

Les incidences de la réforme du droit des obligations sur le droit des sociétés : rupture ou continuité ?
(1^{re} partie – Le contrat)

Mustapha Mekki
Agrégé des Facultés de droit
Professeur à l'Université Paris 13 – Sorbonne Paris Cité
Directeur de l'I.R.D.A.

Le droit des contrats, matrice du droit des sociétés – L'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général des obligations et de la preuve constitue pour l'essentiel une codification à droit constant¹. L'ordonnance est définitivement entrée dans le paysage juridique français depuis qu'un projet de loi de ratification a été déposé au bureau de l'Assemblée nationale le 6 juillet 2016. La future loi de ratification n'a pas besoin d'être votée dans un délai déterminé mais la ratification devra nécessairement être opérée de manière expresse (Constitution art. 38, al. 2). En attendant, l'ordonnance jusqu'à sa ratification et à partir du 1^{er} octobre 2016 aura valeur réglementaire et le contrôle de légalité et de constitutionnalité des dispositions sera de la compétence du juge administratif (CE 17-12-1999 n° 208623). Il est peu probable que la loi de ratification modifie substantiellement le contenu de l'ordonnance, malgré le souhait formulé par certains auteurs².

Cette codification essentiellement à droit constant ne doit pas amener à en négliger la portée. D'abord, parce que toute codification comporte une part de création et n'est jamais la réplique exacte des acquis jurisprudentiels. Ensuite et surtout, parce que l'ordonnance comporte quelques innovations majeures aux différentes étapes fondamentales du processus contractuel³. L'importance de cette réforme ne réside pas seulement dans le fait d'avoir touché au symbole du Code civil français qu'est le Titre III du Livre III, mais surtout d'avoir modifié un droit qui est souvent présenté comme la matrice de toutes les autres branches du droit. Réformer le droit des obligations, c'est modifier le socle commun à de nombreuses activités économiques. La réforme du droit des obligations a ainsi des incidences directes ou indirectes sur le droit des assurances⁴, le droit d'auteur⁵, le droit de la propriété industrielle⁶, le droit de la distribution⁷, le droit du travail⁸,

¹ J.-B. Seube (dir.), *Pratiques contractuelles*. Ce que change la réforme du droit des obligations, éditions législatives, 2016 ; G. Chantepie et M. Latina, *La réforme du droit des obligations*. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil, Dalloz 2016 ; B. Mercadal, *Réforme du droit des contrats*, Dossier pratiques, éditions Francis Lefebvre, 2016.

² C. Grimaldi, « En attendant la loi de ratification... » : D., 2016 p. 606.

³ Pour une vue d'ensemble, J. Mestre, *Petit abécédaire de la réforme des contrats et des obligations*, RLDC, avril 2016, n° 136, p. 16 et s. et mai 2016, n° 137, p. 13 et s. ; M. Mekki, *L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, D. 2016, p. 494 ; du même auteur, *L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, D. 2016, p. 608.

⁴ J. Bigot, *L'ordonnance portant réforme du droit des contrats, des obligations et de leur preuve et le contrat d'assurance*, JCP (G), n° 28, 11 juillet 2016, doctr. 833.

⁵ M. Guillemain, *La réforme du droit des contrats et le droit d'auteur*, JCP (E), n° 24, 16 juin 2016 ; C. Maréchal, *L'incidence de la réforme du droit des contrats sur les contrats d'exploitation des droits d'auteur*, CCC n° 6, juin 2016, étude 11.

⁶ J. Raynard, *De l'influence de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats sur la négociation des accords industriels*, *Propriété industrielle*, n° 5, mai 2016, alerte 36.

⁷ A. Riera, *La réforme du droit des contrats : l'impact sur la franchise*, AJ Contrats d'affaires - Concurrence – Distribution, 2016, p. 20,

⁸ G. Loiseau, *Le contrat de travail dans la réforme du droit des contrats*, JCP (G), n° 22, 30 mai 2016, 602.

le droit bancaire⁹ et, bien entendu, le droit des sociétés¹⁰. S'agissant de ce dernier, la réforme du droit des obligations oblige les experts à revisiter le contentieux et à revoir leur technique contractuelle¹¹. Le phénomène de contractualisation du droit des sociétés intensifie l'importance de la réforme du droit des obligations en ce domaine¹². Le contrat intervient en la matière à la fois comme un instrument d'organisation et comme un instrument d'aménagement de la condition d'associé. Dans ce dernier cas, le contrat permet d'aménager son statut et sert de matrice au transfert des droits sociaux. Le contrat est perçu comme un instrument, un outil au service de la société et de ses associés¹³. Le droit des sociétés est devenu le terreau d'une véritable ingénierie contractuelle. Si le contrat de société, entre la personne morale constituée et les associés, subira peu les effets de la réforme, il en va différemment des contrats de cession de droits sociaux¹⁴ et des pactes extra-statutaires.

L'esprit de l'ordonnance du 10 février 2016 – L'ordonnance du 10 février 2016 n'instaure pas un droit plus libéral ou plus solidariste que le droit actuel des obligations. En revanche, elle conforte plusieurs tendances fortes¹⁵. La première est sa volonté de promouvoir une plus grande justice contractuelle tant au stade de la formation qu'au stade de l'exécution du contrat. En revanche, c'est une justice contractuelle qui doit se faire en priorité hors le juge. Ce dernier doit se concentrer sur les cas les plus difficiles¹⁶. La deuxième est une forte « américanisation » du droit des contrats. Les parties sont invitées à conclure un contrat sur mesure en multipliant les clauses contractuelles entraînant une enflure de son contenu¹⁷. Devant la menace d'un juge disposant d'un arsenal plus important qu'autrefois, composé notamment de standards juridiques lui conférant une plus grande marge de manœuvre, les parties doivent définir, expliquer, justifier, contextualiser leurs clauses contractuelles. Le droit des sociétés est directement concerné car les clauses et les montages contractuels y sont nombreux et seront bientôt sous la haute surveillance d'un juge qui dispose d'une importante boîte à outils. Une troisième tendance est la place que le législateur entend attribuer à l'efficacité économique qui se traduit notamment par la primauté accordée à la liberté contractuelle et par l'accroissement des prérogatives unilatérales conférées aux parties.

Une trilogie : Le contrat, les clauses et les obligations – Le nouveau droit des obligations a été simplifié dans sa présentation, le contrat étant appréhendé de manière chronologique :

⁹ J. Lasserre Capdeville, Conséquences de la réforme du droit des obligations sur le droit bancaire. Etude prospective, JCP (E), n° 29 21 juillet 2016, 1434.

¹⁰ Pour une vue d'ensemble, Th. Massart (dir.), Dossier, Droit des sociétés et réforme du droit des contrats, Actes pratiques et ingénierie sociétaire, mai-juin 2016.

¹¹ Le droit des sociétés est ici entendu au sens le plus large. Il s'agit des hypothèses se rapportant au contrat de société mais également et surtout les opérations d'acquisition et les pactes extra-statutaires. Dans une moindre mesure, le droit des procédures collectives n'est pas sans incidence sur la portée des nouvelles dispositions.

¹² V. spécialement, Y. Guyon, Traité des contrats. Les sociétés, Aménagements statutaires et conventions entre associés, 5^{ème} éd., LGDJ, 2002, spéc. 9 et s., p. 23 et s. ; J.-P. Bertrel, Liberté contractuelle et sociétés, RTD com., 1996, p. 595 ; J. Mestre, La société est bien encore un contrat..., Mélanges Chr. Mouly, Litec, 1998, Tome 2, p. 131. Adde, M.-C. Monsallier, L'aménagement contractuel du fonctionnement de la société anonyme, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, tome 303, 1998.

¹³ Sur cette instrumentalisation du droit des contrats, R. Libchaber, La société, contrat spécial, Mélanges Ph. Jeantin, Dalloz, 1998, p. 281 et s.

¹⁴ R. Mortier, Impacts de la réforme du droit des contrats sur les cessions de droits sociaux, Droit des sociétés n° 4, Avril 2016, comm. 52. Adde, A. Couret et A. Reygrobellet, Le projet de réforme du droit des obligations : incidences sur le régime des cessions de droits sociaux : Bull. Joly Sociétés 2015, n° 5.

¹⁵ H. Barbier, Les grands mouvements du droit commun des contrats après l'ordonnance du 10 février 2016 : RTD civ. 2016 p. 247.

¹⁶ Sur ce point, M. Mekki, La réforme du droit des contrats et le monde des affaires : une nouvelle version du principe *comply or explain* !, Gazette du Palais, 5 janvier 2016, n° 1. Adde, L. Aynès, Le juge et le contrat : nouveaux rôles ?, in Réforme du droit des contrats : quelles innovations ?, RDC, numéro hors série, n° 4, 2016.

¹⁷ M. Mekki, Les contrats préparatoires - principes et clauses contractuelles : JCP N 2016 n° 1112.

naissance, vie et mort du contrat. Suivent alors les règles relatives au régime des obligations. A vrai dire et de manière plus prononcée que dans le Code civil actuel, le droit des obligations se compose aujourd'hui de trois axes principaux : le contrat, abordé en tant que tel à travers sa formation, ses effets et son extinction, les clauses contractuelles, soumises à une véritable police judiciaire, et les obligations, confirmant que le lien d'obligation est aussi un bien qui circule. Contrat, clauses et obligations sont les trois piliers de ce nouveau droit des obligations. Cette trilogie est une grille de lecture très instructive de la réforme et permet de mettre en lumière toutes les incidences directes et indirectes qu'elle peut avoir sur le droit des sociétés.

Aussi cette étude se propose-t-elle d'aborder les trois lieux de rencontre du droit des obligations et du droit des sociétés : le contrat (I), les clauses (II) et les obligations (III).

I. Les contrats

Le nouveau droit des contrats réalise, selon la loi d'habilitation, une conciliation entre la nécessaire justice contractuelle et l'impératif d'efficacité économique. La définition du contrat figurant à l'article 1101 du Code civil nouveau n'appréhende cependant pas la singularité du contrat de société. A la différence du projet de 2015, qui définissait le contrat comme un accord de volontés produisant des effets de droit¹⁸, l'ordonnance du 10 février 2016 préfère revenir à la distinction entre contrat et convention. Le contrat est « *un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations* ». Le lien est ainsi rétabli entre contrat et obligation, entre contrat et échange, ce que l'on peut regretter¹⁹. Cette définition néglige tout un pan du droit des contrats qui est celui des contrats qui s'inscrivent dans la durée, créent un lien contractuel et organisent une relation qui va bien au-delà de la création, modification, transmission ou extinction des obligations ; qui va bien au-delà de l'organisation d'une simple permutation conciliant les intérêts contraires des parties²⁰. La théorie doctrinale est pourtant riche sur ce point qui qualifie ce phénomène contractuel de contrat-alliance²¹, contrat-organisation²², contrat-coopération²³... Ce modèle de contrat aurait ainsi répondu clairement au contrat de société, archétype du contrat-alliance²⁴. Malgré cela, les nouvelles dispositions de l'ordonnance du 10 février 2016 ne sont pas sans incidences directes et indirectes sur le droit des sociétés. Elles concernent la procédure contractuelle (A), la validité du contrat (B) et ses effets (C).

