹⁰⁷ V. *supra* n°214.

susceptible d'entraîner l'application de normes prohibitives qui vont venir remettre en cause la validité du mécanisme. Deux exemples principaux avaient été évoqués lors de l'observation du risque contentieux, à savoir l'application de l'article 1844-1, alinéa 2, du Code civil qui interdit les clauses léonines et celle de l'article 722 du Code civil qui prohibe les pactes sur succession future²¹⁰⁸.

451. Impossibilité de traitement – Concernant l'article 1844-1, alinéa 2, du Code civil, il est d'abord envisageable de traiter le risque contentieux relatif à l'application de cette norme en l'excluant du débat contentieux. Juridiquement, nous avons vu qu'une telle contrainte supposait que les parties renoncent ensemble et de manière anticipée à invoquer la norme en question. L'admissibilité d'une telle renonciation étant alors doublement conditionnée à ce qu'elle ne porte pas sur une norme régissant la validité de l'engagement, les confirmations par avance étant interdites, et à ce que la norme exclue soit supplétive²¹⁰⁹. Or, chacun sait que l'article 1844-1, alinéa 2, du Code civil, répute « non écrites » les clauses léonines. Exclure la norme du débat contentieux par le jeu d'une renonciation aurait donc pour effet de désactiver par anticipation une cause d'invalidité, ce que l'interdiction des confirmations par avance ne permet pas. En outre, la sanction du réputé non écrit constitue sans doute possible un marqueur de l'impérativité du texte²¹¹⁰. Toute contrainte à destination des parties est donc à rejeter en la matière. Seule pourrait donc être mobilisée une contrainte à destination du juge. S'agissant de l'application d'une norme légale, le procédé consiste à aménager l'office du juge en contractualisant *ab initio* le cadre de la discussion que la norme pourrait générer. Cet aménagement conventionnel n'est *a priori* pas conditionné à l'absence d'impérativité du texte si l'application de la disposition est préservée²¹¹¹. Cette dernière affirmation est porteuse d'espoir mais ne semble pas transposable à l'article 1844-1, alinéa 2, du Code civil. En effet, l'appréciation du caractère léonin ou non d'un transfert optionnel de droits sociaux à prix fixe ou plancher dépend grandement de la vision que l'on adopte de la contribution aux pertes. Soit on décide d'y voir une notion purement technique qui suppose une appréciation comptable ne pouvant être réalisée qu'à la liquidation de la société, soit on privilégie une approche économique et alors se couvrir contre la plus ou moins-value des droits sociaux peut être perçu comme ayant une incidence sur la façon dont un associé s'attribue le profit ou contribue aux pertes de la société²¹¹². Le problème est que cette interprétation n'est pas contractuellement disponible. Certes, les juges de la Cour de cassation sont libres de dire qu'« une convention dont l'objet est, sauf fraude, d'assurer, moyennant un prix librement convenu, la transmission de droits sociaux, est étrangère au pacte social et est, par suite, sans incidence sur la participation aux bénéfices et la contribution aux dettes dans les rapports sociaux »²¹¹³ mais les parties ne jouissent pas de la même liberté. Si elles venaient par exemple à se réserver mutuellement la possibilité d'invoquer l'article 1844-1, alinéa 2, du Code civil, tout en convenant dans le même temps de limiter les discussions portant sur l'application de cet article aux stipulations concernant uniquement les opérations liquidatives, elles empêcheraient le juge de confronter la validité d'autres engagements à ce texte. Sous couvert d'aménagement de l'office du juge, on aboutirait en réalité à une exclusion par avance de la norme dans certaines hypothèses ce qui, nous l'avons vu, est impossible.

²¹⁰⁸ V. *supra* n°215.

²¹⁰⁹ V. *supra* n°405 et s.

²¹¹⁰ V. *supra* n°409.

²¹¹¹ V. *supra* n°434.

²¹¹² Sur cette vision restrictive ou expansive du risque social assumé par l'associé : V. *supra* n°54 et s.

²¹¹³ Com., 21 juin 2023, n°21-21.875, préc. On aura compris que c'est bien de contribution aux pertes et non de contribution aux dettes dont il est en réalité ici question.

452. La difficulté est similaire pour ce qui est de la prohibition des pactes sur succession future et donc de l'application de l'article 722 du Code civil. Lorsque l'argument est soulevé par l'un des plaideurs, c'est bien de la validité du mécanisme dont il est question²¹¹⁴. L'interdiction des confirmations par avance empêche donc pareillement les parties de renoncer de manière anticipée à l'invocation de la norme. Et de nouveau la prohibition susvisée ne laisse pas de marge interprétative qui permettrait d'aménager l'office du juge. Le contraindre par anticipation à considérer que le transfert optionnel crée un droit actuel pur et simple dont seule l'exécution est différée au décès du promettant et non un simple droit éventuel révélateur des stipulations interdites²¹¹⁵ reviendrait à désactiver une potentielle cause de nullité et donc à opérer une confirmation par avance interdite.

2) Le traitement du risque contentieux lié au système conditionnel

453. Risques intrinsèques au rôle joué par la condition dans les transferts de droits sociaux – Nous avons vu que le recours à la condition dans les transferts de droits sociaux servait surtout à s'assurer que l'aventure sociale conserve son intérêt pour les parties si tel ou tel événement érigé en condition venait à survenir²¹¹⁶. Et l'observation du risque contentieux associé à cette ambition avait permis de mettre en exergue deux grandes discussions susceptibles de remettre en cause les engagements concernés²¹¹⁷. En premier lieu, le désir des parties d'ériger en condition d'un transfert de droits sociaux un événement sur lequel elles conservent par ailleurs une certaine emprise génère presque *de facto* un débat autour de l'application de l'article 1304-2 du Code civil selon lequel « est nulle l'obligation contractée sous une condition dont la réalisation dépend de la seule volonté du débiteur »²¹¹⁸. Néanmoins, traiter *ab initio* le risque de potestativité de l'engagement de manière contraignante paraît impossible pour les mêmes raisons que celles qui ont été exposées à propos du traitement du risque contentieux lié au système optionnel²¹¹⁹. La désactivation par anticipation d'une potentielle cause de nullité constitue en effet une confirmation par avance interdite. La seconde discussion propre aux transferts conditionnels se présente un peu différemment. Il s'agit ici de soutenir que les promesses unilatérales de vente contenues dans les pactes et conditionnées à la survenance de tel ou tel événement constituent en réalité des clauses d'exclusion déguisées et nulles car ne respectant pas le régime de ces dernières. Le risque contentieux porte alors sur la qualification du mécanisme utilisé²¹²⁰. Le traitement d'un tel risque mérite des développements propres.

454. Traitement du risque contentieux relatif à la qualification du transfert conditionnel en clause d'exclusion – Lorsque l'on souhaite traiter un risque contentieux portant sur la qualification d'un mécanisme, la seule solution possible est la mise en place d'une contrainte à destination du juge qui vise à neutraliser son office par la conclusion d'un accord de qualification prévu à l'article 12, alinéa 3, du Code de procédure civile²¹²¹. Pour être valide, un tel accord doit être exprès et, surtout, les parties doivent lier le juge sur des droits dont elles ont la libre disposition²¹²². Avant d'approfondir ces conditions à propos

²¹¹⁴ V. *supra* n°215.

²¹¹⁵ V. *supra* n°215.

²¹¹⁶ V. *supra* n°114 et s.

²¹¹⁷ V. *supra* n°218.

²¹¹⁸ V. *supra* n°218.

²¹¹⁹ V. *supra* n°451.

²¹²⁰ V. *supra* n°218.

²¹²¹ V. *supra* n°419 et s.

²¹²² V. *supra* n°422 et s.

d'un éventuel accord de qualification qui viserait à évincer *ab initio* la qualification de clause d'exclusion, un point doit être précisé. L'on pourrait en effet être tenté d'écarter un possible traitement du risque contentieux relatif à la qualification du mécanisme en clause d'exclusion au motif qu'en procédant à un tel accord, les parties se protégeraient contre l'application des conditions de validité des clauses d'exclusion²¹²³, ce qui correspondrait à une confirmation par avance interdite. L'objection doit néanmoins être rejetée. Le fait est qu'un choix de qualification a toujours des conséquences de régime. Et peuvent exister dans ce régime des conditions de validité que l'opération de qualification exclut nécessairement. Dire « les parties conviennent que ce transfert optionnel de droits sociaux n'est pas une clause léonine prohibée par l'article 1844-1, alinéa 2, du Code civil » n'est pas dire « les parties conviennent que ce transfert optionnel de droits sociaux n'est pas une clause d'exclusion ». Tout simplement car les clauses d'exclusion sont autorisées et non les clauses léonines. On peut ainsi prévoir une clause d'exclusion et en respecter le régime alors qu'on ne peut rédiger une clause léonine. C'est donc qu'en écartant l'article 1844-1, alinéa 2, du Code civil, on cherche à éviter une sanction, alors qu'en écartant la qualification de clause d'exclusion, on cherche à fixer la nature juridique de l'engagement utilisé. Mais, dans un second temps, on reste contraint d'en respecter les éléments de régime. Simplement, le procédé de qualification aura permis de choisir le régime voulu. Raisonner autrement conduirait à refuser tout accord de qualification à chaque fois qu'une autre qualification possible aurait une conséquence sur la validité du mécanisme considéré, ce qui réduirait presque à néant l'utilité d'un tel accord. Cette précision faite, il nous est permis de vérifier le respect des conditions de validité de l'accord envisagé. En sachant qu'ici l'étude de la condition de fond doit précéder celle de la condition de forme, car si la matière met en jeu des droits indisponibles, nul besoin de s'évertuer à rédiger un accord exprès. De prime abord, cette opération de vérification ne semble pas poser de difficultés. En effet, nous avons vu que lorsque des intérêts privés et purement patrimoniaux sont concernés, il n'est pas de raison particulière de considérer les droits comme indisponibles²¹²⁴. Or, même à qualifier un transfert optionnel de droits sociaux de clause d'exclusion, il s'agit toujours et avant tout d'une opération patrimoniale. Un associé n'est pas exclu de façon abstraite. Il l'est car il est contraint de céder ses parts ou actions. L'article L. 227-16, alinéa 1, du Code de commerce, exprime clairement cette idée lorsqu'il dispose, pour valider expressément les clauses d'exclusion en SAS, que « dans les conditions qu'ils déterminent, les statuts peuvent prévoir qu'un associé peut être tenu de céder ses actions »²¹²⁵. Certes, l'on aurait pu écrire qu'un associé « peut être exclu »²¹²⁶ ou qu'il peut cesser de faire partie de la société²¹²⁷. Mais le travail légistique se fait plus précis en visant le fait que l'associé concerné est tenu de transférer ses droits sociaux car il rend davantage compte de la nature patrimoniale de l'exclusion. C'est la même idée que l'on retrouve en doctrine lorsqu'il est remarqué, à propos de la contrepartie financière due à l'associé exclu, que « techniquement il ne s'agit pas d'indemnisation, mais de la perception par l'associé de la valeur de ses droits sociaux. Cela tient au fait que la mesure d'exclusion entraîne à la charge de l'associé une obligation de transmettre ses droits sociaux, transmission qui est très souvent statutairement envisagée comme un rachat des droits sociaux par la société ou à l'initiative de la société [...] On le voit, il ne s'agit pas en réalité d'une condition de validité de l'exclusion, mais

²¹²³ Sur lesquelles : V. *supra* n°218.

²¹²⁴ V. *supra* n°428 et s.

²¹²⁵ On retrouve la même formulation à l'article L. 229-12 du Code de commerce relatif à la société européenne.

²¹²⁶ V. Ord. n° 2023-77 du 8 févr. 2023, relative à l'exercice en société des professions libérales réglementées, art. 45.

²¹²⁷ V. C. com., art. L. 231-6, al. 2, qui prévoit pour les sociétés à capital variable qu'« il peut être stipulé que l'assemblée générale a le droit de décider, à la majorité fixée pour la modification des statuts, que l'un ou plusieurs des associés cessent de faire partie de la société ».

d'un effet obligatoire de l'exclusion »²¹²⁸. Il est néanmoins impossible de conclure trop hâtivement à la pleine disponibilité des droits en cause. En effet, même si la Cour de cassation a pu indiquer clairement dans certaines espèces que l'existence d'une clause d'exclusion statutaire « n'a pas pour objet de priver un associé de la faculté de conclure une promesse unilatérale de vente de ses actions consentie sous la condition suspensive de la réalisation d'un événement qu'elle prévoit »²¹²⁹, une telle jurisprudence ne signifie pas pour autant que la Cour considère que les parties sont libres de préempter *ab initio* cette discussion éventuelle en écartant la qualification de clause d'exclusion. En procédant à un tel accord, les parties souhaitent protéger dès le départ le transfert conditionnel de droits sociaux contre la qualification de clause d'exclusion, sans attendre donc le sort qualificatif que lui donnerait un juge saisi par la partie qui y a finalement intérêt au moment du dénouement de l'engagement. Or, écarter la qualification de clause d'exclusion revient à écarter son régime. Et, dans ce dernier, on retrouve des éléments qui paraissent s'écarter d'une vision purement patrimoniale de l'exclusion, faisant ainsi douter de la véritable disponibilité des droits en la matière. Il nous faut donc examiner un par un ces obstacles potentiels à la mise en place d'un accord de qualification.

455. Un premier sujet épineux est celui du contrôle des motifs de la clause d'exclusion. On l'aura compris, si les associés mettent en place un transfert conditionnel extrastatutaire de droits sociaux, celui-ci s'opère à survenance de la condition²¹³⁰. Le fait est que le contrôle de cette survenance par le juge est en principe purement objectif, là où les motifs d'exclusion d'une clause statutaire font l'objet d'une attention jurisprudentielle renforcée. Il faut ici préciser les choses en identifiant la partie du contrôle que les contractants parviendraient à éviter en ayant recours à un accord de qualification. Il est tout d'abord un élément qui sera évidemment contrôlé que la cession des droits sociaux s'opère à raison d'un transfert conditionnel ou à raison d'une clause d'exclusion. Il s'agit de la conformité de la cession à l'ordre public. En effet, que les parties décident par exemple que le transfert de droits sociaux est conditionné à un changement d'orientation sexuelle du promettant ou qu'elles fassent de ce même changement un motif statutaire d'exclusion, le résultat est le même. Et ce car « un élément constitutif d'une discrimination au sens de l'article 225-1 du Code pénal ne saurait justifier une exclusion »²¹³¹ ou conditionner une promesse unilatérale de vente ou d'achat. De ce point de vue, l'accord de qualification n'évite rien et il n'y a donc pas d'impact sur l'appréciation de la libre disponibilité des droits en cause. En revanche, il y a bien un contrôle qui semble propre à la figure de la clause d'exclusion et que l'on ne retrouve *a priori* pas dans les simples transferts conditionnels extrastatutaires. Il est ici question des exigences qui ont trait à la qualité du motif d'exclusion. Nous l'avons vu²¹³², le régime de la clause d'exclusion est souvent présenté comme étant relativement rigoureux à l'égard du motif invoqué²¹³³ qui devrait être juste, suffisamment grave et même « conforme à l'intérêt de la société »²¹³⁴. Transparaît là l'idée selon laquelle l'exclusion d'un associé est une affaire d'une importance particulière dépassant les intérêts purement patrimoniaux et qui devrait donc être justifiée par un motif particulièrement solide. Le Conseil constitutionnel a fait sienne cette logique en énonçant, certes à propos des SAS mais en ayant recours à une formule assez générale, qu'il revenait au juge « de s'assurer de

²¹²⁸ GALLOIS-COCHET Dorothée, « Associé », *op. cit.*, n°110.

²¹²⁹ Com., 21 juin 2023, n°21-25.952 et 22-12.045, préc.

²¹³⁰ Sur le traitement du risque contentieux relatif à la constatation de la survenance de la condition : V. *infra* n°485 et s.

²¹³¹ GALLOIS-COCHET Dorothée, « Associé », *op. cit.*, n°106.

²¹³² V. *supra* n°218.

²¹³³ V., not., sur cette question : GALLOIS-COCHET Dorothée, « Associé », *op. cit.*, n°106 et s.

²¹³⁴ Com., 8 mars 2005, n°02-17.692, préc.

la réalité et de la gravité du motif retenu » et, selon une « jurisprudence constante de la Cour de cassation », de sa conformité « à l'intérêt social »²¹³⁵. Pourtant, l'on sait bien qu'à l'étudier de plus près, cette jurisprudence prétendument constante de la Cour de cassation rend compte d'une réalité toute autre, que l'exclusion peut être prévue pour un motif purement objectif comme la perte de la qualité de salarié²¹³⁶ sans que l'on ait à se demander si cette perte est un motif suffisamment grave ou conforme à l'intérêt social, que la Cour de cassation est allée jusqu'à affirmer dans une société commerciale à capital variable qu'est licite la clause « stipulant que tout associé peut être exclu de la société pour justes motifs par une décision des associés réunis en assemblée générale statuant à la majorité fixée pour la modification des statuts, quand bien même cette clause ne précise pas les motifs d'exclusion »²¹³⁷, et que c'est à raison que la doctrine a réservé un accueil plus que mitigé aux fondements avancés par le Conseil constitutionnel dans sa décision²¹³⁸. Autrement dit, que l'élément déclenchant le transfert constitue la condition d'un transfert extrastatutaire de droits sociaux ou qu'il soit érigé en motif d'une clause d'exclusion, la liberté laissée aux parties relativement à la détermination de cet élément est grandement similaire et ne semble nullement empêcher d'avoir recours à un accord de qualification.

456. Différente est la question du respect de la procédure d'exclusion. En effet, la jurisprudence a clairement affirmé le droit de l'associé exclu à bénéficier des garanties attachées au principe du contradictoire²¹³⁹. Concrètement, celui dont l'exclusion est envisagée doit se voir notifier les motifs qui fondent le déclenchement de la procédure²¹⁴⁰ et possibilité doit lui être donnée de présenter ses observations²¹⁴¹. N'est ainsi pas fondé à se prévaloir de l'inobservation du principe de la contradiction l'associé dont l'exclusion a été décidée « après lui avoir notifié la mise en œuvre de la procédure prévue en pareil cas, par une lettre qui précisait le motif de l'exclusion envisagée ainsi que ses modalités et qui invitait l'associé concerné à présenter ses observations sur ces points »²¹⁴². En revanche, un transfert conditionnel de droits sociaux est mis en œuvre sans respecter une telle procédure.

²¹³⁵ V. Cons. Const., 9 déc. 2022, Décision n° 2022-1029 QPC, préc.

²¹³⁶ V. Com., 20 mars 2012, n°11-10.855, *Bull. civ.*, 2012, IV, n° 60 ; *Rev. sociétés*, 2012, 435, note COURET ; *Dr. sociétés*, 2012, n° 5, 17, note HOVASSE ; *RTD com.*, 2012, 349, note CONSTANTIN et 355, notes MONSÉRIÉ-BON et GROSCLAUDE ; *BJS*, 2012, n° 6, 489, note PÉRIN ; *RLDA*, 2012, n° 72, 10, note FAVARIO ; *JCP E*, 2012, n° 19-20, 33, note MORTIER et n° 39, 15, note GARÇON ; Com., 29 sept. 2015, n°14-17.343, *Dr. Sociétés*, 2016, n° 2, 50, note CASTAGNÉ et n° 3, 11, note MORTIER ; *JCP E*, 2016, n° 15, 28, note BUCHBERGER et n° 23, 27, note PACLOT ; *GPL*, 2015, n° 333-335, 19, note DONDERO et 2016, n° 19, 63, note MOULIN.

²¹³⁷ Com., 9 nov. 2022, n°21-10.540, préc.

²¹³⁸ V. not. SCHLUMBERGER Edmond, « La constitutionnalité des clauses statutaires d'exclusion de SAS », *BJS*, 2023, n°1, p. 9, qui, à propos des arguments avancés par le Conseil constitutionnel, estime que « si certaines de ces assertions sont exactes, d'autres sont pour le moins discutables, sinon erronées » (§28). Ainsi, par exemple, « la référence à la "gravité du motif retenu" surprend quelque peu, tant il est admis de longue date que l'exclusion peut procéder d'un fait objectif n'appelant aucune appréciation particulière, pour autant qu'il ait été visé dans la clause à cette fin, telle la perte de la qualité de salarié comme au cas présent » (§29). L'auteur ne manque donc pas de relever l'« argumentaire peu rigoureux » ici utilisé (§30).

²¹³⁹ V. Com., 20 mars 2012, n°11-10.855, préc.

²¹⁴⁰ 1^{er} civ., 19 mars 2002, n° 00-10.645, *Bull. civ.*, 2002, I, n° 95 ; *Rev. sociétés*, 2002, 736, note CHARTIER ; *Dr. sociétés*, 2002, n° 6, 11, note LUCAS ; *JCP E*, 2003, n° 15, 658, note MASQUEFA. En revanche, viole l'article 1134, ancien, du Code civil, la cour d'appel qui, à propos d'un associé à qui il était reproché de travailler pour une société concurrente, exige que la lettre de convocation à la réunion préalable précise l'identité de la société concurrente dans laquelle l'associé travaillerait et la nature de l'activité exercée, et que soient également notifiés les éléments de preuve détenus par la société, alors que la clause d'exclusion prévoyait seulement la notification des motifs de l'exclusion : Com., 12 févr. 2025, n°23-20.079, *BJS*, 2025, n° 4, 11, note DONDERO ; *JCP E*, 2025, n° 24, 29, note FRANÇOIS.

²¹⁴¹ Com., 20 mars 2012, n°11-10.855, préc.

²¹⁴² *Ibid.*

À survenance de la condition la cession est ainsi censée s'opérer de façon automatique²¹⁴³. En écartant la qualification de clause d'exclusion, on s'assure donc de ne pas avoir à respecter une procédure contradictoire. De nouveau, il nous faut préciser les choses. Il est vrai que sur le principe la Cour de cassation a indiqué qu'une telle procédure n'a pas à être respectée en présence d'un transfert conditionnel extrastatutaire, précisément car le procédé ne doit pas recevoir la qualification de clause d'exclusion mais bien celle de promesse unilatérale de vente²¹⁴⁴. Mais, d'une part, la Cour serait libre de décider le contraire et, surtout, cela ne signifie pas que les parties ont la possibilité de neutraliser *ab initio* la survenance d'une telle discussion. Recourir à un accord de qualification vise justement à éviter d'avoir à attendre une décision du juge, quand bien même celle-ci viendrait confirmer qu'un transfert conditionnel extrastatutaire n'a pas à respecter le régime d'une clause d'exclusion. Pour s'assurer qu'une telle démarche est possible, il faut que les droits soient disponibles²¹⁴⁵. Or, si la procédure à respecter dans le régime de la clause d'exclusion ne va pas jusqu'à permettre à l'associé exclu de faire valoir le droit d'être assisté par un avocat²¹⁴⁶, on voit bien qu'elle s'explique par la volonté de lui garantir l'application d'un certain nombre de droits de la défense comme c'est normalement le cas en présence d'une procédure de sanction²¹⁴⁷. Et difficile de considérer que les droits de la défense sont par principe une matière contractuellement disponible²¹⁴⁸. Néanmoins, il faut bien comprendre ce qui sous-tend l'application de ces garanties. Pour la Cour de cassation, il n'y a nullement là une condition de validité de la décision d'exclusion²¹⁴⁹. Simplement, si on emprunte la voie d'une clause statutaire d'exclusion il faut respecter la procédure susvisée sauf à s'exposer à l'attribution de dommages et intérêts. On remarquera d'ailleurs que, même dans le cas d'une clause statutaire, la Cour de cassation a accepté de mettre de côté le principe de la contradiction lorsque l'exclusion de l'associé correspond en réalité à une éviction automatique liée à la perte d'une qualité²¹⁵⁰. Certes, les transferts conditionnels extrastatutaires peuvent ériger en condition un motif subjectif qui s'apparente à une sanction, par exemple le non-respect par l'une des parties des engagements contenus dans le pacte²¹⁵¹, mais le mécanisme reste marqué par la même automaticité que si le motif était purement objectif. Il y a donc dans le transfert prévu par un pacte un changement de figure juridique qui emporte changement de régime ce qui, du reste, paraît tout à fait normal. Et l'on voit mal pourquoi les parties ne seraient pas libres d'acter dès la conclusion du pacte qu'elles s'accordent sur le fait qu'elles ont choisi un mécanisme ne répondant pas aux critères, à la qualification et donc au régime de la clause d'exclusion.

²¹⁴³ V. *supra* n°114 et s.

²¹⁴⁴ V., très clairement en ce sens : Com., 6 mai 2014, n°13-17.349 et 13-19.066, préc.

²¹⁴⁵ V. *supra* n°428 et s.

²¹⁴⁶ V. Com., 10 mai 2006, n°05-16.909, *Bull. civ.*, 2006, IV, n° 120 ; *Rev. sociétés*, 2007, 70, note GODON ; *BJS*, 2006, n° 10, 1154, note DAIGRE ; *RDC*, 2006, n° 4, 1186, note LUCAS ; *Banque et Droit*, 2006, n° 110, 62, note RIASSETTO, URBAN et STORCK ; *RTD com.*, 2007, 145, note CHAMPAUD et DANET.

²¹⁴⁷ V. GALLOIS-COCHET Dorothée, « Associé », *op. cit.*, n°118.

²¹⁴⁸ Sur les garanties entourant le respect des droits de la défense : V. CHAINAIS Cécile, FERRAND Frédérique, MAYER Lucie et GUINCHARD Serge, *Procédure civile - Droit commun et spécial du procès civil, MARD et arbitrage, op. cit.*, p. 617, n°805 et s.

²¹⁴⁹ Com., 13 juill. 2010, n°09-16156, *Bull. civ.*, 2010, IV, n° 129 ; *JCP E*, 2010, n° 38, 48, note NAVARRO ; *RTD com.*, 2010, 727, note CHAMPAUD et DANET ; *BJS*, 2010, n° 12, 990, note LE CANNU ; *D.*, 2010, 2880, note DONDERO ; *Dr. et patr.*, 2011, n° 203, 82, note PORACCHIA.

²¹⁵⁰ Com., 29 sept. 2015, n°14-17.343, préc. ; Soc., 9 mars 2017, n°15-14.416, *Rev. dr. banc. fin.*, 2017, n° 3, 71, note RIASSETTO ; *BJS*, 2017, n° 6, 374, note ANSAULT ; *GPL*, 2017, n° 23, 72, note DONDERO ; *Dr. sociétés*, 2017, n° 8-9, 15, note MORTIER ; *RTD com.*, 2017, 920, note LECOURT. Sur l'éventuelle distinction à opérer à la suite de ces arrêts entre clause d'exclusion et clause d'éviction : V. GALLOIS-COCHET Dorothée, « Clause d'éviction et clause d'exclusion : faut-il distinguer ? », *op. cit.*

²¹⁵¹ V. *supra* n°116.

457. On l'aura compris, la condition de fond relative à la libre disponibilité des droits nous semble remplie. Reste donc à proposer une clause type de traitement du risque contentieux concerné qui satisfasse à la condition formelle. Celle-ci se résume en réalité au caractère exprès de l'accord conclu. En effet, les éventuelles limites liées à la possibilité de la qualification choisie par les parties²¹⁵² ne sont de toute évidence pas applicables dans cette situation. Et nous avons démontré en quoi il était parfaitement concevable qu'un accord de qualification puisse intervenir avant tout litige opposant les parties et donc dès la conclusion du pacte²¹⁵³. Pour que l'accord soit exprès, il faut s'assurer qu'il soit dénué de toute équivoque. Raison pour laquelle il est recommandé aux parties de se référer expressément à l'article 12, alinéa 3, du Code de procédure civile²¹⁵⁴. La formulation suivante peut alors être proposée :

« Les parties conviennent, sur le fondement de l'article 12, alinéa 3, du code de procédure civile, que le mécanisme de cession de droits sociaux prévu par l'article X doit être qualifié de promesse unilatérale de vente/d'achat et ne saurait être analysé comme une clause d'exclusion. En conséquence, l'entière du régime applicable à cette dernière et tenant notamment au contrôle des motifs ou de la procédure d'exclusion se trouve exclu par avance de tout débat contentieux relatif à l'application de la promesse prévue par l'article X ».

B. Le traitement du risque contentieux dans la détermination des éléments relatifs au transfert

458. **Impossibilité de traitement en phase de formation des risques contentieux liés à l'application des exigences entourant la détermination des éléments relatifs au transfert** – Comme nous l'avons expliqué, le droit enserme les parties dans un cadre relativement strict lorsqu'elles procèdent à la détermination des éléments relatifs au transfert de droits sociaux envisagé par le pacte²¹⁵⁵. La chose, en l'occurrence les droits sociaux objets du transfert, doit être déterminée ou déterminable au sens de l'article 1163, alinéa 2, du Code civil. Le prix pour sa part « doit être déterminé et désigné par les parties » comme le veut l'article 1591 du Code civil, ce qui suppose de vérifier qu'il est prédéterminé ou, plus fréquemment, de s'assurer que les techniques contractuelles visant à permettre que le montant à allouer au vendeur puisse être calculé mécaniquement au jour du déclenchement du transfert répondent bien à l'exigence jurisprudentielle de déterminabilité du prix²¹⁵⁶. Les exigences s'appliquant au prix vont d'ailleurs au-delà de la simple déterminabilité. Celui-ci doit ainsi être réel et sérieux et il ne doit pas, le cas échéant, déguiser une sanction pécuniaire prohibée par l'article L. 1331-2 du Code du travail²¹⁵⁷. Aussi importants que soient ces impératifs pour la détermination des éléments relatifs au transfert, les risques contentieux qui les accompagnent et qui ont principalement trait à l'application de diverses normes régissant la validité du mécanisme ne paraissent pas pouvoir faire l'objet d'un traitement contraignant. Et ce en raison de l'impossibilité déjà

²¹⁵² V. *supra* n°426.

²¹⁵³ V. *supra* n°427.

²¹⁵⁴ V. *supra* n°425.

²¹⁵⁵ V. *supra* n°122 et s.

²¹⁵⁶ Sur l'ensemble de ces exigences envisagées sous l'angle des risques contentieux générés : V. *supra*, n°220 et s.

²¹⁵⁷ V. *supra* n°223 et s.

évoquée de désactiver par anticipation une potentielle cause d'invalidité d'un engagement contractuel, les confirmations par avance étant interdites²¹⁵⁸.

459. Cas particulier du risque contentieux lié à l'invocabilité de l'exigence de déterminabilité du prix – Il faut ici rappeler les caractéristiques de ce risque contentieux dont le traitement dans une partie consacrée aux mécanismes exigeant un transfert de droits sociaux peut surprendre. En effet, ce risque a été identifié au sein de mécanismes qui ne sont en principe pas soumis aux contraintes du droit de la vente et auxquels l'on n'applique donc normalement pas l'impératif lié à la nécessité de prévoir un prix déterminé ou déterminable. Sont en premier lieu concernés les procédés qui organisent une priorité sur un transfert éventuel de droits sociaux. Qu'ils soient directement nommés pacte de préférence, clause de préemption ou encore droit de première offre, ils reposent tous sur la figure juridique du pacte de préférence²¹⁵⁹. Il est acquis en jurisprudence et en doctrine que ces différents engagements ne sont pas soumis à l'article 1591 du Code civil et n'ont donc pas à prévoir un prix déterminé ou déterminable²¹⁶⁰. Pourtant, nous avons vu que promettant et bénéficiaire pouvaient souhaiter avoir fixé, dès le pacte de préférence, le prix auquel le promettant transmettra son intention de contracter au bénéficiaire²¹⁶¹. Les parties étant en principe assez libres dans leurs prévisions relatives à ce prix et pouvant ainsi par exemple choisir de convenir d'un prix fixe, d'élaborer une formule de détermination, de recourir à un tiers expert, de donner un rôle au bénéficiaire du pacte, de faire référence à l'offre d'un tiers... Le risque contentieux survient alors de façon assez inattendue car, dans des espèces où les parties avaient choisi de donner mandat à un tiers estimateur à qui elles imposaient par avance des directives d'évaluation, la Cour de cassation avait permis au promettant de se défaire de son obligation au nom de l'indéterminabilité du prix ainsi fixé, lesdites directives étant jugées trop imprécises et cette imprécision rejaillissant sur la validité du pacte en son entier²¹⁶². Sans revenir sur les critiques précédemment adressées à cette jurisprudence²¹⁶³, il nous faut, pour envisager un traitement du risque contentieux en cause, en rappeler la nature. Contrairement aux apparences, le cœur du débat ne se situe pas au niveau de l'application de l'article 1591 du Code civil comme ce peut être classiquement le cas dans les mécanismes de transfert. Et ce, car la règle de principe reste bien que les pactes de préférence ne sont pas soumis à l'exigence posée par cet article. Ce qui génère donc la discussion, c'est le fait de savoir si, en prévoyant *ab initio* un prix dans le pacte de préférence, la règle de principe doit être maintenue ou si le prix ainsi fixé doit désormais être contrôlé au regard de l'article 1591 du Code civil. On comprend bien que c'est du régime du mécanisme dont il est question et non de la simple application d'une norme. Or, le traitement d'un risque contentieux relatif au régime d'un mécanisme ne peut se réaliser que d'une seule façon. Il faut, en ayant recours à la possibilité offerte par l'article 12, alinéa 3, du Code de procédure civile, dicter par avance la règle de régime utile qui s'imposera au juge à la double condition que les droits en cause soient disponibles et que l'accord soit exprès²¹⁶⁴. Concernant la disponibilité des droits, elle ne nous semble faire aucun doute. Au-delà du fait que ce sont à l'évidence des intérêts patrimoniaux qui sont ici concernés, il est permis de considérer que dès lors que les parties peuvent librement convenir de l'absence de prix, elles doivent également pouvoir convenir d'un prix indéterminable. Et on voit alors

²¹⁵⁸ V. *supra* n°331.

²¹⁵⁹ V. *supra* n°139.

²¹⁶⁰ V. *supra* n°111.

²¹⁶¹ V. *supra*, Partie 1 n°139.

²¹⁶² V. Com., 19 déc. 2006, n°03-21.042, préc. ; Com., 6 nov. 2012, n° 11-24.730, préc. ; Com., 5 janv. 2016, n°14-19.584, préc.

²¹⁶³ V. *supra* n°139 et s.

²¹⁶⁴ V. *supra* n°422 et s.

mal pourquoi ces dernières ne pourraient pas anticiper les conséquences juridiques liées à l'indéterminabilité du prix fixé. Reste la condition formelle. Pour que l'accord soit exprès, il est comme toujours nécessaire de viser de façon univoque l'article 12, alinéa 3, du Code de procédure civile²¹⁶⁵. Mais, concernant une discussion de régime, il faut aller au-delà. La neutralisation de l'office du juge ne peut être effective qu'à la condition que l'accord de régime indique précisément le résultat juridique que les parties souhaitent voir advenir, y compris donc dans l'hypothèse d'un prix indéterminable. Il est ici possible de se reporter à nos développements précédents²¹⁶⁶. À notre sens, lorsque les parties stipulent par avance un prix dans le pacte d'associés, elles s'engagent sur le contenu de l'offre de contracter que devra faire le promettant. En cas d'indétermination du prix fixé, l'offre du promettant qui doit reprendre le prix assigné par le pacte est incomplète car elle ne comprend pas « les éléments essentiels du contrat envisagé »²¹⁶⁷, un prix indéterminable équivalant à une absence de prix. Il suffit alors de se placer sous le régime de l'article 1114 du Code civil selon lequel une telle offre vaut « seulement invitation à entrer en négociation ». Le bénéficiaire du pacte conserve sa priorité mais il faudra s'accorder sur un nouveau prix. À défaut, il n'y a point de vente ce qui, du reste, est toujours l'une des issues possibles lorsque l'on ne se fait consentir qu'une préférence²¹⁶⁸. L'accord de régime doit donc reprendre l'ensemble de ces points et peut être formulé de la manière suivante :

« Les parties conviennent, sur le fondement de l'article 12, alinéa 3, du code de procédure civile, du régime suivant à propos du pacte de préférence contenu à l'article X :

Le prix stipulé dans le pacte de préférence contenu à l'article X engage le Promettant qui devra le reprendre dans l'offre transmise au Bénéficiaire en application du pacte. Si ce prix se révélait indéterminable pour quelque raison que ce soit²¹⁶⁹, l'offre ainsi transmise vaudra invitation à entrer en négociation au sens de l'article 1114 du Code civil. Le Promettant et le Bénéficiaire disposeront alors d'un délai de X jours pour s'accorder sur un nouveau prix. À défaut d'accord, le Promettant retrouvera son entière liberté quant au choix de son cocontractant ».

L'intérêt d'une telle clause de traitement est de maintenir la priorité conférée par le mécanisme initial malgré l'indétermination du prix. Il est possible de s'en inspirer à chaque fois que les parties auront souhaité fixer un prix dans un engagement dont la validité ne dépend pas de l'existence d'un prix déterminé ou déterminable. Tel est par exemple le cas dans les clauses dites de sortie conjointe où les parties ont recours à la figure du porte-fort et où le promettant peut s'engager auprès des bénéficiaires sur le prix qu'il cherchera à obtenir du tiers intéressé²¹⁷⁰. Si l'on veut se prémunir contre un engagement trop imprécis qui rendrait le prix promis indéterminable, il faudra pareillement prévoir une clause de traitement du risque contentieux qui anticipera sur les conséquences de régime liées à cette indétermination. Ce n'est alors pas le régime de l'offre qui sera le plus adapté. Le plus

²¹⁶⁵ V. *supra* n°425 et s.

²¹⁶⁶ V. *supra* n°140.

²¹⁶⁷ C. civ., art. 1114.

²¹⁶⁸ La partie qui désire un engagement plus ferme pourra chercher à obtenir une promesse unilatérale ou même synallagmatique. V. *supra* n°140.

²¹⁶⁹ Il est possible d'être ici plus précis selon la technique de fixation du prix choisie par les parties. En tout état de cause, si l'indéterminabilité est soutenue elle devra être tranchée par un juge comme dans un mécanisme de transfert classique et il n'est pas possible de traiter ce risque contentieux (V. *supra* point précédent n°438).

²¹⁷⁰ V. *supra* n°106.

simple étant de faire peser sur le promettant le risque d'indétermination du prix en prévoyant l'attribution de dommages et intérêts conformément à la logique du porte-fort²¹⁷¹.

460. Précisons pour finir qu'avaient été évoquées lors de l'observation du risque contentieux un certain nombre de discussions liés à la désignation d'un tiers estimateur. Si certaines peuvent effectivement être rattachées à la phase de formation du mécanisme de transfert²¹⁷², la majeure partie de ces risques contentieux appartiennent à la phase d'exécution. Il sera donc préférable d'envisager un traitement unitaire dans les développements portant sur le traitement du risque contentieux en phase d'exécution²¹⁷³. Mais avant d'aborder cette dernière phase, il nous faut à présent évoquer la phase de disparition dans laquelle, nous l'avons vu, l'une ou l'autre des parties va soutenir que la normativité d'un ou plusieurs engagements contenus dans le pacte a pris fin²¹⁷⁴.

II. Le traitement en phase de disparition

461. Le traitement des risques contentieux appartenant à la phase de disparition nécessite de maintenir l'approche qui avait été privilégiée lors de leur observation²¹⁷⁵. Nous avons ainsi choisi de nous centrer sur l'engagement en lui-même et donc sur les hypothèses techniques pouvant conduire à sa disparition. Cette démarche nous avait conduit à distinguer deux principaux cas possibles de disparition du pacte, à savoir sa caducité et sa résiliation. Ce sont donc ces deux risques contentieux qu'il nous faut à présent envisager, non plus pour les catégoriser mais bien pour étudier l'éventualité d'un traitement. Par conséquent, cette étude aura pour double objet le traitement du risque contentieux lié à la caducité (A) et à la résiliation (B) du pacte.

A. Le traitement du risque contentieux lié à la caducité du pacte

462. Apparente simplicité de la catégorisation proposée – Comme nous l'avons observé, malgré la diversité des hypothèses dans lesquelles il est possible pour une partie de soutenir que le pacte est devenu caduc, la prise en compte de l'ensemble de ces cas de figure ne peut se faire qu'en admettant qu'ils imposent tous d'assurer l'application de l'article 1186 du Code civil à la situation concernée et donc d'interpréter une norme légale²¹⁷⁶. Le modèle de traitement proposé en présence d'un risque contentieux relatif à l'interprétation d'une norme légale impose alors une voie contractuelle unique qui est celle de la contrainte à destination des parties, cette dernière devant prendre la forme d'une renonciation anticipée à la norme concernée²¹⁷⁷. Il s'agit d'exclure par avance la norme légale du débat contentieux et cette exclusion ne peut se réaliser qu'à la condition que la norme en question ne soit pas impérative²¹⁷⁸. Analyser l'impérativité éventuelle de l'article 1186 du Code civil devrait donc normalement suffire pour conclure sur le traitement du risque contentieux lié à la caducité du pacte. Sans remettre en cause cette logique générale, il nous faut néanmoins montrer en quoi elle ne peut être immédiatement appliquée à l'article 1186 du Code civil. C'est que les nuances propres à la caducité mettent en exergue la difficulté de mise en place d'un traitement du risque contentieux y associé.

²¹⁷¹ V. C. civ., art. 1204, al. 2.

²¹⁷² V. *supra* n°224.

²¹⁷³ V. *infra* n°475 et s.

²¹⁷⁴ V. *supra* n°206.

²¹⁷⁵ V. *supra* n°226.

²¹⁷⁶ V. *supra* n°229.

²¹⁷⁷ V. *supra* n°405 et s.

²¹⁷⁸ V. *supra* n°405 et s.

463. Première approche par l'exemple des ensembles contractuels – Approcher le traitement du risque contentieux lié à la caducité du pacte par l'exemple des ensembles contractuels peut surprendre car nous avons justement remarqué que les pactes étaient *a priori* assez étrangers à cette problématique et que c'était bien plus l'alinéa 1 de l'article 1186 du Code civil, disposant de façon générale qu'« un contrat valablement formé devient caduc si l'un de ses éléments essentiels disparaît », qui semblait en jeu ici²¹⁷⁹. Néanmoins, si ce premier constat reste valable, la caducité dans le domaine des ensembles contractuels s'avère riche d'enseignements sous l'angle du traitement du risque contentieux. Le fait est que c'est en cette matière que se sont développées des clauses dites de « divisibilité »²¹⁸⁰ que l'on peut considérer comme étant des clauses visant à traiter le risque de caducité et qui, à y regarder de plus près, révèlent la double difficulté attachée au traitement de ce risque.

464. Pour percevoir la première difficulté, il est nécessaire de rappeler le contexte dans lequel ces clauses ont vu le jour. Ces dernières sont en effet le fruit d'une construction jurisprudentielle par laquelle les juges ont entendu lier le sort de contrats en apparence distincts mais en réalité conclus au service d'une seule et même opération économique d'ensemble. Le schéma classique est le suivant : « le contentieux concerne deux contrats mettant en présence trois protagonistes : l'un de ces derniers, le “contractant-pivot”, fait le lien entre les deux contrats puisqu'il est partie à chacun de ces deux contrats qui, précisément, révèlent toute leur utilité ensemble par un effet de synergie recherché par le “contractant-pivot”. Dans cette perspective, la disparition de l'un de ces contrats fait perdre son sens au second, qui tombe »²¹⁸¹. Après quelques arrêts épars²¹⁸², un contentieux de masse s'était notamment développé dans les opérations appartenant à la famille du financement locatif, au premier rang desquelles on retrouve le crédit-bail et la location financière²¹⁸³. Malgré les quelques différences opposant ces deux derniers contrats et tenant principalement à l'existence ou non d'une option d'achat pour le locataire au terme de la période de la location²¹⁸⁴, on peut, par souci de simplification, indiquer que dans un cas comme dans l'autre, il s'agit d'une opération en trois temps par laquelle une entreprise

²¹⁷⁹ V. *supra* n°332.

²¹⁸⁰ Sur ces clauses V. LATINA Mathias, « Clause de divisibilité et d'indivisibilité », *loc. cit.*

²¹⁸¹ DESHAYES Olivier, GENICON Thomas et LAITHIER Yves-Marie, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : commentaire article par article*, *op. cit.*, p. 399. Sur l'indivisibilité ou l'interdépendance contractuelle : V. SEUBE Jean-Baptiste, *L'indivisibilité et les actes juridiques*, Litec, 1999 ; BROS Sarah, *L'interdépendance contractuelle*, thèse de doctorat, droit, Paris-Panthéon-Assas, 2001 ; PELLÉ Sébastien, *La notion d'interdépendance contractuelle : contribution à l'étude des ensembles de contrats*, Dalloz, 2007 ; AMRANI-MEKKI Soraya, « Indivisibilité et ensembles contractuels : l'anéantissement en cascade des contrats », *Defrénois*, 2002, n°6, p. 355 ; AUBERT DE VINCELLES Carole, « Réflexions sur les ensembles contractuels : un droit en devenir », *RDC*, 2007, n°3, p. 983 ; BROS Sarah, « Les contrats interdépendants : actualité et perspectives », *D.*, 2009, p. 960.

²¹⁸² V. not. sur l'interdépendance entre un contrat de crédit-bail et un contrat de prestations d'images : Com., 15 févr. 2000, n°97-19.793, *Bull. civ.*, 2000, IV, n° 29 ; *RTD civ.*, 2000, 315, chron. MESTRE et FAGES ; *Banque et Droit*, 2000, n° 73, 44, note RONTCHEVSKY. V. égal. à propos de l'ensemble contractuel indivisible formé entre le contrat d'exploitation d'une chaufferie et un contrat d'approvisionnement en gaz : 1^e civ., 4 avr. 2006, n°02-18.277, *Bull. civ.*, 2006, I, n° 190 ; *RDC*, 2006, n° 3, 700, note MAZEAUD ; *RTD civ.*, 2007, 105, note MESTRE et FAGES.

²¹⁸³ V. DORCHIES Olivier, « Les contrats de financement locatif d'équipements informatiques », *Comm. com. électr.*, 2019, n°10, p. 56 ; GICQUIAUD Emilie, « L'interdépendance contractuelle dans les opérations de financement locatif », *Rev. dr. banc. fin.*, 2014, n°1, p. 26 ; MOULY-GUILLEMAUD Clémence, « L'éviction contractuelle de la caducité dans le financement locatif », *JCP E*, 2022, n°30, 1271.

²¹⁸⁴ Si cette option existe il faut normalement y voir un crédit-bail, à défaut il s'agit d'une location financière : V. DE RAVEL D'ESCLAPON Thibault, « Location financière », *Rép. com.*, Dalloz, 2023, n°2.

« sollicite un établissement spécialisé afin qu'il acquière un bien qu'elle a choisi chez un fournisseur et qu'il lui loue ensuite »²¹⁸⁵. Or, il est par exemple possible dans le crédit-bail que la vente ayant permis l'acquisition préalable à la location soit résolue, ce qui emporte obligation de restitution du bien et pose évidemment la question du maintien de l'obligation de s'acquitter de ses loyers pour le crédit-preneur qui ne peut plus jouir du bien loué²¹⁸⁶. Dans une logique proche, il peut arriver que dans une location financière, le bien loué ne puisse « plus être exploité, parce que le fournisseur ou son prestataire assurant la maintenance ont été placés en procédure collective. Dans ces conditions, le locataire sera évidemment tenté de ne plus payer ses loyers, étant donné que ceux-ci sont, dans ce contexte, perçus au titre de quelque chose dont il n'a plus l'utilité »²¹⁸⁷. Sans rentrer dans le détail de cette discussion contentieuse assez étrangère au domaine des pactes, il faut toutefois indiquer que, dans un cas comme dans l'autre, la Cour de cassation avait fini par retenir la sanction de la caducité pour le contrat restant et formant, avec le contrat disparu, l'ensemble contractuel²¹⁸⁸. C'est alors que sont apparues en pratique des clauses visant à se prémunir contre la disparition du contrat de location en tentant de maintenir « une forme d'étanchéité »²¹⁸⁹ entre les conventions. Ces clauses prenaient des formes assez variées, entre clause de non-recours contre le bailleur en cas d'anéantissement du contrat concomitant ou clauses expresses de divisibilité « par lesquelles les parties stipulent que leur contrat est indépendant d'un autre contrat désigné, ce dont il résulte que la chute de ce dernier contrat sera sans effet, en tout état de cause, sur le contrat conclu »²¹⁹⁰. Or, c'est là que la première difficulté apparaît car, si ces clauses avaient bel et bien vocation à traiter le risque de caducité, on devrait retrouver une renonciation anticipée à l'invocation de celle-ci²¹⁹¹. On peine néanmoins à rattacher ces stipulations à la figure de la renonciation dans la mesure où aucune référence n'est faite à la caducité. Un résultat juridique semble espéré par les parties, à savoir l'absence de conséquence de la disparition d'un des contrats sur l'autre contrat interdépendant, mais la rédaction n'appréhende nullement la notion juridique qui pourrait empêcher que ce résultat advienne²¹⁹². Faut-il en conclure que le modèle de la

²¹⁸⁵ *Ibid.*

²¹⁸⁶ C'est en réalité le crédit-preneur qui exerce normalement l'action en résolution de la vente en vertu des droits qui lui ont été transférés par le crédit-bailleur : V. SCHÜTZ Rose-Noëlle, « Crédit-bail », *Rép. civ.*, Dalloz, 2015, n°237 et s.

²¹⁸⁷ DE RAVEL D'ESCLAPON Thibault, « Location financière », *op. cit.*, n°48 et s.

²¹⁸⁸ Pour la location financière la solution est constante depuis Ch. mixte, 17 mai 2013, n°11-22.927 et 11-22.768, *Bull. ch. mixte*, 2013, n°1 ; *GPL*, 2013, n° 163-164, 11, note GUERRERO et n° 261-262, 22, note PIGNARRE ; *RTD com.*, 2013, 569, note LEGEAIS ; *RTD civ.*, 2013, 597, note BARBIER ; *JCP E*, 2013, n° 27-28, 31, note MAINGUY ; *RDC*, 2013, n° 4, 1331, note LAITHIER ; *Dr. et patr.*, 2014, n° 234, 55, note AYNÈS et STOFFEL-MUNCK. Pour le crédit-bail, après s'être un temps positionnée pour la résiliation du crédit-bail à la suite de l'anéantissement de la vente (Ch. mixte, 23 nov. 1990, n° 86-19.396 et 88-16.883 et n° 87-17.044, *Bull. ch. mixte*, 1990, n° 1 et 2 ; *Com.*, 12 oct. 1993, n° 91-17.621, *Bull. civ.*, 1993, IV, n° 327 ; *Com.*, 28 janv. 2003, n° 01-00.330 ; *Com.*, 14 déc. 2010, n° 09-15.992), la Cour de cassation réunie en chambre mixte a finalement opéré un revirement de jurisprudence en faveur de la caducité, alignant par là-même le régime du crédit-bail sur celui de la location financière : V. Ch. mixte, 13 avr. 2018, n°16-21.345, *Bull. ch. mixte*, 2018, n°1 ; *RTD civ.*, 2018, 388, note BARBIER ; *RTD com.*, 2018, 434, note LEGEAIS et 450, note BOULOC ; *GPL*, 2018, n° 17, 35, note BERLAUD et n° 18, 27, note FARHI et n° 31, 27, note HOUTCIEFF et n° 36, 50, note ROUSSILLE ; *JCP E*, 2018, n° 26, 28, note VALETTE et CANN et n° 30, 39, note SEUBE ; *Banque et Droit*, 2018, n° 181, 16, note BONNEAU ; *JCP G*, 2018, n° 19, 933, note BUY ; *LPA*, 2018, n° 103, 13, note LASSERRE CAPDEVILLE ; *D.*, 2018, 1185, note BARBIER.

²¹⁸⁹ DE RAVEL D'ESCLAPON Thibault, « Location financière », *op. cit.*, n°49.

²¹⁹⁰ DESHAYES Olivier, GENICON Thomas et LAITHIER Yves-Marie, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : commentaire article par article*, *op. cit.*, p. 406.

²¹⁹¹ V. *supra* n°462.

²¹⁹² Peut-être cela tient-il au fait qu'au moment où ces clauses se sont développées, la caducité était une notion purement jurisprudentielle. Ce que rappelle le rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance précitée du 10 février 2016 qui, pour justifier la création de l'article 1186 du Code civil, indique que « quant à la notion de

renonciation ne trouve pas ici à s'appliquer ? La réponse est assurément négative. Et ce car se lier sur le fait que la disparition de l'un des contrats n'entraînera pas la chute de l'autre au nom d'une prétendue divisibilité ou indépendance reste purement incantatoire si l'on ne restitue pas à la stipulation sa signification juridique. Cette dernière se révèle pourtant assez simplement car, en s'accordant sur une « non-caducité »²¹⁹³, les parties ne font pas autre chose que d'y renoncer ensemble. De sorte que, même si ces stipulations prennent l'apparence de clauses de régime, c'est bien de renonciation qu'il s'agit en réalité.

- 465.** Ayant ainsi restitué aux clauses de divisibilité leur véritable nature juridique, il devient possible d'étudier la seconde difficulté que ces stipulations posent, la plus cruciale pour nos développements, qui est celle de leur validité. De nouveau, bien que les pactes ne soient en principe pas concernés par la problématique des ensembles contractuels, le caractère admissible ou non des clauses de divisibilité devrait normalement constituer un indice précieux de l'impérativité éventuelle de la norme imposant la caducité. La jurisprudence semble fournir ici une réponse sans appel, ayant refusé de manière constante, avant et après la réforme précitée de 2016, de donner un effet quelconque à ces clauses. C'est ainsi qu'elle avait affirmé en 2013 que « les contrats concomitants ou successifs qui s'inscrivent dans une opération incluant une location financière, sont interdépendants ; que sont réputées non écrites les clauses des contrats inconciliables avec cette interdépendance »²¹⁹⁴. La solution avait été étendue au crédit-bail²¹⁹⁵. Restait à savoir si la rigueur de cette jurisprudence allait être maintenue avec l'introduction de l'article 1186 du Code civil. Le doute était fortement permis en raison de la façon dont la jurisprudence relative aux ensembles contractuels a été codifiée aux alinéas 2 et 3 de l'article 1186 du Code civil. Ces derniers font reposer la constatation dudit ensemble sur deux branches distinctes. Ainsi, à partir d'une situation commune dans laquelle « l'exécution de plusieurs contrats est nécessaire à la réalisation d'une même opération et que l'un d'eux disparaît »²¹⁹⁶, la caducité ne s'impose que pour « les contrats dont l'exécution est rendue impossible par cette disparition et ceux pour lesquels l'exécution du contrat disparu était une condition déterminante du consentement d'une partie »²¹⁹⁷. Étant précisé que la caducité ne peut intervenir « que si le contractant contre lequel elle est invoquée connaissait l'existence de l'opération d'ensemble lorsqu'il a donné son consentement »²¹⁹⁸. Or, au moins pour les contrats de location financière, l'impossibilité matérielle d'exécution est bien souvent relative, notamment dans l'hypothèse où, malgré la disparition du contrat de maintenance associé au contrat de location, il reste possible de trouver un autre prestataire²¹⁹⁹. Subsistait donc, à côté de cette interdépendance objective *a priori* à écarter en matière de location financière, une possible invocation de l'interdépendance subjective reposant sur le fait que « l'exécution du contrat disparu était

caducité, si elle n'est pas définie dans le code, elle existe néanmoins en droit positif et est utilisée par la jurisprudence. Toutefois en l'absence de texte, son régime reste incertain. L'ordonnance vise donc à codifier les solutions du droit positif en matière [...] de caducité (sous-section 2), afin d'améliorer la lisibilité de notre droit ».

²¹⁹³ V. MOULY-GUILLEMAUD Clémence, « L'éviction contractuelle de la caducité dans le financement locatif », *op. cit.*, §6.

²¹⁹⁴ Ch. mixte, 17 mai 2013, n°11-22.927 et 11-22.768, préc.

²¹⁹⁵ Ch. mixte, 13 avr. 2018, n°16-21.345, préc. L'arrêt date de 2018 mais la décision est rendue sous l'empire du droit antérieur.

²¹⁹⁶ C. civ., art. 1186, al. 2.

²¹⁹⁷ *Ibid.*

²¹⁹⁸ C. civ., art. 1186, al. 3. La Cour de cassation a ajouté que « lorsque des contrats sont interdépendants, l'annulation, par une décision de justice, de l'un de ces contrats n'entraîne la caducité par voie de conséquence des autres que si toutes les parties au contrat annulé ont été attirées à l'instance en annulation » (Com., 7 mai 2025, n°24-14.277, *Publié au Bulletin ; RPDA*, 2025, n° 5, note BUY).

²¹⁹⁹ V. BARBIER Hugo, note sous Com. 10 janv. 2024, n° 22-20.466, *Publié au Bulletin, RTD civ.*, 2024, p. 100.

une condition déterminante du consentement d'une partie »²²⁰⁰. C'est ici que l'espoir pour la liberté contractuelle était permis, car la subjectivité implique normalement de se référer à la volonté des parties. Et qui dit volonté des parties dit normalement part belle laissée aux clauses constituant précisément le relais de cette volonté. Autrement dit, « si le lien entre les contrats de l'opération trouve une origine subjective, dans le consentement des parties, comment les priver de la latitude d'exprimer leur volonté contraire ? »²²⁰¹. Certains auteurs appelaient certes à la prudence²²⁰². Mais d'autres affirmaient plus nettement que « l'article 1186 a condamné l'analyse objective de l'interdépendance contractuelle qui, *in fine*, doit nécessairement s'appuyer sur la volonté au moins présumée des parties. Au pire, comme on l'a vu, elle peut trouver à s'appliquer dans le silence qu'elles ont gardé. Mais on ne conçoit pas qu'elle puisse être imposée contre la volonté clairement exprimée des parties qui, par la clause de divisibilité, ne feraient que rappeler ensemble la répartition naturelle du risque de disparition d'un contrat »²²⁰³. L'idée générale était alors que le contrôle de ces clauses devrait se déplacer de l'article 1186 du Code civil vers le dispositif de l'article 1171 du Code civil mieux à même d'encadrer le déséquilibre contractuel éventuellement créé par la stipulation privant l'un des contractants de la possibilité de se prévaloir de l'extinction du contrat restant²²⁰⁴. Pourtant, la Cour de cassation décida, non sans artifice, de maintenir sa position aux termes d'un arrêt rendu au visa des alinéas 2 et 3 de l'article 1186 du Code civil et selon lequel « les contrats concomitants ou successifs qui s'inscrivent dans une opération incluant une location financière étant interdépendants, il en résulte que l'exécution de chacun de ces contrats est une condition déterminante du consentement des parties, de sorte que, lorsque l'un d'eux disparaît, les autres contrats sont caducs si le contractant contre lequel cette caducité est invoquée connaissait l'existence de l'opération d'ensemble lorsqu'il a donné son consentement », ce qui a pour conséquence selon les mêmes juges que « dans les contrats formant une opération incluant une location financière, sont réputées non écrites les clauses inconciliables avec cette interdépendance »²²⁰⁵. Au-delà de « l'aporie logique apparente »²²⁰⁶ visant à inverser les deux propositions de l'article 1186, alinéa 2, du Code civil, et à déduire de l'interdépendance le caractère déterminant pour le consentement des parties de l'exécution de chacun des contrats alors que le texte postule justement l'inverse²²⁰⁷, il est intéressant d'observer que l'arrêt a été assez généralement interprété

²²⁰⁰ C. civ., art. 1186, al. 2. Sur l'opposition entre critère objectif ou subjectif : V. DESHAYES Olivier, GENICON Thomas et LAITHIER Yves-Marie, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : commentaire article par article*, op. cit., p. 401.

²²⁰¹ MOULY-GUILLEMAUD Clémence, « L'éviction contractuelle de la caducité dans le financement locatif », op. cit., §2.

²²⁰² BUY Frédéric, note sous Ch. mixte, 13 avr. 2018, n°16-21.345, préc. ; BARBIER Hugo, « La liberté contractuelle d'aménager les effets de l'extinction du contrat », *D.*, 2018, p. 1185 ; GENICON Thomas, « Conjurer la " faiblesse obligatoire " du contrat (éléments de solution pour un juste compromis en droit des contrats) », op. cit. Opposée à l'efficacité de la clause : BROS Sarah, « Les contrats interdépendants dans l'ordonnance du 10 février 2016 », *JCP G*, 2016, n° 38, 975.

²²⁰³ DESHAYES Olivier, GENICON Thomas et LAITHIER Yves-Marie, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : commentaire article par article*, op. cit., p. 406.

²²⁰⁴ V. *Ibid.* ; MOULY-GUILLEMAUD Clémence, « L'éviction contractuelle de la caducité dans le financement locatif », op. cit., §6.

²²⁰⁵ Com. 10 janv. 2024, n° 22-20.466, *Publié au Bulletin* ; *RTD civ.*, 2024, 100, note BARBIER ; *D.*, 2024, 342, note CHANTEPIE ; *RLDC*, 2024, n° 223, 4, note PLANCKAERT et n° 226, 14, note MARAIN ; *JCP G*, 2024, n° 10, 433, note LAGELÉE HEYMANN ; *LPA*, 2024, n° 4, 53, note LARDEUX ; *GPI*, 2024, n° 18, 54, note MOREIL ; *RDC*, 2024, n° 2, 17, note LATINA ; *JCP E*, 2024, n° 23, 44, note SALGUEIRO.

²²⁰⁶ BARBIER Hugo, note sous Com. 10 janv. 2024, n° 22-20.466, préc.

²²⁰⁷ V., LATINA Mathias, note sous Com. 10 janv. 2024, n° 22-20.466, préc., §6, pour qui « les hauts magistrats semblent avoir inversé la cause et la conséquence. Ils ont affirmé, en substance, que c'est parce que les contrats concomitants ou successifs qui s'inscrivent dans une opération incluant une location financière sont interdépendants, que " l'exécution de chacun de ces contrats est une condition déterminante du consentement des

comme ayant certes pour but de mettre en place une « interdépendance d'ordre public »²²⁰⁸, mais une interdépendance « ciblée »²²⁰⁹, laissant « à penser que la Cour de cassation est désireuse de cantonner sa solution aux locations financières et autres opérations semblables (crédit-bail et location avec option d'achat), ainsi potentiellement qu'à toute autre forme d'ensemble contractuel où l'interdépendance d'ordre public lui paraîtra la seule solution à même de protéger certaines catégories de contractants. En revanche, au-delà de ces îlots de protection, la validité de principe des clauses de divisibilité, du moins dans les opérations où la disparition d'un contrat n'implique pas l'impossibilité d'exécution des autres, nous semble demeurer hors d'atteinte des considérations présidant à la solution retenue par le présent arrêt »²²¹⁰. En prenant du recul sur le maintien de cette jurisprudence, il semble en effet assez évident que pour la Cour il est des situations où, objectivement, la caducité doit s'imposer. Et ce peu importe les volontés individuelles contraires qui auraient pu être exprimées au stade de la rédaction²²¹¹. Nous rejoignons ici les commentaires du Professeur Mathias Latina pour qui, même dans cette seconde alternative, « l'interdépendance n'est pas subjective, c'est-à-dire décidée par la volonté des parties. Elle découle, objectivement, de la situation qui avait été pensée, dès l'origine, comme un tout, au vu et au su de tous les membres du groupe. L'interdépendance contractuelle est donc encore, dans cette situation, objective ; elle ne repose pas sur un accord des parties, mais sur une situation de fait : lors de la conclusion du contrat, le contractant pivot n'avait pas envisagé qu'il puisse devoir continuer à exécuter les contrats restants après la disparition de l'un d'eux »²²¹². Cette idée selon laquelle la Cour tend à rendre l'article 1186 du Code civil et la caducité qu'il entraîne indisponibles dans des situations objectives où, de son point de vue, il n'est pas envisageable de continuer à exécuter le contrat concerné doit, à notre sens, servir de guide pour résoudre la question du traitement du risque contentieux relatif à la caducité des pactes d'associés. Et ce car, sans correspondre parfaitement à la configuration des ensembles contractuels, les hypothèses de caducité dans les pactes d'associés répondent bien à une distinction semblable entre caducité objective et subjective.

466. Application aux pactes – Imaginer ainsi que les alinéas 2 et 3 de l'article 1186 du Code civil « pourraient donner un éclairage décisif à l'alinéa 1^{er} »²²¹³ suppose néanmoins de lever un obstacle relatif, précisément, au sens et à la portée de cet alinéa. L'on peut en effet se demander quelle est la portée normative de cette affirmation générale selon laquelle « un contrat valablement formé devient caduc si l'un de ses éléments essentiels disparaît » et dont on ne sait pas bien si elle relève de la simple définition ou de la véritable prescription²²¹⁴.

parties ». Or, le raisonnement aurait dû être inverse. Aux termes de l'article 1186 du Code civil, des contrats sont interdépendants si la disparition d'un contrat rend impossible l'exécution des contrats restants ou si le contrat disparu était une condition déterminante du consentement d'au moins une des parties. Autrement dit, ce n'est pas parce que les contrats étaient interdépendants que l'exécution de chacun de ces contrats était une condition déterminante du consentement des parties. Au contraire, c'est parce que l'exécution de chacun des contrats était une condition déterminante du consentement des parties que les contrats étaient interdépendants... ».

²²⁰⁸ BARBIER Hugo, note sous Com. 10 janv. 2024, n° 22-20.466, préc.

²²⁰⁹ LATINA Mathias, note sous Com. 10 janv. 2024, n° 22-20.466, préc., § 10.

²²¹⁰ BARBIER Hugo, note sous Com. 10 janv. 2024, n° 22-20.466, préc.

²²¹¹ La situation inverse de l'indivisibilité semble poser moins de difficultés à la Cour de cassation qui accepte de donner effet à une clause d'indivisibilité. V., pour une indivisibilité conventionnelle entre un contrat de franchise et un contrat de location-gérance : Com., 15 mai 2024, n° 22-20.747, *Publié au Bulletin* ; RDC, 2024, n° 3, 55, note BUY ; JCP E, 2024, n° 38, 46, note BARBIÈRI ; RTD com., 2024, 857, note PASSA ; Rev. sociétés, 2024, 630, note AMIEL-COSME.

²²¹² LATINA Mathias, note sous Com. 10 janv. 2024, n° 22-20.466, préc., § 8.

²²¹³ DESHAYES Olivier, GENICON Thomas et LAITHIER Yves-Marie, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : commentaire article par article, op. cit.*, p. 398.

²²¹⁴ V. *Ibid.*, p. 393.

En réalité, l'alinéa 1^{er} de l'article 1186 du Code civil constitue bien le siège des cas généraux de caducité dont il n'est pas discuté qu'ils existent au-delà de la seule situation des ensembles contractuels. En revanche, il est certain que la formulation choisie ne répond pas précisément à la question, pourtant centrale, de savoir à quel moment il est possible d'invoquer la caducité d'un contrat²²¹⁵. Si l'on peut effectivement tenter d'éclaircir ce dernier point en se référant aux autres articles du Code civil ayant pareillement recours au concept d'« éléments essentiels du contrat »²²¹⁶, ou en rapprochant ce que l'on appelle aujourd'hui disparition d'un élément essentiel de ce que l'on dénommait hier disparition de la cause²²¹⁷, il semble que la continuité de la notion de caducité fasse, au moins en matière de pactes d'associés, que les hypothèses pratiques dans lesquelles un pacte devient caduc demeurent. Et nous avons à ce propos vu que deux hypothèses étaient principalement en cause, à savoir les cas objectifs dans lesquels le pacte est déclaré caduc car il a concrètement perdu toute applicabilité, par exemple parce qu'il avait pour objet d'encadrer le fonctionnement d'organes sociaux qui ont disparu, et les cas relevant d'une logique plus subjective, où c'est l'interprétation de la volonté des parties qui permet de dire que l'engagement initialement conclu se trouve désormais dépourvu de cause²²¹⁸. Or, et c'est là que le parallèle avec les ensembles contractuels révèle pleinement son utilité, l'on n'envisage pas que les parties puissent par avance renoncer à la caducité dans les situations objectives où celle-ci s'impose. En effet, « dès lors que c'est le droit commun du contrat, par le jeu des articles 1162 et suivants du code civil, ou le plus souvent le droit des contrats spéciaux, qui ont déterminé les éléments objectivement essentiels d'un contrat, les parties ne sauraient réduire le socle minimum de l'accord de volonté, serait-ce par leur renonciation commune »²²¹⁹. En revanche, on pourrait imaginer qu'elles puissent être maîtres d'une caducité subjective dans la mesure où celle-ci est censée trouver sa source dans leurs volontés respectives²²²⁰. Reprenant notre modèle de traitement du risque contentieux, une stipulation par laquelle « les parties conviennent que la caducité prévue par l'alinéa 1^{er} de l'article 1186 du Code civil ne pourra être invoquée entre elles qu'en présence de circonstances objectives rendant matériellement impossible l'exécution d'un ou plusieurs engagements contenus dans le pacte » ne devrait pas être déclarée nulle par principe. La prudence s'impose toutefois car la jurisprudence relative aux ensembles contractuels nous enseigne que, même dans les domaines prétendument purement subjectifs, la Cour de cassation n'hésite pas à objectiver de force la situation pour imposer la sanction de la

²²¹⁵ V. LAITHIER Yves-Marie, « Quand peut-on invoquer la caducité du contrat ? », *RDC*, 2021, n° 1, p. 161.

²²¹⁶ Il s'agit ici de l'article 1114 du Code civil relatif à l'offre et selon lequel « l'offre, faite à personne déterminée ou indéterminée, comprend les éléments essentiels du contrat » (V. *supra* n°140) et de l'article 1124, alinéa 1^{er}, du Code civil, qui définit la promesse unilatérale comme « le contrat par lequel une partie, le promettant, accorde à l'autre, le bénéficiaire, le droit d'opter pour la conclusion d'un contrat dont les éléments essentiels sont déterminés, et pour la formation duquel ne manque que le consentement du bénéficiaire » (V. *supra* n°239).

²²¹⁷ V. DESHAYES Olivier, GENICON Thomas et LAITHIER Yves-Marie, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : commentaire article par article*, *op. cit.*, p. 396 et s.

²²¹⁸ V. *supra* n°228.

²²¹⁹ BARBIER Hugo, « De la renonciation commune à la caducité d'un contrat », *RTD civ.*, 2024, p. 83.

²²²⁰ C'est une idée proche qui est développée par les auteurs qui se sont exprimés en faveur de la possibilité de « cantonner la nullité ou la caducité de certaines clauses en évitant leur contagion à tout le pacte » (HEINICH Julia, « La vie et la mort du pacte d'actionnaires : modification, transmission, nullité et caducité », *op. cit.*, spéc. p. 108). L'idée étant d'étendre contractuellement à la caducité la règle de l'article 1184, alinéa 1^{er}, du Code civil, qui veut que « lorsque la cause de nullité n'affecte qu'une ou plusieurs clauses du contrat, elle n'emporte nullité de l'acte tout entier que si cette ou ces clauses ont constitué un élément déterminant de l'engagement des parties ou de l'une d'elles ». C'est bien sur la partie subjective de la caducité partielle que l'on souhaite agir ici. Sur la question, différente, des cas dans lesquels une cause de nullité ou de caducité ne pourrait toucher que l'une des parties au contrat : V. HEINICH Julia, « La vie et la mort du pacte d'actionnaires : modification, transmission, nullité et caducité », *loc. cit.* ; HAMELIN Jean-François, *Le contrat-alliance*, *op. cit.*, p. 242, n°350 et s.

caducité²²²¹. La logique est proche lorsque la caducité d'une clause d'exclusivité prévue par un pacte est prononcée au motif que le débiteur de la clause, associé, dirigeant et salarié ultérieurement révoqué et licencié, avait été mis « dans l'impossibilité de respecter cet engagement » à la suite précisément de la révocation et du licenciement successif²²²². Certes, la clause était rédigée de façon assez large, prévoyant que l'associé dirigeant s'engageait « à consacrer tous ses efforts au développement exclusif de la société » concernée, ce qui semblait en effet difficile à réaliser en étant évincé de la sorte. Néanmoins, l'engagement avait été pris pour 24 mois et, au moins dans son versant négatif, il était possible de ne pas contrevenir à la clause, précisément en ne rejoignant pas une société concurrente dans le délai convenu comme cela avait pourtant été le cas en l'espèce. On retrouve donc ici trace de ce courant jurisprudentiel consistant à justifier de manière concrète et objective une caducité qui aurait normalement dû relever exclusivement de l'interprétation de la volonté des parties. Un tel constat est-il de nature à condamner la formule de traitement précédemment proposée ? Nous ne le pensons pas, mais il doit pousser à être lucide sur l'efficacité attendue d'une exclusion générale des cas de caducité qui ne seraient pas objectifs. Les juges pourraient en effet être tentés de réintroduire dans le giron de l'objectivité un cas de caducité qui ne paraîtrait pas en relever. C'est peut-être ce qui explique que la doctrine s'intéresse davantage aux effets de la caducité du pacte qu'aux causes de celle-ci²²²³. La caducité subjective n'ayant pourtant rien d'impératif, elle doit pouvoir faire l'objet d'un traitement contractuel. La renonciation pourrait alors pour plus d'efficacité être davantage ciblée, les parties indiquant par avance les cas dans lesquels elles entendent voir leur engagement tomber. Il s'agirait donc de développer les clauses de caducité automatique précédemment rencontrées, mais en les rapportant plus spécifiquement à un engagement donné²²²⁴. Dans l'exemple jurisprudentiel rappelé ci-dessus, les parties auraient donc spécifié si, oui ou non, la clause d'exclusivité avait vocation à perdurer en cas de révocation et de licenciement de l'intéressé. Et on ne voit pas ce qui aurait autorisé la Cour de cassation à passer outre la volonté clairement exprimée des parties au pacte, qui aurait pu être formulée de la manière suivante :

« Les parties conviennent que la caducité prévue par l'alinéa 1^{er} de l'article 1186 du Code civil ne pourra être invoquée entre elles qu'en présence de circonstances objectives rendant matériellement impossible l'exécution d'un ou plusieurs engagements contenus dans le pacte.

Notamment, l'engagement de consacrer tous ses efforts au développement exclusif de la société prévu à l'article X et pesant sur la partie A ne saurait être considéré comme caduc au seul motif que la partie A aurait fait l'objet d'une révocation et/ou d'un licenciement. Dans une telle hypothèse, la partie A devra simplement s'abstenir d'exercer une activité concurrente pendant le délai restant à courir prévu à l'article X ».

B. Le traitement du risque contentieux lié à la résiliation du pacte

467. Le terme envisagé comme élément contentieux – Pour traiter le risque contentieux lié à la résiliation du pacte, il nous faut repartir de la logique à l'œuvre dans ce risque. Rappelons en effet qu'il s'agit pour l'une ou l'autre des parties de parvenir à se dégager de

²²²¹ V. *supra* n°463 et s.

²²²² Com., 4 oct. 2011, n°10-10.548, préc. V. *supra* n°228.

²²²³ V. HEINICH Julia, « La vie et la mort du pacte d'actionnaires : modification, transmission, nullité et caducité », *loc. cit.*

²²²⁴ V. *supra* n°332.

ses engagements en arguant que le pacte est dépourvu de terme extinctif et qu'il relève donc du régime des contrats à durée indéterminée²²²⁵. Le terme n'est donc pas abordé comme un élément de formation de l'engagement, ce qui peut être le cas lorsque le mécanisme utilisé doit, pour sa validité, être limité dans le temps²²²⁶. C'est bien davantage la présence ou l'absence de terme qui est utilisée pour obtenir la disparition du contrat. Or, nous avons vu qu'en la matière le pacte générerait presque naturellement une série de questionnements complexes : « Un pacte qui prévoit demeurer en vigueur tant que les signataires demeureront associés de la société cible peut-il être considéré comme étant à durée déterminée ? Un pacte qui ne prévoit pas de durée peut-il être considéré comme étant implicitement limité à la durée de la société ? Un pacte dont la durée est explicitement liée à celle de la société peut-il être considéré comme un engagement perpétuel prohibé si cette durée correspond au maximum légal de 99 ans ? Plus largement, à partir de quelle durée peut-on considérer qu'un pacte constitue un engagement perpétuel, qui peut en tant que tel être rompu à tout moment dans les mêmes conditions que pour un contrat à durée indéterminée ? »²²²⁷. Et ces questionnements nous avaient permis de mettre en évidence que, derrière l'identification d'un terme, c'est un véritable débat de qualification qui se joue²²²⁸ car, soit le pacte est qualifié de contrat à durée indéterminée et « chaque partie peut y mettre fin à tout moment, sous réserve de respecter le délai de préavis contractuellement prévu ou, à défaut, un délai raisonnable »²²²⁹, soit il est qualifié de contrat à durée déterminée et « chaque partie doit l'exécuter jusqu'à son terme »²²³⁰. Nous savons désormais que pour traiter un risque contentieux relatif à la qualification d'un mécanisme, une seule voie peut être empruntée, celle de l'accord de qualification au sens de l'article 12, alinéa 3, du Code de procédure civile, et que celle-ci suppose principalement de vérifier que les droits en cause sont disponibles²²³¹. Une telle vérification n'est pas si aisée qu'il n'y paraît. C'est que, malgré l'apparente liberté des parties relativement à la fixation d'un terme, la prohibition des engagements perpétuels joue un rôle *a priori* assez restrictif.

468. Perpétuité et durée indéterminée – Se poser la question de la libre disponibilité des droits des parties concernant la durée de leur contrat peut sembler incongru. En effet, n'y a-t-il pas là un domaine où, par excellence, les contractants disposent de toute latitude pour organiser leur relation ? Certes, le régime de la durée apparaît comme peu flexible. Ainsi, en présence d'un contrat à durée indéterminée, la prérogative de résiliation est présentée comme étant d'ordre public²²³². Inversement, le principe reste qu'« à une durée indéfinie, qui justifie une faculté de résiliation unilatérale à tout moment, s'oppose une durée

²²²⁵ V. *supra* n°230 et s.

²²²⁶ On pense tout naturellement aux clauses de non-concurrence (V. *supra* n°268). Mais cela vaut également pour les clauses d'inaliénabilité qui ne sont valables qu'à la condition d'être temporaires, que l'acte concerné soit à titre gratuit (C. civ., art. 900-1, al. 1^{er}) ou onéreux (1^{er} civ, 31 oct. 2007, n°05-14.238, *Bull. civ.*, 2007, I, n° 337 ; *RTD civ.*, 2008, 126, note REVET ; *JCP N*, 2008, n° 5, 26, note MORTIER ; *Rev. sociétés*, 2008, 321, note SCHILLER ; *RDC*, 2008, n° 2, 248, note LAITHIER).

²²²⁷ HEINICH Julia, LÉCUYER Hervé et MESTRE Jacques [dir.], *Les pactes d'affaires*, *op. cit.*, p. 114, n°118.

²²²⁸ V. *supra* n°232.

²²²⁹ C. civ., art. 1211.

²²³⁰ C. civ., art. 1212, al. 1^{er}.

²²³¹ V. *supra* n°422 et s.

²²³² CHANTEPIE Gaël, « Contrat : effets », *loc. cit.* V. 1^{er} civ., 7 mars 2006, n°04-12.914, *Bull. civ.*, 2006, I, n° 132 ; *Banque et Droit*, 2006, n° 107, 76, note RONTCHEVSKY ; *Rev. dr. banc. fin.*, 2006, n° 3, 20, note LEGAIS ; *RLDC*, 2006, n° 27, 32, note MARRAUD DES GROTTES ; *Contrats, conc. consom.*, 2006, n° 7, 16, note LEVENEUR ; *RTD civ.*, 2006, 762, note MESTRE et FAGES ; *Dr. et patr.*, 2006, n° 152, 97, note AYNÈS et STOFFEL-MUNCK.

déterminée, qui impose son respect par les parties jusqu'au terme stipulé »²²³³. En revanche, il n'est pas discuté que les parties sont libres de stipuler un terme et donc de se placer sous l'empire de l'un ou l'autre de ces régimes. Cette faculté étant offerte, on ne voit pas pourquoi les contractants ne pourraient pas sceller le choix qu'ils ont fait en qualifiant par avance leur accord de contrat à durée déterminée ou indéterminée, précisément pour éviter des discussions futures à ce sujet. En réalité, si l'on ne peut pas avancer les choses aussi simplement, c'est parce qu'à cette opposition de régime entre contrat à durée indéterminée et déterminée, s'ajoute une prohibition plus générale qui concerne les engagements perpétuels. Plus encore, la structuration des règles encadrant la durée des contrats semble marquée par une certaine confusion qu'il est nécessaire d'éclaircir avant d'envisager un possible traitement du risque contentieux correspondant. La confusion que nous évoquons ne ressort pas immédiatement de l'enchaînement désormais proposé par le Code civil depuis la réforme de 2016 entre les articles 1210 (prohibition des engagements perpétuels), 1211 (régime des contrats à durée indéterminée) et 1212 (régime des contrats à durée déterminée). Pour la saisir, il faut revisiter l'état du droit antérieurement à l'introduction de ces nouvelles dispositions. En effet, avant l'introduction de l'article 1210 du Code civil, la doctrine s'était beaucoup interrogée sur l'existence d'un véritable principe de prohibition des engagements perpétuels²²³⁴. La réflexion partait des deux premiers alinéas de l'article 1780 du Code civil relatif au louage de service qui servaient en réalité de base au développement de principes généraux en matière de durée contractuelle. Le premier alinéa disposait qu'« on ne peut engager ses services qu'à temps, ou pour une entreprise déterminée » et, le second, que « le louage de service, fait sans détermination de durée, peut toujours cesser par la volonté d'une des parties contractantes ». De là découlait deux enseignements principaux, à savoir qu'il n'est pas possible de s'engager *ad vitam aeternam* (premier alinéa)²²³⁵ et, si d'aventure un ou plusieurs contractants persistaient dans cette voie, que le contrat est résiliable à tout moment (deuxième alinéa). Il était pourtant permis de fortement douter de la logique que l'on voulait donner à la succession de ces deux propositions. Tout d'abord, cette interprétation laissait « dans l'ombre que les deux alinéas prétendument en résonance ne sont pas contemporains, puisque le premier est originaire tandis que le second ne lui fut adjoint que par la loi du 27 décembre 1890. D'où il faudrait considérer que le vice dénoncé dans le premier alinéa est demeuré dépourvu de sanction jusqu'à ce que la loi de 1890 soit venu le compléter »²²³⁶. Ensuite, on retrouvait bien en jurisprudence des arrêts considérant que la sanction du vice de perpétuité devait être la nullité²²³⁷ et c'est alors une incohérence technique qui se présentait car « si l'engagement illimité est d'abord déclaré nul, on voit mal comment on pourrait le considérer comme suffisamment valide pour qu'il puisse néanmoins

²²³³ CHANTEPIE Gaël, « Contrat : effets », *op. cit.*, n°151. Nous laissons ici volontairement de côté la possibilité de stipuler une clause de résiliation unilatérale dans un contrat à durée déterminée. Sur ces clauses : V. HAGE-CHAHINE Najib, « Résolution – Résiliation », *Rép. civ.*, Dalloz, 2021, n°366 et s.

²²³⁴ V. not., GHESTIN Jacques, « Existe-t-il en droit positif français un principe de prohibition des contrats perpétuels ? », in *Mélanges en l'honneur de Denis Tallon : d'ici, d'ailleurs, harmonisation et dynamique du droit*, Société de législation comparée, 1999, p. 250 ; LATINA Mathias, « Les mesures du temps », in *Le temps et le droit : Journées nationales, Dijon, 22 novembre 2013*, Dalloz, 2014, p. 87 ; LIBCHABER Rémy, « Réflexions sur les engagements perpétuels et la durée des sociétés », *Rev. sociétés*, 1995, p. 437 ; RIZZO Fabrice, « Regards sur la prohibition des engagements perpétuels », *Dr. et patr.*, 2000, n° 78, p. 60.

²²³⁵ Impossibilité que l'on retrouve, comme le rappelle le rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance précitée du 10 février 2016, dans d'autres textes spéciaux tels que « l'article 1709 (interdiction du bail perpétuel), l'article 1944 (interdiction du dépôt à durée illimitée), ou encore l'article 2003 (interdiction du mandat perpétuel) ».

²²³⁶ LIBCHABER Rémy, « Réflexions sur les engagements perpétuels et la durée des sociétés », *op. cit.*, n°4.

²²³⁷ Com., 1er juin 1999, n° 97-14.918 ; 3e civ., 15 déc. 1999, n° 98-10.430, *Bull. civ.*, 1999, III, n° 242 ; *RTD civ.*, 2000, 568, note MESTRE et FAGES ; *Contrats, conc. consom.*, 2000, n° 5, 15, note LEVENEUR.

faire l'objet d'une résiliation »²²³⁸. De là, une importante distinction devait être opérée entre « les contrats conclus “ sans détermination de durée ”, autrement dit les contrats à durée indéterminée, c'est-à-dire les conventions dont les parties n'ont pas précisé la durée »²²³⁹ et « les contrats perpétuels, c'est-à-dire les conventions dont les parties ont entendu qu'elles soient perpétuelles, dans les conditions qu'elles ont définies. Un contrat perpétuel est un contrat à durée déterminée et non pas un contrat à durée indéterminée »²²⁴⁰. Ne pas assimiler contrat perpétuel et contrat à durée indéterminée présentait alors l'intérêt, d'une part, de cantonner l'éventuelle constatation d'un vice lié à la durée aux contrats perpétuels²²⁴¹ et, d'autre part, de redonner à la faculté de résiliation unilatérale dans les contrats à durée indéterminée sa juste place, à savoir celle d'une simple règle technique « permettant efficacement de mettre un terme à ce que la volonté avait certes laissé ouvert, mais n'avait laissé ouvert que faute de pouvoir en prévoir immédiatement la fin »²²⁴². En remettant de l'ordre, on comprend que la protection de la liberté individuelle ne concerne en réalité que les contrats perpétuels car « il ne semble pas qu'un contrat, dont la durée est indéterminée, mais non pas illimitée, constitue en soi une menace pour la liberté des parties, si l'on convient de prendre ce mot dans une acception tant soi peu fondamentale. À la vérité, l'imprécision quant à la durée globale du contrat apparaît avant tout comme un avantage pour les parties, qui ne sont pas contraintes de s'entendre d'emblée sur sa fin : les parties à un contrat de fourniture, par exemple, n'ont aucune raison en soi de limiter leur engagement, si c'est pour le proroger ensuite ; et dans cette indétermination de la durée, on sera bien en peine de trouver une quelconque entrave aux libertés »²²⁴³.

