

## La société et les sanctions contractuelles

Dans la famille contractuelle, la société détonne. Aïeule avérée et, pourtant, dont on s'échine à déceler les similitudes avec ses prétendus semblables comme si du contrat elle n'en avait jamais porté que le nom. La plupart du temps pluripartite et créatrice d'une personne morale, elle se singularise par l'alliance qu'elle crée entre ses associés laquelle exclut toute opération de commutation. Il va sans dire que la société contraste avec le standard contractuel qu'incarne la vente. Et son atypisme est d'autant plus saillant que la société révèle une dualité de relations contractuelles. Au contrat de société *stricto sensu* conclu entre les associés eux-mêmes se superpose un contrat d'apport entre la société - personne morale - et chacun des associés<sup>1</sup>. Autour d'eux gravitent du reste de nombreux pactes d'actionnaires statutaires et extrastatutaires conclus entre tous les associés ou certains d'entre eux qui contribuent à parfaire son fonctionnement. C'est dire si la société s'érige en nébuleuse contractuelle<sup>2</sup> dont les spécificités rejaillissent fatalement sur son régime juridique et infèrent l'application d'un droit spécial dérogatoire.

Certes a-t-on un temps espéré une réhabilitation de la société parmi les siens avec l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 et la loi de ratification n° 2018-287 du 20 avril 2018 qui s'est ensuivie - expectative suscitée par la décadence de la théorie générale des contrats bâtie autour d'un modèle suranné-. Mais là fleurit-on l'amertume d'une illusion déçue. Si le législateur a entériné un certain nombre de types contractuels jurisprudentiels et doctrinaux, celui des contrats-organisation<sup>3</sup> dont la société est le parangon n'en fait pas partie. Il exhorte, ce faisant, à altérer les dispositions communes pour parvenir à embrasser ces figures insolites. Il n'y a qu'à analyser le régime des sanctions contractuelles pour s'en convaincre !

Aussi cette confrontation entre la société et ces sanctions communes mérite-t-elle au préalable quelques éclaircissements notionnels. La sanction contractuelle peut se définir succinctement comme toute mesure prononcée en réponse à la transgression d'une norme contractuelle. Mais de préciser aussitôt, d'une part, qu'elle inclut toutes les mesures *lato sensu* mises en œuvre pour remédier à la transgression, qu'elles soient prononcées par le juge - sur habilitation ou non du législateur -, ou par les parties elles-mêmes - qu'elles en aient ou non conventionnellement prévu la possibilité ; et d'autre part, que peu important la nature de la norme violée, légale comme purement conventionnelle, impérative comme supplétive, dès lors qu'elle a vocation à s'appliquer au contrat conclu.

Or, d'emblée il est une certitude : que l'on considère les sanctions purgeant les vices de formation - telle la nullité - ou celles frappant l'inexécution des obligations - telle la résolution, l'exécution

---

<sup>1</sup> Encore dénommé contrat d'émission ou de souscription. V. M. Buchberger, *Le contrat d'apport, Essai sur la relation entre la société et son associé*, éd. Panthéon-Assas, 2011, préf. M. Germain ; *Contra* : J.-F. Hamelin, « Le contrat de société », in *Le droit des contrats et la réforme du droit des contrats, Actes Pratiques et Ingénierie Sociétaire* n° 147, Mai 2016, dossier 3, n° 6 ; H. Blaise, *L'apport en société*, Impr. réunies, 1955, n° 37, p. 52 ; F. G. Trébulle, *L'émission des valeurs mobilières*, Economica, 2002, préf. Y. Guyon, n° 400, p. 293 ; P. Emy, *Le titre financier*, thèse Bordeaux IV, 2006, n° 56, p. 85 ; H. Causse, *Les titres négociables*, Litec, 1993, préf. B. Teysié, n° 134, p. 83.

<sup>2</sup> Y. Guyon, *Les sociétés, Aménagements statutaires et conventions entre associés*, 5<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2002.

<sup>3</sup> P. Didier, « Le consentement sans l'échange : contrat de société », in *L'échange des consentements*, *RJC* 1995, n° spécial, p. 74 ; P. Didier, « Brèves notes sur le contrat-organisation », in *Mél. F. Terré, L'avenir du droit*, Dalloz, 1999, p. 635.

forcée ou encore l'exception d'inexécution -, la société s'affranchit sensiblement des règles communes jusqu'à augurer, par-delà peut-être, son divorce effectif avec le droit des contrats. Encore qu'il faille nuancer ce constat. Et pour cause : si l'étude des sanctions contractuelles témoigne d'une appréhension malaisée et partielle des règles communes par la société (I), une analyse plus approfondie révèle que la société joue la muse incarnée de certaines évolutions majeures du droit commun (II).

## **I- L'appréhension partielle des sanctions contractuelles par la société**

De prime abord, puisque la société est prétendument un contrat, on devrait pouvoir lui appliquer les dispositions de droit commun relatives aux sanctions contractuelles comme pour n'importe quel autre contrat. Or, cette assertion est loin de revêtir la force de l'évidence. Les spécificités dont elle fait l'objet génèrent en effet certaines inadéquations (A) et restrictions (B) qui rendent compte d'une appréhension seulement relative des dispositions contractuelles communes.

### **A- Les inadéquations**

A l'analyse, les inadéquations des sanctions communes au contrat de société lui-même sont patentées, mettant en lumière ses singularités (1). La conclusion est cependant tout autre si l'on se focalise sur le contrat d'apport lequel permet de les éluder (2).