A. La procédure contractuelle et le droit des sociétés

La prise de contrôle d'une société est un terreau de la *punctation*. L'acquisition se fait par étapes successives. Cette inscription dans la durée est désormais prise en compte par le nouveau droit des contrats qui consolide une grande partie des acquis jurisprudentiels. Deux situations peuvent être distinguées : l'échange des consentements et la conclusion de contrats préparatoires.

¹⁸ J.-Fr. Hamelin, J.-F. Hamelin, Les classifications du contrat, in *Projet de réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, Analyses et propositions, dir. M. Latina et G. Chantepeie : Dalloz 2015, p. 5 et s.

¹⁹ Sur la notion plus large de contrat d'intérêt commun, S. Lequette, *Réforme du droit commun des contrats et contrats d'intérêt commun*, D. 2016, p. 1148 et s.

²⁰ Sur ce modèle de contrat-échange, P. Didier, *Brèves notes sur le contrat-organisation*, in *L'avenir du droit*, Mélanges Fr. Terré, Dalloz, PUF, Jurisclasseur, 1999, p. 636.

²¹ J.-Fr. Hamelin, *Le contrat-alliance*, *Economica*, 2013.

²² P. Didier, *op. cit.*

²³ S. Lequette, *Le contrat-coopération, contribution à la théorie générale du contrat*, *Economica*, 2012.

²⁴ En ce sens, J.-Fr. Hamelin, *Le contrat de société et les pactes d'actionnaires*, *Droit des sociétés et réforme du droit des contrats, Actes pratiques et ingénierie sociétaire*, mai-juin 2016, p. 7, spéc. n° 8 et 9.

1. L'échange des consentements

La période dite précontractuelle fait son entrée dans le Code civil. Même si elle ne modifie en rien l'état du droit positif, elle mérite une attention particulière en droit des sociétés. A ce stade, notamment, une obligation précontractuelle d'information ambiguë doit attirer l'attention des spécialistes de la matière.

La période précontractuelle (art. 1111 et 1112) – La prise de contrôle d'une société est rarement l'objet d'une convention sèche. Les pourparlers, qui prennent souvent la forme de *data rooms*, font partie des opérations d'acquisition. La négociation précède le processus de *signing* qui est suivi de la période de *closing*. Les principes qui régissent la période des pourparlers sont bien connus des spécialistes des fusions-acquisitions. Les articles 1111 et 1112 du Code civil nouveau ne devraient opérer aucun changement : la rupture des pourparlers n'est pas en elle-même fautive. Seules les circonstances de la rupture peuvent l'être. Dans ce cas, la victime ne peut tout de même pas obtenir réparation de la perte d'une chance de tirer profit du contrat qui n'a pas été conclu. Tout le monde aura reconnu l'affaire « Manoukian »²⁵. En revanche, la conciliation du droit codifié et de la pratique des affaires oblige parfois à quelques adaptations. Prenons, par exemple, l'article 1112-2 C. civ. nouv. qui dispose que « *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* ». La divulgation d'une information confidentielle en violation d'un accord de confidentialité, ce qui est assez fréquent, il s'agit des non-disclosure agreements (NDA), fera-t-elle naître une responsabilité de nature contractuelle ou le fondement légal qui prévoit une responsabilité « *dans les conditions du droit commun* » s'entend-il d'une responsabilité extracontractuelle ?

L'obligation précontractuelle d'information (art. 1112-1) – Surtout, le législateur consacre au stade de la période précontractuelle une obligation d'information que les « *parties ne peuvent ni limiter, ni exclure* » (al. 5)²⁶. Selon l'alinéa 1^{er} « *Celle des parties qui connaît une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, légitimement, cette dernière ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant* ». L'information déterminante est celle qui a « *un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties* ». La preuve de l'existence de cette obligation pèse sur le créancier et celle de son exécution sur le débiteur. Elle est censée ne pas porter sur « *l'estimation de la valeur de la prestation* ». Quelle est l'incidence de cet article sur le droit des sociétés ?

Complémentarité entre les « clauses de déclaration » et l'obligation précontractuelle d'information – De nouveau, les opérations de cession de droits sociaux sont les premières concernées. La pratique exige déjà des parties une information sur ce que l'une des parties sait et sur ce que l'autre partie souhaite. Cet échange d'informations prend actuellement la forme de « *clauses de déclaration* », « *clauses ou lettres de révélation* » (*disclosure letter*)²⁷. Une information incomplète ou inexacte pourrait engager la responsabilité extracontractuelle de son auteur voire entraîner la nullité si l'intention de tromper est établie. Le nouvel article 1112-1 C. civ. va seulement intensifier le mouvement et conforter l'importance des clauses de déclaration. En effet, l'obligation légale d'information n'existe que si le débiteur en a connaissance, s'il connaît son

²⁵ Cass. com., 26 nov. 2003, n° 00-10.243 et 00-10.949, Bull. civ. III, n° 186.

²⁶ Est-ce qu'une clause par laquelle le cédant stipule que le cessionnaire fait son affaire personnelle de l'état du bien vendu est encore valable aujourd'hui ? Est-ce que demander à l'acquéreur de procéder lui-même à l'ensemble des audits de la société en se déchargeant de toute recherche de l'information est encore valable à l'aune de cet alinéa 5 ?

²⁷ Sur ces clauses contractuelles, M. Lamoureux, L'aménagement des pouvoirs du juge par les contractants, Recherche sur un possible imperium des contractants, PUAM, 2006, spéc. n° 201 et s., p. 204 et s. . Adde, M. Mekki, La gestion contractuelle du risque de la preuve, RDC, 2009, p. 453 et s.

caractère déterminant pour le cocontractant et si son cocontractant peut se prévaloir d'une ignorance légitime ou d'un lien de confiance justifiant qu'il ne se soit pas informé par ses propres soins. Est déterminant selon la loi ce qui est en lien direct et nécessaire avec le contenu ou la qualité des parties. Dans le cadre d'une cession de droits sociaux, tout va dépendre des objectifs poursuivis : s'agit-il d'un cessionnaire bailleur de fonds, simple investisseur, ou s'agit-il pour le cessionnaire de prendre le contrôle de la société ? Ce qui est déterminant variera en conséquence. C'est ici que l'on perçoit la complémentarité entre la pratique des clauses de déclaration et la nouvelle obligation précontractuelle d'information. La preuve du manquement peut être relativement difficile à établir. Il faut à celui qui s'en dit créancier prouver la connaissance par le débiteur de l'existence de l'information, de son caractère déterminant et de son ignorance légitime. Les clauses de déclaration devraient faciliter la preuve à la fois de l'existence de l'obligation d'information et de son ignorance légitime par le cocontractant. Par ces clauses, l'acquéreur reconnaît souvent avoir reçu les informations sincères et fidèles sur l'objet du contrat et précise ce qui est pour lui déterminant. Ces déclarations peuvent figurer soit dans un Préambule, qui nécessairement sera plus riche qu'auparavant, soit dans une lettre d'intention permettant de délimiter les contours du futur engagement²⁸. Ainsi si on ne peut exclure ou limiter l'obligation d'information, en revanche les parties peuvent préciser au sein de la convention ce qui est pour elles déterminant²⁹.

Obligation précontractuelle d'information et *due diligence* du cessionnaire – En outre, cette *due diligence* du cocontractant, qui se devine derrière les termes de l'article 1112-1 C. civ. nouveau, devrait inciter les cessionnaires de droits sociaux, demain plus qu'aujourd'hui, à se renseigner par eux-mêmes sur l'état de l'entreprise en sollicitant un audit (financier, social, fiscal et environnemental)³⁰. Cependant, cette disposition qui semble imposer une obligation de se renseigner est difficilement conciliable avec l'article 1139 qui précise, sans distinguer entre le dol et la réticence dolosive, que l'erreur causée par un dol est toujours excusable³¹ ! Dans le doute, il faut encourager les parties à faire preuve de curiosité.

Obligation d'information sur la valeur des titres acquis : rupture ou continuité ? – La disposition la plus sensible en droit des sociétés réside à l'alinéa 2 de l'article 1112-1 C. civ. nouv. qui précise en substance qu'il n'y a pas d'obligation d'information sur la valeur de la prestation, consolidant en apparence les acquis jurisprudentiels³². Cette précision est déterminante pour les cessions de droits sociaux. On sait qu'une distinction est opérée selon la qualité du cessionnaire. D'un côté, se trouvent les dirigeants, tenus d'un devoir fiduciaire, qui doivent informer les cédants de la valeur des droits cédés et/ou de l'existence de négociations parallèles³³. De l'autre, les tiers et les actionnaires cessionnaires ne sont pas tenus d'informer les cédants de la valeur des

²⁸ A. Sorensen et J.-M. Reversac, Cession d'entreprise : points-clés de la négociation et de la rédaction de la lettre d'intention (letter of intent, memorandum of understanding (MOU)), JCP (E), 2002, 1184.

²⁹ V. J.-J. Ansault, Réforme du droit des contrats . - Premières réflexions sur les évolutions des opérations de fusion-acquisition, JCP (E), n° 21, 26 mai 2016, 1307.

³⁰ Sur cette *due diligence* attendue des cessionnaires, v. not. Cass. com., 12 avril 2016, n° 14-19200. V. déjà, Dans le même sens, CA Paris, 15e ch. sect. A., 9 avr. 1986 : JCP E 1986, II, 15823.

³¹ Sur cette problématique v. déjà, M. Caffin-Moi, Cession de droits sociaux et droit des contrats, thèse dactyl. Paris 2, spéc. p. 81 et s.

³² Cass. 1^{re} civ., 3 mai 2000, n° 98-11381 (vente de photographies Baldus) ; Cass. 3^{ème} civ., 17 janvier 2007, n° 06-10442 (vente d'un bien immobilier). Sur les ambivalences de la notion de valeur en droit des sociétés, v. Th. Massart, L'obligation générale d'information, in Le droit des sociétés et la réforme du droit des contrats, op. cit., p. 39 et s., n° 159 et s., spéc. 172 et s.