469. Si l'on en revient maintenant aux articles 1210 et suivants nouveaux du Code civil, on est autorisé à considérer que la réforme consacre plus fermement la distinction précédemment décrite entre contrats perpétuels et contrats à durée indéterminée tout en maintenant, et c'est assez paradoxal, la confusion entre les enjeux qui gouvernent ces deux catégories. Ainsi, chacun de ces contrats bénéficie d'un article propre et seuls les contrats perpétuels sont prohibés²²⁴⁴, ce qui a le mérite de rappeler qu'un contrat qui ne précise pas sa durée n'est affecté d'aucun vice, à tout le moins pour ce motif. En revanche, en prévoyant pour les engagements perpétuels que « chaque contractant peut y mettre fin dans les conditions prévues pour le contrat à durée indéterminée »²²⁴⁵, la réforme ramène « les effets d'un engagement perpétuel à ceux d'un contrat à durée indéterminée »²²⁴⁶ au motif que l'application du régime des contrats à durée indéterminée permettrait « de préserver efficacement la valeur défendue par la prohibition des engagements perpétuels »²²⁴⁷. Mais, en alignant ainsi les régimes, on laisse à penser que les valeurs défendues sont également alignées alors que, comme nous venons de le voir, il n'en est rien. C'est certainement ce qui explique que la Cour de cassation se voit contrainte de réexpliquer, malgré l'introduction de ces nouveaux articles, que le vice de perpétuité n'est pas sanctionné par la nullité de

²²³⁸ LIBCHABER Rémy, « Réflexions sur les engagements perpétuels et la durée des sociétés », *loc. cit.*

²²³⁹ GHESTIN Jacques, « Existe-t-il en droit positif français un principe de prohibition des contrats perpétuels ? », *op. cit.*, spéc. p. 254, n°4.

²²⁴⁰ *Ibid.*

²²⁴¹ Et pour certains auteurs il n'était pas acquis que la Cour de cassation ait entendu interdire en toute matière les contrats perpétuels : V. *Ibid.*, p. 257, n°7 et s.

²²⁴² LIBCHABER Rémy, « Réflexions sur les engagements perpétuels et la durée des sociétés », *op. cit.*, n°7.

²²⁴³ *Ibid.*

²²⁴⁴ C. civ., art. 1210, al. 1^{er}.

²²⁴⁵ C. civ., art. 1210, al. 2.

²²⁴⁶ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance précitée du 10 février 2016.

²²⁴⁷ CHANTEPIE Gaël, « Contrat : effets », *op. cit.*, n°140.

l'engagement²²⁴⁸. Les plaideurs sont ici légitimement décontenancés face à cette étrange prohibition qui a pour unique conséquence l'application d'un régime propre à une figure connexe (le contrat à durée indéterminée), pour sa part parfaitement valide. De ces observations, on peut néanmoins tirer une conclusion importante qui est que si la durée est une affaire de qualification, la perpétuité, quant à elle, ne l'est pas. Cette dernière constitue en effet un vice qui suppose l'application d'une sanction, quand bien même celle-ci aurait été édulcorée par le législateur²²⁴⁹. Sorti du giron de la perpétuité, il n'y a donc aucune raison qu'un accord de qualification sur la durée en matière de pactes d'associés ne puisse prospérer. On pressent néanmoins l'opposition : s'il est permis de ne pas tenir compte d'un terme excessif au motif qu'il rendrait l'engagement perpétuel²²⁵⁰, ne pourrait-on pas, pareillement, ne pas tenir compte d'un accord de qualification qui obligerait à considérer comme étant à durée déterminée un pacte en réalité perpétuel ? La réponse est assurément positive mais il faut en mesurer les conséquences. C'est à cette seule condition (le caractère perpétuel de l'engagement) que l'accord de qualification serait dépourvu d'effet. Or, en reprenant les discussions contentieuses générées par la durée dans les pactes d'associés, il ne nous semble pas que le risque de perpétuité soit en jeu.

470. Perpétuité et pactes d'associés – Poser la question de la perpétuité au sein des pactes d'associés remet en lumière ce que nous avons déjà identifié comme étant la fonction première de ces contrats, à savoir une fonction de couverture de l'aléa social²²⁵¹. En effet, c'est pour permettre au pacte d'associés de remplir pleinement cette fonction que les parties tentent de lier d'une manière ou d'une autre sa durée à celle de leur aventure sociale, ce qui pourra, dans certaines circonstances, faire douter de son caractère perpétuel²²⁵². On pourrait évidemment songer à l'inverse à un pacte pourvu de manière abstraite d'un terme excessif, mais l'hypothèse est alors décorrélée du caractère « parasocial » de ces conventions²²⁵³ et ne mérite pas, pour cette raison, de développements spécifiques²²⁵⁴. C'est donc bien le seul risque de perpétuité généré par le fait que le pacte est conclu en considération d'une société cible qui doit nous retenir. Dans cette perspective, deux grands cas de figure sont susceptibles de se présenter.

471. Dans une première configuration, les contractants vont prévoir que le pacte d'associés est conclu pour la durée de la société. Cette dernière pouvant aller jusqu'à 99 ans²²⁵⁵, qui plus est renouvelables²²⁵⁶, on comprend aisément que la durée du pacte ainsi rédigé pourrait être décorrélée de la durée de vie humaine et s'exposer partant au grief de perpétuité. Il ne faut pourtant pas se méprendre. Il est erroné dans cette hypothèse d'envisager la durée du

²²⁴⁸ V. Com., 21 sept. 2022, n°20-16.994, préc. ; 1^{er} civ., 25 sept. 2024, n°23-14.777, *Publié au Bulletin* ; *RTD civ.*, 2024, 880, note BARBIER et 908, note GAUTIER ; *Defrénois*, 2024, n° 38, 17, note MULLER ; *RLDC*, 2024, n° 231, 16, note MICHEL ; *GPL*, 2025, n° 1, 8, note HOUTCIEFF ; *JCP N*, 2025, n° 4, 41, note VITALE et n° 7, 29, note PIÉDÉLIÈVRE ; *D.*, 2025, 267, note MEKKI et BOFFA ; *Dr. sociétés*, 2025, n° 4, 29, note MORTIER.

²²⁴⁹ Sur la différence entre le risque contentieux relatif à la qualification d'un mécanisme et les discussions qui visent à solliciter l'application d'un texte avec pour but exclusif d'accéder à la sanction que celui-ci prévoit : V. *supra* n°292 et s.

²²⁵⁰ V. 1^{er} civ., 19 mars 2002, n°99-21.209, *RTD civ.*, 2002, 498, obs. MESTRE et FAGES.

²²⁵¹ V. *supra* n°20 et s.

²²⁵² V. *supra* n°231.

²²⁵³ V. *supra* n°49.

²²⁵⁴ L'éventuelle identification d'un terme tacite (V. C. civ., art. 1305-1) ne nous retiendra pas davantage car, précisément, dans une logique de traitement du risque contentieux relatif à la durée, c'est un accord de qualification exprès que nous proposons, ce qui écarte tout implicite.

²²⁵⁵ C. civ., art. 1838.

²²⁵⁶ V. C. civ., art. 1844-6 et décr. n° 78-704 du 3 juill. 1978 relatif à l'application de la loi n° 78-9 du 4 janv. 1978 modifiant le titre IX du livre III du Code civil, art. 3.

pacte de manière autonome alors que de toute évidence les parties ont voulu l'accoler à celle du contrat de société. Or, de fait, il est licite de conclure un tel contrat pour une durée de 99 ans²²⁵⁷. Cela ne signifie pas que l'édifice législatif en matière de durée sociétaire soit dépourvu de toute critique au regard de la préservation de la liberté individuelle des associés. La doctrine a à ce propos pu manifester son mécontentement face à la suppression par la loi du 4 janvier 1978 de l'article 1869, ancien, du Code civil, qui prévoyait que : « la dissolution de la société par la volonté de l'une des parties ne s'applique qu'aux sociétés dont la durée est illimitée, et s'opère par une renonciation de bonne foi, et non faite à contretemps »²²⁵⁸. Plus récemment, l'argumentation d'un plaideur estimant que l'absence de droit de retrait dans la SARL affectait le droit de propriété et le principe d'égalité devant la loi, constitutionnellement garantis par les articles 2, 6 et 17 de la Déclaration des droits de l'homme de 1789²²⁵⁹, a pu amener certains auteurs à se demander si « l'absence de droit de retrait dans la SARL ne serait-elle pas plutôt une atteinte à la liberté découlant de l'article 4 de la Déclaration de 1789 ? »²²⁶⁰. Certes, un associé de SARL peut, malgré l'absence de droit de retrait, céder ses parts ou obtenir leur rachat en cas de refus d'agrément de la part des autres associés²²⁶¹. Mais ce n'est pas le cas dans toutes les formes sociales. On pense notamment aux sociétés en nom collectif « qui font figure de véritable prison contractuelle »²²⁶², les parts sociales ne pouvant être cédées qu'avec le consentement de tous les associés²²⁶³ sans qu'un droit au rachat en cas de refus²²⁶⁴ ou une faculté de retrait ne soient prévus. Toutefois, à partir du moment où ces formes sociales sont disponibles pour une durée légalement prévue, on ne voit pas ce qui empêcherait un pacte de s'associer à cette même durée, sauf à considérer que l'on ne peut s'engager en tant qu'associé qu'à travers le contrat de société, ce qui ferait fi de la diversité des contrats conclus en matière sociétaire. La liberté laissée à la société d'être constituée pour une durée de 99 ans est avant tout une liberté reconnue aux constituants, en l'occurrence les associés, liberté dont on ne saurait raisonnablement les priver lorsqu'il s'agit du pacte d'associés, lequel a précisément vocation à accompagner le contrat de société. Il faut donc fortement approuver la Cour de cassation d'avoir décidé « que la prohibition des engagements perpétuels n'interdit pas de conclure un pacte d'associés pour la durée de vie de la société, de sorte que les parties ne peuvent y mettre fin unilatéralement »²²⁶⁵. Il n'y a aucune raison que le régime de l'extrastatutaire ne suive pas ici celui du statutaire²²⁶⁶. La problématique se présente-t-elle toutefois sous un jour différent si on prend en compte la possibilité de proroger la société ? La doctrine a pu exprimer certains doutes quant à la possibilité de calquer le pacte sur la durée de la société y compris dans l'hypothèse d'une prorogation de cette dernière. Il ne

²²⁵⁷ C. civ., art. 1838.

²²⁵⁸ V. LIBCHABER Rémy, « Réflexions sur les engagements perpétuels et la durée des sociétés », *op. cit.* Cette dissolution unilatérale est désormais cantonnée aux sociétés en participation (V. C. civ., art. 1872-2, al. 1^{er}).

²²⁵⁹ Com., 13 mars 2024, n°23-20.199, *Publié au Bulletin* ; *Dr. sociétés*, 2024, n° 5, 39, note HAMELIN ; *Lexbase aff.*, 2024, n° 791, note BRIGNON ; *BJS*, 2024, n° 6, 16, note CAFFIN-MOI ; *GPL*, 2024, n° 20, 60, note MICHEL ; *RTD com.*, 2024, 697, note LECOURT ; *Rev. sociétés*, 2024, 498, note BARBIÈRI.

²²⁶⁰ HAMELIN Jean-François, note sous Com., 13 mars 2024, n°23-20.199, préc.

²²⁶¹ C. com., art. L. 223-14, al. 3.

²²⁶² HAMELIN Jean-François, note sous Com., 13 mars 2024, n°23-20.199, préc.

²²⁶³ C. com., art. L. 221-13, al. 2.

²²⁶⁴ Sur la possibilité de prévoir un droit de rachat statutaire : V. GIBIRILA Deen, « Société en nom collectif », *Rép. sociétés*, Dalloz, 2025, n°307 ; RAVEL D'ESCLAPON Thibault de, « La validité des clauses de rachat dans les sociétés en nom collectif », *LPA*, 2008, n° 224, p. 4.

²²⁶⁵ 1^{er} civ., 25 janv. 2023, n°19-25.478, préc.

²²⁶⁶ V., en ce sens, FAGES Bertrand, note sous 1^{er} civ., 25 janv. 2023, n°19-25.478, préc., spéc. n°8, qui considère qu'un pacte d'associés « est toujours conclu par des parties que leur qualité d'associés expose déjà, sur le plan statutaire, à la longue durée de vie de la société. On ne voit donc pas pourquoi ces mêmes parties ne pourraient pas s'obliger pour cette même durée sur le plan extrastatutaire ».

faudrait ainsi pas interpréter à l'excès l'arrêt rendu par la Cour de cassation, sauf à « méconnaître le fait que si la société obéit à un mécanisme spécifique de renouvellement que l'on nomme la prorogation (C. civ., art. 1844-6), tel n'est pas le cas du pacte d'associé qui, de ce point de vue, reste purement et simplement soumis au régime de l'article 1212, alinéa 2 du Code civil »²²⁶⁷. Ce dernier article empêche en effet d'« exiger le renouvellement du contrat » et il est complété par l'article 1213 du code civil qui impose l'accord des cocontractants pour obtenir la prorogation de leur convention²²⁶⁸. Il serait alors plus prudent de prévoir dans cette hypothèse une faculté de dénonciation du pacte par l'une ou l'autre des parties²²⁶⁹. Techniquement, la question nous semble pourtant mal posée. Il ne s'agit pas de se demander si la prorogation de la société emporte prorogation du pacte car, tout simplement, le pacte n'est pas prorogé. Si les parties choisissent de fixer la durée du pacte sur celle d'un autre contrat, en l'occurrence le contrat de société, le pacte dure tant que le contrat de société dure. Il se contente ainsi simplement de suivre le contrat de société qui pour sa part est poursuivi. On pourrait objecter que, la durée de la société pouvant être prorogée à l'infini, la survenance du terme du pacte n'a plus rien de certain, ce qui entre en contradiction avec l'article 1305 du Code civil²²⁷⁰. Mais, de nouveau, les vicissitudes éventuelles des règles encadrant la durée des sociétés ne doivent pas conduire à disqualifier le lien que la jurisprudence permet aux parties au pacte d'établir avec la durée de l'aventure sociale. À partir du moment où cette possibilité est consacrée, il ne faut pas chercher à reprendre sur le terrain de la prorogation ce que l'on a admis à propos de la « première durée » des sociétés. Celui qui s'engage à un âge relativement avancé pour la durée de la société se lie déjà pour une durée qui excède sa propre vie. L'éventualité d'une prorogation ne fait qu'accentuer le phénomène mais n'en modifie pas la nature. Nous sommes donc d'avis que le couple statutaire/extrastatutaire justifie de considérer simplement « que la clause relative à la durée du pacte peut se contenter de renvoyer directement, et sans autre précision, à la durée de vie de la société. Dans cette dernière configuration, le pacte d'associés n'a pas de durée propre exprimée en un nombre déterminé d'années et la question de son éventuelle prorogation ne se pose plus vraiment. Conclu pour la durée de vie de la société, il jouit automatiquement de la même longévité qu'elle. Que celle-ci soit prorogée selon les modalités prévues par le droit des sociétés, et voilà que la durée du pacte s'en trouvera rechargée d'autant : continuité de la personnalité morale et continuité du pacte iront ainsi de pair pendant de très longues années »²²⁷¹.

- 472.** Si la seconde alternative a pareillement pour objectif de maintenir le pacte qu'autant que les engagements sociétaires perdureront, le chemin emprunté est différent, dans la mesure où il s'agit ici d'avoir une approche plus personnelle que matérielle en prévoyant que le pacte durera tant que les parties seront ensemble associées. Disons-le d'emblée, la question de la perpétuité est faussement en jeu dans cette configuration. Il n'est ainsi pas plus perpétuel de s'engager en prenant pour référence sa qualité d'associé que de le faire en se fondant sur la durée de la société cible. On aurait d'ailleurs plutôt tendance à penser l'inverse dans la mesure où la maîtrise sur cette qualité paraît plus forte que celle qu'un associé seul peut avoir sur la durée de la société. En réalité, le problème se situe ailleurs car, face à un tel choix rédactionnel, la Cour de cassation considère que l'évènement visé (la perte de la qualité d'associé) ne présente aucun caractère de certitude et donc que le pacte

²²⁶⁷ MORTIER Renaud, note sous 1^{er} civ., 25 janv. 2023, n°19-25.478, préc.

²²⁶⁸ « Le contrat peut être prorogé si les contractants en manifestent la volonté avant son expiration. La prorogation ne peut porter atteinte aux droits des tiers ».

²²⁶⁹ DUMONT Marie-Pierre, « Contrats et obligations - Technique contractuelle », *JCP E*, 2023, n° 28, 1216, §3.

²²⁷⁰ C. civ., art. 1305.

²²⁷¹ FAGES Bertrand, note sous 1^{er} civ., 25 janv. 2023, n°19-25.478, préc., spéc. n°10.

concerné n'est affecté d'aucun terme extinctif ce qui le rend résiliable à tout moment²²⁷². Un accord de qualification liant le juge sur le caractère déterminé du pacte ainsi rédigé pourrait-il malgré tout prospérer ? Pour ce qui est de la libre disponibilité des droits en cause, la question ne pose pas de difficulté étant donné que le grief de perpétuité est de toute évidence écarté. Il n'est pourtant pas certain que la Cour s'estime liée par l'accord des parties, car on comprend que de son point de vue « tous les événements mettant fin à la qualité d'associé sont incertains en leur existence ce qui les rapproche d'une condition et non d'un terme »²²⁷³. Il est alors à craindre qu'elle considère la qualification choisie comme impossible, ce qui, nous l'avons vu, constitue pour certains auteurs un motif permettant au juge de sortir de l'empire de l'article 12, alinéa 3, du Code de procédure civile²²⁷⁴. Selon nous, s'il est vrai que la perte de la qualité d'associé correspond davantage à une problématique de caducité qu'à l'identification d'un terme²²⁷⁵, il serait néanmoins exagéré de considérer que la qualification choisie est manifestement inconcevable au regard des faits. Or, rappelons-le, c'est normalement la seule hypothèse où l'accord des parties doit être évincé au nom de l'impossibilité du choix réalisé²²⁷⁶.

- 473.** Rares seront donc *in fine* les hypothèses dans lesquelles un accord de qualification sur la durée du pacte d'associés sera privé d'effet. La formulation suivante peut en conséquence être proposée :

« Les parties conviennent, sur le fondement de l'article 12, alinéa 3, du code de procédure civile, que le présent accord est un contrat à durée déterminée/indéterminée. Conformément à l'article 1211/1212 du Code civil, chaque partie peut y mettre fin à tout moment [précision optionnelle d'un préavis] / il doit être exécuté jusqu'à [précision du terme] ».

- 474. Conclusion de section –** Le déploiement de la contrainte au sein des risques contentieux propres aux mécanismes exigeant un transfert de droits sociaux, et relatifs aux phases de formation et de disparition, a permis d'envisager un certain nombre de traitements possibles. Concernant la phase de formation et les risques contentieux liés au système conditionnel, un accord de qualification peut ainsi permettre de s'assurer qu'une promesse unilatérale de vente ou d'achat ne soit pas analysée comme une clause d'exclusion. Toujours en phase de formation, un accord de régime peut, dans la détermination des éléments relatifs au transfert, éviter qu'un engagement dont la validité ne dépend pas de l'existence d'un prix déterminé ou déterminable, particulièrement un pacte de préférence, soit soumis aux conséquences de l'indéterminabilité si les parties ont malgré tout choisi de stipuler un prix. En phase de disparition, il devrait être possible, d'une part, de réduire les cas de caducité invocables aux situations objectives rendant matériellement impossible l'exécution des engagements contenus dans le pacte et, d'autre part, de garantir, malgré la prohibition des engagements perpétuels, que le pacte sera bien qualifié de contrat à durée déterminée ou indéterminée conformément à la volonté des parties. En revanche, l'interdiction des confirmations par avance empêche de renoncer à l'application de normes prohibitives susceptibles de remettre en cause la validité d'un système optionnel, telles que l'article 1844-1, alinéa 2, du Code

²²⁷² Com., 6 nov. 2007, n°07-10.620, préc. ; Com., 20 déc. 2017, n°16-22.099, préc.

²²⁷³ MORTIER Renaud, note sous 1^{er} civ., 25 janv. 2023, n°19-25.478, préc.

²²⁷⁴ V. *supra* n°426.

²²⁷⁵ V. *supra* n°466.

²²⁷⁶ V. *supra* n°426.

civil interdisant les clauses léonines, ou l'article 722 du Code civil prohibant les pactes sur succession future. C'est la même interdiction qui condamne le traitement du risque de potestativité propre aux mécanismes conditionnels, ou le traitement du risque lié à l'application des normes imposant diverses exigences pour la détermination des éléments relatifs au transfert, qu'il s'agisse notamment de celles imposant que la chose ou le prix soient déterminables ou de celles interdisant que ce dernier déguise une sanction pécuniaire. Ces premiers éléments sont précieux. Ils poussent à poursuivre l'analyse, cette fois-ci en phase d'exécution.

Section 2 : Le traitement du risque contentieux en phase d'exécution

475. Comme expliqué précédemment²²⁷⁷, la structure des mécanismes de transfert de droits sociaux impose un découpage déjà retenu dans les phases antérieures de l'analyse²²⁷⁸, et qui voit s'opposer les discussions relatives au déclenchement du transfert à celles portant sur la détermination des éléments relatifs au transfert. Cette distinction sera ici reconduite, afin d'assurer la continuité méthodologique entre l'observation des risques et leur traitement. Il sera donc procédé à une analyse distincte du traitement du risque contentieux dans le déclenchement du transfert (I) et du traitement du risque contentieux dans la détermination des éléments relatifs au transfert (II).

I. Le traitement du risque contentieux dans le déclenchement du transfert

476. Les deux systèmes organisant le déclenchement d'un transfert de droits sociaux²²⁷⁹ doivent de nouveau guider nos développements. Le fait est qu'en reprenant la distinction entre système optionnel et conditionnel, l'on peut examiner séparément les techniques de traitement envisageables selon le système utilisé. Nos développements dissocieront par conséquent le traitement du risque contentieux lié au système optionnel (A) du traitement du risque contentieux lié au système conditionnel (B).

A. Le traitement du risque contentieux lié au système optionnel

477. Nous avons vu que la partie au pacte qui souhaite échapper à l'automaticité du transfert qu'est censé procurer un système optionnel en phase d'exécution pouvait provoquer deux grands types de discussion, à savoir une discussion relative à la capacité de l'option à former la vente puis, si cette capacité est acquise, une discussion relative à la possibilité de forcer la vente ainsi formée²²⁸⁰. Sous l'angle du traitement des risques contentieux associés, il nous faut donc à présent envisager la discussion relative à la formation de la vente par option (1), et la discussion relative à l'exécution de la vente formée par option (2).

1) Discussion relative à la formation de la vente par option

478. Rappel des risques – L'exécution d'un transfert de droits sociaux fondé sur un système optionnel se présente en principe assez simplement dans la mesure où il suffit normalement

²²⁷⁷ V. *supra* n°448.

²²⁷⁸ V. *Supra* n°108 et s.

²²⁷⁹ V. *supra* n°448 et s.

²²⁸⁰ V. *supra* n°238 et s.

au bénéficiaire de l'option de la lever pour former la vente²²⁸¹. La partie qui y a intérêt peut néanmoins vouloir perturber cette simplicité et discuter la capacité de l'option à opérer cette formation. La phase d'observation du risque contentieux avait à ce propos mis en exergue deux discussions possibles²²⁸². La première consistait pour le promettant à rétracter son consentement avant que le bénéficiaire n'ait levé l'option. En faisant cela, le promettant tentait donc de faire échec à la levée de l'option. La discussion en cause était alors une discussion relative au régime du mécanisme, dans la mesure où il s'agissait de déterminer le résultat juridique auquel devait parvenir la rétractation du promettant²²⁸³. Sans revenir ici sur le détail des arguments en présence il faut dire que, malgré l'opposition d'une large partie de la doctrine, la Cour de cassation rendait cette rétractation efficace sauf stipulation contraire en considérant qu'elle excluait toute rencontre des volontés réciproques de vendre et d'acquiescer²²⁸⁴. Désormais, le débat de régime est réglé par l'article 1124, alinéa 2, du Code civil qui dispose que « la révocation de la promesse pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter n'empêche pas la formation du contrat promis ». De sorte que sous l'angle du traitement du risque contentieux correspondant, il n'y a en réalité pas grand-chose à ajouter. Certes, la fixation du régime par une norme légale laisse ouverte l'éventualité de discussions complémentaires relatives à l'application de cette norme. Mais, d'une part, la Cour de cassation les a largement circonscrites en refusant de considérer, y compris pour les promesses conclues avant l'entrée en vigueur de la réforme de 2016, que la formulation « pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter » préservait la possibilité d'une rétractation régulière avant l'ouverture du délai d'option²²⁸⁵. Et, d'autre part, le véritable débat portait surtout sur le point de savoir si la nouvelle règle ainsi posée était impérative ou s'il demeurerait possible de prévoir une faculté de rétractation contractuelle²²⁸⁶. Or, de nouveau, la Cour de cassation a répondu *a priori* assez clairement à ces questionnements en réservant dans tous les arrêts rendus en application du nouveau régime l'hypothèse d'une stipulation contraire²²⁸⁷. C'est donc bien davantage la seconde discussion ayant pour objet la capacité de l'option à former la vente qui doit nous retenir. Celle-ci a trait aux conséquences juridiques qu'il faut donner aux options dites croisées.

479. Traitement du risque contentieux propre à la stipulation d'options croisées – Nous l'avons dit, cette discussion se présente sous un jour presque inverse à celle de la rétractation car il s'agit non pas de dénier à la levée d'option son efficacité, mais bien d'estimer qu'elle est inutile car la vente est déjà formée. Sont ici concernées les promesses croisées qui permettent en théorie aux parties de se conférer mutuellement les qualités de promettant et de bénéficiaire, tout en se réservant la possibilité, si les deux parties renoncent à lever l'option, de ne pas conclure la vente²²⁸⁸. Or, en prétendant finalement que l'engagement n'est pas optionnel mais définitif, le plaideur dénie à l'option sa fonction première et neutralise l'effet qu'elle doit normalement avoir sur la formation de la vente. Il

²²⁸¹ V. *supra* n°109 et s.

²²⁸² V. *supra* n°238 et s.

²²⁸³ V. *supra* n°239.

²²⁸⁴ V. *supra* n°239.

²²⁸⁵ V., Com., 15 mars 2023, n°21-20.399, précité, énonçant, après les arrêts de la troisième chambre civile (3e Civ., 23 juin 2021, n° 20-17.554, précité ; 3e Civ., 20 octobre 2021, n° 20-18.514, précité), que « le promettant signataire d'une promesse unilatérale de vente s'oblige définitivement à vendre dès cette promesse et ne peut pas se rétracter, même avant l'ouverture du délai d'option offert au bénéficiaire, sauf stipulation contraire ». V. égal. 3e civ., 21 nov. 2024, n° 21-12.661, préc. V. *supra*.

²²⁸⁶ V. *supra*, note 1052 n°218 nature de la discussion.

²²⁸⁷ 3e civ., 23 juin 2021, n° 20-17.554, préc. ; 3e civ., 20 oct. 2021, n° 20-18.514, préc. ; Com., 15 mars 2023, n° 21-20.399, préc. ; 3e civ., 21 nov. 2024, n° 21-12.661, préc.

²²⁸⁸ V. *supra* n°240 et s.

y a donc avant tout un risque contentieux relatif à la qualification du mécanisme²²⁸⁹ qui suppose normalement, pour être traité, d'avoir recours à un accord de qualification²²⁹⁰. Néanmoins, face à la confusion entourant les arrêts rendus par la Cour de cassation en la matière, qui semblent mélanger la qualification de promesses synallagmatiques et le régime des promesses unilatérales²²⁹¹, il paraît nécessaire, pour remédier à cette double incertitude, de recourir à un accord qui soit à la fois de qualification et de régime. Pour être valide, un tel accord doit être exprès et, surtout, porter sur des droits disponibles²²⁹². Le caractère exprès de l'accord ne pose pas de difficulté car il s'agit d'une exigence purement formelle qui suppose de se référer directement à l'article 12, alinéa 3, du Code de procédure civile²²⁹³. Et l'on voit mal ce qui permettrait de conclure à l'indisponibilité des droits en cause car, de toute évidence, ce sont ici des intérêts purement patrimoniaux²²⁹⁴ qui sont concernés, les contractants ne faisant rien d'autre que d'organiser le transfert de leurs droits sociaux. Autrement dit, là où « pour échapper à l'insécurité résultant de cette solution inopportune, certains ont préconisé de rédiger les promesses de vente et d'achat en des termes différents »²²⁹⁵, nous recommandons de traiter véritablement le risque contentieux correspondant en scellant par avance la qualification de promesses unilatérales autonomes des options croisées et de s'assurer qu'en aucune façon elles ne pourront valoir vente définitive²²⁹⁶. Précisons *in fine* qu'il serait particulièrement ironique que le juge saisi d'un tel accord oppose aux parties l'impossibilité de la qualification et du régime choisis²²⁹⁷. Ce sont en effet bien plus les décisions de la Cour de cassation elles-mêmes qui semblent contrarier la nature des droits potestatifs accordés, ces derniers étant par essence incompatibles avec la qualification et le régime des promesses synallagmatiques – quand bien même ces droits seraient symétriquement répartis entre les deux parties au contrat²²⁹⁸. Par conséquent, rien ne s'oppose à ce qu'une formule de traitement de ce risque contentieux soit proposée. Celle-ci pourrait être rédigée de la manière suivante :

« Les parties conviennent, sur le fondement de l'article 12, alinéa 3, du code de procédure civile, que les droits d'option accordés aux articles X constituent des promesses unilatérales autonomes au sens de l'article 1124 du Code civil. Les parties restent chacune libres de ne pas lever l'option qui leur a été attribuée et en aucun cas la stipulation simultanée de ces promesses ne pourra valoir vente définitive ».

2) Discussion relative à l'exécution de la vente formée par option

480. Caractère indiscutable du principe du droit à l'exécution – Comme nous l'avons vu, le principe du droit à l'exécution forcée de tout engagement est désormais fermement affirmé par le Code civil qui dispose à l'article 1221 que « le créancier d'une obligation

²²⁸⁹ V. *supra* n°241.

²²⁹⁰ V. *supra* n°422 et s.

²²⁹¹ V. *supra* n°240 et s.

²²⁹² V. *supra* n°428 et s.

²²⁹³ V. *supra* n°425.

²²⁹⁴ Sur la disponibilité de principe des intérêts patrimoniaux : V. *supra* n°428 et s.

²²⁹⁵ DEBOISSY Florence et WICKER Guillaume, « Les promesses croisées de vente et d'achat de titres sociaux : une promesse synallagmatique imparfaite », *op. cit.*, spéc. p. 368, n°3.

²²⁹⁶ V. Com., 27 nov. 2024, n° 23-10.385, préc., qui, sans se référer à l'article 12, alinéa 3, du code de procédure civile semble bel et bien donner effet à la stipulation d'un pacte où il était prévu que « chacun des associés reconnaît que les dispositions qui précèdent valent promesse de vente de ses titres ».

²²⁹⁷ Rappelons que cette impossibilité constitue pour certains auteurs un motif permettant au juge de sortir de l'empire de l'article 12, alinéa 3, du Code de procédure civile : V. *supra*, Titre 1.

²²⁹⁸ V. *supra* n°112.

peut, après mise en demeure, en poursuivre l'exécution en nature »²²⁹⁹. Aucune règle de fond ne conditionne l'accès à ce principe qui n'est « limité ni par le type de contrat ni par le type d'obligation »²³⁰⁰. Il vaut donc aussi bien pour le transfert en lui-même que pour les différentes obligations de faire qui le matérialisent²³⁰¹. Un risque de discussion à ce sujet est donc en principe inenvisageable. Raison pour laquelle il paraît inutile de stipuler par exemple que « les Parties reconnaissent que l'ensemble de leurs obligations aux termes du Pacte sont susceptibles d'exécution forcée conformément à l'article 1221 du Code civil »²³⁰². Le principe existe déjà et tout contractant est libre de s'en saisir. En revanche, il n'est pas absolu et le texte qui le pose en prévoit immédiatement les limites. Leur application est potentiellement sujette à contentieux. Ce qui explique que « pour l'essentiel, c'est au sujet des exceptions au droit du créancier d'exiger l'exécution en nature que des clauses se conçoivent »²³⁰³.

481. Traitement des discussions relatives aux limites du droit à l'exécution – Nous avons vu que la discussion relative aux limites du droit à l'exécution était une discussion imposée par le droit des contrats en ce que tout engagement est susceptible de passer par le filtre de l'article 1221 du Code civil et des limites qu'il pose à la possibilité de poursuivre l'exécution forcée en nature du mécanisme initialement convenu²³⁰⁴. Il y a donc là un risque contentieux relatif à l'interprétation d'une norme, dont on sait désormais qu'il peut être traité de deux manières différentes. En premier lieu, le traitement peut prendre la forme d'une contrainte à destination des parties qui visera à obtenir d'elles qu'elles renoncent par avance à invoquer la norme en question, ce qui a pour effet de l'exclure du débat contentieux²³⁰⁵. En second lieu, le traitement peut passer par une contrainte à destination du juge, permettant ainsi d'aménager son office en définissant la façon dont les termes de la norme concernée devraient être entendus par lui en cas de contentieux²³⁰⁶. Sans surprise, il nous faut reprendre ces deux axes de traitement en tentant de les appliquer à l'article 1221 du Code civil.

482. Sous l'angle de l'exclusion de la norme, nous savons que tout dépend du caractère impératif ou supplétif de la disposition à laquelle les parties souhaitent renoncer et que cette impérativité doit être appréciée au cas par cas, faute de critère unique fiable²³⁰⁷. Pour ce qui est de l'article 1221 du Code civil, une dissociation s'impose au sein des limites qu'il pose à l'exécution forcée en nature. S'agissant dans un premier temps de l'impossibilité d'exécution, la doctrine s'est prononcée assez fermement contre toute possibilité de renonciation anticipée, affirmant par exemple sans détour que « l'exclusion conventionnelle de cette autre exception n'est pas envisageable »²³⁰⁸, ou que « toute clause permettant l'exécution en nature en cas d'impossibilité est largement inconcevable même si c'est

²²⁹⁹ V. *supra* n°242.

²³⁰⁰ DESHAYES Olivier, GENICON Thomas et LAITHIER Yves-Marie, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : commentaire article par article*, *op. cit.*, p. 547. V. *supra*, Partie 1 n°221 fermeté du principe.

²³⁰¹ Sur lesquelles : V. *supra*, n°242.

²³⁰² HEINICH Julia, LÉCUYER Hervé et MESTRE Jacques [dir.], *Les pactes d'affaires*, *op. cit.*, p. 107, n°108. V. *supra* n°363.

²³⁰³ GRIMALDI Cyril, « Les clauses tournées vers le maintien du contrat : exécution par remplacement, exécution forcée, réduction de prix », in dossier « Les clauses relatives à l'inexécution du contrat », *op. cit.*, p. 111, spéc. §2.

²³⁰⁴ V. *supra* n°243.

²³⁰⁵ V. *supra* n°405 et s.

²³⁰⁶ V. *supra* n°434.

²³⁰⁷ V. *supra* n°405 et s.

²³⁰⁸ CORMIER Maxime, « Les clauses relatives au contrôle de la disproportion manifeste de l'exécution forcée du contrat », *op. cit.*, p. 2.

d'impossibilité morale dont il s'agit, car une telle clause constituerait une atteinte excessive à la liberté individuelle du débiteur »²³⁰⁹. Il apparaît en effet difficile de stipuler de manière abstraite que les exécutions impossibles devront malgré tout être poursuivies. D'autant qu'en matière de transferts de droit sociaux c'est bien souvent d'une impossibilité juridique dont il sera question, qu'il s'agisse par exemple de mobiliser les droits acquis par les tiers de bonne foi²³¹⁰ ou, plus spécialement, de convoquer les articles L. 225-207 à L. 225-217 du Code de commerce réglementant les cas dans lesquels une société anonyme peut être autorisée à acheter ses propres actions²³¹¹. C'est donc bien plus la supplétivité éventuelle de la limite liée à une disproportion manifeste entre le coût de l'exécution pour le débiteur de bonne foi et son intérêt pour le créancier qui peut dans un second temps retenir notre attention. Nous disons éventuelle car le caractère impératif ou supplétif de cette limite n'est pas expressément tranché par le texte ou par la jurisprudence. Or, rappelons-le, en dehors de ces hypothèses de qualification explicite, il est difficile de se prononcer sereinement sur l'impérativité ou la supplétivité d'une disposition légale²³¹². L'on peut néanmoins estimer qu'en cette matière, l'article 1221 du Code civil ne se présente pas vraiment sous les jours de l'impérativité²³¹³. D'abord, et même s'il est vrai que cet argument n'est pas absolu, il faut bien dire que les textes issus de l'ordonnance sont présentés comme étant supplétifs par principe sauf mention contraire de leur nature impérative²³¹⁴, ce qui n'est pas le cas ici. Ensuite, la clause qui supprimerait l'exception de disproportion manifeste pourrait constituer une simple clause d'acceptation et de répartition des risques tout à fait licite²³¹⁵. Enfin, les parlementaires eux-mêmes lors des travaux sur la loi de ratification de l'ordonnance portant réforme du droit des contrats ont exprimé comme position que cette exception pouvait être écartée par les parties au contrat, à la différence de celle tirée de l'impossibilité d'exécution²³¹⁶. Reste que d'autres voix se sont manifestées en défaveur de cette liberté contractuelle. L'argument le plus menaçant à ce sujet provient certainement du rapport au Président de la République sur l'ordonnance qui affirme que « le texte proposé s'analyse en une déclinaison de l'abus de droit, formulée de façon plus précise, pour encadrer l'appréciation du juge et offrir une sécurité juridique accrue ». Il est vrai que si l'on consacre ainsi le lien entre le fait de demander l'exécution d'un engagement alors que le coût de l'exécution pour le débiteur est disproportionné par rapport à son intérêt pour le créancier et le fait d'abuser du droit à l'exécution, on est gêné à conclure à la supplétivité de ce contrôle car « on voit mal, en effet, qu'un créancier puisse conventionnellement se ménager

²³⁰⁹ GRIMALDI Cyril, « Les clauses tournées vers le maintien du contrat : exécution par remplacement, exécution forcée, réduction de prix », *op. cit.*, spéc. §3.

²³¹⁰ V. C. civ., art. 1124, al. 3, qui n'annule le contrat conclu en violation de la promesse unilatérale que si le tiers « en connaissait l'existence ».

²³¹¹ V. *supra* n°243.

²³¹² V. *supra* n°408 et s.

²³¹³ V., reprenant en détail l'ensemble des arguments en faveur et défaveur de la supplétivité et concluant au caractère supplétif du texte : CORMIER Maxime, *Une limite à l'exécution forcée du contrat : la disproportion manifeste de l'article 1221 du Code civil*, *op. cit.*, p. 445, n°771 et s.

²³¹⁴ V. Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance précitée du 10 février 2016. Sur les limites de cette directive d'interprétation : V. *supra* n°409.

²³¹⁵ V. CORMIER Maxime, *Une limite à l'exécution forcée du contrat : la disproportion manifeste de l'article 1221 du Code civil*, *op. cit.*, p. 446, n°773 ; LAITHIER Yves-Marie, « Les sanctions de l'inexécution du contrat », *RDC*, 2016, n° Hors-série, p. 39.

²³¹⁶ V. CORMIER Maxime, *Une limite à l'exécution forcée du contrat : la disproportion manifeste de l'article 1221 du Code civil*, *op. cit.*, p. 447, n°774, se référant au rapport au Sénat (PILLET François, rapp., *Proj. loi ratifiant l'ord. n° 2016-131 du 10 févr. 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, Sénat, rapp. n° 22, 11 oct. 2017, p. 71) et à l'Assemblée nationale (HOULIÉ Sacha, rapp., *Proj. loi ratifiant l'ord. n° 2016-131 du 10 févr. 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, Ass. nat., rapp. n° 429, 29 nov. 2017, p. 85).

l'exercice abusif d'un droit dont il est titulaire »²³¹⁷. On objectera toutefois que, à prendre appui sur le rapport, on aurait d'abord tendance à se fonder comme indiqué précédemment sur le fait que celui-ci écarte l'impérativité du texte en l'absence de précision contraire plutôt que de tirer cette même impérativité du lien qu'il opère entre la disposition et l'abus de droit. D'autant que ce lien est loin d'être incontestable, des travaux récents ayant notamment montré qu'il s'agissait davantage pour le juge par le biais de ce contrôle de promouvoir l'efficacité économique de l'exécution forcée plutôt que de s'assurer que le créancier n'abusait pas de son droit à l'exécution²³¹⁸. On ajoutera qu'aucun des autres arguments avancés en faveur de l'impérativité, que l'on s'en rapporte à l'attachement des juges pour le contrôle de proportionnalité dans une matière pourtant assez éloignée des droits et libertés fondamentaux²³¹⁹, ou que l'on se réclame de l'équilibre qui n'a rien de très unique qu'aurait cherché à opérer le législateur entre les intérêts du créancier et du débiteur²³²⁰, ne paraissent pleinement convaincants. Raison pour laquelle on peut raisonnablement conclure à la validité d'une clause qui organiserait une renonciation mutuelle et anticipée à l'invocation de la limite de la disproportion prévue par l'article 1221 du Code civil²³²¹. La formulation suivante peut en conséquence être proposée :

« Les parties conviennent, par dérogation à l'article 1221 du Code civil, que l'exécution forcée en nature des engagements contenus dans le pacte pourra être poursuivie quand bien même il existerait une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur de bonne foi et son intérêt pour le créancier au sens de l'article 1221 précité »²³²².

483. Sous l'angle maintenant de l'aménagement de l'office du juge, il faut reconnaître que l'article 1221 du Code civil est l'une des dispositions légales qui se prête le mieux à ce mode de traitement du risque contentieux. Elle nous avait d'ailleurs servi d'illustration pour l'établissement du modèle de traitement²³²³. Rappelons qu'il ne s'agit pas ici de neutraliser l'office du juge mais uniquement de fixer *ab initio* un cadre dans lequel la disposition visée

²³¹⁷ MAZEAUD Denis, « L'exécution forcée en nature dans la réforme du droit des contrats », *op. cit.*, spéc. n°13.

²³¹⁸ V. CORMIER Maxime, *Une limite à l'exécution forcée du contrat : la disproportion manifeste de l'article 1221 du Code civil*, *op. cit.*, p. 173, n°271 et s. et p. 260, n°431 et s.

²³¹⁹ V. *Ibid.*, p. 449, n°778. Pour l'utilisation de cet argument : V. PÉRÈS Cécile, « Règles impératives et supplétives dans le nouveau droit des contrats », *op. cit.*, estimant que « l'activisme judiciaire de ces derniers temps en matière de contrôle de proportionnalité crée un contexte peu propice à l'épanouissement de la liberté contractuelle en ce domaine ».

²³²⁰ V. CORMIER Maxime, *Une limite à l'exécution forcée du contrat : la disproportion manifeste de l'article 1221 du Code civil*, *op. cit.*, p. 449 n°779. Pour l'utilisation de cet argument : V. DELEBECQUE Philippe, « L'articulation et l'aménagement des sanctions de l'inexécution du contrat », *op. cit.*, pour qui mettre de côté la limite tenant à l'existence d'une disproportion manifeste entre le coût de l'exécution pour le débiteur et son intérêt pour le créancier irait « directement à l'encontre de la volonté du législateur qui a été de trouver, en l'occurrence, une solution respectant les intérêts du créancier, tout en ménageant le point de vue du débiteur ».

²³²¹ C'est bien sous le seul angle de la supplétivité du texte que nous concluons à la validité de cette stipulation. Précisons toutefois que, pour certains auteurs, à partir du moment où l'on supprime un droit, et quand bien même la disposition serait supplétive de volonté, un contrôle sous l'angle des clauses abusives et notamment de l'article 1171 du Code civil reste possible (CORMIER Maxime, *Une limite à l'exécution forcée du contrat : la disproportion manifeste de l'article 1221 du Code civil*, *op. cit.*, p. 451, n°781 et s. ; LEVENEUR Laurent, « Introduction générale : application dans le temps et caractère impératif ou supplétif des dispositions issues de la réforme du droit des contrats », *RGDA*, 2017, n° 11, p. 582, §21). Le risque pour l'admissibilité de ces clauses nous semble néanmoins minime. D'une part, même si dans un transfert donné il y a bien un débiteur et un créancier, ces qualités sont bien souvent alternatives si on prend en compte l'ensemble des engagements de sorte que la renonciation, mutuelle par nature, devrait s'équilibrer à l'échelle du pacte. D'autre part, le déséquilibre significatif prohibé par l'article 1171 du Code civil suppose d'être en présence d'un contrat d'adhésion. Or, nous l'avons vu, cette qualification n'a absolument rien d'évident pour un pacte d'associés (V. *supra* n°389).

²³²² Pour une formulation proche : V. *supra* n°363.

²³²³ V. *supra* n°434.

pourrait ou non remettre en cause les engagements du pacte. Le principe veut que cet aménagement ne soit autorisé qu'en présence d'une disposition supplétive, mais nous avons vu que, l'aménagement n'étant pas l'exclusion, il devrait être possible au cas par cas d'admettre des aménagements conventionnels d'une disposition impérative à condition que l'application de celle-ci soit préservée²³²⁴. Pour ce qui est de l'impossibilité d'exécution, la notion paraît malgré tout indisponible. Et ce même dans une simple logique d'aménagement car, qu'elle soit juridique, matérielle ou morale²³²⁵, l'impossibilité implique une analyse *in concreto* du juge et on voit mal comment l'on pourrait encadrer cette dernière²³²⁶. Tel n'est pas le cas de la disproportion manifeste dont nous avons dit qu'elle devait *a priori* être considérée comme une limite supplétive de volonté pouvant par conséquent faire l'objet d'une exclusion²³²⁷ et, *a fortiori*, de divers aménagements. À ce sujet, plusieurs propositions ont été formulées en doctrine²³²⁸. Appréciables à l'aune de l'efficacité de traitement du risque contentieux correspondant, force est de constater qu'elles emportent des degrés de conviction variables. Il est par exemple permis de fortement douter de l'opportunité de rédiger une clause d'intention « par laquelle le créancier va clairement indiquer que l'exécution forcée en nature est pour lui déterminante de son engagement, essentielle à son engagement et qu'il attache un "intérêt particulier" à ce que l'obligation soit exécutée en nature »²³²⁹. La discussion relative à l'application de la norme ne nous paraît en effet que très peu appréhendée. En effet, soit on considère que par la précision de cet intérêt le créancier a souhaité écarter le risque de constatation d'une disproportion manifeste avec le coût de l'exécution pour le débiteur, mais dans ce cas-là l'approche choisie est à condamner car elle ne présente pas les traits d'une exclusion conventionnelle, la formulation utilisée étant plus que sujette à interprétation. Soit on considère que le créancier a simplement souhaité réduire le risque de constatation de cette même disproportion manifeste mais on peut alors se demander à quel résultat il est véritablement parvenu. Quelle est en effet l'utilité d'« une clause qui se contente de préciser que le créancier a un intérêt particulier à ce que la prestation soit réalisée en nature lorsque le juge recherche les avantages que le créancier associe au fait d'obtenir cette prestation et leur valorisation ? Au vrai, la clause d'intention reste au milieu du gué : elle indique que le créancier a un intérêt particulier pour l'exécution forcée mais ne procède pas à l'exclusion du contrôle, comme cela est pourtant permis ; elle précise que le créancier a un intérêt particulier pour l'exécution forcée sans chercher à identifier les avantages qu'il associe à la prestation promise ou la valorisation de ces avantages, comme cela est pourtant autorisé »²³³⁰. L'application de l'article 1221 du Code civil est plus directement anticipée lorsque l'on tente de déterminer par avance le rapport de proportionnalité au-delà duquel le juge devra considérer la disproportion entre le coût de l'exécution pour le débiteur et l'intérêt du créancier comme manifeste²³³¹. La

²³²⁴ V. *supra* n°434.

²³²⁵ V. *supra* n°243.

²³²⁶ On pourrait songer à anticiper l'hypothèse d'une disparition partielle des droits objets du transfert, par exemple à la suite d'une réduction de capital intervenue pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter. Mais, dans ce cas, il s'agit davantage d'interpréter l'objet de la promesse, pour savoir comment et si elle doit être exécutée postérieurement à la réduction de capital, que de se demander si l'exécution est possible : V. BÉNAC-SCHMIDT Françoise, « Le promettant d'une promesse d'achat d'actions peut-il se dégager du contrat qu'il a conclu lorsque l'objet du contrat de vente prévu a perdu sa valeur initiale entre la signature de la promesse et la levée de l'option ? », *BJS*, 1993, n° 6, p. 673. V. *supra* n°243.

²³²⁷ V. *supra* n°482.

²³²⁸ Pour une présentation complète : V. CORMIER Maxime, *Une limite à l'exécution forcée du contrat : la disproportion manifeste de l'article 1221 du Code civil*, *op. cit.*, p. 464, n°798 et s.

²³²⁹ MEKKI Mustapha, « Fiche pratique : l'exécution forcée "en nature", sauf si... », *GPL*, 2016, n° 25, p. 15.

²³³⁰ CORMIER Maxime, *Une limite à l'exécution forcée du contrat : la disproportion manifeste de l'article 1221 du Code civil*, *op. cit.*, p. 467, n°801.

²³³¹ *Ibid.*, p. 474, n°817.

généralité du procédé laisse néanmoins craindre qu'il peindra la plupart du temps à traiter un risque de discussion précis. Mieux vaut en effet préférer une approche négative et, sans exclure de façon générale l'application de cette limite, dire expressément les cas dans lesquels elle ne saurait recevoir application. La nature de l'engagement concerné dictera alors les cas probables qu'il est utile d'aborder contractuellement. Pour un transfert de droits sociaux, il peut par exemple être précieux d'affirmer expressément que la caractérisation de cette disproportion ne saurait être liée à une évolution de la valeur des parts ou actions à transférer²³³². En cela, une formulation par laquelle « les parties conviennent que l'éventuelle caractérisation d'une disproportion manifeste au sens de l'article 1221 du Code civil entre le coût de l'exécution du transfert de droits sociaux prévu à l'article X pour [la partie A] et son intérêt pour [la partie B] ne saurait en aucune façon être liée à l'évolution de la valeur des parts/actions visées par cet article » aura le mérite de circonscrire une discussion et d'indiquer nettement au juge que dans ce cadre la norme concernée ne pourra être utilisée pour faire échec au mécanisme de transfert.

- 484.** Les risques propres au système optionnel en phase d'exécution d'un mécanisme de transfert de droits sociaux peuvent donc faire l'objet de traitements variés, qu'il s'agisse de s'assurer que la stipulation d'options croisées ne vaudra pas vente définitive, de se prémunir contre l'application de la disproportion manifeste prévue par l'article 1221 du Code civil ou même de simplement réduire les cas possibles dans lesquels celle-ci pourrait être invoquée. Il nous faut désormais voir ce qu'il en est, toujours en phase d'exécution, mais cette fois-ci dans un système conditionnel.

B. Le traitement du risque contentieux lié au système conditionnel

- 485. Traitement du risque contentieux lié à la constatation de la survenance de l'évènement conditionnel** – Nous avons vu qu'en phase d'exécution, les risques contentieux générés par un mécanisme de transfert conditionnel se subdivisent²³³³. D'un côté, il est possible de s'opposer sur la constatation de la survenance de l'évènement conditionnel. L'une des parties estimera, par exemple, que la situation de mésentente censée déclencher son option d'achat est caractérisée tandis que l'autre prétendra le contraire²³³⁴. De l'autre côté, la discussion est susceptible d'être déplacée sur le terrain de la régularité de la survenance de l'évènement conditionnel. Ainsi d'un contractant actionnaire salarié qui soutiendra que le licenciement l'ayant contraint à céder ses titres était dépourvu de cause réelle et sérieuse²³³⁵. Néanmoins, les développements menés à propos de ce dernier risque nous avaient conduits à considérer que ce type de discussion juridique faisait le plus souvent naître un débat appartenant davantage au droit régissant l'évènement conditionnel (le droit du travail dans notre exemple) qu'au mécanisme lui-même, ce qui justifiait de ne pas retenir les discussions de cette nature²³³⁶. Il faudra donc nous concentrer uniquement sur la discussion consistant à s'opposer sur la survenance de l'évènement conditionnel, en rappelant que deux hypothèses sont ici possibles, à savoir celle où l'évènement à constater correspond à une situation de fait et celle où ce même évènement correspond à une situation faisant l'objet d'une qualification juridique²³³⁷.

²³³² C'est d'ailleurs en ce sens que la doctrine s'est majoritairement exprimée : V. *supra* n°243.

²³³³ V. *supra* n°245 et s.

²³³⁴ V. *supra* n°247.

²³³⁵ V. *supra* n°249 et s.

²³³⁶ V. *supra* n°250.

²³³⁷ V. *supra* n°246 et s.

486. Lorsque l'évènement conditionnel à constater correspond à une situation de fait, le risque contentieux se présente assez simplement. L'illustration courante propre aux pactes d'associés est celle des clauses d'offres alternatives ou *buy or sell* dont le déclenchement est conditionné à la constatation d'une situation de mésentente ou de blocage²³³⁸. Chacun comprend que le risque est ici important que les parties s'opposent sur l'existence de cette situation de mésentente ou de blocage, selon qu'elles ont ou non intérêt au transfert. Pour résoudre la discussion, il faut déterminer si la situation de fait correspond bien aux prévisions contractuelles, ce qui suppose de procéder à un travail d'interprétation. Certes, l'on peut chercher à objectiver le plus possible cette détermination en détaillant au mieux dans le pacte ce que l'on entend par mésentente ou blocage. Reste qu'une part de subjectivité paraît irréductible dans l'appréciation de la survenance de la situation contractuellement érigée en condition du transfert de droits sociaux. Or, pour traiter un tel risque contentieux, le modèle de traitement précédemment développé nous indique qu'il est nécessaire de mettre en place une prérogative d'interprétation²³³⁹. Concrètement, l'une des parties abdique sa compétence contentieuse au profit de l'autre, en lui conférant par avance le droit exclusif d'interpréter le mécanisme visé et donc de dire si, oui ou non, l'évènement conditionnel est survenu. Comme toute prérogative contractuelle, le droit exclusif d'interprétation trouve sa limite dans l'usage déloyal ou abusif qui en serait fait par son titulaire²³⁴⁰. Tout l'enjeu est alors d'encadrer contractuellement la décision interprétative de ce *potentior* en prévoyant une procédure qui servira de support au contrôle qui serait opéré par le juge en cas d'abus potentiel²³⁴¹. La formalisation de trois étapes est ici préconisée à savoir la notification écrite préalable du *potentior*, le délai de réponse laissé au sujet passif et la notification définitive²³⁴². La formulation type pourra, *in fine*, aborder le cas de l'usage abusif de la prérogative d'interprétation. Pour la constatation d'un évènement conditionnel correspondant à une situation de fait, la rédaction suivante peut en conséquence être proposée :

« Droit exclusif d'interprétation

Les parties conviennent qu'en cas de désaccord relativement à la constatation de la situation [décrire l'évènement conditionnel concerné, par exemple situation de mésentente ou blocage] érigée en condition du transfert de droits sociaux prévu par l'article X, il appartiendra de manière exclusive à la partie A de dire si l'évènement conditionnel susvisé est ou non survenu.

Procédure d'exercice du droit exclusif d'interprétation

Notification écrite préalable

La partie A, titulaire du droit d'interpréter, est tenue d'informer la partie B par une notification écrite de l'existence d'un désaccord relativement à la constatation de la situation érigée en condition du transfert de droits sociaux [décrire l'évènement conditionnel concerné, par exemple situation de mésentente ou blocage] prévu par l'article X. Si la partie A a recours à la mise en demeure prévue par l'article 1221 du Code civil, il pourra être précisé dans cette mise en demeure qu'elle vaut notification écrite préalable. Si la partie B a recours à la mise en demeure prévue par l'article 1221

²³³⁸ V. *supra* n°247.

²³³⁹ V. *supra* n°376 et s.

²³⁴⁰ V. *supra* n°391 et s.

²³⁴¹ V. *supra* n°395 et s.

²³⁴² V. *supra* n°396 et s.

du Code civil, la partie A aura un délai de X jours à compter de la réception de cette mise en demeure pour procéder à la notification écrite préalable d'un éventuel désaccord relativement à la constatation de la situation [décrire l'évènement conditionnel concerné, par exemple situation de mésentente ou blocage] érigée en condition du transfert de droits sociaux prévu par l'article X. La partie A, en cas de silence gardé à réception, sera réputée à l'expiration du délai convenu avoir renoncé à l'exercice de son droit d'exclusif d'interprétation.

Délai de réponse

La partie B dispose d'un délai de X jours à compter de la réception de la notification écrite préalable pour transmettre ses observations écrites à la partie A à propos de la survenance de l'évènement érigé en condition du transfert de droits sociaux prévu par l'article X.

Notification définitive

À réception des observations de la partie B ou à l'expiration du délai prévu pour ce faire, la partie A dispose d'un délai de X jours pour transmettre une notification définitive valant exercice du droit exclusif d'interprétation. Celle-ci doit être écrite et contenir la motivation détaillée de l'interprétation donnée en expliquant le cas échéant les raisons qui ont conduit la partie A à ne pas retenir les positions exprimées par la partie B dans ses observations.

Contestation

L'interprétation donnée par la partie A dans sa notification définitive s'impose aux deux parties et ne pourra être remise en cause, sans préjudice de la possibilité pour la partie B d'invoquer devant [indiquer la juridiction ou l'arbitre compétent pour régler les litiges découlant du pacte, le cas échéant par renvoi à la clause de règlement des litiges] l'usage déloyal de son droit exclusif d'interprétation par la partie A. Si cet usage déloyal est reconnu, l'interprétation donnée par la partie A sera privée d'effet. Il appartiendra alors aux parties A et B, si le désaccord d'interprétation persiste, de reprendre la procédure d'exercice du droit exclusif d'interprétation décrite ci-dessus. En tout état de cause, la reconnaissance de l'usage déloyal de son droit exclusif d'interprétation par la partie A emportera obligation pour cette dernière de verser à la partie B une indemnité forfaitaire et irréductible de [X euros] à titre de clause pénale ».

487. Après avoir donc envisagé l'hypothèse où l'évènement conditionnel correspond à une situation de fait, il convient désormais d'examiner celle, distincte, où cet évènement correspond à une situation faisant l'objet d'une qualification juridique autonome. Dans ce cas de figure, le risque contentieux se présente de façon légèrement plus complexe. Nous avons ainsi vu qu'étaient principalement concernées les promesses de cession de parts ou actions conditionnées à la perte d'une qualité autre que celle d'associé, généralement celle de salarié ou de dirigeant social²³⁴³. La complexité venant de la nécessité de distinguer les cas où toute perte de la qualité concernée déclenche le transfert de droits sociaux, l'éventuelle constatation d'un départ fautif de l'associé n'ayant d'incidence que sur le prix des parts ou actions, et les cas où la perte fautive de la qualité concernée est à la fois condition du transfert et élément de calcul du prix des parts ou actions²³⁴⁴. Dans le premier cas, la perte de la qualité de salarié ou de dirigeant, que la clause vise une démission, un licenciement ou une révocation, est en principe objective et sa constatation ne prête pas à

²³⁴³ V. *supra* n°248.

²³⁴⁴ V. *supra* n°248.

discussion. En revanche, si le transfert est conditionné à la constatation d'une faute dans la perte de cette qualité, il peut évidemment y avoir débat sur la caractérisation du comportement fautif. Deux options sont alors envisageables²³⁴⁵. Soit la faute a été préconstituée par le pacte qui, pour la définir, ne s'est référé à aucune autre branche du droit. Dans ce cas, il s'agit en réalité de constater une situation de fait et la rédaction type précédemment proposée de traitement de ce risque contentieux peut être reprise à l'identique²³⁴⁶. Soit la faute est entendue au sens disciplinaire du terme et le pacte s'est en principe appuyé sur le droit social pour l'envisager²³⁴⁷. Dans ce cas, la problématique est la même que pour les discussions portant sur la régularité de la survenance de l'évènement conditionnel, car la caractérisation de la faute dépend d'un débat finalement assez éloigné du mécanisme de transfert en lui-même. Ce dernier ne fait que subir les conséquences de ce qui aura été décidé sur le terrain du droit de la révocation ou du licenciement. Et l'on voit mal l'une des parties se réserver la faculté de trancher une discussion qui doit pouvoir intervenir librement en dehors du contentieux relatif au mécanisme de transfert stipulé par le pacte d'associés.

488. En résumé, les risques contentieux susceptibles de naître en phase d'exécution à l'occasion du déclenchement d'un mécanisme de transfert de droits sociaux peuvent faire l'objet de diverses techniques de traitement. Ainsi, lorsque le mécanisme repose sur un système optionnel, un accord de qualification permettra tout d'abord de s'assurer que la stipulation d'options croisées ne vaudra pas vente définitive. Il sera ensuite possible d'exclure l'article 1221 du Code civil du débat contentieux afin d'éviter l'application de la limite au droit à l'exécution que le texte prévoit en cas de disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur de bonne foi et son intérêt pour le créancier. Dans une logique proche, les parties pourront préférer se contenter d'aménager l'office du juge en réduisant les cas possibles dans lesquels cette même disproportion pourrait être invoquée. Il s'agira alors de préciser par exemple que la caractérisation de la disproportion manifeste ne saurait en aucune façon être liée à l'évolution de la valeur des droits sociaux objets du transfert. Enfin, lorsque le mécanisme repose sur un système conditionnel, l'une des parties pourra conférer à l'autre une prérogative d'interprétation afin qu'elle soit seule en mesure de dire si la situation de fait conditionnant le transfert est ou non survenue. Il nous incombe à présent d'appliquer le modèle de traitement aux risques contentieux liés non plus au déclenchement du transfert mais à la détermination des éléments relatifs à celui-ci.

II. Le traitement du risque contentieux dans la détermination des éléments relatifs au transfert

489. C'est ici de nouveau un découpage imposé par le droit de la vente²³⁴⁸ qui se présente pour nos développements car, dans la mesure où les parties qui envisagent un transfert de droits sociaux dans un pacte se voient contraintes de déterminer la chose transférée et son prix d'acquisition, il est nécessaire de suivre cette logique aussi bien pour faire apparaître les risques contentieux correspondants que pour envisager leur traitement. Ce premier travail de mise en exergue ayant déjà été réalisé lors de l'étape d'observation²³⁴⁹, c'est maintenant en tentant de déployer notre modèle de traitement qu'il nous faut aborder la

²³⁴⁵ V. *supra* n°248.

²³⁴⁶ V. *supra* n°486.

²³⁴⁷ Rappelons que l'on retrouve ainsi des rédactions visant par exemple une « faute assimilable à la faute grave ou lourde au sens du droit social » : V. Com., 3 févr. 2015, n°13-28.164, *préc.*, et *supra* n°227.

²³⁴⁸ V. *supra* n°122.

²³⁴⁹ V. *supra* n°252 et s.

discussion relative à la détermination de la chose transférée (A), et celle relative à la détermination du prix d'acquisition (B).

A. Discussion relative à la détermination de la chose transférée

490. Unité de traitement – En principe et comme nous l'avons vu²³⁵⁰, la détermination des droits sociaux à transférer fait rarement l'objet de discussions entre les parties au pacte. Le fait est que normalement, chacun sait bien quel est l'objet du mécanisme de transfert prévu. Néanmoins, l'éventualité d'une discussion n'est pas à exclure lorsque les contractants ont recours à des techniques dans lesquelles la quantité exacte de droits sociaux à transférer est uniquement rendue déterminable au moment de la conclusion de l'accord²³⁵¹. Il est également possible, de façon plus marginale, que la qualité de la chose à transférer fasse débat lorsque la largesse des termes utilisés dans le mécanisme fait naître une incertitude quant à l'inclusion de certains actifs détenus par les signataires dans le champ de l'engagement pris²³⁵². Résoudre ces discussions suppose d'interpréter la stipulation qui prévoit le transfert et nous savons désormais que le traitement d'un tel risque passe par la mise en place d'une prérogative d'interprétation²³⁵³. Une des parties doit ainsi accorder par avance à l'autre le droit exclusif d'interpréter le mécanisme visé et donc de déterminer en cas de désaccord les parts ou actions à transférer. Il est ici possible de reprendre en l'adaptant la formulation type proposée pour la constatation d'un événement conditionnel correspondant à une situation de fait²³⁵⁴ :

« Droit exclusif d'interprétation

Les parties conviennent qu'en cas de désaccord relativement à la détermination des parts/actions à transférer en application de l'article X²³⁵⁵, il appartiendra de manière exclusive à la partie A de déterminer la chose à transférer en vertu de cet article.

Procédure d'exercice du droit exclusif d'interprétation

Notification écrite préalable

La partie A, titulaire du droit d'interpréter, est tenue d'informer la partie B par une notification écrite de l'existence d'un désaccord relativement à la détermination des parts/actions à transférer en application de l'article X. Si la partie A a recours à la mise en demeure prévue par l'article 1221 du Code civil, il pourra être précisé dans cette mise en demeure qu'elle vaut notification écrite préalable. Si la partie B a recours à la mise en demeure prévue par l'article 1221 du Code civil, la partie A aura un délai de X jours à compter de la réception de cette mise en demeure pour procéder à la notification écrite préalable d'un éventuel désaccord relativement à la détermination des parts/actions à transférer en application de l'article X. La partie A, en cas de silence gardé à réception, sera réputée à l'expiration du délai convenu avoir renoncé à l'exercice de son droit d'exclusif d'interprétation.

²³⁵⁰ V. *supra* n°253 et s.

²³⁵¹ V. *supra* n°253.

²³⁵² V. *supra* n°254.

²³⁵³ V. *supra* n°382 et s.

²³⁵⁴ V. *supra* n°486.

²³⁵⁵ Il est évidemment possible d'être ici plus précis selon la nature du mécanisme concerné.

Délai de réponse

La partie B dispose d'un délai de X jours à compter de la réception de la notification écrite préalable pour transmettre ses observations écrites à la partie A à propos de la détermination de la chose à transférer en vertu de l'article X.

Notification définitive

À réception des observations de la partie B ou à l'expiration du délai prévu pour ce faire, la partie A dispose d'un délai de X jours pour transmettre une notification définitive valant exercice du droit exclusif d'interprétation. Celle-ci doit être écrite et contenir la motivation détaillée de l'interprétation donnée en expliquant le cas échéant les raisons qui ont conduit la partie A à ne pas retenir les positions exprimées par la partie B dans ses observations.

Contestation

L'interprétation donnée par la partie A dans sa notification définitive s'impose aux deux parties et ne pourra être remise en cause, sans préjudice de la possibilité pour la partie B d'invoquer devant [indiquer la juridiction ou l'arbitre compétent pour régler les litiges découlant du pacte, le cas échéant par renvoi à la clause de règlement des litiges] l'usage déloyal de son droit exclusif d'interprétation par la partie A. Si cet usage déloyal est reconnu, l'interprétation donnée par la partie A est privée d'effet. Il appartiendra alors aux parties A et B, si le désaccord d'interprétation persiste, de reprendre la procédure d'exercice du droit exclusif d'interprétation décrite ci-dessus. En tout état de cause, la reconnaissance de l'usage déloyal de son droit exclusif d'interprétation par la partie A emportera obligation pour cette dernière de verser à la partie B une indemnité forfaitaire et irréductible de [X euros] à titre de clause pénale ».

B. Discussion relative à la détermination du prix d'acquisition

- 491.** Bien différente est l'ampleur de la discussion relative à la détermination du prix d'acquisition. Source de toutes les attentions, la détermination de ce dernier est en effet génératrice de risques contentieux multiples, qu'elle soit opérée par les parties elles-mêmes ou en ayant recours à un tiers²³⁵⁶. Il convient logiquement de maintenir cette distinction entre les deux modes de détermination du prix au stade du traitement des risques contentieux correspondants. Raison pour laquelle nous distinguerons le traitement du risque contentieux lié à la détermination du prix par les parties (1) du traitement du risque contentieux lié à la détermination du prix par un tiers (2).

1) Le traitement du risque contentieux lié à la détermination du prix par les parties

- 492. Traitement du risque contentieux lié à l'application de la formule de détermination du prix** – Comme l'a montré la phase d'observation, discuter le prix en phase d'exécution d'un mécanisme de transfert revient à s'opposer sur la somme à verser sans remettre en cause le principe de ce versement²³⁵⁷. Un prix chiffré dès la conclusion de l'engagement laissant en la matière peu de place à la discussion, les oppositions sont bien plus susceptibles de naître dans les cas particulièrement fréquents où les parties ont fait le choix de prévoir une formule de calcul à exécuter au jour du déclenchement du transfert, rendant ainsi le prix

²³⁵⁶ V. *supra* n°255 et s.

²³⁵⁷ V. *supra* n°256 et s.

simplement déterminable²³⁵⁸. Si les intérêts des contractants divergent, une discussion mathématique sur la compréhension de certains paramètres comptables et financiers contenus dans la formule pourra alors les opposer²³⁵⁹. Une discussion comportementale est également susceptible de surgir si le calcul du prix dépend de la caractérisation d'un certain comportement fautif²³⁶⁰. En sachant que comme pour la constatation de la survenance d'un événement conditionnel²³⁶¹, deux hypothèses sont ici possibles. Soit le pacte a préconstitué la définition du comportement fautif sans se référer à une autre branche du droit et il s'agit bien de mesurer l'adéquation d'une situation de fait à la norme contractuelle. Une prérogative d'interprétation peut alors être mise en place pour traiter ensemble le risque de discussion mathématique et le risque de discussion comportementale. Soit il s'agit d'une faute disciplinaire pour laquelle référence est contractuellement faite au droit social et il ne semble pas possible que l'une des parties se réserve *ab initio* le droit de la caractériser²³⁶². Pour les discussions pouvant être embrassées par une prérogative d'interprétation, celle-ci peut être rédigée de la manière suivante :

« Droit exclusif d'interprétation

Les parties conviennent qu'en cas de désaccord relativement à l'application de la formule de calcul du prix des parts/actions contenue à l'article X, il appartiendra de manière exclusive à la partie A d'interpréter et de caractériser le cas échéant les paramètres de calcul de toute nature contenus dans ladite formule.

Procédure d'exercice du droit exclusif d'interprétation

Notification écrite préalable

La partie A, titulaire du droit d'interpréter, est tenue d'informer la partie B par une notification écrite de l'existence d'un désaccord relativement à l'application de la formule de calcul du prix des parts/actions contenue à l'article X. Si la partie A a recours à la mise en demeure prévue par l'article 1221 du Code civil, il pourra être précisé dans cette mise en demeure qu'elle vaut notification écrite préalable. Si la partie B a recours à la mise en demeure prévue par l'article 1221 du Code civil, la partie A aura un délai de X jours à compter de la réception de cette mise en demeure pour procéder à la notification écrite préalable d'un éventuel désaccord relativement à l'application de la formule de calcul du prix des parts/actions contenue à l'article X. La partie A, en cas de silence gardé à réception, sera réputée à l'expiration du délai convenu avoir renoncé à l'exercice de son droit d'exclusif d'interprétation.

Délai de réponse

La partie B dispose d'un délai de X jours à compter de la réception de la notification écrite préalable pour transmettre ses observations écrites à la partie A à propos de l'interprétation et le cas échéant de la caractérisation des paramètres de calcul contenus dans la formule prévue par l'article X.

²³⁵⁸ Sur cette technique de détermination du prix : V. *supra* n°132 et s.

²³⁵⁹ V. *supra* n°257.

²³⁶⁰ V. *supra* n°258.

²³⁶¹ V. *supra* n°485 et s.

²³⁶² V. *supra* n°487.

Notification définitive

À réception des observations de la partie B ou à l'expiration du délai prévu pour ce faire, la partie A dispose d'un délai de X jours pour transmettre une notification définitive valant exercice du droit exclusif d'interprétation. Celle-ci doit être écrite et contenir la motivation détaillée de l'interprétation donnée en expliquant le cas échéant les raisons qui ont conduit la partie A à ne pas retenir les positions exprimées par la partie B dans ses observations.

Contestation

L'interprétation donnée par la partie A dans sa notification définitive s'impose aux deux parties et ne pourra être remise en cause, sans préjudice de la possibilité pour la partie B d'invoquer devant [indiquer la juridiction ou l'arbitre compétent pour régler les litiges découlant du pacte, le cas échéant par renvoi à la clause de règlement des litiges] l'usage déloyal de son droit exclusif d'interprétation par la partie A. Si cet usage déloyal est reconnu, l'interprétation donnée par la partie A sera privée d'effet. Il appartiendra alors aux parties A et B, si le désaccord d'interprétation persiste, de reprendre la procédure d'exercice du droit exclusif d'interprétation décrite ci-dessus. En tout état de cause, la reconnaissance de l'usage déloyal de son droit exclusif d'interprétation par la partie A emportera obligation pour cette dernière de verser à la partie B une indemnité forfaitaire et irréductible de [X euros] à titre de clause pénale ».

- 493. Traitement du risque contentieux lié à la qualification de la formule de détermination du prix** – Il est un autre cas de figure où le prix à verser est source d'opposition entre les parties, non pas parce qu'elles divergent sur l'application de la formule qui permet de le calculer, mais parce que l'une d'elles estime que la façon dont cette formule est construite donne au prix une fonction de « prix-sanction » qui apparente la clause concernée à une clause pénale. Sont ici principalement concernées les clauses de *bad leaver* dans lesquelles le prix des parts ou actions est décoté en cas de survenance d'un comportement considéré comme fautif par le pacte²³⁶³. Le fait est que le régime de la clause pénale est attractif car il permet au juge de moduler la décote alors perçue comme une pénalité si celle-ci est manifestement excessive ou dérisoire²³⁶⁴. Est donc en cause la qualification du mécanisme. Nous savons que pour traiter un tel risque contentieux, il faut avoir recours à l'accord de qualification prévu par l'article 12, alinéa 3, du Code de procédure civile²³⁶⁵. Il s'agirait donc d'exclure par avance la qualification de clause pénale pour le mécanisme concerné. Mais la conclusion d'un accord de qualification n'est possible que dans les matières où les droits en cause sont disponibles²³⁶⁶. Or, la disponibilité de la qualification de clause pénale paraît douteuse. Non pas qu'il faille la déduire directement du fait que le pouvoir de modulation du juge ne peut être contractuellement écarté lorsque celle qualification est reconnue²³⁶⁷. Nous avons en effet vu que le simple fait qu'un régime d'ordre public résulterait de l'application d'une qualification donnée n'est pas de nature à lui seul à exclure la libre disponibilité des droits en cause²³⁶⁸. En revanche, il semble bien que la protection que le législateur confère ici à l'intervention du juge en présence d'une clause pénale dise quelque chose de la nature des droits concernés. Cette intervention s'explique en effet normalement par la fonction comminatoire que l'on associe

²³⁶³ V. *supra* n°258.

²³⁶⁴ V. C. civ., art. 1231-5, al. 2.

²³⁶⁵ V. *supra* n°422 et s.

²³⁶⁶ V. *supra* n°428 et s.

²³⁶⁷ V. C. civ., art. 1231-5, al. 4.

²³⁶⁸ V. *supra* n°429.

traditionnellement à la clause pénale²³⁶⁹. Il est vrai que la rédaction de l'article 1231-5 du Code civil ne rend pas fidèlement compte de cette fonction classique. C'est particulièrement l'articulation des deux premiers alinéas de la disposition qui pose question car le premier alinéa prévoit que « lorsque le contrat stipule que celui qui manquera de l'exécuter paiera une certaine somme à titre de dommages et intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte ni moindre » et le deuxième que « néanmoins, le juge peut, même d'office, modérer ou augmenter la pénalité ainsi convenue si elle est manifestement excessive ou dérisoire ». Force est de constater que la distinction entre clause pénale et simple clause forfaitaire d'indemnisation est brouillée car « la lettre de l'article 1231-5 est ambiguë : sans doute est-il fait référence à la “ pénalité ”, mais comme ce terme s'applique entre autres à une somme manifestement “ dérisoire ” (al. 2) et qu'en tout état de cause la somme est stipulée “ à titre de dommages et intérêts ” (al. 1^{er}), le sens qu'il faut attribuer à la “ pénalité ” (véritable punition ou forfait ?) n'est pas clair »²³⁷⁰. L'enjeu est pourtant important car de ces éléments dépend le point de savoir si l'octroi de la somme prévue doit être maintenu en l'absence de préjudice²³⁷¹. Néanmoins, quand bien même le droit positif opèrerait une forme d'assimilation entre clause forfaitaire d'indemnisation et clause pénale, il reste construit sur une nécessité d'ordre public de pouvoir accéder dans ces situations au pouvoir modulateur du juge. Or, cette nécessité a d'évidence pour fonction de prémunir les parties contre le versement de sommes excessives. De sorte qu'en écartant la qualification de clause pénale, c'est l'accès à ce régime protecteur qui se trouve empêché. Certes, l'application de cette qualification à une décote conventionnelle de prix est plus que discutable²³⁷². Pour autant, le recours au juge qu'elle offre lorsque les parties prévoient une pénalité contractuelle ne paraît pas pouvoir être annihilé *ab initio* car organiser contractuellement une peine privée

²³⁶⁹ V. sur ce caractère « comminatoire par essence » de la clause pénale : MAZEAUD Denis, *La notion de clause pénale*, *op. cit.*, p. 85, n°148 et s.

²³⁷⁰ DESHAYES Olivier, GENICON Thomas et LAITHIER Yves-Marie, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : commentaire article par article*, *op. cit.*, p. 597. Cette ambiguïté s'explique certainement par la volonté de supprimer les articles 1226 et suivants, anciens, du Code civil propres « aux obligations avec clauses pénales », en fondant le pouvoir de révision judiciaire anciennement prévu par les articles 1152 et 1231 du même code dans un seul et même article. Sur l'articulation qu'il fallait opérer entre ces définitions plurielles du Code civil : V. PIMONT Sébastien, « Clause pénale », *Rép. civ.*, Dalloz, 2010, n°2.

²³⁷¹ DESHAYES Olivier, GENICON Thomas et LAITHIER Yves-Marie, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : commentaire article par article*, *op. cit.*, p. 596 et s.

²³⁷² Le fait est que « l'on peine à identifier l'obligation du promettant dont la clause de *bad leaver* viendrait sanctionner l'inexécution. S'agirait-il d'une obligation de ne pas démissionner, d'une obligation de ne pas se faire révoquer ou licencier ? À défaut de telles stipulations dans les pactes, l'existence de ces obligations pourraient-elles s'inférer de la stipulation d'une décote en cas de démission ou de révocation du promettant ? Non pas ! La clause de *bad leaver* est certes incitative – voire comminatoire – à l'endroit du promettant mais elle ne crée chez lui aucune obligation : la seule obligation du promettant est de vendre, la condition suspensive réalisée [...] et la clause de *bad leaver* ne vient pas sanctionner l'inexécution de cette obligation. Pour le dire autrement, la clause de *bad leaver* est préventive là où la clause pénale est curative » (TORCK Stéphane, « La mécanique des promesses de cession : conditions et détermination du prix » in dossier « Pactes d'actionnaires et droit des contrats », *op. cit.*, p. 90). Il faut ajouter « que la clause de *bad leaver* peut être stipulée dans un contrat (la promesse de cession) et les obligations du promettant dans un autre (un contrat de travail par exemple) : qualifier la stipulation convenue dans un contrat en contemplation de la violation d'obligations nées d'un autre contrat heurte le principe de l'effet relatif » (LAITHIER Yves-Marie, « La qualification de clause pénale - critères et difficultés », in dossier « Les clauses pénales : pratique contractuelle et contrôle judiciaire », *RDC*, 2025, n° 1, p. 132, §12, note 36). V. *contra* GAIARDO Paul, « Regard civiliste sur les clauses dites de *bad leaver* dans les promesses de cession d'actions », *op. cit.* ; LASSERRE Valérie, « Faut-il corriger les abus des clauses de *bad leaver* ? Réflexions autour d'un texte de Philippe Malaurie sur la liberté contractuelle et ses limites, à propos de la révision de la clause pénale », *Rev. dr. Assas*, 2022, n° 24, p. 148. Comp., proposant plutôt d'instaurer, par reposition des règles existantes en matière de cautionnement, une exigence de proportionnalité de la décote conventionnelle : BLONDEL Marie, « L'encadrement souhaitable des clauses de *bad leaver*. Création de nouvelles dispositions visant à encadrer les clauses de *bad leaver* », *RLDA*, 2024, n° 205, p. 47.

dépasse les questions purement patrimoniales, ce qui justifie que le juge dispose du droit d'exercer un contrôle sur la sanction prévue²³⁷³. Et qui dit dépassement de la matière patrimoniale dit normalement indisponibilité des droits en cause²³⁷⁴. De sorte que la stipulation d'un accord de qualification doit être ici écartée.

2) Le traitement du risque contentieux lié à la détermination du prix par un tiers

494. Traitement limité au cas de détermination du prix par un tiers estimateur – La situation de détermination du prix par un tiers évoque assez immédiatement le cas où les parties ont fait le choix de recourir à un tiers expert chargé d'estimer le prix des droits sociaux. Néanmoins, nous avons vu qu'il existe un certain nombre de mécanismes dans lesquels le tiers joue, pour la détermination du prix, un rôle de tiers offrant et non de tiers estimateur²³⁷⁵. Le tiers offrant intervient alors de manière plus ou moins directe dans le processus d'acquisition, qu'il s'agisse des clauses de préférence où le promettant s'engage à transmettre son offre au bénéficiaire, au prix qui lui aura été proposé par un tiers intéressé²³⁷⁶, ou qu'il s'agisse des clauses d'entraînement qui prévoient que le minoritaire promettant va consentir à ce que ses droits sociaux puissent être inclus dans une cession dont le prix définitif résultera d'une négociation intervenue entre le majoritaire et un tiers acquéreur²³⁷⁷. En phase d'exécution, cette référence au prix offert par un tiers laisse craindre un risque de connivence entre lui et la partie avec laquelle il est en rapport. Mais cette fraude éventuelle résultant davantage du comportement des acteurs que du mécanisme en lui-même, nous avons choisi de ne pas retenir ce risque contentieux²³⁷⁸. C'est pourquoi nos développements se concentreront sur le traitement des risques contentieux générés par la désignation d'un tiers estimateur avec une dissociation que l'on sait désormais imposée selon que l'on se réfère au tiers de l'article 1592 du Code civil ou au tiers de l'article 1843-4 du même code²³⁷⁹.

495. Traitement des risques contentieux liés à la désignation du tiers de l'article 1592 du Code civil – La particularité de l'article 1592 du Code civil, véritable mécanisme de détermination du prix d'acquisition au sens du droit de la vente²³⁸⁰, est qu'il obéit avant tout à une logique purement contractuelle. Si l'on veut remettre en cause l'expertise donnée, la première norme de référence est donc la norme contractuelle. L'on peut ainsi souhaiter vérifier que la formule de prix laisse bel et bien la main à ce tiers et, si tel est le cas, que le tiers a bien été nommé conformément à ce que la stipulation prévoit²³⁸¹. Pour le traitement d'un risque contentieux lié à l'application d'une norme contractuelle, la prévision d'une prérogative d'interprétation peut être envisagée²³⁸². Toutefois, une telle prérogative semble ici d'une utilité limitée car, pour ce qui est de la légitimité de la nomination du tiers, on peut espérer que la formule de prix rendra expressément compte de ce que les parties ont prévu sa désignation. Et pour ce qui concerne le respect de la procédure de nomination, des désaccords sont certes possibles. Bien que les conséquences soient importantes (l'échec du

²³⁷³ Un parallèle peut être fait avec le droit de l'associé exclu à bénéficier des garanties attachées au principe du contradictoire en présence d'une procédure d'exclusion : V. *supra* n°456

²³⁷⁴ V. *supra* n°428 et s.

²³⁷⁵ V. *supra* n°138 et s.

²³⁷⁶ V. *supra* Partie 1 n°139.

²³⁷⁷ V. *supra* Partie 1 n°142.

²³⁷⁸ V. *supra* n°259 le prix du tiers offrant.

²³⁷⁹ V. *supra* n°260 et s.

²³⁸⁰ V. *supra* n°146.

²³⁸¹ V. *supra* n°261.