#### **1- Des inadéquations patentées**

Le constat est sans appel : « vilain petit canard », la société est juridiquement discriminée. L'exégèse du nouvel article 1217 du Code civil dressant la liste exhaustive des sanctions contractuelles pour inexécution atteste de sa marginalisation. En effet, la mise en œuvre de chacune d'entre elles s'avère subordonnée à l'existence d'une interdépendance entre les obligations des parties que l'on sait absente des contrats-organisation<sup>4</sup>. C'est dire que le législateur de 2018 continue de raisonner à partir d'un contrat-échange, c'est-à-dire un contrat synallagmatique fondé sur des rapports antagonistes<sup>5</sup>. Les articles 1219 et 1224 du Code civil relatifs respectivement à l'exception d'inexécution et à la résolution confortent ce sentiment : suspension et extinction contractuelles par le créancier sont conditionnées l'une comme l'autre à l'inexécution par le débiteur de ses obligations corrélatives<sup>6</sup>. Et ce lien d'obligation, sinon de conditionner l'exécution forcée, de figurer également à l'alinéa second de l'article 1221 qui lui est consacré.

---

<sup>4</sup> Ces contrats dont la paternité revient à P. Didier sont encore dénommés par d'autres « contrats-partage », v. F. Chénéde, *Les commutations en droit privé, Contribution à la théorie générale des obligations*, Economica, 2008, préf. A. Ghazi, « contrats collaboration », v. A. Couret et J.-J. Barbiéri, *Droit commercial*, 13<sup>e</sup> éd., 1996, p. 107 ; « contrats-alliance », v. J.-F. Hamelin, *Le contrat-alliance*, Economica, 2012, préf. N. Molfessis ou « contrats-concentration », v. S. Lequette, *Le contrat-coopération, Contribution à la théorie générale du contrat*, Economica, 2012, préf. Cl. Brenner.

<sup>5</sup> Sur cette distinction contrat-organisation et contrat-échange, v. J.-B. Seube, « La relativité de la distinction des contrats organisation et des contrats échange », in *Société et contrat, Journ. soc.* avril 2008, p. 38.

<sup>6</sup> En ce sens, v. J.-F. Hamelin, « Le contrat de société », in *Le droit des contrats et la réforme du droit des contrats, Actes Pratiques et Ingénierie Sociétaire* n° 147, Mai 2016, dossier 3, n° 28 et s.

Or, pas davantage la société ne peut être classée dans les contrats synallagmatiques que dans ceux unilatéraux. Un associé n'est ni débiteur ni créancier d'un autre. Il ne s'engage pas en contrepartie de la libération de l'apport d'un autre en sorte que la cause de l'obligation d'un associé ne réside pas - comme c'est le cas traditionnellement - dans l'objet de l'obligation d'un autre. Là réside toute la singularité de la société dans laquelle les associés ne sont pas engagés les uns contre les autres mais ensemble pour la réalisation d'un projet commun dont ils entendent en récolter les fruits (article 1832 du Code civil). Aussi, et outre cet écueil théorique tenant au défaut de réciprocité, ne serait-il pas judicieux qu'un associé prenne prétexte de l'inexécution de l'obligation d'apport d'un autre pour ne pas libérer le sien sauf peut-être à ce que celle-ci compromette la réalisation de l'objet social si bien qu'elle ferait perdre sa cause à la société comme à l'engagement des associés. C'est du reste à cette condition que la jurisprudence<sup>7</sup> accepte en cas d'inexécution d'en prononcer la dissolution et, de surcroît, sur son fondement spécial - l'article 1844-7-5° du Code civil -, refoulant ainsi la société à la frontière des sanctions contractuelles communes.

## 2- Des inadéquations éludées

Mais dès lors que l'on se focalise non plus sur le contrat de société lui-même mais sur le contrat d'apport qui lui est sous-jacent, la difficulté semble éludée et la concordance avec les dispositions de droit commun rétablie. En effet, l'article 1843 du Code civil dispose que « *Chaque associé est débiteur envers la société de tout ce qu'il a promis de lui apporter en nature, en numéraire ou en industrie* ». On comprend que chaque associé, en plus d'être lié à ses coassociés, se trouve également engagé dans un rapport contractuel synallagmatique vis-à-vis de la société qui lui permet d'exiger d'elle, en contrepartie de l'apport versé, l'attribution de droits sociaux. Aussi l'existence de ce contrat-échange conclu entre la société et chacun des associés permet-elle le jeu des dispositions légales précitées. Il devient en effet concevable sur le fondement de l'article 1219 du Code civil de priver temporairement l'associé de l'ensemble de ses droits sociaux - aussi bien politiques que financiers - tant qu'il ne libère pas son apport. Et d'envisager sur le fondement de l'article 1224 du Code civil de résilier le contrat d'apport de l'associé défaillant dès lors que la société peut subsister sans son concours. En somme, l'associé exclu est déchu de sa qualité et, *a fortiori*, de tous ses droits dans la société, signalant au-delà la fin de la relation avec ses pairs. Fort de ce constat, l'application de l'article 1124 Code civil n'achoppe-t-elle pas sur son supposé homologue sociétaire l'article 1844-7-5° du Code civil qui prévoit la dissolution de la société à la demande d'un associé pour justes motifs, notamment en cas d'inexécution de ses obligations par un associé ? Tant s'en faut ! En vérité, l'adage *specialia generalibus derogant* ne constitue un obstacle que si l'on souhaite appliquer la première au contrat de société-même. Or, l'objet comme la finalité de ces deux dispositions diffère. Si la disposition spéciale porte sur la résiliation du contrat de société, celle de droit commun affère à la résiliation du seul contrat d'apport de l'associé fautif. C'est dire que les deux dispositions sont complémentaires et leur application distributive. Le caractère substantiel ou non de l'obligation inexécutée et ses conséquences sur la société déterminent par suite le choix du fondement. Il va de soi que la portée de la sanction doit être cantonnée au seul associé fautif si la société peut survivre à son exclusion.