³³ Cass. com., 27 févr. 1996, n° 94-11.241, Bull. civ. IV, n° 65 ; Cass. com., 12 mars 2013, n° 12-11.970. Pour une étude d'ensemble, L. Godon, Précisions quant au fondement juridique du devoir de loyauté du dirigeant social envers les associés : Rev. sociétés 2005, p. 140. Au-delà de la seule cession, le dirigeant est tenu d'un devoir de loyauté au profit de l'actionnaire et de la société, Cass. com., 5 juil. 2016, n° 14-23904.

droits vendus ou de l'existence de négociations parallèles³⁴. Ce découpage ne devrait pas être remis en cause par l'article 1112-1 qui, *a priori*, entérine l'acquis jurisprudentiel. Cependant, la combinaison de cette disposition avec les articles 1137 al. 2 et 1139 C. civ. nouv. sur la réticence dolosive pose question. En effet, l'article 1137 al. 2 dispose que « *Constitue également un dol la dissimulation intentionnelle par l'un des contractants d'une information dont il sait le caractère déterminant pour l'autre partie* ». L'article 1139 ajoute que « *L'erreur qui résulte d'un dol est toujours excusable ; elle est une cause de nullité alors même qu'elle porterait sur la valeur de la prestation ou sur un simple motif du contrat* ». Mis en perspective avec l'article 1112-1, il semblerait que le silence gardé sur la valeur du bien vendu dans l'intention de tromper, déterminante pour l'une des parties, pourrait relever de la réticence dolosive. En effet, la réticence dolosive est déconnectée de toute obligation préalable d'information. Quand bien même l'article 1112-1 exclurait toute obligation d'information sur la valeur, ce silence pourrait tout de même être analysé comme un manque de loyauté et être sanctionné sur le fondement de la réticence dolosive. Cette interprétation est d'autant plus probable que le rapport remis au président de la République fait observer que « *à l'inverse, le texte fait le choix de ne pas subordonner la réticence dolosive à l'existence d'un devoir d'information, conformément à une conception plus solidaire du contrat qui met l'accent sur la sanction de l'intention de tromper (l'erreur provoquée étant toujours excusable)* ». Le rapport ajoute que « *la réticence dolosive est consacrée (art. 1137 al. 2), sans toutefois la subordonner à l'existence d'une obligation d'information par ailleurs consacrée à l'article 1112-1, le texte mettant l'accent sur l'intention de tromper* ». Cette incertitude est lourde de conséquences en droit des sociétés car elle menace la validité de nombreuses cessions de droits sociaux entre actionnaires ! En laissant de côté le rapport, dont la valeur normative est tout de même limitée, et en faisant prévaloir l'esprit sur la lettre, seul le manquement à une obligation préalable d'information devrait pouvoir donner lieu à la nullité pour réticence dolosive. L'absence d'obligation d'information sur la valeur devrait exclure toute nullité sur ce fondement. Gageons que cette interprétation raisonnable aie la faveur des juges.

2. Contrats préparatoires

Contrats préparatoires, actes courants du droit des sociétés – Les contrats préparatoires sont des actes courants dans le processus contractuel d'acquisition de titres³⁵ et dans les aménagements conventionnels extrastatutaires. Deux contrats sont spécialement visés par l'ordonnance du 10 février 2016 : le pacte de préférence et la promesse unilatérale de contrat. Quelques mots s'imposent également sur la promesse de porte-fort traitée au stade des effets du contrat.

Le pacte de préférence : une définition compréhensive – L'article 1123 fait entrer le pacte de préférence au sein du Code civil. Cet « avant-avant-contrat » est un outil très usité en droit des sociétés³⁶. Un droit de priorité peut ainsi être accordé à un ou plusieurs associés. Ce droit de priorité peut prendre la forme d'une « clause de préemption » qui est censée jouer dès lors qu'un projet de cession est déjà formalisé. Ce droit de priorité peut également prendre la forme d'un « droit de premier refus » obligeant le promettant à notifier une offre au bénéficiaire avant tout projet, dès qu'il a la volonté de céder. L'article 1123 al. 1 propose une définition, perfectible, du pacte de préférence. Quoiqu'il en soit la généralité des termes choisis permet d'embrasser toutes les formes connues de droit de priorité utilisées en droit des sociétés.

³⁴ CA Paris, 1^{er} juin 2010, n° 08-6286 ; CA Paris 29 mai 2008, n° 06-19015 ; CA Paris 15 juin 2010, n° 09-20695.

³⁵ E. Schlumberger, *Les contrats préparatoires à l'acquisition de droits sociaux*, Dalloz, 2013 ; D. Gallois-Cochet, Réforme du droit des contrats, pactes de préférence et promesses unilatérales, *Droit des sociétés* n° 4, Avril 2016, repère 4.

³⁶ Y. Chartier, les clauses de préférence et de préemption en cas de cession à des tiers, *RJ com.*, nov. 1990, n° spécial, p. 77 et s.

Le prix et la durée – Ni le prix ni la durée ne sont érigés en conditions de validité. La jurisprudence actuelle est donc toujours applicable³⁷. Cependant, à l'occasion des cessions de droits sociaux, ces éléments méritent d'être encadrés. Le pacte de préférence devrait ainsi énoncer que le prix sera fixé par un tiers évaluateur conformément à l'article 1592 du Code civil ou à l'article 1843-4 C. civ., tiers qui peut parfois être orienté par certaines directives précises adressées par les parties³⁸. Quant à la fixation d'un délai, elle est fortement conseillée. Il peut s'agir d'un terme certain (date butoir) ou incertain (décès du promettant, décès du bénéficiaire, perte d'une qualité telle que celle de dirigeant...). La fixation d'une durée permettra également d'échapper à la controverse relative à la qualification du pacte de préférence : est-il un engagement perpétuel, il serait alors susceptible de le résilier unilatéralement selon les nouvelles dispositions du Code civil, ou s'agit-il d'un contrat à durée indéterminée offrant la même faculté³⁹ ?

La violation du pacte de préférence – L'article 1123 s'est surtout concentré sur la violation du pacte de préférence. Consolidant la jurisprudence de la Cour de cassation, le bénéficiaire peut obtenir la nullité ou la substitution dans les droits du tiers à la condition de prouver que ce dernier avait connaissance de l'existence du pacte de préférence et de l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir⁴⁰. Cette double condition paraît difficile à établir en pratique et spécialement en droit des sociétés. Il n'existe pas de service analogue à celui de la publicité foncière ni de mode obligatoire de publicité hors le cas des sociétés cotées (C. com., art. L. 233-11). Même si le texte ne le rappelle pas, la violation du pacte engage également la responsabilité du promettant, tenu de verser des dommages et intérêts. Quant au tiers, il peut aussi être tenu de réparer le dommage causé par son comportement. En ce sens, si la société inscrit en compte les droits d'un tiers et participe activement à la cession alors qu'elle a connaissance de l'existence du pacte, elle pourrait aussi engager sa responsabilité en qualité de complice du promettant.

Droit de substitution en présence d'une clause de préemption – En légalisant le pacte de préférence, le législateur pourrait faire évoluer le droit applicable à certaines clauses contractuelles. Tel est le cas des clauses de préemption. Ces dernières, quand bien même figureraient-elles dans les statuts, en cas de violation ne confèrent pas au bénéficiaire un droit de substitution dans les droits du tiers⁴¹. La nullité semble également exclue, sauf pour les SAS (C. com., art. L. 227-15), à moins qu'il y ait une collusion frauduleuse entre cédant et cessionnaire. Cependant, si on veut bien admettre que la catégorie consacrée par l'article 1123 est une catégorie ouverte la nullité devrait pouvoir être accueillie plus généreusement et la substitution pourrait demain être envisagée⁴². En attendant une prise de position franche de la Cour de cassation, il demeure encore utile de doubler la clause de préemption d'une clause d'agrément qui permettrait d'éviter l'entrée d'un tiers de mauvaise foi au sein de la société. Si l'on souhaite renforcer l'efficacité du pacte de préférence, il reste également la possibilité de faire de la société, tiers à l'opération, un fiduciaire qui veille au respect du droit de préférence accordé. Ce contrôle sera efficace surtout pour les sociétés par actions pour lesquelles une inscription en compte est prévue (art. L. 228-1 al. 9 C. com. et L. 211-7 CMF).

Vices et vertus de l'action interrogatoire – Une innovation majeure de l'ordonnance du 10

³⁷ Cass. 1^{ère} civ. 6-6-2001 n° 98-20.673 : RJDA 1/02 n° 25 ; Cass. 3^e civ. 15-1-2003 n° 01-03.700 : RJDA 4/03 n° 371

³⁸ Cass. com., 19 déc. 2006, n° 05-10.198 ; Cass. com., 5 janv. 2016, n° 14-19.584.

³⁹ Sur cette question, N. Blanc, Le pacte de préférence et le temps, Mélanges M.-S. Payet, Dalloz 2012, p. 55 s. ; S. Lequette, Réflexions sur la durée du pacte de préférence : RTD civ. 2013 p. 49.

⁴⁰ Cass. ch. mixte, 26 mai 2006, n° 03-19.376.

⁴¹ Cass. com., 11 mars 2014, n° 13-10.366 ; Dr. sociétés 2014, comm. 82, note D. Gallois-Cochet ; Rev. sociétés, 2014, p. 384, note B. Saintourens. V. déjà, CA Paris, 21 janv. 2005, RTD com. 2005. 545, obs. P. Le Cannu.

⁴² A moins que par application de l'article 1105, on considère que l'article L. 227-15 C. com. applicable aux seules SAS interdit d'étendre la sanction de la nullité au-delà des seuls cas de collusion frauduleuse au sens de l'arrêt du 11 mars 2014, préc.

février 2016 réside dans la mise en place d'une action interrogatoire applicable immédiatement aux contrats en cours dès le 1^{er} octobre 2016 (art. 9 al. 3 et 4)⁴³. Le tiers acquéreur peut interroger le bénéficiaire potentiel afin de vérifier s'il existe effectivement un pacte de préférence et si le bénéficiaire entend s'en prévaloir. Ce mécanisme est un symbole de l'ordonnance du 10 février 2016 en ce qu'il traduit un certain état d'esprit : inciter les parties à régler entre elles leurs différends et considérer le juge comme un recours ultime⁴⁴. L'alinéa 3 de l'article 1123 prévoit que « le tiers peut demander par écrit au bénéficiaire de confirmer dans un délai qu'il fixe et qui doit être raisonnable, l'existence d'un pacte de préférence et s'il entend s'en prévaloir ». L'alinéa 4 ajoute que « l'écrit mentionne qu'à défaut de réponse dans ce délai, le bénéficiaire du pacte ne pourra plus solliciter sa substitution au contrat conclu avec le tiers ou la nullité du contrat ». Dans son principe, ce mécanisme préventif doit être approuvé. Il peut en droit des sociétés être adressé à l'ensemble des actionnaires avant toute opération de cession. Vertueux dans son principe, ce dispositif comporte cependant de nombreuses faiblesses. Sans s'attarder sur l'ensemble des vices qui entachent cet instrument (simple faculté pour le tiers qui a tout intérêt à ne pas le mettre en œuvre⁴⁵, contenu de l'écrit, nature et portée de la réponse donnée par le bénéficiaire...)⁴⁶, une question particulièrement sensible du droit des sociétés se pose ici : le sort des clauses de confidentialité.

Très fréquentes dans les opérations de cession, elles sont destinées à protéger la confidentialité d'un actionnaire. L'ordonnance du 10 février 2016, à la différence du projet de 2015 qui faisait produire tous ses effets à la clause en autorisant le bénéficiaire à ne pas répondre à l'interrogation du tiers, n'en fait plus mention. Si on doit approuver la suppression de cette exception qui privait d'effet le dispositif de l'action interrogatoire invitant les parties à faire de la clause de confidentialité une clause de style, l'ordonnance ne règle pas la question de l'efficacité de ces clauses. A vrai dire, le bénéficiaire se doit au nom de la loi de répondre à cette interrogation. En revanche, il se limitera au strict minimum en informant le tiers sur l'existence du pacte et son intention sans avoir à divulguer le contenu de son pacte de préférence. D'ailleurs, la clause de confidentialité pourrait rappeler qu'elle cède devant l'interrogation du tiers, que la réponse se limitera au strict minimum sans information sur le contenu du pacte et que toute réponse du bénéficiaire rappellera au tiers l'interdiction de divulguer l'information à autrui à peine de sanction.