²³⁸² V. *supra* n°382 et s.

processus faisant obstacle au transfert²³⁸³), il paraît plus judicieux de convenir d'une procédure efficace et satisfaisante pour les deux parties, plutôt que de conférer à l'une d'elles une prérogative d'interprétation lui permettant de trancher unilatéralement les éventuels débats liés à sa mise en œuvre.

Différente est la situation dans laquelle l'une ou l'autre des parties va directement contester l'estimation du tiers. Pour ce faire, elle pourra arguer que celui-ci n'a pas respecté certaines exigences minimales²³⁸⁴ qui s'imposent à lui dans la conduite de sa mission et il s'agira alors d'invoquer l'erreur grossière de l'expert, seule véritable exception à la force obligatoire de son évaluation²³⁸⁵. Nous avons déjà constaté que l'erreur grossière était une création prétorienne et que le risque contentieux en cause correspondait donc à l'interprétation d'une norme jurisprudentielle²³⁸⁶. Les choses doivent néanmoins être précisées. En effet, l'erreur grossière peut en premier lieu être caractérisée en comparant le travail de l'expert avec ce que lui imposait la norme contractuelle et il sera ici principalement question de l'irrespect de directives d'évaluation. Mais si la norme contractuelle ne prévoit rien, l'erreur grossière sera en second lieu uniquement appréciée à partir des décisions jurisprudentielles qui circonscrivent les contours de cette notion²³⁸⁷. Une approche unitaire de ces deux cas de figure est néanmoins permise car, dans la première configuration, le contrôle du respect de la norme contractuelle ne se fait qu'au nom de l'invocation de la norme jurisprudentielle. Par conséquent, plutôt que de maintenir la possibilité d'invoquer ce cas de remise en cause de l'expertise et accorder à l'une des parties une prérogative d'interprétation visant à dire si, oui ou non, la norme contractuelle a été respectée par le tiers estimateur, il paraît préférable d'appréhender ce risque contentieux de façon globale en proposant un traitement unique. Or, pour se prémunir contre l'application d'une norme jurisprudentielle il faut, comme pour une norme légale, que les parties l'aient exclue du débat contentieux en y ayant renoncé par avance²³⁸⁸. Et la licéité d'une telle renonciation dépend du point de savoir si la norme jurisprudentielle en question est ou non impérative²³⁸⁹. La difficulté des recherches menées en matière d'impérativité est qu'elles imposent bien souvent de naviguer dans l'implicite, rares étant les hypothèses dans lesquelles une norme jurisprudentielle aura d'elle-même réglé la question de sa supplétivité. Notre tâche aurait en effet été simplifiée si, plutôt que d'énoncer simplement que « l'erreur grossière est une condition de la remise en cause de la détermination du prix »²³⁹⁰, la Cour de cassation avait précisé que « l'erreur grossière est, *sauf stipulation contraire*, une condition de la remise en cause de la détermination du prix ». Au lieu d'opter pour un raisonnement *a priori* trop hâtif qui consisterait à soutenir qu'à chaque fois que les juges n'ont pas précisé la supplétivité de leur norme ils ont entendu la rendre impérative, il nous avait semblé plus prudent de considérer que l'impérativité jurisprudentielle découle normalement d'un rattachement de la norme concernée à des considérations plus fondamentales relevant de l'ordre public virtuel²³⁹¹. Il arrive d'ailleurs que la Cour de cassation dise expressément que le principe auquel elle se

²³⁸³ C. civ., art. 1592. V. *supra* n°146.

²³⁸⁴ Rappelons que les discussions liées aux exigences subjectives qui s'imposent à l'expert, au premier rang desquelles l'impératif d'impartialité, n'ont pas été retenues dans notre analyse car elles dépendent d'éléments extérieurs davantage liés à la personnalité du tiers qu'à la structure du mécanisme de transfert : V. *supra* n°261.

²³⁸⁵ V. *supra* n°261.

²³⁸⁶ V. *supra* n°261.

²³⁸⁷ V. *supra* n°261.

²³⁸⁸ V. *supra* n°371.

²³⁸⁹ V. *supra* n°411 et s.

²³⁹⁰ Com., 4 févr. 2004, n°01-13.516, *Bull. civ.*, 2004, IV, n° 23 ; *Dr. sociétés*, 2004, n° 4, 31, note HOVASSE ; *JCP E*, 2004, n° 17, 660, note DEBOISSY, WICKER et CAUSSIN ; *RTD civ.*, 2004, 310, note GAUTIER et 502, note MESTRE et FAGES ; *Rev. sociétés*, 2004, 863, note MOURY.

²³⁹¹ V. *supra* n°412.

réfère est un « principe d'ordre public »²³⁹². Tel n'est pas le cas pour l'erreur grossière. Mais on peut penser qu'en identifiant les fondements qui justifient l'existence de cette limite à la force obligatoire de l'expertise, on parviendra à dire s'ils relèvent ou non de considérations d'ordre public, ce qui permettra d'éclaircir l'impérativité de cette norme.

Traditionnellement, l'erreur grossière est présentée comme un moyen de préserver les prévisions légitimes des parties qui, en s'en remettant à un expert, n'ont pas entendu consentir à ce que ce dernier réalise une évaluation incohérente décorrélée de la valeur réelle des droits sociaux objets du transfert. Ainsi, « les prévisions des parties à la vente, plus particulièrement en notre matière à la cession ou au rachat des droits sociaux, sont à ce point bousculées par l'erreur grossière que commet leur mandataire commun, et leur consentement trahi, que la loi du contrat – soit la convention de cession dont l'exécution du mandat devait venir parfaire la formation – ne peut plus opérer. Fondamentalement, c'est sur le terrain du résultat que s'ancre la notion »²³⁹³. Sous ce seul angle, rien ne paraît s'opposer très fermement à la renonciation envisagée car, si les parties acceptent par avance l'éventualité que l'expert puisse commettre une erreur grossière, leurs prévisions ne sont pas trahies, bien au contraire. Elles auront simplement choisi en conscience d'arbitrer leurs intérêts en préférant sécuriser le mécanisme translatif, estimant que les exigences subjectives qui pèsent sur l'expert²³⁹⁴ et la possibilité de choisir à la conclusion du pacte un professionnel de confiance suffisent à garantir une expertise raisonnable. Un arrêt récent de la Cour de cassation empêche toutefois de s'en tenir à cette seule perception de l'erreur grossière. En effet, dans une affaire où les associés d'une société civile avaient, à la suite de leur exclusion, obtenu sur le fondement de l'article 1843-4 du Code civil la désignation en justice d'un expert aux fins de fixation de la valeur de leurs droits sociaux puis assigné la société en remboursement de leurs parts sur la base de la valeur déterminée par l'expert, la Haute Cour a été amenée à contrôler la conformité du dispositif légal au droit d'accès à un tribunal protégé par l'article 6, § 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales²³⁹⁵. Ce contrôle était demandé par les plaideurs et reposait principalement, d'une part, sur le fait que le juge qui accepte de désigner l'expert de l'article 1843-4 du Code civil statue sans recours possible, sauf excès de pouvoir²³⁹⁶ et, d'autre part, sur le fait que l'évaluation à laquelle procède l'expert lie les parties et le juge. Après avoir admis l'existence d'une ingérence dans l'exercice par la société de son droit d'accès à la justice²³⁹⁷, la Cour vérifie, comme l'impose la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme²³⁹⁸, que le droit d'accès à un tribunal de la société ne se trouve pas atteint dans sa substance même. C'est sa motivation qui est particulièrement intéressante pour nos développements car, pour écarter cette atteinte, l'arrêt relève notamment que « l'évaluation des droits sociaux à laquelle procède l'expert désigné, si elle s'impose aux parties et au juge, s'effectue néanmoins sous le contrôle de ce dernier, le juge disposant du pouvoir d'annuler le rapport d'expertise, notamment en cas de manquement de l'expert aux exigences d'indépendance et d'impartialité, et en cas d'erreur grossière »²³⁹⁹. Il y aurait donc dans le cas de remise en cause de l'expertise de prix pour erreur grossière un élément de protection

²³⁹² V., pour le principe désormais codifié à l'article 16-1-1, alinéa 1, du Code civil, selon lequel « le respect dû au corps humain ne cesse pas avec la mort » : 1^{er} civ., 29 oct. 2014, n°13-19.729, préc.

²³⁹³ MOURY Jacques et FRANÇOIS Bénédicte, *Le prix dans les cessions de droits sociaux*, op. cit., p. 361, n°2422.33.

²³⁹⁴ V. *supra* n°261.

²³⁹⁵ Com., 8 nov. 2023, n°22-11.766, préc.

²³⁹⁶ Rappelons que seule la décision refusant de désigner l'expert peut faire l'objet d'un véritable appel-réformation : V. Com., 25 mai 2022, n° 20-14.352 et n°20-18.307, préc. et *supra* n°149.

²³⁹⁷ V. §5 de Com., 8 nov. 2023, n°22-11.766, préc.

²³⁹⁸ V. CEDH, 15 mars 2018, n° 51357/07, *Naït-Liman c/ Suisse* [GC], §114.

²³⁹⁹ V. §7 de Com., 8 nov. 2023, n°22-11.766, préc.

du droit d'accès à la justice, ce qui laisse planer un fort doute sur la licéité d'une renonciation par avance. Deux éléments nous semblent pourtant de nature à réfuter l'impérativité de cette norme jurisprudentielle.

Premièrement, si la remise en cause de l'estimation du tiers pour erreur grossière est commune à l'expertise des articles 1592 et 1843-4 du Code civil, il ne faut pas perdre de vue que dans le premier cas, l'expertise est voulue par les parties et non imposée par une disposition légale. C'était d'ailleurs l'argumentation de la société requérante dans l'espèce susvisée, celle-ci faisant valoir que l'article 1843-4 du Code civil aboutissait à ce que « l'évaluation de l'expert s'impose aux parties, non en conséquence de leur consentement, mais par l'effet de la loi »²⁴⁰⁰. *A contrario*, si d'elles-mêmes les parties au pacte prévoient l'intervention d'un expert en se référant à l'article 1592 et acceptent l'éventualité que ce dernier commette une erreur grossière, c'est leur consentement seul qui justifie la force obligatoire renforcée de l'expertise. Et il y a bien abdication d'une partie du droit d'agir en justice mais nous savons qu'il s'agit d'une conséquence tout à fait classique en présence d'une renonciation²⁴⁰¹.

Secondement, quand bien même on élargirait le raisonnement, il paraît excessif d'affirmer qu'une renonciation conventionnelle à l'argument de l'erreur grossière annihile à elle seule le droit d'accès au juge des contractants. Tout simplement car protéger la convention translatrice de l'erreur grossière de l'expert n'aura nullement pour effet d'empêcher l'une ou l'autre des parties de rechercher en justice la responsabilité de l'homme de l'art. De longue date la Cour de cassation distingue en effet l'erreur grossière comme moyen de remise en cause de la détermination du prix et la faute du mandataire dans l'exercice de sa mission, engageant sa responsabilité et permettant par exemple au vendeur « d'obtenir réparation du préjudice que lui cause la sous-évaluation fautive de la chose vendue »²⁴⁰². C'est que les notions de faute et d'erreur « développent leurs effets sur des plans et à des égards différents : les fautes simple et lourde concernent, dans le rapport de droit existant entre le tiers et l'une des parties à la cession ou au rachat des droits sociaux, la responsabilité du technicien sans remettre aucunement en cause la convention translatrice, au lieu que l'erreur grossière emporte, dans la relation entre les seules parties à l'opération, l'invalidation de la détermination du prix ou de la valeur à laquelle il a procédé »²⁴⁰³. Aucun des fondements à la limite de l'erreur grossière ne suffit donc à en justifier l'impérativité. De sorte qu'une formule de traitement du risque contentieux lié à l'application de cette norme peut être proposée. Celle-ci pourra être rédigée de la manière suivante :

« Les parties conviennent que l'estimation des parts/actions donnée par [nommer le tiers] en application de l'article X ne pourra être remise en cause même en cas d'erreur grossière de celui-ci, sans préjudice de l'action en responsabilité pouvant être exercée contre ce dernier en cas de faute commise par lui dans l'exercice de sa mission ».

496. Traitement des risques contentieux liés à la désignation du tiers de l'article 1843-4 du Code civil – Rappelons pour commencer que la phase d'observation du risque contentieux a montré que la partie qui souhaite échapper au prix du tiers expert de l'article 1843-4 du Code civil peut se saisir de certains risques contentieux identiques à ceux générés par le recours au tiers estimateur de l'article 1592 du Code civil²⁴⁰⁴. Ce qui vient d'être dit

²⁴⁰⁰ V. la quatrième branche du premier moyen au pourvoi de Com., 8 nov. 2023, n°22-11.766, préc.

²⁴⁰¹ V. *supra* n°361.

²⁴⁰² Com., 4 févr. 2004, n°01-13.516, préc.

²⁴⁰³ MOURY Jacques et FRANÇOIS Bénédicte, *Le prix dans les cessions de droits sociaux*, *op. cit.*, p. 362, n°2422.35.

²⁴⁰⁴ V. *supra* n°262.

à propos du traitement du risque contentieux relatif à l'invocation de l'erreur grossière peut donc être ici transposé à l'identique²⁴⁰⁵. En effet, lorsque l'expert de l'article 1843-4 intervient dans un transfert de droits sociaux prévu par un pacte d'associés, c'est parce que les parties se sont volontairement soumises à cette disposition²⁴⁰⁶. À l'image du recours à l'article 1592, c'est donc bien le consentement des parties, et non la loi seule, qui justifie l'intervention du tiers. Cette volonté contractuelle permet ainsi de considérer qu'elles peuvent, de la même manière, choisir d'assumer par avance le risque d'erreur grossière, en y renonçant expressément. En réalité, la véritable difficulté propre à l'intervention de l'expert de l'article 1843-4 du Code civil dans les mécanismes de transfert de droits sociaux prévus par les pactes d'associés est que cette intervention résultera nécessairement d'une soumission volontaire des parties au texte, les pactes n'étant pas compris dans le champ naturel de la disposition²⁴⁰⁷. Cette soumission génère *de facto* une discussion de régime car les parties sont susceptibles de s'opposer sur le résultat juridique auquel doit aboutir cet assujettissement contractuel²⁴⁰⁸. Il est donc nécessaire, pour traiter le risque contentieux correspondant, de recourir à un accord de régime au sens de l'article 12, alinéa 3, du Code de procédure civile qui, pour être valide, doit porter sur des droits disponibles²⁴⁰⁹. Ce critère de la libre disponibilité des droits éclaire alors utilement nos développements précédents sur l'efficacité de l'assujettissement susvisé²⁴¹⁰. En effet, en cas de renvoi contractuel à l'article 1843-4 du Code civil, deux niveaux de débats peuvent être envisagés. Le premier porte sur l'intention des contractants, certains estimant par exemple que dans un tel cas il faut considérer que c'est à l'article 1592 du Code civil que les parties ont en réalité entendu se référer²⁴¹¹. La question de régime se rapproche alors d'une question de qualification mais en tout état de cause la libre disponibilité des droits des parties quant à l'expression de leur volonté ne fait ici aucun doute. L'évaluation des droits sociaux à transférer est une question purement patrimoniale et rien n'interdit donc aux contractants de lier par avance le juge sur leur intention de se placer dans le champ de l'article 1843-4 du Code civil, à l'exclusion de toute autre disposition. L'accord de régime devra d'ailleurs démarrer en clarifiant ce point. Le deuxième niveau est plus délicat car il porte sur les conséquences juridiques à conférer à l'expression de cette volonté. Nous avons vu que la position doctrinale majoritaire consistait à soutenir de manière plutôt convaincante que la soumission volontaire à un statut impératif imposait de reprendre l'ensemble du statut, tout dépeçage de la disposition étant exclu²⁴¹². Toutefois, pour appréhender par avance une telle discussion avec un accord de régime, il faut préciser les choses sous l'angle de la libre disponibilité des droits. Si l'on est réticent à admettre que des contractants puissent se « servir » dans un corps de règles impératives au motif que leur situation se situerait normalement hors champ, c'est parce que dans ce cas de figure elles font un usage de leurs droits qui dépasse les intérêts purement privés. En s'appropriant un statut édicté par le législateur pour d'autres situations, les parties ramènent dans le champ contractuel un corps de règles qui n'a pas été pensé pour elles. Il n'est alors logiquement plus uniquement question de leur liberté contractuelle mais bien de

²⁴⁰⁵ V. *supra* n°495.

²⁴⁰⁶ V. *supra* n°154.

²⁴⁰⁷ V. *supra* n°154.

²⁴⁰⁸ V. *supra* n°262. Nous ne revenons pas sur le risque que cet assujettissement soit déclaré nul. D'une part, cette invalidité paraît, comme nous l'avons vu, hautement improbable (V. *supra* n°155). D'autre part, ce risque contentieux ne peut en tout état de cause faire l'objet d'un traitement, les confirmations par avance étant interdites (V. *supra* n°331 sur l'interdiction des confirmations par avance).

²⁴⁰⁹ V. *supra* n°428 et s.

²⁴¹⁰ V. *supra* n°262.

²⁴¹¹ DONDERO Bruno, « La réforme de l'article 1843-4 du Code civil Ord. n° 2014-863, 31 juill. 2014 », *loc. cit.* V. *supra* n°262.

²⁴¹² V. *supra* n°155.

modifier la cohérence d'un dispositif légal. Appliquées à un éventuel accord de régime portant sur l'article 1843-4 du Code civil, ces considérations impliquent moins de se demander si l'article en lui-même est disponible²⁴¹³ que de déterminer dans quelle mesure les parties peuvent s'y assujettir, sans mettre en cause des droits d'intérêt public par nature indisponibles²⁴¹⁴. L'analyse de l'article 1843-4 du Code civil permet de répondre assez facilement à cette interrogation car le texte est d'abord construit sur un mécanisme de désignation judiciaire de l'expert. Or, les règles de compétence des tribunaux se rapportent en principe à l'ordre public procédural ce qui les rend indisponibles²⁴¹⁵. Raison pour laquelle il est impossible de renvoyer à l'article en élisant une autre juridiction que celle visée par lui. En revanche, le fait que le texte se positionne sur la liberté qu'aura l'expert face à d'éventuelles directives d'évaluation²⁴¹⁶ ne change rien à la nature des droits concernés qui restent exclusivement patrimoniaux, privés et donc disponibles. Ce qui explique que l'option contractuelle entre liberté et imposition de contraintes d'évaluation à l'expert doit dans cette hypothèse rester ouverte. Dans le cadre d'un assujettissement volontaire à l'article 1843-4 du Code civil, un accord de régime pourra par conséquent être stipulé et traiter le risque contentieux correspondant de la manière suivante :

« Les parties conviennent, sur le fondement de l'article 12, alinéa 3, du code de procédure civile que le renvoi à l'expert de l'article 1843-4 du Code civil pour déterminer le prix des parts/actions en vertu de l'article X emporte assujettissement volontaire à ce texte à l'exclusion de toute autre disposition.

Comme le prévoit l'article 1843-4 du Code civil, l'expert sera désigné soit par les parties, soit à défaut d'accord entre elles, par jugement du président du tribunal judiciaire ou du tribunal de commerce compétent²⁴¹⁷, statuant selon la procédure accélérée au fond et sans recours possible.

[option 1] L'expert ainsi désigné sera libre de déterminer comme il l'entend la valeur des droits sociaux concernés.

[option 2] L'expert ainsi désigné sera tenu d'appliquer les règles et modalités de détermination de la valeur des droits sociaux concernés prévues par l'article X ».

Précisons que si cet accord de régime traite bien la discussion générée par le mécanisme de renvoi à l'article 1843-4 du Code civil, le contentieux propre à l'application de cette disposition, lui, demeure. C'est qu'en adoptant le dispositif les parties en adoptent également les difficultés d'application. Celles-ci sont loin d'être négligeables et donnent lieu à une jurisprudence régulière et fournie²⁴¹⁸, qu'il s'agisse par exemple de se demander quel est le juge compétent pour le règlement des difficultés rencontrées par l'expert dans l'exécution de sa mission²⁴¹⁹ ou encore de s'interroger sur les effets de la demande de

²⁴¹³ V. COURET Alain et REYGROBELLET Arnaud, « La disponibilité de l'article 1843-4 du code civil », *op. cit.*

²⁴¹⁴ V. *supra* n°429.

²⁴¹⁵ V. *supra* n°429.

²⁴¹⁶ Rappelons que l'article 1843-4 du Code civil permet dans ses deux cas d'application (I et II de l'article) d'imposer conventionnellement par avance à l'expert des « règles et modalités de détermination de la valeur » des droits sociaux concernés : V. *supra* n°149 et s.

²⁴¹⁷ Il est évidemment possible d'être ici plus direct en visant le président du tribunal de commerce si la société est commerciale ou le président du tribunal judiciaire dans les autres cas.

²⁴¹⁸ V. *supra* n°147 et s.

²⁴¹⁹ V. *supra* n°149.

désignation de l'expert de l'article 1843-4 du Code civil en matière de prescription²⁴²⁰. Néanmoins, les parties ne peuvent à la fois renvoyer à la norme et y renoncer²⁴²¹. De sorte que dans cette situation les risques contentieux liés à son application sont acceptés et leur traitement apparaît impossible.

497. Pour conclure ces développements relatifs au traitement du risque contentieux en cas de détermination du prix par un tiers, il faut indiquer que la discussion de régime ayant pour objet les effets de la désignation d'un tiers estimateur sur la formation de la vente²⁴²² a volontairement été laissée de côté. La raison est double et tient tout d'abord au fait que les règles de régime en cette matière sont relativement bien fixées²⁴²³, même s'il est vrai que l'on peut discuter des conséquences à attacher au défaut du tiers de l'article 1592 du Code civil, entre nullité et caducité de la vente²⁴²⁴. Surtout, il s'agit davantage d'un débat *ex post* portant sur la concrétisation du transfert que d'une discussion visant à remettre en cause le mécanisme de détermination du prix en lui-même. C'est pourquoi la mise en place d'un traitement spécifique ne semble pas absolument nécessaire.

498. **Conclusion de section** – Comme les phases de formation et de disparition, la phase d'exécution s'est montrée réceptive à la mise en place de contraintes visant à traiter les risques contentieux propres aux mécanismes exigeant un transfert de droits sociaux. Ainsi, concernant le déclenchement du transfert et les risques contentieux liés au système optionnel, un accord de qualification permettra de s'assurer que des options croisées, même stipulées de façon simultanée, resteront traitées comme des promesses unilatérales autonomes et ne vaudront pas vente. Il est également possible de sécuriser l'exécution du transfert en convenant, par dérogation à l'article 1221 du Code civil, que l'exécution forcée en nature des engagements contenus dans un pacte pourra être poursuivie quand bien même il existerait une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur de bonne foi et son intérêt pour le créancier. Les parties préféreront éventuellement encadrer plutôt qu'exclure l'application de cette limite à l'exécution forcée en nature. Il s'agira alors d'aménager l'office du juge en précisant par exemple que la caractérisation de la disproportion manifeste ne saurait en aucune façon être liée à l'évolution de la valeur des droits sociaux objets du transfert. Si le mécanisme n'est plus optionnel mais conditionnel, et que le déclenchement du transfert dépend de la survenance d'une condition correspondant à une situation de fait, une prérogative d'interprétation évitera les oppositions en accordant à l'une des parties le droit exclusif de dire si l'évènement conditionnel susvisé est ou non survenu. Concernant la détermination des éléments relatifs au transfert, cette même prérogative d'interprétation pourra porter cette fois-ci sur la détermination de la chose à transférer ou sur l'application de la formule de calcul du prix des parts ou actions. Néanmoins, si cette formule prévoit une décote conventionnelle, il ne semble pas possible de se prémunir contre l'application de la qualification de clause pénale, ladite qualification dépassant les questions purement patrimoniales éligibles à un accord de qualification. Enfin, les risques contentieux relatifs à

²⁴²⁰ Com., 10 juill. 2024, n°22-24.794, *Publié au Bulletin ; Dr. sociétés*, 2024, n° 8-9, 5, note DESTREGUIL et n° 11, 38, note JULLIAN ; *BJS*, 2024, n° 10, 17, note BARBIÈRI.

²⁴²¹ Sur la renonciation à une norme légale comme moyen de traitement du risque contentieux relatif à son application : V. *supra* n°405 et s.

²⁴²² V. *supra* n°224.

²⁴²³ V. *supra* n°146 et n°147.

²⁴²⁴ V. *supra* n°146.

la détermination du prix par un tiers estimateur peuvent, eux-aussi, faire l'objet de formules de traitement. L'on peut ainsi convenir que l'estimation de l'expert ne sera pas remise en cause en cas d'erreur grossière de celui-ci, sans préjudice de l'action en responsabilité pouvant être exercée contre ce dernier en cas de faute commise par lui dans l'exercice de sa mission. Et il doit être permis de s'assurer par un accord de régime qu'un assujettissement volontaire à l'article 1843-4 du Code civil aura bien pour effet d'entraîner l'application de ce texte à l'exclusion de toute autre disposition. Les parties devant, dans ce cadre, reprendre la procédure judiciaire de désignation de l'expert prévue par cet article. En revanche, elles restent libres de lui imposer ou non des directives d'évaluation.

Conclusion du chapitre 1

- 499.** Le déploiement de la contrainte au sein des mécanismes de transfert concrétise les techniques de traitement du risque contentieux présentées dans le titre premier. Qu'il s'agisse d'accords de qualification ou de régime, de la renonciation à une norme légale ou jurisprudentielle, du simple aménagement d'une norme légale ou encore de la stipulation de prérogatives d'interprétation, toutes ont pu faire l'objet de diverses applications, que ce soit en phase de formation, d'exécution ou de disparition du pacte. Pour les accords de qualification ou de régime, la libre disponibilité des droits en cause constitue le critère clé de validité de l'accord. Sauf exception, ils s'appliquent assez largement aux mécanismes exigeant un transfert de droits sociaux dans la mesure où ces derniers mettent en jeu des intérêts essentiellement patrimoniaux. Si l'interdiction des confirmations par avance représente un obstacle relativement important au traitement des risques contentieux appartenant à la phase de formation, l'impérativité des normes n'est pas toujours découverte en phase d'exécution ou de disparition et il est alors possible de les exclure par avance du débat contentieux ou d'en encadrer simplement l'application.
- 500.** Cette concrétisation des techniques de traitement du risque contentieux ne saurait toutefois s'arrêter là. Il nous faut en effet nous assurer d'un déploiement complet de la contrainte au sein des pactes d'associés. Pour ce faire, il convient de s'intéresser, *in fine*, au traitement du risque contentieux propre aux mécanismes exigeant un comportement.

Chapitre 2 : Le traitement du risque contentieux propre aux mécanismes exigeant un comportement

- 501. Concentration du traitement sur la phase d'exécution** – Contrairement à la méthodologie suivie jusqu'à présent, le traitement du risque contentieux propre aux mécanismes exigeant un comportement se limitera à la phase d'exécution. Plusieurs raisons justifient ce choix.
- 502.** La première tient au bénéfice des développements précédents. En effet, le traitement du risque contentieux propre aux mécanismes exigeant un transfert de droits sociaux a montré qu'en phase de formation du pacte d'associés, l'interdiction des confirmations par avance constituait la plupart du temps un obstacle insurmontable à l'anticipation des discussions portant sur la validité d'un mécanisme²⁴²⁵. Or, un rapide retour sur l'observation du risque contentieux relatif aux mécanismes exigeant un comportement révèle que cet obstacle se présente à nouveau. Un certain nombre de normes contrôlent ainsi la validité de l'obligation de faire ou ne pas faire permettant d'exiger une action ou une abstention de son cocontractant²⁴²⁶, tout comme elles encadrent les conditions de validité d'une stipulation non-obligationnelle directement contraignante, par exemple une clause de juridiction²⁴²⁷. Dès lors, il serait vain de prétendre traiter ces risques contentieux par une technique contractuelle adaptée : ils ne peuvent, en réalité, être traités.
- 503.** La deuxième raison est d'ordre méthodologique : certaines difficultés, bien qu'identifiées au moment de la formation du pacte, sont en vérité susceptibles d'apparaître également en phase d'exécution (et peuvent alors être traitées à ce moment-là de façon uniforme). Ainsi des discussions relatives à la qualification d'un mécanisme de remédiation à la relativité du pacte²⁴²⁸. Certes, l'une des parties aura éventuellement pour but de convoquer les conditions de validité de la qualification qu'elle identifie pour en soutenir l'irrespect, de sorte qu'il y a bien là une discussion appartenant à la phase de formation, mais, *in fine*, la discussion de qualification est susceptible de se poser pareillement en phase d'exécution sans que le débat potentiel sur la validité du mécanisme ne motive un traitement réservé. Il en va de même des incertitudes relatives à la mise en jeu de l'ordre public sociétaire, notamment lorsqu'il s'agit de remédier à la relativité du pacte²⁴²⁹. Si cet ordre public peut bel et bien remettre en cause la validité des mécanismes concernés, il faut indiquer qu'en tout état de cause on ne peut exclure par avance ces normes impératives²⁴³⁰. Raison pour laquelle aborder ces questionnements sous le seul angle de l'exécution aura le mérite de sortir de l'abstraction et de rendre plus clairement compte de ce qu'il est ou non possible de faire à partir d'un pacte d'associés.
- 504.** Enfin, nous avons vu que les risques contentieux observés en phase de disparition pour les mécanismes exigeant un transfert de droits sociaux étaient transposables aux mécanismes exigeant un comportement²⁴³¹. Le renvoi opéré lors de cette observation s'impose donc tout autant au stade du traitement²⁴³².

²⁴²⁵ V. *supra* n°451.

²⁴²⁶ V. *supra* n°268.

²⁴²⁷ V. *supra* n°269.

²⁴²⁸ V. *supra* n°271 et s.

²⁴²⁹ V. *supra* n°272.

²⁴³⁰ V. *infra* n°528.

²⁴³¹ V. *supra* n°275.

²⁴³² V. donc, sur le traitement des risques contentieux appartenant à la phase de disparition : *supra* n°461 et s.

505. Ces précisions autorisent l'adoption d'un plan simplifié. Nous aborderons donc dans un premier temps le traitement du risque contentieux lié à l'exigence du comportement des cocontractants (**section 1**) et, dans un second temps, le traitement du risque contentieux lié à l'exigence du comportement des tiers (**section 2**).

Section 1 : Le traitement du risque contentieux lié à l'exigence du comportement des cocontractants

506. Nous savons désormais que les discussions se différencient selon que les parties ont eu recours, pour s'imposer des comportements respectifs, au mécanisme général de l'obligation de faire ou de ne pas faire ou à des mécanismes accessoires plus ou moins contraignants²⁴³³. Cette différence technique doit être respectée sous l'angle du traitement du risque contentieux. Seront donc traitées de façon autonome la discussion relative au mécanisme général (**I**) et la discussion relative aux mécanismes accessoires (**II**).

I. Discussion relative au mécanisme général

507. Lorsque les contractants utilisent le mécanisme général de l'obligation de faire ou de ne pas faire, le risque de discussion peut chronologiquement avoir deux objets principaux. En premier lieu, c'est le champ d'application du mécanisme qui peut être en débat (**A**). En second lieu, s'il est acquis que le comportement en litige est bien visé par le mécanisme, c'est l'exécution forcée de celui-ci (**B**) que l'on peut chercher à éviter.

A. Discussion relative au champ d'application du mécanisme

508. Diversité de la discussion – Le risque de discussion portant sur le champ d'application d'une obligation de faire ou de ne pas faire prévue par un pacte d'associés est très certainement l'un des plus larges dans la mesure où il est impossible de dresser un inventaire complet des situations dans lesquelles les parties ont pu souhaiter exiger de l'une d'elles un comportement en ayant eu recours à ce mécanisme général²⁴³⁴. Néanmoins, nous avons vu que la simplicité du procédé permettait de circonscrire les hypothèses contentieuses car une obligation de faire ou de ne pas faire aboutit nécessairement à devoir vérifier, dans le cas où un comportement positif était contractuellement prévu, que l'action exigée était bien visée par la stipulation considérée, ou, dans le cas inverse où un comportement négatif était contractuellement prévu, que le débiteur avait bien eu un comportement interdit par la clause²⁴³⁵. Étant donné qu'il s'agit à chaque fois d'interpréter la norme contractuelle imposant l'action ou l'abstention, seule la mise en place d'une prérogative d'interprétation peut permettre de traiter le risque contentieux correspondant²⁴³⁶. Pour en illustrer l'intérêt, trois exemples d'application peuvent être proposés en envisageant successivement le mécanisme dans son versant positif (1) puis négatif (2) et en revenant, *in fine*, sur le cas particulier des situations de préférence (3).

²⁴³³ V. *supra* n°277 et s.

²⁴³⁴ V. *supra* n°163.

²⁴³⁵ V. *supra* n°278.

²⁴³⁶ V. *supra* n°382 et s.

1) Versant positif

509. Dans son versant positif, une obligation de faire permet à une partie d'exiger d'une autre une action. En pratique, il s'avère que l'un des moyens contentieux les plus immédiatement disponibles pour le débiteur qui ne souhaite pas accéder à la demande du créancier est de soutenir que le comportement demandé n'est pas visé par la clause. Un cas typique est celui des obligations d'information renforcée car celui qui a voulu faire preuve de transparence lors de la conclusion du pacte peut regretter son choix par la suite. Or, en général, l'obligation d'information vise une catégorie de documents à fournir mais ne les liste pas nommément, notamment parce qu'ils vont dépendre d'opérations futures de la société. Les conventions extrastatutaires n'ont d'ailleurs pas l'apanage de ces situations. Une affaire récente en atteste²⁴³⁷. Dans cette espèce, en contrepoint de la législation applicable aux conventions réglementées, une SA avait accordée dans ses statuts à tout actionnaire « le droit d'obtenir la communication des conventions portant sur des opérations courantes et conclues à des conditions normales ». En application de cet article, un minoritaire demandait communication de « l'ensemble de la documentation contractuelle relative aux conventions portant sur des opérations courantes et conclues à des conditions normales » à une certaine date entre la société et sa société mère²⁴³⁸. Cette dernière s'y opposait et on remarquera que les statuts avaient finalement été modifiés pour retirer la disposition quelques mois après la demande de l'actionnaire minoritaire, signe que l'accord des intérêts permettant ces stipulations n'est bien souvent qu'éphémère. La réponse donnée par la Cour de cassation au litige éclaire la difficulté posée par ce type de discussions, car elle approuve la cour d'appel d'avoir retenu que demander communication de « “ l'ensemble de la documentation contractuelle relative aux conventions portant sur des opérations courantes et conclues à des conditions normales ” n'inclut pas la communication desdites conventions, la définition de la locution “ relative à ” étant “ se rapportant à, concernant ” ». Pour la Haute Juridiction, il était par conséquent justifié de retenir que la demande de communication du minoritaire n'était pas conforme au droit statutairement prévu. Certains commentateurs ont estimé qu'en présence « d'une disposition statutaire étendant le droit de communication des actionnaires, aurait dû être privilégié l'esprit et non pas la lettre du texte, en recherchant prioritairement quelle avait été la commune intention des parties à l'acte »²⁴³⁹. Mais, en réalité, au-delà de l'interprétation qui aurait pu ou dû être retenue en l'espèce, ces situations traduisent le fait que c'est le mécanisme en lui-même qui porte le germe de tels débats. On pourrait arguer que, dans les faits de cet arrêt, la demande de l'actionnaire était imprécise. Néanmoins, songeons par exemple à un pacte d'associés où un majoritaire dirigeant octroierait à l'actionnaire minoritaire un droit à communication des « conventions d'importance stratégique pour la société ». Le débiteur de l'information pourra ici facilement s'opposer au créancier en soutenant que la convention demandée ne présente pas le caractère requis. En cherchant à systématiser, on comprend qu'en présence d'une obligation de faire, le plus judicieux sera, pour prévenir les désaccords sur l'étendue de cette obligation, que la partie débitrice du comportement abdique à l'autre le pouvoir de dire si l'action demandée est ou non comprise dans le champ de la clause concernée. Et comme c'est à chaque fois le cas en matière de prérogative d'interprétation, la limite de

²⁴³⁷ V. Com., 11 sept. 2024, n°24-11.737, *BJS*, 2024, n° 11, 22, note BARBIÈRI.

²⁴³⁸ Il est intéressant d'observer dans les faits de l'arrêt que la disposition statutaire avait finalement été supprimée quelques mois après la demande de l'actionnaire minoritaire. Signe que l'accord des intérêts permettant ce type de stipulations n'est bien souvent qu'éphémère.

²⁴³⁹ BARBIÈRI Jean-François, note sous Com., 11 sept. 2024, n°24-11.737, préc., §1. L'auteur s'inspire ici de l'article 1188, alinéa 1^{er}, du Code civil selon lequel « le contrat s'interprète d'après la commune intention des parties plutôt qu'en s'arrêtant au sens littéral de ses termes ».

l'abus encadrera l'exercice de cette faculté par le *potentior*²⁴⁴⁰. En utilisant notre exemple d'un droit à communication portant sur les « conventions d'importance stratégique pour la société », la formulation type suivante peut être proposée :

« Droit exclusif d'interprétation »

Les parties conviennent qu'en cas de désaccord relativement à l'application de l'obligation d'information prévue par l'article X, il appartiendra de manière exclusive à la partie A de déterminer si le document demandé constitue une convention d'importance stratégique pour la société au sens de cet article.

Procédure d'exercice du droit exclusif d'interprétation

Notification écrite préalable

La partie A, titulaire du droit d'interpréter, est tenue d'informer la partie B par une notification écrite de l'existence d'un désaccord relativement à l'application de l'obligation d'information prévue par l'article X. Si la partie A a recours à la mise en demeure prévue par l'article 1221 du Code civil, il pourra être précisé dans cette mise en demeure qu'elle vaut notification écrite préalable.

Délai de réponse

La partie B dispose d'un délai de X jours à compter de la réception de la notification écrite préalable pour transmettre ses observations écrites à la partie A sur le point de savoir si le document demandé constitue ou non une convention d'importance stratégique pour la société au sens l'article X.

Notification définitive

À réception des observations de la partie B ou à l'expiration du délai prévu pour ce faire, la partie A dispose d'un délai de X jours pour transmettre une notification définitive valant exercice du droit exclusif d'interprétation. Celle-ci doit être écrite et contenir la motivation détaillée de l'interprétation donnée en expliquant le cas échéant les raisons qui ont conduit la partie A à ne pas retenir les positions exprimées par la partie B dans ses observations.

Contestation

L'interprétation donnée par la partie A dans sa notification définitive s'impose aux deux parties et ne pourra être remise en cause, sans préjudice de la possibilité pour la partie B d'invoquer devant [indiquer la juridiction ou l'arbitre compétent pour régler les litiges découlant du pacte, le cas échéant par renvoi à la clause de règlement des litiges] l'usage déloyal de son droit exclusif d'interprétation par la partie A. Si cet usage déloyal est reconnu, l'interprétation donnée par la partie A sera privée d'effet. Il appartiendra alors aux parties A et B, si le désaccord d'interprétation persiste, de reprendre la procédure d'exercice du droit exclusif d'interprétation décrite ci-dessus. En tout état de cause, la reconnaissance de l'usage déloyal de son droit exclusif d'interprétation par la partie A emportera obligation pour cette dernière de verser à la partie B une indemnité forfaitaire et irréductible de [X euros] à titre de clause pénale ».

²⁴⁴⁰ V. *supra* n°391 et s.

2) Versant négatif

510. Dans son versant négatif, le mécanisme commande une abstention. De nouveau, un réflexe naturel pour le débiteur à qui l'on reprocherait l'irrespect du pacte peut être de soutenir que le comportement qu'il a eu n'était pas prohibé par la clause en question. Ainsi, par exemple, d'une obligation de non-concurrence pour laquelle le créancier doit faire la preuve que le débiteur a bien eu un comportement concurrentiel interdit. Une difficulté récurrente tient ici au fait que la plupart du temps le créancier d'une obligation de non-concurrence ne dispose que d'indices lui permettant de soupçonner l'activité concurrentielle, sans pouvoir la caractériser véritablement. L'article 145 du Code de procédure civile selon lequel « s'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige, les mesures d'instruction légalement admissibles peuvent être ordonnées à la demande de tout intéressé, sur requête ou en référé » est alors bien souvent d'un secours important car il constitue une étape préalable à la constatation du comportement fautif²⁴⁴¹. La procédure sur requête présente dans cette configuration une utilité particulière, dans la mesure où elle permet que les mesures d'instructions soient ordonnées à l'insu du débiteur contrevenant²⁴⁴². Associée à cette stratégie probatoire, la prérogative d'interprétation fournit un relais intéressant car celui qui aura obtenu les éléments établissant le comportement prohibé pourra s'en servir pour exercer le droit exclusif d'interprétation. On objectera que l'expertise *in futurum* de l'article 145 du Code de procédure civile est censée déboucher sur une instance au fond et non sur l'exercice d'une prérogative contractuelle. Cela est vrai mais, d'une part, le texte est volontairement rédigé au conditionnel car au stade où il intervient le litige n'est que potentiel²⁴⁴³. D'autre part, c'est tout l'intérêt de cette prérogative que de permettre au *potentior* de se prévaloir en justice de son interprétation sans que le sujet passif ne puisse lui opposer une vision différente²⁴⁴⁴. Or, en présence d'un comportement concurrentiel, le litige s'arrête rarement à la constatation de la violation de l'obligation de non-concurrence. Il est ainsi fréquent que le créancier souhaite obtenir à la fois la cessation du comportement et la réparation du préjudice causé. Le droit exclusif d'interprétation aura ici entériné la violation susvisée et facilitera en conséquence l'exercice de ces actions. Ce dernier pourrait être rédigé comme suit :

²⁴⁴¹ Précisons que l'article 145 du Code de procédure civile a été modifié par le décret n° 2025-619 du 8 juillet 2025, entré en vigueur le 1er septembre 2025. Il précise désormais, dans deux alinéas ajoutés, que la juridiction compétente pour statuer sur une demande fondée sur cet article est, au choix du demandeur, soit celle susceptible de connaître de l'affaire au fond, soit celle du ressort dans lequel la mesure d'instruction doit être exécutée. Par exception, lorsque la mesure concerne un immeuble, seule la juridiction du lieu de situation de celui-ci est compétente

²⁴⁴² V. pour un exemple où trois sociétés d'un même groupe, découvrant qu'un projet de constitution d'un groupe industriel concurrent avait été initié par deux de leurs salariés avec le concours d'un troisième, et alors que l'un d'eux était signataire d'un pacte d'associés comportant une clause de non-concurrence, ont saisi sur requête le président du tribunal de commerce de Lyon, sur le fondement de l'article 145 du Code de procédure civile, aux fins de voir ordonner, avant tout procès au fond, des mesures de constat destinées à établir la violation alléguée de cette clause : CA Lyon, 28 juill. 2020, n° 19/08255. *Adde*, pour un recours similaire à l'article 145 du Code de procédure civile dans l'hypothèse, cette fois-ci, de l'infraction à une clause de non-concurrence contenue dans un protocole de cession de parts : 2° civ., 13 juin 2024, n°22-10.321, *Publié au Bulletin* ; *Rev. sociétés*, 2025, 184, note LEE et NEGRONI. V. sur cette utilisation de l'article 145 du Code de procédure civile : PIERRE-MAURICE Sylvie [dir.], *La requête préventive probatoire de l'article 145 CPC : essor, dangers, difficultés*, Mare & Martin, 2023

²⁴⁴³ V. approuvant une cour d'appel d'avoir refusé de faire droit à une demande fondée sur l'article 145 du Code de procédure civile au motif « qu'il n'existait pas en l'état un litige potentiel » : 3e civ., 16 avr. 2008, n°07-15.486, *Bull. civ.*, 2008, III, n° 72 ; *AJDI*, 2008, n° 11, 843, note BLATTER ; *JCP G*, 2008, n° 48, 53, note POUMARÈDE ; *GPL*, 2009, n° 37-38, 18, note REGNAULT.

²⁴⁴⁴ V. *supra* n°402.

« Droit exclusif d'interprétation

Les parties conviennent que la partie A sera seule en droit de dire si la partie B a eu un comportement prohibé par l'obligation de non-concurrence prévue à l'article X.

Procédure d'exercice du droit exclusif d'interprétation

Notification écrite préalable

La partie A, titulaire du droit d'interpréter, est tenue d'informer la partie B par une notification écrite de ce qu'elle dispose d'éléments de nature à caractériser une violation de l'obligation de non-concurrence prévue à l'article X. Si la partie A a recours à la mise en demeure prévue par l'article 1221 du Code civil, il pourra être précisé dans cette mise en demeure qu'elle vaut notification écrite préalable.

Délai de réponse

La partie B dispose d'un délai de X jours à compter de la réception de la notification écrite préalable pour transmettre ses observations écrites à la partie A sur l'existence éventuelle d'un comportement concurrentiel interdit par l'article X.

Notification définitive

À réception des observations de la partie B ou à l'expiration du délai prévu pour ce faire, la partie A dispose d'un délai de X jours pour transmettre une notification définitive valant exercice du droit exclusif d'interprétation. Celle-ci doit être écrite et contenir la motivation détaillée de l'interprétation donnée en expliquant le cas échéant les raisons qui ont conduit la partie A à ne pas retenir les positions exprimées par la partie B dans ses observations.

Contestation

L'interprétation donnée par la partie A dans sa notification définitive s'impose aux deux parties et ne pourra être remise en cause, sans préjudice de la possibilité pour la partie B d'invoquer devant [indiquer la juridiction ou l'arbitre compétent pour régler les litiges découlant du pacte, le cas échéant par renvoi à la clause de règlement des litiges] l'usage déloyal de son droit exclusif d'interprétation par la partie A. Si cet usage déloyal est reconnu, l'interprétation donnée par la partie A sera privée d'effet. Il appartiendra alors aux parties A et B, si le désaccord d'interprétation persiste, de reprendre la procédure d'exercice du droit exclusif d'interprétation décrite ci-dessus. En tout état de cause, la reconnaissance de l'usage déloyal de son droit exclusif d'interprétation par la partie A emportera obligation pour cette dernière de verser à la partie B une indemnité forfaitaire et irréductible de [X euros] à titre de clause pénale ».

3) Cas particulier des situations de préférence

511. Nous avons vu que les mécanismes par lesquels les parties organisent une préférence sur l'acquisition de droits sociaux ont ceci de particulier que, bien qu'aboutissant sur un droit d'option ayant pour objet les parts ou actions concernées, ils ont avant tout une nature comportementale dans la mesure où ils imposent au promettant de faire prioritairement connaître au bénéficiaire son intention de contracter et les conditions de la vente²⁴⁴⁵. Le promettant qui souhaiterait échapper à la préférence qu'il a accordée pourra alors, dans une

²⁴⁴⁵ V. *supra* n°110 et s.

logique similaire aux autres engagements comportementaux, remettre en cause les contours du comportement promis²⁴⁴⁶. C'est sur ce point que la prérogative d'interprétation doit s'adapter, car le promettant peut tout aussi bien discuter l'objet du droit, notamment les droits sociaux sur lesquels peut porter la préférence, que son fait générateur, c'est-à-dire les opérations pouvant donner lieu à application de la préférence²⁴⁴⁷. De nouveau, face à un comportement positif attendu du promettant, il est préférable que ce soit la partie créancière du comportement, ici le bénéficiaire, qui soit titulaire du droit exclusif d'interpréter. Voici une version rédigée possible de ce droit :

« Droit exclusif d'interprétation »

Les parties conviennent qu'il appartiendra de manière exclusive à la partie A de régler les désaccords liés à l'interprétation du pacte de préférence prévu à l'article X. Notamment et de manière non exhaustive, la partie A sera seule en droit de déterminer quelles parts/actions sont comprises dans le champ de la préférence et/ou quelles opérations peuvent donner lieu à application de la préférence au sens de l'article X.

Procédure d'exercice du droit exclusif d'interprétation

Notification écrite préalable

La partie A, titulaire du droit d'interpréter, est tenue d'informer la partie B par une notification écrite de l'existence d'un désaccord relativement à l'interprétation du pacte de préférence prévu par l'article X. Si la partie A a recours à la mise en demeure prévue par l'article 1221 du Code civil, il pourra être précisé dans cette mise en demeure qu'elle vaut notification écrite préalable.

Délai de réponse

La partie B dispose d'un délai de X jours à compter de la réception de la notification écrite préalable pour transmettre ses observations écrites à la partie A sur l'interprétation du pacte de préférence prévu par l'article X.

Notification définitive

À réception des observations de la partie B ou à l'expiration du délai prévu pour ce faire, la partie A dispose d'un délai de X jours pour transmettre une notification définitive valant exercice du droit exclusif d'interprétation. Celle-ci doit être écrite et contenir la motivation détaillée de l'interprétation donnée en expliquant le cas échéant les raisons qui ont conduit la partie A à ne pas retenir les positions exprimées par la partie B dans ses observations.

Contestation

L'interprétation donnée par la partie A dans sa notification définitive s'impose aux deux parties et ne pourra être remise en cause, sans préjudice de la possibilité pour la partie B d'invoquer devant [indiquer la juridiction ou l'arbitre compétent pour régler les litiges découlant du pacte, le cas échéant par renvoi à la clause de règlement des litiges] l'usage déloyal de son droit exclusif d'interprétation par la partie A. Si cet usage déloyal est reconnu, l'interprétation donnée par la partie A sera privée d'effet. Il appartiendra alors aux parties A et B, si le désaccord d'interprétation persiste, de reprendre la procédure d'exercice du droit exclusif d'interprétation décrite ci-dessus. En tout état de cause, la

²⁴⁴⁶ V. *supra* n°278.

²⁴⁴⁷ V. *supra* n°278.

reconnaissance de l'usage déloyal de son droit exclusif d'interprétation par la partie A emportera obligation pour cette dernière de verser à la partie B une indemnité forfaitaire et irréductible de [X euros] à titre de clause pénale ».

- 512.** Toutes ces prérogatives d'interprétation ont donc pour but d'appréhender et de régler d'éventuels débats relatifs au champ d'application du mécanisme, qu'il s'agisse positivement de s'assurer que le comportement demandé était bien visé par la clause, négativement que le comportement litigieux était bien prohibé par le pacte ou plus singulièrement de trancher des divergences de vue relatives à l'interprétation d'un pacte de préférence. Ces oppositions résolues, le mécanisme devient éligible au principe de l'exécution forcée. Il s'expose alors corrélativement à l'invocation des limites s'y rapportant.

B. Discussion relative à l'exécution forcée du mécanisme

- 513. Difficulté de traitement spécifique** – Traiter le risque contentieux relatif à l'exécution forcée d'une obligation de faire ou de ne pas faire revient à anticiper l'application des limites prévues par l'article 1221 du Code civil. Cette disposition permet en effet à toute obligation d'accéder au principe de l'exécution forcée « sauf si cette exécution est impossible ou s'il existe une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur de bonne foi et son intérêt pour le créancier »²⁴⁴⁸. Concernant un risque contentieux relatif à l'interprétation d'une norme, deux options de traitement sont envisageables, à savoir l'exclusion ou l'aménagement. En sachant que la possibilité de procéder audit traitement dépend assez largement du caractère impératif ou supplétif de la norme concernée²⁴⁴⁹. Du point de vue de l'exclusion, on peut se référer à ce qui a déjà été exposé lorsque cette même problématique a été abordée dans les mécanismes exigeant un transfert de droits sociaux²⁴⁵⁰. Il n'est ainsi, pour les mêmes raisons, pas envisageable de stipuler de manière abstraite que les exécutions impossibles devront malgré tout être poursuivies²⁴⁵¹. En revanche, il n'existe pas d'argument décisif en faveur de l'impérativité de la limite tirée de la disproportion manifeste entre l'intérêt du créancier pour l'exécution et son coût pour le débiteur de bonne foi²⁴⁵². De sorte que doit être pareillement considérée comme valide pour les mécanismes exigeant un comportement une clause par laquelle les parties conviendraient « par dérogation à l'article 1221 du Code civil, que l'exécution forcée en nature des engagements contenus dans le pacte pourra être poursuivie quand bien même il existerait une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur de bonne foi et son intérêt pour le créancier au sens de l'article 1221 précité »²⁴⁵³. Du point de vue de l'aménagement de la norme, les choses se présentent différemment. Nous avons en effet vu que les stipulations exigeant un comportement entretenaient, dans le sillage de l'article 1142 ancien du Code civil, un historique tout particulier avec l'impossibilité d'exécution²⁴⁵⁴. Or, aménager l'impossibilité de l'article 1221 du Code civil semble compliqué pour plusieurs raisons. Tout d'abord, comme précédemment constaté avec les mécanismes de transfert, dire qu'une exécution est impossible suppose une appréciation *in concreto*, que l'on imagine mal être

²⁴⁴⁸ V. *supra* n°243.

²⁴⁴⁹ V. *supra* n°405 et s. et n°434.

²⁴⁵⁰ V. *supra* n°481 et s.

²⁴⁵¹ V. *supra* n°482.

²⁴⁵² Pour l'analyse des arguments en présence : V. *supra* n°482.

²⁴⁵³ La formulation est inchangée par rapport à celle proposée pour les mécanismes exigeant un transfert de droits sociaux (V. *supra* n°482). En réalité, les parties peuvent ici stipuler une clause générale qui s'appliquera indifféremment aux mécanismes de transfert et à ceux exigeant un comportement.

²⁴⁵⁴ V. *supra* n°279.

encadrée par avance²⁴⁵⁵. Ensuite, quand bien même les parties tenteraient cette projection, on peine à percevoir le résultat auquel elles pourraient parvenir. Le fait est que l'impossibilité juridique ou morale n'est par nature pas disponible. L'hésitation est permise pour l'impossibilité matérielle²⁴⁵⁶ et l'on pourrait par exemple imaginer des contractants qui souhaiteraient s'entendre sur des cas d'application ou en exclure d'autres. Mais qu'auront-ils réalisé alors ? En réalité, si la situation qui se présente au juge n'a pas les caractères de l'impossibilité, ce dernier accèdera à la demande en exécution indépendamment de ce que prévoit le pacte. Inversement, si cette même situation a les caractères de l'impossibilité mais que le pacte en a exclu la caractérisation, on voit mal comment le juge pourrait forcer l'exécution. C'est ici le réel qui rattrapera la liberté contractuelle, car on ne peut stipuler possible ce qui ne l'est pas. Finalement, la problématique en cause ne semble pas relever d'une logique d'aménagement de l'article 1221 du Code civil mais davantage d'une démarche d'acceptation des risques. L'impossibilité d'exécuter est en effet connue du Code civil qui en donne deux illustrations, l'une s'expliquant par la survenance d'un cas de force majeure²⁴⁵⁷ et l'autre par la perte de la chose due²⁴⁵⁸. Et de longue date le premier cas fait l'objet d'aménagements contractuels²⁴⁵⁹. La clause de force majeure est ainsi celle qui « a pour objet d'envisager les conséquences de la survenance d'un cas de force majeure en cours d'exécution du contrat. La clause contient en principe la définition de la force majeure et les effets qui lui sont attachés. Elle peut également préciser les modalités de sa mise en œuvre »²⁴⁶⁰. C'est que s'il n'est pas concevable d'organiser l'obtention d'une exécution impossible, il est en revanche permis de se répartir contractuellement les risques liés à la survenance de cette impossibilité. L'article 1351 du Code civil envisage expressément cette possibilité étant donné qu'il libère le débiteur en cas de force majeure, sauf à ce que ce dernier « ait convenu de s'en charger ». Est ici visée la clause de garantie « par laquelle le débiteur s'engage à supporter les risques d'inexécution même si la véritable cause de l'inexécution est la force majeure »²⁴⁶¹. C'est donc vers ce type de procédés que les parties désireuses d'anticiper une exécution impossible devront se tourner, mais l'application de l'article 1221 du Code civil ne s'en trouvera pas affectée. Pour ce qui est de l'aménagement de la disproportion manifeste, le rapprochement avec les mécanismes de comportement se fait moins naturellement qu'avec les mécanismes de transfert²⁴⁶². Raisons pour lesquelles il est difficile de proposer en cette matière un traitement spécifique aux mécanismes exigeant un comportement.

- 514.** En phase d'exécution, les risques contentieux générés par le mécanisme général de l'obligation de faire ou de ne pas faire peuvent donc faire l'objet de traitements divers. C'est surtout les discussions relatives au champ d'application du mécanisme qui peuvent être anticipées par la stipulation d'une prérogative d'interprétation. L'affirmation vaut que le mécanisme soit utilisé dans son versant positif, négatif ou dans le cas particulier des situations de préférence. L'exécution forcée d'une obligation de faire ou de ne pas faire n'offre pas les mêmes possibilités de traitement, principalement parce qu'elle met en jeu la limite tirée de l'impossibilité d'exécution visée à l'article 1221 du Code civil qui ne semble

²⁴⁵⁵ V. *supra* n°482.

²⁴⁵⁶ Sur ces 3 figures de l'impossibilité : V. *supra* n°243.

²⁴⁵⁷ V. C. civ., art. 1351.

²⁴⁵⁸ V. C. civ., art. 1351-1.

²⁴⁵⁹ V. HEINICH Julia, « Clause de force majeure », in *Les principales clauses des contrats d'affaires*, *op. cit.*, p. 359, n° 745 et s. ; GRÉAU Fabrice, « Force majeure », *Rép. civ.*, Dalloz, 2017, n°105 et s. ; HEINICH Julia, « Les clauses de force majeure », in dossier « Les clauses relatives à l'inexécution du contrat », *op. cit.*, p. 114.

²⁴⁶⁰ HEINICH Julia, « Clause de force majeure », *op. cit.*, p. 359, n° 745.

²⁴⁶¹ GRÉAU Fabrice, « Force majeure », *op. cit.*, n°106.

²⁴⁶² V. *supra* n°483.

pas pouvoir être exclue ou véritablement aménagée. Il nous faut maintenant voir ce qu'il en est lorsque les parties ont recours à des mécanismes accessoires.

II. Discussion relative aux mécanismes accessoires

515. Les mécanismes accessoires ont ceci de particulier qu'à la différence du mécanisme général, ils n'ont pas recours à la formule obligationnelle pour obtenir un comportement d'un cocontractant²⁴⁶³. Le procédé peut alors aboutir à deux résultats distincts selon que la stipulation non-obligationnelle utilisée est directement ou indirectement contraignante²⁴⁶⁴. Les clauses de juridiction constituant l'illustration majeure des stipulations non-obligationnelles directement contraignantes²⁴⁶⁵, nous nous appuierons sur la discussion qu'elles génèrent pour proposer un traitement du risque contentieux correspondant (A). S'agissant de la seconde alternative, l'archétype des stipulations non-obligationnelles indirectement contraignantes étant le préambule²⁴⁶⁶, c'est ce dernier qui servira de support au traitement du risque contentieux associé (B).

A. La discussion propre aux stipulations non-obligationnelles directement contraignantes : l'exemple des clauses de juridiction

516. Double direction – Une clause de juridiction aborde usuellement trois éléments : (i) une procédure, (ii) destinée à s'appliquer à un litige donné, (iii) survenant entre certaines parties. Il en découle logiquement trois grandes discussions. Au plan procédural, il est principalement question de déterminer si le tribunal saisi était bien celui visé par la clause. En présence d'une clause de conciliation les choses se différencient quelque peu car le but de cette stipulation est précisément d'imposer une phase amiable préalable à la saisine de la juridiction²⁴⁶⁷. Mais, *in fine*, s'il y a contentieux, c'est qu'un juge a été saisi et il faudra se demander si la clause le permettait de sorte que les discussions se rejoignent. Il est néanmoins difficile de proposer un traitement pour ce premier risque contentieux car même si la réponse du juge dépendra pour beaucoup de l'interprétation qu'il fait de la norme contractuelle, les parties ne peuvent s'arroger le droit d'établir la compétence d'une juridiction, l'ordre public procédural s'y opposant avec évidence. En revanche, pour ce qui est du champ d'application *rationae materiae* et *rationae personae* de la clause, le risque contentieux se présente sous un autre jour car c'est moins de la compétence d'une juridiction que du champ d'application d'un mécanisme contractuel dont il est question. Or, qui dit discussion relative à l'interprétation d'une norme contractuelle dit normalement possibilité de traitement par la stipulation d'une prérogative d'interprétation²⁴⁶⁸.

517. Discussion relative au champ d'application *rationae personae* d'une clause de juridiction – L'idée d'un débat autour du champ d'application *rationae personae* d'une clause de juridiction étonne quelque peu. Ne sait-on pas qui sont les signataires d'un contrat et qui peut donc se voir opposer ses stipulations ? Il est vrai qu'« il ne viendrait pas à l'idée d'un juriste civiliste, ni d'ailleurs à un profane du droit, d'imaginer que l'on puisse être engagé par un contrat que l'on n'a pas signé et auquel on considère que l'on n'est pas partie. Il ne paraît pas plus vraisemblable, alors que l'on est partie à un contrat, de se voir imposer

²⁴⁶³ V. *supra* n°170 et s.

²⁴⁶⁴ V. *supra* n°170 et s.

²⁴⁶⁵ V. *supra* n°171 et s.

²⁴⁶⁶ V. *supra* n°173 et s.

²⁴⁶⁷ V. *supra* n°172.

²⁴⁶⁸ V. *supra* n°382 et s.

un cocontractant non signataire de ce contrat. La règle est parfaitement logique ; elle résulte tout naturellement du principe cardinal de l'effet relatif des conventions. Pourtant, les praticiens de l'arbitrage, particulièrement en France, sont coutumiers du fait qu'une clause d'arbitrage puisse être invoquée ou opposée à une partie qui ne l'a pas signée »²⁴⁶⁹. La clause compromissoire a en effet été soumise au gré des décisions jurisprudentielles à un phénomène d'extension²⁴⁷⁰ qui veut que des tiers n'ayant pas formellement adhéré à la convention soient néanmoins attirés à l'arbitrage par le jeu d'une interprétation extensive de la clause²⁴⁷¹. On connaît l'arrêt fondateur en la matière, dit *Dow Chemical*, rendu par la cour d'appel de Paris le 21 octobre 1983 qui permet l'extension de la clause d'arbitrage dans un contexte de groupe de sociétés²⁴⁷². Près de 40 ans plus tard, il demeure difficile d'identifier avec certitude le fondement juridique qui justifie cette extension. Le critère de l'implication du tiers semble déterminant lorsque la Cour de cassation énonce que « l'effet de la clause d'arbitrage international s'étend aux parties directement impliquées dans l'exécution du contrat et les litiges qui peuvent en résulter »²⁴⁷³. L'abondance de la jurisprudence complexifie néanmoins les formules qui peuvent soutenir de manière proche mais pas complètement identique que « selon les usages du commerce international, la clause compromissoire insérée dans un contrat international a une validité et une efficacité propres qui commandent d'en étendre l'application aux parties directement impliquées dans la négociation, la conclusion, l'exécution et/ou la résiliation du contrat »²⁴⁷⁴. Même si certains arrêts ont pu paraître objectiver le fondement de l'extension sans se référer à l'acceptation implicite de la clause par le tiers²⁴⁷⁵, la règle demeure que c'est bien la volonté des parties « qui seule investit l'arbitre de son pouvoir juridictionnel »²⁴⁷⁶. De sorte que pour procéder à une extension, il est bien nécessaire d'interpréter la norme contractuelle, au

²⁴⁶⁹ DEBOURG Claire, « La clause d'arbitrage et les non-signataires : retour sur l'extension *ratione personae* de la clause d'arbitrage en droit français », *Rev. arb.*, 2024, n° 1, p. 11, § 1.

²⁴⁷⁰ L'extension ne doit pas être confondue avec la transmission de la clause qui résulte, elle, de la transmission des droits contractuels : V. LOQUIN Éric, « Différences et convergences dans le régime de la transmission et de l'extension de la clause compromissoire devant les juridictions françaises », *GPL*, 2002, n° 156, p. 7.

²⁴⁷¹ V. pour une étude récente de la question : DEBOURG Claire, « La clause d'arbitrage et les non-signataires : retour sur l'extension *ratione personae* de la clause d'arbitrage en droit français », *op. cit.*

²⁴⁷² CA Paris, 21 oct. 1983, *Rev. arb.*, 1984, 98, note CHAPELLE.

²⁴⁷³ 1^e civ., 27 mars 2007, n°04-20.842, *Bull. civ.*, 2007, I, n° 129 ; *Clunet*, 2007, 968, note LEGROS ; *JCP E*, 2007, n° 35, 29, note SERAGLINI ; *RCDIP*, 2007, n° 4, 798, note JAULT-SESEKÉ ; *RTD civ.*, 2008, 541, note THÉRY.

²⁴⁷⁴ CA Paris, 2 mars 2021, n°18/20663. Sur la règle matérielle affirmant la validité et l'efficacité propre de la clause d'arbitrage : V., déjà, l'arrêt *Dalico* énonçant « qu'en vertu d'une règle matérielle du droit international de l'arbitrage, la clause compromissoire est indépendante juridiquement du contrat principal qui la contient directement ou par référence et que son existence et son efficacité s'apprécient, sous réserve des règles impératives du droit français et de l'ordre public international, d'après la commune volonté des parties, sans qu'il soit nécessaire de se référer à une loi étatique » (1^e Civ., 20 déc. 1993, n°91-16.828, *Bull. civ.*, 1993, I, n° 372).

²⁴⁷⁵ DEBOURG Claire, « La clause d'arbitrage et les non-signataires : retour sur l'extension *ratione personae* de la clause d'arbitrage en droit français », *op. cit.* § 19 et s. On peut rapprocher ce mouvement qui semble donc se passer du consentement du tiers pour lui opposer la clause compromissoire aux solutions rendues en matière de stipulation pour autrui qui admettent « que la clause d'arbitrage contenue dans le contrat liant le stipulant au promettant peut être invoquée par et contre le tiers bénéficiaire d'une stipulation pour autrui » (1^e civ., 11 juillet 2006, n°03-11.983, *Bull. civ.*, 2006, I, n° 368 ; *Rev. arb.*, 2006, n° 4, 969, note LARROUMET ; *RLDC*, 2006, n° 31, 14, note DOIREAU ; *JCP G*, 2006, n° 46, 2120, note LEGROS ; *JCP E*, 2006, n° 49, 2092, note LEGROS ; *D.*, 2006, 3026, obs. CLAY). Le principe vaut aussi pour une clause attributive de juridiction : V. 1^e civ., 18 juin 2025, n° 23-21.709, *Publié au Bulletin* ; *RPDA*, 2025, n° 6, note BUY.

²⁴⁷⁶ CA Paris, 6 juin 2023, n°21/21386, *Cah. arb.*, 2023, n° 3, note JOURDAN-MARQUES ; *JCP G*, 2023, n° 27, 1308, note MAINGUY et n° 43-44, 1898, obs. GIRAUD, SERAGLINI et JANDARD ; *GPL*, 2023, n° 35, 6, note LARRIBÈRE.

besoin en se référant à des indices textuels²⁴⁷⁷. Est-il alors possible de stipuler une prérogative d'interprétation accordant à l'une ou l'autre des parties le droit exclusif de dire si la clause litigieuse avait ou non vocation à englober davantage de personnes que les seuls signataires formels ? La réponse nous semble devoir être négative car cette opération d'interprétation met en jeu le principe de l'effet relatif du contrat²⁴⁷⁸. De fait, on voit mal un tiers être attiré à l'arbitrage au nom d'un consentement implicite à la clause compromissoire que le titulaire de la prérogative d'interprétation aurait révélé. Pour qu'une telle prérogative s'impose au tiers, il faudrait qu'il y ait consenti. Or, ici, c'est bien le champ de son consentement qui est incertain, ce qui écarte toute possibilité de résoudre cette discussion *inter partes*. En revanche, un raisonnement *a contrario* est porteur car il autorise à penser que si l'enjeu de la discussion ne dépasse pas les contractants, la stipulation d'une prérogative d'interprétation est possible. La doctrine paraît confirmer cette approche lorsqu'elle énonce qu'« il est envisageable que les parties stipulent expressément que la clause sera limitée aux signataires »²⁴⁷⁹. Une telle prévision a valeur d'interprétation restrictive donnée par avance. Et elle ne pose aucun problème au regard du principe de l'effet relatif car, précisément, elle s'assure que la clause de juridiction ne rayonnera pas au-delà des parties. La conséquence de ce dernier constat est importante. Elle signifie donc que si l'on s'en tient aux discussions concernant les signataires uniquement, une prérogative d'interprétation peut être envisagée. Tel est le cas du risque contentieux relatif au champ d'application *rationae materiae* d'une clause de juridiction.

518. Discussion relative au champ d'application *rationae materiae* d'une clause de juridiction – Quel que soit le type de clause de juridiction concernée, qu'il s'agisse d'une clause de conciliation, d'une clause attributive de compétence ou encore d'une clause compromissoire, celle-ci se doit d'avoir un objet et donc de porter sur une catégorie de litiges prédéfinis. La plupart du temps il est vrai, la clause aura pour champ d'application *rationae materiae* les litiges se rapportant au contrat qui l'institue. On retrouve ainsi en pratique des propositions de formulation type prévoyant l'application d'une clause d'arbitrage aux « litiges découlant de ou en relation avec le présent contrat »²⁴⁸⁰. Ce genre de rédaction paraît sécurisant car laissant peu de place à la discussion. Tel n'est pourtant pas toujours le cas. On a ainsi par exemple pu rencontrer en jurisprudence une clause statutaire énonçant que « toutes les contestations qui pourront s'élever, pendant la durée de la société, soit au cours des opérations de liquidation, soit entre les associés, les gérants et la société, soit entre les associés eux-mêmes, relativement aux affaires sociales, seront soumises à la décision de deux arbitres [...] » et les associés s'opposaient sur le point de savoir si une cession de parts était ou non comprise dans le champ de cette stipulation²⁴⁸¹. Dans le contexte d'un pacte d'associés, rien ne s'oppose à ce que l'éventualité d'une telle discussion soit anticipée par une prérogative d'interprétation. Un doute doit néanmoins être levé en présence d'une clause compromissoire, car on sait qu'en la matière l'article 1448, alinéa 1^{er}, du Code civil, dispose que « lorsqu'un litige relevant d'une convention d'arbitrage est porté devant une juridiction de l'État, celle-ci se déclare incompétente sauf si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi et si la convention d'arbitrage est manifestement nulle ou

²⁴⁷⁷ DEBOURG Claire, « La clause d'arbitrage et les non-signataires : retour sur l'extension *ratione personae* de la clause d'arbitrage en droit français », *op. cit.*, §56 et s.

²⁴⁷⁸ C. civ., art. 1199.

²⁴⁷⁹ DEBOURG Claire, « La clause d'arbitrage et les non-signataires : retour sur l'extension *ratione personae* de la clause d'arbitrage en droit français », *op. cit.*, §49.

²⁴⁸⁰ MARTIN Didier et SCHILLER Sophie, *Guide des pactes d'actionnaires et d'associés : 2022/2023*, *op. cit.*, p. 101, n°167.

²⁴⁸¹ CA Paris, 2 juill. 2020, n° 19/21120, *Dr. sociétés*, 2020, n° 10, 16, note MORTIER ; *Cah. arb.*, 2020, n° 2, 363, note PEDONE ; *BJS*, 2021, n° 1, 16, note COHEN ; *D.*, 2020, 2484, chron. CLAY.

manifestement inapplicable ». Ce texte instaure ainsi un principe compétence-compétence qui veut que l'arbitre est seul à même de statuer sur sa propre compétence²⁴⁸². La règle est large car elle donne compétence à l'arbitre « pour statuer sur l'existence, la validité et l'étendue de la convention d'arbitrage »²⁴⁸³. Et il est bien question de l'étendue de la convention d'arbitrage lorsque l'on discute de son champ d'application *rationae materiae*. Il ne faut pourtant pas se méprendre. Le principe a vocation à déterminer si, en présence d'un débat autour de la compétence du tribunal arbitral, « les arbitres auront le droit de se prononcer sur cette question ou si la réponse à celle-ci est susceptible d'être donnée concurremment, ou même exclusivement, par la juridiction étatique »²⁴⁸⁴. C'est « ce qu'il est d'usage d'appeler l'effet négatif du principe compétence-compétence : il empêche en principe les juridictions étatiques de statuer avant l'arbitre sur la compétence arbitrale »²⁴⁸⁵. Or, il va sans dire qu'une prérogative d'interprétation visant à anticiper une discussion qui pourrait porter sur l'interprétation des termes de la stipulation désignant les litiges soumis à la clause n'a nullement pour objet de renverser la priorité donnée par les textes au tribunal arbitral sur la juridiction étatique à propos des questions de compétence. On rappellera au soutien de cette affirmation ce que nous avons déjà exposé lors de l'étude de la validité de la prérogative d'interprétation, à savoir que cette technique de traitement a la nature d'une renonciation et, partant, organise un rapport des parties à la norme contractuelle et non aux pouvoirs du juge²⁴⁸⁶. Il n'est toutefois pas possible de simplement transposer aux clauses de juridiction la construction des prérogatives d'interprétation précédemment exposées. Et ce car cette clause a une nature non-obligationnelle²⁴⁸⁷, de sorte qu'il est naturellement inadapté de se référer ici à la mise en demeure de l'article 1221 du Code civil comme cela avait pourtant été le cas jusqu'alors²⁴⁸⁸. Mais il n'est pas non plus concevable de laisser le désaccord se manifester devant le juge, sauf à devoir articuler l'exercice de la prérogative avec le déroulé de l'instance, ce qui contreviendrait à la rationalité du procédé. La seule solution est de s'inspirer des clauses de conciliation en instaurant une phase préalable à la saisine de la juridiction permettant l'exercice de la prérogative d'interprétation. Cette phase constituerait un passage obligé visant à purger un éventuel désaccord à propos du champ d'application *rationae materiae* de la clause. Ainsi, celui qui souhaiterait saisir une juridiction ou mettre en œuvre une clause de conciliation alors que la clause de juridiction en question fait l'objet d'une prérogative d'interprétation devra en avertir l'autre partie et s'ouvrira alors un délai permettant de trancher le débat éventuel. Et, de nouveau à la manière des clauses de conciliation²⁴⁸⁹, si l'une des parties venait à saisir le juge ou l'arbitre en méconnaissance du processus, la sanction devrait être la fin de non-recevoir. Concrètement, la rédaction pourrait être la suivante :

²⁴⁸² V. STRICKLER Yves, « ARBITRAGE. – Convention d'arbitrage », *J.-CL. Civil Code*, art. 2059 à 2061, fasc. 20, LexisNexis, 2016, n°54.

²⁴⁸³ 1^e civ., 4 juill. 2006, n°05-17.460, *Bull. civ.*, 2006, I, n° 338 ; *RLDC*, 2006, n° 31, 14, note DOIREAU ; *JCP G*, 2006, n° 46, 2096, obs. SERAGLINI, ORTSCHIEDT et BÉGUIN ; *D.*, 2006, 3026, chron. CLAY.

²⁴⁸⁴ JACQUET Jean-Michel, DELEBECQUE Philippe et USUNIER Laurence, *Droit du commerce international*, Dalloz, 2021, p. 1020, n°1053.

²⁴⁸⁵ STRICKLER Yves, « ARBITRAGE. – Convention d'arbitrage », *loc. cit.*

²⁴⁸⁶ V. *supra* n°383.

²⁴⁸⁷ V. *supra* n°171 et s.

²⁴⁸⁸ V. *supra* n°396.

²⁴⁸⁹ V. *supra* n°172.

« Droit exclusif d'interprétation »

Les parties conviennent qu'en cas de désaccord relativement à la détermination des litiges soumis à la clause de juridiction prévue à l'article X, il appartiendra de manière exclusive à la partie A de dire si le litige en cours relève ou non de cet article.

Procédure d'exercice du droit exclusif d'interprétation

Notification écrite préalable

La partie qui souhaite mettre en œuvre la clause de juridiction prévue à l'article X est tenue d'en informer l'autre partie par écrit.

Si la partie B est à l'initiative de cette information écrite, la partie A dispose à réception d'un délai de X jours pour notifier par écrit à la partie B l'existence d'un désaccord relativement à la détermination des litiges soumis à la clause de juridiction prévue par l'article X. La partie A, en cas de silence gardé à réception, sera réputée à l'expiration du délai convenu avoir accepté la mise en œuvre de la clause de juridiction.

Si la partie A est à l'initiative de cette information écrite, elle indique à la partie B que cette information vaut notification écrite préalable en cas de désaccord relativement à la détermination des litiges soumis à la clause de juridiction prévue par l'article X.

Délai de réponse

La partie B dispose d'un délai de X jours à compter de la réception de la notification écrite préalable pour faire valoir son désaccord et transmettre ses observations écrites à la partie A à propos de la détermination des litiges soumis à la clause de juridiction prévue par l'article X. En cas de silence de la partie B, celle-ci sera réputée à l'expiration du délai convenu avoir accepté la mise en œuvre de la clause de juridiction.

Notification définitive

À réception des observations de la partie B, la partie A dispose d'un délai de X jours pour transmettre une notification définitive valant exercice du droit exclusif d'interprétation. Celle-ci doit être écrite et contenir la motivation détaillée de l'interprétation donnée en expliquant le cas échéant les raisons qui ont conduit la partie A à ne pas retenir les positions exprimées par la partie B dans ses observations.

Contestation

L'interprétation donnée par la partie A dans sa notification définitive s'impose aux deux parties et ne pourra être remise en cause, sans préjudice de la possibilité pour la partie B d'invoquer devant [indiquer la juridiction ou l'arbitre compétent pour régler les litiges découlant du pacte, le cas échéant par renvoi à la clause de règlement des litiges] l'usage déloyal de son droit exclusif d'interprétation par la partie A. Si cet usage déloyal est reconnu, l'interprétation donnée par la partie A sera privée d'effet. Il appartiendra alors aux parties A et B, si le désaccord d'interprétation persiste, de reprendre la procédure d'exercice du droit exclusif d'interprétation décrite ci-dessus. En tout état de cause, la reconnaissance de l'usage déloyal de son droit exclusif d'interprétation par la partie A emportera obligation pour cette dernière de verser à la partie B une indemnité forfaitaire et irréductible de [X euros] à titre de clause pénale ».

519. Adaptée de cette manière, une prérogative d'interprétation peut donc anticiper avec succès un éventuel désaccord relatif au champ d'application *rationae materiae* d'une clause

de juridiction, permettant par là à la stipulation d'assurer au mieux son rôle contraignant. Différente est la situation du préambule car, précisément, celui-ci n'est normalement pas directement conçu pour exiger un comportement des contractants.

B. La discussion propre aux stipulations non-obligationnelles indirectement contraignantes : l'exemple du préambule

520. Traitement négatif – Le propre d'un exposé liminaire inséré au sein d'un contrat est normalement d'éclairer les raisons qui ont conduit les parties à stipuler tel ou tel engagement sans avoir un caractère contraignant autonome. En cela, le préambule est susceptible de servir d'outil interprétatif pour les engagements du pacte d'associés²⁴⁹⁰. Cette fonction est essentielle, mais elle n'est pas de nature à remettre en cause le dénouement des engagements prévus, tout au plus à le guider. C'est pourquoi nous avons vu que la discussion interprétative correspondante devait être considérée comme d'importance relative pour nos développements²⁴⁹¹. Finalement, les parties sont libres d'avoir ou non recours à un préambule et, si elles le font, il est normal que ce dernier remplisse sa mission. En revanche, la discussion prend une autre tournure lorsque l'une des parties tente d'identifier au sein du préambule un rapport de créancier à débiteur pour exiger un comportement de son cocontractant. L'argumentation a peu de chance de prospérer mais la menace existe et le risque contentieux en cause porte alors sur la qualification du mécanisme²⁴⁹². Le traitement de ce risque suppose de recourir à l'accord de qualification prévu par l'article 12, alinéa 3, du Code de procédure civile²⁴⁹³. Pour être valide, cet accord doit être exprès et porter sur des droits disponibles²⁴⁹⁴. Sans remettre en cause cette technique de traitement, il faut néanmoins préciser que la question de qualification ici posée est quelque peu particulière. En effet, chercher à empêcher la reconnaissance d'un rapport de créancier à débiteur équivaut en réalité à éviter la qualification contractuelle et à lui préférer par exemple celle d'engagement d'honneur²⁴⁹⁵. On pressent la difficulté car de longue date la jurisprudence se montre rétive aux démarches individuelles visant à évincer la qualification contractuelle²⁴⁹⁶. Elle se trouve ici soutenue par une certaine doctrine qui appuie cette démarche objective, au motif notamment que « l'engagement " d'honneur " ne peut prétendre rivaliser avec l'engagement juridique : chacun est libre de s'engager ou de ne pas s'engager ; nul ne peut s'engager et prétendre se soustraire à la contrainte du droit - prétention dont il est d'ailleurs permis de penser qu'elle est empreinte d'une irréductible contradiction. Le droit, pourrait-on dire, est jaloux de ses prérogatives et saisit l'engagement exprimé dès lors qu'il présente les caractéristiques objectives de la volonté juridique »²⁴⁹⁷. On observe alors avec intérêt que d'autres auteurs s'emparent de la possibilité offerte par l'article 12, alinéa 3, du Code de procédure civile et proposent, pour contrer cette tendance objective, de sceller par avance

²⁴⁹⁰ V. *supra* n° 173.

²⁴⁹¹ V. *supra* n° 173.

²⁴⁹² V. *supra* n° 173.

²⁴⁹³ V. *supra* n° 419 et s.

²⁴⁹⁴ V. *supra* n° 428 et s.

²⁴⁹⁵ V. *supra* n° 176.

²⁴⁹⁶ V. pour une présentation détaillée de la « tendance à la résistance des juges français » : LAMOUREUX Marie, *L'aménagement des pouvoirs du juge par les contractants : recherche sur un possible imperium des contractants*, *op. cit.*, p. 70, n° 40 et s.

²⁴⁹⁷ AUBERT Jean-Luc et COLLART DUTILLEUL François, *Le contrat : droit des obligations*, Dalloz, 5^e éd., 2017, p. 67-68.

à l'aide d'un accord de qualification la nature non-contractuelle de l'engagement²⁴⁹⁸. C'est la référence au Code de procédure civile qui serait ici porteuse, la clause ne devant « pas se contenter d'affirmer le caractère non contractuel de l'accord, cette clause n'écartant pas à elle seule le pouvoir de requalification du juge, mais bien que cette qualification devra, en application de l'article 12 alinéa 3 du NCPC, s'imposer au juge qui ne pourra la modifier »²⁴⁹⁹. Si l'on veut bien admettre que la référence expresse à la disposition légale concernée soit une condition de son application²⁵⁰⁰, il nous semble que la justification de l'efficacité d'un accord de qualification en cette matière doit être davantage poussée au vu de la réticence jurisprudentielle susvisée. La première étape consiste à s'assurer que l'on dispose d'un accord exprès, ce qui nécessite avant tout un choix de qualification. C'est ici que le doute est permis car c'est une chose que d'élire une qualification entre plusieurs choix possibles, c'en est une autre que d'écarter purement et simplement l'application de la qualification contractuelle. Pour dire les choses autrement, un refus de qualification correspond-il à une qualification ? La réponse à cette question se fait plus facilement qu'il n'y paraît car à partir du moment où l'on identifie un régime associé au choix réalisé, on est nécessairement en présence d'un choix de qualification. Or, refuser la qualification contractuelle n'est pas sortir du droit. Il s'agit simplement de rester dans la sphère extracontractuelle car manquer à un engagement d'honneur peut tout à fait constituer un fait générateur de responsabilité²⁵⁰¹. Reste alors à vérifier que les droits en cause sont disponibles. La vérification tourne court car quoi de plus disponible que la liberté « de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat »²⁵⁰² ? On comprend que ce qui gêne ici n'est pas la capacité des parties à décider d'être ou non engagées dans un rapport d'obligation, capacité qui ne saurait être raisonnablement discutée, mais bien plus la conséquence qu'aurait un accord sur une qualification non contractuelle dans une situation où l'engagement concerné organiserait d'évidence un rapport de créancier à débiteur. Songeons par exemple à un préambule comprenant plusieurs exposés d'intentions et dans lesquels se serait glissée une clause de non-concurrence. Comment traiter alors un accord de qualification qui, *in fine*, exclurait la possibilité d'y voir un engagement contractuel ? L'interrogation est légitime, sans pour autant représenter un obstacle déterminant à l'utilisation de l'article 12, alinéa 3, du Code de procédure civile. Et ce car nous savons que, même en présence de droits disponibles, la qualification choisie ne doit pas être manifestement impossible²⁵⁰³. De sorte que si les contractants stipulent un engagement ferme de faire ou de ne pas faire et indiquent en suivant qu'il ne saurait être juridiquement contraignant, la contradiction rend de fait l'accord de qualification inefficace. Bien que ce critère de l'impossibilité doive être manié avec prudence, un accord de qualification reste un accord et doit donc pouvoir être mis en œuvre, sauf à être privé d'effet²⁵⁰⁴. En dehors de ces hypothèses, rien ne paraît donc s'opposer à ce que l'on retrouve en fin de préambule la formulation suivante :

« les parties conviennent, sur le fondement de l'article 12, alinéa 3, du code de procédure civile, que les éléments exposés dans le préambule ci-dessus ne sauraient avoir une

²⁴⁹⁸ OPPETIT Bruno, « L'engagement d'honneur », *op. cit.*, spéc. p. 115, n°18 ; LAMOUREUX Marie, *L'aménagement des pouvoirs du juge par les contractants : recherche sur un possible imperium des contractants*, *op. cit.*, p. 129, n°110 et s.

²⁴⁹⁹ LAMOUREUX Marie, *L'aménagement des pouvoirs du juge par les contractants : recherche sur un possible imperium des contractants*, *op. cit.*, p. 131, n°111.