---

<sup>7</sup> Pour une des rares décisions rendues en la matière, v. CA Paris, 30 octobre 1992, *RTD com.* 1993, p. 106, obs. Cl. Champaud et D. Danet.

Par ailleurs, et en raison du contenu obligationnel identique des contrats de société et d'apport<sup>8</sup>, l'exécution forcée en nature de n'importe quelle obligation de l'associé, principale ou accessoire, légale ou conventionnelle, devient concevable sauf impossibilité matérielle, morale ou juridique auquel cas conformément à l'article 1121 du Code civil l'exécution par équivalent s'y substitue. C'est pourquoi ne peuvent être forcées les obligations à caractère éminemment personnel d'apport en industrie et d'activité de l'associé coopérateur. Ne le sont pas également les obligations dont la violation se traduit par la cession totale ou partielle des parts ou actions de l'associé, telles les obligations d'inaliénabilité, de préemption, de préférence ou de plafonnement, pour lesquelles la nullité de la cession litigieuse est en principe subordonnée à la preuve de la mauvaise foi du tiers acquéreur<sup>9</sup>. En revanche, comme l'enseignait déjà la jurisprudence antérieure<sup>10</sup>, et outre les obligations purement monétaires dont l'exécution en nature paraît la seule concevable, peuvent être contraintes à l'exécution les obligations d'apport en numéraire et en nature, de non-concurrence, d'agrément<sup>11</sup>, de souscription à une augmentation de capital, de non-agression ou encore celles, plus polémiques, de vote<sup>12</sup> lesquelles font bien souvent l'objet de pactes extrastatutaires dont la force obligatoire a au demeurant été rafferme avec la réforme<sup>13</sup>.

## **B- Les restrictions**

Parce que la société n'est pas qu'un contrat mais également une personne morale dont dépendent économiquement de nombreux tiers, sa pérennité plus qu'un autre contrat doit être favorisée. Ainsi le législateur a-t-il restreint les actions en nullité (1) et en résolution (2), corroborant son émancipation vis-à-vis du droit commun.

### **1- Restriction des actions en nullité**

« Société constituée... société immunisée ! » tel est l'aphorisme qui peut être formulé pour décrire le système particulièrement restrictif de nullité qui gouverne les sociétés. En effet, parce que la disparition rétroactive de la société plus que tout autre contrat causerait la perte de nombreux tiers<sup>14</sup>, le législateur a instauré un régime draconien de nullités textuelles dont les effets sont en outre circonscrits. Il est vrai que l'article 1844-10 du Code civil applicable à

---

<sup>8</sup> Cette identité d'objet du contrat de société et du contrat d'apport semble *a priori* contrarier leur coexistence. On trouve néanmoins en matière contractuelle d'autres illustrations d'obligations relevant de deux contrats, telle que la stipulation pour autrui, la promesse de contrat ou la lettre de change.

<sup>9</sup> Par exception, s'agissant de la SAS, la nullité de la cession effectuée en violation de clauses statutaires est prononcée de manière inconditionnelle (art. L. 227-15 du Code de commerce issu de la loi n° 94-1 du 3 janvier 1994).

<sup>10</sup> Pour l'exécution de l'obligation de voter une résolution, v. Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 19 février 1970, n° 68-13.866.

<sup>11</sup> Puisque la nullité est la sanction choisie par le législateur pour sanctionner le non-respect des clauses d'agrément librement stipulées dans les SA (art. L. 228-23 issu de la loi n° 98-546 du 2 juillet 1998) et les SAS (art. L. 227-15 du Code de commerce issu de la loi n° 94-1 du 3 janvier 1994), *a fortiori*, elle doit être prononcée s'agissant de tous les cas où l'agrément est d'ordre public.

<sup>12</sup> Th. Massart, « L'exécution forcée en nature des conventions de vote après la réforme du droit des contrats », in *La réforme du droit des contrats, Incidences sur la vie des affaires*, LexisNexis, 2017, p. 91.

<sup>13</sup> S. Docq, « Les pactes d'actionnaires », in *Le droit des contrats et la réforme du droit des contrats, Actes Pratiques et Ingénierie Sociétaire* n° 147, Mai 2016, dossier 3, n° 53 et s.

<sup>14</sup> La société s'identifie en effet à un contrat de situation, v. D. Mainguy, « Remarques sur les contrats de situation et quelques évolutions récentes du droit des contrats », in *Mél. M. Cabrillac*, Litec, 1999, p. 165 ; M. Cabrillac, « Remarques sur la théorie générale du contrat et les créations récentes de la pratique commerciale », in *Mél. G. Marty*, Univ. Toulouse, 1978, p. 235.

l'ensemble des sociétés prévoit la nullité de la société pour l'une des causes de nullité des contrats en général. Et cette formule de trouver écho à l'article L. 235-1 du Code de commerce relatif aux sociétés commerciales, laissant présumer ainsi d'un régime analogue. Mais, à approfondir l'analyse, la réalité est autre. Certaines conditions de validité frappées ordinairement de nullité sont en effet traitées avec moins de rigueur, tout au moins s'agissant des sociétés par actions et à responsabilité limitée. Pour preuve, le consentement vicié pour erreur, dol ou violence et l'incapacité n'emportent nullité de ces sociétés qu'à la condition d'atteindre tous les associés fondateurs (L. 235-1 du Code de commerce)<sup>15</sup> - ce qui confine la sanction aux cas d'école<sup>16</sup> de sociétés fondées par des mineurs ou des déments -. A suivre également strictement<sup>17</sup> le droit de l'Union Européenne<sup>18</sup>, ces sociétés mêmes frauduleuses - dont le but est illicite - ou fictives - dont le consentement-même des associés fait donc défaut-, échappent à la nullité<sup>19</sup>, bien que nos magistrats français puissent être réticents à s'y conformer<sup>20</sup>.