En outre, il faudra s'interroger à l'avenir sur la compatibilité de l'action interrogatoire avec les principes qui gouvernent le droit des procédures collectives. Parmi les actes prohibés qui seraient accomplis après la date de cessation des paiements (art. L. 632-1 C. com.), ne pourrait-on pas demain y inclure les actions interrogatoires qui feraient perdre à une entreprise débitrice le bénéfice du pacte au profit du tiers ?

Enfin, on peut s'inquiéter du détournement de ce mécanisme par un tiers qui souhaiterait connaître les intentions de son concurrent sans réelle intention d'acquérir les biens ou par le promettant qui ne souhaite pas vendre au bénéficiaire et passerait par un tiers pour tester les intentions de celui-ci.

La promesse unilatérale de contrat : acte courant du droit des sociétés – La signature d'un acte de cession est souvent précédée d'une promesse conclue à la condition suspensive d'obtenir l'agrément du cédé, diverses autorisations en matière d'investissements étrangers par exemple,

⁴³ E. Jeuland, Les actions interrogatoires en question : JCP G 2016 n° 737 ; A. Bénabent, Les nouveaux mécanismes : RDC Hors série, 2016.

⁴⁴ Sur cet esprit, M. Mekki, Le juge et les remèdes à l'inexécution du contrat, in M. Mekki (dir.), Le juge auteur et acteur de la réforme du droit des contrats, RDC n° 2, dossier spécial, juin 2016.

⁴⁵ Pour y remédier, une solution pourrait être de confier les opérations de cession à un tiers tel qu'un fiduciaire qui se chargerait de veiller ainsi au respect du pacte de préférence et d'interroger les bénéficiaires potentiels ou encore de confier cette tâche à la société elle-même, à condition qu'il n'y ait pas d'inertie de la part des dirigeants sociaux à réaliser cette police des cessions.

⁴⁶ Sur ces différents points, v. M. Mekki, La force obligatoire en demi-teinte des contrats préparatoires, BRDA, août 2016, à paraître.

l'obtention d'un mode de financement, ...). Il peut s'agir d'une promesse synallagmatique de contrat, si tous les éléments objectivement et subjectivement essentiels ont déjà fait l'objet d'un accord définitif⁴⁷. Le plus souvent, la promesse unilatérale de contrat est préférée par les parties. La prise de contrôle d'une société est fréquemment précédée de la conclusion de promesses unilatérales croisées, promesse unilatérale d'achat et promesse unilatérale de vente ayant le même objet et rédigées dans les mêmes termes. Ces contrats sont parfois maladroitement requalifiés de promesses synallagmatiques par la Cour de cassation⁴⁸. Pour éviter une telle requalification, les parties doivent clairement indiquer qu'il s'agit de promesses unilatérales, prévoir les modalités de levée de l'option et insister sur les motivations d'un tel montage. Ces promesses croisées servent souvent de cadre à l'organisation d'une opération de sortie des bailleurs de fonds, dans le cadre d'une convention de portage. Les opérations d'investissement réalisées par des associés professionnels, simples bailleurs de fonds qui ne souhaitent exercer aucun pouvoir au sein de la société, s'appuient souvent sur des promesses unilatérales de contrat. Ces techniques contractuelles vont être directement impactées par l'article 1124 du Code civil nouveau.

Exécution forcée en nature des promesses unilatérales de contrat – Actuellement, le promettant qui se rétracte de sa promesse unilatérale avant la levée de l'option est tenu de verser de simples dommages et intérêts, solution applicable à la cession de droits sociaux⁴⁹ malgré l'existence de certaines décisions ambiguës qui concernent davantage des promesses synallagmatiques de vente et pour lesquelles l'exécution forcée n'a jamais posé de difficulté⁵⁰. Désormais, pour les promesses unilatérales conclues après le 1^{er} octobre 2016 (art. 9 al. 1 et 2 de l'ordonnance du 10 février 2016), la « révocation » du promettant n'empêche pas le bénéficiaire de lever l'option et d'exiger l'exécution forcée en nature. Cet alinéa entend clairement combattre la jurisprudence Consorts Cruz de 1993, rendue au fondement de l'article 1142⁵¹, et des arrêts rendus en 2011⁵² et 2013⁵³ par la Cour de cassation qui motivent l'octroi de simples dommages et intérêts par l'absence de consentement définitif à la vente du promettant au visa des articles 1101 et 1134 du Code civil. Cette efficacité renforcée de la promesse unilatérale de contrat doit être prise en compte par les parties prenantes à une cession de droits sociaux. Elle viendra sans aucun doute renforcer l'efficacité des clauses de *drag long* et de *tag long* (clauses de sortie)⁵⁴. Cependant, si cette exécution forcée est généralement appréciée en matière immobilière, amenant les notaires à prévoir une clause d'exécution forcée en nature, l'octroi de simples dommages et intérêts pouvait aussi satisfaire ceux qui optaient pour des promesses unilatérales croisées plutôt que pour une promesse synallagmatique. Dans ces conditions, peut-on envisager d'introduire une clause contractuelle excluant toute exécution forcée par éviction de l'article 1124 al. 2 C. civ. nouv. ? Le principe de liberté contractuelle (C. civ. art. 1102 nouveau) et les observations du rapport remis au président de la République selon lequel toutes les dispositions qui ne sont pas formellement qualifiées d'impératives sont de nature supplétive, militent pour la validité d'une telle clause d'éviction. Dès lors que les parties en sont d'accord, les dommages et intérêts seraient

⁴⁷ V. sur ce point, Cass. com., 8 octobre 2013, n° 12-22304, Rev. Sociétés, 2014, p. 221, note J.-J. Ansault.

⁴⁸ Cass. com., 22 novembre 2005, n° 04-12183, V. cep. Un arrêt ambigu, Cass. com., 11 septembre 2013, D. 2012, p. 130, note A. Gaudemet ; D. 2012, Pan. P. 459, obs. S. Amrani-Mekki et M. Mekki ; Rev. Sociétés, 2012, p. 22, note B. Fages.

⁴⁹ V. not. Cass. com., 13 sept. 2011, préc. V. très clairement, Cass. com., 14 janv. 2014, n° 12-29.071, non publié.

⁵⁰ V. not. Cass. com., 10 juin 1976, n° 74-14595 : Bull. civ., IV, n° 190

⁵¹ Cass. 3^e civ. 15-12-1993 n° 91-10.199 : RJDA 3/94 n° 274

⁵² Cass. 3^e civ. 11-5-2011 n° 10-12.875 : RJDA 8-9/11 n° 690

⁵³ Cass. 3^e civ. 12-6-2013 n° 12-19.105

⁵⁴ N.-L. Ravisy et M.-L. Levesque, Les accords conclus entre actionnaires dans les opérations de LBO, Gaz. Pal., 27 mai 2004, n° 148, p. 9.

tout autant « satisfactoires » pour les parties et conformes à la prévisibilité des contractants⁵⁵. Aucun ordre public ne semble pouvoir y faire obstacle en droit des sociétés⁵⁶.

Une autre précaution pour les rédacteurs s'impose lorsque la promesse unilatérale d'achat ou de vente est assortie de conditions suspensives. Ces dernières suspendent parfois la naissance du droit d'option du bénéficiaire à leur réalisation. Dans ce cas de figure, l'article 1124 alinéa 2 qui vise « *la révocation pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter* », n'exclurait pas toute révocation dès lors que les conditions sont pendantes car, par définition, le droit d'opter n'est pas encore né. Prudence donc dans la détermination de la prise d'effet du droit d'opter.

Enfin, la cession de droits sociaux à un tiers qui connaissait l'existence de la promesse est nulle. L'exécution forcée dans ce cas est impossible. Peut-on par une clause contractuelle prévoir que le bénéficiaire ne se contente pas de la nullité mais puisse être substitué dans les droits du tiers ? Rien ne l'interdit et on voit mal quel ordre public en droit commun des contrats ou en droit des sociétés pourrait s'y opposer.

La promesse de porte-fort – La promesse de porte-fort a été remodelée par l'ordonnance du 10 février 2016. L'article 1204 C. civ. nouv. dispose que « *On peut se porter fort en promettant le fait d'un tiers (al. 1). Le promettant 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 (al. 2). 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 (al. 3)* ». Cet instrument est souvent utilisé en droit des sociétés⁵⁷. Il permet de remédier à la pluralité de représentants dans les prises de décision et facilite également la gestion des sociétés où s'opère souvent une « *dissociation entre la maîtrise de fait, c'est-à-dire l'associé majoritaire, et le pouvoir que détiennent les représentants légaux de la société. Cette institution permet au majoritaire de se porter fort des engagements de la personne morale, sans outrepasser ses droits et en respectant la répartition des pouvoirs* »⁵⁸. La promesse de porte de fort de ratification prend des formes diverses. Son utilité est très marquée dans la gestion des cessions de droits sociaux. Le cédant majoritaire des actions peut se porte forter de la cession des actions appartenant aux minoritaires. La clause de sortie conjointe (clause de *tag along*) peut être accompagnée d'une promesse de porte fort⁵⁹. Le cédant peut se porter fort d'une reprise par le cessionnaire des engagements figurant dans les pactes extra-statutaires. La promesse de porte fort permet de garantir aux actionnaires minoritaires un dividende minimum (art. L. 232-16 C. com.). Le cessionnaire peut se porter fort que la société proposera un contrat de travail de dirigeant au cédant. Dans les pactes extra-statutaires, elle peut donc prendre la forme d'une convention de vote ou d'un pacte de stabilité des dirigeants sociaux. La promesse de porte-fort peut également servir de garantie. Il peut s'agir d'une promesse de porte fort d'exécution par laquelle le cédant renforce l'efficacité d'une clause de garantie de passif (social, environnemental ou fiscal...)⁶⁰. La promesse de porte fort d'exécution, née de la pratique et remplissant les mêmes fonctions qu'une garantie personnelle, est également sacralisée par l'article 1204 C. civ. nouv. Celle-ci peut notamment prendre la forme d'une clause anti-dilution par laquelle certains actionnaires vont garantir aux actionnaires minoritaires que l'augmentation éventuelle du capital

⁵⁵ En ce sens égal., J.-B. Seube (dir.), *Pratiques contractuelles...*, op. cit., p. 48 ; comp. C. Pérès, *Règles impératives et supplétives dans le nouveau droit des contrats* : JCP G 2016 n° 454, spéc. p. 772, qui hésite sur la validité d'une telle éviction

⁵⁶ *Contra*, E. Schlumberger, *Les avant-contrats*, in *Droit des sociétés et réforme...*, op. cit., p. 44 et s., n° 180 et s., spéc. n° 211.

⁵⁷ G. Tillement, *Promesse de porte-fort et droit des sociétés*, *Rev. Sociétés*, 1993, p. 51.

⁵⁸ G. Goffaux-Callebaut, *Du contrat en droit des sociétés. Essai sur le contrat instrument d'adaptation du droit des sociétés*, L'Harmattan, 2008, n° 416, p. 294.