²⁵⁰⁰ V. *supra* n°425.

²⁵⁰¹ V. *supra* n°176.

²⁵⁰² C. civ., art. 1102, al. 1^{er}.

²⁵⁰³ V. *supra* n°426.

²⁵⁰⁴ V. *supra* n°426.

valeur autre qu'interprétative des engagements contenus dans le pacte. En aucun cas ces éléments ne constituent un accord de volontés destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations au sens de l'article 1101 du Code civil ».

521. Conclusion de section – L'exécution d'un engagement permettant d'exiger un comportement de son cocontractant est naturellement sujette à discussion. C'est tout d'abord le champ d'application du mécanisme général de l'obligation de faire ou de ne pas faire qui peut être discuté. Pour traiter le risque contentieux correspondant, une prérogative d'interprétation pourra être utilement stipulée. Cette dernière permettra positivement de s'assurer que le comportement demandé était bien visé par la clause, par exemple lorsqu'un minoritaire sollicite la communication d'une convention et que le débiteur conteste son caractère « stratégique » au sens du pacte, négativement que le comportement litigieux était bien prohibé par le pacte, comme dans l'hypothèse d'une obligation de non-concurrence où le débiteur soutiendrait ne pas avoir adopté un comportement concurrentiel, ou, plus singulièrement, de trancher des divergences de vue relatives à l'interprétation d'un pacte de préférence, par exemple sur les droits sociaux couverts par la préférence ou sur les opérations de cession déclenchant son application. Ensuite, s'il est envisageable de reprendre ce qui a déjà été dit lors de l'étude des mécanismes de transfert et d'anticiper les difficultés d'exécution forcée d'une obligation de faire ou de ne pas faire en écartant par avance la possibilité d'invoquer la limite tirée de la disproportion manifeste entre l'intérêt du créancier pour l'exécution et son coût pour le débiteur de bonne foi, il semble que les mécanismes de comportement posent avant tout un problème d'impossibilité d'exécution difficilement traitable. C'est qu'encadrer les conséquences d'une exécution impossible relève surtout d'une démarche de répartition des risques, pouvant par exemple donner lieu à la stipulation d'une clause de garantie contre la survenance d'un cas de force majeure. Mais, si le dénouement de l'engagement est impossible, l'application de la limite tirée de l'impossibilité d'exécution prévue par l'article 1221 du Code civil ne s'en trouvera pas affectée. C'est, enfin, le recours au procédé accessoire de la stipulation non-obligationnelle qui est susceptible de générer des discussions propres. Pour une stipulation non-obligationnelle directement contraignante telle qu'une clause de juridiction, le principe de l'effet relatif des conventions empêche de résoudre *inter partes* une discussion portant sur le champ d'application *rationae personae* de la clause. En revanche, l'instauration d'une phase préalable à la saisine de la juridiction rend possible l'exercice d'une prérogative d'interprétation pour purger un éventuel désaccord à propos du champ d'application *rationae materiae* de la disposition. S'agissant d'une stipulation non-obligationnelle indirectement contraignante, telle qu'un préambule, l'enjeu est de s'accorder sur sa qualification afin de le cantonner à un simple rôle interprétatif. La référence à l'article 12, alinéa 3, du Code de procédure civile, pourra servir à écarter toute qualification contractuelle du préambule et donc à rejeter la reconnaissance d'un rapport de créancier à débiteur dans certains de ses éléments. Une réserve devant néanmoins être émise pour les cas où la qualification non contractuelle est manifestement inadaptée au regard de la fermeté de l'engagement pris.

522. Ainsi s'achève le traitement des risques contentieux liés à l'exigence du comportement des cocontractants. L'on ne peut toutefois s'en tenir là. Et ce car les pactes, au-delà de leurs signataires, entendent également embrasser le comportement des tiers.

Section 2 : Le traitement du risque contentieux lié à l'exigence du comportement des tiers

523. Le pacte d'associés n'assurerait que partiellement sa fonction de couverture de l'aléa social²⁵⁰⁵ s'il fonctionnait en vase clos. De la société cible aux futurs associés, les cocontractants cherchent ainsi à ce que leur convention ait le meilleur rayonnement possible. Techniquement, nous savons qu'une distinction s'impose selon que, pour assouvir cette ambition, les rédacteurs ont cherché à remédier à la relativité du pacte ou à renforcer son opposabilité²⁵⁰⁶. Au plan contentieux, ces objectifs sont générateurs de discussions propres²⁵⁰⁷ auxquelles il nous faut désormais appliquer notre modèle de traitement. Nous dissocierons donc la discussion provoquée par les techniques de remédiation à la relativité du pacte (I) de celle provoquée par les techniques de renforcement de son opposabilité (II).

I. Discussion provoquée par les techniques de remédiation à la relativité du pacte

524. Le caractère « parasocial » du pacte²⁵⁰⁸ transparaît dans les techniques de remédiation à sa relativité²⁵⁰⁹. Le fait est que les parties peuvent tout d'abord se préoccuper de la circulation de leur convention, et elles expriment alors une logique purement contractuelle (A). Mais elles peuvent également vouloir se servir de leur qualité d'associé pour obtenir un comportement de la société cible. Dans ce dernier cas, la logique évolue et semble s'inscrire, au moins en apparence, dans une dynamique davantage sociétaire que contractuelle (B).

A. Logique contractuelle

525. Diversité d'outils – Vouloir s'assurer de la pérennité du pacte d'associés en envisageant l'intégration future de tiers aux engagements qu'il prévoit traduit un objectif qui, sans être complètement usuel, n'est pas véritablement étranger au droit des contrats. Ce dernier n'est en effet pas avare de techniques permettant d'appréhender le comportement des tiers dès la conclusion du contrat, qu'il s'agisse de se porter fort de la ratification du pacte par un futur cessionnaire, de conditionner une cession de droits sociaux à l'adhésion de celui-ci au pacte ou encore d'assurer la substitution d'un tiers acquéreur dans les droits et obligations d'un signataire initial²⁵¹⁰. D'un point de vue contentieux, cette logique ne pose pas de difficultés particulières, sauf à rappeler qu'il faut respecter les conditions de validité de chaque procédé. Mais, nous l'avons dit, le risque contentieux en cause appartient alors à la phase de formation et l'interdiction des confirmations par avance empêche de proposer un traitement spécifique²⁵¹¹. L'exécution forcée du mécanisme peut en outre se heurter aux limites de l'article 1221 du Code civil. On renverra ici à ce qui a déjà été dit à propos des possibilités d'exclusion ou d'aménagement de cette disposition légale²⁵¹². En réalité, les techniques de remédiation à la relativité du pacte génèrent en phase d'exécution une discussion propre dans tous les cas où, précisément, l'identification de la technique utilisée fait débat. C'est que si les intérêts divergent, chacun voudra définir précisément les

²⁵⁰⁵ Sur cette fonction : V. *supra* n°20 et s.

²⁵⁰⁶ V. *supra* n°179 et s.

²⁵⁰⁷ V. *supra* n°282 et s.

²⁵⁰⁸ V. *supra* n°49.

²⁵⁰⁹ V. *supra* n°180 et s.

²⁵¹⁰ Pour une présentation détaillée de ces mécanismes : V. *supra* n°181 et s.

²⁵¹¹ V. *supra* n°451.

²⁵¹² V. *supra* n°481 et s.

engagements assumés par l'autre partie. Or, ceci ne pourra être fait qu'en rattachant le mécanisme à une figure juridique donnée. Le risque contentieux est connu et implique de trancher la qualification du mécanisme utilisé²⁵¹³. Cette unicité de problématique autorise une unicité de traitement.

526. Unicité de traitement – Face à une incertitude de qualification, le modèle de traitement impose de recourir à l'accord de qualification prévu par l'article 12, alinéa 3, du Code de procédure civile²⁵¹⁴. Accord qui, nous le savons, doit être exprès et porter sur des droits disponibles²⁵¹⁵. En la matière, il n'est possible de disposer que de son propre consentement et les débats autour du champ d'application *rationae personae* d'une clause de juridiction nous ont ainsi enseigné que le principe de l'effet relatif des conventions empêchait de traiter autre chose que des discussions *inter partes*²⁵¹⁶. On pressent le danger pour des questionnements de qualification portant précisément sur des techniques de remédiation à la relativité du pacte, car il est à craindre que la qualification choisie n'empiète sur la volonté d'un tiers étranger au procédé. Dans bon nombre d'hypothèses toutefois, la difficulté ne doit pas être exagérée. Rien n'interdit par exemple de convenir par avance, en se référant à l'article 12, alinéa 3, du Code de procédure civile, que ce que l'on a appelé « clause de cession pactée » correspond juridiquement à un porte-fort de ratification²⁵¹⁷, l'engagement pris pesant uniquement sur le promettant et le tiers restant libre de ne pas ratifier. Ce type d'accord permettra d'ailleurs d'éclaircir certaines stipulations sibyllines qui se concentrent davantage sur le résultat espéré sans expliciter le fondement juridique utilisé. Nous avons ainsi vu qu'il pouvait arriver qu'un pacte prévoie qu'« aucun transfert ne pourra intervenir sans qu'au préalable cette personne ait expressément adhéré au Pacte et accepté par écrit (i) d'être tenue de toutes les obligations en résultant et (ii) de se soumettre à leurs dispositions dans les mêmes conditions que s'il en avait été initialement signataire »²⁵¹⁸. Pour éviter les hésitations légitimes liées au fait qu'il apparaît impossible de conditionner un acte de cession « depuis » un pacte d'associés, il semble plus sûr d'éclaircir la technique à l'œuvre dans un accord de qualification. En l'occurrence, il s'agira de convenir par avance que les parties ont entendu mettre en place un engagement en deux temps à savoir une restriction à la cession qui disparaît si le cédant obtient la signature du cessionnaire. La restriction étant une interdiction, il faut y voir une obligation d'inaliénabilité, donc une obligation de ne pas faire, conclue sous condition résolutoire de la ratification du pacte par le cessionnaire²⁵¹⁹. Un doute relatif à la possibilité de stipuler un accord de qualification est néanmoins permis lorsque la qualification élue anticipe sur le consentement d'un tiers inconnu à la date de conclusion du pacte. Ainsi en est-il des hypothèses fréquentes où le pacte prévoit la substitution d'un tiers dans les droits et obligations de l'une ou l'autre des parties. Nous avons vu que la configuration pouvait notamment se rencontrer lorsque les rédacteurs organisent l'adhésion au pacte d'un éventuel futur associé ou que le bénéficiaire d'une clause de *drag along* désire pouvoir substituer dans ses droits le tiers acquéreur avec qui il aura négocié l'acquisition de ses droits sociaux et de ceux du ou des promettants²⁵²⁰. La doctrine majoritaire propose d'appliquer la nouvelle figure de la cession de contrat à la technique de substitution car elle rend *a priori* bien compte de la cession de position

²⁵¹³ V. *supra* n°283.

²⁵¹⁴ V. *supra* n°422 et s.

²⁵¹⁵ V. *supra* n°428 et s.

²⁵¹⁶ V. *supra* n°517.

²⁵¹⁷ V. *supra* n°183.

²⁵¹⁸ V. *supra* n°283 et, pour la formule proposée : MARTIN Didier et SCHILLER Sophie, *Guide des pactes d'actionnaires et d'associés : 2022/2023, op. cit.*, p. 172, n°259.

²⁵¹⁹ V. *supra* n°183.

²⁵²⁰ V. *supra* n°185.

contractuelle que la substitution est censée opérer²⁵²¹. Mais une telle qualification n'est pas unanime²⁵²² et n'a en tout état de cause pas été formellement consacrée par la jurisprudence²⁵²³. De sorte que pour traiter le risque de discussion correspondant, il faudrait sceller l'identification d'une cession de contrat en ayant recours à l'article 12, alinéa 3, du Code de procédure civile. Un problème se pose au regard de la disponibilité des droits concernés car la cession de contrat est un accord à part entière, devant être constaté par écrit à peine de nullité²⁵²⁴. Or, si la clause de substitution peut contenir par avance l'accord du cédé à la cession de contrat²⁵²⁵, elle ne saurait opérer cession de contrat par elle-même. Tout simplement car, pour qu'il y ait cession de contrat, il faut qu'un cessionnaire consente à l'opération. Ce qu'il ne peut par définition faire dans la clause de substitution dans la mesure où il n'est pas connu à cette date. La doctrine favorable à la qualification de cession de contrat l'admet d'ailleurs lorsqu'elle relève que « si la substitution est une cession de contrat, les parties doivent prendre garde à formaliser la cession de position contractuelle. Il n'est pas ici question de la clause de substitution, qui très souvent formalise “ l'accord ” anticipé du cocontractant cédé. Cette substitution-cession doit prendre la forme d'un écrit constatant sa réalisation et concerne donc les rapports entre cédant-substituant et cessionnaire-substitué »²⁵²⁶. Parler de « substitution-cession » est révélateur et signifie bien que, si la clause de substitution prépare une cession de contrat, elle ne la réalise pas à elle seule²⁵²⁷. À bien y regarder, il nous semble que les parties qui souhaiteraient malgré tout s'assurer que la substitution se matérialisera par une cession de contrat peuvent le faire à condition de tenir compte de cette réalité. L'accord de qualification sert alors à formaliser l'opération juridique projetée et à entériner le consentement du cédé et du cédant, tout en gardant à l'esprit que cet accord devra être réitéré lors de la cession définitive avec le consentement du cessionnaire. Si l'on prend l'exemple d'une substitution dans laquelle une partie A serait cédante et une partie B cédée, l'accord de qualification pourrait être rédigé de la manière suivante :

« Les parties conviennent, sur le fondement de l'article 12, alinéa 3, du code de procédure civile, que la substitution entre la partie A et le tiers visé à l'article X s'opérera par cession de contrat au sens de l'article 1216 du Code civil si ce tiers y consent. La partie B donne dès à présent son accord à la cession de contrat comme prévu par l'article 1216, alinéa 2, du Code civil. [Optionnel : En outre, la partie B consent expressément à ce que la cession de contrat libère la partie A pour l'avenir au sens de l'article 1216-1, alinéa 1, du Code civil] ».

- 527.** Ces clarifications sont importantes mais elles suffiront rarement aux parties au pacte. C'est que, bien souvent, ces dernières désirent intégrer dans la sphère contractuelle le comportement d'un tiers particulier en la personne de la société cible. La remédiation à la relativité du pacte semble alors se teinter d'une logique sociétaire.

²⁵²¹ V. *supra* n°185.

²⁵²² V. estimant par exemple qu'il faut voir dans la clause de substitution une stipulation de contrat pour autrui : QUIEVY Jean-François, « La clause de substitution dans les promesses unilatérales de vente immobilière : une stipulation de promesse pour autrui », *GPL*, 2024, n° 36, p. 14.

²⁵²³ V. *supra* n°185.

²⁵²⁴ C. civ., art. 1216, al. 3.

²⁵²⁵ C. civ., art. 1216, al. 2.

²⁵²⁶ MEKKI Mustapha, « La clause de substitution dans les promesses de vente : une cession de contrat, what else ? », *op. cit.*, §42.

²⁵²⁷ En ce sens, l'avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux retient que la faculté de substitution emporte simplement « les effets d'une cession de contrat de promesse », précisément pour éviter le formalisme de l'article 1216 du Code civil (article 1591 de l'avant-projet).

B. Logique sociétaire

528. Utilité nécessairement limitée des techniques de traitement – Pour des raisons que nous avons déjà exposées, faire de la société cible une véritable partie au pacte entraîne un certain nombre de conséquences qui, bien souvent, poussent les rédacteurs à la cantonner au rôle de tiers²⁵²⁸. Cela ne signifie pas qu'un comportement social ne sera pas recherché par les signataires. Bien au contraire, les associés contractants vont « pacter » tout ou partie des droits ou de l'influence dont ils disposent dans le but d'infléchir le fonctionnement de la société cible²⁵²⁹. Il ne faut néanmoins pas s'y tromper. Malgré l'apparente assurance que présentent diverses dispositions accordant par exemple un droit de veto ou stipulant très directement une règle de majorité pour les délibérations d'un organe social, les parties ne font que reprendre les techniques contractuelles usuelles de l'obligation de faire ou encore du porte-fort pour obtenir le comportement promis²⁵³⁰. Ce faisant, elles sont susceptibles de générer une incertitude sur la qualification du mécanisme choisi mais ce risque contentieux n'appelle pas de développements particuliers. Sauf à rappeler que, comme cela a été dit lors de l'analyse de la logique purement contractuelle²⁵³¹, la stipulation de l'accord prévu à l'article 12, alinéa 3, du Code de procédure civile, permet d'identifier par avance la technique utilisée. Qu'il s'agisse par exemple de spécifier que l'on a eu recours à un porte-fort ou que l'engagement assumé correspondait, au choix, à une obligation de moyen ou de résultat. En réalité, si particularité il doit y avoir, c'est dans l'appréciation des conditions de validité du mécanisme concerné. Et ce car, en tentant d'obtenir un comportement social, l'engagement pose presque *de facto* la question du respect de l'ordre public sociétaire. Un porte-fort peut par exemple heurter le principe de libre révocabilité des dirigeants sociaux²⁵³² ou une convention de vote être contraire à l'intérêt social²⁵³³. Néanmoins, les possibilités de maîtriser le risque contentieux correspondant sont nécessairement limitées voire inexistantes. D'abord, parce que dans la mesure où sont concernées les conditions de validité de l'engagement, l'interdiction des confirmations par avance empêche l'exclusion des normes applicables²⁵³⁴. Surtout, la maîtrise du risque juridique ne peut ici se faire de façon abstraite dans une situation où la mise en jeu éventuelle de l'ordre public sociétaire n'est que secondaire. Le fait est que les parties prennent un engagement personnel et c'est dans un second temps que l'on va confronter cet engagement à tel ou tel principe du droit des sociétés. Or, d'une forme sociale à l'autre, la norme de contrôle change et c'est ce qui empêche par exemple de dégager une hiérarchie de principe entre un support statutaire et extrastatutaire²⁵³⁵. De sorte qu'il faut se garder de procéder à une catégorisation globale de ces problématiques et, par conséquent, de proposer un traitement contentieux unifié qui serait grandement utopique.

529. En revanche, la question de l'exécution forcée de ces mécanismes se présente différemment et autorise parfois une approche plus générale. L'engagement pris ayant *ab initio* pour objet un comportement social, il est dès sa conclusion acquis que son dénouement suppose, au moins en théorie, une exécution au sein de la société cible. Ainsi de l'exécution forcée des conventions de vote, dont nous avons vu qu'elle impliquait d'assurer en même temps l'application des normes régissant l'exécution forcée en nature de

²⁵²⁸ V. *supra* n°187.

²⁵²⁹ V. *supra* n°188.

²⁵³⁰ V. *supra* n°189.

²⁵³¹ V. *supra* n°526.

²⁵³² V. *supra* n°272.

²⁵³³ V. *supra* n°188.

²⁵³⁴ V. *supra* n°451.

²⁵³⁵ V. *supra* n°274.

tout engagement et des normes sociétaires gouvernant l'adoption des délibérations sociales²⁵³⁶. En réalité, deux situations sont possibles. Soit l'associé qui s'est engagé à voter dans un sens se refuse à le faire et on ne parvient pas à adopter la délibération promise, soit il a méconnu son engagement et la société a adopté une délibération contraire à ce qui a été convenu²⁵³⁷. Mais le fait est que le régime restrictif des nullités en matière sociétaire empêche normalement d'obtenir l'annulation de la délibération prise en contrariété avec la convention de vote²⁵³⁸, de sorte que c'est toujours positivement que la question de l'exécution se pose, soit que l'on veuille contraindre l'associé à voter la délibération promise, soit que l'on veuille remédier à son vote contraire en adoptant une nouvelle délibération. Traiter le risque contentieux correspondant suppose alors d'anticiper l'application de l'article 1221 du Code civil qui, comme nous l'avons déjà exposé, interdit de poursuivre l'exécution en nature d'un engagement si cette exécution est impossible ou s'il existe une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur de bonne foi et son intérêt pour le créancier²⁵³⁹. C'est pour la caractérisation de la première limite que les normes sociétaires entrent en jeu car les règles protectrices du droit de vote semblent bien constituer une impossibilité juridique à l'exécution de la convention en cause. Une partie de la doctrine a tenté de se défaire de cette perception qui cantonne les conséquences de l'inexécution d'une convention de vote à l'octroi de dommages et intérêts. Deux solutions sont principalement avancées. La première consiste à permettre au juge de prendre une décision valant vote²⁵⁴⁰. Dans cette situation, l'idée serait de regarder la convention de vote « comme ayant déjà exprimé le suffrage de l'associé, ce dont le juge ne fait que tirer les conséquences en constatant que le vote du signataire de la convention de vote est acquis à la résolution litigieuse »²⁵⁴¹. La seconde solution se montre plus prudente. Tenant compte des réticences exprimées par les juges dans le cadre de la jurisprudence relative aux sanctions des abus de minorité et au refus du « jugement valant acte »²⁵⁴², d'autres auteurs proposent de demander en justice la désignation d'un mandataire *ad hoc* chargé de voter en lieu et place de l'associé contrevenant²⁵⁴³, comme la Cour de cassation l'a justement admis en présence d'un abus de minorité²⁵⁴⁴. Malheureusement, ces suggestions peinent à convaincre et ne paraissent pas constituer une véritable technique de traitement du risque contentieux correspondant. Pour la première proposition, on ne voit pas ce qui autoriserait un juge à considérer que la convention extrastatutaire exprime le vote de l'associé. Cette dernière constitue à n'en pas douter un engagement ferme de voter dans un sens mais elle ne matérialise pas le vote. Une telle matérialisation suppose de respecter les conditions de forme et de fond de participation aux décisions collectives de la société concernée et l'associé qui viendrait par exemple exprimer physiquement son vote en assemblée ne saurait raisonnablement se voir opposer avoir déjà réalisé cette expression dans un pacte

²⁵³⁶ V. *supra* n°284.

²⁵³⁷ V. LUCAS François-Xavier, « L'exécution forcée des conventions de vote », *op. cit.*, qui distingue la violation par refus de voter et la violation par adoption d'une délibération contraire.

²⁵³⁸ V. LAMAZEROLLES Eddy, « Faire exécuter les conventions de vote entre associés », *op. cit.*, §4 et s. ; LUCAS François-Xavier, « L'exécution forcée des conventions de vote », *op. cit.*

²⁵³⁹ V. *supra* n°243.

²⁵⁴⁰ V. LUCAS François-Xavier, « L'exécution forcée des conventions de vote », *op. cit.*

²⁵⁴¹ *Ibid.*

²⁵⁴² Com., 9 mars 1993, n°91-14.685, *Bull. civ.*, 1993, IV, n° 101 ; 3e civ., 21 déc. 2017, n°15-25.627, *Bull. civ.*, 2017, X, n°146 ; *JCP E*, 2018, n° 7, 16, note BARILLON ; *Dr. sociétés*, 2018, n° 3, 24, note HOVASSE ; *GPL*, 2018, n° 13, 60, note LAROCHE ; *RLDA*, 2018, n° 137, 36, note PILLEBOUT ; *Rev. sociétés*, 2018, 91, note DONDERO ; *RTD com.*, 2018, 139, note MOURY ; *JCP N*, 2018, n° 40, 36, note STORCK.

²⁵⁴³ LAMAZEROLLES Eddy, « Faire exécuter les conventions de vote entre associés », *op. cit.*, §9 et s.

²⁵⁴⁴ Com., 9 mars 1993, n°91-14.685, préc.

antérieur²⁵⁴⁵. Concernant, ensuite, la désignation d'un mandataire *ad hoc*, l'idée est ingénieuse mais ceux qui la proposent admettent à raison que « faire voter un mandataire à la place de l'associé fautif sera perçu par certains comme une mesure par laquelle le juge interdit en réalité à un associé de voter »²⁵⁴⁶. Cette perception est justifiée car même à considérer que l'associé votera « à travers son représentant »²⁵⁴⁷, il perd en fait la possibilité d'exprimer personnellement son vote. Or, les hypothèses dans lesquelles une telle perte du droit de vote peut être admise sont rares. On peut en distinguer trois principales. Dans une première configuration, l'on peut considérer se trouver dans une situation où le droit positif permet déjà de passer par la désignation d'un mandataire. Tel est le cas en présence d'un abus de minorité mais la démonstration de l'abus ne saura résulter uniquement de la violation de la convention de vote. En effet, « selon une jurisprudence constante, ces abus sont caractérisés lorsque la décision adoptée est contraire à l'intérêt social et a été prise dans l'unique dessein de favoriser certains associés au détriment des autres. Même si on retient que la convention de vote méconnue était nécessairement conforme à l'intérêt social (parce qu'il y aurait là une condition de sa validité), cela ne suffirait pas à établir que la décision votée était contraire à un tel intérêt ; en effet, pour retenir l'existence d'un abus de majorité ou de minorité, le juge apprécie *in concreto* la contrariété à l'intérêt social de la décision contestée. En tout état de cause, la violation de la convention ne suffira pas à prouver l'intention égoïste des associés votants, autre élément de l'abus. La seule méconnaissance d'une convention de vote n'est donc pas constitutive d'un abus du droit de vote »²⁵⁴⁸. Dans une seconde configuration, on pourrait défendre l'idée selon laquelle le régime de l'inexécution d'une convention de vote devrait évoluer pour s'aligner sur celui de l'abus. Mais si on veut bien comprendre que la caractérisation d'un abus de droit justifie un régime spécial, on voit mal comment une simple inexécution contractuelle puisse pareillement aboutir à ce qu'un associé soit privé de la possibilité d'exprimer un droit essentiel. Enfin, l'on peut penser pouvoir traiter contractuellement la difficulté en insérant « une clause prévoyant expressément la désignation d'un mandataire »²⁵⁴⁹. Le procédé est dangereux et faussement sécurisant car il prétend remédier à l'impossibilité juridique interdisant de priver un associé de son droit de vote hors des cas expressément prévus par le législateur²⁵⁵⁰ ou admis par la jurisprudence ce qui, en l'état du droit positif, ne saurait être autorisé.

530. En conclusion, en présence d'un engagement qui suppose une exécution au sein de la société cible, il est normal d'espérer que l'on enjoigne l'associé contrevenant à respecter le mécanisme convenu²⁵⁵¹. L'exemple des conventions de vote illustre néanmoins les obstacles importants que rencontreront les parties cherchant à écarter par avance les règles impératives du droit des sociétés. Touchant les limites de leur convention, les parties

²⁵⁴⁵ V., assez clairement en ce sens : T. Com. Paris ord. réf., 12 févr. 1991, *BJS*, 1991, n°6, 592, retenant que « quels qu'aient pu être les engagements antérieurs qu'a pu prendre l'associé, il reste libre de modifier son vote jusqu'à la dernière seconde sauf éventuellement à engager sa responsabilité personnelle par rapport à ses engagements contractuels antérieurs et qui sont étrangers aux dispositions de la loi de 1966 applicables aux décisions des assemblées ».

²⁵⁴⁶ LAMAZEROLLES Eddy, « Faire exécuter les conventions de vote entre associés », *op. cit.*, §16.

²⁵⁴⁷ *Ibid.*, §16, note 50.

²⁵⁴⁸ *Ibid.*, §6.

²⁵⁴⁹ *Ibid.*, §16.

²⁵⁵⁰ Com., 23 oct. 2007, n°06-16.537, préc.

²⁵⁵¹ V., pour une convention de vote : CA Paris, 30 juin 1995, n° 93/27606, *Dr. sociétés*, 1995, 198, note VIDAL ; *JCP E*, 1996, n° 2, 795, note DAIGRE ; T. Com. Paris ord. réf., 3 août 2011, n° 2011052610, *BJS*, 2011, n° 10, 745, note LUCAS ; *JCP E*, 2011, n° 47, 20, chron. DEBOISSY et WICKER (le juge des référés avait toutefois été censuré en appel dans cette affaire : V. CA Paris, 8 nov. 2011, n°11/16066, *BJS*, 2012, n° 3, 209, note COURET et DONDERO ; *Banque et Droit*, 2012, n° 142, 43, note RIASSETTO, URBAN et STORCK ; *Lexbase aff.*, 2012, n° 287, note SAINTOURENS ; *RTDF*, 2013, n° 2, 66, obs. BASDEVANT).

peuvent alors être tentées d'adopter une autre voie : celle des techniques de renforcement de l'opposabilité du pacte, qui semblent, du moins à première vue, être moins sujettes à une mise en jeu de l'ordre public sociétaire.

II. Discussion provoquée par les techniques de renforcement de l'opposabilité du pacte

531. Question de régime – Qui dit opposabilité dit volonté de porter le pacte à la connaissance des tiers pour s'assurer que ces derniers ne participeront pas à sa violation. Concernant les tiers classiques, la démarche n'a rien d'original et n'est en tout état de cause pas propre aux pactes d'associés dont la confidentialité empêche bien souvent d'avoir prise sur cet objectif. En revanche, lorsque les parties se tournent vers la société cible au moyen de divers procédés visant à obtenir que cette dernière ne se rende pas complice d'une inexécution du pacte, les techniques utilisées sont génératrices de discussions autonomes²⁵⁵². Au plan contentieux, la nature du débat en cause est claire. En effet, à travers les techniques de notification, de signature du pacte « en présence de la société cible », d'intervention de la société au pacte, de stipulations qui la rendent « gardienne » de ce dernier ou mandataire de sa bonne exécution, les contractants désirent faire de la société cible un tiers éclairé qui ne pourra ignorer une éventuelle inexécution du pacte dans son fonctionnement, sauf à se rendre complice de sa violation. Ce faisant, ils recherchent un résultat juridique donné et donc un régime²⁵⁵³. Pour traiter le risque contentieux correspondant, il faut donc sceller contractuellement le régime recherché, ce qui suppose que les droits en cause soient disponibles²⁵⁵⁴. L'étude de cette disponibilité appelle des développements séparés selon que le procédé d'opposabilité a pour objet le contrôle des mouvements de droits sociaux – et non plus leur simple transfert, puisqu'il s'agit ici d'anticiper la manière dont la société cible se comportera face à ces mouvements – (A) ou le fonctionnement des organes sociaux (B).

A. Les procédés d'opposabilité relatifs au contrôle des mouvements de droits sociaux

532. Absence de complicité fautive de la société cible – Avant même de se demander ce que les parties peuvent attendre d'une technique d'opposabilité du pacte à la société cible, il faut déterminer au préalable ce que serait la règle de régime en l'absence de toute stipulation contractuelle. C'est que, comme nous l'avons dit, la règle selon laquelle un tiers ne peut se rendre complice d'une inexécution contractuelle sauf à engager sa responsabilité s'impose sans que les parties n'aient à exprimer leur volonté en ce sens²⁵⁵⁵. Peut-on donc identifier une complicité fautive de la part de la société cible lorsqu'elle transcrit une cession de droits sociaux contrevenant à tel ou tel engagement du pacte ? On serait tenté de répondre positivement en rappelant que la responsabilité du tiers suppose qu'il ait eu connaissance du contrat violé²⁵⁵⁶ ce qui est le cas lorsque le pacte a été notifié à la société cible. Mais ce serait oublier qu'à la connaissance du contrat il faut ajouter une participation personnelle du tiers à l'inexécution pour engager sa responsabilité²⁵⁵⁷. Négativement, l'opposabilité « impose aux tiers de ne rien faire qui puisse entraver l'exécution des contrats dont ils ont connaissance, mais elle ne va pas, semble-t-il, jusqu'à imposer une contribution active à

²⁵⁵² V. *supra* n°285.

²⁵⁵³ V. *supra* n°285.

²⁵⁵⁴ V. *supra* n°428 et s.

²⁵⁵⁵ V. *supra* n°195.

²⁵⁵⁶ V. *supra* n°192.

²⁵⁵⁷ V. VINEY Geneviève, *Introduction à la responsabilité*, LGDJ, 4^e éd., 2019, p. 558, n°342.

l'exécution, car ce serait alors assimiler l'opposabilité à l'effet obligatoire »²⁵⁵⁸. Or, il va sans dire que la société cible est « effectivement un tiers, mais elle n'est pas le tiers le plus susceptible d'acquérir des actions en violation du pacte »²⁵⁵⁹. Sorti de cette hypothèse, il paraît logique que la société émettrice retranscrive les ordres de mouvement qui lui seraient valablement communiqués par le propriétaire des titres. Elle y sera d'ailleurs bien souvent contrainte par le juge lorsque le tiers acquéreur est de bonne foi²⁵⁶⁰. Difficile donc d'identifier ici une participation personnelle à l'inexécution caractéristique de la complicité fautive. Les parties au pacte peuvent-elles néanmoins surpasser la difficulté en stipulant une règle de régime contraire ?

533. Indisponibilité de la fonction de teneur de comptes de la société cible – Nous l'avons dit, élire contractuellement une règle de régime est possible à condition que les droits en cause soient disponibles²⁵⁶¹. On pressent néanmoins l'obstacle. Si les restrictions portant sur les droits sociaux des parties au pacte relèvent de leurs intérêts patrimoniaux, ce qui les rend en principe disponibles, ce ne sont pas ces droits qui sont concernés lorsque l'on cherche à obtenir de la société cible qu'elle fasse blocage à une cession contraire au pacte. Le fait est que l'on a affaire en la matière « à un pouvoir quasi-discrétionnaire de la société émettrice qui pourrait, selon son intérêt, soit inscrire soit ne pas inscrire le cessionnaire considéré »²⁵⁶². La fonction de teneur de comptes est en effet assurée par la société cible ou par son intermédiaire mais pas par les associés eux-mêmes. Ces derniers ne peuvent donc infléchir l'exercice de cette fonction dans la mesure où ils y sont étrangers. Raison pour laquelle notifier un pacte de préférence à la société n'empêche par exemple pas de présenter à l'agrément une cession qui y contreviendrait²⁵⁶³.

534. La discussion de régime générée par les procédés d'opposabilité relatifs au contrôle des mouvements de droits sociaux ne paraît donc pas pouvoir faire l'objet d'un traitement adéquat. D'une part, la société qui transcrirait une cession contraire au pacte ne se rendrait pas pour autant complice de sa violation et, d'autre part, les parties n'ont pas la disposition des droits concernés, ici la fonction de teneur de comptes de la société cible, qui leur permettrait de stipuler une règle de régime contraire. Reste maintenant à déterminer si c'est également une impossibilité de traitement qui doit être constatée lorsque les procédés d'opposabilité utilisés concernent cette fois-ci le fonctionnement des organes sociaux.

B. Les procédés d'opposabilité relatifs au fonctionnement des organes sociaux

535. Plus délicate est la question du régime à conférer aux procédés d'opposabilité lorsqu'ils ont pour objet le fonctionnement des organes sociaux. Si, sur le principe, ce dernier semble bel et bien indisponible, c'est qu'il participe d'un cadre normatif plus large. Ce cadre, que l'on peut désigner comme l'Ordre sociétaire, structure l'ensemble des règles propres à

²⁵⁵⁸ *Ibid.*

²⁵⁵⁹ DONDERO Bruno, « Le pacte d'actionnaires signé par la société », *op. cit.*, n°28.

²⁵⁶⁰ GAUDEMET Antoine, « L'opposabilité et la transmission des obligations », *op. cit.*, spéc. p. 23. V. égal. HAMELIN Jean-François, « La place de la société dans le pacte d'actionnaires : tiers, partie, en présence de, etc. », *op. cit.*, p. 102, selon qui la société cible « ne saurait refuser de procéder à une inscription en compte en cas de violation d'un pacte d'actionnaires ».

²⁵⁶¹ V. *supra* n°428 et s.

²⁵⁶² V. AIRAULT Dominique, FRISON-ROCHE Marie-Anne et REVUZ Jacques, « L'efficacité des cessions d'actions nominatives à l'égard de la société émettrice », *op. cit.*, spéc. p. 66.

²⁵⁶³ Com., 26 avr. 1994, n° 92-18.173, *Bull. civ.*, 1994, IV, n° 157 ; *Rev. sociétés*, 1994, 480, note JEANTIN ; *BJS*, 1994, n°7-8, 813, note LE CANNU ; *Deffrénois*, 1994, n° 15-16, 1015, obs. HOVASSE et HONORAT ; *RD banc. bourse*, 1994, n° 46, 265, note FRISON-ROCHE et GERMAIN.

chaque forme sociale et ne paraît pas relever de droits dont les parties auraient la libre disposition. Il nous faut donc revenir sur ce principe d'indisponibilité (1), avant d'envisager les éventuelles exceptions qui sont parfois avancées (2).

1) Principe d'indisponibilité du fonctionnement des organes sociaux

536. Existence d'un Ordre sociétaire – Désireuse d'éclairer la pratique quant à la marge de manœuvre qui pourrait être la sienne en droit des sociétés, la doctrine a de longue date tenté de déterminer quelles normes sociétaires devaient être ou non considérées comme impératives et, une fois ce travail réalisé, d'identifier le champ d'application des normes concernées. Dans le cadre de la première démarche on considère généralement que l'on étudie les limites à la liberté contractuelle²⁵⁶⁴ tandis que la seconde voie a davantage pour objet d'élaborer un critère d'application de l'ordre public sociétaire²⁵⁶⁵. Il y a évidemment complémentarité entre les deux approches qui, si l'on prend l'exemple des clauses léonines, permettent à la fois de savoir ce que recouvre l'interdiction d'une 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 »²⁵⁶⁶ et si la prohibition doit ou non s'appliquer à des actes externes telles que des promesses de cession de droit sociaux²⁵⁶⁷. Ces réflexions sont importantes mais elles présentent une limite non négligeable. Des travaux récents ont en effet montré, selon nous à juste titre, qu'« en étudiant une à une les règles sociétaires, on manquerait de percevoir, et les interactions du droit des sociétés avec d'autres droits, et les transformations de ce droit. De surcroît, par définition, la nature de ces règles est indifférente, étant donné que seule compte leur fonction, à savoir faire prévaloir les finalités du droit des sociétés. Leur portée est donc bien plus importante que leur nature »²⁵⁶⁸. Cette prise de conscience pousse alors à identifier un Ordre sociétaire, défini comme « un ensemble normatif, dont certaines caractéristiques peuvent être observées, pouvant appréhender des conflits de normes entre le droit des sociétés et d'autres branches du droit »²⁵⁶⁹. L'ensemble normatif devant être distingué des normes qu'il produit, il faut considérer que « l'ordre public sociétaire est le bras armé de l'Ordre sociétaire, mais les deux termes ne sont pas synonymes. La relation entre “ Ordre sociétaire ” et “ ordre public sociétaire ” est alors la même que celle existant entre “ ordre juridique ” et “ ordre public international ” ou “ loi de police ” en droit international privé »²⁵⁷⁰. Et l'on ne peut que souscrire pleinement au constat selon lequel « le but de l'Ordre sociétaire est de créer des organisations. Ces structures vont, dans une certaine mesure, pouvoir être qualifiées d'ordres juridiques partiels car ils répondent à une organisation qui se distingue de l'Ordre juridique dans lequel ils évoluent. Chaque société serait donc un “ ordre normatif ”. L'ordre juridique partiel qu'est chaque société a pour finalité d'organiser sa propre structure »²⁵⁷¹. Autrement dit, l'Ordre sociétaire intègre tout

²⁵⁶⁴ V. not. MONSALLIER Marie-Christine, *L'aménagement contractuel du fonctionnement de la société anonyme*, op. cit. ; GUYON Yves, *Traité des contrats. Les sociétés. Aménagements statutaires et conventions entre associés*, op. cit. ; SCHILLER Sophie, *Les limites de la liberté contractuelle en droit des sociétés : les connexions radicales*, op. cit. ; GOFFAUX-CALLEBAUT Géraldine, *Du contrat en droit des sociétés : essai sur le contrat instrument d'adaptation du droit des sociétés*, op. cit.

²⁵⁶⁵ V. *supra* n°272.

²⁵⁶⁶ C. civ., art. 1844-1, al. 2.

²⁵⁶⁷ V. *supra* n°215.

²⁵⁶⁸ BARBIÈRI Jean-Baptiste, *L'Ordre sociétaire*, op. cit., p. 11, n°11.

²⁵⁶⁹ *Ibid.*, p. 13, n°14.

²⁵⁷⁰ *Ibid.*

²⁵⁷¹ *Ibid.*, p. 85, n°79.

ce qui touche à l'ordonnancement de l'ordre juridique partiel propre à chaque société. Par principe, il ne peut donc qu'être indisponible.

537. Indisponibilité de l'Ordre sociétaire – La fonction structurelle de l'Ordre sociétaire a pour conséquence qu'il faut lui rattacher l'élection des normes organisant l'ordonnancement de chaque société. Nous y reviendrons²⁵⁷² mais comprenons dès à présent que lorsque le législateur décide par exemple en SAS que « les statuts fixent les conditions dans lesquelles la société est dirigée »²⁵⁷³, il opère un choix structurel et organisationnel dont il est parfaitement inutile de discuter l'impérativité ou l'appartenance à l'ordre public sociétaire. Dire que la règle est supplétive reviendrait à dire que la forme sociale en elle-même est supplétive. Or, on sait bien que les associés fondateurs ont la possibilité de choisir une forme sociale au moment de l'immatriculation. En revanche, le choix doit nécessairement se réaliser parmi les formes autorisées par le législateur. S'ensuit alors l'application d'un corpus propre à chaque société dont l'existence s'impose aux associés. Précisons les choses. Une fois la SAS choisie, il est logiquement permis de se demander quelle marge de manœuvre admet la norme d'ordonnancement applicable aux SAS. Néanmoins, il n'est pas possible de se défaire de la norme en question. Il y a ainsi une différence fondamentale entre le fait de dire « nous considérons qu'en SAS l'article X du code de commerce est supplétif donc nous stipulons Y », ce qui revient à apprécier la nature de X pour savoir ce que l'on peut stipuler dans Y, et le fait d'affirmer que « dans notre SAS la norme de référence n'est pas l'article X du Code de commerce », ce qui revient à faire fi de X. En cela, il ne saurait y avoir d'interférence entre l'Ordre sociétaire et l'Ordre contractuel²⁵⁷⁴ ce qui rend l'Ordre sociétaire indisponible. C'est ici ceux qui n'utilisent pas la notion d'Ordre sociétaire qui rendent paradoxalement le mieux compte de la situation, résumant la chose de la manière suivante : « Puisque le choix d'une société nommée s'impose, l'institution d'une société ne peut se faire *ex nihilo* par un contrat *sui generis*. Or, le choix d'une forme sociale, dont les caractéristiques sont décrites dans la loi, peut toujours être rattaché à une catégorie préexistante. En effet, les différents contrats de société qui peuvent être conclus, par exemple un contrat donnant naissance à une société anonyme ou à une société par actions simplifiée, ne peut être dénaturé à l'excès au point de ne plus pouvoir être rattaché à différentes catégories particulières telles que, en l'occurrence, les sociétés par actions, les sociétés commerciales et les sociétés à risque limité. Ces différents statuts, cumulables, ont des conséquences vraisemblablement aussi intangibles que distinctives au sens où une société par intérêts semble ne pouvoir émettre que des parts sociales, c'est-à-dire des titres non négociables, et obliger aux dettes sociales ses associés »²⁵⁷⁵.

538. Conséquence pour les procédés d'opposabilité relatifs au fonctionnement des organes sociaux – La conséquence de ce principe d'indisponibilité de l'Ordre sociétaire est directe pour les parties au pacte d'associés car celles-ci ne disposent pas dans leur Ordre contractuel de droits leur permettant d'interférer avec l'Ordre sociétaire. Or, que prétend-on réaliser lorsque, par un procédé d'opposabilité, on espère obtenir comme résultat juridique que la société cible ne fonctionne pas en méconnaissance du pacte ? Il s'agit

²⁵⁷² V. *infra* n°543 et s.

²⁵⁷³ C. com., art. L. 227-5.

²⁵⁷⁴ BARBIÈRI Jean-Baptiste, *L'Ordre sociétaire*, *op. cit.*, p. 284, n°306 et s.

²⁵⁷⁵ FARGES Simon, *L'Ordre public sociétaire*, *op. cit.*, p. 504, n°782.

purement et simplement de fournir à cette dernière une nouvelle norme d'ordonnancement non prévue par le législateur. Rappelons en effet que les pactes ne sont quasiment pas reconnus par l'Ordre sociétaire et restent, malgré leur utilisation croissante, facultatifs²⁵⁷⁶. Cet état des choses explique l'inefficacité qui devrait être celle des clauses de « priorité » par lesquelles les parties prévoient que le pacte prévaudra sur les statuts en cas d'équivoque ou de contradiction²⁵⁷⁷. Les parties n'ont pas la maîtrise de l'Ordre sociétaire et ne peuvent donc pas organiser la hiérarchie des normes que l'on voudrait opérer en son sein. Quelle serait la limite si l'on admettait une solution inverse ? Les parties ne pourraient-elles pas décider que c'est un contrat de travail qui prévaudra sur les statuts, un contrat commercial passé avec un fournisseur ou encore le contrat de bail du local dans lequel la société exerce son activité ? Il n'est donc pas possible, au nom de l'opposabilité contractuelle, de demander au président d'une assemblée de ne pas enregistrer le vote d'un associé au motif qu'il se serait engagé dans un pacte à l'exprimer autrement. Inutile de voir dans cette impossibilité une sanction. Le pacte n'est pas nécessairement irrégulier mais son effet est simplement neutralisé dans l'Ordre sociétaire car il ne constitue pas une norme de référence pour ce dernier²⁵⁷⁸. On pressent néanmoins une opposition. À consentir au principe d'indisponibilité de l'Ordre sociétaire, ne faudrait-il pas toutefois l'appliquer différemment aux pactes d'associés qui ne sont pas un contrat comme les autres, ne serait-ce que par les parties qu'ils rassemblent ? La nature particulière de ces conventions extrastatutaires justifierait dès lors un traitement réservé et donc de concéder que ce principe d'indisponibilité puisse recevoir des exceptions. Méritent donc d'être étudiés les cas exceptionnels les plus fréquemment avancés dans lesquels il est proposé que les parties au pacte retrouvent, même dans l'Ordre sociétaire, une disponibilité des droits en cause leur permettant de stipuler le régime recherché.

2) Étude des exceptions

539. Ces potentielles exceptions au principe d'indisponibilité de l'Ordre sociétaire sont généralement regroupées en trois catégories. Il s'agit de la « statutarisation », de la complétion et de la dérogation. Chacune de ces figures repose sur l'idée que, dans certains cas bien identifiés, les stipulations du pacte pourraient produire des effets au sein même de l'Ordre sociétaire. Il ne s'agit donc pas de remettre en cause frontalement le principe d'indisponibilité, mais d'en aménager ponctuellement l'application. Encore faut-il interroger avec précision la portée réelle de ces mécanismes et leur compatibilité avec la logique de l'Ordre sociétaire. Ce sont ces trois cas de figure qui appellent à présent un examen attentif : la « statutarisation » (a), la complétion (b) et la dérogation (c).

a) La « statutarisation »

540. Nature de l'hypothèse – Il n'est pas toujours évident de déterminer ce qu'il faut entendre par « statutarisation » des pactes. Selon nous, si l'on veut bien donner au critère formel d'identification des pactes sa véritable portée²⁵⁷⁹, il ne peut être question que d'une configuration où le législateur a laissé la main aux statuts pour fixer une règle et où les

²⁵⁷⁶ V. *supra* n°190.

²⁵⁷⁷ V., sur ces clauses : HEINICH Julia, LÉCUYER Hervé et MESTRE Jacques [dir.], *Les pactes d'affaires*, *op. cit.*, p. 31, n°24.

²⁵⁷⁸ V. BARBIÈRI Jean-Baptiste, *L'Ordre sociétaire*, *op. cit.*, p. 284, n°308 et s.

²⁵⁷⁹ V. *supra* n°15.

associés ont opéré à cet endroit un renvoi au pacte. En effet, si l'on se contente de reprendre le contenu du pacte dans les statuts, la disposition est statutaire et le pacte s'efface nécessairement. Le droit de la SAS offre des illustrations intéressantes de la problématique. Peut-on ainsi par exemple, lorsque le législateur énonce que « les statuts déterminent les décisions qui doivent être prises collectivement par les associés dans les formes et conditions qu'ils prévoient »²⁵⁸⁰, prévoir une disposition statutaire intitulée « décision collectives » dans laquelle il serait stipulée que « les décisions devant être prises collectivement par les associés au sens de l'article L. 227-9 du code de commerce sont fixées par le pacte d'associés²⁵⁸¹ » ? Peut-on pareillement renvoyer statutairement à un pacte lorsque le législateur dispose, toujours en SAS, que « les statuts fixent les conditions dans lesquelles la société est dirigée »²⁵⁸² ? Au-delà des illustrations particulières, les auteurs qui se sont intéressés à l'hypothèse d'un point de vue théorique paraissent n'avoir que peu de doute quant à l'effet à conférer à cette « statutarisation » du pacte. C'est que l'inclusion du pacte dans les statuts devrait « produire des résultats très rigoureux »²⁵⁸³. La raison est simple et tiendrait au fait que « l'inscription statutaire est évidemment plus contraignante que les autres. Elle engage la société en faisant entrer la règle à l'origine extrastatutaire dans le fonctionnement de la société. En ce cas, certes, la distinction se brouille entre pacte et statuts mais, selon nous, il n'y a pas de distinction à faire entre les prescriptions du pacte et une simple insertion de nouvelles clauses statutaires. Cette reprise de pacte dans les statuts opère en réalité une transmutation : de l'Ordre contractuel les prévisions des parties passent dans l'Ordre sociétaire »²⁵⁸⁴. L'évidence nous semble pourtant ne pas être de mise en la matière car il faut mesurer les conséquences de telles affirmations. L'inscription statutaire aurait ainsi un effet générateur de nouvelles normes d'ordonnement dans l'Ordre sociétaire et il suffirait de mentionner un acte externe dans les statuts pour lui conférer la même nature organisationnelle que ces derniers. Bien que l'assertion puisse surprendre, la jurisprudence se serait montrée favorable au procédé.

541. Incertitude jurisprudentielle – Un arrêt récent a en effet troublé les commentateurs dans une espèce où un pacte contenait une clause d'inaliénabilité des titres d'une SAS objets d'une promesse de vente et où, c'était l'originalité du cas soumis aux juges de la Haute Cour, il était prévu dans les statuts que seraient frappées de nullité les cessions contrevenant aux dispositions du pacte²⁵⁸⁵. L'une des parties avait cru pouvoir résilier la promesse et vendre malgré tout ses titres. Ce à quoi la Cour de cassation répondit que « la révocation unilatérale de la promesse et, par suite, la cession litigieuse constituaient une violation du pacte d'associés entraînant la nullité de la cession en application de l'article 11.3 des statuts ». Le trouble est compréhensible car comment justifier cette nullité ? L'arrêt est uniquement rendu au visa de l'ancien article 1134 du Code civil mais, s'agissant d'une SAS, on a évidemment à l'esprit l'article L. 227-15 du Code de commerce disposant que « toute cession effectuée en violation des clauses statutaires est nulle ». Deux réactions sont

²⁵⁸⁰ C. com., art. L. 227-9, al. 1.

²⁵⁸¹ Il va sans dire qu'il faudrait, au cas particulier, identifier plus précisément le pacte en question.

²⁵⁸² C. com., art. L. 227-5. V. *infra* n°543 et s.

²⁵⁸³ DONDERO Bruno, « Le pacte d'actionnaires signé par la société », *op. cit.*, n°4. L'auteur se réfère ici aux travaux de Madame Mignon Colombet, qui a proposé d'utiliser le procédé pour éviter que la société ne transcrive des cessions contraires au pacte (MIGNON COLOMBET Astrid, *L'exécution forcée en droit des sociétés*, *op. cit.*, p. 275, n°343).

²⁵⁸⁴ BARBIÈRI Jean-Baptiste, *L'Ordre sociétaire*, *op. cit.*, p. 296, n°315.

²⁵⁸⁵ Com., 27 juin 2018, n°16-14.097, *RTD com.*, 2019, 162, note LECOURT ; *JCP E*, 2018, 50, 1631, chron. CAFFIN-MOI ; *GPL*, 2018, 331, 66, note SCHLUMBERGER ; *BJS*, 2018, 565, note PÉRIN ; *RTD civ.*, 2018, 892, note BARBIER ; *RTD com.*, 2018, 955, note MOURY ; *Dr. sociétés*, 2018, n° 12, 10, note MORTIER et, sur renvoi, CA Paris, 13 juin 2019, n° 18/20448.

possibles face à ce qui a ici l'apparence d'une « nullité convenue²⁵⁸⁶ ». En premier lieu, un certain optimisme peut pousser à considérer que « par un simple mécanisme de renvoi, les statuts d'une SAS sont aptes à revêtir les pactes d'associés de leur force instituante, plus efficace que la seule force obligatoire attachée à la promesse elle-même²⁵⁸⁷ ». La Cour se serait donc contentée « d'appliquer, sans le dire, la règle portée par l'article L. 227-15 du Code de commerce²⁵⁸⁸ », conférant ainsi aux clauses du pacte « une valeur *quasi-statutaire*²⁵⁸⁹ ». En second lieu, l'optimisme laisse place au réalisme dans d'autres analyses qui, retenant que l'article L. 227-15 du Code de commerce « n'a en aucun cas été visé par la Cour de cassation²⁵⁹⁰ », rappellent que « ce ne sont pas des clauses statutaires qui sont violées, mais les clauses d'un pacte distinct²⁵⁹¹ ». La conséquence étant que « la solution de l'arrêt ne peut pas être justifiée par l'article L. 227-15 du Code de commerce²⁵⁹² » dans la mesure où « une promesse unilatérale de vente stipulée dans un pacte extrastatutaire n'acquiert pas une nature statutaire au seul motif que les statuts mentionnent l'existence dudit pacte²⁵⁹³ ». Au-delà des interprétations divergentes que l'on peut donner à cet arrêt non publié, dont on peut au fond se demander si les juges qui l'ont rendu avaient réellement à l'esprit de lui donner une telle portée, il faut bien entendre que le procédé de renvoi statutaire utilisé par les parties pose directement la question de l'effet à conférer à la « statutarisation » dans l'Ordre sociétaire.

542. La « statutarisation » ne devrait pas avoir d'effet dans l'Ordre sociétaire – Faut-il accorder à la « statutarisation » d'un pacte ce que le principe d'indisponibilité de l'Ordre sociétaire refuse à la simple opposabilité contractuelle²⁵⁹⁴ ? Une réponse positive nous semble ici dangereuse. Si le législateur organise l'Ordre sociétaire autour des statuts et non d'une autre norme, c'est parce qu'il en régleme le contenu, en assure la publicité et en contrôle, forme sociale par forme sociale, la modification et les effets. Or, en l'état du droit positif, jamais un pacte, même « statutarisé », ne bénéficiera d'un tel régime. Les parties au pacte qui souhaitent bénéficier d'une « onction statutaire » ont d'ailleurs rarement à l'esprit de perdre les avantages attachés à la confidentialité et à la liberté propres à leur convention. Comment penser qu'en édictant l'Ordre sociétaire, le législateur a entendu le structurer autour d'une norme d'ordonnancement qui pourrait simplement reporter sa compétence sur un acte externe inconnu des textes au seul motif que ceux qui le signent ont la maîtrise de la première norme ? À chaque fois que le législateur désigne les statuts, ce n'est *a priori* pas pour qu'ils délèguent leur compétence à une norme externe confidentielle²⁵⁹⁵. De nouveau,

²⁵⁸⁶ V. GALLOIS-COCHET Dorothée, « La nullité convenue en droit des sociétés », *op. cit.*

²⁵⁸⁷ BARBIER Hugo, note sous Com., 27 juin 2018, n°16-14.097, préc.

²⁵⁸⁸ MORTIER Renaud, note sous Com., 27 juin 2018, n°16-14.097, préc.

²⁵⁸⁹ DELVALLÉE Julien, « La collégialité dans les sociétés par actions simplifiées », *Rev. sociétés*, 2020, p. 75, n°15. V., en accord avec cette vision : BARBIÈRI Jean-Baptiste, *L'Ordre sociétaire, op. cit.*, p. 293, n°315, spéc. p. 294, note 116, estimant que « la reprise du pacte par les statuts confère audit pacte une force dont ne disposent normalement que les statuts ».

²⁵⁹⁰ BARBIER Hugo, note sous Com., 27 juin 2018, n°16-14.097, préc.

²⁵⁹¹ PÉRIN Pierre-Louis, note sous Com., 27 juin 2018, n°16-14.097, préc.

²⁵⁹² GALLOIS-COCHET Dorothée, « La nullité convenue en droit des sociétés », *op. cit.*, p. 329, n°15, note 41.

²⁵⁹³ *Ibid.*

²⁵⁹⁴ V. *supra* n°536 et s.

²⁵⁹⁵ V. cep., admettant pour l'application de l'article L. 227-16, alinéa 1, du Code de commerce que les statuts d'une SAS mentionnent seulement l'existence d'une clause d'exclusion et renvoient aux stipulations d'un pacte le soin de déterminer les motifs d'exclusion : CA Paris, 20 juin 2013, n°13/03892, *Dr. sociétés*, 2013, n° 12, 21, note GALLOIS-COCHET. Dans son commentaire, la Professeure Dorothée GALLOIS-COCHET estime, selon nous à raison, que cette façon de procéder « semble en contradiction avec les termes de l'article L. 227-16 du code de commerce, selon lesquels il appartient aux statuts de déterminer les conditions dans lesquelles un associé peut être tenu de céder ses actions. L'exigence d'un motif à l'exclusion ayant été érigée en condition de validité de toute

si l'on admettait l'inverse, qu'est-ce qui empêcherait les associés de « statutariser » autre chose qu'un pacte ? En raisonnant en termes de disponibilité des droits, il faut donc considérer que si les parties n'ont pas la maîtrise des normes de référence de l'Ordre sociétaire, elles ne peuvent, ni par l'opposabilité, ni par la modification du contenu desdites normes, ordonner cet Ordre autour de conventions non prévues par lui.

b) La complétion

543. Origine casuistique – En raison des aspirations de la pratique à intégrer dans une convention extrastatutaire des normes de fonctionnement social, la Cour de cassation a récemment et à plusieurs reprises été confrontée à la nécessité d'articuler pactes et statuts dans l'Ordre sociétaire. Quatre espèces méritent d'être ici présentées.

544. Dans une première affaire²⁵⁹⁶, un protocole de cession d'actions contenait une clause de révision de prix liée au maintien du cédant à son poste d'administrateur. La société est finalement transformée en une SAS dans laquelle les statuts ne font pas référence à un conseil d'administration. Censurant la cour d'appel qui avait accepté de se fonder sur le maintien « en fait » dudit conseil, la Cour refuse de faire application de la clause de révision de prix au motif « qu'il résulte de la combinaison [des articles L. 227-1 et L. 227-5 du Code de commerce] que seuls les statuts de la société par actions simplifiée fixent les conditions dans lesquelles la société est dirigée ». Ainsi, alors qu'elle avait constaté que les statuts de la SAS ne faisaient pas mention d'un conseil d'administration, ce dont il résultait que le cédant n'avait pas conservé sa qualité d'administrateur à la suite de la modification de la forme juridique de cette société, la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations, a violé les textes susvisés.

545. Une logique similaire préside à la décision rendue dans un deuxième litige²⁵⁹⁷ où le directeur général révoqué d'une SAS s'estimait légitime à demander à la société et à son associé unique le paiement d'une indemnité de révocation prévue par une lettre-accord signée par l'associé unique alors que les statuts de la SAS stipulaient que « le directeur général peut être révoqué à tout moment et sans qu'aucun motif soit nécessaire, par décision de la collectivité des associés ou de l'associé unique » et que « la cessation, pour quelque cause que ce soit et quelle qu'en soit la forme, des fonctions de directeur général, ne donnera droit au directeur général révoqué à aucune indemnité de quelque nature que ce soit ». Pour la Cour, « il résulte de la combinaison des articles L. 227-1 et L. 227-5 du code de commerce que les statuts de la société par actions simplifiée fixent les conditions dans lesquelles la société est dirigée, notamment les modalités de révocation de son directeur général. Si les actes extra-statutaires peuvent compléter ces statuts, ils ne peuvent y déroger ». De sorte que la lettre-accord octroyant une indemnité de révocation « n'avait pu valablement déroger » aux dispositions statutaires.

clause d'exclusion par la jurisprudence, le motif fait partie des “ conditions ” au sens du texte précité. Or, ces conditions doivent être déterminées par les statuts et non par un autre acte ».

²⁵⁹⁶ Com., 25 janv. 2017, n°14-28.792, *Bull. civ.*, 2017, I, n°14 ; *RLDA*, 2017, n° 124, 18, note BONNEAU ; *Defrénois*, 2017, n° 5, 311, note DONDERO ; *JCP E*, 2017, n° 11, 21, note BARRILLON et n° 43-44, 22, obs. BECKER, CAFFIN-MOI et BUCHBERGER ; *Dr. sociétés*, 2017, n° 4, 39, note HEINICH ; *Rev. sociétés*, 2017, 631, note GODON ; *Dr. et patr.*, 2018, n° 284, 48, note PORACCHIA.

²⁵⁹⁷ Com., 12 oct. 2022, n°21-15.382, *Publié au Bulletin* ; *D.*, 2022, 2086, note BARBIÈRI ; *BJS*, 2022, n° 12, 13, note PÉRIN ; *JCP G*, 2022, n° 48, 2207, note GIBIRILA ; *RTD com.*, 2023, 156, note LECOURT et 165, note MOURY ; *RTDF*, 2023, n° 1, 63, note MORTIER ; *Rev. sociétés*, 2023, 92, note REYGROBELLET ; *RDC*, 2023, n° 1, 84, note HEINICH ; *JCP E*, 2022, n° 46, 31, note DONDERO et 2023, n° 12, 28, note PAGNUCCO ; *Dr. sociétés*, 2022, n° 12, 17, note HAMELIN.

546. La situation ayant donné lieu au troisième arrêt²⁵⁹⁸ est quelque peu différente dans la mesure où c'est ici le président révoqué d'une SAS qui assignait notamment en responsabilité l'associé signataire d'un pacte²⁵⁹⁹ au motif que ce dernier imposait une décision du comité exécutif de la SAS pour procéder à une révocation, ce qui n'avait vraisemblablement pas été le cas en l'espèce²⁶⁰⁰. À l'associé défendeur qui se fondait sur le fait que les statuts de la SAS ne faisaient pas référence à une telle exigence, la Cour de cassation répond sèchement que c'est à bon droit que la cour d'appel a retenu qu'aucune décision du comité exécutif pour la révocation n'était produite alors que le pacte d'associés l'exigeait.

547. Enfin, un quatrième arrêt, rendu le 9 juillet 2025, vient compléter cet ensemble²⁶⁰¹. Dans cette affaire, un protocole d'investissement et un pacte d'associés avaient été conclus entre les associés majoritaires d'une société mère d'une SAS et un futur dirigeant, aux termes desquels les signataires s'engageaient à faire tout le nécessaire pour que ce dernier soit nommé directeur général de la SAS et qu'il conserve cette fonction pendant deux ans. Ce protocole prévoyait qu'en cas de révocation ou de réduction de ses attributions avant ce terme, une indemnité lui serait versée. Une résolution parallèle de l'associé unique de la société cible, prise le même jour, confirmait ce mécanisme. Révoqué prématurément, le dirigeant assigna les sociétés et signataires au titre de cette indemnité. S'agissant de la demande en paiement formée contre les associés signataires, la Cour de cassation décide, au visa de l'article 1134, ancien, du Code civil, selon lequel « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites », qu'en retenant, pour refuser de faire application du protocole d'investissement, que celui-ci était contraire aux statuts stipulant que le directeur général est révocable sans aucune indemnité, alors que cette disposition extra-statutaire ne renferme qu'un engagement personnel des signataires du protocole de faire le nécessaire pour que la décision de nomination du directeur général de la SAS prévoie le versement d'une indemnité forfaitaire en cas de révocation ou de réduction de ses pouvoirs avant l'expiration d'un délai de deux ans, de sorte qu'elle n'était pas contraire aux statuts de la SAS, la cour d'appel a violé le texte susvisé.

548. Entre le premier arrêt, qui semble attribuer aux statuts une compétence exclusive pour fixer les conditions de direction dans la SAS, le deuxième, qui paraît nuancer cette position en admettant que les actes extrastatutaires puissent compléter les statuts sans pour autant reconnaître la possibilité de fonder l'indemnité de révocation sur une simple lettre-accord en contradiction avec ces derniers, le troisième, qui accueille une action en responsabilité contre les associés ayant procédé à une révocation en méconnaissance de la procédure prévue dans un pacte, et le dernier, qui, en apparente contradiction avec le deuxième, donne effet à une clause d'indemnité de révocation non prévue par les statuts mais issue d'un protocole d'investissement, il est permis de s'interroger sur la véritable place accordée aux pactes dans l'Ordre sociétaire. En réalité, la cohérence paraît pouvoir être restituée entre ces

²⁵⁹⁸ Com., 18 sept. 2024, n°22-23.075, *Lexbase aff.*, 2024, n° 815, note DONDERO ; *Dr. sociétés*, 2025, n° 2, 17, note MORTIER ; *GPL*, 2025, n° 6, 66, obs. MOULIN ; *JCP E*, 2025, n° 9-10, 16, note MOYNE-ROPARS ; *RDC*, 2025, n° 1, 54, note CAFFIN-MOI et HEINICH.

²⁵⁹⁹ Il faut préciser que le président révoqué assignait également en responsabilité le président de l'associé signataire qui était une personne morale (la société Lu Azur) et M. [J], ces deux autres codéfendeurs ayant été nommés président et directeur général de la SAS à la suite de la révocation.

²⁶⁰⁰ Le président de la SAS utilisait donc pour partie la possibilité pour le tiers à un contrat d'obtenir réparation du préjudice que lui cause l'inexécution de ce contrat par l'une des parties, mais en fondant son action en réparation sur la responsabilité civile délictuelle : Cass., ass. plén., 6 oct. 2006, n°05-13.255, préc.

²⁶⁰¹ Com., 9 juill. 2025, n° 23-21.160, *Publié au Bulletin*.

différentes positions, à condition d'envisager le dernier arrêt rendu par la Cour de cassation comme exprimant sa véritable ligne jurisprudentielle. Cette lecture est confortée par le fait que cet arrêt doit être mis en regard d'une autre décision rendue le même jour, également publiée au Bulletin²⁶⁰², dans laquelle la Cour écarte expressément toute possibilité de déroger aux statuts par un acte extrastatutaire, y compris lorsqu'il résulte d'une décision unanime des associés. Nous reviendrons sur ces dérogations interdites²⁶⁰³. Mais il apparaît déjà, à travers l'effort de systématisation auquel la Cour de cassation semble se livrer ici pour achever une construction restée jusqu'alors assez obscure, qu'il s'agit bien de tracer une frontière : celle qui sépare, d'une part, les engagements relevant de l'Ordre contractuel (dont l'efficacité doit être préservée) et, d'autre part, les tentatives extrastatutaires d'influer sur le fonctionnement de la société et donc sur l'Ordre sociétaire, qui ne sauraient excéder une simple complétion, dont la portée elle-même devient de plus en plus incertaine.

549. Efficacité affirmée des engagements pris dans l'Ordre contractuel – En indiquant que la disposition du protocole d'investissement litigieux, par laquelle les associés majoritaires de la société mère s'engageaient à faire le nécessaire pour que la décision de nomination du directeur général de la SAS prévoie le versement d'une indemnité de révocation, ne renfermait « qu'un engagement personnel des signataires », de sorte qu'elle n'était pas contraire à la clause statutaire prévoyant une révocation sans indemnité, la Cour de cassation²⁶⁰⁴ affirme l'existence d'un espace de liberté, celui de l'Ordre contractuel, dans lequel les engagements, précisément parce qu'ils demeurent personnels, n'interfèrent pas avec l'Ordre sociétaire et ne justifient donc pas qu'on en limite l'application. On comprend qu'il s'agit d'expliciter la logique qui semblait déjà sous-tendre le troisième arrêt, dans lequel un engagement que l'on peut également qualifier de « personnel » avait été pris par le signataire d'un pacte, à savoir faire passer la décision de révocation par un comité exécutif. Cet engagement n'avait pas été respecté ce qui justifiait une action en responsabilité, peu important que les statuts de la SAS ne fassent pas référence à cette exigence²⁶⁰⁵. La différence est perceptible avec la situation ayant donné lieu à la première décision²⁶⁰⁶. En effet, lorsque l'on cherche à déterminer si le conseil d'administration d'une SA, auquel fait référence une clause de révision de prix contenue dans un protocole de cession, a été maintenu dans une SAS, il est difficile de se contenter d'un maintien « en fait » d'un organe de direction comme avait cru pouvoir le faire la cour d'appel. S'il y a un doute sur la façon dont l'Ordre sociétaire est ordonné, on ne saurait ainsi se référer à autre chose qu'à sa norme d'ordonnancement, en l'occurrence les statuts. En revanche, comment expliquer que, dans le deuxième arrêt²⁶⁰⁷, le directeur général d'une SAS ne puisse se fonder sur une lettre-accord extrastatutaire pour demander le paiement d'une indemnité de révocation, alors qu'il lui est donc permis, dans le dernier arrêt en date²⁶⁰⁸, d'obtenir ce paiement en s'appuyant cette fois sur un protocole d'investissement ? À y regarder de plus près, un point crucial paraît bien être que, dans le deuxième arrêt, le contentieux se déroulait dans l'Ordre sociétaire, contrairement à celui ayant donné lieu à la dernière décision. En effet, dans cette affaire, le directeur général assignait la SAS ainsi que son associé unique en paiement de l'indemnité de révocation, reprochant à la cour d'appel, dans son moyen de cassation, d'avoir « méconnu l'engagement extrastatutaire pris par l'associé unique

²⁶⁰² Com., 9 juill. 2025, n°24-10.428, *Publié au Bulletin*.

²⁶⁰³ V. *Infra* n°553 et s.

²⁶⁰⁴ Com., 9 juill. 2025, n° 23-21.160, préc.

²⁶⁰⁵ Com., 18 sept. 2024, n°22-23.075, préc.

²⁶⁰⁶ Com., 25 janv. 2017, n°14-28.792, préc.

²⁶⁰⁷ Com., 12 oct. 2022, n°21-15.382, préc.

²⁶⁰⁸ Com., 9 juill. 2025, n° 23-21.160, préc.

obligeant la [SAS] ». De sorte qu'il prétendait bien obtenir un comportement social sur la base d'un acte extrastatutaire. En revanche, dans l'arrêt du 9 juillet 2025²⁶⁰⁹, bien que la demande du dirigeant porte également sur le paiement d'une indemnité de révocation non prévue par les statuts, le contentieux est habilement réparti entre Ordre sociétaire et Ordre contractuel. En effet, le premier moyen du pourvoi portait sur la demande dirigée contre la SAS elle-même, fondée non pas sur le pacte ou le protocole d'investissement, mais sur une résolution adoptée par l'associé unique de la société. On remarquera qu'en tant que telle, la résolution de l'associé unique, à supposer qu'elle comportait bien le principe du versement de l'indemnité, ne paraissait pas avoir modifié les statuts en conséquence. Or, comme nous allons le voir, la Cour de cassation a précisé, dans un autre arrêt rendu le même jour, qu'une décision unanime des associés prise en assemblée générale ne peut, à elle seule, déroger aux statuts²⁶¹⁰. Mais la Cour ne statue pas ici sur ce point. Elle se contente de censurer la cour d'appel pour avoir omis de scinder son analyse entre les deux moyens du demandeur au pourvoi, en méconnaissance de l'article 4 du Code de procédure civile, selon lequel « l'objet du litige est déterminé par les prétentions respectives des parties ». Elle rappelle ainsi que, dans son premier moyen, le demandeur au pourvoi fondait d'abord sa demande de paiement sur la résolution de l'associé unique et non sur le protocole d'investissement. De sorte que cette démarche permet à la Cour non pas d'approuver la thèse selon laquelle cette résolution suffirait, dans l'Ordre sociétaire, à fonder le paiement de l'indemnité et à obliger la SAS (on aurait donc plutôt tendance à penser le contraire à la lumière de l'autre arrêt rendu le même jour), mais de distinguer clairement cette demande d'une autre, formulée dans le deuxième moyen, visant cette fois l'Ordre contractuel. Il s'agissait alors d'obtenir des signataires du protocole d'investissement qu'ils assument les conséquences de leur engagement personnel à faire le nécessaire pour que la décision de nomination du directeur général de la SAS prévoie le versement d'une indemnité forfaitaire en cas de révocation ou de réduction de ses pouvoirs. Si cette logique, qui tend à autonomiser l'Ordre contractuel et à rappeler aux signataires d'engagements leurs obligations, paraît relativement claire voire intellectuellement séduisante, elle soulève néanmoins un double problème : d'abord pratique, ensuite plus fondamentalement théorique. Sur le plan pratique, la manière dont la Cour entend tracer la frontière entre Ordre contractuel et Ordre sociétaire demeure relativement périlleuse. D'une part, la distinction repose sur l'identification d'un « engagement personnel », qualification qui peut s'avérer délicate à établir selon les circonstances de l'espèce²⁶¹¹. D'autre part, elle dépend fortement de la manière dont le contentieux est structuré : l'action dirigée contre la société cible devrait rester sans effet, tandis qu'une action contre les signataires du pacte, en leur nom propre, pourrait prospérer. Plane ainsi le risque que des engagements similaires soient traités différemment selon que les plaideurs aient, ou non, adopté la bonne stratégie procédurale. Sur un plan plus théorique, cette mise à l'écart de l'Ordre sociétaire au motif que les engagements pris seraient simplement personnels paraît un peu rapide. On peut certes y voir une parenté avec la jurisprudence relative aux clauses léonines, où la Cour de cassation valide en partie la promesse de cession de droits sociaux à prix plancher au motif « qu'une convention dont l'objet est, sauf fraude, d'assurer, moyennant un prix librement convenu, la transmission de droits sociaux, est étrangère au pacte social et est, par suite, sans incidence sur la

²⁶⁰⁹ *Ibid.*

²⁶¹⁰ Com., 9 juill. 2025, n°24-10.428, préc. V. *infra* n°553 et s.

²⁶¹¹ En effet, s'engager à « faire le nécessaire » pour obtenir que la décision de nomination du directeur général prévoie une indemnité de révocation évoque la figure du porte-fort, même si la formule employée ne rend pas parfaitement compte de l'obligation de résultat censée peser sur le promettant (V. *supra* n°183). Dans la mesure où l'engagement vise l'adoption d'une décision de nomination, on songe également à un engagement de vote (sur les conventions de vote : V. *supra* n°188), mais il ne s'agirait pas ici d'un engagement de vote direct, dès lors qu'il est pris par les associés majoritaires de la société mère, et non par ceux de la société cible elle-même.

participation aux bénéfices et la contribution aux dettes dans les rapports sociaux »²⁶¹². Mais c'est une chose de dire que l'Ordre sociétaire permet l'engagement pris dans l'Ordre contractuel (ce qui maintient une forme de contrôle), et c'en est une autre que de considérer que l'Ordre sociétaire n'est pas concerné par un engagement personnel extrastatutaire. Si le souhait de la Cour de cassation était de valider ce type d'engagement, il aurait probablement été plus prudent de ne pas statuer uniquement au visa de l'article 1134, ancien, du Code civil. À l'image de ce que la Cour décide en matière de clauses léonines, où elle prend soin de viser l'article 1844-1 du Code civil (non pas pour constater une violation, mais justement pour en écarter l'application tout en conservant un contrôle), elle aurait aussi pu viser l'article L. 227-5 du Code de commerce. La Cour aurait ainsi pu parvenir à la même solution, en précisant que le fait que ce texte dispose que « les statuts fixent les conditions dans lesquelles la société est dirigée » n'empêche pas les associés ou des tiers de prendre des engagements personnels extrastatutaires n'engageant pas la société et prévoyant des modalités de révocation différentes de celles convenues dans les statuts. On remarquera d'ailleurs que le demandeur au pourvoi n'en demandait pas tant, et n'avait pas, pour sa part, osé ignorer l'Ordre sociétaire dans la mesure où il défendait la validité de l'engagement pris dans le protocole d'investissement au motif que « les modalités de révocation du dirigeant d'une société par actions simplifiée sont libres », en se référant notamment à l'article L. 227-5 du Code de commerce.

550. Reste que, si la Cour de cassation entend préserver la pleine disposition des droits des parties dans l'Ordre contractuel, il ne saurait y avoir d'interférence avec l'Ordre sociétaire dès lors qu'elle refuse que ces engagements personnels soient utilisés à d'autres fins que des actions *inter partes*, et donc pour être opposés à la société cible. Si les parties au pacte souhaitent que l'engagement contractuel puisse produire des effets sur le fonctionnement social, seule demeure alors admise, à titre d'exception, la possibilité d'une complétion de l'Ordre sociétaire par l'Ordre contractuel — point d'équilibre autorisé entre, d'un côté, le monopole conféré aux statuts en tant que norme d'ordonnancement, et, de l'autre, les dérogations extrastatutaires interdites. La portée de cette exception de complétion semble toutefois particulièrement incertaine.

551. Efficacité incertaine des tentatives de complétion de l'Ordre sociétaire – Comme nous venons de le voir, l'autonomie reconnue à l'Ordre contractuel n'exclut pas la possibilité pour les parties au pacte de compléter l'Ordre sociétaire, y compris lorsqu'il s'agit du fonctionnement des organes sociaux. En cela, la complétion constitue bel et bien une exception au principe d'indisponibilité de l'Ordre sociétaire²⁶¹³. Néanmoins, quel régime peut-on réellement obtenir au nom de cette complétion ? Les espoirs que les parties au pacte pourraient entretenir en la matière paraissent doublement limités. En premier lieu, la détermination exacte de ce qui a la nature d'une complétion n'est pas chose aisée. Un réflexe naturel est de définir la complétion en contrepoint de la dérogation²⁶¹⁴. Cette dernière supposant normalement une incompatibilité entre les statuts et l'acte extrastatutaire, la possibilité de compléter « permettrait aussi bien de combler un vide que de préciser des conditions ou des modalités »²⁶¹⁵. Si l'on veut bien comprendre la logique qui sous-tend

²⁶¹² Com., 21 juin 2023, n°21-21.875, préc. V. *supra*.

²⁶¹³ V. *supra* n°536 et s.

²⁶¹⁴ Sur la dérogation : V. *infra* n°553 et s.

²⁶¹⁵ HEINICH Julia, « Les rapports juridiques entre la loi, les statuts et les pactes extra-statutaires en matière de SAS : quelques réflexions tirées de la jurisprudence récente », in dossier « Les 30 ans de la SAS », *RLDA*, 2024, n° 208, p. 42, spéc. p. 45.

cette dernière affirmation, son application pratique demeure délicate²⁶¹⁶. C'est que le silence des statuts n'a pas nécessairement pour conséquence de donner un blanc-seing de complétion aux pactes. Ainsi, de prime abord des statuts muets sur les conditions de direction d'une SAS peuvent être interprétés comme laissant la main aux pactes « sur les modalités de révocation du directeur général et, plus généralement, des dirigeants »²⁶¹⁷ ou sur « la procédure de révocation, le délai de préavis, l'exigence d'un juste motif ou encore le montant d'une indemnité due en cas de révocation »²⁶¹⁸. Toutefois, le silence des statuts ne signifie pas nécessairement une absence de règle. Par exemple, à défaut de précision statutaire contraire, un dirigeant de SAS est révocable *ad nutum*²⁶¹⁹. On peut alors se demander si, à imposer un juste motif de révocation dans un acte extrastatutaire, l'on est toujours dans le domaine de la complétion car « il s'agit *a minima* de déroger à la règle supplétive posée par la jurisprudence »²⁶²⁰. Dans une logique proche, il apparaît difficile de prévoir dans un acte extrastatutaire un engagement financier de la société en se fondant sur l'absence de disposition statutaire sur ce point. L'on sait par exemple qu'en SARL la jurisprudence encadre l'attribution d'une rémunération au gérant en exigeant qu'elle soit « fixée soit par les statuts soit par une décision collective des associés »²⁶²¹. Surtout, si la Cour de cassation s'efforce de qualifier certains engagements comme « personnels » afin d'en préserver l'efficacité dans l'Ordre contractuel²⁶²², c'est précisément pour en exclure toute portée sociale. Autrement dit, ces engagements ne sauraient servir à instituer, même indirectement, une obligation pesant sur la société elle-même, notamment de nature financière. On souscrira donc au constat selon lequel « la possibilité de compléter les statuts par un acte extra-statutaire devra être maniée avec d'infinies précautions, car les contours de cette faculté demeurent relativement flous »²⁶²³. On touche alors à la seconde limite de cette exception au principe d'indisponibilité de l'Ordre sociétaire. Comme cela a justement été remarqué, la question se pose de savoir « si seuls les actes pris à l'unanimité des associés ou par l'associé unique peuvent être pris en compte ou si ceux émanant des associés majoritaires peuvent l'être également »²⁶²⁴. La navigation se fait ici nécessairement en terrain inconnu dans la mesure où seuls les statuts constituent une norme d'ordonnancement connue de l'Ordre sociétaire et réglementée par lui²⁶²⁵. En ouvrant la porte à des actes extrastatutaires confidentiels, on s'expose par exemple à ce qu'une partie seulement des associés s'engagent sur le montant d'une indemnité de révocation ou que plusieurs pactes

²⁶¹⁶ V. not., sur la possibilité douteuse pour un pacte de compléter les statuts en prévoyant des conditions de majorité renforcée pour les délibérations d'un organe : Com., 5 juin 2019, n°17-18.967, *BJS*, 2019, n° 10, 15, note RAVEL D'ESCLAPON ; *JCP E*, 2019, n° 42, 17, note RAYNOUARD et WLODKOWSKI et n° 48, 22, note DEBOISSY et WICKER ; *Rev. sociétés*, 2019, 762, note SAINTOURENS. Comp. CA Paris, 31 mars 2022, n°21/02463, *BJS*, 2022, n° 9, 19, note DONDERO.

²⁶¹⁷ HAMELIN Jean-François, note sous Com., 12 oct. 2022, n°21-15.382, préc.

²⁶¹⁸ *Ibid.*

²⁶¹⁹ V. Com., 9 mars 2022, n°19-25.795, *Publié au Bulletin* ; *Lexbase aff.*, 2022, n° 710, note SAINTOURENS ; *JCP G*, 2022, n° 16, 829, note HEINICH ; *BJS*, 2022, n° 5, 21, note BARBIÈRI ; *LPA*, 2022, n° 5, 54, note DINH ; *D.*, 2022, 1195, note FARGES et 1875, obs. RABREAU et LAMAZEROLLES ; *RTDF*, 2022, n° 3, 69, note MORTIER ; *Dr. et patr.*, 2023, n° 339, 45, obs. PORACCHIA ; *RTD com.*, 2022, 334, note MOURY ; *JCP E*, 2022, n° 14, 26, note DONDERO et n° 45, 24, note PAGNUCCO ; *Dr. sociétés*, 2022, n° 5, 22, note HAMELIN ; *RLDA*, 2022, n° 181, 27, note GIBIRILA ; *GPL*, 2022, n° 15, 19, note VESSIO et n° 21, 68, note BUCHBERGER.

²⁶²⁰ HAMELIN Jean-François, note sous Com., 12 oct. 2022, n°21-15.382, préc.

²⁶²¹ Com., 21 juin 2017, n°15-19.593, *Bull. civ.*, 2017, VI, n°89 ; *Lexbase aff.*, 2017, n° 516, note SAINTOURENS ; *JCP E*, 2017, n° 30-34, 31, note DONDERO ; *Dr. sociétés*, 2017, n° 8-9, 24, note COUPET ; *RTD com.*, 2017, 637, note LECOURT ; *BJS*, 2017, n° 9, 541, note GALLOIS-COCHET ; *JCP G*, 2017, n° 36, 1522, note HEINICH ; *D.*, 2017, 2335, chron. LAMAZEROLLES et RABREAU.

²⁶²² V. *supra* n°549.

²⁶²³ HAMELIN Jean-François, note sous Com., 12 oct. 2022, n°21-15.382, préc.

²⁶²⁴ *Ibid.*

²⁶²⁵ V. *supra* n°536 et s.

signés par différents associés se contredisent sur un même point. Certains estiment prudemment que « les actes extrastatutaires complétant les statuts semblent devoir émaner le plus souvent de l'unanimité des associés »²⁶²⁶. Reste que ce pouvoir de complétion jurisprudentielle n'étant pas encadré par l'Ordre sociétaire lui-même, il est extrêmement difficile de dégager une règle générale.