Par-delà cette chasse aux nullités, le législateur a du reste bridé l'action elle-même. D'une part, la prescription est de trois ans au lieu de cinq à compter du jour où la nullité est encourue<sup>21</sup>. D'autre part, la régularisation fait obstacle à son prononcé si bien que l'action est éteinte si la cause de nullité a cessé le jour où le juge statue sur le fond en première instance (article L. 235-3 du Code de commerce). Et d'ajouter que la nullité ne peut être prononcée moins de deux mois après la date de l'exploit introductif d'instance (article L. 235-4 al. 1 du Code de commerce), d'autant que le juge peut octroyer un délai pour y procéder. Et s'agissant des actions fondées sur un vice du consentement ou une incapacité, le législateur a même facilité cette régularisation *via* l'action interrogatoire (article 1844-12 du Code civil et article L. 235-6 du Code de commerce). Celle-ci permet de mettre en demeure celui qui engendre le risque de nullité de régulariser ou d'agir dans un délai de six mois, action que l'ordonnance 2016-131 du 10 février 2016 a par ailleurs généralisée à l'ensemble des contrats (article 1183 du Code civil). Dans la même veine, la société perpétuelle ou sans durée n'est ni nulle - comme cela devait l'être sous l'empire antérieur -, ni requalifiée en société à durée indéterminée - comme cela doit l'être désormais (article 1210 du Code civil) -, mais réduite à 99 ans, sa durée maximale légale au demeurant critiquée<sup>22</sup>. Partant, la nullité de la société est rarement prononcée et, même lorsqu'elle l'est, elle ne rétroagit pas

---

<sup>15</sup> Cette restriction ne s'applique évidemment pas aux cessions d'actions elles-mêmes pour lesquelles, même dans ces deux sociétés, le consentement vicié et l'incapacité du cessionnaire ou du cédant emportent nullité du contrat de cession.

<sup>16</sup> Sauf à considérer évidemment les cas de sociétés unipersonnelles (SASU et EURL) et bi-personnelles.

<sup>17</sup> CJCE, 13 novembre 1990, arrêt Marleasing, aff. C-106/89.

<sup>18</sup> Article 12 de la Directive 2009/101/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 septembre 2009. Chaque Etat membre peut supprimer telle ou telle cause de nullité, mais il ne peut en aucun cas en ajouter d'autres que celles mentionnées par la norme européenne.

<sup>19</sup> V. respectivement les articles 1128 et 1162 du Code civil sur l'exigence d'un consentement et d'un but licite à peine de nullité du contrat.

<sup>20</sup> Le principe général de droit *fraus omnia corrumpit* devrait au demeurant permettre, même dans ces sociétés-là, d'en prononcer la nullité en cas de fraude et de fictivité. Mais d'ajouter que la seule inopposabilité lui est souvent préférée par nos juridictions.

<sup>21</sup> Notons toutefois que, même si l'action en nullité est prescrite, l'exception de nullité est quant à elle perpétuelle par application du droit commun.

<sup>22</sup> V. R. Libchaber, « Réflexions sur les engagements perpétuels et la durée des sociétés », *Rev. soc.* 1995, p. 437, spéc. p. 455-456 ; C. Bloud-Rey, *Le terme dans le contrat*, PUAM, 2003, préf. P.-Y. Gautier, n° 117, p. 116 et s. et n° 344, p. 295.

comme cela devrait l'être normalement (article 1844-7, 3° du Code civil)<sup>23</sup>. Il n'y a semble-t-il guère que lorsque l'objet social, de surcroît statutaire<sup>24</sup>, s'avère illicite ou immoral – voire peut-être aussi indéterminé et impossible – que la nullité de la société, quelle qu'elle soit, emprunte littéralement le régime de droit commun. On conçoit cependant aisément que, hormis ce dernier cas, le rayonnement de la société, d'autant lorsqu'elle est personnifiée, empêche la nullité de jouer à la manière des autres contrats.

En revanche, en ce qui concerne les actes et délibérations, cette restriction des actions en nullité crée davantage de scepticisme. En effet, les articles 1844-10, alinéa 3 du Code civil et L. 235-1 du Code de commerce disposent que la nullité de ceux-ci ne peut résulter que d'une disposition impérative du présent titre ou de l'une des causes de nullité des contrats en général<sup>25</sup>. C'est dire que la violation des statuts, comme de tout autre texte d'ailleurs, n'est pas cause de nullité de la délibération sociale mais, tout au plus, de responsabilité de son auteur. Or, la force obligatoire du contrat (article 1103 du Code civil) commanderait d'en prononcer la nullité en sorte de garantir l'effectivité de la disposition violée. Pour autant, la radicalité de la sanction ne serait pas toujours propice à la bonne marche de la société, que l'on songe par exemple à la violation d'une règle statutaire venant simplement fixer le jour ou le lieu auquel doivent se tenir les réunions du conseil. Aussi n'est-il pas surprenant que la chambre commerciale de la Cour de cassation ait finalement décidé dans le respect de la lettre sociétaire de prescrire par surcroît la nullité de délibérations lorsque celles-ci sont prises en violation de dispositions des statuts ou du règlement intérieur aménageant conventionnellement une règle impérative<sup>26</sup>. Si l'on peut saluer cette solution compromise, celle-ci recèle quelque équivoque que les magistrats sont amenés à dissiper<sup>27</sup>.