⁵⁹ Le cédant peut obtenir du cessionnaire qu'il acquiert les titres des bénéficiaires d'une clause de sortie conjointe aux mêmes conditions et au même prix. V. A. Couret et A. Reygrobellet, *Le projet de réforme du droit des obligations : incidences sur le régime des cessions de droits sociaux* : *Bull. Joly Sociétés* 31 mai 2015 n° 5, spéc. n° 17.

⁶⁰ Sur ces clauses, G. Goffaux-Callebaut, *Du contrat en droit des sociétés. Essai sur le contrat instrument d'adaptation du droit des sociétés*, L'Harmattan, 2008, spéc. n° 486 et ., p. 338 et s.

social n'aura pas de conséquences sur leur niveau de participation⁶¹. Un doute subsistait avec l'article 1205 al. 3 du projet de 2015. L'ancien article 1205 alinéa 3 énonçait « *si le tiers ratifie la promesse faite pour lui ...* ». Cette formule malheureuse pouvait laisser croire, contrairement à l'alinéa 1^{er}, que la promesse de porte-fort d'exécution n'était pas reconnue par le Code. Le doute d'une telle consécration n'est plus possible car le nouvel article 1204 al. 3 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 rapport remis au Président de la République confirme cette analyse.

Les procédures contractuelles que l'on rencontre en droit des sociétés, spécialement les cessions de droits sociaux, sont directement « impactées » par la réforme du droit des obligations. La validité des contrats conclus l'est également.

B. La validité du contrat et le droit des sociétés

Le contrat de société et les cessions de droits sociaux sont régis par des textes spéciaux mais également soumis au droit commun des contrats⁶². La validité du contrat à l'aune du droit des sociétés amène à aborder deux séries de conditions : les conditions subjectives et les conditions objectives.

1. les conditions de validité subjectives

Les conditions subjectives renvoient à deux séries de dispositions de l'ordonnance : les conditions relatives à la capacité et au pouvoir (représentation) ainsi que les dispositions relatives au consentement.

Capacité – Les conditions relatives à la capacité et au pouvoir intéressent principalement la société en qualité de partie au contrat. Les règles relatives à la capacité des contractants figurent aux articles 1145 et suivants du Code civil nouveau. En particulier, un article suscite quelques inquiétudes. Il s'agit de l'article 1145 qui dispose dans son alinéa 2 que « *La capacité des personnes morales est limitée aux actes utiles à la réalisation de leur objet tel que défini par leurs statuts et aux actes qui leur sont accessoires, dans le respect des règles applicables à chacune d'entre elles* »⁶³. Cette référence aux actes « utiles à la réalisation de leur objet » pourrait générer un contentieux probablement non voulu par le législateur. La conformité à l'objet social semblait autrefois suffire. « L'utilité des actes » pourrait compliquer le contrôle de validité des actes par une référence plus systématique à la notion d'intérêt social⁶⁴. Ce standard accorderait un pouvoir plus important aux juges dans l'appréciation de l'opportunité de l'acte⁶⁵. L'alinéa 2 de l'article 1145 est d'autant plus perturbant pour la pratique qu'il ne précise pas de quelle manière l'utilité de l'acte pourrait être appréciée : est-ce un acte objectivement utile ou subjectivement utile selon les clauses statutaires ? Est-ce que l'utilité s'apprécie *ex ante* ou *ex post* ? L'utilité est-elle purement économique ou peut-elle être d'ordre politique ou stratégique ? Certains vont très loin dans le scénario catastrophe. Notamment un auteur fait observer qu'il « *est en effet probable que le texte sera utilisé un jour ou l'autre pour plaider qu'une société n'est pas tenue d'exécuter tel contrat qu'elle a certes signé, mais dont elle estime qu'il*

⁶¹ Cette promesse de porte-fort d'exécution peut être doublée d'une clause d'exécution forcée obligeant le promettant à transmettre ses propres actions à titre de « réparation ».

⁶² Art. 1844-10 C. civ. et L. 235-1 C. com.

⁶³ Cet article pourrait relancer le débat sur la théorie de la personne morale : fiction ou réalité ?, N. Dissaux, Des choses minimes, le législateur doit aussi avoir cure..., D. 2015, p. 1215.

⁶⁴ Notion peu présente dans le Code de commerce, v. not. art. L. 221-4, L. 233-3, L. 241-3 et L. 242-6 C. com.

⁶⁵ M. Germain, Sur une jurisprudence de l'intérêt social, Mélanges P. Le Cannu, Dalloz, 2014, p. 289. Adde, D. Poracchia et D. Martin, Regard sur l'intérêt social, Rev. Sociétés, 2012, p. 475.

n'est pas utile dès lors qu'elle a signé un autre contrat similaire à de meilleures conditions »⁶⁶. Cette conception utilitariste de la validité des actes accomplis par la société pourrait accélérer l'extension du champ d'application de cette boussole qu'est l'intérêt social⁶⁷ et que déplorent un certain nombre d'auteurs. Encore une fois, les parties ont tout intérêt à densifier le contenu de leurs actes en expliquant les motivations et les utilités de l'acte ainsi accompli en attendant que les juges apportent quelques éclairages. Enfin, cet « acte utile » n'est-il pas un avatar de la cause⁶⁸ ? Résurgence malvenue dans un droit qui se veut plus attractif et plus prévisible. Enfin, même si le texte n'opère pas une telle distinction, il convient de maintenir la dichotomie objet statutaire/objet légal. Le contrôle de conformité des actes accomplis par la société n'est pas le même. Dans le cas de l'objet statutaire, il s'agit de l'activité économique de la société conditionnant l'opposabilité de certains actes accomplis en son nom et pour son compte. Dans le cas de l'objet légal, il s'agit du but poursuivi (réaliser des bénéfices ou des économies) qui conditionne la validité de certains actes (nullité des actes « désintéressés » notamment).

Pouvoir – Le pouvoir renvoie aux dispositions relatives à la représentation (art. 1153 et s.). Ces articles régissent toutes les formes de représentation et concernent le droit des sociétés⁶⁹ tant sur le plan de la représentation légale⁷⁰, judiciaire⁷¹ que conventionnelle⁷². Plusieurs dispositions clarifient le régime juridique de la représentation à l'égard duquel la jurisprudence n'est pas toujours très clair. Une distinction fondamentale est faite entre les cas où le représentant agit sans pouvoir ou au-delà des pouvoirs conférés par le représenté et celui où il détourne ses pouvoirs. Dans le premier cas, le représenté peut se prévaloir de l'inopposabilité et le tiers peut demander la nullité s'il établit qu'il n'avait pas connaissance de ce défaut de pouvoir. Sur ce dernier point, le tiers est désormais autorisé à demander la nullité, ce que la Cour de cassation refusait jusqu'à lors, en raison du caractère relatif de la nullité prononcée⁷³. En revanche, en cas de détournement de pouvoir, c'est la nullité du contrat à la demande du représenté qui est prononcée mais à condition d'établir que le tiers connaissait ou ne pouvait ignorer ce détournement de pouvoir⁷⁴. L'article 1105 C. civ. nouv. est ici d'une grande utilité car il permet de régler les risques de conflits entre règles spéciales et droit commun des contrats. Ainsi si l'article 1155 C. civ. nouv. dispose que « *Lorsque le pouvoir du représentant est défini en termes généraux, il ne couvre que les actes conservatoires et*

⁶⁶ B. Dondero, La réforme du droit des contrats . - Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, JCP (E), n° 19, 12 Mai 2016, 1283, spéc. n° 49.

⁶⁷ Contra, P. Mousseron, Le nouveau régime de la capacité contractuelle des sociétés : la boussole de l'objet social, D. 2016, p. 906, pour qui la référence au sien de l'article 1145 à l'objet social permet d'éviter toute référence à l'intérêt social : « *L'article 1145, alinéa 2, du code civil définit la capacité par renvoi explicite à l'objet social. Si elle ne constitue pas une rupture, cette formule confirme le maintien de la référence à cette notion en dépit des sirènes de l'intérêt social* ».

⁶⁸ Y. Chapat, De la cause et/ou de l'objet de la société, Mélanges J. Stoufflet, LGDJ, 2001, p. 25.

⁶⁹ L'application peut cependant être discutée car le dirigeant n'est pas réellement un mandataire et la représentation de la société n'est pas réellement légale. Cette situation intermédiaire peut être un argument pour contester l'application des articles 1153 et s. au cas des dirigeants sociaux. Dans les rapports entre les « représentants » et la société dessaisissement de la personne morale est permanent. Au sein de la représentation légale et judiciaire, il existe un dessaisissement temporaire (art. 1159 C. civ. nouv.). Quand à la représentation conventionnelle, elle ne dessaisit pas le représenté (1159 al. 2 C. civ. nouv.) ! v. Ph. Didier, Les origines de la représentation légale de la société, in Mélanges M. Germain, Lexisnexus, 2015, p. 273. Sur cette représentation originale, v. D. Martin, La représentation des sociétés commerciales par leurs organes, Thèse Nancy, 1977.

⁷⁰ SA, article L. 225-56 al. 1 du Code de commerce (le directeur général « représente la société dans ses rapports avec les tiers ») ; - article L. 225-66, alinéa 1er C. com. (« le président du directoire, ou le cas échéant, le directeur unique représente la société dans ses rapports avec les tiers »).

⁷¹ Administrateurs ou mandataires ad hoc notamment.

⁷² V. not. M.-C. Monsallier, L'aménagement contractuel du fonctionnement de la société anonyme, préf. A. Viandier : LGDJ 1998. V. égal. la délégation de pouvoir analysée comme la conclusion d'un mandat, v. not. M. Cozian, A. Viandier et Fl. Deboissy, Droit des sociétés, Lexisnexus, 2015, 28e éd., spéc. n° 268.

⁷³ En ce sens, Cass. 1^{re} civ., 12 nov. 2015, n° 14-23.340, à paraître au bulletin.

⁷⁴ Comp. dans les sociétés par actions ou les SARL, les sociétés sont engagées par les actes de leurs dirigeants quand bien même ils dépasseraient l'objet social, à moins de prouver que l tiers savait ou aurait dû savoir que ces actes étaient accomplis au-delà de l'objet social.

d'administration », il ne remet pas en cause les dispositions spéciales applicables aux SAS, par exemple, dans lesquelles les statuts accordent souvent au président un pouvoir de représentation en termes généraux⁷⁵.

Une autre disposition majeure est la mise en place d'une action interrogatoire, exclusivement applicable à la représentation conventionnelle, en cas de doute sur les pouvoirs du représenté. Le défaut de réponse dans un délai raisonnable du représenté potentiel rendra l'acte ainsi accompli totalement opposable (art. 1158). La mesure est dangereuse et il faudra être attentif au courrier reçu et s'attendre à ce que les juges soient particulièrement exigeants quant à la rédaction de l'interpellation.

La théorie de l'apparence (art. 1156 C. civ. nouv.) est également consacrée et devrait entraîner quelques changements en droit des sociétés. En effet, la théorie de l'apparence ne joue le plus souvent en droit des sociétés qu'en cas de dépassement de pouvoir alors que l'article 1156 l'envisage également en cas d'absence de pouvoir. Surtout, l'article 1156 exige la prise en compte du comportement du représenté, ce qui n'est pas la position de la jurisprudence actuelle. Cependant, l'adverbe « notamment » permet de réduire le « comportement du représenté » à la qualité d'indice parmi d'autres.