552. En apparence, l'exception de complétion semble bien avoir pour effet de redonner aux parties au pacte une forme de disponibilité des droits en cause leur permettant de s'accorder sur un régime donné et donc sur un comportement social. Néanmoins, l'incertitude entourant à la fois le domaine de la complétion et les conditions d'efficacité de l'acte extrastatutaire qui l'opérerait empêche de considérer que les parties pourront réellement infléchir par ce biais le fonctionnement des organes sociaux. Une approche plus directe pourrait alors être préférée. Il s'agit de l'hypothèse de la dérogation.

c) La dérogation

553. Existence contestée – Il faut ici commencer par resituer ce que recouvrirait cette exception éventuelle au principe d'indisponibilité de l'Ordre sociétaire. Rappelons que ce dernier est principalement organisé autour d'une norme d'ordonnancement que sont les statuts, ce qui empêche normalement les pactes d'interférer directement avec le fonctionnement social²⁶²⁷. Qui dit exception à ce principe dit donc faculté octroyée aux pactes d'obtenir un comportement social. Nous avons vu ce qu'il fallait penser des cas dans lesquels le pacte prétendrait bénéficier de cette faculté au nom d'une « statutarisation »²⁶²⁸ ou d'une fonction de complétion²⁶²⁹ qu'il assurerait. De façon surprenante, cette aptitude pourrait également résulter de la dérogation aux statuts que le pacte organiserait²⁶³⁰. L'idée est simple. En effet, il s'avère parfois qu'un certain fonctionnement sociétaire prévu par les statuts se révèle ponctuellement inadapté. La logique de principe de l'Ordre sociétaire voudrait alors « de (i) procéder à une modification des statuts, pour en retirer la règle devenue indésirable, (ii) réaliser l'opération rendue possible par la disparition de l'entrave statutaire et ensuite (iii) redonner aux statuts leur rédaction initiale, le tout dans une même séquence »²⁶³¹. Il va sans dire que le procédé est marqué par sa lourdeur et ceux qui ont compétence pour modifier les statuts pourraient préférer amender ponctuellement la règle à respecter. Serait ainsi « mise en œuvre une dérogation ponctuelle aux statuts et non une modification durable, application aux décisions sociétaires de l'adage “ Qui peut le plus peut le moins ” »²⁶³². Simple dans sa construction, l'hypothèse semble faire l'objet d'une réception contrastée en jurisprudence. Nous savons que la Cour de cassation a fermement distingué complétion et dérogation en SAS, affirmant que « si les actes extra-statutaires peuvent compléter ces statuts, ils ne peuvent y déroger »²⁶³³. Mais elle a dans le même temps retenu que « les associés d'une société à responsabilité limitée peuvent déroger à une clause des statuts et s'en affranchir par l'établissement d'actes postérieurs, valables dès lors que

²⁶²⁶ HAMELIN Jean-François, note sous Com., 12 oct. 2022, n°21-15.382, préc.

²⁶²⁷ V. *supra* n°536 et s.

²⁶²⁸ V. *supra* n°540 et s.

²⁶²⁹ V. *supra* n°543 et s.

²⁶³⁰ V. not. DONDERO Bruno, « La décision dérogatoire aux statuts, une souplesse admise ? », *BJS*, 2023, n° 9, p. 1.

²⁶³¹ *Ibid.*

²⁶³² *Ibid.*

²⁶³³ Com., 12 oct. 2022, n°21-15.382, préc. V. *supra* n°545.

tous les associés y consentent »²⁶³⁴. On serait tenté de considérer que ces solutions ont chacune leur domaine, ce qui vaut en SARL ne valant pas en SAS. Néanmoins, « une telle explication peine à convaincre, car quelle différence entre ces deux formes sociales justifie d'admettre dans l'une qu'il soit possible de déroger aux statuts et dans l'autre que cela soit impossible ? L'exercice de justification paraît d'autant plus délicat que la liberté régnant dans la SAS est censée être plus grande que celle existant dans une SARL »²⁶³⁵. S'appuyant sur la nature des espèces dans lesquelles ces dérogations intervenaient, la doctrine proposa alors une autre voie de conciliation. C'est que dans l'arrêt relatif à la SARL, il s'agissait uniquement pour les associés, par un protocole d'accord signé à l'unanimité, de libérer le gérant démissionnaire d'une clause statutaire de non-concurrence. Créanciers d'une obligation de non-concurrence, ces derniers y renonceraient donc sans vraiment déroger à la règle statutaire. Ainsi, « les statuts ont prévu en l'espèce une créance de non-concurrence, mais chacun des associés y renonce au bénéfice d'une personne déterminée, voire pour la création d'une société concurrente bien identifiée. La créance reste entière, en revanche, à l'égard des autres personnes tenues par les statuts à une obligation de non-concurrence »²⁶³⁶. La différence apparaît alors assez nettement avec l'arrêt portant sur la SAS car, dans ce dernier cas, l'acte extrastatutaire prétendait bel et bien instituer des modalités de révocation du dirigeant contraires à celles prévues par les statuts²⁶³⁷. De sorte qu'« à l'unanimité, les associés pourraient ainsi renoncer à appliquer les statuts ponctuellement, notamment vis-à-vis de tel acte ou activité d'un coassocié ou de leur dirigeant. Mais à proprement parler il n'y aurait pas de dérogation aux statuts. En revanche, il leur serait interdit d'adopter même ponctuellement une règle contraire aux statuts, ce qui caractériserait une véritable dérogation. Ainsi, quand les statuts d'une SAS prévoient que le directeur général est révocable *ad nutum*, les associés ne sauraient prévoir dans un acte extrastatutaire, fut-ce la décision de nomination d'un individu déterminé en tant que directeur général, qu'il sera révocable pour juste motif »²⁶³⁸. L'approche est séduisante mais elle a contre elle tous ceux qui considèrent que l'accord unanime des associés va au-delà d'une simple renonciation mutuelle et ponctuelle à une créance donnée et permet bel et bien l'adoption d'une règle de fonctionnement social autonome²⁶³⁹. Et il est vrai que lorsque la Cour de cassation a eu à connaître de nouveau, après renvoi, du protocole adopté dans la SARL, elle a affirmé plus nettement que la dérogation opérée « s'imposait à la société »²⁶⁴⁰. Plus récemment encore, la Cour d'appel de Paris a jugé que le fait que des statuts d'une SAS prévoient une révocation *ad nutum* du directeur général n'empêchait pas les associés d'avoir approuvé à l'unanimité en assemblée générale des conditions de révocation différentes de celles

²⁶³⁴ Com., 12 mai 2015, n°14-13.744, *RTD civ.*, 2015, 880, note BARBIER ; *JCP N*, 2015, n° 38, 39, note DONDERO ; *Dr. sociétés*, 2015, n° 8-9, 26, note GALLOIS-COCHET ; *GPL*, 2015, n° 207-209, 11, note ZATTARA-GROS ; *JCP E*, 2015, n° 28, 16, note DONDERO ; *BJS*, 2015, n° 9, 443, note DANOS ; *RTDF*, 2015, n° 3, 85, chron. PORACCHIA ; *Rev. sociétés*, 2016, n° 2, 99, note LECOURT. Com., 29 janv. 2020, n°18-15.179, *Rev. sociétés*, 2020, n° 5, 289, note SCHILLER ; *BJS*, 2020, n° 5, 31, note COQUELET et n° 6, 18, note HAMELIN ; *RTD com.*, 2020, 379, note LECOURT ; *RDC*, 2020, n° 2, 63, note HEINICH ; *RTD civ.*, 2020, 602, note BARBIER ; *JCP E*, 2020, n° 49, 24, note CAFFIN-MOI ; *D.*, 2020, n° 36, 2033, obs. LAMAZEROLLES et RABREAU. La même solution vaut pour le devoir de loyauté du gérant envers la société : Com., 18 mars 2020, n°18-17.010, *BJS*, 2020, n° 7, 10, note ALLEGAERT ; *Dr. sociétés*, 2020, n° 7, 18, note HAMELIN ; *RTD com.*, 2020, 659, note LECOURT ; *GPL*, 2020, n° 33, 69, note RODRIGUEZ ; *JCP E*, 2020, n° 45, 17, note JULLIAN ; *RDC*, 2020, n° 4, 56, note HEINICH ; *JCP E*, 2021, n° 6, 19, note PAGNUCCO ; *D.*, 2020, n° 36, 2033, obs. LAMAZEROLLES et RABREAU.

²⁶³⁵ HAMELIN Jean-François, note sous Com., 12 oct. 2022, n°21-15.382, préc.

²⁶³⁶ BARBIER Hugo, note sous Com., 12 mai 2015, n°14-13.744, préc.

²⁶³⁷ V. *supra* j'ai présenté l'espèce.

²⁶³⁸ HAMELIN Jean-François, note sous Com., 12 oct. 2022, n°21-15.382, préc.

²⁶³⁹ V. BARBIÈRE Jean-Baptiste, *L'Ordre sociétaire*, op. cit., p. 145, n°141.

²⁶⁴⁰ Com., 29 janv. 2020, n°18-15.179, préc.

prévues dans les statuts de la société²⁶⁴¹. La motivation des juges du fond est éclairante car, à l'appelant qui arguait que la Cour de cassation a expressément jugé que les actes extrastatutaires peuvent compléter mais non déroger aux statuts pour ce qui concerne la direction de la SAS²⁶⁴², il est répondu que « cette décision prise à l'unanimité des associés lors d'une assemblée générale, démontre la volonté expresse des associés de déroger aux statuts par une décision collective prise aux conditions requises pour modifier les statuts. Sans que soit méconnu le principe de primauté des statuts sur un acte extra-judiciaire en ce qu'ils établissent les règles de fonctionnement de la SAS, cette décision s'impose à la société quand bien même les statuts n'auraient pas fait l'objet d'une modification ». De manière presque rampante, une exception d'envergure non négligeable au principe d'indisponibilité de l'Ordre sociétaire prendrait donc forme au sein de la jurisprudence. En vertu de celle-ci, les associés unanimes pourraient, par un accord normalement exprès²⁶⁴³, consacrer le régime souhaité en décidant d'un fonctionnement social ponctuel. La portée générale que l'on voudrait donner à une telle exception nous semble pourtant devoir être combattue. Ce n'est pas faire preuve de « fétichisme statutaire »²⁶⁴⁴ que de rappeler que, pour obtenir un régime, il faut que les droits concernés soient disponibles²⁶⁴⁵. Or, sauf à opérer « un dangereux mélange des genres entre l'Ordre contractuel et l'Ordre sociétaire »²⁶⁴⁶, raisonner en termes de disponibilité des droits oblige à une distinction entre les différentes situations présentées.

554. Disponibilité admise de la créance de responsabilité – Il n'aura échappé à personne que l'ensemble des arrêts²⁶⁴⁷ ayant donné effet à la dérogation unanime en SARL portaient tous sur une situation similaire, qu'il s'agisse pour les associés de libérer le gérant d'une clause statutaire de non-concurrence²⁶⁴⁸ ou de le décharger de son devoir de loyauté, toujours pour lui permettre d'exercer une activité concurrente²⁶⁴⁹. Or, l'Ordre sociétaire n'est nullement en jeu dans de telles configurations. La motivation de la Cour de cassation dans l'arrêt portant sur le devoir de loyauté en atteste car elle justifie sa décision par le fait que « ne donne pas lieu à responsabilité le fait dommageable portant atteinte à un droit ou à un intérêt dont la victime pouvait disposer, si celle-ci y a préalablement consenti. Dès lors, le gérant d'une société à responsabilité limitée qui, durant son mandat, exerce, à titre

²⁶⁴¹ CA Paris, 16 nov. 2023, n° 22/10344, *RTDF*, 2024, n° 1, 83, chron. MORTIER ; *BJS*, 2024, n° 2, 17, note DONDERO ; *JCP E*, 2024, n° 26, 24, note ATHLAN et n° 29, 19, note MARTIN et LALAMI.

²⁶⁴² Com., 12 oct. 2022, n°21-15.382, préc. V. *supra* n°545.

²⁶⁴³ Sur la nécessité d'un accord exprès : V. 1^{er} civ., 21 mars 2000, n°98-14.933, *Bull. civ.*, 2000, I, n°99 ; *D.*, 2000, 191, note LIENHARD ; *BJS*, 2000, n° 6, 659, note LE CANNU ; *JCP E*, 2000, n° 24, 950, note HOVASSE ; *JCP N*, 2000, n° 29, 1204, note JADAUD ; 1^{er} civ., 2 mars 2004, n°01-14.243, *Bull. civ.*, 2004, I, n°75 ; *D.*, 2004, 807, note LIENHARD ; *Rev. sociétés*, 2004, 692, note CHARTIER ; *RTD com.*, 2004, 553, note MONSERIÉ-BON ; *Dr. sociétés*, 2004, n° 8-9, 12, note LUCAS ; *JCP E*, 2004, n° 42, 1633, obs. CAUSSAIN, DEBOISSY et WICKER ; Com., 11 oct. 2023, n°22-10.646, *BJS*, 2023, n° 12, 18, note SAINTOURENS ; *RTD com.*, 2024, 125, note LECOURT ; *Dr. sociétés*, 2024, n° 2, 32, note HAMELIN ; *GPL*, 2024, n° 7, 55, note ZATTARA ; *Rev. sociétés*, 2024, 323, note DONDERO.

²⁶⁴⁴ DONDERO Bruno, note sous Com., 12 oct. 2022, n°21-15.382, préc.

²⁶⁴⁵ V. *supra* n°428.

²⁶⁴⁶ BARBIÈRI Jean-Baptiste, *L'Ordre sociétaire*, loc. cit.

²⁶⁴⁷ Nous mettons ici volontairement de côté un arrêt plus ancien, également rendu en SARL, dans lequel la Cour de cassation affirme de façon similaire qu'il est possible de déroger aux statuts « par l'établissement d'actes bilatéraux et ultérieurs valables en application de l'article 1134 du Code civil, si tous les associés y consentaient d'un commun accord » (Com., 5 oct. 2004, n°01-03.496). L'arrêt est d'interprétation délicate car il n'indique pas la clause statutaire à laquelle le pacte litigieux dérogeait. Néanmoins, les faits permettent de comprendre que la dérogation en question portait sur une clause statutaire relative aux cessions de parts sociales. De sorte que l'on est proche des arrêts postérieurs dans la mesure où il ne semble pas qu'un comportement social fasse ici l'objet de la dérogation.

²⁶⁴⁸ Com., 12 mai 2015, n°14-13.744, préc. ; Com., 29 janv. 2020, n°18-15.179, préc.

²⁶⁴⁹ Com., 18 mars 2020, n°18-17.010, préc.

personnel ou par l'intermédiaire d'une autre société, une activité concurrente de celle de la société qu'il dirige ne manque pas à son devoir de loyauté et n'engage pas sa responsabilité envers celle-ci en application de l'article L. 223-22 du code de commerce s'il a reçu, pour ce faire, l'autorisation unanime des associés ». C'est donc bien une logique de responsabilité civile qui est ici à l'œuvre, application étant faite de l'adage *Volenti non fit injuria* qui veut que le consentement au dommage de la victime constitue une cause d'exclusion de la responsabilité²⁶⁵⁰. Le point est important, bien que la justification avancée ne soit pas exempte de toutes critiques. Certes, comme cela a été justement remarqué, la disponibilité de l'intérêt en cause ne fait pas de doute « en présence d'un manquement au devoir de loyauté, et donc d'un dommage pécuniaire »²⁶⁵¹. Reste que l'interdiction faite au dirigeant d'exercer une activité concurrentielle résulte en principe du devoir de loyauté qui est le sien vis-à-vis de la société²⁶⁵². Si préjudice concurrentiel il devrait y avoir, ce serait donc nécessairement un préjudice social et le ou les associés qui souhaiteraient engager une action en responsabilité autonome auraient bien du mal à remplir l'exigence d'un préjudice personnel et distinct de celui qui pourrait être subi par la société elle-même²⁶⁵³. Par conséquent, la victime qui dispose de la créance de responsabilité liée à une éventuelle activité concurrentielle du gérant est la société et non ses associés. C'est alors son consentement exprimé à travers un organe représentatif qui est ici nécessaire. Les associés, même unanimes, ne remplissent pas un tel critère et on sait par exemple qu'unanimité des associés ne signifie pas nécessairement respect de l'intérêt social²⁶⁵⁴. Néanmoins, si l'on veut bien consentir qu'il ne soit pas possible d'assimiler *de facto* décision des associés et décision de la société, il y a là un blocage car le gérant ne saurait par son pouvoir de représentation se décharger de l'obligation de loyauté pesant sur lui²⁶⁵⁵. C'est donc avec souplesse que la Cour de cassation considère que c'est la société, par l'intermédiaire de ses associés, qui a disposé de la créance de responsabilité. Ce qui explique qu'elle ait jugé dans

²⁶⁵⁰ V. JULLIAN Nadège, note sous Com., 18 mars 2020, n°18-17.010, préc.

²⁶⁵¹ *Ibid.*

²⁶⁵² Com., 15 nov. 2011, n°10-15.049, *Bull. civ.*, 2011, IV, n° 188 ; *Lexbase aff.*, 2011, n° 277, note LENHOF ; *JCP E*, 2011, n° 50, 16, note COURET et DONDERO ; *D.*, 2012, 134, note FAVARIO ; *RTD com.*, 2012, 137, note CONSTANTIN ; *RLDA*, 2012, n° 67, 16, note MPINDI ; *Banque et Droit*, 2012, n° 141, 62, note URBAN ; *Dr. sociétés*, 2012, n° 2, 21, note ROUSSILLE ; *BJS*, 2012, n° 2, 112, note LE NABASQUE ; *GPL*, 2012, n° 1-5, 17, note ALBIGES et n° 41-42, 19, note SAINTOURENS ; *Dr. et patr.*, 2012, n° 214, 94, note PORACCHIA ; *Rev. sociétés*, 2012, 292, note GODON.

²⁶⁵³ V., sur cette exigence : Com., 8 févr. 2011, n°09-17.034, *Bull. civ.*, 2011, IV, n° 19 ; *RTD civ.*, 2011, 350, note FAGES ; *RLDC*, 2011, n° 81, 22, note BUGNICOURT ; *BJS*, 2011, n° 5, 378, note LUCAS ; *D.*, 2011, 1535, note SERINET et BOUCOBZA ; Com., 17 janv. 2018, n°16-10.266, *Dr. sociétés*, 2018, n° 4, 36, note HEINICH et COUPET ; *Rev. sociétés*, 2018, 588, note TAP. La Cour de cassation a d'ailleurs précisé que le seul fait qu'un associé « agisse sur le fondement de la responsabilité contractuelle ne suffit pas à établir le caractère personnel du préjudice allégué » (Com., 4 nov. 2021, n°19-12.342, *Publié au Bulletin* ; *Lexbase aff.*, 2021, n° 696, note SAINTOURENS ; *BJS*, 2022, n° 1, 17, note LUCAS ; *D.*, 2022, 103, note TADROS ; *GPL*, 2022, n° 2, 25, note TRAULLÉ et n° 9, 52, note MEZACHE ; *JCP E*, 2022, n° 13, 41, note VALIERGUE ; *RDC*, 2022, n° 2, 68, note CAFFIN-MOI ; *Rev. sociétés*, 2022, 417, note DELVALLÉE).

²⁶⁵⁴ V. en matière de sûreté consentie pour la dette d'un tiers : 3e civ., 12 sept. 2012, n°11-17.948, *Bull. civ.*, 2012, III, n° 121 ; *RLDA*, 2012, n° 75, 30, note MAURIES et n° 77, 24, note ALBIGES ; *Rev. dr. banc. fin.*, 2012, n° 6, 31, note CERLES ; *JCP N*, 2012, n° 48, 30, note MEKKI ; *GPL*, 2012, n° 347-348, 18, note DUMONT-LEFRAND et 2013, n° 25-26, 34, note DONDERO ; *JCP E*, 2012, n° 51-52, 34, note DEBOISSY et WICKER ; *Dr. et patr.*, 2013, n° 222, 85, note AYNÈS et DUPICHOT et n° 225, 84, note PORACCHIA.

²⁶⁵⁵ V., en ce sens, HAMELIN Jean-François, note sous Com., 18 mars 2020, n°18-17.010, préc., relevant que « la volonté d'une personne morale étant nécessairement exprimée par d'autres personnes qu'elle-même, il faut *a priori* se reporter soit à la décision de son dirigeant, soit à la décision collective des associés. Toutefois, il ne peut s'agir ici d'une décision du gérant, puisqu'il ne saurait se soustraire unilatéralement au devoir de loyauté dont il est débiteur et à l'obligation qui est la sienne d'agir dans l'intérêt de la société (C. com., art. L. 223-18 et L. 221-4). Par conséquent, seule une décision collective prise par les associés semble pouvoir exprimer ici le consentement de la société à la création d'une activité concurrente par son propre dirigeant ».

ces affaires que la dérogation opérée « s'imposait à la société »²⁶⁵⁶ et que c'est « la volonté de la société »²⁶⁵⁷ qui s'était exprimée. Quelle que soit l'opinion que l'on puisse émettre sur la direction prise par la Cour de cassation dans ces différents arrêts, il faut bien comprendre que la dérogation unanime vise ici simplement à permettre à la société de s'exprimer autrement qu'à travers son organe représentatif, non pas pour remettre en cause le fonctionnement de ses organes sociaux, mais uniquement pour agir dans l'ordre externe sur une problématique de responsabilité. L'objet de la dérogation n'étant pas social, l'Ordre sociétaire ne s'en trouve nullement affecté. C'est pourquoi on ne saurait puiser dans ces espèces un fondement pour les pactes à imposer un comportement de la société cible, quand bien même ils auraient été signés par l'ensemble des associés. La question du maintien du principe d'indisponibilité de l'Ordre sociétaire en présence d'un accord unanime et ponctuel des associés reste donc entière. Il nous faut, pour terminer, la trancher définitivement.

555. Indisponibilité maintenue de l'Ordre sociétaire – Peut-on réellement, au nom d'une décision unanime exprimée dans un acte extrastatutaire, prétendre, comme l'avait donc admis la Cour d'appel de Paris²⁶⁵⁸, instituer une règle de fonctionnement social différente de celle prévue dans les statuts mais néanmoins opposable à la société ? À notre sens, tout est ici question de temporalité. Le principe d'indisponibilité de l'Ordre sociétaire veut que celui-ci ordonne plusieurs ordres juridiques partiels propres à chaque société qui s'imposent aux associés, ces derniers étant seulement libres d'élire au moment de l'immatriculation l'ordre, autrement dit la forme sociale, qui régira leurs rapports²⁶⁵⁹. Or, à opérer des dérogations ponctuelles unanimes, on aboutit purement et simplement de manière *ex post* à ordonner la forme sociale choisie autour d'une nouvelle norme inconnue de l'Ordre sociétaire. En poursuivant cette logique, qu'est-ce qui empêcherait les associés d'une SAS de s'affranchir des règles de transformation et de décider par exemple de fonctionner ponctuellement comme une SNC ? Sauf à considérer que les associés, parce qu'ils sont d'accord, ont la possibilité de refaçonner à leur guise les structures du droit des sociétés, il nous semble que l'unanimité exprimée à contretemps ne saurait être toute puissante. Cette position vient d'être confirmée par un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation rendu le 9 juillet 2025²⁶⁶⁰, qui censure précisément la solution adoptée par la cour d'appel de Paris précédemment évoquée. La Haute juridiction y énonce avec fermeté qu'il résulte des articles L. 227-1 et L. 227-5 du Code de commerce « que les statuts de la société par actions simplifiée fixent les conditions dans lesquelles celle-ci est dirigée, notamment les modalités de révocation de ses dirigeants. Si une décision des associés peut compléter les statuts sur ce point, elle ne peut y déroger, quand bien même aurait-elle été prise à l'unanimité ». Le fait est qu'un pacte n'étant pas une norme d'ordonnancement de l'Ordre sociétaire, il ne doit pas pouvoir disposer de ce dernier, quand bien même il serait signé par l'ensemble des associés. Et l'argument de la ponctualité n'en est pas un. C'est qu'il ne s'agit pas, comme cela a par exemple pu être le cas en matière de clauses léonines, de se demander si l'on peut temporairement déroger à une règle impérative²⁶⁶¹. La disposition de l'Ordre sociétaire est en effet étrangère à toute idée d'impérativité car remplacer une norme d'ordonnancement par une autre n'est pas y déroger, c'est l'ignorer. Et on ne voit pas ce qui justifierait que les parties puissent ignorer ponctuellement l'ordre juridique qu'elles ont

²⁶⁵⁶ Com., 29 janv. 2020, n°18-15.179, préc.

²⁶⁵⁷ Com., 18 mars 2020, n°18-17.010, préc.

²⁶⁵⁸ CA Paris, 16 nov. 2023, n° 22/10344, préc.

²⁶⁵⁹ V. *supra* n°536 et s.

²⁶⁶⁰ Com., 9 juill. 2025, n°24-10.428, préc.

²⁶⁶¹ V., CE, 8e et 3e ch. réunies, 18 oct. 2022, n° 462497, préc., admettant une dérogation ponctuelle au pacte social conduisant à attribuer 100% des déficits fonciers d'une SCI à des associés détenant uniquement 1% des parts.

choisi. Raison pour laquelle il nous semble que le principe d'indisponibilité de l'Ordre sociétaire doit être ici maintenu, conception que la Cour de cassation paraît donc partager²⁶⁶².

556. Conclusion de section – Appliquer le modèle de traitement du risque contentieux aux techniques par lesquelles un pacte peut tenter d'exiger un comportement des tiers est finalement révélateur des potentialités et des limites de cette convention, que les rédacteurs aient recours à des techniques de remédiation à la relativité du pacte ou à des procédés de renforcement de son opposabilité.

557. En effet, lorsqu'il s'agit de remédier à la relativité du pacte en suivant une logique purement contractuelle visant à assurer la pérennité de la convention par l'intégration future de tiers aux engagements prévus, la stipulation d'un accord de qualification permettra utilement d'identifier les techniques utilisées. L'on pourra ainsi convenir par avance que ce que l'on a appelé « clause de cession pactée » correspond juridiquement à un porte-fort de ratification, ou encore qu'une clause d'adhésion préalable met en place un engagement en deux temps, contenant une obligation d'inaliénabilité conclue sous condition résolutoire de la ratification du pacte par le cessionnaire. Les choses se compliquent légèrement lorsque la qualification élue anticipe sur le consentement d'un tiers inconnu à la date de conclusion du pacte. Tel est le cas lorsque les parties désirent convenir par avance qu'une substitution de contractant se réalisera au moyen d'une cession de contrat. Tenant compte de cette réalité, un accord de qualification pourra formaliser le consentement du cédé et du cédant, tout en gardant à l'esprit que cet accord devra être réitéré lors de la cession définitive avec le consentement du tiers cessionnaire. En revanche, lorsque la logique purement contractuelle laisse place à une logique sociétaire, les parties qui ont « pacté » un droit ou une influence dans la société cible peuvent, certes, s'accorder sur le mécanisme utilisé, mais elles devront surtout veiller à respecter les normes sociétaires impératives susceptibles d'affecter la validité de leur engagement. Un porte-fort peut par exemple heurter le principe de libre révocabilité des dirigeants sociaux ou une convention de vote être contraire à l'intérêt social. La perspective de traiter les risques contentieux correspondants est alors limitée, soit en raison de l'interdiction des confirmations par avance, soit en raison des impossibilités juridiques empêchant de garantir l'exécution forcée de l'engagement au sein de la société cible, comme en atteste l'exemple des conventions de vote.

558. Les limites liées à la recherche d'un comportement social se retrouvent en matière d'opposabilité du pacte. Qui dit opposabilité dit recherche d'un régime, ce qui impose de mener un raisonnement en termes de disponibilité des droits concernés, que le régime recherché porte sur le contrôle des mouvements de droits sociaux ou sur le fonctionnement des organes sociaux. Or, dans le premier cas, la société cible ne serait pas fautive à retranscrire des ordres de mouvement valablement communiqués par le propriétaire des parts ou actions, quand bien même le mouvement en cause serait contraire à une clause du pacte. Les parties ne peuvent surpasser la difficulté en stipulant une règle de régime contraire car elles ne disposent pas de la fonction de teneur de comptes de la société cible.

²⁶⁶² Com., 9 juill. 2025, n°24-10.428, préc.

Dans le second cas, la possibilité pour les pactes d'infléchir le fonctionnement des organes sociaux, serait-ce au nom de l'opposabilité, paraît grandement utopique. C'est que les parties au pacte ne disposent pas, dans leur Ordre contractuel, de droits leur permettant d'interférer avec l'Ordre sociétaire qui structure chaque société autour d'une norme statutaire et non extrastatutaire. Il y a donc un principe d'indisponibilité de l'Ordre sociétaire qui ne semble pas souffrir de véritables exceptions. D'abord, « statutariser » un pacte ne devrait pas avoir d'effet dans l'Ordre sociétaire, car la structuration de cet Ordre autour des statuts ne dépend pas de la volonté des parties qui ne peuvent organiser à leur guise un report de compétence sur un acte externe inconnu des textes. Ensuite, s'il est vrai que la jurisprudence a reconnu aux pactes une fonction de complétion, l'incertitude entourant à la fois le domaine de la complétion et les conditions d'efficacité de l'acte extrastatutaire qui l'opérerait empêche de considérer que les parties pourront réellement infléchir, par ce biais, le fonctionnement des organes sociaux. Enfin, un accord dérogatoire unanime et ponctuel ne devrait pas davantage remettre en cause le principe d'indisponibilité de l'Ordre sociétaire. Si l'on peut admettre que la jurisprudence ait permis à des associés unanimes de s'exprimer pour la société afin de disposer d'une créance de responsabilité, rien ne justifie qu'un même accord altère la structure même du droit des sociétés et que, par le jeu de dérogations successives, l'on aboutisse purement et simplement à ordonner la forme sociale choisie autour d'une nouvelle norme inconnue de l'Ordre sociétaire.

Conclusion du chapitre 2

559. Le déploiement de la contrainte au sein des mécanismes permettant d'exiger un comportement aura permis de poursuivre le travail de concrétisation des techniques de traitement du risque contentieux initié au chapitre précédent avec les mécanismes de transfert. Néanmoins, si les mécanismes de comportement sont théoriquement éligibles aux mêmes techniques de traitement que les mécanismes de transfert, le lien naturel qu'ils entretiennent avec la phase d'exécution opère une forme de sélection parmi les techniques mobilisables. En concentrant nos développements sur la phase d'exécution du pacte, nous avons ainsi pu observer que la remise en cause d'un mécanisme de comportement s'appuie presque systématiquement sur une discussion de qualification, de régime ou sur une interprétation divergente de la clause instituant l'engagement concerné. Les accords de qualification, de régime et les prérogatives contractuelles d'interprétation s'imposent alors comme des techniques de traitement appropriées. Cette mise en œuvre n'est toutefois pas sans limites. En effet, lorsque le pacte prétend pouvoir rayonner au-delà des seuls contractants, il se heurte aux restrictions tirées, d'une part, de l'effet relatif des conventions et, d'autre part, de l'impossibilité pour les parties d'influer à leur guise sur l'Ordre sociétaire. C'est ainsi, par exemple, que la volonté d'anticiper une cession de contrat par substitution restera toujours suspendue au consentement du futur associé tiers cessionnaire. Tout comme l'exécution forcée d'un engagement au sein de la société cible, tel qu'une convention de vote, fera bien souvent face aux impossibilités juridiques découlant des normes sociétaires impératives. L'opposabilité du pacte n'aura pas non plus les potentialités attendues. La société ne saurait ainsi être tenue pour fautive lorsqu'elle retranscrit un ordre de mouvement régulièrement transmis par le propriétaire des droits sociaux, quand bien même il serait contraire au pacte. En outre, L'Ordre sociétaire est par principe indisponible de sorte que les associés ne sauraient imposer par leur seule volonté des règles de fonctionnement aux organes sociaux. Ni la « statutarisation », ni la complétion, ni la dérogation ne constituent de véritables exceptions à ce principe.

Conclusion du titre second

560. La mise en œuvre du traitement du risque contentieux matérialise le modèle de traitement développé dans le titre premier. Contraintes à destination des parties et à destination du juge ont ainsi pu être mobilisées afin de traiter, engagement par engagement, les risques contentieux existants au sein des pactes d'associés. Concrètement, accords de qualification, de régime, renonciation à une norme légale ou jurisprudentielle, ou encore prérogatives contractuelles d'interprétation reçoivent des applications diverses. Dans les mécanismes de transfert, ces applications permettent de sécuriser le déclenchement du transfert ou la détermination de ses éléments. Dans les mécanismes de comportement, elles permettent d'anticiper les discussions issues des mécanismes par lesquels les contractants s'imposent des comportements respectifs ou cherchent à embrasser le comportement de tiers, qu'il s'agisse de futurs entrants ou plus directement de la société cible. Néanmoins, la mise en œuvre du modèle de traitement rappelle également le pacte à ses limites. Les parties doivent ainsi intégrer qu'elles ne peuvent ni anticiper sur le consentement de tiers susceptibles d'adhérer au pacte, serait-ce par le jeu d'une clause de substitution, ni se défaire des normes sociétaires impératives lorsqu'elles projettent l'exécution d'un engagement au sein de la société cible, par exemple dans l'hypothèse d'une convention de vote, ni ériger le pacte en une nouvelle norme d'ordonnancement du fonctionnement social au mépris du principe d'indisponibilité de l'Ordre sociétaire.

CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE

561. Le traitement du risque contentieux au sein des pactes d'associés donne au travail de mise en évidence de ce même risque toute sa raison d'être. En effet, là où la première partie aura permis, dans un double mouvement de systématisation matérielle et personnelle, d'une part, d'identifier et de classer les risques de remise en cause d'un engagement (selon qu'ils tiennent à la qualification du mécanisme, à son régime ou à l'interprétation d'une norme, qu'elle soit légale, contractuelle ou jurisprudentielle), et d'autre part, de mettre en évidence la compétence contentieuse des contractants, en ce qu'ils sont maîtres de la matérialisation de ces risques, la phase de traitement associée à chacune de ces hypothèses une contrainte appropriée.

562. Une contrainte car, à la différence d'une simple sanction ou de la mise en place d'une obligation nouvelle, celle-ci agit sur la compétence contentieuse des contractants, ce qui la rend apte à empêcher la matérialisation des risques contentieux identifiés. À titre d'exemple, la clause pénale, souvent mobilisée en cas d'inexécution, illustre bien les limites des techniques classiques : si elle joue un rôle dissuasif, elle ne prévient en rien la discussion de fond sur l'application ou le bien-fondé de l'engagement. Le premier type de contrainte suppose alors qu'elle soit exercée à destination des parties. Elle permet ainsi de traiter le risque contentieux relatif à l'interprétation d'une norme en ayant recours à la renonciation. Concrètement, lorsque le risque contentieux porte sur l'interprétation d'une norme contractuelle, la renonciation prend la forme de l'octroi par l'une des parties à l'autre d'une prérogative contractuelle d'interprétation, permettant par exemple à un associé de décider seul si la documentation sollicitée relève effectivement de l'obligation d'information prévue par le pacte et portant sur les « conventions d'importance stratégique » pour la société. Lorsque le risque contentieux porte sur l'application d'une norme légale ou jurisprudentielle, la renonciation est plus classique. Tel est le cas des stipulations par lesquelles les parties conviennent par avance de s'interdire d'invoquer les limites posées par l'article 1221 du Code civil à l'exécution forcée en nature. Il s'agit d'exclure par avance la norme concernée du débat contentieux. En exerçant ensuite la contrainte à destination du juge plutôt qu'à destination des parties, l'on fait obéir le modèle de traitement à une logique différente. Le risque contentieux est ici traité en s'accordant par avance sur un point de droit, comme c'était le cas lorsque les parties déterminaient par avance l'effet de la levée d'option en cas de rétractation préalable du promettant. En s'imposant au juge, cet accord lie aussi les parties, de sorte que le risque contentieux correspondant est effectivement traité. Sont ici principalement concernées les discussions relatives à la qualification ou au régime du mécanisme qui peuvent être traitées par la stipulation d'un accord de qualification ou de régime au sens de l'article 12, alinéa 3, du Code de procédure civile. Il s'agit donc de neutraliser l'office du juge qui, si l'accord est exprès et porte sur des droits disponibles, doit prendre acte de la qualification ou du régime contractuellement élu. Cette exigence de libre disponibilité des droits implique une délimitation négative : les droits extrapatrimoniaux demeurent par principe indisponibles, tandis que la mise en jeu d'intérêts patrimoniaux, tels que ceux liés à la cession de droits sociaux, n'emporte, *a priori*, aucune difficulté. Raison pour laquelle il est par exemple recommandé de conclure un accord de qualification afin de s'assurer que la stipulation d'options croisées ne vaudra pas vente définitive. Les parties peuvent également se contenter d'aménager l'office du juge en dictant la façon dont une

norme légale ou jurisprudentielle doit être entendue en cas de contentieux. Ainsi, elles peuvent déterminer à l'avance le seuil à partir duquel la disproportion manifeste prévue par l'article 1221 doit être caractérisée. La matérialisation du risque contentieux en cause n'est alors pas empêchée mais simplement encadrée.

563. L'étape de déploiement du modèle de traitement ainsi conceptualisé permet, *in fine*, d'envisager les mécanismes de transfert de droits sociaux et de comportement sous l'angle des risques contentieux qui leur sont propres, afin de leur associer, dans chaque cas, la technique de traitement appropriée. Cette mise en œuvre du traitement du risque contentieux a alors une double vertu. En premier lieu, lorsque le droit positif l'autorise, la renonciation à l'invocation d'une norme légale ou jurisprudentielle, la stipulation d'un accord de qualification ou de régime, ou encore la mise en place d'une prérogative contractuelle d'interprétation rendent possible la sécurisation du dénouement des engagements concernés en anticipant une éventuelle divergence d'intérêts entre les parties. Cette sécurisation trouve sa place aussi bien au sein des mécanismes de transfert de droits sociaux que de comportement. Ainsi, dans les mécanismes de transfert, les parties peuvent sécuriser le déclenchement du transfert en anticipant les débats relatifs à la levée d'option ou à la constatation de la condition, tandis que dans les mécanismes de comportement, la prérogative d'interprétation permet de décider si une obligation d'information a été respectée, si un comportement concurrentiel tombe sous une clause de non-concurrence ou si un pacte de préférence s'applique à une opération déterminée. En second lieu, lorsque le modèle se heurte à une impossibilité de traitement, il révèle les limites de certaines ambitions contractuelles. C'est que les parties doivent intégrer qu'elles ne peuvent ni anticiper sur le consentement de futurs entrants au pacte, comme en cas de substitution suspendue au consentement du tiers cessionnaire à ce qui devrait être une cession de contrat, ni se défaire des normes sociétaires impératives lorsqu'elles projettent l'exécution d'un engagement au sein de la société cible, par exemple dans l'hypothèse d'une convention de vote, ni ériger le pacte en une nouvelle norme d'ordonnancement du fonctionnement social au mépris du principe d'indisponibilité de l'Ordre sociétaire. Le fait est que le fonctionnement de la société cible ne peut être véritablement infléchi par une stipulation extrastatutaire. La société ne saurait ainsi être tenue pour fautive lorsqu'elle retranscrit un ordre de mouvement régulièrement transmis par le propriétaire des droits sociaux, quand bien même il serait contraire au pacte, pas plus que les parties ne sauraient imposer par leur seule volonté des règles de fonctionnement aux organes sociaux. Le principe d'indisponibilité de l'Ordre sociétaire s'y oppose, et il ne souffre pas de véritables exceptions : ni la prétendue "statutarisation" du pacte, ni la fonction incertaine de complétion, ni même un accord unanime ponctuel des associés ne peuvent suffire à détourner la structure du droit des sociétés, ordonnée autour de la norme statutaire.

CONCLUSION GÉNÉRALE

564. Le contentieux des pactes d'associés : la mise en évidence du risque contentieux –

Trop souvent réduit à une contingence factuelle ou à une simple translation procédurale, le contentieux ne pouvait devenir un objet d'étude à part entière qu'en étant appréhendé comme une donnée juridique structurée. Encore fallait-il déplacer le regard : non plus considérer le contentieux comme un constat d'aval, mais comme une éventualité d'amont, autrement dit comme un risque. Pour mettre en évidence ce risque contentieux au sein des pactes d'associés, l'analyse a consisté à suivre pas à pas le cheminement contractuel, depuis l'accord initial jusqu'à l'opposition susceptible de le remettre en cause.

565. Le premier temps de l'étude a ainsi permis de restituer aux pactes leur véritable fonction.

Ces derniers, bien plus qu'un simple acte de prévision abstrait, remplissent une fonction spécifique de couverture de l'aléa social. Pour le comprendre, il fallait dépasser l'horizon traditionnel d'une approche strictement individualiste et volontariste du contrat, héritée de la théorie de l'autonomie de la volonté. Loin de se réduire à un simple accord des volontés, le contrat doit être compris comme un acte de prévision, c'est-à-dire comme la projection, dans l'avenir, des intérêts concrets des parties. Cette prévision, parce qu'elle ne peut porter que sur ce qui demeure incertain, s'exprime à travers les engagements que le contrat contient, qu'ils soient de nature obligationnelle ou non. C'est à partir de ce constat que la singularité des pactes d'associés a pu être appréciée. En effet, la spécificité de ces conventions se comprend à la lumière de l'aléa social, essence du contrat de société. Celui-ci traduit tout à la fois la possibilité d'une perte et l'espérance d'un gain, tant sur le plan technique (contribution aux pertes, vocation aux bénéfices) que sur le plan économique (évolution patrimoniale de la valeur des droits sociaux). Or, alors que la société place les associés sous l'empire d'un intérêt collectif, les pactes d'associés se présentent comme le lieu d'expression d'aspirations individualisées. Ils fixent les conditions particulières auxquelles chaque associé accepte de prendre part à l'aventure sociale et, ce faisant, assument une fonction essentielle : celle de couvrir l'aléa social.

566. Cette fonction de couverture ne saurait toutefois masquer la diversité des techniques

mises en œuvre pour y parvenir. L'analyse a ainsi révélé deux grands blocs d'engagements. Les mécanismes relatifs au transfert de droits sociaux, d'une part, traduisent un double mouvement : en amont, l'option et la condition permettent aux parties de différer volontairement le déclenchement du transfert, conservant ainsi la maîtrise de son opportunité ; en aval, la logique d'automaticité issue de la prédétermination de la chose et du prix tend à en assurer la réalisation. Mais cette automaticité est toute relative, tant les difficultés liées à la déterminabilité des éléments essentiels du transfert ou à l'articulation des expertises de prix légales peuvent fragiliser le mécanisme. Les mécanismes exigeant un comportement, d'autre part, complètent ce premier ensemble en embrassant les attitudes nécessaires à la vie en société. Si l'obligation de faire ou de ne pas faire en constitue le socle, d'autres stipulations non-obligationnelles – clauses de juridiction, préambules – participent également à l'orientation des comportements. Les pactes cherchent encore à peser sur les tiers, en particulier sur la société cible, par des techniques destinées à atténuer l'effet relatif du contrat. Mais là encore, les limites s'imposent : la société n'est jamais véritablement partie au pacte, et les procédés utilisés visent seulement à renforcer son opposabilité, sans jamais aménager directement les règles légales du droit des sociétés.

567. Un premier constat semble alors s'imposer. Chacune des techniques contractuelles utilisées par les parties contient en germe des points de fragilité propres, susceptibles de nourrir une remise en cause au jour de leur dénouement. Ainsi s'installe une tension originelle : les engagements conclus en considération d'un intérêt commun peuvent, au gré de l'évolution des intérêts particuliers, devenir le support d'une contestation. Pour dépasser ce constat, il a été nécessaire de déplacer l'analyse du temps de la conclusion à celui du dénouement des engagements. Ce déplacement a permis d'observer concrètement la diversité des risques contentieux possibles et de les systématiser. Trois voies de remise en cause se dessinent alors : la discussion portant sur la qualification du mécanisme, celle relative à son régime, et celle tenant à l'interprétation d'une norme, qu'elle soit contractuelle, légale ou jurisprudentielle. Au-delà de cette systématisation matérielle, la réflexion a mis en lumière une dimension personnelle : le risque contentieux n'existe qu'autant que les contractants choisissent de l'activer. En ce sens, il constitue pour eux un véritable pouvoir, dont l'exercice relève d'une compétence discrétionnaire. L'existence même du risque contentieux ne se comprend donc pas seulement à travers les mécanismes juridiques en cause, mais aussi par le rapport que les parties entretiennent avec la possibilité de les contester. En définitive, la mise en évidence du risque contentieux conduit à une affirmation centrale : il ne peut plus être appréhendé comme un simple aléa factuel, mais doit être juridiquement reconnu. Dès lors, s'ouvre la phase de son traitement.

568. Le contentieux des pactes d'associés : le traitement du risque contentieux – Le traitement du risque contentieux au sein des pactes d'associés a d'abord nécessité de confronter les techniques de traitement existantes à l'épreuve de leur efficacité. Cette confrontation a révélé leur inadéquation : soit parce qu'elles se projettent sur l'éventualité d'un dénouement contrarié sans jamais intégrer la compétence contentieuse des parties elles-mêmes, soit parce qu'elles se réfugient derrière une conformité illusoire des engagements à l'état du droit positif, au prix d'un abandon de tout véritable traitement du risque. Seules échappent à ce constat les clauses d'exécution forcée, qui, en limitant l'office du juge dans l'application de l'article 1221 du Code civil, permettent une maîtrise effective du risque contentieux correspondant. Elles mettent en lumière ce qui constitue, en réalité, l'unique mode pertinent de traitement du risque contentieux : la contrainte.

569. Envisagée comme une technique autonome, la contrainte se distingue aussi bien de l'obligation que de la sanction. Elle n'est pas l'obligation, car il est possible d'être débiteur sans être réellement contraint ; elle n'est pas non plus la sanction, qui n'engendre au mieux qu'un sentiment subjectif de pression. La contrainte doit être comprise de manière objective, comme un mécanisme juridique apte à agir sur la compétence contentieuse des parties, c'est-à-dire sur leur aptitude à matérialiser un risque contentieux. De surcroît, elle ne peut être qu'acceptée *ab initio* par les contractants : sa juridicité tient précisément à son caractère contractuel.

570. Le modèle de traitement élaboré sur cette base s'articule autour de deux directions. Exerçant la contrainte à destination des parties, il permet d'appréhender, par la voie de la renonciation, le risque contentieux relatif à l'interprétation d'une norme. Lorsqu'il s'agit d'une norme contractuelle, cette renonciation prend la forme d'une prérogative exclusive d'interprétation octroyée à l'un des contractants ; lorsqu'il s'agit d'une norme légale ou jurisprudentielle, elle consiste à l'écarter par avance du débat contentieux, à la condition qu'elle ne soit pas impérative. Exerçant la contrainte à destination du juge, le modèle obéit à une logique différente. Il s'agit alors de neutraliser son office par la stipulation d'un accord de qualification ou de régime au sens de l'article 12, alinéa 3, du Code de procédure civile,

ou, plus modestement, d'en aménager l'exercice en dictant la façon dont une norme légale ou jurisprudentielle doit être comprise. Ainsi conçu, le modèle contractuel de traitement du risque contentieux comble le vide laissé par les techniques existantes. En agissant en amont sur la compétence contentieuse des parties ou sur l'office du juge, il propose une voie originale pour neutraliser ou encadrer les risques contentieux.

571. C'est, *in fine*, en déployant le modèle de traitement du risque contentieux au sein même des pactes d'associés que l'on éprouve sa pertinence. En matière de transferts de droits sociaux, comme en matière de comportements exigés des associés ou des tiers, accords de qualification, accords de régime, renonciations et prérogatives d'interprétation ont révélé leur utilité pour anticiper et contenir les contestations. Ainsi, les phases de formation, d'exécution et de disparition des engagements ont pu être analysées sous l'angle de leurs fragilités propres, auxquelles le modèle oppose des solutions adaptées, permettant de sécuriser la mise en œuvre du pacte.

572. L'examen des mécanismes de transfert illustre cette logique. Le recours aux accords de qualification et de régime, conjugué à la stipulation de prérogatives d'interprétation, permet de traiter une grande partie des risques contentieux liés à la détermination de la chose ou du prix, à la constatation de la survenance des conditions suspensives, ou encore aux modalités d'exécution forcée. En phase d'exécution, il est même possible d'aménager l'office du juge afin d'écarter par avance certains critères d'appréciation, comme celui de la disproportion manifeste entre le coût de l'exécution et l'intérêt du créancier. Ces techniques ne sont pas illimitées : certaines normes impératives – prohibant les clauses léonines, les pactes sur succession future ou certaines formes de potestativité – demeurent hors de portée, rappelant la frontière entre ce que les parties peuvent aménager et ce qui échappe irréductiblement à leur maîtrise.

573. Les mécanismes de comportement confirment ce double mouvement de potentialités et de limites. Les prérogatives contractuelles d'interprétation se révèlent utiles pour trancher les divergences sur la portée d'un engagement de faire ou de ne pas faire, tandis que les accords de qualification ou de régime permettent de fixer la nature exacte de certaines stipulations accessoires, telles que les préambules. Toutefois, lorsque le pacte prétend embrasser le comportement des tiers ou infléchir le fonctionnement de la société cible, il se heurte à des obstacles structurels. L'effet relatif des conventions interdit d'anticiper sur le consentement d'un futur associé, et le principe d'indisponibilité de l'Ordre sociétaire empêche de remodeler le fonctionnement interne de la société par un simple acte extrastatutaire. Le modèle, en révélant ces impossibilités, éclaire les véritables bornes de la contractualisation. La mise en œuvre du traitement du risque contentieux au sein des pactes d'associés remplit ainsi une double fonction. D'une part, elle confirme l'efficacité du modèle de traitement : lorsque le droit positif le permet, la contrainte – exercée à destination des parties comme du juge – sécurise la réalisation des engagements en amont du contentieux. D'autre part, elle met en évidence ce qui demeure hors d'atteinte : ni le consentement des tiers, ni les normes impératives de l'Ordre sociétaire ne peuvent être neutralisés par avance.

574. Comprendons donc qu'au risque de « débusquage » annoncé, par lequel une partie chercherait à remettre en cause le pacte afin d'échapper à son exécution²⁶⁶³, le modèle de traitement ne prétend pas offrir une réponse universelle et totale permettant de mettre fin à toute discussion juridique entre les parties en cas de contentieux. Le modèle n'a pas vocation à abolir de telles tentatives, mais à leur donner toute leur place dans l'analyse : en montrant qu'elles constituent une composante intrinsèque du contentieux des pactes d'associés, il permet de les anticiper et de les confronter *ab initio*, chaque fois que le droit positif l'autorise, plutôt que de les subir uniquement *a posteriori*. Ce faisant, l'on se sera simplement proposé de restituer au contrat son contentieux.

²⁶⁶³ V. *supra* n°5.

Clausier récapitulatif des clauses de traitement du risque contentieux	
<i>Risques contentieux</i>	<i>Clause de traitement</i>
	• Accord de qualification ou accord de régime (article 12, alinéa 3, du code de procédure civile) (n°419 et s.) ; • Clause d'exclusion (norme légale ou jurisprudentielle) (n°404 et s.) ; • Clause d'aménagement de la norme (norme légale ou jurisprudentielle) (n°434 et s.) ; • Prérogative contractuelle d'interprétation (n°375 et s.).
Risque de qualification du transfert conditionnel de droits sociaux en clause d'exclusion (n°454 et s.)	« Les parties conviennent, sur le fondement de l'article 12, alinéa 3, du code de procédure civile, que le mécanisme de cession de droits sociaux prévu par l'article X doit être qualifié de promesse unilatérale de vente/d'achat et ne saurait être analysé comme une clause d'exclusion. En conséquence, l'entièreté du régime applicable à cette dernière et tenant notamment au contrôle des motifs ou de la procédure d'exclusion se trouve exclu par avance de tout débat contentieux relatif à l'application de la promesse prévue par l'article X ». <i>Accord de qualification</i>
Risque de régime en cas de prix stipulé dans un pacte de préférence se révélant indéterminable (n°459)	« Les parties conviennent, sur le fondement de l'article 12, alinéa 3, du code de procédure civile, du régime suivant à propos du pacte de préférence contenu à l'article X : Le prix stipulé dans le pacte de préférence contenu à l'article X engage le Promettant qui devra le reprendre dans l'offre transmise au Bénéficiaire en application du pacte. Si ce prix se révélait indéterminable pour quelque raison que ce soit , l'offre ainsi transmise vaudra invitation à entrer en négociation au sens de l'article 1114 du Code civil. Le Promettant et le Bénéficiaire disposeront alors d'un délai de X jours pour s'accorder sur un nouveau prix. À défaut d'accord, le Promettant retrouvera son entière liberté quant au choix de son cocontractant ». <i>Accord de régime</i>
Risque de caducité du pacte (n°466)	« Les parties conviennent que la caducité prévue par l'alinéa 1^{er} de l'article 1186 du Code civil ne pourra être invoquée entre elles qu'en présence de circonstances objectives rendant matériellement impossible l'exécution d'un ou plusieurs engagements contenus dans le pacte.

	Notamment, l'engagement de consacrer tous ses efforts au développement exclusif de la société prévu à l'article X et pesant sur la partie A ne saurait être considéré comme caduc au seul motif que la partie A aurait fait l'objet d'une révocation et/ou d'un licenciement. Dans une telle hypothèse, la partie A devra simplement s'abstenir d'exercer une activité concurrente pendant le délai restant à courir prévu à l'article X ». <i>Clause d'aménagement de l'article 1186, alinéa 1^{er} du Code civil : limitation aux cas de caducité objective avec exemple</i>
Risque de résiliation du pacte (n°467 et s.)	« Les parties conviennent, sur le fondement de l'article 12, alinéa 3, du code de procédure civile, que le présent accord est un contrat à durée déterminée/indéterminée. Conformément à l'article 1211/1212 du Code civil, chaque partie peut y mettre fin à tout moment [précision optionnelle d'un préavis] / il doit être exécuté jusqu'à [précision du terme] ». <i>Accord de qualification</i>
Risque de requalification en cas de stipulation d'options croisées (n°479)	« Les parties conviennent, sur le fondement de l'article 12, alinéa 3, du code de procédure civile, que les droits d'option accordés aux articles X constituent des promesses unilatérales autonomes au sens de l'article 1124 du Code civil. Les parties restent chacune libres de ne pas lever l'option qui leur a été attribuée et en aucun cas la stipulation simultanée de ces promesses ne pourra valoir vente définitive ». <i>Accord de qualification</i>
Risque d'invocation des limites au droit à l'exécution (article 1221 du Code civil) (n°481 et s)	« Les parties conviennent, par dérogation à l'article 1221 du Code civil, que l'exécution forcée en nature des engagements contenus dans le pacte pourra être poursuivie quand bien même il existerait une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur de bonne foi et son intérêt pour le créancier au sens de l'article 1221 précité » <i>Clause d'exclusion de la norme</i> « Les parties conviennent que l'éventuelle caractérisation d'une disproportion manifeste au sens de l'article 1221 du Code civil entre le coût de l'exécution du transfert de droits sociaux prévu à l'article X pour [la partie A] et son intérêt pour [la partie B] ne saurait en aucune façon être liée à l'évolution de la valeur des parts/actions visées par cet article » <i>Clause d'aménagement de la norme</i>

Risque d'opposition lié à la constatation de la survenance d'un évènement conditionnel (n°485 et s.)	« Droit exclusif d'interprétation » Les parties conviennent qu'en cas de désaccord relativement à la constatation de la situation [décrire l'évènement conditionnel concerné, par exemple situation de mésentente ou blocage] érigée en condition du transfert de droits sociaux prévu par l'article X, il appartiendra de manière exclusive à la partie A de dire si l'évènement conditionnel susvisé est ou non survenu. Procédure d'exercice du droit exclusif d'interprétation <i>Notification écrite préalable</i> La partie A, titulaire du droit d'interpréter, est tenue d'informer la partie B par une notification écrite de l'existence d'un désaccord relativement à la constatation de la situation érigée en condition du transfert de droits sociaux [décrire l'évènement conditionnel concerné, par exemple situation de mésentente ou blocage] prévu par l'article X. Si la partie A a recours à la mise en demeure prévue par l'article 1221 du Code civil, il pourra être précisé dans cette mise en demeure qu'elle vaut notification écrite préalable. Si la partie B a recours à la mise en demeure prévue par l'article 1221 du Code civil, la partie A aura un délai de X jours à compter de la réception de cette mise en demeure pour procéder à la notification écrite préalable d'un éventuel désaccord relativement à la constatation de la situation [décrire l'évènement conditionnel concerné, par exemple situation de mésentente ou blocage] érigée en condition du transfert de droits sociaux prévu par l'article X. La partie A, en cas de silence gardé à réception, sera réputée à l'expiration du délai convenu avoir renoncé à l'exercice de son droit d'exclusif d'interprétation. <i>Délai de réponse</i> La partie B dispose d'un délai de X jours à compter de la réception de la notification écrite préalable pour transmettre ses observations écrites à la partie A à propos de la survenance de l'évènement érigé en condition du transfert de droits sociaux prévu par l'article X. <i>Notification définitive</i> À réception des observations de la partie B ou à l'expiration du délai prévu pour ce faire, la partie A dispose d'un délai de X jours pour transmettre une notification définitive valant exercice du droit exclusif d'interprétation. Celle-ci doit être écrite et contenir la motivation détaillée de l'interprétation donnée en expliquant le cas échéant les raisons qui ont conduit la partie A à ne pas retenir les positions exprimées par la partie B dans ses observations.

	Contestation L'interprétation donnée par la partie A dans sa notification définitive s'impose aux deux parties et ne pourra être remise en cause, sans préjudice de la possibilité pour la partie B d'invoquer devant [indiquer la juridiction ou l'arbitre compétent pour régler les litiges découlant du pacte, le cas échéant par renvoi à la clause de règlement des litiges] l'usage déloyal de son droit exclusif d'interprétation par la partie A. Si cet usage déloyal est reconnu, l'interprétation donnée par la partie A sera privée d'effet. Il appartiendra alors aux parties A et B, si le désaccord d'interprétation persiste, de reprendre la procédure d'exercice du droit exclusif d'interprétation décrite ci-dessus. En tout état de cause, la reconnaissance de l'usage déloyal de son droit exclusif d'interprétation par la partie A emportera obligation pour cette dernière de verser à la partie B une indemnité forfaitaire et irréductible de [X euros] à titre de clause pénale ». <i>Prérogative contractuelle d'interprétation</i>
Risque d'opposition lié à la détermination des parts/actions à transférer (n°490)	« Droit exclusif d'interprétation Les parties conviennent qu'en cas de désaccord relativement à la détermination des parts/actions à transférer en application de l'article X²⁶⁶⁴, il appartiendra de manière exclusive à la partie A de déterminer la chose à transférer en vertu de cet article. Procédure d'exercice du droit exclusif d'interprétation <i>Notification écrite préalable</i> La partie A, titulaire du droit d'interpréter, est tenue d'informer la partie B par une notification écrite de l'existence d'un désaccord relativement à la détermination des parts/actions à transférer en application de l'article X. Si la partie A a recours à la mise en demeure prévue par l'article 1221 du Code civil, il pourra être précisé dans cette mise en demeure qu'elle vaut notification écrite préalable. Si la partie B a recours à la mise en demeure prévue par l'article 1221 du Code civil, la partie A aura un délai de X jours à compter de la réception de cette mise en demeure pour procéder à la notification écrite préalable d'un éventuel désaccord relativement à la détermination des parts/actions à transférer en application de l'article X. La partie A, en cas de silence gardé à réception, sera réputée à l'expiration du délai convenu avoir renoncé à l'exercice de son droit d'exclusif d'interprétation. <i>Délai de réponse</i>

²⁶⁶⁴ Il est évidemment possible d'être ici plus précis selon la nature du mécanisme concerné.

	La partie B dispose d'un délai de X jours à compter de la réception de la notification écrite préalable pour transmettre ses observations écrites à la partie A à propos de la détermination de la chose à transférer en vertu de l'article X. <i>Notification définitive</i> À réception des observations de la partie B ou à l'expiration du délai prévu pour ce faire, la partie A dispose d'un délai de X jours pour transmettre une notification définitive valant exercice du droit exclusif d'interprétation. Celle-ci doit être écrite et contenir la motivation détaillée de l'interprétation donnée en expliquant le cas échéant les raisons qui ont conduit la partie A à ne pas retenir les positions exprimées par la partie B dans ses observations. Contestation L'interprétation donnée par la partie A dans sa notification définitive s'impose aux deux parties et ne pourra être remise en cause, sans préjudice de la possibilité pour la partie B d'invoquer devant [indiquer la juridiction ou l'arbitre compétent pour régler les litiges découlant du pacte, le cas échéant par renvoi à la clause de règlement des litiges] l'usage déloyal de son droit exclusif d'interprétation par la partie A. Si cet usage déloyal est reconnu, l'interprétation donnée par la partie A est privée d'effet. Il appartiendra alors aux parties A et B, si le désaccord d'interprétation persiste, de reprendre la procédure d'exercice du droit exclusif d'interprétation décrite ci-dessus. En tout état de cause, la reconnaissance de l'usage déloyal de son droit exclusif d'interprétation par la partie A emportera obligation pour cette dernière de verser à la partie B une indemnité forfaitaire et irréductible de [X euros] à titre de clause pénale ». <i>Prérogative contractuelle d'interprétation</i>
Risque d'opposition lié à la détermination du prix des parts/actions à transférer (n°492)	« Droit exclusif d'interprétation Les parties conviennent qu'en cas de désaccord relativement à l'application de la formule de calcul du prix des parts/actions contenue à l'article X, il appartiendra de manière exclusive à la partie A d'interpréter et de caractériser le cas échéant les paramètres de calcul de toute nature contenus dans ladite formule. Procédure d'exercice du droit exclusif d'interprétation <i>Notification écrite préalable</i> La partie A, titulaire du droit d'interpréter, est tenue d'informer la partie B par une notification écrite de l'existence d'un désaccord relativement à l'application de la formule de calcul du prix des parts/actions

	contenue à l'article X. Si la partie A a recours à la mise en demeure prévue par l'article 1221 du Code civil, il pourra être précisé dans cette mise en demeure qu'elle vaut notification écrite préalable. Si la partie B a recours à la mise en demeure prévue par l'article 1221 du Code civil, la partie A aura un délai de X jours à compter de la réception de cette mise en demeure pour procéder à la notification écrite préalable d'un éventuel désaccord relativement à l'application de la formule de calcul du prix des parts/actions contenue à l'article X. La partie A, en cas de silence gardé à réception, sera réputée à l'expiration du délai convenu avoir renoncé à l'exercice de son droit d'exclusif d'interprétation. <i>Délai de réponse</i> La partie B dispose d'un délai de X jours à compter de la réception de la notification écrite préalable pour transmettre ses observations écrites à la partie A à propos de l'interprétation et le cas échéant de la caractérisation des paramètres de calcul contenus dans la formule prévue par l'article X. <i>Notification définitive</i> À réception des observations de la partie B ou à l'expiration du délai prévu pour ce faire, la partie A dispose d'un délai de X jours pour transmettre une notification définitive valant exercice du droit exclusif d'interprétation. Celle-ci doit être écrite et contenir la motivation détaillée de l'interprétation donnée en expliquant le cas échéant les raisons qui ont conduit la partie A à ne pas retenir les positions exprimées par la partie B dans ses observations. Contestation L'interprétation donnée par la partie A dans sa notification définitive s'impose aux deux parties et ne pourra être remise en cause, sans préjudice de la possibilité pour la partie B d'invoquer devant [indiquer la juridiction ou l'arbitre compétent pour régler les litiges découlant du pacte, le cas échéant par renvoi à la clause de règlement des litiges] l'usage déloyal de son droit exclusif d'interprétation par la partie A. Si cet usage déloyal est reconnu, l'interprétation donnée par la partie A sera privée d'effet. Il appartiendra alors aux parties A et B, si le désaccord d'interprétation persiste, de reprendre la procédure d'exercice du droit exclusif d'interprétation décrite ci-dessus. En tout état de cause, la reconnaissance de l'usage déloyal de son droit exclusif d'interprétation par la partie A emportera obligation pour cette dernière de verser à la partie B une indemnité forfaitaire et irréductible de [X euros] à titre de clause pénale ». <i>Prérogative contractuelle d'interprétation</i>

Risque d'invocation de l'erreur grossière de l'expert (expertise de prix de l'article 1592 ou 1843-4 du Code civil) (n°495)	« Les parties conviennent que l'estimation des parts/actions donnée par [nommer le tiers] en application de l'article X ne pourra être remise en cause même en cas d'erreur grossière de celui-ci, sans préjudice de l'action en responsabilité pouvant être exercée contre ce dernier en cas de faute commise par lui dans l'exercice de sa mission ». <i>Clause d'exclusion de la norme</i>
Risque de régime en cas de soumission volontaire à l'article 1843-4 du Code civil (n°496)	« Les parties conviennent, sur le fondement de l'article 12, alinéa 3, du code de procédure civile que le renvoi à l'expert de l'article 1843-4 du Code civil pour déterminer le prix des parts/actions en vertu de l'article X emporte assujettissement volontaire à ce texte à l'exclusion de toute autre disposition. Comme le prévoit l'article 1843-4 du Code civil, l'expert sera désigné soit par les parties, soit à défaut d'accord entre elles, par jugement du président du tribunal judiciaire ou du tribunal de commerce compétent²⁶⁶⁵, statuant selon la procédure accélérée au fond et sans recours possible. [option 1] L'expert ainsi désigné sera libre de déterminer comme il l'entend la valeur des droits sociaux concernés. [option 2] L'expert ainsi désigné sera tenu d'appliquer les règles et modalités de détermination de la valeur des droits sociaux concernés prévues par l'article X ». <i>Accord de régime</i>
Risque d'opposition relatif au champ d'application d'une obligation de faire : exemple d'une obligation d'information (n°509)	« Droit exclusif d'interprétation Les parties conviennent qu'en cas de désaccord relativement à l'application de l'obligation d'information prévue par l'article X, il appartiendra de manière exclusive à la partie A de déterminer si le document demandé constitue une convention d'importance stratégique pour la société au sens de cet article. Procédure d'exercice du droit exclusif d'interprétation <i>Notification écrite préalable</i> La partie A, titulaire du droit d'interpréter, est tenue d'informer la partie B par une notification écrite de l'existence d'un désaccord relativement à l'application de l'obligation d'information prévue par l'article

²⁶⁶⁵ Il est évidemment possible d'être ici plus direct en visant le président du tribunal de commerce si la société est commerciale ou le président du tribunal judiciaire dans les autres cas.

	X. Si la partie A a recours à la mise en demeure prévue par l'article 1221 du Code civil, il pourra être précisé dans cette mise en demeure qu'elle vaut notification écrite préalable. <i>Délai de réponse</i> La partie B dispose d'un délai de X jours à compter de la réception de la notification écrite préalable pour transmettre ses observations écrites à la partie A sur le point de savoir si le document demandé constitue ou non une convention d'importance stratégique pour la société au sens l'article X. <i>Notification définitive</i> À réception des observations de la partie B ou à l'expiration du délai prévu pour ce faire, la partie A dispose d'un délai de X jours pour transmettre une notification définitive valant exercice du droit exclusif d'interprétation. Celle-ci doit être écrite et contenir la motivation détaillée de l'interprétation donnée en expliquant le cas échéant les raisons qui ont conduit la partie A à ne pas retenir les positions exprimées par la partie B dans ses observations. Contestation L'interprétation donnée par la partie A dans sa notification définitive s'impose aux deux parties et ne pourra être remise en cause, sans préjudice de la possibilité pour la partie B d'invoquer devant [indiquer la juridiction ou l'arbitre compétent pour régler les litiges découlant du pacte, le cas échéant par renvoi à la clause de règlement des litiges] l'usage déloyal de son droit exclusif d'interprétation par la partie A. Si cet usage déloyal est reconnu, l'interprétation donnée par la partie A sera privée d'effet. Il appartiendra alors aux parties A et B, si le désaccord d'interprétation persiste, de reprendre la procédure d'exercice du droit exclusif d'interprétation décrite ci-dessus. En tout état de cause, la reconnaissance de l'usage déloyal de son droit exclusif d'interprétation par la partie A emportera obligation pour cette dernière de verser à la partie B une indemnité forfaitaire et irréductible de [X euros] à titre de clause pénale ». <i>Prérogative contractuelle d'information</i>
Risque d'opposition relatif au champ d'application d'une obligation de ne pas faire : exemple d'une clause de non-concurrence (n°510)	« Droit exclusif d'interprétation Les parties conviennent que la partie A sera seule en droit de dire si la partie B a eu un comportement prohibé par l'obligation de non-concurrence prévue à l'article X. Procédure d'exercice du droit exclusif d'interprétation

	<i>Notification écrite préalable</i> La partie A, titulaire du droit d'interpréter, est tenue d'informer la partie B par une notification écrite de ce qu'elle dispose d'éléments de nature à caractériser une violation de l'obligation de non-concurrence prévue à l'article X. Si la partie A a recours à la mise en demeure prévue par l'article 1221 du Code civil, il pourra être précisé dans cette mise en demeure qu'elle vaut notification écrite préalable. <i>Délai de réponse</i> La partie B dispose d'un délai de X jours à compter de la réception de la notification écrite préalable pour transmettre ses observations écrites à la partie A sur l'existence éventuelle d'un comportement concurrentiel interdit par l'article X. <i>Notification définitive</i> À réception des observations de la partie B ou à l'expiration du délai prévu pour ce faire, la partie A dispose d'un délai de X jours pour transmettre une notification définitive valant exercice du droit exclusif d'interprétation. Celle-ci doit être écrite et contenir la motivation détaillée de l'interprétation donnée en expliquant le cas échéant les raisons qui ont conduit la partie A à ne pas retenir les positions exprimées par la partie B dans ses observations. Contestation L'interprétation donnée par la partie A dans sa notification définitive s'impose aux deux parties et ne pourra être remise en cause, sans préjudice de la possibilité pour la partie B d'invoquer devant [indiquer la juridiction ou l'arbitre compétent pour régler les litiges découlant du pacte, le cas échéant par renvoi à la clause de règlement des litiges] l'usage déloyal de son droit exclusif d'interprétation par la partie A. Si cet usage déloyal est reconnu, l'interprétation donnée par la partie A sera privée d'effet. Il appartiendra alors aux parties A et B, si le désaccord d'interprétation persiste, de reprendre la procédure d'exercice du droit exclusif d'interprétation décrite ci-dessus. En tout état de cause, la reconnaissance de l'usage déloyal de son droit exclusif d'interprétation par la partie A emportera obligation pour cette dernière de verser à la partie B une indemnité forfaitaire et irréductible de [X euros] à titre de clause pénale ». <i>Prérogative contractuelle d'information</i>
Risque d'opposition relatif au champ d'application d'un pacte de préférence (n°511)	« Droit exclusif d'interprétation Les parties conviennent qu'il appartiendra de manière exclusive à la partie A de régler les désaccords liés à l'interprétation du pacte de préférence prévu à l'article X. Notamment et de manière non exhaustive, la partie A sera seule en droit de déterminer quelles parts/actions sont comprises dans le champ de la

	préférence et/ou quelles opérations peuvent donner lieu à application de la préférence au sens de l'article X. Procédure d'exercice du droit exclusif d'interprétation <i>Notification écrite préalable</i> La partie A, titulaire du droit d'interpréter, est tenue d'informer la partie B par une notification écrite de l'existence d'un désaccord relativement à l'interprétation du pacte de préférence prévu par l'article X. Si la partie A a recours à la mise en demeure prévue par l'article 1221 du Code civil, il pourra être précisé dans cette mise en demeure qu'elle vaut notification écrite préalable. <i>Délai de réponse</i> La partie B dispose d'un délai de X jours à compter de la réception de la notification écrite préalable pour transmettre ses observations écrites à la partie A sur l'interprétation du pacte de préférence prévu par l'article X. <i>Notification définitive</i> À réception des observations de la partie B ou à l'expiration du délai prévu pour ce faire, la partie A dispose d'un délai de X jours pour transmettre une notification définitive valant exercice du droit exclusif d'interprétation. Celle-ci doit être écrite et contenir la motivation détaillée de l'interprétation donnée en expliquant le cas échéant les raisons qui ont conduit la partie A à ne pas retenir les positions exprimées par la partie B dans ses observations. Contestation L'interprétation donnée par la partie A dans sa notification définitive s'impose aux deux parties et ne pourra être remise en cause, sans préjudice de la possibilité pour la partie B d'invoquer devant [indiquer la juridiction ou l'arbitre compétent pour régler les litiges découlant du pacte, le cas échéant par renvoi à la clause de règlement des litiges] l'usage déloyal de son droit exclusif d'interprétation par la partie A. Si cet usage déloyal est reconnu, l'interprétation donnée par la partie A sera privée d'effet. Il appartiendra alors aux parties A et B, si le désaccord d'interprétation persiste, de reprendre la procédure d'exercice du droit exclusif d'interprétation décrite ci-dessus. En tout état de cause, la reconnaissance de l'usage déloyal de son droit exclusif d'interprétation par la partie A emportera obligation pour cette dernière de verser à la partie B une indemnité forfaitaire et irréductible de [X euros] à titre de clause pénale ». <i>Prérogative contractuelle d'information</i>

Risque d'opposition relatif au champ d'application <i>rationae materiae</i> d'une clause de juridiction (n°518)	« Droit exclusif d'interprétation » Les parties conviennent qu'en cas de désaccord relativement à la détermination des litiges soumis à la clause de juridiction prévue à l'article X, il appartiendra de manière exclusive à la partie A de dire si le litige en cours relève ou non de cet article. Procédure d'exercice du droit exclusif d'interprétation <i>Notification écrite préalable</i> La partie qui souhaite mettre en œuvre la clause de juridiction prévue à l'article X est tenue d'en informer l'autre partie par écrit. Si la partie B est à l'initiative de cette information écrite, la partie A dispose à réception d'un délai de X jours pour notifier par écrit à la partie B l'existence d'un désaccord relativement à la détermination des litiges soumis à la clause de juridiction prévue par l'article X. La partie A, en cas de silence gardé à réception, sera réputée à l'expiration du délai convenu avoir accepté la mise en œuvre de la clause de juridiction. Si la partie A est à l'initiative de cette information écrite, elle indique à la partie B que cette information vaut notification écrite préalable en cas de désaccord relativement à la détermination des litiges soumis à la clause de juridiction prévue par l'article X. <i>Délai de réponse</i> La partie B dispose d'un délai de X jours à compter de la réception de la notification écrite préalable pour faire valoir son désaccord et transmettre ses observations écrites à la partie A à propos de la détermination des litiges soumis à la clause de juridiction prévue par l'article X. En cas de silence de la partie B, celle-ci sera réputée à l'expiration du délai convenu avoir accepté la mise en œuvre de la clause de juridiction. <i>Notification définitive</i> À réception des observations de la partie B, la partie A dispose d'un délai de X jours pour transmettre une notification définitive valant exercice du droit exclusif d'interprétation. Celle-ci doit être écrite et contenir la motivation détaillée de l'interprétation donnée en expliquant le cas échéant les raisons qui ont conduit la partie A à ne pas retenir les positions exprimées par la partie B dans ses observations.

	Contestation L'interprétation donnée par la partie A dans sa notification définitive s'impose aux deux parties et ne pourra être remise en cause, sans préjudice de la possibilité pour la partie B d'invoquer devant [indiquer la juridiction ou l'arbitre compétent pour régler les litiges découlant du pacte, le cas échéant par renvoi à la clause de règlement des litiges] l'usage déloyal de son droit exclusif d'interprétation par la partie A. Si cet usage déloyal est reconnu, l'interprétation donnée par la partie A sera privée d'effet. Il appartiendra alors aux parties A et B, si le désaccord d'interprétation persiste, de reprendre la procédure d'exercice du droit exclusif d'interprétation décrite ci-dessus. En tout état de cause, la reconnaissance de l'usage déloyal de son droit exclusif d'interprétation par la partie A emportera obligation pour cette dernière de verser à la partie B une indemnité forfaitaire et irréductible de [X euros] à titre de clause pénale ». <i>Prérogative contractuelle d'information</i>
Risque relatif à la qualification du préambule (n°520)	« Les parties conviennent, sur le fondement de l'article 12, alinéa 3, du code de procédure civile, que les éléments exposés dans le préambule ci-dessus ne sauraient avoir une valeur autre qu'interprétative des engagements contenus dans le pacte. En aucun cas ces éléments ne constituent un accord de volontés destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations au sens de l'article 1101 du Code civil ». <i>Accord de régime</i>
Risque relatif à la qualification d'une clause de substitution (n°526)	« Les parties conviennent, sur le fondement de l'article 12, alinéa 3, du code de procédure civile, que la substitution entre la partie A et le tiers visé à l'article X s'opérera par cession de contrat au sens de l'article 1216 du Code civil si ce tiers y consent. La partie B donne dès à présent son accord à la cession de contrat comme prévu par l'article 1216, alinéa 2, du Code civil. [Optionnel : En outre, la partie B consent expressément à ce que la cession de contrat libère la partie A pour l'avenir au sens de l'article 1216-1, alinéa 1, du Code civil] ». <i>Accord de qualification</i>

BIBLIOGRAPHIE

I. TRAITÉS, MANUELS ET OUVRAGES GÉNÉRAUX

AUBERT Jean-Luc

Le contrat : droit des obligations, Dalloz, 1^e éd., 1996.

AUBERT Jean-Luc et COLLART DUTILLEUL François

Le contrat : droit des obligations, Dalloz, 5^e éd., 2017.

BÉNABENT Alain

Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux, LGDJ, 14^e éd., 2021.

Droit des obligations, LGDJ, 19^e éd., 2021.

BERGEL Jean-Louis

Méthodologie juridique : fondamentale et appliquée, PUF, coll. Thémis, 3^e éd., 2018.

BILLIAU Marc, GHESTIN Jacques et JAMIN Christophe

Traité de droit civil . Les effets du contrat : interprétation, qualification, durée, inexécution, effet relatif, opposabilité, LGDJ, 3^e éd., 2001.

BIGOT Jean, HEUZÉ Vincent, KULLMANN Jérôme, MAYAUX Luc, SCHULZ Romain et SONTAG Katja

Traité de droit des assurances, t. 3, *Le contrat d'assurance*, LGDJ, 2^e éd., 2014.

BONNEAU Thierry, PAILLER Pauline, ROUAUD Anne-Claire, TEHRANI Adrien et VABRES Régis

Droit financier, LGDJ, 3^e éd., 2021.

BOYER Laurent et ROLAND Henri

Locutions latines et adages du droit français contemporain, L'Hermès, 1977.

BORÉ Jacques et BORÉ Louis

La cassation en matière civile, Dalloz, 6^e éd., 2023.

BOUILLET-CORDONNIER Ghislaine, GODOT-SORINE Marie-Alice, LAMAZEROLLES Eddy, MOULIN Jean-Marc

Pactes d'actionnaires et privilèges statutaires, EFE, 2020.

BOYER Laurent et ROLAND Henri

Adages du droit français, Litec, 4^e éd., 1999.

BUY Frédéric

Droit des contrats d'affaires, LGDJ, 2023.

BUY Frédéric, LAMOUREUX Marie, MESTRE Jacques et RODA Jean-Christophe [dir.]

Les principales clauses des contrats d'affaires, LGDJ, 2^e éd., 2018.

BUREAU Dominique et MUIR WATT Horatia

Droit international privé, t. I – Partie générale, PUF, coll. Thémis droit, 5^e éd., 2021.

CAPITANT Henri, TERRÉ François, LEQUETTE Yves et CHÉNEDÉ François

Les grands arrêts de la jurisprudence civile, t. 2, Obligations, contrats spéciaux, sûretés, Dalloz, 13^e éd., 2015.

CARBONNIER Jean

Droit civil. 4. Les obligations, PUF, coll. Thémis droit privé, 22^e éd., 2000.

Droit civil. Introduction, PUF, coll. Thémis droit privé, 27^e éd., 2002.

CADIET Loïc et JEULAND Emmanuel

Droit judiciaire privé, LexisNexis, 12^e éd., 2023.

CHAIHLOUDJ Walid, HEINICH Julia, LACROIX-DE-SOUSA Sandie, LAROCHE Maud, LOUSTALET Grégoire, MESTRE-CHAMI Anne-Sophie, PERIN Pierre-Louis et VELARDOCCIO-FLORES Dominique

Le lamy sociétés commerciales, sur Lamyline [en ligne].

CHAINAIS Cécile, FERRAND Frédérique, MAYER Lucie et GUINCHARD Serge

Procédure civile - Droit commun et spécial du procès civil, MARD et arbitrage, Dalloz, 36^e éd., 2022.

CHAMPEIL-DESPLATS Véronique

Méthodologies du droit et des sciences du droit, Dalloz, 3^e éd., 2022.

CHANTEPIE Gaël et LATINA Mathias

Le nouveau droit des obligations : commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil, Dalloz, 2^e éd., 2018.

CHARTIER Yves

Droit des affaires, t. II, PUF, 3^e éd., 1992.

CHARVÉRIAT Anne, JULIENNE Vanessa et NITHART Amélie

Mémento Cessions de parts et actions, Éd. Francis Lefebvre, 2023.

COURET Alain, LE NABASQUE Hervé, COQUELET Marie-Laure, GRANIER Thierry, PORACCHIA Didier, RAYNOUARD Arnaud, REYGROBELLET Arnaud et ROBINE David

Droit financier, Dalloz, 2019.

CORNU Gérard

Droit civil : introduction, les personnes, les biens, Montchrestien, 12^e éd., 2005.

COZIAN Maurice, VIANDIER Alain et DEBOISSY Florence

Droit des sociétés, LexisNexis, 37^e éd., 2024.

DEMOLOMBE Charles

Cours de Code Napoléon, vol. 24, Durand etc, 1877.

DESHAYES Olivier, GENICON Thomas et LAITHIER Yves-Marie

Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : commentaire article par article, LexisNexis, 2^e éd., 2018.

DIDIER Paul

Droit commercial. t. 2. *L'entreprise en société, les groupes de sociétés*, PUF, coll. Thémis droit privé, 3^e éd., 1999.

DOMAT Jean

Les lois civiles dans leur ordre naturel, t. 1, Le Clerc, 1777, p. 95, T. VIII.

DONDERO Bruno

Droit des sociétés, Dalloz, coll. HyperCours, 7^e éd., 2021.

DOUVILLE Thibault [dir.]

La réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations – Commentaire article par article – Double table de concordance, Gualino, 2^e éd., 2018.

DISSAUX Nicolas et JAMIN Christophe

Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 : commentaire des articles 1100 à 1386-1 du code civil, Dalloz, 2016.

FENET Pierre-Antoine

Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, t. 13, Videcoq, 1836.

FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc et SAVAUX Éric

Droit civil. Les obligations. t. I. *L'acte juridique*, Sirey, 16^e éd., 2014.

FRANÇOIS Bénédicte, LIENHARD Alain et PISONI Pascal

Code des sociétés, commentaire sous C. civ., art. 1833, Dalloz, 39^e éd., 2023.

GERMAIN Michel, MAGNIER Véronique, RIPERT Georges et ROBLLOT René

Traité de droit des affaires, t. 2, *Les sociétés commerciales*, LGDJ, 23^e éd., 2022.

GHESTIN Jacques, LOISEAU Grégoire et SERINET Yves-Marie

La formation du contrat, t. I, *Le contrat – le consentement*, LGDJ-Lextenso éd., 4^e éd., 2013.

La formation du contrat, t. 2, *L'objet et la cause, les nullités*, LGDJ, 4^e éd., 2013.

GRIMALDI Michel

Droit des successions, LexisNexis, 8^e éd., 2020.

GUINCHARD Serge

Droit et pratique de la procédure civile : droit interne et européen (2024/2025), Dalloz, 2024.

GUYON Yves

Traité des contrats. Les sociétés. Aménagements statutaires et conventions entre associés, LGDJ, 5^e éd., 2002.

Droit des affaires. t. 1. *Droit commercial général et sociétés*, Economica, 12^e éd., 2003.

HAMEL Joseph, JAUFFRET Alfred et LAGARDE Gaston

Droit commercial, t. 1, vol. 2, Dalloz, 2^e éd., 1980, p.48, n°406.

HEINICH Julia

Droit des sociétés, LGDJ, 2023.

HEINICH Julia, LÉCUYER Hervé et MESTRE Jacques [dir.]

Les pactes d'affaires, LGDJ, 2021.

HÉMARD Jean, TERRÉ François et MABILAT Pierre

Sociétés commerciales, Dalloz, 1972.

HENRY Marc et BOUILLET-CORDONNIER Ghislaine

Pactes d'actionnaires et privilèges statutaires, EFE, 2003.

JACQUET Jean-Michel, DELEBECQUE Philippe et USUNIER Laurence

Droit du commerce international, Dalloz, 2021.

JOSSERAND Louis

Cours de droit civil positif français, t. II, Librairie du Recueil Sirey, 3^e éd., 1939.

LE CANNU Paul et DONDERO Bruno

Droit des sociétés, LGDJ, 9^e éd., 2022, p. 205, n°263.

LE TOURNEAU Philippe [dir.], BLOCH Cyril, GUETTIER Christophe, GIUDICELLI André, JULIEN Jérôme, KRAJESKI Didier et POUMARÈDE Matthieu

Droit de la responsabilité et des contrats - régimes d'indemnisation, Dalloz, 2020.

LÉVY Jean-Philippe et CASTALDO André

Histoire du droit civil, 2^e éd., Dalloz, 2010, p. 784.

LOKIEC Pascal

Droit du travail, PUF, coll. Thémis droit, 2^e éd., 2022.

MAGNIER Véronique, RUIZ FABRI Hélène, SINOPOLI Laurence et SOREL Jean-Marc

Droit processuel : droit commun et droit comparé du procès, Dalloz, 2^e éd., 2003.

MALAURIE Philippe, AYNÈS Laurent et GAUTIER Pierre-Yves

Droit des contrats spéciaux, LGDJ, 12^e éd., 2022.

MALAURIE Philippe, AYNÈS Laurent et STOFFEL-MUNCK Philippe

Droit civil, Les obligations, LGDJ, 6^e éd., 2013.

Droit des obligations, LGDJ, 12^e éd., 2022.

MARCADÉ Victor-Louis

Explication théorique et pratique du Code civil, t. 4, Delamotte et fils, 7^e éd., 1873.