## 2- Restriction des actions en résolution

A l'instar de l'article 1224 du Code civil, l'article 1844-7-5° du Code civil permet à un associé de solliciter la résiliation judiciaire du contrat de société en cas d'inexécution ou de mésentente paralysant la société. Mais alors que la disposition de droit commun autorise également un contractant dans les mêmes circonstances à y mettre fin unilatéralement, une telle faculté ne peut évidemment pas être offerte aux associés. D'une part, le contrôle en amont du juge est nécessaire pour vérifier la légitimité de la cause de disparition de la personne morale dont pâtiront de nombreux tiers. D'autre part, et à postuler que la dissolution est inéluctable, l'intervention *a priori* du juge est indispensable plus que dans tout autre contrat pour organiser ses conséquences non seulement dans les rapports entre associés mais surtout dans ceux avec les tiers.

---

<sup>23</sup> L'absence de rétroactivité induit en toute logique l'impossibilité pour les tiers d'invoquer la nullité pour se soustraire à leurs engagements.

<sup>24</sup> La CJCE a en effet précisé à l'occasion de l'arrêt *Marleasing* précité que la nullité ne pouvait pas résulter de l'activité effectivement poursuivie par la société.

<sup>25</sup> Et s'agissant des actes modificatifs des statuts, l'article L. 235-1 du Code de commerce se montre plus restrictif encore puisqu'il ne prévoit leur nullité qu'en cas de violation d'une disposition, non pas seulement impérative, mais expresse du présent livre.

<sup>26</sup> Cass. com., 18 mai 2010, n° 09-14.855. Cette solution a d'ailleurs été confirmée s'agissant des sociétés civiles, v. Cass. civ. 3°, 8 juillet 2015, n° 13-14.348.

<sup>27</sup> Qu'advient-il par exemple des dispositions laissant toute latitude aux statuts, si nombreuses dans la SAS ? *A priori*, elles semblent être exclues du champ du tempérament jurisprudentiel, assignant paradoxalement à la nullité une place moins importante que dans les sociétés plus institutionnelles.

En revanche, on peut s'étonner que cette résiliation unilatérale soit proscrite par les juges concernant le contrat d'apport lui-même, d'autant que la pérennité de la société peut en dépendre. Les associés sont autorisés à y procéder que s'ils l'ont préalablement prévu dans les statuts de telle sorte que la clause d'exclusion s'apparente alors à une clause résolutoire dont elle emprunte pour l'essentiel le régime<sup>28</sup>. Pire, les juges refusent eux-mêmes d'exclure un associé, d'office ou sur demande d'un ou plusieurs autres, dès lors que cette possibilité n'a pas été prévue expressément par une disposition conventionnelle ou légale<sup>29</sup>. Et pourtant, aucun obstacle ni théorique ni pratique n'entrave la reconnaissance d'un principe général d'exclusion judiciaire si bien que de nombreuses législations étrangères l'ont déjà admise<sup>30</sup>. Ni le droit de rester associé, ni l'absence de fondement légal exprès n'est en effet rédhibitoire à sa reconnaissance.

Mieux encore, parce que moins onéreuse et plus rapide, l'exclusion unilatérale de l'associé fautif par ses pairs-mêmes devrait pouvoir opérer dès lors qu'elle permet de soustraire la société d'une issue fatale. Certaines décisions semblent au demeurant abonder en ce sens<sup>31</sup>. Et le législateur l'a par ailleurs consacrée sous la forme de l'exécution en bourse<sup>32</sup> dans les sociétés par actions (article L. 228-27 du Code de commerce) et celles en construction (articles L. 211-3 et L. 212-3 du Code de la construction et de l'habitation) en cas d'inexécution de l'obligation d'apport. Le fondement de droit commun permettrait pourtant sa généralisation à toutes les sociétés et, surtout, à toute sorte d'obligation inaccomplie, à partir du moment où, en contrepartie, l'encadrement de ses modalités et le contrôle de sa mise œuvre sous l'égide du juge permettent de garantir la protection de l'exclu<sup>33</sup>.

## II- L'empreinte de la société sur les sanctions contractuelles

Paradoxalement, alors que la réforme du droit des contrats semble sonner le glas de sa relation avec la société, l'étude de ses dispositions nouvelles révèle que cette dernière est sciemment ou non à l'origine de certaines d'entre elles. La société s'impose comme Pygmalion. Insufflant plus de solidarisme (A) et de libéralisme (B), le contrat de société contribue à rationaliser les sanctions contractuelles.

---

<sup>28</sup> Le fondement du pouvoir disciplinaire peut néanmoins suppléer celui de la liberté contractuelle lorsque les conditions de la clause résolutoire ne sont pas remplies. Aussi les associés peuvent-ils se contenter d'inscrire un motif d'ordre général, lequel fera alors l'objet d'un contrôle judiciaire lors de sa mise en œuvre. C'est ainsi que toutes les obligations dérivées de la bonne foi, de l'équité ou de l'*affectio societatis* pourront être sanctionnées par l'exclusion sans avoir été au préalable mentionnées par les statuts.