La disposition la plus problématique au regard du droit des sociétés est celle qui prohibe les conflits d'intérêts (art. 1161 C. civ. nouv.). L'article dispose qu'« *Un représentant ne peut agir pour le compte des deux parties au contrat ni contracter pour son propre compte avec le représenté (al. 1). En ces cas, l'acte accompli est nul à moins que la loi ne l'autorise ou que le représenté ne l'ait autorisé ou ratifié (al. 2)* ». Cette disposition peut venir se heurter à certaines conventions conclues entre la société et ses dirigeants, formes de « contrats avec soi-même » très encadrés, spécialement depuis la loi NRE du 15 mai 2001. Certaines de ces conventions sont totalement libres. C'est le cas par exemple dans les sociétés en nom collectif. D'autres sont dites réglementées et soumises au respect d'une procédure particulière (art. L. 225-38 C. com.)⁷⁶. D'autres encore échappent à toute procédure car ce sont des opérations courantes conclues à des « conditions normales » (art. L. 225-39 C. com.). Comment concilier l'article 1161 C. civ. nouv. et la question des conventions entre, d'un côté, les dirigeants et certains actionnaires et, de l'autre, la société ?

Une solution peut consister à se référer à l'article 1105 C. civ. nouv. et considérer que le droit commun est incompatible avec les règles du droit spécial. L'éviction se fait en amont⁷⁷.

Cependant, il existe d'autres types de contrats avec soi-même pour lesquels il n'existe pas de règles spéciales au sens strict. Prenons le cas d'un dirigeant qui représente deux sociétés, une SCI, bailleuse et une société commerciale, preneuse, et qui accomplit un acte entre ces deux mêmes sociétés (résiliation du bail commercial par exemple). L'absence de textes spéciaux obligera les juges à appliquer l'article 1161 et à prononcer la nullité du contrat ainsi conclu sauf ratification ou autorisation des deux représentés. Dans toutes les hypothèses où un doute persiste, notamment en l'absence formelle de textes spéciaux, il conviendra d'obtenir une autorisation préalable de la société, autorisation qui pourrait d'ailleurs être rédigée de manière générale et concernée plusieurs actes. L'article 1161 C. civ. nouv. pourrait connaître un certain succès dans les conventions conclues entre sociétés d'un même groupe⁷⁸. A suivre donc...

L'intégrité du consentement : l'erreux – L'intégrité du consentement renvoie aux questions relatives aux vices du consentement. Cette théorie des vices du consentement est souvent sollicitée dans les cessions de droits sociaux et prend en la matière une coloration particulière.

⁷⁵ B. Dondero, op. cit., n° 53.

⁷⁶ G. Baranger, Conventions réglementées. Dossiers pratiques Francis Lefebvre 2007. Adde, A. Couret, La prévention des conflits d'intérêts : nouveau régime des conventions, RJDA, 2002, p. 290.

⁷⁷ Ph. Didier, La représentation dans le nouveau droit des obligations, JCP (G), n° 20-21, 16 mai 2016, 580. Adde, S. Bahbouhi, La société contractante, in Droit des sociétés et réforme..., op. cit., p. 22 et s., n° 74 et s.

⁷⁸ B. Dondero, Conflits d'intérêts : les réformes attendues en matière de conventions conclues dans le cadre d'un groupe, Bull. Joly, 2013, p. 843.

Prenons le cas de l'erreur désormais régie par les articles 1132 et suivants du Code civil nouveau. Ces dispositions procèdent pour l'essentiel à une consolidation des acquis jurisprudentiels. En droit des sociétés, la question se pose régulièrement de savoir si la cession des actions d'une société dont on découvre un passif important peut être annulée sur le fondement de l'erreur sur les qualités substantielles. Actuellement, en principe, seule la substance des droits sociaux, vecteurs de droits incorporels, importe et non celle de la société à moins, tempère la jurisprudence, que la société concernée soit « *privée non seulement de l'essentiel de son actif mais surtout de la possibilité de réaliser l'objet social, d'avoir une activité économique et donc de toute rentabilité* »⁷⁹. L'erreur sur les potentialités de la cession de droits sociaux n'est donc pas en principe une cause de nullité. Cette erreur est indifférente mais les parties peuvent en faire un élément essentiel par une clause expresse qu'il convient alors de rédiger avec précaution (art. 1133 al. 1^{er} et 1135 C. civ. nouv.).

Dans le même esprit, une erreur sur la valorisation des droits sociaux demeure une erreur sur la valeur indifférente (art. 1136 C. civ. nouv.), à moins que cette erreur sur la valeur soit la conséquence d'une première erreur sur les qualités substantielles⁸⁰. Telle est l'analyse qui peut être faite d'un arrêt de la Chambre commerciale du 10 novembre 2015⁸¹. Il a été jugé que si l'erreur sur la société cible n'est pas en principe une cause de nullité, il en va autrement lorsque cette erreur de valorisation est due à une présentation erronée d'un bilan « *affectant les données objectives de la cession* ». La reproduction de l'attendu s'impose : « *l'arrêt relève que la présentation erronée du bilan, qui devait servir de référence à la fixation de la valeur des parts sociales a eu pour conséquence l'établissement d'une valorisation très inférieure à la valeur réelle de celles-ci et ajoute que l'erreur de M. X... sur la valorisation de ses parts n'est que la conséquence de cette méprise ; que de ces constatations et appréciations, faisant ressortir que l'erreur portait sur la situation financière de la société dont les parts étaient cédées, la cour d'appel a pu déduire que cette erreur affectait les données objectives de la cession et avait été déterminante du consentement de M. X...* »⁸².

Ce qui se présente actuellement comme une exception et une application de la jurisprudence « Poussin »⁸³, pourrait demain devenir la règle si on se livre à une interprétation audacieuse de l'article 1133 al. 1^{er}. Cet article dispose que « *les qualités essentielles de la prestation sont celles qui ont été expressément ou tacitement convenues et en considération desquelles les parties ont contracté* ». Ne peut-on pas en effet considérer que l'exploitation d'une société viable entre dans le vocable relativement large de « prestation due » ? Selon certains auteurs, « *Le nouvel article (1133) pourrait permettre de rompre avec une vision trop restrictive : « L'erreur de droit ou de fait est une cause de nullité du contrat si elle porte sur les qualités essentielles de la prestation due. L'erreur ne porte plus nécessairement sur la substance de la chose mais aussi sur une prestation : la prestation est ici la transmission de l'entreprise représentée par les droits sociaux. On peut donc espérer que les juges profitent d'une rédaction qui est beaucoup plus accueillante pour la notion d'erreur »* »⁸⁴. Cependant, si la lettre laisse effectivement place à une marge d'interprétation, il paraît peu probable que le législateur ait souhaité rompre avec la jurisprudence traditionnelle et déstabiliser ainsi un grand nombre d'opérations de cession. La qualité essentielle des droits sociaux réside dans le transfert de droits, sauf clause expresse faisant de l'exploitation de la société une qualité substantielle expressément convenue (art. 1133 al. 1^{er} C. civ. nouv.) ou un motif entré dans le champ contractuel (art. 1135 C. civ. nouv.)⁸⁵. Les clauses de garantie de passif

⁷⁹ Cass. com., 1^{er} oct. 1991, Rev. sociétés 1992, p. 497, note P. Didier ; Dr. sociétés 1992, comm. 13, note H. Le Nabasque.

⁸⁰ Cass. com., 12 févr. 2008 : RDC 2008, p. 730, note Y.-M. Laithier.

⁸¹ Cass. com., 10 nov. 2015, n° 14-11370, non publié au bulletin ; JCP E 2016, 1217, note M. Caffin-Moi.

⁸² Rappr. Jurisprudence sur la rentabilité d'un contrat de franchisage conclu sur la base de données économiques et financières erronées, Cass. com., 4 oct. 2011, D. 2011, p. 3052, note N. Dissaux ; Cass. com., 12 juin 2012, D. 2013, Panorama, p. 391, obs. S. Amrani Mekki et M. Mekki.

⁸³ V. égal. Cass. com., 7 février 1995, D. 1996, p. 50, note Blasselle.

⁸⁴ A. Couret et A. Reygrobellet, op. cit., n° 34.

⁸⁵ En ce sens, M. Caffin-Moi, Les vices du consentement, in Droit des sociétés et réforme du droit des contrats..., op. cit., p. 51 et s., n° 222 et s., spéc. n° 231.

qui pallient les insuffisances de la théorie de l'erreur continuent donc d'avoir leur utilité⁸⁶.

Le dol – Les dispositions relatives au dol auraient dû être une simple consolidation de l'acquis jurisprudentiel⁸⁷. Cependant, un point suscite une forte polémique. Il s'agit de la combinaison abordée précédemment de l'article 1112-1 et de l'article 1137 C. civ. nouv. Est-ce que la dissimulation intentionnelle de la valeur de la « prestation » constitue une réticence dolosive ? A l'aune de l'article 1112-1, il n'y a pas d'obligation d'information sur la valeur de la prestation. A l'aune de l'article 1137, seul le caractère intentionnel de la dissimulation importe. L'enjeu est déterminant en matière de cessions de droits sociaux. A vrai dire, il est peu probable que le législateur ait eu l'intention de remettre en cause la jurisprudence Baldus. Pourtant, certains auteurs, s'appuyant sur un arrêt de la Chambre commerciale du 30 mars 2016 soutiennent que la jurisprudence de la Cour de cassation pourrait sur ce point évoluer⁸⁸. Cependant, les faits de l'arrêt précité révèlent qu'il n'en est rien et qu'il s'agit d'une autre hypothèse classique et déjà consacrée par la Cour de cassation, celle où l'information dissimulée n'avait pas pour objet la valeur du bien mais les qualités essentielles du bien, essentielles à son évaluation économique⁸⁹. En d'autres termes, rien de nouveau sous le soleil.

Autre nouveauté majeure qui pourrait avoir une incidence non négligeable dans les cessions de droits sociaux : le dol du « tiers de connivence » visé à l'article 1138 al. 2 C. civ. nouv. Selon ce texte, le dol est encore constitué « lorsqu'il émane d'un tiers de connivence ». Est-ce que cela signifie que le dol d'un tiers suffit désormais à fonder la nullité du contrat ? Cela est peu probable. D'ailleurs, le rapport remis au président de la République confirme que le législateur n'a pas eu sur ce point l'intention d'innover : « *S'agissant du dol, le droit positif est pour l'essentiel repris : exigence d'un comportement intentionnel (article 1137 alinéa 1), prise en compte du dol émanant du représentant ou d'un tiers complice (article 1138), (...)* ». Il s'agit simplement d'ancrer dans le Code civil l'hypothèse bien connue du « tiers complice ». Le dol est d'abord celui du cocontractant et sa preuve est facilitée par la connivence du tiers. La notion de « connivence » plus large, plus neutre et moins connotée sur le plan civil⁹⁰ a été choisie sans intention de bouleverser les acquis jurisprudentiels⁹¹. Cependant, il n'est pas exclu que la « connivence » exigée entre les tiers dirigeants représentants de la société et l'actionnaire majoritaire cédant puisse être entendue plus largement au profit des actionnaires minoritaires.