MARTIN Didier et SCHILLER Sophie

Guide des pactes d'actionnaires et d'associés : 2022/2023, LexisNexis, 3^e éd., 2022.

MAZEAUD Henri, MAZEAUD Léon, MAZEAUD Jean et CHABAS François

Leçons de droit civil, t. II, vol. 1^{er}, *Obligations : théorie générale*, Montchrestien, 9^e éd., 1998.

Leçons de droit civil . t. 3, vol. 2, *Principaux contrats*, Montchrestien, 3^e éd., 1968.

MOURY Jacques et FRANÇOIS Bénédict

Le prix dans les cessions de droits sociaux, Dalloz, 2^e éd., 2021.

MOUSSERON Pierre

Les conventions sociétaires, LGDJ, 2^e éd., 2014.

MOUSSERON Pierre, RAYNARD Jacques et SEUBE Jean-Baptiste

Technique contractuelle, Éd. Francis Lefebvre, 5^e éd., 2017.

PIETRANCOSTA Alain [dir.]

Le droit des contrats réformé, t. 1, Fauves Éditions, 2018.

PLANIOL Marcel

Traité élémentaire de droit civil. t. 2, F. Pichon, 1900.

PONT Paul

Explication du Code Napoléon - Commentaire-traité des sociétés civiles et commerciales, t. VII, Delamotte, 1872.

POTHIER Robert-Joseph

Traité des obligations - Œuvres de Pothier, t. 1, Béchét Aîné, 1824.

Traité du contrat de société, Œuvres de Pothier, t. 3, Béchét Aîné, 1825.

PORTALIS Jean-Étienne-Marie, TRONCHET François-Denis, BIGOT DE PRÉAMENEU Félix-Julien-Jean et MALEVILLE Jacques

« Discours préliminaire du premier projet de Code civil », in *Recueil complet des discours prononcés lors de la présentation du Code civil par les divers orateurs du Conseil d'Etat et du Tribunal*, t. 1, *Discours*, Firmin Didot Frères, 1838.

ROCHFELD Judith

Les grandes notions du droit privé, PUF, coll. Thémis droit, 3^e éd., 2022.

STARCK Boris, ROLAND Henri et BOYER Laurent

Droit civil. Les obligations. 2. Contrat, Litec, 6^e éd., 1998.

TERRÉ François [dir.]

Pour une réforme du droit des contrats, Dalloz, 2009.

TERRÉ François et MOLFESSIS Nicolas

Introduction générale au droit, Dalloz, 2023.

TERRÉ François, SIMLER Philippe, LEQUETTE Yves et CHÉNEDÉ François

Droit civil. Les obligations, Dalloz, 10^e éd., 2009.

Droit civil, Les obligations, Dalloz, 13^e éd., 2022.

TESTU François Xavier

Contrats d'affaires, Dalloz, 2010.

THALLER Edmond

Traité élémentaire de droit commercial, à l'exclusion du droit maritime, Arthur Rousseau, 3^e éd., 1904.

TROPLONG Raymond Théodore

Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du code . Du contrat de société civile et commerciale ou Commentaire du titre IX du livre III du Code civil, t. 1, Charles Hingray, libraire-éditeur, 1843.

VINEY Geneviève

Introduction à la responsabilité, LGDJ, 4^e éd., 2019.

ZENATI-CASTAING Frédéric et REVET Thierry

Cours de droit civil. Obligations. Régime, PUF, 2013.

II. THÈSES, MONOGRAPHIES ET OUVRAGES SPÉCIAUX

ABEILLE Jean

La simulation dans la vie juridique et particulièrement dans le droit des sociétés, thèse de doctorat, droit, Université d'Aix-Marseille Faculté de droit et des sciences économiques, 1938.

AMARO Rafael

Le contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles : étude des contentieux privés autonome et complémentaire devant les juridictions judiciaires, Bruylant, 2014.

AMMAR Daniel

Essai sur le rôle de l'engagement d'honneur, thèse de doctorat, droit, Paris I Panthéon-Sorbonne, 1990.

ANCEL Pascal et RIVIER Marie-Claire [dir.]

Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends, Economica, 2001.

ATIAS Christian

Le contrat dans le contentieux judiciaire, Litec, 5^e éd., 2011.

AYNÈS Laurent

La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes, Economica, 1984.

BARBIER Hugo

La liberté de prendre des risques, PUAM, 2011.

BARBIÈRI Jean-Baptiste

L'Ordre sociétaire, LGDJ, 2021.

BARRAUD Boris

La recherche juridique. Sciences et pensées du droit, L'Harmattan, 2016.

BARRILLON Clément

Le critère de la qualité d'associé, PUAM, 2017.

BARTET J.

Le pacte de préférence, thèse de doctorat, droit, Université de Paris, 1932.

BEAUD Michel

L'art de la thèse, La Découverte, 2006.

BEIGNIER Bernard

L'honneur et le droit, LGDJ, 1995.

BÉNAC-SCHMIDT Françoise

Le contrat de promesse unilatérale de vente, LGDJ, 1983.

BÉNABENT Alain

La chance et le droit, LGDJ, coll. Anthologie du droit, 2014.

BLEUSEZ Marion

La perfection du contrat, thèse de doctorat, droit, Paris-Panthéon-Assas, 2021.

BOLOGNA Francesca

Les pactes d'actionnaires en droit international privé, thèse de doctorat, droit, Paris-Panthéon-Assas, 2009.

BONNET David

Cause et condition dans les actes juridiques, LGDJ, 2005.

BOYER Louis

La notion de transaction : contribution à l'étude des concepts de cause et d'acte déclaratif, thèse de doctorat, droit, Université de Toulouse, 1947.

BUCHBERGER Matthieu

Le contrat d'apport : essai sur la relation entre la société et son associé, Ed. Panthéon-Assas, 2011.

BUFFELAN-LANORE Yvaine

Essai sur la notion de caducité des actes juridiques en droit civil, LGDJ, 1963.

BROS Sarah

L'interdépendance contractuelle, thèse de doctorat, droit, Paris-Panthéon-Assas, 2001.

CAGNOLI Pierre

La caution et le procès civil : essai d'analyse processuelle du droit des entreprises en difficulté, LGDJ, 2002.

CAFFIN-MOI Marie

Cession de droits sociaux et droit des contrats, Economica, 2009.

CARBONNIER Jean

Flexible droit, pour une sociologie du droit sans rigueur, LGDJ, 6^e éd., 1988.

Flexible droit, pour une sociologie du droit sans rigueur, LGDJ, 10^e éd., 2014.

Sociologie juridique, PUF, coll. Quadrige Manuels, 3^e éd., 2016.

CASTRES SAINT-MARTIN-DRUMMOND France

Les sociétés dites « holdings », t. 2, thèse de doctorat, droit, Paris-Panthéon-Assas, 1993.

CÉLICE Bruno

Les réserves et le non-vouloir dans les actes juridiques, LGDJ, 1968.

CHAABAN Rana

La caducité des actes juridiques : étude de droit civil, LGDJ, 2005.

CHAMPAUD Claude

Le pouvoir de concentration de la société par actions, Sirey, 1962.

CHAPUT Yves

De l'objet social des sociétés commerciales, thèse de doctorat, droit, Université de Clermont-Ferrand, 1973.

COHEN Daniel

Arbitrage et société, LGDJ, 1993.

COLLART DUTILLEUL François

Les contrats préparatoires à la vente d'immeuble, Sirey, 1988.

COURET Alain et MARTIN Didier

Les sociétés holdings, PUF, coll. Que sais-je ?, 2^e éd., 1997.

CORMIER Maxime

Une limite à l'exécution forcée du contrat : la disproportion manifeste de l'article 1221 du Code civil, thèse de doctorat, droit, Paris-Panthéon-Assas, 2022.

CUISINIER Vincent

L'affectio societatis, Litec, 2008.

DAIGRE Jean-Jacques et SENTILLES-DUPONT Monique

Pactes d'actionnaires, GLN Joly éditions, 1995.

DELICOSTOPOULOS Constantin S.

L'encadrement processuel des autorités de marché en droits français et communautaire : contentieux de la concurrence et de la bourse, LGDJ, 2002.

DELMAS SAINT-HILAIRE Philippe

Le tiers à l'acte juridique, LGDJ, 2000.

DEXANT-DE BAILLIENCOURT Olympe

Les pactes d'actionnaires dans les sociétés cotées, Dalloz, 2012.

DO Van Dai

Le rôle de l'intérêt privé dans le contrat en droit français, PUAM, 2004.

DUCLOS José

L'opposabilité : essai d'une théorie générale, LGDJ, 1984.

DUGUIT Léon

Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon, F. Alcan, 1912.

DUPASQUIER Charles

De la transaction, sa nature, ses effets, thèse de doctorat, droit, Université de Grenoble, 1870.

DUPRÉ DE BOULOIS Xavier

Le pouvoir de décision unilatérale : étude de droit comparé interne, LGDJ, 2006.

DROUILLER Camille

Ordre public et droits fondamentaux : contribution à l'étude de la fondamentalisation du droit privé interne, IFJD / LGDJ, 2021.

ENCINAS DE MUNAGORRI Rafael

L'Acte unilatéral dans les rapports contractuels, LGDJ, 1995.

ETIENNEY Anne

La durée de la prestation : essai sur le temps dans l'obligation, LGDJ, 2008.

FARGES Simon

L'Ordre public sociétaire, Dalloz, 2022.

FAUVARQUE-COSSON Bénédicte

Libre disponibilité des droits et conflits de lois, LGDJ, 1996.

FORIERS Paul Alain

La Caducité des obligations contractuelles par disparition d'un élément à leur formation : de la nature des choses à l'équité, de l'impossibilité au principe de l'exécution de bonne foi, Bruylant, 1998.

FORRAY Vincent

Le consensualisme dans la théorie générale du contrat, LGDJ, 2007.

GALBOIS-LEHALLE Diane

La notion de contrat : esquisse d'une théorie, LGDJ, 2020.

GALLOIS-COCHET Dorothée

Le droit au bénéfice des associés, thèse de doctorat, droit, Paris-Panthéon-Assas, 2002.

GAILLARD Emmanuel

Le Pouvoir en droit privé, Economica, 1985.

GAUDEMET Antoine

Les dérivés, Economica, 2010.

GAUDEMET Sophie

La clause réputée non écrite, Economica, 2006.

GARRON Frédéric

La caducité du contrat : étude de droit privé, PUAM, 2000.

GENICON Thomas

La résolution du contrat pour inexécution, LGDJ, 2007.

GÉNY François

Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif - essai critique, A. Chevalier-Marescq & Cie, 1^e éd., 1899.

GHOZI Alain

La modification de l'obligation par la volonté des parties : étude de droit civil français, LGDJ, 1980.

GOFFAUX-CALLEBAUT Géraldine

Du contrat en droit des sociétés : essai sur le contrat instrument d'adaptation du droit des sociétés, L'Harmattan, 2008.

GOUNOT Emmanuel

Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé : contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique, thèse de doctorat, droit, Université de Bourgogne, 1912.

GUERLIN Gaëtan

L'attente légitime du contractant, thèse de doctorat, droit, Université d'Amiens, 2008.

GUTMANN Daniel

Sources et ressources de l'interprétation juridique. Étude de droit fiscal, LGDJ, 2023.

GRAMMATIKAS Georges

Théorie générale de la renonciation en droit civil (étude parallèle du droit français et du droit hellénique), thèse de doctorat, droit, Université de Paris, 1970.

GRIMALDI Cyril

Quasi-engagement et engagement en droit privé : recherches sur les sources de l'obligation, Defrénois, 2006.

GRIMONPREZ Benoît

De l'exigibilité en droit des contrats, LGDJ / Université de Poitiers, 2006.

HAMELIN Jean-François

Le contrat-alliance, Economica, 2012.

HAUROU Maurice

Principes de droit public, Sirey, 1^{ère} éd., 1910, rééd. Dalloz, 2010.

HAUSER Jean

Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique, LGDJ, 1971.

HART Herbert Lionel Adolphus

Le Concept de droit, Facultés universitaires Saint-Louis, 1976.

HELLERINGER Geneviève

Les Clauses du contrat : essai de typologie, LGDJ, 2012.

HENRY Xavier

La technique des qualifications contractuelles, thèse de doctorat, droit, Université de Nancy II, 1992.

HEYGOUT Henri

De l'effet rétroactif de la condition accomplie, thèse de doctorat, droit, Université de Paris, 1922.

JABBOUR Rita

La bonne foi dans l'exécution du contrat, LGDJ, 2016.

JALUZOT Béatrice

La bonne foi dans les contrats : étude comparative des droits français, allemand et japonais, Dalloz, 2001.

JAMIN Christophe et MAZEAUD Denis [dir.]

La nouvelle crise du contrat, Dalloz, 2003.

JHERING Rudolf von

L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement, t. 3, Librairie Maresq Aîné, 3^e éd., 1887.

JOLY Pauline

Le droit souple en droit financier, thèse de doctorat, droit, Université Paris sciences et lettres, 2021.

JOSSERAND Louis

De l'esprit des droits et de leur relativité : théorie dite de l'abus des droits, Dalloz, 2006.

KELSEN Hans

Théorie pure du droit, Dalloz, coll. Philosophie du droit, 1962.

KOUHAIZ Sami

Les obligations de faire en droit des sociétés, IRJS Éditions, 2020.

LAITHIER Yves-Marie

Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat, LGDJ, 2004.

LAMOUREUX Marie

L'aménagement des pouvoirs du juge par les contractants : recherche sur un possible imperium des contractants, PUAM, 2006.

LATINA Mathias

Essai sur la condition en droit des contrats, LGDJ, 2009.

LE NOACH Gauthier

Le statutaire et l'extrastatutaire en droit des sociétés : contribution à l'analyse juridique de l'aménagement des rapports entre associés, Dalloz, 2020.

LEROY Guillaume

La pratique du précédent en droit français. Étude à partir des avis de l'avocat général à la Cour de cassation et des conclusions du rapporteur public au Conseil d'État, LGDJ, 2023.

LIBCHABER Rémy

Recherches sur la monnaie en droit privé, LGDJ, 1992.

L'ordre juridique et le discours du droit : essai sur les limites de la connaissance du droit, LGDJ-Lextenso éd., 2013.

LOKIEC Pascal

Contrat et pouvoir : essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels, LGDJ, 2004.

Contrat et pouvoir : étude de droit privé, LGDJ, 2021.

LUCAS-PUGET Anne-Sophie

Essai sur la notion d'objet du contrat, LGDJ, 2005.

MALAUURIE Philippe

L'ordre public et le contrat : étude de droit civil comparé, France, Angleterre, U.R.S.S., Éd. Matot-Braine, 1953.

MARTIN DE LA MOUTTE Jacques

L'Acte juridique unilatéral, essai sur sa notion et sa technique en droit civil, thèse de doctorat, droit, Université de Toulouse, 1951.

MAUBERT Marc

Les clauses léonines dans les sociétés commerciales, thèse de doctorat, droit, Université de Paris, 1962.

MAZEAUD Denis

La notion de clause pénale, LGDJ, 1992.

MAZEAUD Vincent

L'obligation de couverture, IRJS Éditions, 2010.

MEKKI Mustapha

L'intérêt général et le contrat : contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé, LGDJ, 2004.

MIGNON COLOMBET Astrid

L'exécution forcée en droit des sociétés, Economica, 2004.

MILLET Florence

La notion de risque et ses fonctions en droit privé, LGDJ, Presses Universitaires de la Faculté de Droit de Clermont-Ferrand, 2001.

MOLINA Léa

La prérogative contractuelle, LGDJ, 2022.

MONSALLIER Marie-Christine

L'aménagement contractuel du fonctionnement de la société anonyme, LGDJ, 1998.

MOULY Christian

Les causes d'extinction du cautionnement, Litec, 1980.

MORIN Anne

Contribution à l'étude des contrats aléatoires, Presses universitaires de la Faculté de droit de Clermont-Ferrand, LGDJ, 1998.

MULLER Yvonne

Le contrat judiciaire en droit privé, thèse de doctorat, droit, Université Paris I Panthéon-Sorbonne, 1995.

NAJJAR Ibrahim

Le droit d'option : contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral, LGDJ, 1967

OST François

Droit et intérêt, vol. 2, *Entre droit et non-droit : l'intérêt*, Presses de l'Université Saint-Louis, 1990.

OVERSTAKE Jean-Francis

Essai de classification des contrats spéciaux, LGDJ, 1969.

PAILLUSSEAU Jean

La société anonyme, technique d'organisation de l'entreprise, Sirey, 1967.

PELLÉ Sébastien

La notion d'interdépendance contractuelle : contribution à l'étude des ensembles de contrats, Dalloz, 2007.

PELLETIER Caroline

La caducité des actes juridiques en droit privé français, L'Harmattan, 2004.

PENIN Olivier

La distinction de la formation et de l'exécution du contrat : contribution à l'étude du contrat acte de prévision, LGDJ, 2012.

PÉRÈS Cécile

La règle supplétive, LGDJ, 2004.

PIERRE-MAURICE Sylvie [dir.]

La requête préventive probatoire de l'article 145 CPC : essor, dangers, difficultés, Mare & Martin, 2023.

PIETRANCOSTA Alain

Le droit des sociétés sous l'effet des impératifs financiers et boursiers, thèse de doctorat, droit, Paris I Panthéon-Sorbonne, 1999.

PIGNARRE Louis-Frédéric

Les obligations en nature et de somme d'argent en droit privé : essai de théorisation à partir d'une distinction, LGDJ-Lextenso éd., 2010.

PRAT Sébastien

Les pactes d'actionnaires relatifs au transfert de valeurs mobilières, Litec, 1992.

PUIG Pascal

La qualification du contrat d'entreprise, Éd. Panthéon-Assas, 2002.

RANOUIL Véronique

L'autonomie de la volonté : naissance et évolution d'un concept, PUF, 1980.

RASCHEL Loïs

Le droit processuel de la responsabilité civile, IRJS Éditions, 2010.

REGNAUT-MOUTIER Corinne

La notion d'apport en jouissance, LGDJ, 1994.

REVERCHON-BILLOT Morgane

La question litigieuse en matière contractuelle : essai sur le traitement procédural du droit des contrats, Dalloz, 2017.

ROCHFELD Judith

Cause et type de contrat, LGDJ, 1999.

ROUBIER Paul

Le droit transitoire. Conflits des lois dans le temps, Dalloz, rééd., 2008.

ROUHETTE Georges

Contribution à l'étude critique de la notion de contrat, thèse de doctorat, droit, Université de Paris, 1965.

ROUJOU DE BOUBÉE Gabriel

Essai sur l'acte juridique collectif, LGDJ, 1961.

SAINT-HALARY-HOUIN Corinne

Le droit de préemption, LGDJ, 1979.

SALEILLES Raymond

De la déclaration de volonté : contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand (Art. 116 à 144), F. Pichon, 1901.

SALFATI-ARFI Sarah-Rachel

Contribution à l'étude du pacte d'associés, thèse de doctorat, droit privé, Université Aix-Marseille, 2023.

SCHILLER Sophie

Les limites de la liberté contractuelle en droit des sociétés : les connexions radicales, LGDJ, 2002.

SCHMIDT Dominique

Les conflits d'intérêts dans la société anonyme, Joly éditions, Version nouvelle, 2004.

SEUBE Jean-Baptiste

L'indivisibilité et les actes juridiques, Litec, 1999.

SIBICIANO Nicolas

Théorie générale des renonciations en droit civil français, LGDJ, 1932.

SIMLER Philippe

La nullité partielle des actes juridiques, LGDJ, 1969.

STOFFEL-MUNCK Philippe

L'Abus dans le contrat : essai d'une théorie, LGDJ, 2000.

TAXIL Julie

La singularité de l'obligation de ne pas faire, thèse de doctorat, droit, Aix-Marseille 3, 2003.

TERRÉ François

L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications, LGDJ, 1957.

TCHOTOURIAN Ivan

Vers une définition de l'affectio societatis lors de la constitution d'une société, Lextenso, 2011.

THIBIERGE Catherine [dir.]

La force normative : naissance d'un concept, LGDJ, Bruylant, 2009.

THIBIERGE Louis

Le contrat face à l'imprévu, Economica, 2011.

TOUCHAIS Maxime

La règle impérative : contribution à l'étude de la dérogation conventionnelle aux lois, LGDJ, 2023.

VALORY Stéphane

La potestativité dans les relations contractuelles, PUAM, 1999.

VELARDOCCHIO-FLORES Dominique

Les accords extra-statutaires entre associés, PUAM, 1993.

VOIDEY Nadège

Le risque en droit civil, PUAM, 2005.

WEILL Alex

La Relativité des conventions en droit privé français, Dalloz, 1939.

WEILLER Laura

La liberté procédurale du contractant, PUAM, 2004.

WOITIER Maud

La caution et le procès civil, thèse de doctorat, droit, Université Paris I Panthéon-Sorbonne, 2011.

WICKER Guillaume

Les fictions juridiques : contribution à l'analyse de l'acte juridique, LGDJ, 1996.

WINTGEN Robert

Étude critique de la notion d'opposabilité : les effets du contrat à l'égard des tiers en droit français et allemand, LGDJ, 2004.

ZOUEIN Giselle

Les promesses unilatérales de cession forcée d'actions. Réflexions sur l'obligation comme garantie et peine privée dans le cadre des pactes d'actionnaires. Étude à partir des droits français et libanais, thèse de doctorat, droit, Paris-Panthéon-Assas, 2021.

III. DICTIONNAIRES

Dictionnaire de l'Académie française, 9^e éd., 1992.
Dictionnaire de la culture juridique, Lamy-PUF, 2003.
Dictionnaire de la justice, PUF, 2004.
Dictionnaire historique de la langue française, Le Robert, 2006.
Dictionnaire le petit littré, Gallimard, 1959.
Dictionnaire Littré, [en ligne].
Dictionnaire TLFI, [en ligne].
Vocabulaire Juridique (sous la direction de Gérard Cornu), PUF, 13^e éd., 2020, v^o « Conflit »).

IV. OUVRAGES NON JURIDIQUES

BALZAC Honoré de

Le Cabinet des Antiques. Scène de la vie de province, Hippolyte Souverain, 1839.

BECK Ulrich

La Société du risque - sur la voie d'une autre modernité, Flammarion, coll. « Champs », 2008.

COSER Lewis A.

Les fonctions du conflit social, PUF, 1982.

FREUND Julien

Sociologie du conflit, PUF, 1983.

LYOTARD Jean-François

Le Différend, Éditions de Minuit, 1983.

MONTESQUIEU

De l'esprit des lois, Éd. Sociales, coll. « Les Classiques du peuple », 1969.

PRADIER Pierre-Charles

La notion de risque en économie, La Découverte, coll. Repères, 2006.

SIMMEL Georg

Le conflit, Circé, 1992.

THAUVRON Arnaud

Évaluation d'entreprise, Economica, 5^e éd., 2020.

V. AVIS ET PUBLICATIONS DE L'ANSA

ANSA, comité juridique, comm. n° 25-012, 5 mars 2025 ;

VI. PUBLICATIONS DE JURIDICTIONS

ÉTUDE ANNUELLE DU CONSEIL D'ÉTAT, *Le droit souple*, 2013.

Rapport annuel de la Cour de cassation, 2007

Rapport annuel de la Cour de cassation, 2013

ÉTUDE ANNUELLE DE LA COUR DE CASSATION, *Le rôle normatif de la Cour de cassation*, 2018, p. 23, ».

COUR DE CASSATION (ch. com., étude rédigée par Claudie Lefeuvre, conseillère référendaire), « Droit des sociétés – La liberté contractuelle dans tous ses états », *Recueil annuel des études*, 2024

VII. ARTICLES, CHRONIQUES ET FASCICULES

A. Articles et chroniques

AIRAULT Dominique, FRISON-ROCHE Marie-Anne et REVUZ Jacques

« L'efficacité des cessions d'actions nominatives à l'égard de la société émettrice », *RD banc. bourse*, 1993, n°36, p. 64.

ALIBERT Bernard

« Le pacte en droit privé », *D.*, 1996, p. 73.

AMRANI-MEKKI Soraya

« Indivisibilité et ensembles contractuels : l'anéantissement en cascade des contrats », *Defrénois*, 2002, n°6, p. 355.

ANCEL Pascal

« Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD civ.*, 1999, p. 771

« L'encadrement de la juridiction par le contrat », in *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, Economica, 2001, p. 15.

ANCEL Pascal et COTTIN Marianne

« L'efficacité procédurale des clauses de conciliation ou de médiation », *D.*, 2003, p. 1386.

ANSAULT Jean-Jacques

« Les pactes extrastatutaires sous la surveillance de l'ordre public sociétaire », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Germain*, LGDJ-Lextenso éd., 2015, p. 1.

AUBERT DE VINCELLES Carole

« Pour une généralisation, encadrée, de l'abus dans la fixation du prix », *D.*, 2006, p. 2629.

« Réflexions sur les ensembles contractuels : un droit en devenir », *RDC*, 2007, n°3, p. 983.

AUBERT Jean-Luc

« À propos d'une distinction renouvelée des parties et des tiers », *RTD civ.*, 1993, p. 263.

AUZERO Gilles

« La nécessaire prise en compte des techniques du droit des sociétés », *Dr. soc.*, 2019, p. 485.

ARDOY Pierre-Yves

« L'effet translatif du contrat : la fin de l'obligation de donner », in *Quel renouveau pour le droit des contrats ? : une réforme entre tradition et modernité*, PUPA, 2016, p. 127.

ARMAND-PREVOST Michel

« Le référé commercial », in *Le nouveau code de procédure civile : vingt ans après. Actes du colloque des 11 et 12 décembre 1997*, La Documentation française, 1998, p. 225.

AYNÈS Laurent

« Rapport introductif », in *L'unilatéralisme et le droit des obligations : actes du colloque, 9 janvier 1998*, Economica, 1999, p. 3.

« Motivation et justification », *RDC*, 2004, n°2, p. 555.

« Vers une déontologie du contrat ? », *BICC*, 2006, n°646, p. 4.

« Propos conclusifs », in dossier « Les clauses relatives à l'inexécution du contrat », *RDC*, 2024, n°3, p. 143.

BANDRAC Monique

« L'action en justice, droit fondamental », in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? – Mélanges en l'honneur de Roger Perrot*, Dalloz, 1996, p. 1.

BARBIER Hugo

« La liberté contractuelle d'aménager les effets de l'extinction du contrat », *D.*, 2018, p. 1185.
« De la renonciation commune à la caducité d'un contrat », *RTD civ.*, 2024, p. 83.

BARBIÈRI Jean-François

« Modalités financières d'une cession d'actions et dol au préjudice du cédant », *Rev. sociétés*, 2018, p. 36.

BASTIAN Daniel

« Des clauses statutaires concernant l'évaluation des droits sociaux », *Journ. sociétés*, 1935, n°7, p. 401.

BATIFFOL Henri

« La "crise du contrat" et sa portée », *Archives de philosophie du droit*, 1968, p. 13.

BLANC Nathalie et DE SAINT MAURICE Flore

« Les clauses relatives à l'exécution et à l'inexécution », *JCP N*, 2015, n°47, 1210.

BERLIOZ Pierre

« La cession des droits sociaux. Le transfert de propriété », *Rev. sociétés*, 2015, p. 14.

BÉROUJON Christiane

« Pour une analyse empirique des relations entre contentieux et jurisprudence », *RTD civ.*, 1993, p. 94.
« Contentieux au singulier et jurisprudence au pluriel », *RTD civ.*, 1995, p. 579.

BERTREL Jean-Pierre

« Le débat sur la nature de la société », in *Droit et vie des affaires : études à la mémoire d'Alain Sayag*, Litec, 1997, p. 131.

BERTREL Jean-Pierre et BERTREL Marina

« Les garanties lors de l'acquisition du contrôle d'une société : l'earn out », *Dr. et patr.*, 2008, n°175, p. 44.

BLONDEL Marie

« L'encadrement souhaitable des clauses de *bad leaver*. Création de nouvelles dispositions visant à encadrer les clauses de *bad leaver* », *RLDA*, 2024, n° 205, p. 47.

BISSARA Philippe

« L'inadaptation du droit français des sociétés aux besoins des entreprises et les aléas des solutions », *Rev. sociétés*, 1990, p. 553.

BOFFA Romain

« Contrats et obligations - Les clauses relatives aux opérations translatives », *JCP N*, 2016, n°13, 1115.

BONNEAU Thierry

« Le règlement intérieur de la société », *Dr. sociétés*, 1994, n°2, p. 1.

BONNET David

« Promesse unilatérale d'achat d'actions subordonnée à un événement incertain : terme ou condition ? », *Rev. sociétés*, 2005, p. 378.

BORGA Nicolas

« Clause buy or sell », in *Les principales clauses des contrats d'affaires*, LGDJ, 2^e éd., 2018, p. 97.

BORIES Serge

« À la rencontre du droit vécu (L'étude des masses jurisprudentielles : une dimension nouvelle des phénomènes socio-judiciaires) », *JCP G*, 1985, n°45, 3213.

BOILLOT Christine

« L'obligation de ne pas faire : étude à partir du droit des affaires », *RTD com.*, 2010, p. 243.

BOYER Louis

« Les promesses synallagmatiques de vente. Contribution à la théorie des avant-contrats », *RTD civ.*, 1949, p. 1.

BORGA Nicolas

« L'application dans le temps du nouvel article 1843-4 du Code civil », *D.*, 2014, p. 2359.

BROCARD Emmanuel

« Porte-fort d'exécution et droit des sociétés », *Rev. sociétés*, 2018, p. 86.

BROCHIER Matthieu et SCHILLER Sophie

« Les pactes d'actionnaires et d'associés. Un an de jurisprudence du tribunal de commerce de Paris », *JCP E*, 2022, n°50, 1403.

BRUNET François

« Contrainte, obligation, normativité en droit : quelques remarques », *Énergie - Environnement - Infrastructures*, 2021, n°3, p. 20.

BUCHBERGER Matthieu

« L'ordre public sociétaire », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Germain*, LGDJ-Lextenso éd., 2015, p. 181.

BUREAU Dominique

« L'extension conventionnelle d'un statut impératif – Contribution du droit international privé à la théorie du contrat », in *Mélanges en l'honneur de Philippe Malaurie : liber amicorum*, Defrénois, 2005, p. 125.

BROS Sarah

« Les contrats interdépendants : actualité et perspectives », *D.*, 2009, p. 960.

« Les contrats interdépendants dans l'ordonnance du 10 février 2016 », *JCP G*, 2016, n° 38, 975.

CABRILLAC Michel

« Remarques sur la théorie générale du contrat et les créations récentes de la pratique commerciale », in *Mélanges dédiés à Gabriel Marty*, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 1978, p. 235.

CABRILLAC Rémy

« Perspectives d'évolution en matière d'imprévision à la lumière du droit comparé », in *Mélanges en l'honneur de Camille Jauffret-Spinosi*, Dalloz, 2013, p. 227.

CADIET Loïc

« Les accords sur la juridiction dans le procès », in *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, Economica, 2001, p. 45.

« L'effet processuel des clauses de médiation », *RDC*, 2003, n°1, p. 182.

« Arbitrer, arbitrateur : Gloses et post-gloses sous l'article 1843-4 du code civil », in *Aspects actuels du droit des affaires : mélanges en l'honneur de Yves Guyon*, Dalloz, 2003, p. 153.

CAFFIN-MOI Marie

« Les remèdes à l'inexécution des pactes » in dossier « Pactes d'actionnaires et droit des contrats », *RDC*, 2024, n°1, p. 110.

CARAYOL Romain

« L'anticipation du conflit entre associés par la médiation, une responsabilité sociale des entreprises... d'avocats (aussi) », *GPL*, 2018, n° 36, p. 19-20.

CARBONNIER Jean

« Les notions à contenu variable dans le droit français de la famille », in *Les notions à contenu variable en droit*, Bruylant, 1984, p. 99.

CHAPUT Yves

« De la cause et/ou de l'objet de la société ? », in *Mélanges en l'honneur de Jean Stoufflet*, Paris, LGDJ, 2001, p. 25.

CHARNAY Jean-Paul

« Sur une méthode de sociologie juridique : l'exploitation de la jurisprudence », *Annales. Histoire, Sciences Sociales*, 1965, vol. 20, n°3, p. 513.

CHARVÉRIAT Anne

« L'intérêt d'organiser les rapports entre associés dans un pacte plutôt que dans les statuts », *BRDA*, 2019, n°5.

CHAMPAUD Claude

« Le contrat de société existe-t-il encore ? », in CADIET Loïc [coord.], *Le droit contemporain des contrats - Bilan et perspectives*, Economica, coll. Travaux et recherches. Série Faculté des sciences juridiques de Rennes, 1987, p. 125.

CHAMPEIL-DESPLATS Véronique et TROPER Michel

« Proposition pour une théorie des contraintes juridiques », in *Théorie des contraintes juridiques*, Bruylant / LGDJ, 2005, p. 15.

CHANTEPIE Gaël

« L'application dans le temps de la réforme du droit des contrats », *AJ contrat*, 2016, p. 412.

CHÉNEDÉ François

« Les conditions d'exercice des prérogatives contractuelles » in « Les prérogatives contractuelles », « Les prérogatives contractuelles », *RDC*, 2011, n°2, p. 709.

« Raymond Saleilles, Le contrat d'adhésion (2e partie) », *RDC*, 2012, n°3, p. 1017.

COHEN Daniel

« L'arbitrage et les cessions de droits sociaux », *GPL*, 2010, n°139-140, p. 87.

COHEN-BRANCHE Marielle

« Comment la Cour de cassation remédie à l'exigence de la preuve diabolique », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Didier R. Martin*, LGDJ, 2015, p. 161.

CONSTANTIN Alexis

« Réflexions sur la validité des conventions de vote », in *Le contrat au début du XXIe siècle – Études offertes à Jacques Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 253

COUPET Caroline

« Clause d'earn out », in *Les principales clauses des contrats d'affaires*, LGDJ, 2^e éd., 2018, p. 285.

« Clause de convention de vote », in *Les principales clauses des contrats d'affaires*, LGDJ, 2^e éd., 2018, p. 177.

« Clause d'exclusion », in *Les principales clauses des contrats d'affaires*, LGDJ, 2^e éd., 2018, p. 333.

COUPET Caroline et DRUMMOND France

« L'ordonnance Nullités : une réforme radicale », *BJS*, 2025, n° 5, p. 29.

COURET Alain

« Groupements de moyens et pactes léonins », *BJS*, 1992, n°10, p. 1057.

« L'apport en société entre permanence et précarité », *BJS*, 2009, n° thématique, p. 1199.

« L'irrésistible glissement du droit des sociétés vers un droit sociétal », *BJS*, 2022, n°5, p. 1.

COURET Alain et DONDERO Bruno

« La caducité des pactes d'actionnaires », *JCP E*, 2012, n°4, 1068, §4.

COURET Alain, GUILLOT Jean-Louis et PELTIER Frédéric

« La maîtrise du risque d'indétermination du prix dans les cessions d'actions », *Dr. sociétés Actes prat.*, 1992, n°2, p. 4.

COURET Alain et REYGROBELLET Arnaud

« La disponibilité de l'article 1843-4 du code civil », *D.*, 2014, p. 2005.

« Le projet de réforme du droit des obligations : incidences sur le régime des cessions de droits sociaux », *BJS*, 2015, n°5, p. 247.

CORMIER Maxime

« Les clauses relatives au contrôle de la disproportion manifeste de l'exécution forcée du contrat », *Contrats, conc. consom.*, 2023, n°8-9.

DALMAU Rémi (coord.)

Dossier « La distribution de dividendes », *GPL*, 2025, n° 20, p. 33.

DAVID René

« L'imprévision dans les droits européens », in *Études offertes à Alfred Jauffret*, Faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille, 1974, p. 211.

DEBOISSY Florence et WICKER Guillaume

« Les promesses croisées de vente et d'achat de titres sociaux : une promesse synallagmatique imparfaite », in *Le droit de l'entreprise d'un siècle à l'autre – Études en l'honneur du Professeur Bernard Saintourens*, LexisNexis, 2024, p. 367.

DEBOURG Claire

« La clause d'arbitrage et les non-signataires : retour sur l'extension *ratione personae* de la clause d'arbitrage en droit français », *Rev. arb.*, 2024, n° 1, p. 11.

DELVALLÉE Julien

« La collégialité dans les sociétés par actions simplifiées », *Rev. sociétés*, 2020, p. 75.

DELVALLÉE Julien et REYGROBELLET Arnaud

« Société “partie” à un pacte d'associés ou pacte signé “en présence de la société”, quelles différences ? », sur *Navis affaires, Tribune - avis d'experts* [en ligne], publié le 22/11/2022.

DEROUIN Philippe

« Pour une analyse “fonctionnelle” de la condition », *RTD civ.*, 1978, p. 1.

DESCAMPS Olivier

« *Plura sunt negotia quam vocabula*. Pactes et contrats innommés : à propos d'une thèse récente d'histoire du droit médiéval », *RDC*, 2013, n°2, p. 475.

DESHAYES Olivier

« Les sanctions de l'usage déloyal des prérogatives contractuelles », *RDC*, 2011, n°2, p. 726.

DE TERNAY Guillaume

« Du bon usage de la clause de gestion (des titres) dans les conventions extra statutaires, à la lumière notamment de l'article 24 de l'ordonnance du 24 juin 2004 », *JCP E*, 2006, n°49, 2755.

DIONE Boubakar

« L'ajustement de valorisation dans les opérations de capital-investissement », *RJDA*, 2006, n°11.

DONDERO Bruno

« De la condition potestative licite », *RTD civ.*, 2007, p. 677.

« Statuts de SAS et pactes extra-statutaires : questions et confrontations », *BJS*, 2008, n°3, p. 245.

« Les pactes d'actionnaires et les mutations de la société », *Dr. et patr.*, 2009, n°186, p. 69.

« Le pacte d'actionnaires signé par la société », *Rev. sociétés*, 2011, p. 535.

« L'ordonnance du 31 juillet 2014 relative au droit des sociétés », *D.*, 2014, p. 1885.

« La réforme de l'article 1843-4 du Code civil Ord. n° 2014-863, 31 juill. 2014 », *JCP E*, 2014, n°43, 1531.

« Société et association, deux groupements si différents ? », sur *Navis affaires, Tribune - avis d'experts* [en ligne], publié le 28/10/2022.

« Coexistence d'une clause buy or sell et d'une clause d'exclusion statutaire », *JCP E*, 2023, n°30, 1230.

« La décision dérogatoire aux statuts, une souplesse admise ? », *BJS*, 2023, n° 9, p. 1.

« Danger sur la clause de *drag along* ? », *Lexbase aff.*, 2024, n°818.

« L'ordonnance réformant les nullités en droit des sociétés », *JCP E*, 2025, n°16, 1114.

DORCHIES Olivier

« Les contrats de financement locatif d'équipements informatiques », *Comm. com. électr.*, 2019, n°10, p. 56.

DIDIER Paul

« Les conventions de vote », in *Jean Foyer, auteur et législateur. Leges tulit, jura docuit. Écrits en hommage à Jean Foyer*, PUF, 1997, p. 341.

DROSS William

« L'introuvable nullité des conditions potestatives », *RTD civ.*, 2007, p. 701.

DRUMMEN Jean-Bertrand, OMAGGIO Alexandre, SCHILLER Sophie

« Les conflits entre associés », *Cahiers de droit de l'entreprise*, n° 5, 2010.

DUMONT Marie-Pierre

« Contrats et obligations - Technique contractuelle », *JCP E*, 2023, n° 28, 1216.

EMY Philippe

« La renonciation à un droit d'ordre public de protection », in *Le droit de l'entreprise d'un siècle à l'autre – Études en l'honneur du Professeur Bernard Saintourens*, LexisNexis, 2024, p. 87.

ÉTIENNEY-DE SAINTE MARIE Anne

« La validité des prérogatives contractuelles après la réforme du droit des contrats », *D.*, 2017, p. 1312.

ÉTIENNEY-DE SAINTE MARIE Anne et PAQUIN Jean-Philippe

« La durée du contrat », *JCP N*, 2015, n°47, 1213.

FABRE-MAGNAN Muriel

« Le mythe de l'obligation de donner », *RTD civ.*, 1996, p. 85.

« L'obligation de motivation en droit des contrats », in *Le contrat au début du XXI^e siècle – Études offertes à Jacques Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 301.

FAGES Bertrand

« L'efficacité de la clause buy or sell », *RTD civ.*, 2009, p. 525.

« L'annulation d'un pacte de préférence pour indétermination du prix », *RTD civ.*, 2013, p. 110.

FAUVARQUE-COSSON Bénédicte

« Le changement de circonstances », *RDC*, 2004, n°1, p. 67.

FENOUILLET Dominique

« La notion de prérogative : instrument de défense contre le solidarisme ou technique d'appréhension de l'unilatéralisme ? », *RDC*, 2011, n°2, p. 644.

FONTAINE Marcel

« La pratique du préambule dans les contrats internationaux », *RD aff. int.*, 1986, p. 343.

FORIERS Paul

« Les lacunes du droit », in *Le problème des lacunes en droit*, Bruylant, 1968, p. 9.

FREYRIA Charles

« Le prix de vente symbolique », *D.*, 1997, p. 51.

FRISON-ROCHE Marie-Anne

« L'indétermination du prix », *RTD civ.*, 1992, p. 269.

« Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats », *RTD civ.*, 1995, p. 573.

« Unilatéralité et consentement », in *L'unilatéralisme et le droit des obligations : actes du colloque, 9 janvier 1998*, Economica, 1999, p. 29

FRISON-ROCHE Marie-Anne et BORIES Serge

« La jurisprudence massive », *D.*, 1993, p. 287.

GAIARDO Paul

« Regard civiliste sur les clauses dites de *bad leaver* dans les promesses de cession d'actions », *RTD com.*, 2023, p. 1.

GALLOIS-COCHET Dorothée

« L'obscur clarté du régime de l'exclusion statutaire », *Dr. sociétés*, 2014, n°12, p. 9.

« L'application dans le temps de l'article 1843-4 du Code civil », *BJS*, 2015, n°1, p. 51.

« Clause d'éviction et clause d'exclusion : faut-il distinguer ? », *GPL*, 2018, n°32, p. 50.

« La nullité convenue en droit des sociétés », in *Un juriste pluriel : mélanges en l'honneur d'Alain Couret*, Dalloz-Éd. Francis Lefebvre, 2020, p. 321.

GALLOIS-COCHET Dorothée et BARRILLON Clément

« Distribution du report à nouveau bénéficiaire : remise en ordre par la Cour de cassation », *D.*, 2025, p. 716.

GALLOIS-COCHET Dorothée et COCHET François

« La clause de cession forcée dans le pacte d'actionnaires liant des salariés », *Actes prat. ing. sociétaire*, 2008, n°102, p. 75.

GARÇON Jean-Pierre

« Fixation d'un prix de cession de titres et référence aux éléments comptables », *JCP E*, 2000, n°12, 496.

GARRIGUES Brigitte

« La contre-prestation du franc symbolique », *RTD civ.*, 1991, p. 459.

GAUDEMET Antoine

« La portée des pactes de préférence ou de préemption sur des titres de société », *Rev. sociétés*, 2011, p. 139.

« L'opposabilité et la transmission des obligations », in *Pacte d'associé ou clause statutaire : quel choix pour l'entreprise sociétaire ?*, LexisNexis, 2013, p. 17.

GENICON Thomas

« Conjuré la “ faiblesse obligatoire ” du contrat (éléments de solution pour un juste compromis en droit des contrats) » in dossier « Table ronde : Les défis du droit des contrats », *Contrats, conc. consom.*, 2020, n°12, 12.

GERMAIN Michel

« Pactes, statuts et ordre public », in *Liber amicorum : mélanges en l'honneur de Philippe Merle*, Dalloz, 2013, p. 305 .

« La contractualisation du droit des sociétés », in *Regards sur l'évolution du droit des sociétés depuis la loi du 24 juillet 1966*, Dalloz, 2018, p. 33.

GERMAIN Michel et ANSAULT Jean-Jacques

« Contrat et société : à propos du pacte extrastatutaire et de la SAS », in *Mélanges en l'honneur de Jean-Jacques Daigre : autour du droit bancaire et financier et au-delà*, Lextenso, 2017, p. 87.

GERMAIN Michel et MARCHETEAU Denis

« La pratique du capital-risque », *Actes prat. ing. sociétaire*, 2006, n°86, p.3.

GERVAIS André

« Quelques réflexions à propos de la distinction des "droits" et des "intérêts" », in *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, t. 1, Dalloz & Sirey, 1961, p. 241.

GHESTIN Jacques

« L'indétermination du prix de vente et la condition potestative (de la réalité du consentement à la protection de l'une des parties contre l'arbitraire de l'autre) », *D.*, 1973, p. 29.

« L'utile et le juste dans les contrats », *D.*, 1980, Chron., 1 et s.

« La notion de contrat », *D.*, 1990, p. 147.

« La distinction entre les parties et les tiers au contrat », *JCP G*, 1992, n°48, 3628

« Nouvelles propositions pour un renouvellement de la distinction des parties et des tiers », *RTD civ.*, 1994, p. 777

« Existe-t-il en droit positif français un principe de prohibition des contrats perpétuels ? », in *Mélanges en l'honneur de Denis Tallon : d'ici, d'ailleurs, harmonisation et dynamique du droit*, Société de législation comparée, 1999, p. 250.

GICQUIAUD Émilie

« L'interdépendance contractuelle dans les opérations de financement locatif », *Rev. dr. banc. fin.*, 2014, n°1, p. 26.

GORCHS Béatrice

« La médiation dans le procès civil : sens et contresens. Essai de mise en perspective du conflit et du litige », *RTD civ.*, 2003, p. 409.

GRIGNON Philippe

« L'obligation de ne pas agir en justice », in *Mélanges Christian Mouly*, t. II, Litec, 1998, p. 115.

GRIMALDI Cyril

« Les clauses tournées vers le maintien du contrat : exécution par remplacement, exécution forcée, réduction de prix », in dossier « Les clauses relatives à l'inexécution du contrat », *RDC*, 2024, n°3, p. 111.

GROSS Bernard

« La priorité du bénéficiaire du pacte de préférence : à prix égal ou “ à égalité de prix et de conditions ” », in *Droits de propriété intellectuelle. Liber amicorum Georges Bonet*, Litec, 2010, p. 281.

GRZEGORCZYK Christophe

« Obligations, normes et contraintes juridiques. Essai de reconstruction conceptuelle », in *Théorie des contraintes juridiques*, Bruylant / LGDJ, 2005, p. 25.

GUELFUCCI-THIBIERGE Catherine

« De l'élargissement de la notion de partie au contrat... à l'élargissement de la portée du principe de l'effet relatif », *RTD civ.*, 1994, p. 275.

« Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *RTD civ.*, 1997, p. 357.

GUYON Yves

« De la distinction des sociétés et des associations depuis la loi du 4 janvier 1978 », in *Études offertes à Pierre Kayser*, t. 1, PUAM, 1979, p. 483.

« L'évolution de l'environnement juridique de la loi du 24 juillet 1966 », *Rev. sociétés*, 1996, p. 501.

GRANOTIER Julien

« Réforme des nullités et SAS : donner, c'est donner ! », *Dr. sociétés*, 2025, n°5, p. 1.

HAMELIN Jean-François

« La place de la société dans le pacte d'actionnaires : tiers, partie, en présence de, etc. », in dossier « Pactes d'actionnaires et droit des contrats », *RDC*, 2024, n°1, p. 99.

« La prise en compte des évolutions affectant les droits sociaux », *Dr. et patr.*, 2024, n°350, p. 36.

« Clause de ratchet », in *Les principales clauses des contrats d'affaires*, LGDJ, 2^e éd., 2018, p. 707.

« L'exercice des nouveaux pouvoirs unilatéraux du contractant » in dossier « Les nouveaux pouvoirs unilatéraux du contractant », *RDC*, 2018, n°3, p. 514.

HAYNES John

« Risk as an Economic factor », *Quarterly Journal of Economics*, 1895, vol. 9, n°4, p. 409.

HÉBRAUD Pierre

« Rôle respectif de la volonté et des éléments objectifs dans les actes juridiques », in *Mélanges offerts à Jacques Maury*, t. II, Dalloz & Sirey, 1960, p. 420.

« Observations sur la notion du temps dans le droit civil », in *Études offertes à Pierre Kayser*, t. 2, PUAM, 1979, p. 1.

HEINICH Julia

« Le sort du pacte extrastatutaire d'associés lors d'un événement affectant l'un de ses signataires », *Rev. sociétés*, 2014, p. 475.

« Des clauses fragilisées dans les conventions entre associés ? », *RJC*, 2017, n°1, p. 119.

« Clause d'adhésion préalable », in *Les principales clauses des contrats d'affaires*, LGDJ, 2^e éd., 2018, p. 27.

« Clause de décision majeure », in *Les principales clauses des contrats d'affaires*, LGDJ, 2^e éd., 2018, p. 199.

« Clause de force majeure », in *Les principales clauses des contrats d'affaires*, LGDJ, 2^e éd., 2018, p. 359.
« Le contrôle des nouveaux pouvoirs unilatéraux du contractant », in dossier « Les nouveaux pouvoirs unilatéraux du contractant », *RDC*, 2018, n°3, p. 521.
« Remarques sur la durée du pacte d'actionnaires », in *Mélanges en l'honneur d'Isabelle Urbain-Parleani*, Dalloz, 2023, p. 117
« Les clauses de force majeure », in dossier « Les clauses relatives à l'inexécution du contrat », *RDC*, 2024, n°3, p. 114.
« Les rapports juridiques entre la loi, les statuts et les pactes extra-statutaires en matière de SAS : quelques réflexions tirées de la jurisprudence récente », in dossier « Les 30 ans de la SAS », *RLDA*, 2024, n° 208, p. 42.

HELLERINGER Geneviève

« Quand les parties font leur loi. Réflexions sur la contractualisation du pouvoir judiciaire d'interprétation », in *Repenser le contrat*, Dalloz, 2009, p. 275.

HERVIEU Merryll

« Ordre public économique de direction, ordre public de protection : l'avenir de la distinction », in *Au-delà des codes – Mélanges en l'honneur de Marie-Stéphane Payet*, Dalloz, 2012, p. 317.

HOUTCIEFF Dimitri

« L'étendue des nouveaux pouvoirs unilatéraux du contractant » in dossier « Les nouveaux pouvoirs unilatéraux du contractant », *RDC*, 2018, n°3, p. 505.
« La motivation en droit des contrats », *Rev. dr. Assas*, 2019, n°19, p. 32.
« Le renouveau de la force obligatoire du contrat : ouverture des travaux » in dossier « Le renouveau de la force obligatoire », *RDC*, 2024, n°4, p. 82.

JAMIN Christophe

« Une brève histoire politique des interprétations de l'article 1134 du Code civil », *D.*, 2002, p. 901.

JEAMMAUD Antoine

« Propos introductifs », in *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, Economica, 2001, p. 1.
« Conflit, différend, litige », *Droits*, 2002, n°34, p. 15.

JEANTIN Michel

« Les conventions de vote », in *La stabilité du pouvoir et du capital dans les sociétés par actions*, RJ com., 1990, p. 12.
« Droit des obligations et droit des sociétés », in *Mélanges dédiés à Louis Boyer*, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 1996, p. 317.

JESTAZ Philippe

« La jurisprudence, ombre portée du contentieux », *D.*, 1989, p. 149.

JEULAND Emmanuel

« L'énigme du lien de droit », *RTD civ.*, 2003, p. 455.

JULLIAN Nadège

« La nullité amiable en droit des sociétés », sur *Navis affaires, Tribune - avis d'experts* [en ligne], publié le 03/10/2023.

KADDOUCH Renée

« LBO : actions de préférence ou pacte d'actionnaires ? », *JCP E*, 2006, n°24, 1953.

KELSEN Hans

« La théorie juridique de la convention », *Archives de philosophie du droit*, 1940, p. 33.

KENDERIAN Fabien

« La contribution aux pertes sociales », *Rev. sociétés*, 2002, p. 617.

KOUHAIZ Sami

« La compatibilité des sanctions dans les pactes d'associés », *Rev. sociétés*, 2019, p. 87.

LACABARATS Alain

« Compétence des juges des référés », in *Droit et pratique de la procédure civile : droit interne et européen*, Dalloz, 10^e éd., 2021, p. 291.

LABARTHE Françoise

« La fixation unilatérale du prix dans les contrats cadre et prestations de service », *JCP G*, 2016, n°23, 1110.

LAGARDE Xavier

« La motivation des actes juridiques », in *La motivation*, Travaux de l'Association Henri Capitant, LGDJ, 2000, p. 73.

LAGARDE Xavier

« Transaction et ordre public », *D.*, 2000, p. 217.

LAITHIER Yves-Marie

« Aléa et théorie générale du contrat », in *L'aléa*, Assoc. Henri Capitant, Dalloz, coll. thèmes et commentaires, 2011, p. 7.

« Les sanctions de l'inexécution du contrat », *RDC*, 2016, n° Hors-série, p. 39.

« La distinction entre les obligations de donner, de faire et de ne pas faire en droit français », in *Comparaison de la réforme du droit français des contrats et du régime de l'obligation avec le nouveau Code civil roumain. Vol. 2 Régime de l'obligation*, IRJS Éditions, 2017, p. 3.

« Quand peut-on invoquer la caducité du contrat ? », *RDC*, 2021, n° 1, p. 161.

« La qualification de clause pénale - critères et difficultés », in dossier « Les clauses pénales : pratique contractuelle et contrôle judiciaire », *RDC*, 2025, n° 1, p. 132.

LAITHIER Yves-Marie et MAZEAUD Denis

« La nature de la sanction : satisfaction du bénéficiaire par des dommages-intérêts ou primauté de l'exécution forcée en nature ? », *RDC*, 2012, n°2, p. 681.

LAMAZEROLLES Eddy

« Quelques idées reçues sur les pactes d'associés », *JCP E*, 2019, n°28, 1349.

« Faire exécuter les conventions de vote entre associés », *JCP E*, 2021, n°18, 1234.

LAMBERT Thierry

« L'exigence d'un prix sérieux dans les cessions de droits sociaux », *Rev. sociétés*, 1993, p. 1.

LAMOUREUX Marie

« Clause d'interprétation », in *Les principales clauses des contrats d'affaires*, LGDJ, 2^e éd., 2018, p. 455.

- « Clause d'intégralité », in *Les principales clauses des contrats d'affaires*, LGDJ, 2^e éd., 2018, p. 449.
- « Clause d'intitulés », in *Les principales clauses des contrats d'affaires*, LGDJ, 2^e éd., 2018, p. 461.
- « Clause de priorité », in *Les principales clauses des contrats d'affaires*, LGDJ, 2^e éd., 2018, p. 683.
- « Clause de définition », in *Les principales clauses des contrats d'affaires*, LGDJ, 2^e éd., 2018, p. 223.

LARGUIER Jean

- « La preuve d'un fait négatif », *RTD civ.*, 1953, p. 1.

LASSERRE-KIESOW Valérie

- « Contrats et obligations - L'aléa », *JCP G*, 2009, n°31-35, 182.

LASSERRE Valérie

- « Faut-il corriger les abus des clauses de *bad leaver* ? Réflexions autour d'un texte de Philippe Malaurie sur la liberté contractuelle et ses limites, à propos de la révision de la clause pénale », *Rev. dr. Assas*, 2022, n° 24, p. 148.

LARRIEU Peggy

- « L'interprétation des pactes extra-statutaires », *Rev. sociétés*, 2007, p. 697.

LATINA Mathias

- « Les mesures du temps », in *Le temps et le droit : Journées nationales, Dijon, 22 novembre 2013*, Dalloz, 2014, p. 87.
- « Clause de divisibilité et d'indivisibilité », in *Les principales clauses des contrats d'affaires*, LGDJ, 2^e éd., 2018, p. 247.

LAUDE Anne

- « Le constat judiciaire des pourparlers », *RTD com.*, 1998, p. 551.

LE CANNU Paul

- « Le règlement intérieur des sociétés », *BJS*, 1986, n°7-8, p. 723.

LECOURT Arnaud

- « Réforme des nullités en droit des sociétés : plus de sécurité juridique, vraiment ? », *RTD com.*, 2025, p. 415.

LÉCUYER Hervé

- « La modification unilatérale du contrat », in *L'unilatéralisme et le droit des obligations : actes du colloque, 9 janvier 1998*, Economica, 1999, p. 47.
- « Le contrat, acte de prévision », in *L'avenir du droit : mélanges en hommage à François Terré*, PUF, J.-CL., 1999, p. 643.

LEMAIRE Sophie

- « Interrogations sur la portée juridique du préambule du règlement Rome I », *D.*, 2008, p. 2157.

LE NABASQUE Hervé

- « Le champ d'application de l'article 1843-4 du Code civil », *BJS*, 2009, n°11, p. 1018.
- « Retour (d'humeur) sur l'article 1843-4 du code civil », *Rev. sociétés*, 2011, p. 149.

« Dispositions relatives à la valorisation des droits sociaux en cas de cession : réforme de l'article 1843-4 du code civil », *Rev. sociétés*, 2014, p. 647.

« Les avants-contrats » in dossier « Le droit des sociétés et la réforme du droit des contrats », *BJS*, 2016, n°9, p. 518.

« Des apports rémunérés par des valeurs mobilières donnant accès au capital ? », *BJS*, 2022, n°11, p. 37.

« Le contentieux des management fees et management packages », *BJS*, 2024, n°3, p. 60.

[Dir.], dossier « La réforme des nullités en droit des sociétés », *BJS*, 2025, n° 7-8, p. 26 et s.

LE NABASQUE Hervé, DUNAUD Patrick et ELSSEN Patricia

« Les clauses de sortie dans les pactes d'actionnaires », *Dr. sociétés Actes prat.*, 1992, n°5, p. 2.

LÉQUETTE Suzanne

« La notion de contrat, réflexions à la lumière de la réforme du droit commun des contrats », *RTD civ.*, 2018, p. 541.

LEVENEUR Laurent

« Introduction générale : application dans le temps et caractère impératif ou supplétif des dispositions issues de la réforme du droit des contrats », *RGDA*, 2017, n° 11, p. 582.

LIBCHABER Rémy

« Réflexions sur les engagements perpétuels et la durée des sociétés », *Rev. sociétés*, 1995, p. 437.

« Réflexions sur les effets du contrat », in *Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit : mélanges offerts à Jean-Luc Aubert*, Dalloz, 2005, p. 211.

« L'emprise de la volonté des parties sur les pouvoirs du juge étatique », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Loïc Cadet*, LexisNexis, Paris, 2023, p. 905.

LOKIEC Pascal

« La décision et le droit privé », *D.*, 2008, p. 2293.

LOKIEC Pascal et DEBOISSY Florence

« Condition de présence du salarié dans la société et droits d'associé », *JCP S*, 2013, n°47, p. 7.

LOQUIN Éric

« Différences et convergences dans le régime de la transmission et de l'extension de la clause compromissoire devant les juridictions françaises », *GPL*, 2002, n° 156, p. 7.

LUCAS François-Xavier

« L'exécution forcée des conventions de vote », *BJS*, 2011, n°7, p. 625.

« La place de la liberté contractuelle dans la détermination du prix de droits sociaux à dire d'expert. 1592 vs 1843-4 », in *Le droit des affaires à la confluence de la théorie et de la pratique : mélanges en l'honneur du Professeur Paul Le Cannu*, Dalloz-LGDJ-IRJS-Thomson Reuters Transactive, 2014, p. 343.

LUCAS François-Xavier et PORACCHIA Didier

« Le nouvel article 1843-4 du Code civil », *BJS*, 2014, n°11, p. 474.

MAGNIER-MERRAN Kevin

« Observations sur la portée du préambule des statuts d'une société », *AJ contrat*, 2018, p. 452.

MALLET-BRICOUT Blandine

« Le prix : entre détermination et liberté, que choisir ? », *Defrénois*, 2013, n°11, p. 588.

MARAIN Gaëtan

« L'opposabilité des pactes d'actionnaires », *Rev. sociétés*, 2017, p. 542.

MARCOU Pauline

« La place du préambule contractuel », *JCP N*, 2023, n°26, 1129.

MARMISSE-D'ABBADIE D'ARRAST Anne

« L'*affectio societatis* : pour le maintien d'un concept fonctionnel », *Rev. sociétés*, 2020, p. 212.

MARTIN Raymond

« Retour sur la distinction du fait et du droit », *D.*, 1987, p. 272.

MARTIN-LAVIGNE Yann

« Clauses de ratchet : de la pratique anglo-saxonne au droit français », *D.*, 2002, p. 1540.

MASSART Thibault

« Valeur des engagements figurant dans le préambule d'un pacte d'actionnaires », *BJS*, 2010, n°9, p. 751.

« La problématique de l'exécution forcée des conventions de vote », *Actes prat. ing. sociétaires*, 2016, n°147, p. 15.

MATHEY Étienne

« Transfert d'actions : ne faut-il obéir qu'aux ordres... de mouvement ? », *GPL*, 2013, n°321-323, p. 5.

MAZEAUD Denis

« Regards positifs et prospectifs sur “ le nouveau monde contractuel ” », *LPA*, 2004, n°92, p. 47.

MAYER Pierre

« Rapport introductif », in *L'impérativité en droit international des affaires : questions d'actualité*, Société de législation comparée, 2020, p. 7.

MAZEAUD Denis

« 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.

« L'encadrement des pouvoirs du juge : l'efficacité des clauses relatives à l'interprétation », in dossier « L'interprétation : une menace pour la sécurité des conventions ? », *RDC*, 2015, n°1, p. 187.

« L'exécution forcée en nature dans la réforme du droit des contrats », *D.*, 2016, p. 2477.

« La place du juge en droit des contrats », *RDC*, 2016, n°2, p. 353.

MEKKI Mustapha

« Réforme des contrats et des obligations : la promesse unilatérale de contrat », *JCP N*, 2016, n°40, 1071.

« Fiche pratique : l'exécution forcée "en nature", sauf si... », *GPL*, 2016, n° 25, p. 15.

« La clause de substitution dans les promesses de vente : une cession de contrat, what else ? », *BRDA*, 2018, n°20.

« La loi de ratification de l'ordonnance du 10 février 2016 – Une réforme de la réforme ? », *D.*, 2018, p. 900.

MERCADAL Barthélemy

« Regards sur le droit des transports », in *Études offertes à René Rodière*, Dalloz, 1981, p. 427.

MESTRE Jacques et MESTRE-CHAMI Anne-Sophie

« Prévention et règlement des différends économiques », *RLDA*, 2014, n°98, p. 80.

MIGUET Jacques

« Réflexions sur le pouvoir des parties de lier le juge par les qualifications et points de droit », in *Mélanges offerts à Pierre Hébraud*, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 1981, p. 567.

MOLFESSIS Nicolas

« Promesse unilatérale de vente : un revirement nébuleux », *JCP G*, 2021, n°47, 1226.

MOLINA Léa

« La promesse est la vente », *LEDC*, 2024, n°4, p. 5.

MONOD Françoise

« L'ajustement du prix de souscription à une augmentation de capital par utilisation des bons de souscription d'actions dite "clause de ratchet" », *Actes prat. ing. sociétaire*, 2002, n°62, p.3.

MORET-BAILLY Joël

« Les stipulations de constatation », *Rev. de la Recherche Juridique, Droit prospectif*, 2000, p. 489.

MORON-PUECH Benjamin

« De quelques faiblesses de la définition traditionnelle du contrat », *Droits*, 2016 /2 (n° 64), p. 115.

MORTIER Renaud

« Le tiers estimateur », in *La sortie de l'investisseur*, Litec, 2007, p. 101.

« Le nouvel article 1843-4 du Code civil issu de l'ordonnance n° 2014-863 du 31 juillet 2014 », *Dr. sociétés*, 2014, n°10, p. 13.

« Quelle portée conférer au préambule d'un pacte d'actionnaire ? », *Dr. sociétés*, 2017, n°1, p. 20

« Légalisation des conventions d'exercice du droit de vote du nu-propriétaire par l'usufruitier », *Dr. sociétés*, 2019, n°10, p. 16.

« L'ordonnance n° 2025-229 du 12 mars 2025 portant réforme du régime des nullités en droit des sociétés », *JCP N*, 2025, n°15, 1074.

MORTIER Renaud, GUÉGAN Elsa et BOL Sabrina

Dossier « Ordonnance du 12 mars 2025 portant réforme du régime des nullités en droit des sociétés », *Dr. sociétés*, 2025, n° 7, p. 15 et s.

MOULIN Jean-Marc

« L'invalidation du prix et les volontés des parties », in *La sortie de l'investisseur*, Litec, 2007, p. 121.

MOULY-GUILLEMAUD Clémence

« L'éviction contractuelle de la caducité dans le financement locatif », *JCP E*, 2022, n°30, 1271.

MOURY Jacques

« Jeux d'ombres sur la détermination du prix par les tiers estimateurs des articles 1592 et 1843-4 du code civil », *Rev. sociétés*, 2005, p. 513.

« Réflexions sur l'article 1843-4 du code civil après l'arrêt rendu le 5 mai 2009 par la Chambre commerciale de la Cour de cassation », *Rev. sociétés*, 2009, p. 503.

« Supplique à l'adresse de mesdames et messieurs les Hauts conseillers afin qu'ils accordent grâces aux praticiens de la tierce estimation », *Rev. sociétés*, 2013, p. 330.

« Retour sur le prix : le champ de l'article 1163, alinéa 2, du code civil », *D.*, 2017, p. 1209, n°9 et s.

« Modification prochaine de l'article 1592 du code civil : stérile, voire dangereuse », *D.*, 2019, p. 1302.

« Application dans le temps de l'article 1843-4 du code civil : la messe n'est pas dite », *Rev. sociétés*, 2021, p. 287.

« Les actes extra-statutaires peuvent compléter les statuts de la SAS, qui fixent les conditions dans lesquelles la société est dirigée, non point y déroger », *RTD com.*, 2023, p. 165.

MOUSSERON Jean-Marc

« La gestion des risques par le contrat », *RTD civ.*, 1988, p. 481.

MOUSSERON Pierre

« Conduite des négociations contractuelles et responsabilité civile délictuelle », *RTD com.*, 1998, p. 243.

« Les facteurs juridiques dans l'évaluation de droits sociaux », *RJDA*, 2006, n°3.

NURIT-PONTIER Laure

« Repenser les apports en industrie », *Petites affiches*, 2002, n°132, p. 4.

OPPETIT Bruno

« L'engagement d'honneur », *D.*, 1979, p. 107.

OST François

« Le conflit, moteur et enjeu du droit : sept propositions », in *Le conflit : quelles approches ?* Anthemis, Limal (Belgique), 2020, p. 79.

PACLOT Yann

« La blockchain et le pacte d'actionnaires », in *Blockchain et droit des sociétés*, Dalloz, 2019, p. 161.

PAILLUSSEAU Jean

« Les fondements du droit moderne des sociétés », *JCP E*, 1984, I, 3148.

« Entreprise et société. Quels rapports ? Quelle réforme ? », *D.*, 2018, p. 1395.

PARACHKEVOVA Irina, CAFFIN-MOI Marie, GASTAUD Jean-Pierre, LASSERRE-CAPDEVILLE Jérôme, ROBINE David et THOMAS Vivian

« Les promesses de vente de titres », *Actes prat. ing. sociétaire*, 2015, n°139, p. 5.

PARLEANI Gilbert

« Les pactes d'actionnaires », *Rev. sociétés*, 1991, p. 1.

PASCUAL Isabelle

« La prise en considération de la personne physique dans le droit des sociétés », *RTD com.*, 1998, p. 273.

PENIN Olivier

« Le prix : heurts et malheurs d'un incompris – Réflexions sur la question du prix dans le contrat d'entreprise après l'avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux », *JCP E*, 2024, n°30-35, 1241.

PERELMAN Chaïm

« Le problème des lacunes en droit, essai de synthèse », in *Le problème des lacunes en droit*, Bruylant, 1968, p. 537.

PÉRÈS Cécile

« Règles impératives et supplétives dans le nouveau droit des contrats », *JCP G*, 2016, n°16, 454.

PICARD Pierre

« Risques d'assurance et risques financiers », *Rev. éco. fin.*, 2005, n°80, p. 15.

PIETRANCOSTA Alain

« Promesses d'achat de droits sociaux et clauses “ léonines ” : critique d'une sollicitation excessive et hasardeuse de l'article 1844-1 du Code civil », *RLDA*, n°1, 2006.

PILLET Gilles

« L'efficacité des pactes d'actionnaires après le revirement de la troisième chambre civile de la Cour de cassation », *Rev. sociétés*, 2022, p. 141.

PIROVANO Antoine

« La “ boussole ” de la société. Intérêt commun, intérêt social, intérêt de l'entreprise ? », *D.*, 1997, p. 189.

POITRINAL François-Denis

« Cessions d'entreprise : les conventions de earn out », *JCP N*, 1999, n°14, 594.

« Les pactes d'actionnaires », in *Le juge et le droit de l'économie : mélanges en l'honneur de Pierre Bézard*, Montchrestien, 2002, p. 127.

POMART-NOMDEDEO Cathy

« Le régime juridique des droits potestatifs en matière contractuelle, entre unité et diversité », *RTD civ.*, 2010, p. 209.

PONS Luc

« Déséquilibre significatif, abus de dépendance et *private equity* », *Journ. sociétés*, 2016, n°144, p. 21.

PORACCHIA Didier, LÉCUYER Hervé et RAYNOUARD Arnaud

« Relativité et opposabilité des pactes extrastatutaires », *Dr. et patr.*, 2009, n°186, p. 64.

PRIEUR Jean

« Les PME et le capital-risque », *BJS*, 1998, n°10, p. 1033.

QUIEVY Jean-François

« La clause de substitution dans les promesses unilatérales de vente immobilière : une stipulation de promesse pour autrui », *GPL*, 2024, n° 36, p. 14.

RAVEL D'ESCLAPON Thibault de

« La validité des clauses de rachat dans les sociétés en nom collectif », *LPA*, 2008, n° 224, p. 4.

REBOUL Nadège

« Remarques sur une notion conceptuelle et fonctionnelle : l'*affectio societatis* », *Rev. sociétés*, 2000, p. 425.

RENET Thierry

« L'obligation de motiver une décision contractuelle unilatérale, instrument de vérification de la prise en compte de l'intérêt de l'autre partie », *RDC*, 2004, n°2, p. 579.

« Les critères du contrat d'adhésion », *D*, 2016, p. 1771.

RIZZO Fabrice

« Regards sur la prohibition des engagements perpétuels », *Dr. et patr.*, 2000, n° 78, p. 60.

ROCHFELD Judith

« Les droits potestatifs accordés par le contrat », in *Le contrat au début du XXIe siècle – Études offertes à Jacques Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 747.

« Les modes temporels d'exécution du contrat », *RDC*, 2004, n°1, p. 47.

ROUTIER Richard

« Les clauses de ratchet en droit des sociétés », *BJS*, 2002, n°8, p. 259.

SAINTOURENS Bernard

« L'évolution des relations entre les associés de la société civile », *BJS*, 2008, n° 12, p. 1049.

SALGADO Maria-Beatriz

« Le régime des clauses de préemption dans les pactes d'actionnaires des sociétés anonymes », *Dr. sociétés*, 2003, n°3.

SAVATIER Louis-Marie

« La réforme des nullités en droit des sociétés : un pas de trop en avant ? », *GPL*, 2025, n°17, p. 13.

SCHILLER Sophie et DIENER Hugo

« Les clauses d'offre alternative », *Actes prat. ing. sociétaire*, 2002, n°65, p. 32.

SCHILLER Sophie et FABRE Hubert

« La mésentente dans les sociétés civiles : risques et solutions », *JCP N*, 2018, n° 50, 1365.

SCHLUMBERGER Edmond

« La nullité d'un pacte de préférence pour indétermination du prix », *BJS*, 2016, n°6, p. 325.

« La constitutionnalité des clauses statutaires d'exclusion de SAS », *BJS*, 2023, n°1, p. 9.

SCHMIDT Dominique

« De l'intérêt commun des associés », *JCP E*, 1994, n°48, 404.

SERVERIN Evelyne et JEAMMAUD Antoine

« Concevoir l'espace jurisprudentiel », *RTD civ.*, 1993, p. 91.

SOUSI Gérard

« La spécificité juridique de l'obligation de somme d'argent », *RTD civ.*, 1982, p. 514.

STOCLET Mathieu

« De la libéralisation des clauses d'exclusion statutaires », *GPL*, 2023, n°34, p. 41.

STOFFEL-MUNCK Philippe

« L'abus dans le contrat, vingt ans après », in *Homme de foi, homme de droit – Mélanges en l'honneur d'Alain Sériaux*, Mare & Martin, 2023, p. 353.

« L'interprétation du pacte d'actionnaires » in dossier « Pactes d'actionnaires et droit des contrats », *RDC*, 2024, n°1, p. 94.

TADROS Antoine

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

TALLON Denis

« La révision du contrat pour imprévision au regard des enseignements récents du droit comparé », in *Droit et vie des affaires : études à la mémoire d'Alain Sayag*, Litec, 1997, p. 403.

TERRÉ François

« Rapport introductif », in *L'ordre public à la fin du XXe siècle*, Dalloz, 1996, p. 3.

THEVENET Christophe et MESTRE Jacques

« Les conflits entre associés : Pourquoi ils surviennent et comment les régler ? », *Dalloz avocats*, 2014, p. 270.

THIBIERGE Catherine

« Synthèse », in *La force normative : naissance d'un concept*, LGDJ, Bruylant, 2009, p. 749.

THIBIERGE Louis

« À la recherche de l'imprévision », sur *Navis affaires, Tribune - avis d'experts* [en ligne], publié le 15/06/2022.

TILLEMENT Geneviève

« Promesse de porte-fort et droit des sociétés », *Rev. sociétés*, 1993, p. 51.

TORCK Stéphane

« La mécanique des promesses de cession : conditions et détermination du prix » in dossier « Pactes d'actionnaires et droit des contrats », *RDC*, 2024, n°1, p. 90.

TRÉBULLE François-Guy

« Stakeholders Theory et droit des sociétés », *BJS*, 2006, n°12, p. 1337 et 2007, n°1, p.7.

VAMPARYS Xavier

« Validité et efficacité des clauses d'entraînement et de sortie conjointe dans les pactes d'actionnaires », *BJS*, 2005, n°7, p. 820.

VIANDIER Alain

« Le règlement intérieur du conseil d'administration des sociétés cotées », *RJDA*, 2003, n°12, p. 1003.

VIGNEAU Vincent

« Les sources du droit des affaires : la jurisprudence », *JCP E*, 2024, n°23, 1168.

WEILLER Laura

« Clause de qualification », in *Les principales clauses des contrats d'affaires*, LGDJ, 2^e éd., 2018, p. 701.

WERTENSCHLAG Bruno

« Prix déterminable et cession de droits sociaux », *JCP N*, 1991, n°21, 100510.

WESTER-OUISSE Véronique

« La caducité en matière contractuelle : une notion à réinventer », *JCP G*, 2001, n°4, 290.

WICKER Guillaume

« Force obligatoire et contenu du contrat », in *Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats*, Dalloz, 2003, p. 151.

« De la survie des fonctions de la cause. Ébauche d'une théorie des motifs », *D.*, 2020, p. 1906.

RAVISY Noro-Lanto et LEVESQUE Marie-Isabelle

« Les accords conclus entre actionnaires dans les opérations de LBO », *GPL*, 2004, n°148, p. 9.

RAYNARD Jacques

« Le domaine des prérogatives contractuelles : variété et développement », *RDC*, 2011, n°2, p. 695.

RIVIER Marie-Claire

« L'éviction de la juridiction étatique par le contrat », in *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, Economica, 2001, p. 23

VALUET Jean-Paul

« Conventions "post mortem" dans les pactes d'actionnaires », *Actes prat. ing. sociétaire*, 1999, n°43, p. 17.

VIANDIER Alain

« Après l'article de Michel Jeantin sur les conventions de vote », in *Prospectives du droit économique : dialogues avec Michel Jeantin*, Dalloz, 1999, p. 311.

VINCENT Robert

« La sécurisation statutaire de l'exclusion d'un associé d'une SAS », *Dr. sociétés*, 2024, n°1, p. 7.

X

Dossier, « Les prérogatives contractuelles », *RDC*, 2011, n°2, p. 639 et s.
Dossier, « Les nouveaux pouvoirs unilatéraux du contractant », *RDC*, 2018, n°3, p. 502 et s.
Dossier, « Le recours à l'arbitrage et à la médiation dans la résolution des conflits sociétaires : concurrence ou complémentarité ? », *Actes prat. ing. sociétaire*, 2023, n°4, p. 3-30.
Dossier, « L'ordonnance portant réforme des nullités en droit des sociétés : un texte de rupture ? », *Rev. sociétés*, 2025, p. 307 et s.

B. Fascicules

AUBERT DE VINCELLES Carole

« Porte-fort », *Rép. civ.*, Dalloz, 2017.

BARRET Olivier (actualisation BRUN Philippe)

« Vente : formation », *Rép. civ.*, Dalloz, 2019.

BLÉRY Corinne et REICHLING Noémie

« Principes directeurs du procès – Office du juge – Fondement des prétentions litigieuses », *J.-Cl. Procédure civile*, fasc. 500-35, LexisNexis, 2024.

BOURGEOIS-BERTREL Marina et BERTREL Jean-Pierre

« Portage de droits sociaux », *Rép. sociétés*, Dalloz, 2015.

BUFFELAN-LANORE Yvaine (actualisation PELLIER Jean-Denis)

« Condition », *Rép. civ.*, Dalloz, 2020.

CAFFIN-MOI Marie

« Théorie des bénéfices et des pertes – Clauses léonines »
J.-Cl. Sociétés Traité, fasc. 15-30, LexisNexis, 2012.

CARREAU Dominique

« Système commercial multilatéral : volet institutionnel », *Rép. dr. internat.*, Dalloz, 2011.

CHANTEPIE Gaël

« Contrat : effets », *Rép. civ.*, Dalloz, 2018.

CHANTEPIE Gaël et SAUPHANOR-BROUILAUD Natacha

« Déséquilibre significatif », *Rép. civ.*, Dalloz, 2022.

CHAPUT Yves

« Sociétés (Objet social) », *Rép. sociétés*, Dalloz, 2020.

DE RAVEL D'ESCLAPON Thibault

« Dissolution », *Rép. sociétés*, Dalloz, 2022.
« Location financière », *Rép. com.*, Dalloz, 2023.

DISSAUX Nicolas

« Contrat : formation », *Rép. civ.*, Dalloz, 2017.

DUBOIS Jean-Pierre

« Pouvoir discrétionnaire », *Rép. contentieux adm.*, Dalloz, 2015.

DURAND-BARTHEZ Pascal (actualisation DANNENBERGER Frédéric)

« Associations d'entreprises à forme sociétaire – Commentaires », *J.-Cl. Sociétés Formulaire*, fasc. O-5, LexisNexis, 2016.

GALLOIS-COCHET Dorothée

« Résultat : détermination et affectation », *Études Joly Sociétés*, Lextenso, 2023.

« Associé », *Études Joly Sociétés*, Lextenso, 2024.

GIBIRILA Deen

« SOCIÉTÉ. – Dispositions générales. – Constitution de la société : contrat de société », *J.-CL. Civil Code, art. 1832 à 1844-17*, fasc. 10, LexisNexis, 2017.

« Société en nom collectif », *Rép. sociétés*, Dalloz, 2025.

GERMAIN Michel, PÉRIN Pierre-Louis (actualisation AZARIAN Hélène)

« SOCIÉTÉS PAR ACTIONS SIMPLIFIÉES. – Organisation des rapports entre associés. – Clauses statutaires relatives à la cession d'actions », *J.-CL. Sociétés Traité*, fasc. 155-30, LexisNexis, 2022.

GRÉAU Fabrice

« Force majeure », *Rép. civ.*, Dalloz, 2017.

GRIMONPREZ Benoît

« Mise en demeure », *Rép. civ.*, Dalloz, 2017.

FABRE Alexandre

« Contrat de travail à durée indéterminée : rupture – licenciement – motif personnel », *Rép. trav.*, Dalloz, 2020.

FOY Régis

« Options de souscription et d'achat d'actions : stock-options », *Rép. sociétés*, Dalloz, 2015.

« Bon de souscription d'action », *Rép. sociétés*, Dalloz, 2017.

HAGE-CHAHINE Najib

« Résolution – Résiliation », *Rép. civ.*, Dalloz, 2021.

HOUTCIEFF Dimitri

« Renonciation », *Rép. civ.*, Dalloz, 2017.

LATINA Mathias

« Contrat : généralités », *Rép. civ.*, Dalloz, 2017.

LARDEUX Gwendoline

« Preuve : règles de preuve », *Rép. civ.*, Dalloz, 2018.

LECOURT Arnaud

« Sociétés (Apport) », *Rép. sociétés*, Dalloz, 2024.

LECOURT Benoît

« Cession de droits sociaux », *Rép. sociétés*, Dalloz, 2017.

LEMOULAND Jean-Jacques, PIETTE Gaël et HAUSER Jean

« Ordre public et bonnes mœurs », *Rép. civ.*, Dalloz, 2019.

LUCAS François-Xavier (actualisation PETOT-FONTAINE Michelle)

« Théorie des bénéfices et des pertes – Bénéfices, économies et pertes », *J.-CL. Sociétés Traité*, fasc. 15-10, LexisNexis, 2015.

MAURY Florence

« Sociétés civiles professionnelles », *Rép. sociétés*, Dalloz, 2009.

MASSART Thibault

« Sociétés (Contrat de) », *Rép. sociétés*, Dalloz, 2006.

MAYAUX Luc

« Assurance : généralités », *Rép. civ.*, Dalloz, 2015.

MESSAÏ-BAHRI Soraya et ROUSSILLE Myriam

« Pactes d'associés (et pactes d'actionnaires) », *Études Joly Sociétés*, Lextenso, 2022.

NAVARRO Jean-Louis

« Sociétés (Dividendes) », *Rép. sociétés*, Dalloz, 2021.

PICOD Yves

« Obligations », *Rép. civ.*, Dalloz, 2017.

« Nullité », *Rép. civ.*, Dalloz, 2019.

PELLIER Jean-Denis

« Le porte-fort », *J.-CL. Droit bancaire et financier*, fasc. 744, LexisNexis, 2019.

PICOD Yves, AUGUET Yvan et GOMY Marc

« Concurrence : obligation de non-concurrence », *Rép. com.*, Dalloz, 2020.

PILLET Gilles

« Pacte de préférence », *Rép. civ.*, Dalloz, 2016.

PIMONT Sébastien

« Clause pénale », *Rép. civ.*, Dalloz, 2010.

RAYMOND Guy

« Contrats d'enseignement », *J.-CL. Concurrence – Consommation*, fasc. 998, LexisNexis, 2025.

ROCHFELD Judith

« Cause », *Rép. civ.*, Dalloz, 2012.

SCHMIDT Dominique et RONTCHEVSKY Nicolas

« Action de concert », *Rép. sociétés*, Dalloz, 2012.

SCHÜTZ Rose-Noëlle

« Crédit-bail », *Rép. civ.*, Dalloz, 2015.

SIMLER Philippe

« Classification des obligations – Distinction des obligations de donner, de faire et de ne pas faire », *J.-CL. Civil Code, art. 1832 à 1844-17* fasc. 10, LexisNexis, 2015.

STRICKLER Yves

« ARBITRAGE. – Convention d'arbitrage », *J.-CL. Civil Code, art. 2059 à 2061*, fasc. 20, LexisNexis, 2016.

THIBIERGE Louis

« Transaction », *Rép. civ.*, Dalloz, 2020.

VEAUX-FOURNERIE Paulette, VEAUX Daniel (actualisation RAOUL-CORMEIL Gilles)

« SUCCESSIONS. – Pacte sur succession future », *J.-CL. Civil Code, art. 721 à 724-1*, fasc. 20, LexisNexis, 2021.