<sup>29</sup> Cass. com., 12 mars 1996, n° 93-17.813.

<sup>30</sup> Tels les droits allemand, suisse, italien, espagnol, autrichien, hongrois, roumain, mexicain, chinois, japonais ou encore argentin.

<sup>31</sup> V. Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 4 janvier 1995, n° 92-20.005.

<sup>32</sup> M. Bernard, « Etudes sur l'exécution en bourse d'actions ou d'obligations non libérées », *Annales de droit commercial*, 1904, p. 145 ; C. Houpin, « De la nature de la clause d'exécution en bourse d'actions non libérées et de ses effets en cas de faillite de l'actionnaire défaillant », *Journ. soc.* 1931, p. 385 ; C. Houpin et Bouvieux, *Traité général des sociétés civiles et commerciales*, T. 1, Sirey, 7<sup>e</sup> éd., 1935, n° 423 ; M. Pallu, *De l'exécution en bourse pour non-versé sur des actions ou des obligations non libérées*, thèse Bordeaux, 1907, p. 94 ; A. Foncin, *De l'exécution en bourse des actions ou obligations non encore libérées*, thèse Dijon, 1907, p. 80.

<sup>33</sup> Pour une étude d'ensemble, V. ma thèse, *La force obligatoire du contrat de société, Contribution à l'étude des relations entre droit des contrats et droit des sociétés*, LGDJ, 2017, préf. A.-S. Barthez, n° 250 et s.

## **A- Un souffle de solidarisme contractuel**

L'ordonnance a introduit de nouvelles sanctions contractuelles symptomatiques d'une compréhension plus fraternelle du contrat à l'image de la société. L'idée fleurit en effet que, au nom d'un certain solidarisme, chaque partie au contrat est tenue de prendre en charge, tout au moins en considération, l'intérêt de l'autre en sorte de satisfaire, sinon l'intérêt, l'objectif contractuel commun. Il s'ensuit que le contractant qui n'a eu égard qu'à ses seuls intérêts lors de la formation (1) ou lors de l'exécution (2) a failli à son obligation de coopération et, à ce titre, doit endurer la réécriture judiciaire du contrat.

### **1- La sanction de l'obligation de coopération lors de la formation**

Parce que chaque partie est tenue de coopérer à la réalisation de l'objectif commun, l'une d'entre elles ne peut prendre l'ascendant sur l'autre pour lui imposer l'insertion de clauses qui conduit à lui ôter tout intérêt au contrat. C'est ainsi que, en matière sociétaire, l'article 1844-1 du Code civil prescrit la suppression de toute clause léonine dans le contrat de société, c'est-à-dire celle conduisant un associé à s'arroger tous les profits ou toutes les pertes ou, au contraire, à s'exonérer de toute perte ou de tout profit. Par analogie, et poursuivant l'œuvre de la jurisprudence Chronopost, le droit commun a consacré un nouvel article 1170 du Code civil habilitant le juge à réputer non-écrite toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur. Il va de soi qu'en adoptant une attitude incohérente, le débiteur ne collabore pas au succès de l'opération commune. Il ne s'agit donc pas, dans un cas comme dans l'autre, d'assujettir le contrat à la justice commutative comme distributive et d'aspirer à l'instauration d'une stricte proportionnalité des droits et obligations des parties. Il importe seulement de neutraliser toute clause ayant pour objet ou pour effet d'annihiler l'objectif contractuel commun que reflète la cause du contrat.

C'est du reste le même esprit qui anime le nouvel article 1171 du Code civil lequel, s'inspirant de la lettre consumériste, proscrie dans les contrats d'adhésion les clauses qui ont pour effet ou pour objet de créer un déséquilibre significatif, précisant aussitôt que l'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation. Il en résulte que, s'il n'est pas exclu que le contrat de société ou celui d'apport puisse être qualifié de contrat d'adhésion - au moins à l'égard de certains associés -, on voit mal comment cette disposition, comme la précédente d'ailleurs, peut trouver application en matière sociétaire sans opérer de redondance avec l'article 1844-1 du Code civil<sup>34</sup>.

### **2- La sanction de l'obligation de coopération lors de l'exécution**

C'est également à l'aune de cette coopération renforcée que l'immixtion du juge lors de l'exécution du contrat est désormais pleinement légitimée. Précisément, parce qu'un bouleversement imprévisible des circonstances rend excessivement onéreuse l'exécution des obligations d'un des contractants, l'autre est tenu de renégocier le contrat sous peine de subir le

---

<sup>34</sup> On peut néanmoins penser que cette disposition permettrait la remise en cause de clauses octroyant des prérogatives exorbitantes à certains associés notamment celles relatives aux droits de vote, de préférence, d'exclusion ou de retrait, v. J.-F. Hamelin, « Le contrat de société », in *Le droit des contrats et la réforme du droit des contrats, Actes Pratiques et Ingénierie Sociétaire* n° 147, Mai 2016, dossier 3, n° 27.

jou du juge (article 1195 du Code civil). Là retrouve-t-on l'idée solidariste véhiculée en matière sociétaire selon laquelle la partie en position de supériorité (les majoritaires) doit prendre en charge les intérêts de la partie en position d'infériorité (les minoritaires) pour satisfaire l'intérêt commun sur lequel repose le succès de l'opération contractuelle. De deux choses l'une désormais. Soit la renégociation se réalise et le juge ne franchit pas le seuil contractuel, soit la renégociation n'est pas entreprise ou n'aboutit pas dans un délai raisonnable et le créancier s'expose, sinon à la résiliation du contrat, à la réfaction judiciaire du contrat. Cette nouvelle disposition du droit commun aura-t-elle par ailleurs un succès en matière sociétaire ? Il est permis d'en douter car, si *a priori* cette dernière semblait trouver une utilité pour les cessions de droits sociaux qui s'inscrivent dans la durée - notamment ceux emportant cession du contrôle -, la loi de ratification n° 2018-287 du 20 avril 2018 est venue finalement ajouter que l'article 1195 du Code civil n'était pas applicable aux obligations qui résultent d'opérations sur les titres et les contrats financiers mentionnés aux I à III de l'article L. 211-1 du présent code (article L. 211-40-1 du Code monétaire et financier)<sup>35</sup>.