Enfin, il est souvent question dans le cadre de la cession de droits sociaux d'un « dol incident ». Selon ce type de dol, si l'information n'avait pas été dissimulée le contrat aurait probablement été conclu mais pas aux mêmes conditions. La jurisprudence n'en tire aucune conséquence en termes de sanction car la nullité peut être prononcée quand bien même on aurait affaire à un simple dol incident⁹². Cependant, l'article 1130 qui introduit l'ensemble des vices du consentement pourrait entraîner une éviction, probablement non voulue par le législateur, de la nullité en cas de simple dol incident. Cet article dispose que « *L'erreur, le dol et la violence vicient le consentement lorsqu'ils sont de telle nature que, sans eux, l'une des parties n'aurait pas contracté ou aurait contracté à des conditions substantiellement différentes* ». Dans la lettre, les « conditions substantiellement différentes » pourraient aller au-delà d'un simple dol incident. Dans son esprit en revanche, il n'est pas certain que le législateur ait eu cette intention. Aux juges de considérer à l'avenir que le prix d'acquisition d'un

⁸⁶ V. not., P. Mousseron, les conventions de garantie dans les cessions de droits sociaux, Nouvelle édition Fiduciaires, 1997. Adde, G. Goffaux-Callebaut, th. préc., spéc. n° 488 et s., p. 339 et s.

⁸⁷ Par exemple, le dol est sanctionné quelle que soit la nature de l'erreur provoquée, pour rappel, v. déjà, Cass. Com., 12 mai 2015, n°14-12.473 : « *l'erreur du cessionnaire sur la valeur des titres sociaux, dès lors qu'elle a été provoquée par une manœuvre du cédant, peut justifier l'annulation de l'acte de cession pour dol* ».

⁸⁸ En ce sens, Th. Massart, in Droit des sociétés et réforme..., op. cit., spéc. p. 58.

⁸⁹ Cass. com., 30 mars 2016, n° 14-11.684 : BRDA 7/16, p. 10.

⁹⁰ Contra, J. Klein, Le consentement : JCP G. 2015, supplément au n° 21, p. 14 et s., spéc. p. 19.

⁹¹ Comp. M. Caffin-Moi, Les vices..., op. cit., spéc. n° 251.

⁹² V. dernièrement, Cass. com., 30 mars 2016, préc.

bien, tel que des droits sociaux, constitue une des « *conditions substantiellement différentes* » visées par le législateur.

L'abus de dépendance – L'innovation majeure demeure l'extension à l'article 1143 C. civ. nouv. du vice de violence à l'abus de dépendance : « *Il y a également violence lorsqu'une partie, abusant de l'état de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant, obtient de lui un engagement qu'il n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte et en tire un avantage manifestement excessif* ». Alors que la jurisprudence avait étendu le champ de la violence physique et morale à une violence contextuelle qualifiée de violence économique⁹³, l'article 1143 semble aller bien au-delà en consacrant un abus de dépendance. En effet, cette dépendance peut être de nature économique⁹⁴ mais également intellectuelle ou juridique (lien de subordination en droit du travail, lien de filiation juridique dans les groupes de sociétés...)⁹⁵. Cette notion « globale » de dépendance devrait être la source de certains chevauchements. Dans certaines affaires, il sera difficile de déterminer si on a affaire à un cas d'incapacité, de violence morale ou d'abus de dépendance. Trois conditions figurent au sein de cette disposition : un état de dépendance, un abus de cet état et un avantage manifestement excessif⁹⁶. La dépendance ne découle pas uniquement de la puissance ou de la taille des entreprises concernées mais de l'absence d'alternative. La liberté de choix est déterminante à la lecture des arrêts de la Cour de cassation⁹⁷. Quant à l'abus, il y a deux manières de l'interpréter. Soit, en premier lieu, on rattache strictement l'abus d'un état de dépendance au vice de violence. Il faut alors prouver l'existence d'une contrainte et d'une crainte, indépendamment du déséquilibre excessif au sein du contrat⁹⁸. Dans cette hypothèse, l'article 1143 perd une grande partie de son intérêt⁹⁹. Soit et en second lieu, on décide d'autonomiser l'abus d'un état de dépendance, forme d'abus de faiblesse ou de lésion caractérisée, et l'avantage manifestement excessif peut devenir dans ce cas de figure un indice permettant de présumer l'abus jusqu'à preuve contraire¹⁰⁰. Enfin, l'avantage manifestement excessif renvoie aux cas les plus manifestes. Il revient encore aux juges de préciser s'il faut se référer ou du moins s'inspirer de la jurisprudence rendue au fondement des articles L. 132-1 C. cons. (devenu l'article 212-1 C. cons. depuis le 1^{er} juillet 2016) ou L. 442-6 I, 2^o C. com. pour dessiner les contours de cet « avantage manifestement excessif ». La portée de ce nouvel instrument va dépendre de l'interprétation qu'en donneront les juges mais certains prévoient déjà son application en droit de la concurrence, ses conditions pouvant s'avérer plus larges que les instruments habituellement sollicités en droit des pratiques restrictives et des pratiques anticoncurrentielles. Qu'en est-il du droit des sociétés ? Les situations sont diverses et variées¹⁰¹. Que l'on songe à l'actionnaire minoritaire également salarié de l'entreprise qui doit céder ses actions à des actionnaires majoritaires¹⁰². Ce chantage à l'emploi qui pourrait naître de cette cession n'est pas sans rappeler l'un des arrêts précurseurs

⁹³ La jurisprudence se livre à une interprétation stricte des conditions rendant très rares les hypothèses où une telle violence économique a été retenue, v. par ex., Cass. 1^{re} civ., 18 février 2015, n° 13-28278, D. 2015, p. 432 (rejet de toute violence économique) ; Cass. 1^{re} civ., 4 février 2015, n° 14-10920, inédit (admission d'un cas de violence économique).

⁹⁴ Y compris un état de nécessité quand bien même l'ordonnance n'en dit plus mot à la différence du projet de 2015.

⁹⁵ Rapport remis au président de la République : « *toutes les hypothèses de dépendance sont visées, ce qui permet une protection des personnes vulnérables et non pas seulement des entreprises dans leurs rapports entre elles* ».

⁹⁶ H. Barbier, La violence par abus de dépendance, JCP (G), n° 15, 11 avril 2016, 421.

⁹⁷ V. not. à propos d'un courtier en assurance, Cass. 1^{re} civ., 18 février 2015, n° 13-28278, où cette liberté de choix a motivé l'éviction de toute violence économique.

⁹⁸ En ce sens, H. Barbier, op. cit., qui exige la preuve d'une contrainte et d'une crainte. Rapp. Cass. 1^{re} civ., 3 avril 2002, n° 00-12932 qui se réfère pour rejeter un cas de violence économique à l'absence de crainte.

⁹⁹ Sur ce point, v. G. Cahntepie et M. Latina, La réforme du droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil, Dalloz, 2016, spéc. n° 342, p. 282.

¹⁰⁰ Sur ces deux courants, H. Barbier, L'abus..., op. cit., spéc. p. 724.

¹⁰¹ Le plus souvent la violence morale est invoquée, CA Versailles, 2 juin 1987 : JCP E 1988, II, 15168, obs. A. Viandier et J.-J. Caussain.

¹⁰² Sur ce cas, C.A. Paris, 3 novembre 1999, Bull. Joly sociétés, 1999, p. 289 et s.

rendus en droit civil¹⁰³. Certains engagements sont parfois pris en raison d'un état de nécessité de la personne concernée. Le cas le plus typique pourrait être l'acceptation par un dirigeant, ayant un besoin urgent de financement, d'une clause de *bad leaver* très désavantageuse au profit d'investisseurs, sans véritable liberté de négociation¹⁰⁴. Le dirigeant conclut une promesse unilatérale de vente de ses actions aux autres associés en cas de départ anticipé avec souvent une décote prévue en cas de démission ou de révocation. La situation pourrait à l'avenir être analysée sous l'angle de l'abus de dépendance. L'associé peut aussi être sous la contrainte d'une clause de *buy or sell* qui peut être la source d'un abus de l'état de dépendance. Par un mécanisme de double promesse unilatérale croisée d'achat et de vente, les actionnaires disposent les uns sur les autres d'un droit de priorité qui peut être une source de domination. Dans des circonstances différentes, une filiale peut être fortement incitée par la société mère à abandonner sa participation dans une société tierce. En droit des groupes, les changements pourraient être plus importants encore. Précisons ici que l'état de dépendance prévu par l'article 1143 est celui dans « lequel se trouve son cocontractant ». Il peut donc s'agir d'un état de dépendance à l'égard d'un tiers dont profiterait de manière illégitime une partie au contrat¹⁰⁵. Telle pourrait être l'hypothèse d'une filiale qui profiterait de l'état de dépendance d'une société à l'égard de la société mère pour tirer un profit illégitime du cocontractant dépendant¹⁰⁶ !

2. Les conditions objectives : le « contenu du contrat »

Le contenu : la disparition de la cause – Le contenu renvoie tant à l'équilibre du contrat (objet, prix, contrepartie illusoire et dérisoire...) qu'à l'équilibre des clauses contractuelles (art. 1170 et 1171 C. civ. nouv.). Les clauses étant étudiées ultérieurement, c'est le contrat dans son ensemble qui importe à ce stade. Les dispositions relatives au contenu (art. 1162 et s. C. civ. nouv.) n'ont que peu d'incidences sur le droit des sociétés. Les techniques propres au droit des sociétés continueront de s'appliquer telles que la prohibition des clauses léonines (1844-1 C. civ.) ou la dénonciation des sociétés exerçant une activité illusoire sanctionnées par l'absence d'objet social (art. 1833 C. civ.). La disparition du mot « cause » dont les principales fonctions sont maintenues ne devrait pas avoir de conséquences majeures.

S'agissant du contrat de société, tout d'abord, le défaut de cause est rarement soulevé¹⁰⁷ et se confond le plus souvent avec l'objet social¹⁰⁸. Quant aux cessions de droits sociaux, la vileté du prix, sanctionnée tantôt sur le fondement de l'article 1591, prix dérisoire, tantôt sur le fondement de l'article 1131 du Code civil pour absence de cause¹⁰⁹, pourra demain être sanctionnée sur le fondement de l'article 1169 qui dispose que « *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* ». En outre, précisant désormais formellement que la « contrepartie » s'apprécie au stade de la formation¹¹⁰, la validité des clauses de garantie de passif ou de révision du prix qui aboutissent parfois à un prix à valeur nulle ou à valeur négative ne devrait plus être objet de débat. Quant aux motifs entrés dans le champ contractuel, pourront-ils encore demain être pris en compte malgré la disparition du mot cause. Ils pourraient s'avérer encore utiles lorsque les cessionnaires ne souhaitent pas seulement devenir créanciers de la société (titulaires des droits incorporels rattachés aux actions acquises)

¹⁰³ Même si en l'espèce le chantage à l'emploi n'avait pas été établi, Cass. 1^{re} civ., 3 avril 2002, n° 00-12932.

¹⁰⁴ Clause figurant dans un pacte d'actionnaire le plus souvent (Management package). Elle sont fréquentes dans les opérations de rachat avec effet de levier (*Leverage Buy-Out*).