VIII. NOTES DE JURISPRUDENCE, OBSERVATIONS ET CONCLUSIONS

ALTIDE

- 3e civ., 21 mars 2007, n° 06-11.843 : *JCP N*, 2007, n° 27, 14

ANCEL et COTTIN

- Ch. mixte, 14 févr. 2003, n°00-19.423 et 00-19.424, *Bull. ch. mixte*, 2003, n°1 : *D.*, 2003, 1386

ANSAULT

- Com., 11 mars 2014, n° 11-26.915 : *BJS*, 2014, n° 6, 387
- Com., 21 juin 2023, n°21-25.952 et 22-12.045 : *Rev. sociétés*, 2023, 31
- Com., 25 janv. 2017, n°14-28.792 : *BJS*, 2017, n° 6, 374
- CA Paris, 17 févr. 2022, n° 21/00370 : *BJS*, 2022, n° 5, 51

ARMAND-PRÉVOST

- Com., 6 nov. 2007, n°07-10.620 : *GPL*, 2008, n° 30, 10

ATHLAN

- CA Paris, 16 nov. 2023, n° 22/10344 : *JCP E*, 2024, n° 26, 24

AUBERT

- 1e civ., 8 déc. 1987, n°85-11.769 : *D.*, 1989, 233

AUDINET

- Cass., ch. réun., 2 févr. 1921 : *S.*, 1921, 1, 113

AUQUE

- Cass., ass. plén., 6 oct. 2006, n° 05-13.255 : *JCP E*, 2007, n° 1, 11

AUZERO

- Com., 10 juill. 2024, n° 22-15.651 : *BJS*, 2024, n° 11, 24

AYNÈS

- Cons. Const., 16 sept. 2016, Décision n°2016-563 QPC : *D.*, 2009, 2448
- Com., 13 déc. 2005, n° 03-19.217 : *Dr. et patr.*, 2006, n° 152, 96
- Com., 29 janv. 2008, n° 06-19.624 : *RTDF*, 2008, n° 2, 63
- Com., 5 mai 2009, n° 08-17.465 : *D.*, 2009, 2195
- Com., 18 mai 2010, n°09-14.855 : *RTD com.*, 2010, 780
- Com., 20 mars 2024, n° 23-11.844 : *D.*, 2024, 157

BARBIÈRI

- Com., 26 avr. 1994, n° 92-18.173 : *Rev. sociétés*, 1994, 480
- Com., 13 oct. 1992, n°91-10.600 : *Rev. sociétés*, 1993, 578
- Com., 21 juin 2023, n°21-25.952 et 22-12.045 : *Rev. sociétés*, 2024, 102
- Com., 21 juin 2023, n°21-21.875 : *Rev. sociétés*, 2024, 568
- Com., 27 sept. 2017, n°16-13.112 : *RTD civ.*, 2017, 859
- Com., 27 juin 2018, n°16-14.097 : *RTD civ.*, 2018, 892
- Com., 1e civ., 25 janv. 2023, n°19-25.478 : *Rev. sociétés*, 2023, 292
- Com., 25 mai 2022, n° 20-14.352 et n°20-18.307 : *Rev. sociétés*, 2022, 212
- Com., 18 sept. 2024, n°22-18.436 : *Rev. sociétés*, 2025, 130

BARBRY

- Cass. civ., 4 juin 1946 : *S.*, 1947, 1, 153

BARRILLON

- Com., 25 janv. 2017, n°14-28.792 : *JCP E*, 2017, n° 11, 21
- Com., 12 févr. 2025, n° 23-16.290 : *JCP G*, 2025, n° 15, 687

BATTISTINI

- 3e civ., 30 mars 2017, n°16-13.914 : *LPA*, 2017, n° 166, 12

BAUGARD

- Soc., 25 nov. 2020, n°18-13.769 : *Dr. soc.*, 2021, n° 4, 367

BÉAL et TERRENOIRE

- Soc., 27 sept. 2007, n°06-43.867 : *JCP E*, 2007, n° 48, 47

BECKER, CAFFIN-MOI et BUCHBERGER

- Com., 25 janv. 2017, n°14-28.792 : *JCP E*, 2017, n° 43-44, 22
- Com., 13 sept. 2017, n° 15-18.547 : *JCP E*, 2018, n°18, 20

BÉGUIN

- 1e civ., 4 juill. 2006, n°05-11.591 : *JCP E*, 2006, n° 50, 2146

BEHAR-TOUCHAIS

- Com., 3 mars 2015, n°13-27.525 : *RDC*, 2015, n° 3, 523

BERLAUD

- Ch. mixte, 13 avr. 2018, n°16-21.345 : *GPL*, 2018, n° 17, 35

BERNARD

- 3e civ., 29 févr. 2024, n° 22-24.381 : *JCP N*, 2025, n° 7, 29

BERNHARD

- 1e civ., 4 juill. 2006, n°05-11.591 : *JCP E*, 2006, n° 50, 2146

BERNHIM-DESVAUX

- 1e civ., 31 janv. 2024, n°21-23.233 : *Contrats conc. consom.*, 2024, n° 4, 35

BÉNAC-SCHMIDT

- Com., 23 mars 1993, n°91-14533 : *BJS*, 1993, n° 6, 673

BIGOT

- 3e civ., 16 mars 1994 : *Bull. civ.*, 1994, III, n°58

BLATTER

- 3e civ., 16 avr. 2008, n°07-15.486 : *AJDI*, 2008, n° 11, 843

BOFFA

- 3e civ., 23 juin 2021, n° 20-17.554 : *JCP N*, 2022, n°19, 30

BOILLOT

- Ch. mixte, 12 déc. 2014, n°13-19.684 : *D.*, 2015, 298

BOULOC

- Ch. mixte, 23 nov. 1990, n° 86-19.396 et 88-16.883 et n° 87-17.044, n° 93-13.688 : *RTD com.*, 1996, 316
- Com., 5 mai 2009, n° 08-17.465 : *RTD com.*, 2009, 799

BOURGEOIS

- 3e civ., 22 nov. 1995 : *D.*, 1996, 330

BRETZNER

- Com., 20 mars 2024, n° 23-11.844 : *D.*, 2024, 157

BRISSY

- Soc., 7 juin 2023, n° 21-24.514 : *JCP S*, 2023, n° 27-28, 45

BROCHIER

- T. Com. Paris, 17 nov. 2022, n° J2022000043 : *JCP E*, 2023, n° 51-52, 20

BRUN

- 3e civ., 27 mars 2008, n°07-11.721 : *RDC*, 2009, n° 2, 143

BUCHBERGER

- Com., 11 juin 2013, n°12-22.296 : *JCP E*, 2013, n° 39, 27
- Com., 21 juin 2023, n°21-25.952 et 22-12.045 : *JCP E*, 2023, n° 49, 25
- Com., 18 sept. 2024, n°22-18.436 : *BJS*, 2024, n° 11, 11

BUY

- Ch. mixte, 13 avr. 2018, n°16-21.345 : *JCP G*, 2018, n° 19, 933
- Com., 7 mai 2025, n°24-14.277 : *RPDA*, 2025, n° 5
- 1e civ., 18 juin 2025, n° 23-21.709 : *RPDA*, 2025, n° 6

CAFFIN-MOI

- Com., 11 mars 2014, n° 11-26.915, *Bull. civ.*, 2014, IV, n° 48 ; *RLDA*, 2014, n° 94, 10
- Soc., 28 mars 2018, n°16-22.188 : *GPL*, 2018, n° 23, 60
- Com., 27 juin 2018, n°16-14.097 : *JCP E*, 2018, 50, 1631
- Com., 14 nov. 2018, n°17-15.828 : *JCP E*, 2019, n° 24, 20
- Com., 29 janv. 2020, n°18-15.179 : *JCP E*, 2020, n° 49, 24
- Com., 18 nov. 2020, n° 19-13.402 : *JCP E*, 2021, n° 23, 17
- Com., 4 nov. 2021, n°19-12.342 : *RDC*, 2022, n° 2, 68
- Com., 21 sept. 2022, n°20-16.994 : *JCP E*, 2023, n° 29, 30
- Cons. Const., 9 déc. 2022, Décision n° 2022-1029 QPC : *RDC*, 2023, n° 1, 73
- Com., 15 mars 2023, n°21-18.324 : *RDC*, 2023, n° 3, 48
- Com., 21 juin 2023, n°21-25.952 et 22-12.045 : *RDC*, 2023, n° 4, 38
- Com., 17 janv. 2024, n°22-15.897 : *RDC*, 2024, n° 2, 76
- Com., 13 mars 2024, n°23-20.199 : *BJS*, 2024, n° 6, 16

CAFFIN-MOI et HEINICH

- Com., 18 sept. 2024, n°22-23.075 : *RDC*, 2025, n° 1, 54

CALAIS-AULOY

- 1e civ., 25 janv. 2005, n°01-10.395 : *JCP N*, 2005, n° 26, 1200

CANN

- Ch. mixte, 13 avr. 2018, n°16-21.345 : *JCP E*, 2018, n° 26, 28

CANUT

- Soc., 9 mai 2007, n°05-40.315 : *Rev. dr. banc. fin.*, 2007, n° 4, 55

CAPITANT

- Cass. civ., 11 janv. 1933 : *DP*, 1933, I, 10

CARBONNIER

- 1e Civ., 25 avr. 1952 : *RTD civ.*, 1952, 515

CARDENET

- CE, 30 mars 1916, Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux : *Rec.*, 125

CARVAL

- Com., 24 mai 2011, n°10-24.869 : *RDC*, 2011, n°4, 1170

CARTWRIGHT

- 1e civ., 25 janv. 2005, n°01-10.395 : *JCP N*, 2005, n° 38, 1528

CASTAGNÉ

- Com., 29 sept. 2015, n°14-17.343 : *Dr. Sociétés*, 2016, n° 2, 50

CAUSSAIN

- Com., 8 mars 2005, n°02-17.692 : *JCP E*, 2005, n° 27, 1171
- Com., 18 juin 1996, n°94-17.327 : *JCP E*, 1996, n°1, 589
- Com., 19 févr. 1991, n° 89-16.590 : *JCP E*, 1991, n°4, 61
- Com., 20 mai 1986, n° 85-16.716 : *JCP E*, 1986, I, 15846

CAUSSAIN, DEBOISSY et WICKER

- Com., 8 mars 2005, n°02-17.692 : *JCP E*, 2005, n° 27, 1171
- Com., 4 févr. 2004, n°01-13.516 : *JCP E*, 2004, n° 17, 660
- Com., 16 nov. 2004, n°00-22.193 : *JCP E*, 2005, n° 27, 1167

CAUSSAIN et VIANDIER

- Com., 18 juin 1996, n°94-17.327 : *JCP E*, 1996, n°1, 589

CHAGNY

- Com., 24 mai 2011, n°10-12.163 : *JCP G*, 2011, n° 42, 1891

CHAUVEL

- 1e civ., 2 oct. 2002, n°99-18.467 : *Dr. et patr.*, 2003, n° 111, 111

CHAMPAGNE

- 1e civ., 19 avr. 2005, n°01-17.226 : *RTD com.*, 2005, 527

CHAMPAUD

- Com., 20 mai 1986, n° 85-16.716 : *RTD com.*, 1987, 66
- Com., 13 oct. 1992, n°91-10.600 : *RTD Com.*, 1994, 502
- Com., 22 nov. 2005, n° 04-12.183 : *RTD civ.*, 2006, 302

CHAPELLE

- CA Paris, 21 oct. 1983 : *Rev. arb.*, 1984, 98

CHAPUT

- CJCE, 13 nov. 1990, Marleasing : *Rev. sociétés*, 1991, 532

CHARTIER

- 1ere civ., 19 mars 2002, n° 00-10.645 : *Rev. sociétés*, 2002, 736

CHASSAGNAC

- 1e civ., 25 janv. 2005, n°01-10.395 : *JCP N*, 2005, n° 38, 1528

CHAUVEL

- 1e civ., 2 oct. 2002, n°99-18.467 : *Dr. et patr.*, 2003, n° 111, 111

CHEVILLARD

- Soc., 22 sept. 2010, n°09-40.968 : *RLDA*, 2010, n° 55, 61

CHISS

- Soc., 18 mars 2009, n° 07-45.212 : *JCP S*, 2010, n° 3, 16

CORNU

- Com., 29 mai 1972, n°70-13.104 : *RTD civ.*, 1972, 791

CORRIGNAN-CARSIN

- Soc., 9 mai 2007, n°05-40.315 : *JCP G*, 2007, n° 27, 38

COSTES

- 1e civ., 25 janv. 2005, n°01-10.395 : *JCP N*, 2005, n° 26, 1200

COURET

- Com., 15 juin 1982, n°79-13.367 : *BJS*, 1998, n°5, 465
- Com., 19 mai 1992, *BJS*, n°7-8, 747
- Com., 18 juin 1996, n°94-17.327 : *BJS*, 1996, n°12, 1013
- 1e civ., 24 févr. 1998, n°96-13.414 : *BJS*, 1998, n°5, 465
- Com., 4 déc. 1999, n°97-15.654 : *BJS*, 2000, n°4, 448
- Com., 8 avr. 2008, n° 06-18.042 : *BJS*, 2008, n° 7, 608
- Com., 5 mai 2009, n° 08-17.465 : *BJS*, 2009, n° 9, 728
- Com., 19 janv. 2010, n° 08-19.376 : *Rev. sociétés*, 2010, 165
- Com., 16 févr. 2010, n°09-11.586 : *Rev. sociétés*, 2010, 165
- Com., 18 mai 2010, n°09-14.855 : *JCP E*, 2010, n° 23, 26
- Com., 8 mars 2011, n° 10-40.069 : *D.*, 2011, 1390
- Com., 20 mars 2012, n°11-10.855 : *Rev. sociétés*, 2012, 435

- Com., 4 déc. 2012, n° 10-16.280 : *D.*, 2013, 147
- Com., 11 mars 2014, n° 11-26.915 : *JCP E*, 2014, n° 13, 33
- Com., 14 nov. 2018, n°17-15.828 : *RJDA*, 2019, n° 3, 203
- Com., 15 mars 2023, n°21-18.324 : *D.*, 2023, 671

COURET et CARSIN

- Soc., 23 nov. 2022, n°20-23.206 : *Rev. sociétés*, 2023, 450
- Soc., 7 juin 2023, n° 21-24.514 : *D.*, 2023, 1673

COURET et DONDERO

- Com., 15 mars 2011, 2011, n° 10-13.824 : *JCP E*, 2011, n° 21-22, 24
- Com., 4 oct. 2011, n°10-10.548 : *JCP E*, 2012, n° 4, 22
- Com., 15 nov. 2011, n°10-15.049 : *JCP E*, 2011, n° 50, 16
- Com., 20 déc. 2017, n°16-22.099 : *JCP E*, 2018, n° 12, 23

COURET et SCHRAMM

- Soc., 2 juill. 2014, n°13-15.208 et autres : *Rev. sociétés*, 2014, n° 12, 709

CROCQ

- Com., 13 déc. 2005, n° 03-19.217 : *D.*, 2006, 2856

DANET

- Com., 13 oct. 1992, n°91-10.600 : *RTD Com.*, 1994, 502
- Com., 22 nov. 2005, n° 04-12.183 : *RTD civ.*, 2006, 302

DANOS

- Com., 5 mai 2009, n° 08-17.465 : *BJS*, 2009, n° 9, 443
- Com., 12 févr. 2025, n° 23-16.290 : *JCP G*, 2025, n° 15, 687

DAUXERRE

- Soc., 7 juin 2023, n° 21-24.514 : *JCP G*, 2023, n° 24, 1160

DEBOISSY et WICKER

- Cons. Const., 9 déc. 2022, Décision n° 2022-1029 QPC : *JCP E*, 2023, n° 12, 27
- Com., 4 févr. 2004, n°01-13.516 : *JCP E*, 2004, n° 17, 660
- Com., 16 nov. 2004, n°00-22.193 : *JCP E*, 2005, n° 27, 1167
- Com., 9 mars 2022, n°19-25.795 : *JCP E*, 2022, n° 14, 26

DEDESSUS-LE-MOUSTIER

- Soc., 9 oct. 2024, n°23-10.488 et autres : *JCP G*, 2024, n° 42, 1728

DELAISI DE PARSEVAL

- 1e civ., 25 janv. 2005, n°01-10.395 : *JCP N*, 2005, n° 26, 1200

DELVALLÉE

- Com., 4 nov. 2021, n°19-12.342 : *Rev. sociétés*, 2022, 417

DESSAULT

- 2e civ., 12 sept. 2024, n°21-14.946 : *JCP E*, 2025, n°5, 28

DEUCHLER

- Com., 17 janv. 2024, n°22-15.897 : *GPL*, 2024, n° 21, 67

DISSAUX

- Com., 1er avr. 2014, n° 13-10.629 : *JCP E*, 2014, n°27, 27
- Com., 21 juin 2023, n°21-25.952 et 22-12.045 : *JCP E*, 2023, n° 42, 24

DOIREAU

- 1e civ., 4 juill. 2006, n°05-17.460 : *RLDC*, 2006, n° 31, 14

DONDERO

- Cons. Const., 9 déc. 2022, Décision n° 2022-1029 QPC : *JCP E*, 2023, n° 51, 24
- Com., 5 mai 2009, n° 08-17.465 : *D.*, 2009, 2195
- Com., 15 mai 2013, n°11-22.845 : *JCP E*, 2015, n° 28, 16
- Com., 24 mai 2011, n°10-12.163 : *JCP E*, 2011, n° 50, 16
- Com., 9 mars 2022, n°19-25.795 : *JCP E*, 2022, n° 14, 26
- Com., 18 sept. 2024, n°22-18.436 : *Lexbase aff.*, 2024, n° 810, 19

DUBERTRET

- Com., 29 janv. 2008, n° 06-19.624 : *Rev. sociétés*, 2008, 589

DUMAS

- Com., 15 mars 2023, n° 21-20.399 : *RLDC*, 2023, n°218, 27

DUMONT-LEFRAND

- 3e civ., 21 mars 2007, n° 06-11.843 : *D.*, 2008, 1300
- 3e civ., 11 mai 2011, n° 10-12.875 : *D.*, 2011, 2711

DUPONT

- 1e civ., 25 janv. 2023, n°19-25.478 : *JCP G*, 2024, n° 14, 624

DU RUSQUEC

- 2e civ., 14 sept. 2006, n°05-10.086 : *GPL*, 2008, n° 76-78, 22

FAGES

- Com., 4 févr. 2004, n°01-13.516 : *RTD civ.*, 2004, 310
- Com., 22 nov. 2005, n° 04-12.183 : *RTD civ.*, 2006, 302

FAVARIO

- Com., 15 nov. 2011, n°10-15.049 : *D.*, 2012, 134

FERRARI

- Com., 21 avr. 2022, n° 20-10.809 : *GPL*, 2022, n° 30, 51

FORESTA

- Com., 24 mai 2011, n°10-12.163 : *Lexbase aff.*, 2011, n° 260

FOURNIER

- 3e civ., 16 mars 1994 : *D.*, 1994, 486

FRANÇOIS

- Com., 12 févr. 2025, n° 23-20.079 : *JCP E*, 2025, n° 24, 29

FRISON-ROCHE

- Com., 26 avr. 1994, n° 92-18.173 : *RD banc. bourse*, 1994, n° 46, 265

FUMET

- 1e civ., 25 janv. 2005, n°01-10.395 : *JCP N*, 2005, n° 26, 1200

GALLOIS-COCHET

- Com., 19 janv. 2010, n° 08-19.376 : *Dr. sociétés*, 2010, n° 4, 17
- Com., 11 mars 2014, n° 11-26.915 : *Dr. sociétés*, 2014, n° 5, 17
- Com., 12 mai 2015, n°14-13.744 : *Dr. sociétés*, 2015, n° 8-9, 26
- Com., 21 juin 2017, n°15-19.593 : *BJS*, 2017, n° 9, 541
- 1e civ., 22 sept. 2021, n°20-15.817 et 20-16.276 : *GPL*, 2021, n° 44, 80
- Com., 9 nov. 2022, n°21-10.540 : *GPL*, 2023, n° 9, 74
- Com., 15 mars 2023, n°21-18.324 : *GPL*, 2023, n° 21, 69
- Com., 18 déc. 2024, n°23-14.518 : *BJS*, 2025, n° 2, 7

GALLOIS-COCHET et BARRILLON

- Com., 12 févr. 2025, n° 23-11.410 : *D.*, 2025, 716

GARÇON

- Com., 5 mai 2009, n° 08-14.044 : *BJS*, 2009, n° 10, 857

GAUTIER

- 1e civ., 10 juill. 2002, n°00-13.669 : *RTD Civ.*, 2003, 107
- Com., 5 mai 2009, n° 08-17.465 : *RTD civ.*, 2009, 548

GÉNY

- Cass. civ., 11 janv. 1933 : *S.*, 1933, I, 161

GIBIRILA

- 1e civ., 9 déc. 2010, n°09-10.141 : *LPA*, 2011, n° 47, 3
- Com., 12 févr. 2025, n° 23-16.290 : *LPA*, 2025, n° 2, 37

GIBOULOT

- Cass. civ., 6 mars 1876, Canal de Craponne : *D.*, 1876, I, 193

GODON

- Com., 3 juin 2003, n° 00-14.386 : *BJS*, 2003, n°10, 1049
- Com., 10 mai 2006, n°05-16.909 : *Rev. sociétés*, 2007, 70

GOURDON

- 3e civ., 9 déc. 2009, n°04-19.923 : *RJC*, 2010, n° 2, 199

GRIGNON

- Com., 16 févr. 2022, n°20-16.869 : *JCP E*, 2022, n°37, 36

GRUNDELER

- Cons. Const., 16 sept. 2016, Décision n°2016-563 QPC : *Rev. sociétés*, 2018, 701
- Com., 21 juin 2023, n°21-25.952 et 22-12.045 : *GPL*, 2023, n° 34, 68

GROSSER

- Com., 24 mai 2011, n°10-12.163 : *JCP G*, 2011, n° 42, 1891

GROSCLAUDE

- 1^e civ., 19 avr. 2005, n°01-17.226 : *RTD com.*, 2005, 785

GUERRERO

- Ch. mixte, 17 mai 2013, n°11-22.927 et 11-22.768 : *GPL*, 2013, n° 163-164, 11

GUYON

- Cons. Const., 18 sept. 1986, Décision n°86-217 DC : *Rev. sociétés*, 1986, 606
- Com., 15 juin 1982, n°79-13.367 : *Rev. sociétés*, 1983, 329
- Com., 22 janv. 1991, n° 89-15.725 : *Rev. sociétés*, 1991, 345
- CA Paris, 21 déc. 2001, n°2001/09384 : *Rev. sociétés*, 2002, 89

HAMELIN

- Com., 29 janv. 2020, n°18-15.179 : *BJS*, 2020, n° 6, 18
- Com., 18 mars 2020, n°18-17.010 : *Dr. sociétés*, 2020, n° 7, 18
- Com., 3 mars 2021, n° 18-25.528 : *Dr. sociétés*, 2021, n° 8-9, 22
- Com., 20 oct. 2021, n°20-13.819 : *Rev. sociétés*, 2022, 212
- Com., 9 mars 2022, n°19-25.795 : *Dr. sociétés*, 2022, n° 5, 22
- Com., 21 sept. 2022, n°20-16.994 : *RDC*, 2023, n° 1, 54
- Com., 12 oct. 2022, n°21-15.382 : *Dr. sociétés*, 2022, n° 12, 17
- Com., 9 nov. 2022, n°21-10.540 : *Dr. sociétés*, 2023, n° 1, 24
- Cons. Const., 9 déc. 2022, Décision n° 2022-1029 QPC : *Dr. sociétés*, 2023, n° 2, 25
- 1^e civ., 25 janv. 2023, n°19-25.478 : *Deffrénois*, 2023, n° 48, 18
- Com., 15 mars 2023, n°21-18.324 : *Dr. sociétés*, 2023, n° 6, 18
- Com., 21 juin 2023, n°21-25.952 et 22-12.045 : *Dr. sociétés*, 2023, n° 10, 43
- Com., 11 oct. 2023, n°22-10.646 : *Dr. sociétés*, 2024, n° 2, 32
- Com., 24 janv. 2024, n° 21-25.416 : *Dr. sociétés*, 2024, n° 4, 41
- Com., 13 mars 2024, n°23-20.199 : *Dr. sociétés*, 2024, n° 5, 39
- Com., 18 sept. 2024, n°22-18.436 : *Dr. sociétés*, 2024, n° 12, 32
- Com., 18 sept. 2024, n°23-10.455 : *Dr. sociétés*, 2024, n° 12, 30
- Com., 12 févr. 2025, n° 23-11.410 : *Dr. sociétés*, 2025, n°4, 35

HALLOUIN et LAMAZEROLLES

- Com., 30 nov. 2004, n°03-13.756 : *D.*, 2005, 2950
- Com., 5 mai 2009, n° 08-17.465 : *D.*, 2009, 2195

HAURIOU

- CE, 23 mars 1906 : *S.*, 1908, 3, 17
- CE, 30 mars 1916, Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux : *S.*, 1916, 3, 17

HAUSER

- Com., 6 nov. 2007, n°07-10.620 : *RTD civ.*, 2008, 104
- 1^e civ., 29 oct. 2014, n°13-19.729 : *RTD civ.*, 2015, 102

HEINICH

- Com., 25 janv. 2017, n°14-28.792 : *Dr. sociétés*, 2017, n° 4, 39
- Com., 21 juin 2017, n°15-19.593 : *JCP G*, 2017, n° 36, 1522
- 1e civ., 6 déc. 2017, n°16-17.588 : *Rev. sociétés*, 2018, 303
- Com., 29 janv. 2020, n°18-15.179 : *RDC*, 2020, n° 2, 63
- Com., 18 mars 2020, n°18-17.010 : *RDC*, 2020, n° 4, 56
- Com., 22 sept. 2021, n°19-23.958 : *RDC*, 2022, n°1, 62
- Com., 20 oct. 2021, n°20-13.819 : *RDC*, 2022, n°2, 72
- Com., 9 mars 2022, n°19-25.795 : *JCP G*, 2022, n° 16, 829
- Com., 12 oct. 2022, n°21-15.382 : *RDC*, 2023, n° 1, 84
- 1^e civ., 25 janv. 2023, n°19-25.478 : *RDC*, 2023, n° 3, 43
- Com., 18 oct. 2023, n° 22-21.570 : *Rev. sociétés*, 2024, 178
- Com., 29 mai 2024, n°22-13.158 : *RDC*, 2024, n° 4, 42
- Com., 18 sept. 2024, n°22-18.436 : *Defrénois*, 2024, n° 38, 25

HEINICH et COUPET

- Com., 17 janv. 2018, n°16-10.266 : *Dr. sociétés*, 2018, n° 4, 36

HOVASSE

- Com., 22 févr. 2005, n° 02-14.392 : *JCP E*, 2005, n° 24, 1029
- Com., 10 mars 1998, n°96-10.168 : *Defrénois*, 1998, n° 10, 664
- Com., 4 févr. 2004, n°01-13.516 : *Dr. sociétés*, 2004, n° 4, 31

HOUTCIEFF

- 3e civ., 9 déc. 2009, n°04-19.923 : *GPL*, 2010, n° 94-98, 20
- 3e civ., 21 mars 2007, n° 06-11.843 : *GPL*, 2007, n° 37-38, 18

JANDARD

- CA Paris, 6 juin 2023, n°21/21386 : *JCP G*, 2023, n° 43-44, 1898

JÈZE

- CE, 30 mars 1916, Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux : *RDP*, 1916, 206

JEANTIN

- Com., 26 avr. 1994, n° 92-18.173 : *Rev. sociétés*, 1994, 480

JONZO

- Com., 21 juin 2023, n°21-25.952 et 22-12.045 : *RLDA*, 2023, n° 198, 21

JOURDAIN

- Cass., ass. plén., 9 mai 2008, n°07-12.449 : *RTD civ.*, 2008, 485
- Cass., ass. plén., 13 janv. 2020, n° 17-19.963 : *RTD civ.*, 2020, 395

JULLIAN

- Com., 18 mars 2020, n°18-17.010 : *JCP E*, 2020, n° 45, 17

KENDERIAN

- 3e civ., 27 mars 2008, n°07-11.721 : *JCP E*, 2018, n° 14, 45

KENFACK

- 3e civ., 15 janv. 2003, n° 01-03.700 : *D.*, 2003, 1190

KLEIN

- Com., 1er avr. 2014, n° 13-10.629 : *RDC*, 2014, n°4, 625

LAGELÉE HEYMANN

- Com., 10 janv. 2024, n° 22-20.466 : *JCP G*, 2024, n° 10, 433

LAMAZEROLLES

- Com., 30 nov. 2004, n°03-13.756 : *D.*, 2005, 2950
- Com., 5 mai 2009, n° 08-17.465 : *D.*, 2009, 2195

LARDEUX

- Com., 10 janv. 2024, n° 22-20.466 : *LPA*, 2024, n° 4, 53

LAROCHE

- Com., 21 avr. 2022, n° 20-10.809 : *GPL*, 2022, n° 35, 48

LARRIBÈRE

- CA Paris, 6 juin 2023, n°21/21386 : *GPL*, 2023, n° 35, 6

LARROUMET

- 1e civ., 11 juillet 2006, n°03-11.983 : *Rev. arb.*, 2006, n° 4, 969

LASSERRE CAPDEVILLE

- Ch. mixte, 13 avr. 2018, n°16-21.345 : *LPA*, 2018, n° 103, 13

LE CANNU

- Com., 26 avr. 1994, n° 92-18.173 : *BJS*, 1994, n°7-8, 813
- Com., 9 juin 2004, n° 01-12.887 : *BJS*, 2004, n°7-8, 813

LE CANNU et DONDERO

- Com., 13 oct. 1992, n°91-10.600 : *RTD Com.*, 1994, 502

LEFÈVRE

- 1e civ., 25 janv. 2005, n°01-10.395 : *JCP N*, 2005, n° 26, 1200

LEGEAIS

- Com., 15 nov. 2011, n°10-15.049 : *Banque et Droit*, 2012, n° 141, 62
- Ch. mixte, 17 mai 2013, n°11-22.927 et 11-22.768 : *RTD com.*, 2013, 569

LEGENDRE

- 1e civ., 25 janv. 2005, n°01-10.395 : *JCP N*, 2005, n° 26, 1200

LEGROS

- 1e civ., 11 juillet 2006, n°03-11.983 : *JCP G*, 2006, n° 46, 2120

LE NABASQUE

- Com., 22 févr. 2005, n° 02-14.392 : *Rev. sociétés*, 2005, 593
- Com., 13 déc. 1994, n°93-11.569 et 93-12.349 : *RJDA*, 1995, n° 3, 200
- CA Paris, 21 déc. 2001, n°2001/09384 : *BJS*, 2002, n°4, 509

LEPRÊTRE

- Com., 7 juin 2016, n°14-17.978 : *JCP E*, 2016, n° 39, 17

LEVENEUR

- 3e civ., 15 janv. 2003, n° 01-03.700 : *Contrats, conc. consom.*, 2003, n°5, 14
- Com., 21 juin 2023, n°21-25.952 et 22-12.045 : *Contrats, conc. consom.*, 2024, n° 5, 10

LIBCHABER

- Ch. mixte, 14 févr. 2003, n°00-19.423 et 00-19.424 : *Defrénois*, 2003, n°18, 1158

LIENHARD

- 1e civ., 2 mars 2004, n°01-14.243 : *D.*, 2004, 807
- Com., 30 nov. 2004, n°03-13.756 : *D.*, 2005, 2950

LUCAS

- Com., 22 févr. 2005, n° 02-14.392 : *RDC*, 2005, n° 3, 776
- Com., 8 mars 2005, n°02-17.692 : *RDC*, 2006, n° 2, 449
- Com., 19 mars 2002, n° 00-10.645 : *Dr. sociétés*, 2002, n° 6, 11
- T. Com. Paris ord. réf., 3 août 2011, n° 2011052610 : *BJS*, 2011, n° 10, 745

MALAURIE

- CA Paris, 22 nov. 1972 : *D.*, 1974, 93

MALASSIGNÉ

- Com., 21 juin 2023, n°21-21.875 : *GPL*, 2023, n° 34, 59

MANTIENNE

- Com., 15 févr. 2023, n°21-18.548 : *GPL*, 2023, n°21, 49

MARAIN

- Com., 10 janv. 2024, n° 22-20.466 : *RLDC*, 2024, n° 226, 14

MARLY

- 2e civ., 19 mai 2016, n°15-12.767 : *Banque et Droit*, 2016, n° 168, 59

MARTIN et LALAMI

- CA Paris, 16 nov. 2023, n° 22/10344 : *JCP E*, 2024, n° 29, 19

MARTIN-SERF

- Com., 8 mars 2005, n°02-17.692 : *RTD com.*, 2005, 599

MASSART

- Com., 18 mai 2010, n°09-14.855 : *Rev. sociétés*, 2010, 374
- Com., 21 juin 2023, n°21-25.952 et 22-12.045 : *GPL*, 2023, n° 34, 57

MAURY

- Com., 26 avr. 1994, n° 92-18.173 : *Rev. sociétés*, 1994, 480

MAZEAUD

- 3e civ., 22 nov. 1995 : *D.*, 1996, 330
- 3e civ., 21 mars 2007, n° 06-11.843 : *RDC*, 2007, n° 4, 1205

MEKKI

- 3e civ., 29 févr. 2024, n° 22-24.381 : *JCP N*, 2025, n° 4, 41

MEKKI et BOFFA

- 1e civ., 25 sept. 2024, n°23-14.777 : *D.*, 2025, 267

MEKKI et STOFFEL-MUNCK

- Cons. Const., 16 sept. 2016, Décision n°2016-563 QPC : *Dr. et patr.*, 2016, n° 152, 96

MESTRE

- Com., 10 mars 1998, n°96-10.168 : *RTD civ.*, 1998, 898
- 1e civ., 8 déc. 1987, n°85-11.769 : *RTD civ.*, 1988, 532
- Cass., ass. plén., 9 mai 2008, n°07-12.449 : *RTD civ.*, 2008, 485

MESTRE et FAGES

- 1e civ., 10 juill. 2002, n°00-13.669 : *RTD Civ.*, 2003, 107
- Com., 4 févr. 2004, n°01-13.516 : *RTD civ.*, 2004, 310

MICHEL

- Com., 18 sept. 2024, n°22-18.436 : *GPL*, 2025, n° 6, 64

MIGNOT

- Com., 14 janv. 2014, n° 12-29.071 : *GPL*, 2014, n°43-44, 8

MONNET

- Com., 8 mars 2005, n°02-17.692 : *Dr. sociétés*, 2005, n° 6, 29

MONSÉRIÉ-BON

- 1e civ., 2 mars 2004, n°01-14.243 : *RTD com.*, 2004, 553
- Com., 29 mai 2014, n°13-17.349 et 13-19.066 : *RTD civ.*, 2014, 642

MOREAU

- Com., 29 avr. 2014, n°12-27.004 : *RJC*, 2015, n°1, 20

MOULIN

- Com., 29 sept. 2015, n°14-17.343 : *GPL*, 2015, n° 333-335, 19

MOURY

- Com., 26 avr. 1994, n° 92-18.173 : *Rev. sociétés*, 1994, 480
- Com., 9 juin 2004, n° 01-12.887 : *Rev. sociétés*, 2005, 176
- Com., 13 déc. 1994, n°93-11.569 et 93-12.349 : *Rev. sociétés*, 1995, 298

MOYNE-ROPARS

- Com., 18 sept. 2024, n°23-10.455 : *JCP E*, 2025, n° 9-10, 16

NAJJAR

- 1e civ., 30 mai 1985, n°84-11.795 : *D.*, 1986, 65

NAUDIN

- 1e civ., 25 janv. 2023, n°19-25.478 : *BJS*, 2023, n° 4, 10

NAVARRO

- Com., 13 juill. 2010, n°09-16156 : *JCP E*, 2010, n° 38, 48

NEGRONI

- 2e civ., 13 juin 2024, n°22-10.321 : *Rev. sociétés*, 2025, 184

NETTOD

- Com., 4 déc. 2007, n° 06-13.912 : *D.*, 2008, 16

ORTSCHEIDT

- 1e civ., 4 juill. 2006, n°05-11.591 : *JCP E*, 2006, n° 50, 2146

PACLOT

- Com., 13 déc. 1994, n°93-11.569 et 93-12.349 : *JCP E*, 1995, n° 30, 137
- Com., 29 sept. 2015, n°14-17.343 : *JCP E*, 2016, n° 23, 27

PAGNERRE

- 1e civ., 6 déc. 2017, n°16-17.588 : *JCP S*, 2018, n° 15, 21
- Soc., 9 oct. 2024, n°23-10.488 et autres : *JCP S*, 2024, n° 50, 26

PAILLER

- 2e civ., 19 mai 2016, n°15-12.767 : *JCP N*, 2016, n° 36, 38

PATARIN

- 1e civ., 30 mai 1985, n°84-11.795 : *RTD com.*, 1986, 391

PAULIN

- 1e civ., 25 janv. 2005, n°01-10.395 : *JCP N*, 2005, n° 26, 1200

PÉRIN

- Com., 21 juin 2023, n°21-25.952 et 22-12.045 : *BJS*, 2023, n° 10, 29

PÉRINET-MARQUET

- 3e civ., 23 sept. 2009, n°08-18.187 : *JCP N*, 2010, n° 20, 18

PÉTEL

- Soc., 2 juill. 2014, n°13-15.208 et autres : *JCP E*, 2014, n° 50, 31

PIÉDELIÈVRE

- 3e civ., 21 mars 2007, n° 06-11.843 : *JCP N*, 2007, n° 40, 39
- 3e civ., 11 mai 2011, n° 10-12.875 : *JCP N*, 2011, n°22, 26

PILLEBOUT

- 1e civ., 25 janv. 2005, n°01-10.395 : *JCP N*, 2005, n° 38, 1528
- 3e civ., 21 déc. 2017, n°15-25.627 : *RLDA*, 2018, n° 137, 36

PILLET

- 3e civ., 21 mars 2007, n° 06-11.843 : *JCP N*, 2007, n° 27, 14
- 3e civ., 21 déc. 2017, n°15-25.627 : *JCP N*, 2018, n° 40, 36

PLANCKEEL et ANTONIUTTI

- 3e civ., 30 mars 2017, n°16-13.914 : *AJDI*, 2017, n° 9, 588

PORACCHIA

- Com., 22 févr. 2005, n° 02-14.392 : *Dr. et patr.*, 2005, n° 138, 100
- Com., 8 mars 2005, n°02-17.692 : *Dr. et patr.*, 2005, n° 143, 91
- 1e civ., 19 avr. 2005, n°01-17.226 : *Rev. sociétés*, 2006, 111
- Com., 29 janv. 2008, n° 06-19.624 : *RTDF*, 2008, n° 2, 63
- Com., 18 mai 2010, n°09-14.855 : *Dr. et patr.*, 2011, n° 203, 84
- Com., 13 juill. 2010, n°09-16156 : *Dr. et patr.*, 2011, n° 203, 82
- Com., 15 mars 2011, 2011, n° 10-13.824 : *Dr. et patr.*, 2012, n° 214, 95
- Com., 24 mai 2011, n°10-24.869 : *Dr. et patr.*, 2013, n°225, 97
- Com., 15 nov. 2011, n°10-15.049 : *Dr. et patr.*, 2012, n° 214, 94
- 3e civ., 12 sept. 2012, n°11-17.948 : *Dr. et patr.*, 2013, n° 225, 84
- Com., 11 mars 2014, n° 12-12.074 et 11-26.915 : *RTDF*, 2014, n° 2, 145
- Com., 12 mai 2015, n°14-13.744 : *RTDF*, 2015, n° 3, 85
- Com., 25 janv. 2017, n°14-28.792 : *Dr. et patr.*, 2018, n° 284, 48
- Com., 26 avr. 2017, n°14-13.554 : *Dr. et patr.*, 2018, n° 284, 50
- Com., 18 nov. 2020, n° 19-13.402 et 19-13.404 et 19-13.405 : *Dr. et patr.*, 2021, n° 316, 66
- Com., 13 janv. 2021, n°19-11.726 : *Rev. sociétés*, 2021, 243
- Com., 22 sept. 2021, n°19-23.958 : *Dr. et patr.*, 2022, n°327, 62
- Com., 9 mars 2022, n°19-25.795 : *Dr. et patr.*, 2023, n° 339, 45
- Com., 15 mars 2023, n°21-18.324 : *RTDF*, 2023, n° 3, 89
- Com., 21 juin 2023, n°21-25.952 et 22-12.045 : *RTDF*, 2023, n° 4, 63
- Com., 18 sept. 2024, n°23-10.455 : *RTDF*, 2024, n°4, 42

PORACCHIA et MAETZ

- Com., 24 mai 2011, n°10-12.163 : *BJS*, 2011, n° 10, 770

POUMARÈDE

- 3e civ., 16 avr. 2008, n°07-15.486 : *JCP G*, 2008, n° 48, 53

PRIEUR

- 1e civ., 29 oct. 2014, n°13-19.729 : *GPL*, 2014, n° 330-331, 9

PRODHOMME

- Com., 4 janv. 2024, n°22-20.466 : *GPL*, 2024, n° 20, 60

RABREAU

- Com., 30 nov. 2004, n°03-13.756 : *D.*, 2005, 2950
- Com., 5 mai 2009, n° 08-17.465 : *D.*, 2009, 2195

RADÉ

- Soc., 9 mai 2007, n°05-40.315 : *RDC*, 2007, n° 4, 1216

RANDOUX

- Com., 8 mars 2005, n°02-17.692 : *Rev. sociétés*, 2005, 618
- Com., 3 mars 1975, n° 73-13.721 : *Rev. sociétés*, 1975, 454
- Com., 13 oct. 1992, n°91-10.600 : *Rev. sociétés*, 1993, 578

RAYNARD-PAYEN

- 1e civ., 25 janv. 2005, n°01-10.395 : *JCP E*, 2005, n° 22, 906

REIFEGERSTE

- Com., 23 oct. 2007, n°06-16.537 : *JCP N*, 2007, n° 49, 31

RENARD-PAYEN

- 1e civ., 25 janv. 2005, n°01-10.395 : *JCP N*, 2005, n° 26, 1200

REVET

- 1e civ., 31 oct. 2007, n°05-14.238 : *RTD civ.*, 2008, 126

RIASSETTO

- Com., 22 févr. 2005, n° 02-14.392 : *Banque et Droit*, 2005, n° 102, 58
- Com., 10 mai 2006, n°05-16.909 : *Banque et Droit*, 2006, n° 110, 62

RICHEVAUX

- Soc., 7 juin 2023, n° 21-24.514 : *Defrénois*, 2023, n° 49, 15

RIO

- 1e civ., 25 janv. 2005, n°01-10.395 : *JCP N*, 2005, n° 26, 1200

RODRIGUEZ

- Com., 18 mars 2020, n°18-17.010 : *GPL*, 2020, n° 33, 69

ROUZET

- 3e civ., 11 mai 2011, n° 10-12.875 : *JCP N*, 2011, n°20, 25

ROUSSILLE

- 1e civ., 10 sept. 2015, n°14-20.498 : *Dr. et patr.*, 2016, n° 255, 70

ROUQUET

- Cass., ass. plén., 9 mai 2008, n°07-12.449 : *D.*, 2008, 2328

SAINTOURENS

- Com., 13 déc. 1994, n°93-11.569 et 93-12.349 : *RJDA*, 1995, n° 3, 200
- Com., 21 juin 2023, n°21-25.952 et 22-12.045 : *Rev. sociétés*, 2023, 31
- Com., 18 sept. 2024, n°22-18.436 : *Lexbase aff.*, 2024, n° 810, 19

SAINTURAT

- 3e civ., 30 mars 2017, n°16-13.914 : *JCP E*, 2017, n° 24, 45

SAINT-ALARY-HOUIN

- 1e civ., 25 janv. 2005, n°01-10.395 : *JCP N*, 2005, n° 26, 1200

SAINT-PAU

- 1e civ., 25 janv. 2005, n°01-10.395 : *JCP N*, 2005, n° 26, 1200

SAINTURAT

- 3e civ., 30 mars 2017, n°16-13.914 : *JCP E*, 2017, n° 24, 45

SAUPHANOR-BROUILLAUD

- 3e civ., 11 mai 2011, n° 10-12.875 : *RDC*, 2011, n°4, 1259

SAVAUX

- 3e civ., 22 sept. 2004, n° 02-21441 : *GPL*, 2005, n°51, 41

SCHILLER

- 1e civ., 31 oct. 2007, n°05-14.238 : *Rev. sociétés*, 2008, 321
- Com., 5 janv. 2016, n°14-19.584 : *Rev. sociétés*, 2016, 514

SCHLUMBERGER

- Com., 5 janv. 2016, n°14-19.584 : *BJS*, 2016, n°6, 325
- Com., 7 juin 2016, n°14-17.978 : *BJS*, 2017, n° 1, 23
- Com., 27 juin 2018, n°16-14.097 : *GPL*, 2018, 331, 66
- Com., 9 nov. 2022, n°21-10.540 : *BJS*, 2023, n° 3, 21
- Soc., 7 juin 2023, n° 21-24.514 : *BJS*, 2023, n° 11, 22
- Com., 8 nov. 2023, n°22-11.766 : *BJS*, 2024, n° 1, 27
- Com., 27 nov. 2024, n° 23-10.385, *BJS*, 2025, n° 4, 13
- Com., 12 févr. 2025, n° 23-16.290 : *BJS*, 2025, n° 6, 20

SEUBE

- 3e civ., 21 mars 2007, n° 06-11.843 : *RDC*, 2007, n° 4, 1205
- 3e civ., 11 mai 2011, n° 10-12.875 : *Dr. et patr.*, 2010, n° 188, 72

SERAGLINI

- 1e civ., 4 juill. 2006, n°05-11.591 : *JCP E*, 2006, n° 50, 2146

SERINET

- Com., 14 mai 2025, n°23-17.948 et 23-18.049 et 23-18.082 : *JCP G*, 2025, n° 25, 1145

SERINET et BOUCOBZA

- Com., 8 févr. 2011, n°09-17.034 : *D.*, 2011, 1535

SERVAN-SCHREIBER

- 1e civ., 25 janv. 2005, n°01-10.395 : *JCP N*, 2005, n° 26, 1200

SIMON

- 1e civ., 25 janv. 2005, n°01-10.395 : *JCP N*, 2005, n° 26, 1200

STOFFEL-MUNCK

- Cons. Const., 16 sept. 2016, Décision n°2016-563 QPC : *Dr. et patr.*, 2016, n° 152, 96
- Com., 13 déc. 2005, n° 03-19.217 : *Dr. et patr.*, 2006, n° 152, 96

STOCLET

- Cons. Const., 9 déc. 2022, Décision n° 2022-1029 QPC : *GPL*, 2023, n° 9, 68

SYLVESTRE

- Com., 13 janv. 2021, n°19-11.726 : *Rev. sociétés*, 2021, 243

TADROS

- Cons. Const., 16 sept. 2016, Décision n°2016-563 QPC : *RDC*, 2017, n° 1, 142
- Com., 9 nov. 2022, n°20-20.830 : *D.*, 2022, 103

THÉRY

- 3e civ., 23 sept. 2009, n°08-18.187 : *RTD civ.*, 2010, 127
- Ch. mixte, 12 déc. 2014, n°13-19.684 : *RTD civ.*, 2015, 187

TOURNAFOND

- 3e civ., 15 déc. 1993, n° 91-10.199 : *D.*, 1994, 230

TRÉBULLE

- Com., 22 févr. 2005, n° 02-14.392 : *Dr. sociétés*, 2005, n° 6, 17
- Com., 25 janv. 2005, n°01-10.395 : *Dr. sociétés*, 2005, n° 4, 11

URBAN

- Com., 10 mai 2006, n°05-16.909 : *Banque et Droit*, 2006, n° 110, 62

VALIERGUE

- Com., 4 nov. 2021, n°19-12.342 : *JCP E*, 2022, n° 13, 41

VAN CUTSEM

- 1e civ., 25 janv. 2005, n°01-10.395 : *JCP N*, 2005, n° 26, 1200

VASSEUR

- 1e civ., 25 janv. 2005, n°01-10.395 : *JCP N*, 2005, n° 26, 1200

VESSIO

- Com., 9 mars 2022, n°19-25.795 : *GPL*, 2022, n° 21, 68

VINEY

- Cass., ass. plén., 6 oct. 2006, n° 05-13.255 : *D.*, 2006, 2825

VIANDIER

- Com., 20 mai 1986, n° 85-16.716 : *JCP E*, 1986, I, 15846
- Com., 19 févr. 1991, n° 89-16.590 : *JCP E*, 1991, n°4, 61

WALTZ

- 3e civ., 11 mai 2011, n° 10-12.875 : *JCP N*, 2012, n° 1, 33

WICKER

- Com., 8 mars 2005, n°02-17.692 : *JCP E*, 2005, n° 27, 1171

WITZ

- 1e civ., 10 juill. 2002, n°00-13.669 : *D.*, 2001, 3607

ZATTARA-GROS

- Com., 10 juill. 2012, n° 11-14.267 : *GPL*, 2012, n° 279-280, 27
- Com., 11 mars 2014, n° 11-26.915 : *GPL*, 2014, n° 124-126, 8

IX. LISTE DES ARRÊTS, JUGEMENTS ET DÉCISIONS

A. Conseil constitutionnel

Cons. Const., 18 sept. 1986, Décision n°86-217 DC
Rev. sociétés, 1986, 606, note GUYON.

Cons. Const., 16 sept. 2016, Décision n°2016-563 QPC
Dr. sociétés, 2016, n° 11, 11, note MORTIER ; *BJS*, 2017, n° 5, 279, note SCHLUMBERGER ; *RTD com.*, 2017, 373, note LECOURT ; *RDC*, 2017, n° 1, 142, note TADROS ; *Rev. sociétés*, 2018, 701, note GRUNDELER

Cons. Const., 9 déc. 2022, Décision n° 2022-1029 QPC
JCP E, 2023, n° 12, 27, note DEBOISSY et WICKER et n° 51, 24, note DONDERO ; *GPL*, 2023, n° 9, 68, note STOCLET ; *RDC*, 2023, n° 1, 73, note CAFFIN-MOI et 128, note TADROS ; *Dr. sociétés*, 2023, n° 2, 25, note HAMELIN ; *RLDA*, 2023, n° 189, 35, note ZOLOMIAN

B. Cour européenne des droits de l'Homme

CEDH, 15 mars 2018, n° 51357/07, *Naït-Liman c/ Suisse* [GC]

C. Cour de justice de l'Union européenne

CJCE, 13 nov. 1990, *Marleasing*
Rev. sociétés, 1991, 532, note CHAPUT.

D. Cour de cassation

Cass. req., 4 juill. 1826
DP, 1826, 1, 403

Cass. req., 4 janv. 1842
DP, 1842, 1, 48

Cass. civ., 13 mai 1857
DP, 1857, 1, 201

Cass. req., 14 mars 1860
DP, 1860, I, 163

Cass. req., 20 janv. 1862
DP, 1862, I, 364

Cass. req., 26 mai 1908
DP, 1909, I, 425

Crim., 18 nov. 1865
DP, 1866, 1, 455

Cass. civ., 6 mars 1876, *Canal de Craponne*
D., 1876, I, 193, note GIBOULOT

Cass. ch. réunies, 11 mars 1914, *Caisse rurale de Manigod*
DP, 1914, I, 257

Cass. req., 31 janv. 1917
Journ. sociétés, 1918, 158

Cass., ch. réun., 2 févr. 1921
DP, 1921, I, 1, note COLIN ; *S.*, 1921, I, 113, note AUDINET

Cass. req., 26 avr. 1924
DP, 1925, I, 124

Cass. req., 7 janv. 1925
DH, 1925, 57

Cass. civ., 24 juin 1927
DP, 1928, I, 51

Cass. civ., 11 janv. 1933
DP, 1933, I, 10, note CAPITANT ; *S.*, 1933, I, 161, note GÉNY

Cass. req., 16 nov. 1943
S., 1944, I, 15

Com., 18 oct. 1967
Bull. civ., IV, n° 335

Cass. civ., 4 juin 1946
S., 1947, I, 153, note BARBRY

1^e Civ., 25 avr. 1952
Bull. civ., I, n° 138 ; *RTD civ.*, 1952, 515, obs. CARBONNIER

Com., 27 avr. 1968
Bull. civ. IV, n° 141

Com., 5 mai 1970, n°68-13.523
Bull. civ., 1970, n°147

Com., 13 janv. 1971, n°69-12.174
Bull. civ., 1971, IV, n°13

Com., 29 mai 1972, n°70-13.104
Bull. civ., 1972, IV, n°167 ; *RTD civ.*, 1972, 791, obs. CORNU

3^e civ., 8 janv. 1975
Bull. civ., 1975, III, n° 2 ; *Rev. sociétés*, 1976, 301, note BALENSI

- Com., 3 mars 1975, n° 73-13.721
Bull. civ., 1975, IV, n° 68 ; *Rev. sociétés*, 1975, 454, note RANDOUX
- Com., 7 déc. 1976, n°75-12.464
Bull. civ., IV, n° 311
- 1e civ., 24 oct. 1978
Bull. civ., 1978, I, n° 318
- Com., 13 mars 1979, n° 77-13.518
Bull. civ., 1979, IV, n°100
- 3e civ., 6 mai 1980, n°78-16.390
Bull. civ., 1980, n°91
- Com., 25 mai 1981
Bull. civ., 1981, IV, n°247
- Com., 29 juin 1981
Bull. civ., 1981, IV, n°298
- Com., 15 juin 1982, n°79-13.367
Bull. civ., 1982, n°229 ; *Rev. sociétés*, 1983, 329, note GUYON
- Com., 10 mars 1998, n°96-10.168
Bull. civ., 1998, IV, n°99 ; *BJS*, 1998, n°5, 465, note COURET ; *Defrénois*, 1998, n° 10, 664, chron. HOVASSE et HONORAT ; *RTD civ.*, 1998, 898, obs. MESTRE ; *Rev. sociétés*, 1998, 541, note SAINTOURENS
- 1e civ., 30 mai 1985, n°84-11.795
Bull. civ., 1985, I, n° 173 ; *D.*, 1986, 65, note NAJJAR ; *RTD com.*, 1986, 391, note PATARIN
- Com., 2 juill. 1985
BJS, 1986, 229 et 374, obs. LE BRAS
- 1e Civ., 16 juill. 1985
Bull. civ., I, n°224
- Com., 20 mai 1986, n° 85-16.716
Bull. civ., 1986, IV, n° 95 ; *Dr. sociétés*, 1986, n° 213, 6, obs. GERMAIN ; *Rev. sociétés*, 1986, 587, note RANDOUX ; *JCP E*, 1986, I, 15846, obs. VIANDIER et CAUSSAIN ; *RTD com.*, 1987, 205, obs. REINHARD ; *RTD com.*, 1987, 66, obs. CHAMPAUD et LE FLOCH
- Com., 3 juin 1986, n°85-12.118
Bull. civ., 1986, IV, n° 116
- 1e civ., 8 juill. 1986, n°85-12.878
Bull. civ., 1986, I, n° 202

- 3e civ., 9 déc. 1986, n°85-13.373
Bull. civ., 1986, III, n°177
- 1e civ., 8 déc. 1987, n°85-11.769
Bull. civ., 1987, I, n° 343 ; *RTD civ.*, 1988, 532, obs. MESTRE ; *D.*, 1989, 233, obs. AUBERT
- Ch. mixte, 23 nov. 1990, n° 86-19.396 et 88-16.883 et n° 87-17.044, n° 93-13.688
Bull. ch. mixte, 1990, n° 1 et 2, n° 9 ; *D.*, 1996, 13, note AYNÈS ; *RTD civ.*, 1996, 153, obs. MESTRE ; *RTD com.*, 1996, 316, note BOULOC
- Com., 22 janv. 1991, n° 89-15.725
Bull. civ., 1991, IV, n° 39 ; *Rev. sociétés*, 1991, 345, note GUYON
- Com., 3 juin 2003, n° 00-14.386
BJS, 2003, n°10, 1049, note GODON
- Com., 19 févr. 1991, n° 89-16.590
JCP E, 1991, n°4, 61, obs. VIANDIER et CAUSSAIN
- Soc., 7 janv. 1991, n°89-41.941
Bull. civ., 1991, V, n°129
- 2e civ., 25 mars 1991, n°89-21.181
Bull. civ., 1991, II, n°102
- Com., 19 mai 1992
BJS, n°7-8, 747, note COURET
- Com., 13 oct. 1992, n°91-10.600
Bull. civ., 1992, IV, n°310 ; *Rev. sociétés*, 1993, 578, note RANDOUX ; *RTD Com.*, 1994, 502, obs. CHAMPAUD et DANET ; *Dr. sociétés*, 1992, n°12, 2, obs. LE NABASQUE
- 1e civ., 27 oct. 1992, n°91-10.054
Bull. civ., 1992, I, n° 261
- 2e civ., 14 sept. 2006, n°05-10.086
Bull. civ., 2006, II, n° 217 ; *GPL*, 2008, n° 76-78, 22, note DU RUSQUEC
- Com., 9 mars 1993, n°91-14.685
Bull. civ., 1993, IV, n° 101
- Com., 23 mars 1993, n°91-14533
BJS, 1993, n° 6, 673, note BÉNAC-SCHMIDT
- Com., 12 oct. 1993, n° 91-17.621
Bull. civ., 1993, IV, n° 327
- 3e civ., 15 déc. 1993, n° 91-10.199
Bull. civ., 1993, III, n° 174 ; *JCP N*, 1995, n°2, 31, obs. MAZEAUD ; *D.*, 1994, 230, obs. TOURNAFOND

1e Civ., 20 déc. 1993, n°91-16.828
Bull. civ., 1993, I, n° 372

3e civ., 16 mars 1994
Bull. civ., 1994, III, n°58 ; *D.*, 1994, 486, obs. FOURNIER

Com., 26 avr. 1994, n° 92-18.173
Bull. civ., 1994, IV, n° 157 ; *Rev. sociétés*, 1994, 480, note JEANTIN ; *BJS*, 1994, n°7-8, 813, note LE CANNU ; *Défrénois*, 1994, n° 15-16, 1015, obs. HOVASSE et HONORAT ; *RD banc. bourse*, 1994, n° 46, 265, note FRISON-ROCHE et GERMAIN

1e civ., 15 nov. 1994, n° 92-18.981
Bull. civ., 1994, I, n° 328 ; *RTD civ.*, 1995, 363, obs. MESTRE ; *RTD com.*, 1995, 802, obs. JEANTIN

Com., 13 déc. 1994, n°93-11.569 et 93-12.349
Bull. civ., 1994, IV, n° 384 ; *JCP E*, 1995, n° 30, 137, note PACLOT ; *Rev. sociétés*, 1995, 298, note RANDOUX ; *RJDA*, 1995, n° 3, 200, note LE NABASQUE

3e civ., 22 nov. 1995
D., 1996, 330, note MAZEAUD

Cass., ass. plén., 1er déc. 1995, n° 91-15.578, n° 91-19.653, n° 91-15.999, n° 93-13.688
Bull. ass. plén., 1995, n° 7, n° 8, n° 9 ; *D.*, 1996, 13, note AYNÈS ; *RTD civ.*, 1996, 153, obs. MESTRE ; *RTD com.*, 1996, 316, note BOULOC

Com., 13 févr. 1996, n° 93-19.654
Bull. civ., 1996, IV, n° 50 ; *Rev. sociétés*, 1996, 781, note DAIGRE

Com., 18 juin 1996, n°94-17.327
JCP E, 1996, n°1, 589, obs. CAUSSAIN et VIANDIER ; *BJS*, 1996, n°12, 1013, note COURET

Com., 2 juill. 1996, n°94-13.454
Rev. sociétés, 1997, 345, note SAINTOURENS

1e civ., 26 juin 2001, n°99-16.118
Bull. civ., 2001, I, n° 189 ; *RTD com.*, 2001, 1052, note JACQUET ; *D.*, 2591, obs. AVENAROBARDET et 2001, 3607, note WITZ

1ere civ., 19 mars 2002, n° 00-10.645
Bull. civ., 2002, I, n° 95 ; *Rev. sociétés*, 2002, 736, note CHARTIER ; *Dr. sociétés*, 2002, n° 6, 11, note LUCAS ; *JCP E*, 2003, n° 15, 658, note MASQUEFA

1ere civ., 19 mars 2002, n°99-21.209
RTD civ., 2002, 498, obs. MESTRE et FAGES

Cass., ass. plén., 17 mai 2002, n°00-11.664
Bull. ass. plén., 2002, n°1 ; *RTD civ.*, 2003, 85, note MESTRE et FAGES

1re civ., 10 juill. 2002, n°00-13.669

Bull. civ., 2002, I, n°192 ; *LPA*, 2003, n°65, 10, note BERNHEIM-DESVAX ; *RTD Civ.*, 2003, 107, note GAUTIER

1e civ., 2 oct. 2002, n°99-18.467

Bull. civ., 2002, I, n° 230 ; *Dr. et patr.*, 2003, n° 111, 111, note CHAUVEL ; *RTD civ.*, 2003, 85, note MESTRE et FAGES

3e civ., 15 janv. 2003, n° 01-03.700, *Publié au Bulletin*

JCP E, 2004, n°11, 418, note MOUSSERON ; *JCP N*, 2009, n°50, 18, note PILLET ; *RDC*, 2003, n°1, 45, obs. MAZEAUD ; *Contrats, conc. consom.*, 2003, n°5, 14, note LEVENEUR ; *D.*, 2003, 1190, note KENFACK ; *Dr. et patr.*, 2003, n°115, 111, note CHAUVEL

Com., 28 janv. 2003, n°00-10.033

Lexbase aff., 2003, n°60, note BAKOUCHE

Ch. mixte, 14 févr. 2003, n°00-19.423 et 00-19.424

Bull. ch. mixte, 2003, n°1 ; *D.*, 2003, 1386, note ANCEL et COTTIN ; *RDC*, 2003, n°1, 182, obs. CADIET ; *JCP E*, 2004, n°12, 465, note BRENA ; *Defrénois*, 2003, n°18, 1158, note LIBCHABER

1e civ., 9 juill. 2003, n°00-22.202

RTD civ., 2003, 709, notes MESTRE et FAGES

Com., 4 févr. 2004, n°01-13.516

Bull. civ., 2004, IV, n° 23 ; *Dr. sociétés*, 2004, n° 4, 31, note HOVASSE ; *JCP E*, 2004, n° 17, 660, note DEBOISSY, WICKER et CAUSSIN ; *RTD civ.*, 2004, 310, note GAUTIER et 502, note MESTRE et FAGES ; *Rev. sociétés*, 2004, 863, note MOURY

1e civ., 2 mars 2004, n°01-14.243

Bull. civ., 2004, I, n°75 ; *D.*, 2004, 807, note LIENHARD ; *Rev. sociétés*, 2004, 692, note CHARTIER ; *RTD com.*, 2004, 553, note MONSÉRIÉ-BON ; *Dr. sociétés*, 2004, n° 8-9, 12, note LUCAS ; *JCP E*, 2004, n° 42, 1633, obs. CAUSSAIN, DEBOISSY et WICKER

2e civ., 8 avr. 2004, n°01-04.196

Bull. civ., 2004, II, n° 175 ; *Contrats, conc. consom.*, 2005, n° 4, 11, chron. GJIDARA

Com., 28 avr. 2004, n°00-15.003

1e civ., 12 mai 2004, n°03-13.847

Com., 9 juin 2004, n° 01-12.887

Bull. civ., 2004, IV, n° 122 ; *RTD com.*, 2004, 551, note MONSÉRIÉ-BON ; *Dr. sociétés*, 2005, n° 2, 11, note TRÉBULLE ; *Rev. sociétés*, 2005, 176, note BARBIÈRI ; *Dr. sociétés*, 2004, n° 11, 19, note LUCAS ; *Banque et Droit*, 2005, n° 100, 37, note RIASSETTO

3e civ., 22 sept. 2004, n° 02-21441

Bull. civ., 2004, III, n° 157 ; *JCP E*, 2005, n°11, 468, obs. RAYNARD ; *GPL*, 2005, n°51, 41, obs. ROMAN ; *RTD Civ.*, 2005, 122, note MESTRE et FAGES

Com., 5 oct. 2004, n°01-03.496

Com., 16 nov. 2004, n°00-22.193

JCP E, 2005, n° 27, 1167, notes CAUSSAIN, DEBOISSY et WICKER

Com., 30 nov. 2004, n°03-13.756

Bull. civ., 2004, IV, n° 210 ; *D.*, 2005, 2950, obs. HALLOUIN et LAMAZEROLLES ; *RTD com.*, 2005, 124, obs. MONSÉRIÉ-BON ; *JCP E*, 2005, n°4, 139, obs. HOVASSE

1e civ., 25 janv. 2005, n°01-10.395

Bull. civ., 2005, I, n° 49 ; *Dr. sociétés*, 2005, n° 4, 11, note TRÉBULLE ; *JCP E*, 2005, n° 22, 906, note RENARD-PAYEN ; *RTD com.*, 2005, 537, notes CHAMPAUD et DANET ; *Rev. sociétés*, 2005, 608, note CHARTIER ; *JCP N*, 2005, n° 26, 1200, note RENARD-PAYEN et n° 38, 1528, note PILLEBOUT

Com., 22 févr. 2005, n° 02-14.392

Bull. civ., 2005, IV, n° 37 ; *Banque et Droit*, 2005, n° 102, 58, note RIASSETTO ; *Rev. sociétés*, 2005, 593, note LE NABASQUE ; *RDC*, 2005, n° 3, 776, note LUCAS ; *JCP E*, 2005, n° 24, 1029, note HOVASSE ; *Dr. sociétés*, 2005, n° 6, 17, note TRÉBULLE ; *Dr. et patr.*, 2005, n° 138, 100, note PORACCHIA

Com., 8 mars 2005, n°02-17.692

Bull. civ., 2005, IV, n° 47 ; *Dr. et patr.*, 2005, n° 143, 91, note PORACCHIA ; *JCP E*, 2005, n° 27, 1171, note CAUSSAIN, DEBOISSY et WICKER ; *Rev. sociétés*, 2005, 618, note RANDOUX ; *RTD com.*, 2005, 599, note MARTIN-SERF ; *Dr. sociétés*, 2005, n° 6, 29, note MONNET ; *RDC*, 2006, n° 2, 449, note LUCAS

1e civ., 19 avr. 2005, n°01-17.226

Bull. civ., 2005, I, n°187 ; *D.*, 2005, 1230, obs. LIENHARD ; *RTD com.*, 2005, 527, note CHAMPAUD et DANET ; *RTD com.*, 2005, 785, note GROSCLAUDE ; *BJS*, 2005, n°11, 1276, note DAIGRE ; *Rev. sociétés*, 2006, 111, obs. PORACCHIA

Com., 22 nov. 2005, n° 04-12.183

Bull. civ., 2005, IV, n° 234 ; *D.*, 2007, 267, obs. HALLOUIN et LAMAZEROLLES ; *Rev. sociétés*, 2006, 521, note BARBIÈRI ; *RTD civ.*, 2006, 302, obs. MESTRE et FAGES

Com., 13 déc. 2005, n° 03-19.217

Bull. civ., 2005, IV, n°256 ; *Dr. et patr.*, 2006, n°152, 96, note AYNÈS et STOFFEL-MUNCK ; *JCP E*, 2006, n°9, 408, note GROSSER ; *D.*, 2006, 2856, obs. CROCQ ; *RTD civ.*, 2006, 305, obs. MESTRE et FAGES

1e civ., 7 mars 2006, n°04-12.914

Bull. civ., 2006, I, n° 132 ; *Banque et Droit*, 2006, n° 107, 76, note RONTCHEVSKY ; *Rev. dr. banc. fin.*, 2006, n° 3, 20, note LEGEAIS ; *RLDC*, 2006, n° 27, 32, note MARRAUD DES GROTTEs ; *Contrats, conc. consom.*, 2006, n° 7, 16, note LEVENEUR ; *RTD civ.*, 2006, 762, note MESTRE et FAGES ; *Dr. et patr.*, 2006, n° 152, 97, note AYNÈS et STOFFEL-MUNCK

1e civ., 4 avr. 2006, n°02-18.277

Bull. civ., 2006, I, n° 190 ; *RDC*, 2006, n° 3, 700, note MAZEAUD ; *RTD civ.*, 2007, 105, note MESTRE et FAGES

Com., 10 mai 2006, n°05-16.909

Bull. civ., 2006, IV, n° 120 ; *Rev. sociétés*, 2007, 70, note GODON ; *BJS*, 2006, n° 10, 1154, note DAIGRE ; *RDC*, 2006, n° 4, 1186, note LUCAS ; *Banque et Droit*, 2006, n° 110, 62, note RIASSETTO, URBAN et STORCK ; *RTD com.*, 2007, 145, note CHAMPAUD et DANET

Com., 23 mai 2006, n°05-11.406

1e civ., 4 juill. 2006, n°05-11.591

Bull. civ., 2006, I, n° 337 ; *JCP E*, 2006, n° 50, 2146, obs. SERAGLINI, ORTSCHIEDT et BÉGUIN ; *D.*, 2006, 3026, chron. CLAY

1e civ., 4 juill. 2006, n°05-17.460

Bull. civ., 2006, I, n° 338 ; *RLDC*, 2006, n° 31, 14, note DOIREAU ; *JCP G*, 2006, n° 46, 2096, obs. SERAGLINI, ORTSCHIEDT et BÉGUIN ; *D.*, 2006, 3026, chron. CLAY

1e civ., 11 juillet 2006, n°03-11.983

Bull. civ., 2006, I, n° 368 ; *Rev. arb.*, 2006, n° 4, 969, note LARROUMET ; *RLDC*, 2006, n° 31, 14, note DOIREAU ; *JCP G*, 2006, n° 46, 2120, note LEGROS ; *JCP E*, 2006, n° 49, 2092, note LEGROS ; *D.*, 2006, 3026, obs. CLAY

Cass., ass. plén., 6 oct. 2006, n° 05-13.255

Bull. ass. plén., 2006, n° 9 ; *D.*, 2006, 2825, note VINEY et 2007, 1827, obs. ROZÈS et 2897, obs. BRUN et JOURDAIN et 2966, obs. AMRANI-MEKKI et FAUVARQUE-COSSON ; *RTD civ.*, 2007, 61, obs. DEUMIER et 115, obs. MESTRE et FAGES ; *JCP E*, 2007, n° 1, 11, note AUQUE ; *RDC*, 2007, n° 2, 269, note MAZEAUD

2e civ., 9 nov. 2006, n°05-19.443

Com., 19 déc. 2006, n°03-21.042

Com., 6 nov. 2012, n° 11-24.730

RTD civ., 2013, 110, obs. FAGES

3e civ., 21 mars 2007, n° 06-11.843

Bull. civ., 2007, III, n° 41 ; *RDC*, 2007, n° 4, 1205, note SEUBE ; *JCP N*, 2007, n° 27, 14, note ALTIDE ; *D.*, 2008, 1300, obs. DAMAS

1e civ., 27 mars 2007, n°04-20.842

Bull. civ., 2007, I, n° 129 ; *Clunet*, 2007, 968, note LEGROS ; *JCP E*, 2007, n° 35, 29, note SERAGLINI ; *RCDIP*, 2007, n° 4, 798, note JAULT-SESEKÉ ; *RTD civ.*, 2008, 541, note THÉRY

Soc., 9 mai 2007, n°05-40.315

Bull. civ., 2007, V, n°70 ; *JCP G*, 2007, n° 27, 38, note CORRIGNAN-CARSIN ; *Rev. dr. banc. fin.*, 2007, n° 4, 55, note CANUT ; *RDC*, 2007, n° 4, 1216, note RADÉ

Com., 10 juill. 2007, n°06-14.768

Bull. civ., 2007, IV, n° 188 ; *Dr. sociétés*, 2007, n° 10, 27, note HOVASSE ; *RTD civ.*, 2007, 773, note FAGES ; *RTD com.*, 2007, 786, notes LE CANNU et DONDERO ; *RDC*, 2007, n° 4, 1107, notes MAZEAUD et AYNÈS ; *RLDA*, 2007, n° 20, 14, note FAUSSURIER ; *JCP E*, 2007, n° 46, 32, notes MAINGUY et RESPAUD

Soc., 27 sept. 2007, n°06-43.867

Bull. civ., 2007, V, n°146 ; *JCP E*, 2007, n° 48, 47, notes BÉAL et TERRENOIRE ; *JCP S*, 2007, n° 49, 25, note BUGADA

Com., 23 oct. 2007, n°06-16.537

Bull. civ., 2007, IV, n° 225 ; *JCP E*, 2008, n° 9, 32, note CAUSSAIN, DEBOISSY et WICKER et n° 47, 33, note VIANDIER ; *RLDA*, 2007, n° 22, 14, note FAUSSURIER et n° 23, 10, note GUYADER ; *JCP N*, 2007, n° 49, 31, note REIFEGERSTE ; *Dr. sociétés*, 2007, n° 12, 28, note HOVASSE ; *Rev. sociétés*, 2007, 814, note LE CANNU ; *RTD com.*, 2007, 791, notes LE CANNU et DONDERO

1e civ, 31 oct. 2007, n°05-14.238

Bull. civ., 2007, I, n° 337 ; *RTD civ.*, 2008, 126, note REVET ; *JCP N*, 2008, n° 5, 26, note MORTIER ; *Rev. sociétés*, 2008, 321, note SCHILLER ; *RDC*, 2008, n° 2, 248, note LAITHIER

Com., 6 nov. 2007, n°07-10.620

GPL, 2008, n° 30, 10, note ARMAND-PRÉVOST ; *RTD civ.*, 2008, 104, note HAUSER

Com., 4 déc. 2007, n° 06-13.912

Bull. civ., 2007, IV, n° 258 ; *JCP E*, 2008, n° 5, 39, note HOVASSE ; *Dr. sociétés*, 2008, n° 2, 15, note MORTIER ; *RTD com.*, 2008, 615, obs. BOULOC ; *JCP E*, 2008, n° 31-34, 32, note GRIMALDI et NETTOD., 2008, 16, obs. LIENHARD et 323, obs. HALLOUIN et LAMAZEROLLES ; *Rev. sociétés*, 2008, 341, note MOURY ; *BJS*, 2008, n°3, 216, note LUCAS

Com. 4 déc. 2007, n° 06-13.913

D., 2009, 323, obs. HALLOUIN et LAMAZEROLLES ; *Dr. sociétés*, 2008, n°8-9, 20, MORTIER

Com., 29 janv. 2008, n° 06-19.624

Bull. civ., 2008, IV, n° 17 ; *RTDF*, 2008, n° 2, 63, note PORACCHIA ; *BJS*, 2008, n° 5, 408, note LE NABASQUE ; *D.*, 2008, 888, note D'AVOUT ; *Rev. sociétés*, 2008, 589, note DUBERTRET ; *Rev. dr. banc. fin.*, 2008, n° 3, 56, note BONNEAU ; *Dr. sociétés*, 2008, n° 4, 28, note HOVASSE

Com., 11 mars 2008, n° 07-13189

Bull. civ., 2008, IV, n° 62 ; *Dr. sociétés*, 2008, n° 5, 17, note MORTIER ; *JCP E*, 2008, n° 17-18, 26, note COQUELET ; *Rev. sociétés*, 2008, 355, note BARBIÈRI

3e civ, 27 mars 2008, n°07-11.721

JCP N, 2008, n° 40, 10, note PILLET et 2009, n° 1-2, 25, note PIEDELIÈVRE ; *RDC*, 2008, 734, note MAZEAUD et 1239, note COLLART-DUTILLEUL et 2009, 143, note BRUN ; *RTD civ.*, 2008, 475, note FAGES

3e civ., 16 avr. 2008, n°07-15.486

Bull. civ., 2008, III, n° 72 ; *AJDI*, 2008, n° 11, 843, note BLATTER ; *JCP G*, 2008, n° 48, 53, note POUMAREDE ; *GPL*, 2009, n° 37-38, 18, note REGNAULT

Cass., ass. plén., 9 mai 2008, n°07-12.449

Bull. ass. plén., 2008, n°3 ; *D.*, 2008, 2328, obs. ROUQUET, note THOMAT-RAYNAUD ; *RTD civ.*, 2008, 485, obs. JOURDAIN et 498, obs. GAUTIER et 672, obs. FAGES et 2009, 202, obs. BOULOC

3e civ., 19 nov. 2008, n° 07-18.414

Bull. civ., 2008, III, n°180 ; *D.*, 2009, 2448, obs. TRÉBULLE

Soc., 18 mars 2009, n° 07-45.212

RTD com., 2009, 576, obs. LE CANNU et DONDERO ; *BJS*, 2009, n°9, 786, note CONSTANTIN ; *JCP S*, 2010, n° 3, 16, note CHISS et MANIGOT

Com., 8 avr. 2008, n° 06-18.042

Bull. civ., 2008, IV, n° 84 ; *RTD com.*, 2008, 780, note CHAMPAUD et DANET ; *RTD civ.*, 2008, 475, note FAGES ; *BJS*, 2008, n° 7, 608, note COURET ; *Rev. sociétés*, 2008, 577, note MOURY ; *Dr. sociétés*, 2008, n° 7, 11, note COQUELET

Com., 7 avr. 2009, n°07-18.907

Bull. civ., 2009, IV, n°48 ; *Dr. et patr.*, 2009, n°183, 89, obs. AYNÈS et STOFFEL-MUNCK ; *RTD civ.*, 2009, 321, note FAGES ; *JCP E*, 2009, n°41, 18, note MARTY

Com., 5 mai 2009, n° 08-14.044

BJS, 2009, n° 10, 857, note GARÇON

Com., 5 mai 2009, n° 08-17.465

Bull. civ., 2009, IV, n° 61 ; *D.*, 2009, 1349, obs. LIENHARD et 2195, note DONDERO et 2010, 287, obs. HALLOUIN et LAMAZEROLLES et RABREAU ; *RTD civ.*, 2009, 548, obs. GAUTIER ; *RTD com.*, 2009, 752, obs. CHAMPAUD et DANET et 799, obs. BOULOC ; *Rev. sociétés*, 2009, 503, obs. MOURY ; *BJS*, 2009, n° 9, 728, note COURET ; *D.*, 2009, 2195, note DONDERO

Com., 7 juill. 2009, n°08-15.686

JCP E, 2009, n°39, 43

Com., 15 sept. 2009, n°08-16.444

Com., 15 sept. 2009, n°08-11.627

RTD com., 2010, 159, note DONDERO ; *RTD civ.*, 2009, 716, note FAGES

3e civ., 23 sept. 2009, n°08-18.187

Bull. civ., 2009, III, n°203 ; *JCP N*, 2010, n° 6, 22, note LEVENEUR ; *JCP N*, 2010, n° 20, 18, note PÉRINET-MARQUET ; *RDC*, 2010, n° 1, 32, note GENICON ; *RTD civ.*, 2010, 127, note GAUTIER ; *Dr. et patr.*, 2010, n° 188, 72, obs. SEUBE et REVET

Com., 17 nov. 2009, n°09-11.824

BJS, 2010, n° 4, 335, note MOUSSERON

Com., 17 nov. 2009, n°08-70.325

Com., 24 nov. 2009, n° 08-21.369

Bull. civ., 2009, IV, n° 151 ; *D.*, 2009, 2924, obs. LIENHARD et 2010, 2797, obs. HALLOUIN et LAMAZEROLLES et RABREAU ; *Rev. sociétés*, 2010, 21, note MOURY ; *RTD com.*, 2010, 600, obs. BOULOC

3e civ., 9 déc. 2009, n°04-19.923

Bull. civ., 2009, III, n° 275 ; *RJC*, 2010, n° 2, 199, note GOURDON ; *RDC*, 2010, n° 2, 561, chron. MAZEAUD et LAITHIER et 666, chron. SEUBE ; *GPL*, 2010, n° 94-98, 20, chron. HOUTCIEFF ; *JCP N*, 2010, n° 40, 39, chron. GARÇON

Com., 19 janv. 2010, n° 08-19.376

Rev. sociétés, 2010, 165, note COURET ; *Dr. sociétés*, 2010, n° 4, 17, obs. GALLOIS-COCHET ; *GPL*, 2010, n° 111-112, 19, note DONDERO

Com., 16 févr. 2010, n°09-11.586

Bull. civ., 2010, IV, n°39 ; *D.*, 2010, 1765, note MOURY ; *BJS*, 2010, n°7, 626, obs. LE CANNU ; *Rev. sociétés*, 2010, 165, note COURET ; *Rev. arb.*, 2010, 504, note DAIGRE ; *JCP E*, 2010, n° 24, 34, note COHEN ; *Dr. sociétés*, 2010, n° 6, 15, note COQUELET

Com., 9 mars 2010, n°09-13.453

Com., 4 mai 2010, n°09-14.415

Com., 18 mai 2010, n°09-14.855

Bull. civ., 2010, IV, n° 93 ; *JCP E*, 2010, n° 23, 26, note COURET et DONDERO ; *RTD civ.*, 2010, 553, note FAGES ; *Dr. sociétés*, 2010, n° 8-9, 10, note COQUELET ; *Rev. sociétés*, 2010, 374, note LE CANNU ; *Dr. et patr.*, 2011, n° 203, 84, note PORACCHIA

Com., 15 juin 2010, n°09-16.323

Com., 13 juill. 2010, n°09-16156

Bull. civ., 2010, IV, n° 129 ; *JCP E*, 2010, n° 38, 48, note NAVARRO ; *RTD com.*, 2010, 727, note CHAMPAUD et DANET ; *BJS*, 2010, n° 12, 990, note LE CANNU ; *D.*, 2010, 2880, note DONDERO ; *Dr. et patr.*, 2011, n° 203, 82, note PORACCHIA

Soc., 22 sept. 2010, n°09-40.968

Bull. civ., 2010, V, n° 191 ; *JCP S*, 2010, n° 45, 45, note LAHALLE ; *BJT*, 2010, n° 224, 348, note PANSIER ; *RLDA*, 2010, n° 54, 50, note MASQEFA-NEAU-LEDUC et n° 55, 61, note CHEVILLARD ; *Dr. soc.*, 2010, n° 12, 1150, note RADÉ

1e civ., 15 nov. 2010, n° 09-69.308

Dr. sociétés, 2011, n° 2, 20, note ROUSSILLE ; *JCP E*, 2011, n° 7, 22, note ROUSSILLE ; *BJS*, 2011, n° 3, 179, note LE NABASQUE ; *Rev. sociétés*, 2011, 168, note MORTIER

1e civ., 9 déc. 2010, n°09-10.141

Bull. civ., 2010, I, n° 259 ; *Dr. sociétés*, 2011, n° 2, 19, note HOVASSE ; *BJS*, 2011, n° 3, 189, note DAIGRE ; *LPA*, 2011, n° 47, 3, note GIBIRILA ; *Rev. sociétés*, 2011, 339, note MOURY

Com., 14 déc. 2010, n° 09-15.992

Com., 8 févr. 2011, n°09-17.034

Bull. civ., 2011, IV, n° 19 ; *RTD civ.*, 2011, 350, note FAGES ; *RLDC*, 2011, n° 81, 22, note BUGNICOURT ; *BJS*, 2011, n° 5, 378, note LUCAS ; *D.*, 2011, 1535, note SERINET et BOUCOBZA

Com., 8 mars 2011, n° 10-40.069

Bull. civ., 2011, IV, n° 36 (QPC) ; *D.*, 2011, 1390, note COURET et obs. LIENHARD et 2421, note MOURY ; *RTD civ.*, 2011, 364, obs. GAUTIER ; *RTD com.*, 2011, 628, obs. BOULOC

Com., 15 mars 2011, n° 10-13.824

Bull. civ., 2011, IV, n° 39 ; *RTD civ.*, 2011, 348, note FAGES ; *RLDA*, 2011, n° 60, 10, note CONSTANTIN et 52, chron. CANUT ; *JCP E*, 2011, n° 21-22, 24, note COURET et DONDERO et n° 25, 34, note GRIGNON ; *GPL*, 2011, n° 215-216, 17, note HOUTCIEFF ; *JCP E*, 2011, n° 47, 21, note DEBOISSY et WICKER ; *Dr. et patr.*, 2012, n° 214, 95, note PORACCHIA

3e civ., 16 mars 2011, n° 10-15.459

Bull. civ., 2011, III, n°42 ; *Lexbase aff.*, 2011, n° 247, note GIBIRILA ; *BJS*, 2011, n° 6, 471, note LUCAS ; *RLDA*, 2011, n° 61, 10, note LEBEL ; *Banque et Droit.*, 2011, n° 138, 41, note URBAN ; *LPA*, 2011, n° 134, 19, note TCHOTOURIAN ; *D.*, 2011, 1572, chron. DUMONT-LEFRAND ; *Defrénois*, 2011, n° 27, 28, note RUET

3e civ., 11 mai 2011, n° 10-12.875

Bull. civ., 2011, V, n°77 ; *JCP N*, 2011, n°22, 26, note PIÉDELIÈVRE ; *JCP N*, 2011, n°20, 25, note ROUZET ; *GPL*, 2011, n°215-216, 15, note HOUTCIEFF ; *RDC*, 2011, n°4, 1133, note LAITHIER et 1259, note SAUPHANOR-BROUILLAUD ; *RLDA*, 2011, n°63, 10, note BROCARD ; *RTD civ.*, 2011, 532, note FAGES ; *Dr. et patr.*, 2012, n°211, 69, note STOFFEL-MUNCK

Com., 24 mai 2011, n°10-24.869

Bull. civ., 2011, IV, n° 80 ; *Dr. sociétés*, 2011, n°10, 13, note MORTIER ; *RDC*, 2011, n°4, 1170, note CARVAL ; *Rev. sociétés*, 2011, 482, note GAUDEMET ; *RTD com.*, 2011, 587, notes LE CANNU et DONDERO

Com., 24 mai 2011, n°10-12.163

Bull. civ., 2011, IV, n°86 ; *Lexbase aff.*, 2011, n° 260, note FORESTA ; *Banque et Droit*, 2011, n° 138, 40, note STORCK ; *Dr. sociétés*, 2011, n° 10, 11, note MORTIER ; *BJS*, 2011, n° 10, 770, notes PORACCHIA et MAETZ ; *JCP G*, 2011, n° 42, 1891, notes CHAGNY, GROSSER et GHESTIN ; *RTD com.*, 2011, 587, note REVET ; *Rev. sociétés*, 2012, 157, note DUBERTRET

Com., 20 sept. 2011, n°10-17.555

RDC, 2012, n°2, 451, note MAZEAUD ; *RTD civ.*, 2012, 115, obs. FAGES ; *RTD com.*, 2012, 129, note CONSTANTIN ; *JCP N*, 2012, n° 41, 41, note DOUET

3e civ., 21 sept. 2011, n° 10-21.900

Bull. civ., 2011, III, n° 152 ; *D.*, 2011, 2711, note MAZEAUD ; *JCP N*, 2012, n° 1, 33, note WALTZ ; *RDC*, 2012, n° 1, 47, note SAVAUX et 130, note SEUBE ; *GPL*, 2011, n° 303-307, 18, note HOUTCIEFF ; *Dr. et patr.*, 2012, n° 211, 64, obs. STOFFEL-MUNCK ; *D.*, 2012, 459, obs. AMRANI-MEKKI et MEKKI