A partir du moment où l'on place la coopération au cœur de la vie contractuelle comme au cœur de la vie sociale, on peut également envisager la sanction de sa léthargie dès lors qu'elle rejait sur la pérennité du contrat. C'est ainsi que, en matière sociétaire, le législateur autorise le juge à mettre fin à la société sur demande d'un associé en cas de mésentente paralysant son fonctionnement (article 1844-7, 5° du Code civil). Ce n'est d'ailleurs pas une coïncidence si le législateur l'a consacrée comme cause générale de dissolution de la société aux côtés de l'inexécution d'une obligation. La mésentente n'est certes que le fruit d'une exécution défectueuse de l'*affectio societatis*, qui n'est lui-même qu'une déclinaison du devoir de coopération à la charge de tout contractant. Aussi cette disposition aurait-elle pu trouver écho en droit commun à l'occasion de sa réforme, d'autant que la Cour de cassation semblait en dévoiler les prémices. Elle avait en effet confirmé une décision d'appel laquelle, pour prononcer la résiliation d'un bail à métayage, s'était fondée sur la mésintelligence des parties rendant impossible la poursuite des relations contractuelles<sup>36</sup>. Encore que, au final, s'apparentant à une résiliation pour faute, l'article 1224 du Code civil (anciennement article 1184 du Code civil) permet déjà de l'inclure, comme l'invitait du reste à le faire la décision en cause.

## B- Un souffle de libéralisme contractuel

Alors qu'en 1804 le contrat se démarquait de la société par sa brièveté congénitale, l'idée a germé dans l'esprit du législateur que celui-ci pouvait lui aussi s'inscrire dans la durée et subir les affres du temps<sup>37</sup>. Aussi, pour satisfaire cette nouvelle aspiration de pérennité contractuelle,

---

<sup>35</sup> Et même avant la loi de ratification son importance était déjà à relativiser dès lors que les parties prenaient soin d'anticiper l'imprévision par l'insertion de « Mac clause » qui réserve au cessionnaire la possibilité de ne pas achever la fusion ou l'acquisition convenue ou d'en renégocier justement les conditions en cas de changement des circonstances. V. M. Buchberger, « Le contenu du contrat », in *Le droit des contrats et la réforme du droit des contrats, Actes Pratiques et Ingénierie Sociétaire* n° 147, Mai 2016, dossier 3, n° 265 et s.

<sup>36</sup> Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 29 avril 1987, n° 84-17.021. La solution a cependant été diversement appréciée en doctrine, v. not. F. Chénéde, *Les commutations en droit privé, Contribution à la théorie générale des obligations*, Economica, 2008, préf. A. Ghozi, n° 321-322, p. 302-303 ; S. Lequette, *Le contrat-coopération, Contribution à la théorie générale du contrat*, Economica, 2012, préf. Cl. Brenner, n° 85, p. 69 et s., spéc. n° 534, p. 443 ; A. Sériaux, « La notion de contrat synallagmatique », in *Mél. J. Ghestin, Le contrat au début du XXI<sup>e</sup> siècle*, LGDJ, 2001, p. 777, spéc. p. 788 ; J. Mestre, obs. sous Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 29 avril 1987, *RTD civ.* 1988, p. 536.

<sup>37</sup> I. R. MacNeil, *The Nex social Social Contract. An Inquiry into Modern Contractual Relations*, Yale University Press, 1980 ; H. Bouthinon-Dumas, « Les contrats relationnels et la théorie de l'imprévision », *RIDE* 2001, p. 339 ;

l'ordonnance a-t-elle accordé, à l'instar de la société, davantage de liberté aux parties pour façonner de manière évolutive son contenu obligationnel. Il s'ensuit que la sanction n'intervient plus en amont pour contenu contractuel indéterminé mais en aval en cas d'abus dans l'exercice de ce pouvoir modificatif unilatéral (1) et conduit naturellement à un changement de sa nature (2).

### **1- D'une sanction *a priori* à une sanction *a posteriori***

Si le prix devait traditionnellement être déterminé *ab initio* à peine de nullité du contrat, cet élément peut désormais faire l'objet d'une fixation unilatérale ultérieure s'agissant de contrats dont sa détermination bilatérale lors de la formation s'avère impossible en raison soit de la durée (contrats-cadre) soit de la nature même des obligations à accomplir (prestations de service)<sup>38</sup>. L'unilatéralisme est consubstantiel à la réalisation de ces contrats comme à celui de la société. De la même manière qu'on habilite une fraction d'associés – les majoritaires – à modifier les statuts de la société au cours de son fonctionnement<sup>39</sup>, une partie – le créancier – peut fixer seul le prix de son obligation pour garantir l'efficacité durable du contrat. On comprend alors aussitôt les dangers de ce pouvoir unilatéral modificatif : à la merci de leur(s) cocontractant(s), minoritaires et débiteur courent le risque d'un sacrifice de leurs intérêts. Aussi ce pouvoir exorbitant n'est-il légitimé qu'autant que le contractant n'en fait pas un usage abusif, dans un cas comme dans l'autre. C'est au juge *a posteriori* de veiller au grain. Les dispositions de droit commun précisent au demeurant que le créancier doit pouvoir en motiver le montant. Partant, la sanction ne frappe plus ni en amont ni de manière certaine, mais en aval et sous certaines conditions qu'il convient de déterminer.

A bien y regarder, l'analogie avec la société semble opérer, du moins partiellement. En matière sociétaire et de jurisprudence constante, l'abus est retenu lorsque la décision est prise délibérément dans l'unique dessein de favoriser les majoritaires. Et en matière contractuelle - et si le législateur est également resté muet - il ressort de certaines décisions antérieures que l'abus résulte là encore de la non-prise en considération des intérêts de son cocontractant, même si les juges l'apprécient le plus souvent restrictivement<sup>40</sup>. C'est affirmer que le majoritaire et le créancier qui méprisent les intérêts respectivement des minoritaires et du débiteur agissent en violation de leur obligation de coopération et doivent ce faisant être sanctionnés. Et réciproquement, d'ailleurs, de sanctionner les minoritaires qui n'ont égard qu'à leurs seuls intérêts en empêchant la prise de décision essentielle<sup>41</sup>. De là à sanctionner par analogie le débiteur qui refuse de verser le prix jugé raisonnable, il n'y a semble-t-il qu'un pas à franchir... Mais si l'atteinte à l'intérêt commun conditionne l'abus dans un cas comme dans l'autre, elle ne

---

H. Muir Watt, « Du contrat relationnel, Réponse à François Ost », in *La relativité du contrat, Travaux de l'Association Henri Capitant*, LGDJ, 1999, p. 169.

<sup>38</sup> V. respectivement les articles 1164 et 1165 du Code civil qui consacrent la jurisprudence antérieure, à cela près que le principe d'indétermination du prix se trouve renversé, v. article 1163 du Code civil.

<sup>39</sup> Dans les sociétés de capitaux, il n'y a plus que les décisions emportant augmentation des engagements des associés (interprétés extensivement) qui nécessitent l'unanimité des associés à peine de nullité de la délibération. L'Ordonnance n° 59-123 du 7 janvier 1959 a en effet admis que la nationalité puisse aussi sous conditions être modifiée par l'assemblée générale extraordinaire dans ces sociétés.

<sup>40</sup> Pour une appréciation extensive, v. cep. Cass. com., 15 janvier 2002, pourvoi n° 99-21.172 et Cass. Com., 4 novembre 2014, n° 11-14.026.

<sup>41</sup> Si la jurisprudence a transposé les critères de l'abus de majorité pour définir l'abus de minorité, il n'en demeure pas moins que la contrariété à l'intérêt social est appréciée plus rigoureusement encore par la jurisprudence, l'abus n'étant retenu que si le vote négatif menace la survie de la société.

constitue jamais un critère déterminant, tant s'en faut. En matière sociétaire, à la rupture d'égalité s'adjoint de surcroît la preuve de la contrariété à l'intérêt social dont l'appréhension rigoureuse raréfie la sanction. Et en matière contractuelle, la Cour de cassation a requis, outre la négation de l'intérêt du débiteur, la preuve de l'impossibilité de se soustraire au prix fixé unilatéralement<sup>42</sup> qui restreint considérablement son champ. La sanction judiciaire repose donc sur le cumul respectif de ces conditions.

## 2- La nature de la sanction

En matière sociétaire, et de jurisprudence constante, l'abus commis par les majoritaires est sanctionné par l'octroi de dommages-intérêts aux minoritaires dont classiquement le montant est proportionnel au préjudice subi et/ou par la nullité de la décision litigieuse bien que celle-ci ne soit pourtant pas visée par le texte sociétaire. De même, en matière contractuelle, les articles 1164 et 1165 du Code civil prévoient en ce cas l'allocation de dommages-intérêts au débiteur équivalant en toute logique<sup>43</sup> au montant jugé excédentaire. Mais également, et si la seconde sanction sociétaire ne peut lui être transposée, la résiliation du contrat<sup>44</sup> - et non plus sa nullité - peut être prononcée « le cas échéant »<sup>45</sup> par le juge. En revanche, et contrairement à ce que prévoyait le projet de réforme, il n'est finalement pas loisible au juge de réviser lui-même le prix<sup>46</sup>. On retrouve là de toute évidence la même réticence dont fait l'objet le jugement valant acte en matière d'abus de minorité tenant à permettre au juge son immixtion dans la sphère contractuelle.

Bee Receveur,  
Maître de conférences, Droit privé, Université Toulouse Jean Jaurès  
Membre de l'IDP Toulouse Capitole

---

<sup>42</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 30 juin 2004, n° 01-00.475.

<sup>43</sup> V. *Contra* : G. Chantepie et M. Latina, *La réforme du droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Dalloz, 2016, n° 421.

<sup>44</sup> L'ordonnance ne prévoyait cette possibilité de résiliation que pour les contrats-cadre, laquelle a finalement été étendue par la loi de ratification aux prestations de service.

<sup>45</sup> La formule recèle quelque ambiguïté : se réfère-t-elle par ellipses à l'article 1224 du Code civil ?

<sup>46</sup> Cette restriction est pour le moins étonnante au regard de l'article 1195 du Code civil qui lui donne un tel pouvoir de révision en cas d'imprévision.