Com., 4 oct. 2011, n° 10-10.548

Rev. sociétés, 2012, 424, note GODON ; *JCP E*, 2012, n° 4, 22, notes COURET et DONDERO

3e civ., 3 nov. 2011, n° 10-26.203

Bull. civ., 2011, III, n° 178 ; *RTD civ.*, 2012, 114, note FAGES ; *GPL*, 2012, n° 11-12, 23, note HOUTCIEFF ; *JCP N*, 2012, n° 8-9, 47, chron. LEVENEUR et n° 10, 36, note PIEDELIÈVRE ; *RDC*, 2012, n° 2, 402, note LAITHIER ; *GPL*, 2012, n° 155-157, 10, note MAYER

Com., 15 nov. 2011, n° 10-15.049

Bull. civ., 2011, IV, n° 188 ; *Lexbase aff.*, 2011, n° 277, note LENHOF ; *JCP E*, 2011, n° 50, 16, note COURET et DONDERO ; *D.*, 2012, 134, note FAVARIO ; *RTD com.*, 2012, 137, note CONSTANTIN ; *RLDA*, 2012, n° 67, 16, note MPINDI ; *Banque et Droit*, 2012, n° 141, 62, note URBAN ; *Dr. sociétés*, 2012, n° 2, 21, note ROUSSILLE ; *BJS*, 2012, n° 2, 112, note LE NABASQUE ; *GPL*, 2012, n° 41-42, 19, note SAINTOURENS ; *Dr. et patr.*, 2012, n° 214, 94, note PORACCHIA ; *Rev. sociétés*, 2012, 292, note GODON

Soc., 1 déc. 2011, n° 10-26.064

RTD com., 2012, 345, note CONSTANTIN ; *GPL*, 2012, n° 41-42, 32, note DONDERO ; *BJS*, 2012, n° 4, 352, note SAINTOURENS

Com., 20 mars 2012, n° 11-10.855

Bull. civ., 2012, IV, n° 60 ; *Rev. sociétés*, 2012, 435, note COURET ; *Dr. sociétés*, 2012, n° 11, 9, note HOVASSE ; *RTD com.*, 2012, 349, note CONSTANTIN et 355, notes MONSÉRIÉ-BON et GROSCLAUDE ; *BJS*, 2012, n° 6, 489, note PÉRIN ; *RLDA*, 2012, n° 72, 10, note FAVARIO ; *JCP E*, 2012, n° 19-20, 33, note MORTIER et n° 39, 15, note GARÇON

Com., 10 juill. 2012, n° 11-14.267

Bull. civ., 2012, VII, n° 156 ; *Dr. sociétés*, 2012, n° 12, 17, note HOVASSE ; *GPL*, 2012, n° 279-280, 27, note ZATTARA-GROS ; *Banque et Droit*, 2012, n° 145, 62, note RIASSETTO ; *Rev. sociétés*, 2012, 701, note MASSART ; *BJS*, 2012, n° 10, 693, note DONDERO

3e civ., 12 sept. 2012, n° 11-17.948

Bull. civ., 2012, III, n° 121 ; *RLDA*, 2012, n° 75, 30, note MAURIES et n° 77, 24, note ALBIGES ; *Rev. dr. banc. fin.*, 2012, n° 6, 31, note CERLES ; *JCP N*, 2012, n° 48, 30, note MEKKI ; *GPL*, 2012, n° 347-348, 18, note DUMONT-LEFRAND et 2013, n° 25-26, 34, note DONDERO ; *JCP E*, 2012, n° 51-52, 34, note DEBOISSY et WICKER ; *Dr. et patr.*, 2013, n° 222, 85, note AYNÈS et DUPICHOT et n° 225, 84, note PORACCHIA

Com., 4 déc. 2012, n° 10-16.280

Bull. civ., 2012, IV, n° 223 ; *D.*, 2012, 2962, obs. LIENHARD et 2013, 147, note COURET et 2729, obs. HALLOUIN, LAMAZEROLLES et RABREAU ; *Rev. sociétés*, 2013, 330, obs. MOURY ; *RTD com.*, 2012, 805, obs. CONSTANTIN

Com., 14 mai 2013, n°11-22.845

Bull. civ., 2013, IV, n°80 ; *Dr. sociétés*, 2013, n° 10, 23, note ROUSSILLE ; *Rev. sociétés*, 2013, 566, note SAINTOURENS

Ch. mixte, 17 mai 2013, n°11-22.927 et 11-22.768

Bull. ch. mixte, 2013, n°1 ; *GPL*, 2013, n° 163-164, 11, note GUERRERO et n° 261-262, 22, note PIGNARRE ; *RTD com.*, 2013, 569, note LEGEAIS ; *RTD civ.*, 2013, 597, note BARBIER ; *JCP E*, 2013, n° 27-28, 31, note MAINGUY ; *RDC*, 2013, n° 4, 1331, note LAITHIER ; *Dr. et patr.*, 2014, n° 234, 55, note AYNÈS et STOFFEL-MUNCK

Com., 11 juin 2013, n°12-22.296

Bull. civ., 2013, IV, n°100 ; *Rev. sociétés*, 2013, 20, note MORTIER ; *GPL*, 2013, n° 258-260, 17, note ZATTARA-GROS ; *JCP E*, 2013, n° 39, 27, note BUCHBERGER et n° 40, 24, note DONDERO ; *Dr. sociétés*, 2013, n° 6, 11, note LUCAS ; *BJS*, 2013, n° 10, 624, note LE CANNU ; *RTD com.*, 2013, 637, note LECOURT ; *GPL*, 2013, n° 33, 19, note SAUPHANOR-BROUILLAUD ; *JCP G*, 2013, n° 36, 1522, note HEINICH ; *D.*, 2013, 2335, chron. LAMAZEROLLES et RABREAU

3e civ., 12 juin 2013, n° 12-19.105

Com., 8 oct. 2013, n°12-25.984

BJS, 2014, n° 1, 17, note SAINTOURENS ; *Dr. sociétés*, 2014, n° 1, 20, note MORTIER ; *Rev. sociétés*, 2014, 102, note BARBIÈRI

Com., 14 janv. 2014, n° 12-29.071

GPL, 2014, n°43-44, 8, note MIGNOT ; *BJS*, 2014, n°6, 384, note BRIAND

Com., 11 mars 2014, n° 12-12.074

RTDF, 2014, n° 2, 145, note PORACCHIA ; *BJS*, 2014, n° 6, 387, note ANSAULT ; *JCP E*, 2014, n° 42, 29, note BUCHBERGER

Com., 11 mars 2014, n° 11-26.915

Bull. civ., 2014, IV, n° 48 ; *RLDA*, 2014, n° 94, 10, note CAFFIN-MOI ; *GPL*, 2014, n° 124-126, 8, note ZATTARA-GROS ; *Dr. sociétés*, 2014, n° 5, 17, note MORTIER ; *RJC*, 2014, n° 3, 187, note MONSÉRIÉ-BON ; *RTDF*, 2014, n° 3, 85, chron. PORACCHIA ; *JCP E*, 2014, n° 13, 33, note COURET ; *D.*, 2014, 759, obs. LIENHARD et note DONDERO ; *Rev. sociétés*, 2014, 366, note MOURY

Com., 1er avr. 2014, n° 13-10.629

Bull. civ., 2014, IV, n° 67 ; *D.*, 2014, 1185, note DONDERO et 1610, obs. CROCQ ; *Dr. et patr.*, 2015, n°251, 98, note DUPICHOT et AYNÈS ; *RTD com.*, 2015, 228, obs. SAINTOURENS ; *RDC*, 2014, n°3, 347, note GENICON et n°4, 625, note KLEIN ; *JCP E*, 2014, n°27, 27, note LEVENEUR ; *GPL*, 2014, n°288-289, 8, note HOUTCIEFF ; *Rev. sociétés*, 2014, 558, note MASSART

Com., 29 avr. 2014, n°12-27.004

Bull. civ., 2014, IV, n° 76 ; *RJC*, 2015, n°1, 20, note MOREAU ; *RLDA*, 2014, n°98, 74, note MESTRE et MESTRE-CHAMI ; *RTD civ.*, 2014, 655, note BARBIER ; *JCP E*, 2014, n°21-22, 36, note DISSAUX

Com., 6 mai 2014, n°13-17.349 et 13-19.066

Dr. sociétés, 2014, n° 12, 13, note MORTIER ; *Rev. sociétés*, 2015, 36, note MICHINEAU ; *GPL*, 2014, n° 187-189, 10, note ZATTARA-GROS ; *RTD civ.*, 2014, 642, note BARBIER ; *JCP E*, 2014, n° 24, 24, note DONDERO

Soc., 2 juill. 2014, n°13-15.208 et autres

Bull. civ., 2014, V, n° 159 ; *JCP E*, 2014, n° 50, 31, note PÉTEL et n° 28-29, 18, note DEDESSUS-LE-MOUSTIER ; *Rev. sociétés*, 2014, n° 12, 709, note COURET et SCHRAMM ; *RLDA*, 2014, n° 96, 15, note MPINDI

Com., 16 sept. 2014, n°13-20.306

Bull. civ., 2014, IV, n° 118 ; *Rev. sociétés*, 2015, 23, note JUILLET ; *RDC*, 2015, n°1, 21, note LAITHIER et 27, note DESHAYES ; *JCP E*, 2014, n°46, 34, note MAZEAUD

1e civ., 29 oct. 2014, n°13-19.729

Bull. civ., 2014, I, n° 178 ; *GPL*, 2014, n° 330-331, 9, note PRIEUR ; *RTD civ.*, 2015, 102, note HAUSER ; *RDC*, 2015, n° 2, 361, note BERLIOZ

Ch. mixte, 12 déc. 2014, n°13-19.684

Bull. ch. mixte, 2014, n°3 ; *D.*, 2015, 298, note BOILLOT ; *JCP E*, 2015, n°3, 40, note DISSAUX ; *RTD civ.*, 2015, 187, note THÉRY ; *RDC*, 2015, n°2, 308, obs. PELLETIER

Com., 3 févr. 2015, n°13-28.164

BJS, 2015, n° 4, 188, note SCHILLER ; *RLDA*, 2015, n° 109, 44, notes MESTRE et MESTRE-CHAMI

Com., 3 mars 2015, n°13-27.525

Bull. civ., 2015, IV, n° 42 ; *JCP E*, 2015, n° 17-18, 36, note LE GAC-PECH et n° 25, 34, note LOIRE ; *RTD com.*, 2015, 486, chron. CHAGNY ; *RDC*, 2015, n° 3, 523, note BEHAR-TOUCHAIS

Com., 12 mai 2015, n°14-13.744

RTD civ., 2015, 880, note BARBIER ; *JCP N*, 2015, n° 38, 39, note DONDERO ; *Dr. sociétés*, 2015, n° 8-9, 26, note GALLOIS-COCHET ; *GPL*, 2015, n° 207-209, 11, note ZATTARA-GROS ; *JCP E*, 2015, n° 28, 16, note DONDERO ; *BJS*, 2015, n° 9, 443, note DANOS ; *RTDF*, 2015, n° 3, 85, chron. PORACCHIA ; *Rev. sociétés*, 2016, n° 2, 99, note LECOURT

1e civ., 10 sept. 2015, n°14-20.498

RDC, 2016, n° 1, 11, note GENICON ; *Dr. et patr.*, 2016, n° 255, 70, note STOFFEL-MUNCK ; *RTD civ.*, 2016, 339, note BARBIER ; *D.*, 2015, 2361, note MAZEAUD

Com., 29 sept. 2015, n°14-17.343

Dr. Sociétés, 2016, n° 2, 50, note CASTAGNÉ et n° 3, 11, note MORTIER ; *JCP E*, 2016, n° 15, 28, note BUCHBERGER et n° 23, 27, note PACLOT ; *GPL*, 2015, n° 333-335, 19, note DONDERO et 2016, n° 19, 63, note MOULIN

3e civ., 22 oct. 2015, n°14-20.096

Bull. civ., 2015, VIII, n°101

- Com., 10 nov. 2015, n° 14-18.179
Rev. sociétés, 2016, 219, note LECOURT
- Com., 5 janv. 2016, n° 14-19.584
BJS, 2016, n° 6, 325, note SCHLUMBERGER ; *JCP E*, 2016, n° 5, 1363, obs. MOUSSERON ;
Rev. sociétés, 2016, 514, obs. MOURY
- Com., 22 mars 2016, n° 14-14.218
Bull. civ., 2016, III, n° 50 ; *RDC*, 2016, n° 3, 435, note LAITHIER ; *Dr. sociétés*, 2016, n° 7, 17,
note MORTIER ; *GPL*, 2016, n° 19, 76, note DONDERO et n° 17, 23, note HOUTCIEFF ; *JCP E*, 2016, n° 18, 30, note DISSAUX ; *RJC*, 2016, n° 3, 254, note MONSÉRIÉ-BON ; *RTD com.*,
2016, 317, note BOULOC
- 2e civ., 19 mai 2016, n° 15-12.767
Bull. civ., 2016, V, n° 138 ; *RTD civ.*, 2016, 605, note BARBIER ; *Banque et Droit*, 2016, n° 168,
59, note MARLY ; *JCP N*, 2016, n° 36, 38, note PAILLER ; *GPL*, 2016, n° 39, 61, note
LEDUCQ ; *RDC*, 2017, n° 1, 25, note STOFFEL-MUNCK
- Com., 7 juin 2016, n° 14-17.978
Bull. civ., 2016, VI, n° 82 ; *Dr. sociétés*, 2016, n° 11, 9, note MORTIER ; *GPL*, 2016, n° 30, 60,
note MOULIN ; *RTD civ.*, 2016, 614, note BARBIER ; *RDC*, 2017, n° 1, 21, note SAVAUX ;
JCP E, 2017, n° 8, 23, note DEBOISSY et WICKER et 2016, n° 39, 17, notes SCHILLER,
LEPRÊTRE et BIGNEBAT et n° 26, 40, note RONET-YAGUE ; *Rev. sociétés*, 2017, 85, note
MARJAULT ; *BJS*, 2017, n° 1, 23, note SCHLUMBERGER
- 3e civ., 13 oct. 2016, n° 15-13.382
Dr. sociétés, 2016, n° 12, 19, note HOVASSE, *Dr. sociétés*, 2017, n° 6, 45, note MORTIER ;
GPL, 2017, n° 12, 77, note DONDERO
- 1e civ., 3 nov. 2016, n° 15-23.405
RDI, 2018, 444, obs. HEUGAS-DARRASPEN ; *AJ contrat*, 2018, 381, obs. PICOD
- Com., 11 janv. 2017, n° 15-18.613
Dr. sociétés, 2017, n° 5, 25, note MORTIER
- Com., 25 janv. 2017, n° 14-28.792
Bull. civ., 2017, I, n° 14 ; *RLDA*, 2017, n° 124, 18, note BONNEAU ; *Defrénois*, 2017, n° 5, 311,
note DONDERO ; *JCP E*, 2017, n° 11, 21, note BARRILLON et n° 43-44, 22, obs. BECKER,
CAFFIN-MOI et BUCHBERGER ; *Dr. sociétés*, 2017, n° 4, 39, note HEINICH ; *Rev. sociétés*,
2017, 631, note GODON ; *Dr. et patr.*, 2018, n° 284, 48, note PORACCHIA
- Soc., 9 mars 2017, n° 15-14.416
Rev. dr. banc. fin., 2017, n° 3, 71, note RIASSETTO ; *BJS*, 2017, n° 6, 374, note ANSAULT ;
GPL, 2017, n° 23, 72, note DONDERO ; *Dr. sociétés*, 2017, n° 8-9, 15, note MORTIER ; *RTD com.*,
2017, 920, note LECOURT
- 3e civ., 30 mars 2017, n° 16-13.914
Bull. civ., 2017, III, n° 45 ; *RLDA*, 2017, n° 127, 12, note RLDA ; *JCP E*, 2017, n° 24, 45, note
SAINTURAT ; *GPL*, 2017, n° 26, 62, note BRAULT ; *AJDI*, 2017, n° 9, 588, note
PLANCKEEL et ANTONIUTTI ; *LPA*, 2017, n° 166, 12, note BATTISTINI ; *D.*, 2017, 1572,
chron. DUMONT-LEFRAND ; *Defrénois*, 2017, n° 27, 28, note RUET

Com., 26 avr. 2017, n°14-13.554

Dr. sociétés, 2017, n° 8-9, 19, note COUPET ; *Rev. sociétés*, 2017, 422, note SCHMIDT ; *Dr. et patr.*, 2018, n° 284, 50, note PORACCHIA

Com., 11 mai 2017, n°14-29.717

Bull. civ., 2017, V, n°69 ; *JCP E*, 2017, n° 23, 31, note DISSAUX ; *Rev. sociétés*, 2018, 250, note GODON

Com., 21 juin 2017, n°15-19.593

Bull. civ., 2017, VI, n°89 ; *Lexbase aff.*, 2017, n° 516, note SAINTOURENS ; *JCP E*, 2017, n° 30-34, 31, note DONDERO ; *Dr. sociétés*, 2017, n° 8-9, 24, note COUPET ; *RTD com.*, 2017, 637, note LECOURT ; *BJS*, 2017, n° 9, 541, note GALLOIS-COCHET ; *JCP G*, 2017, n° 36, 1522, note HEINICH ; *D.*, 2017, 2335, chron. LAMAZEROLLES et RABREAU

Com., 13 sept. 2017, n° 15-18.547

Rev. sociétés, 2018, 36, note BARBIÈRI ; *JCP E*, 2018, n°18, 20, note BECKER, CAFFIN-MOI et BUCHBERGER ; *Dr. sociétés*, 2018, n°1, 12, note MORTIER

Soc., 21 sept. 2017, n° 16-20.103

Bull. civ., 2017, VII, n° 148 ; *JCP E*, 2018, n°21, 46, obs. CÉSARO ; *GPL*, 2018, n°10, 56, obs. HARIR ; *JCP E*, 2018, n°1-2, 38, obs. SEUBE ; *GPL*, 2017, n°34, 13, obs. LATINA ; *RTD civ.*, 2017, 837, note BARBIER

Com., 27 sept. 2017, n°16-13.112

RTD civ., 2017, 859, obs. BARBIER ; *RTD com.*, 2017, 935, note MOURY ; *Rev. sociétés*, 2018, 27, note KOUHAIZ

Com., 20 déc. 2017, n°16-22.099

JCP E, 2018, n° 12, 23, notes COURET et DONDERO ; *RTD com.*, 2018, 145, note MOURY ; *BJS*, 2018, n° 3, 154, note MOULIN

1e civ., 6 déc. 2017, n°16-17.588

Rev. sociétés, 2018, 303, note HEINICH ; *GPL*, 2018, n°14, 26, note HOUTCIEFF ; *Dr. sociétés*, 2018, n°4, 27, note MORTIER ; *JCP S*, 2018, n°15, 21, note PAGNERRE ; *BJS*, 2018, n°3, 160, note SAINTOURENS

3e civ., 21 déc. 2017, n°15-25.627

Bull. civ., 2017, X, n°146 ; *JCP E*, 2018, n° 7, 16, note BARILLON ; *Dr. sociétés*, 2018, n° 3, 24, note HOVASSE ; *GPL*, 2018, n° 13, 60, note LAROCHE ; *RLDA*, 2018, n° 137, 36, note PILLEBOUT ; *Rev. sociétés*, 2018, 91, note DONDERO ; *RTD com.*, 2018, 139, note MOURY ; *JCP N*, 2018, n° 40, 36, note STORCK

2e civ., 11 janv. 2018, n°16-26.168

Bull. civ., 2018, II, n° 2

Com., 17 janv. 2018, n°16-10.266

Dr. sociétés, 2018, n° 4, 36, note HEINICH et COUPET ; *Rev. sociétés*, 2018, 588, note TAP

3e civ., 1 févr. 2018, n°16-28.684

3e civ., 15 févr. 2018, n°17-11.329

Bull. civ., 2018, III, n° 21 ; *RTD civ.*, 2018, 408, note BARBIER ; *JCP E*, 2018, n° 24, 39, note REGNAULT ; *RJC*, 2018, n° 4, 343, chron. KENFACK ; *JCP N*, 2019, n° 24, 30, chron. MEKKI

Soc., 28 mars 2018, n°16-22.188

GPL, 2018, n° 23, 60, note CAFFIN-MOI

Com., 28 mars 2018, n°17-10.600

Bull. civ., 2018, IV, n° 38 ; *RTD civ.*, 2018, 414, note BARBIER ; *Rev. sociétés*, 2018, 413, note ROUSSEL GALLE ; *GPL*, 2018, n° 28, 57, chron. THÉRON ; *D.*, 2019, 157, chron. BRETZNER et AYNÈS

Ch. mixte, 13 avr. 2018, n°16-21.345

Bull. ch. mixte, 2018, n°1 ; *RTD civ.*, 2018, 388, note BARBIER ; *RTD com.*, 2018, 434, note LEGEAIS et 450, note BOULOC ; *GPL*, 2018, n° 17, 35, note BERLAUD et n° 18, 27, note FARHI et n° 31, 27, note HOUTCIEFF et n° 36, 50, note ROUSSILLE ; *JCP E*, 2018, n° 26, 28, note VALETTE et CANN et n° 30, 39, note SEUBE ; *Banque et Droit*, 2018, n° 181, 16, note BONNEAU ; *JCP G*, 2018, n° 19, 933, note BUY ; *LPA*, 2018, n° 103, 13, note LASSERRE CAPDEVILLE ; *D.*, 2018, 1185, note BARBIER

3e civ., 28 juin 2018, n°17-14.605

Bull. civ., 2018, III, n° 76 ; *RTD civ.*, 2018, 875, note BARBIER ; *JCP E*, 2019, n° 14, 45, note KENDERIAN ; *JCP N*, 2019, n° 20, 38 et n° 21, 57, notes PIÉDELIÈVRE et MEKKI ; *GPL*, 2018, n° 40, 61, note BARBIER

Com., 27 juin 2018, n°16-14.097

RTD com., 2019, 162, note LECOURT ; *JCP E*, 2018, 50, 1631, chron. CAFFIN-MOI ; *GPL*, 2018, 331, 66, note SCHLUMBERGER ; *BJS*, 2018, 565, note PÉRIN ; *RTD civ.*, 2018, 892, note BARBIER ; *RTD com.*, 2018, 955, note MOURY ; *Dr. sociétés*, 2018, n° 12, 10, note MORTIER

Com., 10 oct. 2018, n°17-12.564

RJDA, 2019, 1, 27

3e civ., 25 oct. 2018, n°17-17.384

Com., 14 nov. 2018, n°17-15.828

JCP E, 2019, n° 24, 20, note CAFFIN-MOI ; *GPL*, 2019, n° 12, 64, note MICHEL ; *Dr. sociétés*, 2019, n° 3, 22, note MORTIER ; *RJDA*, 2019, n° 3, 203, note COURET ; *BJS*, 2019, n° 2, 8, note SAINTOURENS

Com., 5 juin 2019, n°17-18.967

BJS, 2019, n° 10, 15, note RAVEL D'ESCLAPON ; *JCP E*, 2019, n° 42, 17, note RAYNOUARD et WLODKOWSKI et n° 48, 22, note DEBOISSY et WICKER ; *Rev. sociétés*, 2019, 762, note SAINTOURENS

Com., 6 nov. 2019, n°18-14.287

Cass., ass. plén., 13 janv. 2020, n° 17-19.963

Publié au Bulletin ; *RDC*, 2020, n° 2, 40, note VINEY et n° 3, 11, note DOURNAUX ; *Dr. sociétés*, 2020, n° 6, 3, note GOMEL et MAYRAN ; *GPL*, 2020, n° 14, 37, note HOUTCIEFF ; *RTD civ.*, 2020, 395, note JOURDAIN ; *D.*, 2020, 353, obs. MEKKI

Com., 29 janv. 2020, n° 18-15.179

Rev. sociétés, 2020, n° 5, 289, note SCHILLER ; *BJS*, 2020, n° 5, 31, note COQUELET et n° 6, 18, note HAMELIN ; *RTD com.*, 2020, 379, note LECOURT ; *RDC*, 2020, n° 2, 63, note HEINICH ; *RTD civ.*, 2020, 602, note BARBIER ; *JCP E*, 2020, n° 49, 24, note CAFFIN-MOI ; *D.*, 2020, n° 36, 2033, obs. LAMAZEROLLES et RABREAU

Com., 18 mars 2020, n° 18-17.010

BJS, 2020, n° 7, 10, note ALLEGAERT ; *Dr. sociétés*, 2020, n° 7, 18, note HAMELIN ; *RTD com.*, 2020, 659, note LECOURT ; *GPL*, 2020, n° 33, 69, note RODRIGUEZ ; *JCP E*, 2020, n° 45, 17, note JULLIAN ; *RDC*, 2020, n° 4, 56, note HEINICH ; *JCP E*, 2021, n° 6, 19, note PAGNUCCO ; *D.*, 2020, n° 36, 2033, obs. LAMAZEROLLES et RABREAU

1e civ., 23 sept. 2020, n° 19-14.074

Rev. sociétés, 2021, 28, note SCHILLER

Com., 18 nov. 2020, n° 19-13.402

Publié au Bulletin Com., 18 nov. 2020, n° 19-13.404 Com., 18 nov. 2020, n° 19-13.405 *BJS*, 2021, 10, note BORGA ; *Dr. sociétés*, 2021, n° 2, 15, note MORTIER ; *GPL*, 2021, n° 13, 70, note GRUNDELER ; *RJC*, 2021, n° 3, 257, note BARRY ; *Rev. sociétés*, 2021, 287, note MOURY ; *JCP E*, 2021, n° 23, 17, note CAFFIN-MOI ; *Dr. et patr.*, 2021, n° 316, 66, note PORACCHIA

Soc., 25 nov. 2020, n° 18-13.769

Publié au Bulletin ; *BJS*, 2021, n° 1, 25, note BARBIÈRI ; *JCP S*, 2021, n° 4, 26, note PAGNERRE ; *Lexbase social*, 2021, n° 852, note OLIVENNES ; *Dr. soc.*, 2021, n° 4, 367, note BAUGARD ; *BJEiD*, 2021, n° 2, 57, note GAILHBAUD

Com., 13 janv. 2021, n° 19-11.726

Rev. sociétés, 2021, 243, note PORACCHIA ; *Dr. sociétés*, 2021, 5, 25, note MORTIER

Com., 3 mars 2021, n° 18-25.528

GPL, 2021, n° 22, 76, note PRODHOMME ; *RTD com.*, 2021, 614, note MOURY ; *Dr. sociétés*, 2021, n° 8-9, 22, note HAMELIN ; *Rev. sociétés*, 2022, 33, note SYLVESTRE

3e civ., 23 juin 2021, n° 20-17.554

Publié au Bulletin ; *JCP N*, 2022, n° 19, 30, obs. BOFFA ; *JCP N*, 2022, n° 12, 36, note PIÉDELIÈVRE ; *Rev. sociétés*, 2022, 140, note PILLET ; *RDC*, 2022, n° 1, 49, note THIBIERGE ; *RDC*, 2021, n° 4, 12, note DOURNAUX ; *Dr. sociétés*, 2021, n° 10, 5, note CASTAGNÉ ; *Dr. sociétés*, 2021, n° 10, 14, note MORTIER ; *RTD civ.*, 2021, 934, note THÉRY

1e civ., 22 sept. 2021, n° 20-15.817 et 20-16.276

Publié au Bulletin ; *GPL*, 2021, n° 44, 80, note GALLOIS-COCHET ; *JCP E*, 2022, n° 6, 27, note BRIGNON ; *Rev. sociétés*, 2022, 28, notes VABRES et GARINOT ; *RTD com.*, 2021, 856, note MOURY ; *BJS*, 2021, n° 11, 23, note BARBIÈRI

Com., 22 sept. 2021, n°19-23.958

Dr. et patr., 2022, n°327, 62, note PORACCHIA ; *JCP E*, 2022, n°30, 24, note BUCHBERGER ; *GPL*, 2021, n°44, 61, note RABREAU ; *RTD civ.*, 2021, 886, note BARBIER ; *Rev. sociétés*, 2021, 700, note PISONI ; *RDC*, 2022, n°1, 62, note HEINICH ; *RTDF*, 2022, n°2, 137, note MORTIER

Com., 20 oct. 2021, n°20-13.819

RTD civ., 2022, 711, note CAYROL ; *RDC*, 2022, n°2, 72, note HEINICH ; *Dr. sociétés*, 2022, n°4, 33, note MORTIER ; *Rev. sociétés*, 2022, 212, note HAMELIN ; *RTD com.*, 2022, 318, note LECOURT

Com., 4 nov. 2021, n°19-12.342

Publié au Bulletin ; *Lexbase aff.*, 2021, n° 696, note SAINTOURENS ; *BJS*, 2022, n° 1, 17, note LUCAS ; *D.*, 2022, 103, note TADROS ; *GPL*, 2022, n° 2, 25, note TRAULLÉ et n° 9, 52, note MEZACHE ; *JCP E*, 2022, n° 13, 41, note VALIERGUE ; *RDC*, 2022, n° 2, 68, note CAFFIN-MOI ; *Rev. sociétés*, 2022, 417, note DELVALLÉE

Com., 26 janv. 2022, n°20-16.782

Publié au bulletin ; *JCP E*, 2022, n° 12, 34, note CHANTÉPIE ; *Banque et Droit*, 2022, n° 203, 16, note COUPET ; *Rev. dr. banc. fin.*, 2022, n° 3, 32, chron. TORCK et SAMIN ; *GPL*, 2022, n° 16, note HOUTCIEFF ; *RDC*, 2022, n° 2, 10, chron. LATINA, 16, chron. STOFFEL-MUNCK et 144, chron. GERRY-VERNIÈRES ; *JCP E*, 2022, n° 26, 33, chron. MOLINA ; *JCP E*, 2022, n° 28, 41, chron. MATHEY

Com., 16 févr. 2022, n°20-16.869

JCP E, 2022, n°37, 36, note GRIGNON

Com., 9 mars 2022, n° 20-14.773

BJS, 2022, n°7-8, 16, note LE NOACH

Com., 9 mars 2022, n°19-25.795

Publié au Bulletin ; *Lexbase aff.*, 2022, n° 710, note SAINTOURENS ; *JCP G*, 2022, n° 16, 829, note HEINICH ; *BJS*, 2022, n° 5, 21, note BARBIÈRI ; *LPA*, 2022, n° 5, 54, note DINH ; *D.*, 2022, 1195, note FARGES et 1875, obs. RABREAU et LAMAZEROLLES ; *RTDF*, 2022, n° 3, 69, note MORTIER ; *Dr. et patr.*, 2023, n° 339, 45, obs. PORACCHIA ; *RTD com.*, 2022, 334, note MOURY ; *JCP E*, 2022, n° 14, 26, note DONDERO et n° 45, 24, note PAGNUCCO ; *Dr. sociétés*, 2022, n° 5, 22, note HAMELIN ; *RLDA*, 2022, n° 181, 27, note GIBIRILA ; *GPL*, 2022, n° 15, 19, note VESSIO et n° 21, 68, note BUCHBERGER

Com., 21 avr. 2022, n° 20-20.421

JCP E, 2023, n° 1, 25, note BECKER ; *Rev. sociétés*, 2022, 546, note SAINTOURENS ; *JCP G*, 2022, n° 25, 1243, note PILLET

Com., 21 avr. 2022, n° 20-10.809

Publié au Bulletin ; *RTD com.*, 2022, 593, note LECOURT ; *Dr. sociétés*, 2022, n° 7, 32, note LEGROS ; *BJE*, 2022, n° 4, 12, note BARBIÈRI ; *RJC*, 2022, n° 4, 387, note BÉNARD ; *GPL*, 2022, n° 30, 51, note FERRARI et n° 35, 48, note LAROCHE ; *JCP E*, 2023, n° 1, 27, note BUCHBERGER ; *Rev. sociétés*, 2023, 158, note LECOURT

Com., 25 mai 2022, n° 20-14.352 et n° 20-18.307

Publiés au Bulletin ; GPL, 2022, n° 35, 59, note BARRILLON ; *RTD com.*, 2022, 793, note LECOURT ; *Dr. sociétés*, 2022, n° 7, 13, note MORTIER ; *JCP E*, 2022, n° 26, 16, note DONDERO

3e civ., 7 juill. 2022, n° 22-10.447

Publié au Bulletin (QPC) ; JCP G, 2022, n° 35, 957, note GRAYOT-DIRX

Com., 21 sept. 2022, n° 20-16.994

Publié au Bulletin ; GPL, 2023, n° 1, 4, note HOUTCIEFF ; *JCP E*, 2023, n° 5, 34, note GRIGNON ; *JCP E*, 2023, n° 3, 1017, note DONDERO ; *BJS*, 2023, n° 1, 20, note MASSART ; *Rev. sociétés*, 2023, 23, note PILLET ; *JCP E*, 2023, n° 29, 30, note CAFFIN-MOI ; *RDC*, 2023, n° 1, 54, note HAMELIN ; *RTD civ.*, 2023, 92, note BARBIER

Com., 12 oct. 2022, n° 21-15.382

Publié au Bulletin ; D., 2022, 2086, note BARBIÈRI ; *BJS*, 2022, n° 12, 13, note PÉRIN ; *JCP G*, 2022, n° 48, 2207, note GIBIRILA ; *RTD com.*, 2023, 156, note LECOURT et 165, note MOURY ; *RTDF*, 2023, n° 1, 63, note MORTIER ; *Rev. sociétés*, 2023, 92, note REYGROBELLET ; *RDC*, 2023, n° 1, 84, note HEINICH ; *JCP E*, 2022, n° 46, 31, note DONDERO et 2023, n° 12, 28, note PAGNUCCO ; *Dr. sociétés*, 2022, n° 12, 17, note HAMELIN

Com., 16 nov. 2022, n° 20-21.113

Rev. sociétés, 2023, 361, note LE NOACH

Com., 9 nov. 2022, n° 20-20.830

Publié au bulletin ; JCP E, 2022, n° 50, 27, note DONDERO ; *GPL*, 2023, n° 9, 66, note MEZACHE ; *JCP E*, 2023, n° 29, 23, note BUCHBERGER ; *Rev. sociétés*, 2023, 162, note REYGROBELLET ; *BJS*, 2023, n° 1, 41, note SAINTOURENS

Com., 9 nov. 2022, n° 21-10.540

Publié au Bulletin ; JCP E, 2023, n° 12, 30, note VALIERGUE et n° 5, 28, note DONDERO ; *GPL*, 2023, n° 9, 74, note GALLOIS-COCHET et n° 1, 32, note CORMIER ; *LPA*, 2023, n° 2, 37, note GIBIRILA ; *JCP G*, 2023, n° 1, 34, note BARBIÈRI ; *Dr. sociétés*, 2023, n° 1, 24, note HAMELIN ; *Lexbase aff.*, 2022, n° 736, note SAINTOURENS ; *BJS*, 2023, n° 3, 21, note SCHLUMBERGER ; *Rev. sociétés*, 2023, 167, note DUMONT

Com., 4 janv. 2023, n° 21-10.035

JCP E, 2023, n° 49, 30, note BUCHBERGER ; *JCP E*, 2023, n° 10, 19, obs. PACLOT ; *GPL*, 2023, n° 21, 67, note PRODHOMME et DEUCHLER ; *BJS*, 2023, n° 4, 23, note LE NOACH ; *Rev. sociétés*, 2023, 234, note DONDERO ; *RTD com.*, 2023, 169, note MOURY

1e civ., 25 janv. 2023, n° 19-25.478

Publié au Bulletin ; Defrénois, 2023, n° 48, 18, note HAMELIN ; *RDC*, 2023, n° 3, 43, note HEINICH ; *JCP E*, 2023, n° 28, 32, note DUMONT et n° 42, 20, note DEBOISSY et WICKER ; *Dr. sociétés*, 2023, n° 3, 20, note MORTIER ; *GPL*, 2023, n° 21, 51, note BRIGNON et n° 14, 66, note DESURMONT et n° 12, 60, note BERNARD ; *Rev. sociétés*, 2023, 292, note FAGES ; *BJS*, 2023, n° 4, 10, note NAUDIN ; *Contrats, conc. consom.*, 2023, n° 4, 9, note LEVENEUR ; *RTD com.*, 2023, 375, note LECOURT ; *RTD civ.*, 2023, 358, note BARBIER

Com., 15 févr. 2023, n° 20-22.018

Rev. sociétés, 2023, 660, note SAINTOURENS ; *JCP N*, 2023, n°29, 41, note STORCK ; *GPL*, 2023, n°21, 49, note MANTIENNE ; *BJS*, 2023, n°6, 33, note TADROS ; *Dr. sociétés*, 2023, n°5, 23, note JULLIAN

Com., 15 févr. 2023, n°21-18.548

Dr. sociétés, 2023, n° 5, 21, note MORTIER

Com., 15 mars 2023, n° 21-20.399

Publié au Bulletin ; *GPL*, 2023, n°11, 27, obs. BERLAUD ; *JCP N*, 2024, n°3, 29, note PIÉDELIÈVRE ; *JCP E*, 2023, n°49, 35, note BECKER ; *RLDC*, 2023, n°218, 27, note DUMAS ; *RLDA*, 2023, n°196, 47, note MEUR

Com., 15 mars 2023, n°21-18.324

Publié au Bulletin ; *GPL*, 2023, n° 11, 28, note BERLAUD et n° 21, 69, note GALLOIS-COCHET ; *JCP E*, 2023, n° 42, 22, note PAGNUCCO et n° 13, 22, note DONDERO ; *RDC*, 2023, n° 3, 48, note CAFFIN-MOI ; *RTDF*, 2023, n° 3, 89, note PORACCHIA ; *Rev. sociétés*, 2023, 377, note GODON ; *Dr. sociétés*, 2023, n° 6, 18, note HAMELIN ; *JCP G*, 2023, n° 21, 1013, note REYGROBELLET ; *BJS*, 2023, n° 5, 13, note LE NABASQUE ; *D.*, 2023, 671, note COURET ; *Lexbase aff.*, 2023, n° 752, note SAINTOURENS ; *RTD com.*, 2023, 381, note LECOURT et 391, note MOURY

Soc., 7 juin 2023, n° 21-24.514

Publié au Bulletin ; *JCP G*, 2023, n° 24, 1160, note DAUXERRE ; *JCP S*, 2023, n° 27-28, 45, note BRISSY ; *D.*, 2023, 1673, notes COURET et CARSIN ; *GPL*, 2023, n° 34, 57, note MASSART ; *BJS*, 2023, n° 11, 22, note SCHLUMBERGER ; *Defrénois*, 2023, n° 49, 15, note RICHEVAUX

Com., 21 juin 2023, n°21-21.875

Publié au Bulletin ; *JCP E*, 2023, n° 49, 25, note BUCHBERGER et n° 42, 17, note VALIERGUE et n° 37, 20, note BARBIÈRI ; *Rev. sociétés*, 2024, 102, note DE RAVEL D'ESCLAPON ; *RJC*, 2023, n° 6, 30, note DURAND ; *Dr. sociétés*, 2023, n° 11, 50, note MORTIER ; *GPL*, 2023, n° 34, 59, note MALASSIGNÉ ; *RTD com.*, 2023, 897, note LECOURT

Com., 21 juin 2023, n°21-25.952 et 22-12.045

Publié au Bulletin ; *JCP E*, 2023, n° 49, 34, note BECKER et n° 42, 24, note VALIERGUE et n° 30, 30, note DONDERO ; *RLDA*, 2023, n° 198, 21, note JONZO ; *RDC*, 2023, n° 4, 38, note CAFFIN-MOI ; *GPL*, 2023, n° 34, 68, note GRUNDELER ; *BJS*, 2023, n° 10, 29, note PÉRIN ; *Dr. sociétés*, 2023, n° 10, 43, note HAMELIN ; *RTDF*, 2023, n° 4, 63, note PORACCHIA ; *RTD com.*, 2023, 905, note MOURY

Com., 30 août 2023, n° 21-24.090

JCP E, 2024, n° 21, 24, note BECKER

3e civ., 28 sept. 2023, n° 22-15.576

Publié au Bulletin ; *RTD civ.*, 2024, 88, note BARBIER ; *JCP N*, 2024, n° 11, 25, note MEKKI ; *Dr. et patr.*, 2024, n° 343, 12, note GIBAUT ; *D.*, 2024, 50, note DEPAEPE

Com., 11 oct. 2023, n°22-10.646

BJS, 2023, n° 12, 18, note SAINTOURENS ; *RTD com.*, 2024, 125, note LECOURT ; *Dr. sociétés*, 2024, n° 2, 32, note HAMELIN ; *GPL*, 2024, n° 7, 55, note ZATTARA ; *Rev. sociétés*, 2024, 323, note DONDERO

Com., 18 oct. 2023, n° 22-21.570

Rev. sociétés, 2024, 178, note HEINICH

Com., 8 nov. 2023, n°22-11.766

Publié au Bulletin ; *BJS*, 2024, n° 1, 27, note SCHLUMBERGER ; *RTD civ.*, 2024, 133, note GAUTIER ; *GPL*, 2024, n° 7, 66, note STOCLET ; *Rev. sociétés*, 2024, 182, note PILLET ; *JCP E*, 2024, n° 21, 26, note BUCHBERGER

Com., 10 janv. 2024, n° 22-20.466

Publié au Bulletin ; *RTD civ.*, 2024, 100, note BARBIER ; *D.*, 2024, 342, note CHANTEPIE ; *RLDC*, 2024, n° 223, 4, note PLANCKAERT et n° 226, 14, note MARAIN ; *JCP G*, 2024, n° 10, 433, note LAGELÉE HEYMANN ; *LPA*, 2024, n° 4, 53, note LARDEUX ; *GPL*, 2024, n° 18, 54, note MOREIL ; *RDC*, 2024, n° 2, 17, note LATINA ; *JCP E*, 2024, n° 23, 44, note SALGUEIRO

Com., 17 janv. 2024, n°22-15.897

Publié au Bulletin ; *BJS*, 2024, n° 3, 11, note REYGROBELLET ; *RDC*, 2024, n° 2, 76, note CAFFIN-MOI ; *GPL*, 2024, n° 20, 47, note PRODHOMME et DEUCHLER ; *JCP E*, 2024, n° 29, 33, note DUMONT ; *Rev. sociétés*, 2024, 568, note ANSAULT ; *JCP E*, 2024, n° 41, 25, chron. PAGNUCCO, LAFAURIE, DEBOISSY, RAFFRAY et WICKER

Com., 24 janv. 2024, n° 21-25.416

Publié au Bulletin ; *BJS*, 2024, n° 4, 21, note SAINTOURENS ; *Dr. sociétés*, 2024, n° 4, 41, note HAMELIN ; *RTD com.*, 2024, 377, note LECOURT ; *JCP E*, 2024, n° 16, 20, note LATIL ; *Deffrénois*, 2024, n° 20, 14, note TISSEYRE

1e civ., 31 janv. 2024, n°21-23.233

Publié au bulletin ; *RTD civ.*, 2024, 104, note BARBIER ; *Contrats conc. cons.*, 2024, n° 4, 16, note LEVENEUR et 35, note BERNHEIM-DESVAUX ; *JCP G*, 2024, n° 14, 624, note DUPONT ; *GPL*, 2024, n° 15, 1, note HOUTCIEFF ; *RDC*, 2024, n° 2, 10, note LIBCHABER ; *LEDC*, 2024, n° 3, 5, note MOLINA

3e civ., 29 févr. 2024, n° 22-24.381

JCP N, 2025, n° 7, 29, obs. PIÉDELIEVRE ; *RDC*, 2024, n° 3, 43, note THIBIERGE ; *JCP E*, 2024, n° 25, 41, note KENDÉRIAN ; *GPL*, 2024, n° 15, 1, obs. HOUTCIEFF ; *LEDC*, 2024, n° 4, 5, note MOLINA

Com., 13 mars 2024, n° 22-15.309

Com., 13 mars 2024, n°23-20.199

Publié au Bulletin ; *Dr. sociétés*, 2024, n° 5, 39, note HAMELIN ; *Lexbase aff.*, 2024, n° 791, note BRIGNON ; *BJS*, 2024, n° 6, 16, note CAFFIN-MOI ; *GPL*, 2024, n° 20, 60, note MICHEL ; *RTD com.*, 2024, 697, note LECOURT ; *Rev. sociétés*, 2024, 498, note BARBIÈRI

Com., 20 mars 2024, n° 23-11.844

Publié au Bulletin ; *Rev. sociétés*, 2024, 495, note REYGROBELLET ; *RDC*, 2024, n° 3, 8, note LIBCHABER ; *Dr. sociétés*, 2024, n° 7, 22, note MORTIER ; *RLDA*, 2024, n° 205, 20, note BUREAU ; *RTD com.*, 2024, 684, note LECOURT ; *BJS*, 2024, n° 6, 4, note DONDERO ; *Contrats, conc. consom.*, 2024, n° 5, 10, note LEVENEUR ; *RTD civ.*, 2024, 474, note KLEIN

Com., 4 avr. 2024, n°22-17.221

BJS, 2024, n° 6, 22, note BRIGNON ; *Rev. sociétés*, 2024, 711, note SAINTOURENS

Com., 15 mai 2024, n°22-20.747

Publié au Bulletin ; *RDC*, 2024, n° 3, 55, note BUY ; *JCP E*, 2024, n° 38, 46, note BARBIÈRI ; *RTD com.*, 2024, 857, note PASSA ; *Rev. sociétés*, 2024, 630, note AMIEL-COSME

Com., 29 mai 2024, n°22-13.158

Publié au Bulletin ; *RDC*, 2024, n° 4, 42, note HEINICH ; *JCP E*, 2024, n° 46, 16, note RECEVEUR ; *GPL*, 2024, n° 35, 59, note MICHEL ; *RTD com.*, 2024, 936, note LECOURT et 705, note MOURY ; *D.*, 2024, 1515, note FARGES ; *BJS*, 2024, n° 9, 1, note MATHEZ et n° 7-8, 9, note STORCK ; *RLDA*, 2024, n° 206, 20, note CHANDLER ; *Dr. sociétés*, 2024, n° 8-9, 19, note MORTIER ; *JCP G*, 2024, n° 28, 1302, note REYGROBELLET ; *Rev. sociétés*, 2024, 441, note SAVATIER ; *LPA*, 2024, n° 10, 71, note GIBIRILA

3e civ., 6 juin 2024, n°22-24.784

RDC, 2024, n°4, 46, note PELLETIER

2e civ., 13 juin 2024, n°22-10.321

Publié au Bulletin ; *Rev. sociétés*, 2025, 184, note LEE et NEGRONI

Com., 10 juill. 2024, n° 22-15.651

Publié au Bulletin ; *Dr. sociétés*, 2024, n° 12, 22, note MORTIER ; *BJS*, 2024, n° 11, 24, note AUZERO ; *GPL*, 2024, n° 35, 44, note GRUNDELER ; *D.*, 2024, 1832, notes RABREAU, LAMAZEROLLES et MOULIN ; *GPL*, 2024, n° 28, 1, note HOUTCIEFF ; *RJC*, 2024, n° 10, 18, note DONDERO

Com., 10 juill. 2024, n°22-24.794

Publié au Bulletin ; *Dr. sociétés*, 2024, n° 8-9, 5, note DESTREGUIL et n° 11, 38, note JULLIAN ; *BJS*, 2024, n° 10, 17, note BARBIÈRI

Com., 11 sept. 2024, n°24-11.737

BJS, 2024, n° 11, 22, note BARBIÈRI

2e civ., 12 sept. 2024, n°21-14.946

Publié au Bulletin ; *JCP E*, 2025, n°5, 28, note DESSAULT et GONZALEZ ; *GPL*, 2025, n°2, 59, note ÉGÉA ; *D.*, 2024, 1867, obs. GARIDEL-THORON

Com., 18 sept. 2024, n°22-18.436

Publié au Bulletin ; *Lexbase aff.*, 2024, n° 810, 19, note DONDERO ; *RTD com.*, 2024, 933, note LECOURT ; *BJS*, 2024, n° 11, 11, notes BUCHBERGER et SAUPIN ; *Defrénois*, 2024, n° 38, 25, note HEINICH ; *Dr. sociétés*, 2024, n° 12, 32, note HAMELIN

Com., 18 sept. 2024, n°23-10.455

Publié au Bulletin ; *Dr. sociétés*, 2024, n° 12, 30, note HAMELIN ; *BJS*, 2024, n° 11, 11, notes BUCHBERGER et SAUPIN ; *Lexbase aff.*, 2024, n° 808, 14, note DONDERO ; *RTDF*, 2024, n°4, 42, note PORACCHIA ; *Rev. sociétés*, 2025, 41, note MORTIER ; *GPL*, 2025, n° 6, 64, note DALION ; *RDC*, 2025, n° 1, 100, note DANOS

Com., 18 sept. 2024, n°22-23.075

Lexbase aff., 2024, n° 815, note DONDERO ; *Dr. sociétés*, 2025, n° 2, 17, note MORTIER ; *GPL*, 2025, n° 6, 66, obs. MOULIN ; *JCP E*, 2025, n° 9-10, 16, note MOYNE-ROPARS ; *RDC*, 2025, n° 1, 54, note CAFFIN-MOI et HEINICH

1e civ., 25 sept. 2024, n°23-14.777

Publié au Bulletin ; *RTD civ.*, 2024, 880, note BARBIER et 908, note GAUTIER ; *Defrénois*, 2024, n° 38, 17, note MULLER ; *RLDC*, 2024, n° 231, 16, note MICHEL ; *GPL*, 2025, n° 1, 8, note HOUTCIEFF ; *JCP N*, 2025, n° 4, 41, note VITALE et n° 7, 29, note PIÉDÉLIÈVRE ; *D.*, 2025, 267, note MEKKI et BOFFA ; *Dr. sociétés*, 2025, n° 4, 29, note MORTIER

2e civ., 3 oct. 2024, n° 22-15.788

Publié au Bulletin ; *BJS*, 2025, n° 2, 5, note ANSAULT ; *Rev. sociétés*, 2025, 130, note PILLET ; *RTD com.*, 2024, 920, note LECOURT

Com., 9 oct. 2024, n° 22-23241

BJS, 2025, n° 1, 9, note MASSART

Soc., 9 oct. 2024, n°23-10.488 et autres

Publié au Bulletin ; *BJT*, 2024, n° 12, 20, note RANC et n° 1, 57, note RIANCHO ; *JCP S*, 2024, n° 50, 26, note PAGNERRE ; *SSL*, 2024, n° 2115, 20, note AUZERO ; *JSL*, 2024, n° 595, 14, note LHERNOULD ; *JCP G*, 2024, n° 42, 1728, note DEDESSUS-LE-MOUSTIER

Com., 27 nov. 2024, n° 23-10.385

BJS, 2025, n° 4, 13, note SCHLUMBERGER ; *Rev. sociétés*, 2025, 256, note DUMONT ; *Lexbase aff.*, 2024, n° 818, note DONDERO ; *GPL*, 2025, n° 20, 57, note STOCLET

Com., 27 nov. 2024, n° 23-17.536

Publié au Bulletin ; *JCP G*, 2024, n° 51-52, 2136, note DEHARO ; *BJS*, 2025, n° 1, 7, note BARBIÈRI

Com., 18 déc. 2024, n°23-14.518

Publié au Bulletin ; *BJS*, 2025, n° 2, 7, note GALLOIS-COCHET ; *Dr. sociétés*, 2025, n° 4, 33, note JULLIAN ; *GPL*, 2025, n° 20, 66, note BRIGNON

Com., 12 févr. 2025, n° 23-11.410

Publié au Bulletin ; *Dr. sociétés*, 2025, n°4, 35, note HAMELIN ; *JCP G*, 2025, n°12, 542, note TADROS et DANOS ; *BJS*, 2025, n°3, 9, note LE NABASQUE ; *BJS*, 2025, n°3, 14, note DONDERO ; *D.*, 2025, 716, note GALLOIS-COCHET et BARRILLON

Com., 12 févr. 2025, n° 23-16.290

Publié au Bulletin ; JCP G, 2025, n° 15, 687, note SCHILLER ; *Contrats, conc. consom.*, 2025, n° 4, 34, note LEVENEUR ; *Lexbase aff.*, 2025, n° 821, note EMY ; *Dr. sociétés*, 2025, n° 5, 34, note MORTIER ; *Rev. sociétés*, 2025, 332, note FAGES ; *BJS*, 2025, n° 6, 20, note SCHLUMBERGER ; *RDC*, 2025, n° 2, 77, note FRANÇOIS ; *GPL*, 2025, n° 20, 47, note SAUPIN

Com., 12 févr. 2025, n°23-20.079

BJS, 2025, n° 4, 11, note DONDERO ; *JCP E*, 2025, n° 24, 29, note FRANÇOIS

Com., 7 mai 2025, n°24-14.277

Publié au Bulletin ; RPDA, 2025, n° 5, note BUY

Com., 7 mai 2025, n°23-24.041

Publié au Bulletin ; BJS, 2025, n° 7-8, 5, note REYGROBELLET

Com., 14 mai 2025, n°23-17.948 et 23-18.049 et 23-18.082

Publié au Bulletin ; JCP G, 2025, n° 25, 1145, obs. SERINET

Com., 28 mai 2025, 24-13.902.

Com., 4 juin 2025, n° 24-11.580

Lexbase aff., 2025, n° 824, note SAINTOURENS

1^{er} civ., 18 juin 2025, n° 23-21.709

Publié au Bulletin ; RPDA, 2025, n° 6, note BUY

Com., 9 juill. 2025, n° 23-21.160

Publié au Bulletin

Com., 9 juill. 2025, n°24-10.428

Publié au Bulletin

E. Conseil d'État

CE, 23 mars 1906

S., 1908, 3, 17, note HAURIOU

CE, 30 mars 1916, *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux*

Rec., 125, concl. CARDENET ; *S.* 1916, 3, 17, concl. CARDENET, note HAURIOU ; *DP*, 1916, 3, 25, concl. CARDENET ; *RDP*, 1916, 206 et 388, concl. CARDENET, note JÈZE.

CE, 8^e et 3^e ch. réunies, 18 oct. 2022, n° 462497

Lebon ; *GPL*, 2023, n°9, 54, note MASSART ; *JCP N*, 2023, n°5, 57, note JULLIAN ; *Dr. sociétés*, 2022, n°12, 11, note MORTIER ; *BJS*, 2023, n°1, 38, note DONDERO ; *Rev. Dr. fisc.*, 2022, n°51-52, 58, note DEBOISSY ; *Dr. sociétés*, 2023, n°2, 43, note PIERRE.

F. Cours d'appel

CA Paris, 21 nov. 1951

S. 1952, 2, 105, concl. GÉGOUT

CA Paris, 22 nov. 1972
D., 1974, 93, note MALAURIE et, sur pourvoi, 1^{er} Civ., 12 nov. 1974, n° 73-10.850, *Bull. civ.*, I, n° 301

CA Paris, 21 oct. 1983
Rev. arb., 1984, 98, note CHAPELLE

CA Rennes, 26 sept. 1984
Rev. sociétés, 1986, 627, note GUYON

CA Paris (1^{er} ch.), 11 févr. 1992, 1^{er} ch., A
BJS, 1992, 421

CA Paris, 30 juin 1995, n° 93/27606
Dr. sociétés, 1995, 198, note VIDAL ; *JCP E*, 1996, n° 2, 795, note DAIGRE

CA Versailles, 29 juin 2000, n° 98/01864
BJS, 2000, n° 12, 1149, note LE CANNU

CA Paris, 21 déc. 2001, n°01/9384

CA Paris, 21 déc. 2001, n°2001/09384
BJS, 2002, n°4, 509, note LE NABASQUE ; *Rev. sociétés*, 2002, 89, obs. GUYON ; *RDC*, 2003, n°1, 165, note LUCAS

CA Paris, 8 févr. 2022, n°19/04499
Rev. sociétés, 2022, 412, note SCHILLER ; *GPL*, 2022, n°21, 47, obs. BRIGNON

CA Paris, 17 sept. 2004, n°04/01049

CA Versailles, 14 oct. 2004, n°03/4586

CA Paris, 14 déc. 2004, n°03/21818

CA Versailles, 10 sept. 2009, n°05/01862
D., 2009, 2220, obs. LIENHARD ; *RTDF*, 2009, n°4, 100, obs. PORACCHIA

CA Paris, 20 mai 2010, n°09/15214
BJS, 2010, n°9, 751, note MASSART

CA Paris, 8 nov. 2011, n°11/16066
BJS, 2012, n° 3, 209, note COURET et DONDERO ; *Banque et Droit*, 2012, n° 142, 43, note RIASSETTO, URBAN et STORCK ; *Lexbase aff.*, 2012, n° 287, note SAINTOURENS ; *RTDF*, 2013, n° 2, 66, obs. BASDEVANT

CA Paris, 28 févr. 2012, n° 10/16807
BJS, 2012, n° 6, 489, note PÉRIN

CA Paris, 24 janv. 2012, n°10/19478

CA Versailles, 22 mai 2012, n° 11/04433
Dr. sociétés, 2012, n°12, 10, note MORTIER ; *Dr. et patr.*, 2013, n°225, 97, obs. PORACCHIA

CA Paris, 20 juin 2013, n°13/03892
Dr. sociétés, 2013, n° 12, 21, note GALLOIS-COCHET

CA Paris, 25 nov. 2014, n° 13/06731

CA Paris, 16 juin 2015, n° 14/02590
RJDA, 2015, n°11, 773

CA Paris, 24 nov. 2015, n°14/15626
Dr. sociétés, 2016, n°2, 15, note MORTIER ; *BJS*, 2016, n°4, 213, note MESSAÏ-BAHRI ;
GPL, n°30, 75, note DONDERO ; *RTD civ.*, 2016, 110, note BARBIER

CA Paris, 29 sept. 2016, n°15/07864
Rev. sociétés, 2017, 92, note BARBIÈRI ; *Dr. sociétés*, 2017, n°1, 20, note MORTIER et 30,
note COUPET ; *BJS*, 2017, n°2, 120, note REYGROBELLET

CA Rennes, 15 janv. 2019, n° 16/02620

CA, Amiens, 12 févr. 2019, n° 16/04076

CA Paris, 16 mai 2019, n° 15/00225

CA Paris, 13 juin 2019, n° 18/20448

CA Aix-en-Provence, 17 oct. 2019, n° 18/15518

CA Paris, 29 oct. 2019, n° 1/00226
RJDA, n°6, 311

CA Paris, 2 juill. 2020, n° 19/21120
Dr. sociétés, 2020, n° 10, 16, note MORTIER ; *Cah. arb.*, 2020, n° 2, 363, note PEDONE ; *BJS*,
2021, n° 1, 16, note COHEN ; *D.*, 2020, 2484, chron. CLAY

CA Versailles, 9 juill. 2020, n°19/02770

CA Lyon, 28 juill. 2020, n° 19/08255

CA Paris, 15 sept. 2020, n° 17/19870

CA Bordeaux, 25 nov. 2020, n° 17/04475

CA Paris, 15 déc. 2020, n° 20/00220
Rev. sociétés, 2021, 305, note HEINICH ; *Dr. sociétés*, 2021, n° 4, 27, note MORTIER

CA Paris, 2 mars 2021, n°18/20663

CA Paris, 17 févr. 2022, n° 21/00370
RTD com., 2022, 797, note MOURY ; *BJS*, 2022, n° 5, 51, note REYGROBELLET ; *D.*, 2023,
22, note MOURY ; *Rev. sociétés*, 2023, 31, note MOULIN

CA Paris, 2 Juin 2022, n° 21/19440

CA Paris, 6 juin 2023, n°21/21386

Cah. arb., 2023, n° 3, note JOURDAN-MARQUES ; *JCP G*, 2023, n° 27, 1308, note MAINGUY et n° 43-44, 1898, obs. GIRAUD, SERAGLINI et JANDARD ; *GPL*, 2023, n° 35, 6, note LARRIBÈRE

CA Paris, 16 nov. 2023, n° 22/10344

RTDF, 2024, n° 1, 83, chron. MORTIER ; *BJS*, 2024, n° 2, 17, note DONDERO ; *JCP E*, 2024, n° 26, 24, note ATHLAN et n° 29, 19, note MARTIN et LALAMI

CA Versailles, 10 déc. 2024, n° 21/05807

BJS, 2025, n° 2, 22, note DONDERO

CA Paris, 30 janv. 2025, n° 22/17478

G. Tribunaux

T. Com. Vannes, 27 avr. 1973

GPL, 1973, 2, 610

T. Com. Paris ord. réf., 12 févr. 1991

BJS, 1991, n°6, 592

T. Com. Paris ord. réf., 3 août 2011, n° 2011052610

BJS, 2011, n° 10, 745, note LUCAS ; *JCP E*, 2011, n° 47, 20, chron. DEBOISSY et WICKER

T. Com. Paris, 23 sept. 2022, n° J2021000542

BJS, 2023, n°1, 22, note DONDERO

T. Com. Paris, 17 nov. 2022, n° J2022000043

JCP E, 2023, n° 51-52, 20, chron. SCHILLER et BROCHIER

T. Com. Paris, 16 juin 2023, n° 2022051036

JCP E, 2023, n° 51-52, 20, chron. SCHILLER et BROCHIER

T. Com. Paris, 3 nov. 2023, n° J2022000601

X. TRAVAUX PRÉPARATOIRES

Rapport au Sénat

PILLET François, rapp., *Proj. loi ratifiant l'ord. n° 2016-131 du 10 févr. 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, Sénat, rapp. n° 22, 11 oct. 2017, p. 71.

Rapport à l'Assemblée nationale

HOULIÉ Sacha, rapp., *Proj. loi ratifiant l'ord. n° 2016-131 du 10 févr. 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, Ass. nat., rapp. n° 429, 29 nov. 2017, p. 85.

XI. BULLETINS OFFICIELS DES IMPÔTS

BOI-PAT-IFI-30-10-40, 8 juin 2018.

INDEX ALPHABÉTIQUE

Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphes

A

Abus : 391.

Action (en justice) : 312

Adhésion (contrat de) : 34, 386.

Affectio societatis : 2.

Aléa social

- Caractéristiques : 52 et s.
- Persistance : 71 et s.

Apport

- En industrie : 57
- En nature : 57.
- En numéraire : 57.
- En jouissance : 57.

Autonomie de la volonté : 24 et s.

B

Bénéfice

- Notion : 65 et s.

Bonne foi : 391.

C

Caducité : 227 et s., 459 et s.

Cause : 32, 71 et s.

Chose transférée (détermination) : 123 et s., 253 et s., 487.

Clause

- de « cession pactée » : 183, 523.
- de divisibilité/indivisibilité : 329, 460 et s.
- d'exclusion : 218, 451 et s.
- de *good et bad leaver* : 223.
- d'interprétation : 337
- de juridiction : 171, 269, 280, 513 et s.
- léonine : 86, 215, 448.
- pénale : 258, 331, 396, 490.
- *Ratchet* : 253

Conflit : 2.

Contentieux

- Définition : 5 et s.
- Recours à la notion de risque contentieux : 16 et s. V. « risque contentieux ».

Compétence

- Compétence contentieuse : 304 et s.
- Compétence discrétionnaire : 308 et s.

Comportement

- Exigence d'un (-) : v. « mécanismes »

Condition

- Rôle : 115 et s.
- Constatation : 246 et s., 482 et s.
- Régularité : 249 et s.

Contrainte :

- Distinction avec l'obligation : 341 et s.
- Distinction avec la sanction : 343 et s.
- Nature de la contrainte : 346.
- Objet de la contrainte : 347.
- Caractère contractuel de la contrainte : 348.
- Contrainte à destination des parties : 354 et s.
- Contrainte à destination du juge : 412 et s.

Contrat

- Contenu obligationnel et non-obligationnel : 37 et s.
- Consentement : 381.
- Critère distinctif : 31.
- Fonction de prévision : 21 et s.
- Force obligatoire : 27 et s.
- Phases du contrat (formation, exécution, disparition) : 206, 211, 234.

Convention de vote : 284, 526.

Couverture

- Caractéristiques d'une opération de couverture : 95 et s.
- Mécanismes de couverture de l'aléa social : 103 et s.

D

Déséquilibre contractuel : 383 et s.

Discussion

- Discussion juridique : 5
- Discussion judiciaire : 7 et s.

Disponibilité des droits : 425 et s.

Drag along (clause d'entraînement) : 106, 142, 184, 523.

Droit d'agir : 358.

Droits sociaux

- Transfert de (-) : v. « mécanismes ».

E

Earn out : 135.

Économie

- Notion : 68.

Engagement

- Choix du terme : 44.

Ensembles contractuels : 460 et s.

Exécution forcée : 242 et s., 332 et s., 478 et s., 510.

I

Inexécution

- Risque d'inexécution : 201
- Clauses relatives à la gestion du risque d'inexécution : 331.

Intérêt

- Cause et intérêt : 32
- Critère distinctif du contrat : 31.
- Intérêt collectif des associés : 81 et s.
- Prisme des intérêts : 29 et s.

J

Jurisprudence

- Norme et jurisprudence : 300
- Impérativité de la norme jurisprudentielle : 409.

Juge

- Pouvoirs : 380
- Office (neutralisation) : 416 et s.
- Office (aménagement) : 429 et s.

L

Léonin: v. « clause léonine »

Litige : 3.

Loyauté : 391 et s.

M

Mécanismes

- Exigeant un transfert de droits sociaux : 106 et s.
- Exigeant un comportement : 159 et s.

N

Norme :

- Notion : 299 et s.
- Interprétation : 301.
- Risque contentieux relatif à l'interprétation d'une norme : 299 et s.

Nullité :

- confirmation par avance interdite : 402.
- conventionnelle : 328.
- convenue : 328, 538.

O

Objet social : 73

Obligation

- Classification : 166 et s.
- Définition : 42.
- De faire / De ne pas faire : 163 et s., 268, 278 et s., 506 et s.
- Différence avec le contrat : 37.
- Stipulations non-obligationnelles : 40, 280 et s., 359 et s., 512 et s.

Opposabilité : 192 et s., 273 et s., 285, 528 et s.

Option (droit de)

- Nature du droit d'option : 109.
- Domaine : 110 et s.
- Objet : 112.

Ordre contractuel : 534 et s., 537, 546 et s., 550.

Ordre public

- Notion : 403.
- Ordre public et impérativité : 404 et s.

Ordre sociétaire

- Existence : 533.
- Indisponibilité : 534 et s.

P

Pacte d'associés

- Délimitation : 13 et s.
- Durée : 230 et s., 464 et s.
- Fonction de couverture de l'aléa social : 49 et s.
- Pacte d'actionnaires (différence) : 15.
- Typologie : 104 et s.

Pacte de préférence : 111, 139, 456, 508.

Pacte sur succession future : 215, 449.

Perpétuité : 465 et s.

Pertes (contribution aux) : 53 et s.

Potestativité : 117 et s., 218, 450.

Pouvoir : 304.

Préambule : 173 et s., 269, 281, 517.

Prévision

- Fondement : 23 et s.
- Objet : 36 et s.
- Prévisions intrinsèques et extrinsèques : 45.
- Théorie de l'imprévision : 46.

Prérogative contractuelle : 373 et s.

Prérogative contractuelle d'interprétation

- Validité : 380 et s.
- Exercice : 388 et s.
- Neutralisation : 396 et s.

Prix

- Détermination : 126 et s., 255 et s., 488 et s.

Promesse

- de porte-fort : 106, 141, 182 et s., 172, 283 et s., 523 et s.
- unilatérale : 215, 238 et s., 475;
- croisées : 240 et s., 476.

Q

Qualification

- Clause de qualification : 336, 419 et s.
- Risque contentieux lié à la qualification du mécanisme : 292 et s.

R

Renonciation

- Modèle : 355 et s.
- Risques contentieux éligibles : 362 et s.
- Réception : 371 et s.

Relativité : 180 et s., 271 et s., 283 et s., 521 et s.

Régime

- Risque contentieux lié au régime du mécanisme : 295 et s.
- Clause de régime : 419 et s.

Résiliation : 230 et s., 464 et s.

Résultat juridique : 295 et s., 417

Risque

- Définition : 95 et s.

Risque contentieux

- Définition : 200 et s.
- Matérialisation : 199 et s.
- Mise en évidence : 18 et s.
- Observation : 204 et s.
- Systématisation : 288 et s.
- Types de risques contentieux : 291 et s.
- Traitement : 323 et s.
- Rapport des contractants au risque contentieux : 303 et s.

S

Société

- Contrat de (-) : 32, 84.

Société cible

- Absence de complicité fautive : 529.
- Fonction de teneur de compte : 530

Substitution

- Possible qualification en cession de contrat : 185, 523.

Sujétion (lien de) : 109, 120, 375 et s.

Status

- Hiérarchie : 274
- « Statutarisation » : 537 et s.
- Complétion : 540 et s.
- Dérogation : 550 et s.

Stipulation pour autrui : 142, 184,

T

Tag along (droit de sortie conjointe) : 106, 141, 183, 434.

Tiers

- Tiers offrant : 138 et s., 259,
- Tiers estimateur : 145 et s., 260 et s., 491 et s.

Traitement du risque contentieux

- Accord de qualification et de régime : 417 et s.

- Aménagement d'une norme légale ou jurisprudentielle : 431 et s.
- Prérogative contractuelle d'interprétation : 372 et s.
- Renonciation à une norme légale : 402 et s.
- Renonciation à une norme jurisprudentielle : 408 et s.

Transfert

- De droits sociaux (-) : v. « mécanismes »

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	11
PARTIE 1 - LA MISE EN ÉVIDENCE DU RISQUE CONTENTIEUX AU SEIN DES PACTES D'ASSOCIÉS	29
Titre premier : La source du risque contentieux : les engagements prévus par les pactes d'associés	31
Chapitre 1 : La couverture de l'aléa social comme unité de fonction entre les engagements du pacte d'associés.....	32
Section 1 : La fonction de prévision propre à tout contrat.....	33
I. L'accord des intérêts, fondement de la prévision.....	34
A. Le prisme de la volonté.....	34
1) Présentation.....	35
2) Limites	36
B. Le prisme des intérêts	37
1) Construction.....	38
2) Avantages.....	41
II. Les engagements, objet de la prévision	42
A. Contenu obligationnel et non-obligationnel du contrat	43
B. Périmètre de la prévision contractuelle.....	45
Section 2 : La fonction de couverture propre aux pactes d'associés	51
I. La consistance de l'incertitude en matière sociétaire	51
A. L'aléa social, essence du contrat de société	51
1) Caractéristiques de l'aléa social.....	51
a) La face négative de l'aléa social.....	52
b) La face positive de l'aléa social.....	58
2) Persistance de l'aléa social.....	62
B. L'aléa social, expression d'un intérêt collectif.....	67
1) L'aléa social, manifestation du lien économique unissant les associés	68
2) L'aléa social, objet d'une protection particulière.....	70
II. La consistance de la prévision en matière de pactes d'associés	72
A. Les pactes d'associés, expression d'intérêts particuliers	72
B. La couverture de l'aléa social, finalité des pactes d'associés	75
1) Caractéristiques d'une opération de couverture.....	75
2) Application aux pactes d'associés	78
Conclusion du chapitre 1	82

Chapitre 2 : Les mécanismes de couverture de l'aléa social comme élément de différenciation entre les engagements du pacte d'associés	83
Section 1 : Les mécanismes exigeant un transfert de droits sociaux	86
I. Le retard volontaire dans le déclenchement du transfert	87
A. Le recours au droit d'option.....	87
B. Le recours à la condition.....	93
II. La détermination des éléments relatifs au transfert	99
A. La détermination de la chose transférée.....	100
B. La détermination du prix d'acquisition.....	102
1) Détermination du prix par les parties.....	103
a) Le prix déterminé.....	103
b) Le prix déterminable.....	105
2) Détermination du prix par un tiers	111
a) Le tiers offrant	111
b) Le tiers estimateur	119
Section 2 : Les mécanismes exigeant un comportement	134
I. L'exigence du comportement des cocontractants	134
A. Mécanisme général	134
1) L'exigence d'un comportement avant la réforme du droit des obligations...	134
2) L'exigence d'un comportement après la réforme du droit des obligations...	137
B. Mécanismes accessoires.....	139
1) Les stipulations non-obligationnelles directement contraignantes	139
2) Les stipulations non-obligationnelles indirectement contraignantes	142
II. L'exigence du comportement des tiers.....	145
A. La remédiation à la relativité du pacte d'associés	146
1) Logique purement contractuelle	146
2) Logique sociétaire.....	150
B. Le renforcement de l'opposabilité du pacte d'associés	155
Conclusion du chapitre 2	161
Conclusion du titre premier	162
Titre second : La matérialisation du risque contentieux : le dénouement des engagements prévus par les pactes d'associés.....	163
Chapitre 1 : L'observation du risque contentieux au sein des pactes d'associés	166
Section 1 : L'observation du risque contentieux dans les mécanismes exigeant un transfert de droits sociaux	170

I.	Discussions se rapportant aux phases de formation et de disparition du pacte d'associés	170
A.	Discussions se rapportant à la phase de formation	170
1)	Le risque contentieux dans le déclenchement du transfert	171
a)	Le risque contentieux lié au système optionnel	171
b)	Le risque contentieux lié au système conditionnel	174
2)	Le risque contentieux dans la détermination des éléments relatifs au transfert	177
a)	Le risque contentieux lié à l'exigence générale de déterminabilité	177
b)	Le risque contentieux lié à des questionnements plus divers	179
B.	Discussions se rapportant à la phase de disparition	181
1)	Caducité du pacte	181
2)	Résiliation du pacte	184
II.	Discussions se rapportant à la phase d'exécution du pacte	186
A.	Le risque contentieux dans le déclenchement du transfert	187
1)	Le risque contentieux lié au système optionnel	187
a)	Discussion relative à la formation de la vente par option	188
b)	Discussion relative à l'exécution de la vente formée par option	191
2)	Le risque contentieux lié au système conditionnel	195
a)	Discussion relative à la constatation de la survenance de l'évènement conditionnel	195
b)	Discussion relative à la régularité de la survenance de l'évènement conditionnel	198
B.	Le risque contentieux dans la détermination des éléments relatifs au transfert	200
1)	Discussion relative à la détermination de la chose transférée	200
2)	Discussion relative à la détermination du prix d'acquisition	202
a)	Prix déterminé par les parties	202
b)	Prix déterminé par un tiers	204

Section 2 : L'observation du risque contentieux dans les mécanismes exigeant un comportement 211

I.	Discussions se rapportant aux phases de formation et de disparition du pacte d'associés	211
A.	Discussions se rapportant à la phase de formation	211
1)	Le risque contentieux lié à l'exigence du comportement des cocontractants	211
2)	Le risque contentieux lié à l'exigence du comportement des tiers	213
a)	Discussion provoquée par les techniques de remédiation à la relativité du pacte	213
b)	Discussion provoquée par les techniques de renforcement de l'opposabilité du pacte	215

B.	Discussions se rapportant à la phase de disparition	216
II.	Discussions se rapportant à la phase d'exécution du pacte.....	216
A.	Le risque contentieux lié à l'exigence du comportement des cocontractants...	216
1)	Discussion relative au mécanisme général	217
2)	Discussion relative aux mécanismes accessoires.....	218
B.	Le risque contentieux dans l'exigence du comportement des tiers.....	220
1)	Discussion provoquée par les techniques de remédiation à la relativité du pacte	220
2)	Discussion provoquée par les techniques de renforcement de l'opposabilité du pacte	222
	Conclusion du chapitre 1	225
	Chapitre 2 : La systématisation du risque contentieux au sein des pactes d'associés	226
	Section 1 : La systématisation matérielle : les types de risques contentieux.....	228
I.	Le risque contentieux lié à la qualification du mécanisme	228
II.	Le risque contentieux lié au régime du mécanisme	230
III.	Le risque contentieux lié à l'interprétation d'une norme.....	231
	Section 2 : La systématisation personnelle : le rapport des contractants au risque contentieux.....	236
I.	La compétence contentieuse des contractants.....	236
II.	Le caractère discrétionnaire de la compétence contentieuse	238
A.	Le caractère discrétionnaire à l'épreuve de la rationalité du juge	238
B.	Le caractère discrétionnaire à l'épreuve de la rationalité de l'action	239
	Conclusion du chapitre 2	242
	Conclusion du titre second.....	243
	Conclusion de la première partie	244
	PARTIE 2 - LE TRAITEMENT DU RISQUE CONTENTIEUX AU SEIN DES PACTES D'ASSOCIÉS.....	246
	Titre premier : La contrainte : technique de traitement du risque contentieux	248
	Chapitre 1 : L'opportunité de la contrainte au sein des pactes d'associés	249
	Section 1 : L'inadéquation des techniques actuelles de traitement du risque contentieux	250
I.	Inadéquation des techniques relevant d'une approche par phases.....	250
A.	Les clauses se rapportant aux phases de formation et de disparition.....	250

B. Les clauses relatives à la phase d'exécution	253
II. Inadéquation des techniques relevant d'une approche générale	256
Section 2 : L'utilité de la contrainte comme technique de traitement du risque contentieux.....	259
I. La singularité de la contrainte.....	259
A. La contrainte n'est pas l'obligation.....	259
B. La contrainte n'est pas la sanction	261
II. La force de la contrainte	263
A. Nature de la contrainte	263
B. Objet de la contrainte	264
C. Localisation de la contrainte	264
Conclusion du chapitre 1	266
Chapitre 2 : Les types de contrainte.....	267
Section 1 : La contrainte à destination des parties.....	268
I. Le recours au modèle de la renonciation	268
A. La neutralisation de la compétence contentieuse.....	268
1) L'objet de la renonciation	268
2) La formule non-obligationnelle	270
B. Les risques contentieux éligibles	272
1) L'éligibilité du risque contentieux lié à la qualification du mécanisme	272
2) L'éligibilité du risque contentieux lié au régime du mécanisme	273
3) L'éligibilité du risque contentieux lié à l'interprétation d'une norme	273
a) Le cas de la norme contractuelle.....	273
b) Le cas de la norme jurisprudentielle.....	276
c) Le cas de la norme légale.....	277
II. La réception du modèle de la renonciation	278
A. Le cas de la norme contractuelle.....	278
1) L'octroi d'une prérogative contractuelle.....	279
2) L'octroi d'une prérogative contractuelle d'interprétation.....	283
a) La validité de la prérogative contractuelle d'interprétation.....	283
b) Le contrôle relatif à l'exercice de la prérogative contractuelle d'interprétation.....	290
B. Le cas des normes légales et jurisprudentielles	299
1) L'exclusion d'une norme légale.....	299
2) L'exclusion d'une norme jurisprudentielle	305
Section 2 : La contrainte à destination du juge	309
I. La neutralisation de l'office du juge	310

A. L'éligibilité commune des risques contentieux relatifs à la qualification et au régime du mécanisme à une neutralisation de l'office du juge.....	310
B. Les conditions de la neutralisation de l'office du juge	312
1) Une condition formelle : la conclusion d'un accord exprès	313
2) Une condition matérielle : la libre disponibilité des droits en cause	316
II. L'aménagement de l'office du juge.....	320
A. Le cas de la norme contractuelle.....	321
B. Le cas des normes légales et jurisprudentielles	321
Conclusion du chapitre 2	324
Conclusion du titre premier	325
Titre second : Le déploiement de la contrainte : la mise en œuvre du traitement du risque contentieux.....	326
Chapitre 1 : Le traitement du risque contentieux propre aux mécanismes exigeant un transfert de droits sociaux	328
Section 1 : Le traitement du risque contentieux en phase de formation et de disparition	329
I. Le traitement en phase de formation.....	329
A. Le traitement du risque contentieux dans le déclenchement du transfert ...	329
1) Le traitement du risque contentieux lié au système optionnel.....	329
2) Le traitement du risque contentieux lié au système conditionnel	331
B. Le traitement du risque contentieux dans la détermination des éléments relatifs au transfert	336
II. Le traitement en phase de disparition	339
A. Le traitement du risque contentieux lié à la caducité du pacte	339
B. Le traitement du risque contentieux lié à la résiliation du pacte.....	346
Section 2 : Le traitement du risque contentieux en phase d'exécution.....	354
I. Le traitement du risque contentieux dans le déclenchement du transfert	354
A. Le traitement du risque contentieux lié au système optionnel.....	354
1) Discussion relative à la formation de la vente par option.....	354
2) Discussion relative à l'exécution de la vente formée par option	356
B. Le traitement du risque contentieux lié au système conditionnel	361
II. Le traitement du risque contentieux dans la détermination des éléments relatifs au transfert	364
A. Discussion relative à la détermination de la chose transférée.....	365
B. Discussion relative à la détermination du prix d'acquisition.....	366
1) Le traitement du risque contentieux lié à la détermination du prix par les parties.....	366

2) Le traitement du risque contentieux lié à la détermination du prix par un tiers	370
Conclusion du chapitre 1	378
Chapitre 2 : Le traitement du risque contentieux propre aux mécanismes exigeant un comportement	379
Section 1 : Le traitement du risque contentieux lié à l'exigence du comportement des cocontractants	380
I. Discussion relative au mécanisme général	380
A. Discussion relative au champ d'application du mécanisme	380
1) Versant positif	381
2) Versant négatif	383
3) Cas particulier des situations de préférence	384
B. Discussion relative à l'exécution forcée du mécanisme	386
II. Discussion relative aux mécanismes accessoires	388
A. La discussion propre aux stipulations non-obligationnelles directement contraignantes : l'exemple des clauses de juridiction	388
B. La discussion propre aux stipulations non-obligationnelles indirectement contraignantes : l'exemple du préambule	393
Section 2 : Le traitement du risque contentieux lié à l'exigence du comportement des tiers	396
I. Discussion provoquée par les techniques de remédiation à la relativité du pacte	396
A. Logique contractuelle	396
B. Logique sociétaire	399
II. Discussion provoquée par les techniques de renforcement de l'opposabilité du pacte	402
A. Les procédés d'opposabilité relatifs au contrôle des mouvements de droits sociaux	402
B. Les procédés d'opposabilité relatifs au fonctionnement des organes sociaux	403
1) Principe d'indisponibilité du fonctionnement des organes sociaux	404
2) Étude des exceptions	406
a) La « statutarisation »	406
b) La complétion	409
c) La dérogation	415
Conclusion du chapitre 2	422
Conclusion du titre second	423

Conclusion de la seconde partie.....	424
CONCLUSION GÉNÉRALE ET CLAUSIER RÉCAPITULATIF	426
BIBLIOGRAPHIE	442
INDEX	534

RÉSUMÉ

Cette thèse propose une analyse renouvelée du contentieux des pactes d'associés en l'appréhendant comme un risque juridique structurel, et non comme une simple contingence factuelle. L'étude met d'abord en lumière la fonction particulière des pactes, entendus comme instruments de couverture de l'aléa social qui traversent le contrat de société. Les engagements qu'ils contiennent – mécanismes de transfert de droits sociaux ou stipulations permettant d'exiger un comportement – révèlent toutefois des fragilités propres, susceptibles de nourrir des contestations au moment de leur mise en œuvre.

L'analyse systématise alors les voies de remise en cause possibles et montre que le risque contentieux dépend autant des mécanismes juridiques en cause que de la compétence des parties à activer ou non ce contentieux. Face à ce constat, la recherche élabore un modèle contractuel de traitement du risque contentieux, fondé sur la notion autonome de contrainte, exercée à destination des parties ou du juge. Par des techniques telles que la renonciation, les prérogatives d'interprétation, les accords de qualification ou de régime, ce modèle permet d'anticiper et d'encadrer les contestations.

Appliqué aux différents types d'engagements rencontrés dans les pactes d'associés, ce modèle démontre sa pertinence tout en révélant les frontières de la contractualisation. Il ne supprime pas toute possibilité de litige, mais permet d'en saisir la logique et d'en proposer un traitement structuré dès l'origine du contrat.

MOTS CLÉS

Pacte d'associés ; Contentieux ; Risque contentieux ; Contrat ; Contrainte contractuelle ; Transfert ; Droits sociaux ; Comportement ; Interprétation ; Prérogative ; Accord ; Qualification ; Régime ; Droit des sociétés.

ABSTRACT

This thesis offers a renewed analysis of litigation arising from shareholders' agreements by approaching it as a structural legal risk, and not as a mere factual contingency. The study first highlights the particular function of such agreements, understood as instruments for covering the social uncertainty that runs through the company contract. The commitments they contain – mechanisms for the transfer of shares or stipulations requiring a certain behaviour – nevertheless reveal their own fragilities, likely to fuel disputes at the time of their implementation.

The analysis then systematises the possible avenues for challenge and shows that litigation risk depends as much on the legal mechanisms involved as on the parties' ability to activate or not activate such litigation. In response to this observation, the research develops a contractual model for the treatment of litigation risk, based on the autonomous notion of constraint, exercised either towards the parties or towards the judge. Through techniques such as waiver, interpretative prerogatives, and qualification or regime agreements, this model makes it possible to anticipate and frame potential disputes.

Applied to the different types of commitments found in shareholders' agreements, this model demonstrates its relevance while revealing the boundaries of contractualisation. It does not eliminate all possibilities of litigation, but enables one to grasp its logic and to propose a structured treatment from the very origin of the contract.

KEYWORDS

Shareholders' agreement ; Litigation ; Litigation risk ; Contract ; Contractual constraint ; Transfer ; Shares ; Behaviour ; Interpretation ; Prerogative ; Agreement ; Qualification ; Regime ; Corporate law.