¹⁰⁵ En ce sens, H. Barbier, op. cit.

¹⁰⁶ V. égal. sur la notion de « dépendance collective » lorsqu'un contractant est partie à des contrats conclus avec de plusieurs sociétés d'un même groupe, M. Béhar-Touchais, L'abus de dépendance collective, R.D.C., 2008, p. 649.

¹⁰⁷ V. cep. Cass. 2^{ème} civ., 27 octobre 1971, n° 70-11847, Bull. civ. II, n° 289.

¹⁰⁸ Y. Chaput, De la cause et/ou l'objet., op. cit.

¹⁰⁹ Cass. com., 11 janv. 2005 : Juris-Data n° 2005-026558 ; Dr. sociétés 2005, comm. 126, note F.-G. Trébulle.

¹¹⁰ Certains arrêts ont parfois admis l'appréciation de la cause au stade de l'exécution. Elle doit exister au stade de la formation et se maintenir en cours d'exécution, v. par ex., Cass. 1^{re} civ., 16 déc. 1986, Bull. civ. I, n° 301.

mais en prendre le contrôle. C'est le pouvoir qui se rattache à la détention des titres qui leur importe. Cependant, si l'erreur sur les motifs entrés dans le champ contractuel pourrait être invoquée (art. 1135 C. civ. nouv. « (...) à moins que les parties n'en aient fait expressément un élément déterminant de leur consentement »), il semble peu probable que l'article 1169 puisse servir de fondement à une forme de cause subjective¹¹¹. Certes, la jurisprudence antérieure avait retenu cette conception subjective de la cause alors que les textes du Code civil ne l'évoquent pas formellement ; mais la donne a changé. Le législateur a supprimé la notion de cause et entend bien remédier de cette manière aux nombreuses virtualités que certains juges avaient pu rattacher à la notion de cause¹¹².

Quant à l'objet, son rattachement à la notion de « prestation » ne devrait opérer aucun changement en droit des sociétés. Plus intéressante est la disposition relative au prix des articles 1164 et 1165 C. civ. nouv. La réduction du domaine d'application des clauses de fixation unilatérale du prix aux seuls contrats cadre et la consécration de la fixation unilatérale du prix pendant ou après exécution pour les « contrats de prestation de services » ne devraient cependant avoir aucune incidence sur les règles applicables au prix des cessions de droits sociaux qui relèvent du droit de la vente et pour lesquelles d'ailleurs l'article 1105 C. civ. nouv., en cas d'incompatibilité, assure la primauté.

3. Nullité et caducité

Nullité – L'ordonnance du 10 février 2016 a fait le choix d'intégrer dans la catégorie des sanctions propres à la formation les cas de nullité (art. 1178 et s. C. civ. nouv.) et de caducité (art. 1186 et s. C. civ. nouv.)¹¹³. Le législateur consolide pour l'essentiel la jurisprudence de la Cour de cassation : la perpétuité de l'exception de nullité à moins qu'il y ait eu un début d'exécution (art. 1185), les règles de confirmation (art. 1182 et s.). L'ordonnance apporte également des clarifications sur des questions controversées : consécration de la théorie du droit de critique (nullité absolue-intérêt général ; nullité relative-intérêt privé, art. 1179) ; distinction clairement opérée entre le régime de la nullité partielle et celui de la clause réputée non écrite (art. 1184) ; clarification du régime de l'anéantissement en cascade des contrats interdépendants (art. 1186). Certaines dispositions comportent cependant des innovations importantes avec, principalement, la mise en place de la nullité conventionnelle (art. 1178 in fine) et d'une action interrogatoire (art. 1183).

Ce nouveau dispositif des nullités pourrait pour l'essentiel être incompatible avec le droit spécial des sociétés et ainsi être évincé par application de l'article 1105 C. civ. nouv. Prenons, par exemple, le régime des nullités de la société ou des actes et délibérations sociales prévu par les articles L. 235-1 et suivants du Code de commerce. Ils sont difficilement compatibles avec le régime de la nullité prévu par le nouveau droit commun des contrats. En revanche, ces dispositions trouveront toute leur place dans le droit des cessions de titres. La théorie du droit de critique justifie ainsi que la vileté du prix soit désormais sanctionnée par la nullité relative. Ce n'est finalement que la consécration par un texte d'une jurisprudence aujourd'hui stabilisée¹¹⁴ après une longue période de doute¹¹⁵.

¹¹¹ Contra, M. Buchberger, *Le contenu du contrat*, in *Droit des sociétés...*, op. cit., n° 257 et s., p. 58 et s., spéc. n° 268.

¹¹² Pour une application récente de ce raisonnement qui demain sera certainement révolu, Cass. com., 23 juin 2015, n° 14-18178, non publié au bulletin : « *Mais attendu, d'une part, qu'ayant relevé qu'à défaut de stipulation expresse en ce sens dans l'acte de cession de parts du 27 mars 2007, le mobile tenant à l'intérêt de la famille n'était pas entré dans le champ contractuel, la cour d'appel n'avait pas à s'expliquer sur le contenu d'un document qui était extérieur à cet acte* ».

¹¹³ On aurait pu s'attendre à ce que la caducité se rapporte davantage à l'exécution.

¹¹⁴ Cass. com. 22 mars 2016, n° 14-14.218, à paraître au bulletin : c'est donc le délai de droit commun de l'époque, applicable à la nullité relative qui s'applique (5 ans, art. 1304 C. civ.) et non le délai de prescription trentenaire comme tentait de le faire valoir les cédants : « *Attendu qu'en l'espèce, l'action en nullité des cessions de parts conclues pour*

Quant à l'action interrogatoire, elle n'est pas si novatrice en droit des sociétés car elle existe déjà en cas d'incapacité ou de vice du consentement (articles 1844-12 du Code civil et L. 235-6 du Code de commerce). Est-ce que la règle spéciale déroge à la règle générale ? La spécificité du régime prévu par les articles 1844-12 C. civ. et L. 235-6 C. com. rend l'application de l'article 1183 impossible pour incompatibilité. En effet, les règles spéciales prévoient, par exemple, que « toute personne » peut exercer une telle « action » alors que l'article 1183 ne vise que la « partie ». Ce dernier trouvera donc à s'appliquer uniquement en dehors des cas d'incapacité ou de vice du consentement. Enfin, en cas de silence après interpellation pendant six mois, la nullité pour le vice concerné ne peut plus être demandée. Cependant, cette réduction du délai pour agir à six mois, est-il compatible avec le délai minimum d'un an imposé par l'article 2254 du Code civil ? Peut-on, en outre, réduire un délai considéré comme d'ordre public par un texte spécial ? De nombreuses difficultés sont à prévoir.

Quant à la nullité conventionnelle, amiable ou consensuelle de l'article 1178, il n'est pas certain qu'elle soit si attrayante, y compris en droit des sociétés¹¹⁶. Il faudra prendre garde car la nullité conventionnelle est une convention. Si cette dernière intervient, par exemple, pendant la période d'observation, elle suppose l'autorisation du juge-commissaire, à peine de « nullité de la nullité »¹¹⁷. En définitive, les parties n'ont-elles pas intérêt à épuiser en une fois le contentieux plutôt que de conclure une convention sur la nullité dont la validité peut elle-même être contestée ? En outre, les effets d'une telle nullité sur les parties et les tiers justifieront le plus souvent l'intervention *a posteriori* du juge. De nouveau, n'a-t-on pas intérêt à le faire intervenir en amont du processus ?

La caducité – Quant à la caducité, l'article 1186 al. 2 dispose que « *Lorsque l'exécution de plusieurs contrats est nécessaire à la réalisation d'une même opération et que l'un d'eux disparaît, sont caducs 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* ». L'alinéa 3 précise que « *La caducité n'intervient toutefois que si le contractant contre lequel elle est invoquée connaissait l'existence de l'opération d'ensemble lorsqu'il a donné son consentement* ». Deux interdépendances sont ici codifiées : objective, lorsque l'exécution est rendue impossible par la disparition d'un autre contrat de l'ensemble ; subjective, lorsque le contrat disparu était « *une condition déterminante du consentement d'une partie* ». De nombreux montages contractuels¹¹⁸ en droit des sociétés peuvent être « impactés » par cette disposition¹¹⁹. Avec ce nouvel article qui n'est pas tout à fait en accord avec la jurisprudence antérieure, il n'est

un prix indéterminé ou vil ne tendait qu'à la protection des intérêts privés des cédants ; Attendu que c'est donc à bon droit que la cour d'appel a retenu que cette action, qui relève du régime des actions en nullité relative, se prescrit par cinq ans par application de l'article 1304 du code civil ».

¹¹⁵ Cass. 1^{re} civ., 24 mars 1993, n° 90-21.462 et Cass. com., 23 octobre 2007, n° 06-13.979, Bull. civ. IV, n° 226 (nullité absolue car il s'agit d'un élément essentiel). Contra, Cass. 3^{ème} civ., 24 octobre 2012, n° 11-21.980 et Cass. 1^{re} civ., 29 septembre 2004, n° 03-10.766, Bull. civ. I, n° 216 (nullité relative et théorie du droit de critique).

de droits sociaux et droit des contrats, préf. D. Bureau : *Économica* 2009, spéc. n° 132 et s.

¹¹⁶ Sur ces doutes, Y.-M. Serinet, La constatation de la nullité par les parties : une entorse limitée au caractère juridique de la nullité, JCP (G), n° 29, 18 juillet 2016, 845.

¹¹⁷ P. Cagnoli, L. Fin-Langer, F. Petit, J. Vallansan, réforme du droit des contrats – Incidences en droit des entreprises en difficulté, Rev. Proc. Coll. 2016, alerte 15 : « *Cet accord de nullité, conclu de mauvaise foi pendant la période suspecte ne pourrait-il pas dans certains cas être qualifié de paiement ou au moins faire l'objet d'une demande de nullité facultative (nullité de la nullité) ? En toute hypothèse, si une nullité conventionnelle doit être conclue pendant la période d'observation, la question se posera de l'autorisation nécessaire du juge-commissaire* ».

¹¹⁸ La notion de montage contractuel est intrinsèquement lié à la conclusion de différents « actes ordonnés et interdépendants », en ce sens, Ph. Dom, Les montages en droit des sociétés : éd. Joly 1998.

¹¹⁹ V. par ex. Cass. 1^{re} civ., 13 nov. 2008, n° 06-12.920, FS-P+B, Abihssira c/ ACDLEC : JurisData n° 2008-045780 : « (...) *l'association Acdlec et les deux sociétés Galec et Scapsud, trois structures contractuelles juxtaposées étaient interdépendantes et constituaient le soutien nécessaire du « mouvement Leclerc », dont l'adhésion à l'Acdlec et le contrat de panoncean assurent la cohésion ; qu'à partir de ces diverses constatations, dont elle a souverainement déduit l'existence d'un ensemble contractuel voulu indivisible, elle a pu admettre que la perte du droit d'utiliser le panoncean Leclerc, pivot de l'activité recherchée, avait par lui-même justifié les exclusions ultérieures litigieuses* ».

pas certain que les parties puissent par une clause contractuelle prévoir de rendre les contrats de cet ensemble contractuel divisibles. La formule de l'article 1186 alinéa 2 ne laisse pas de place à un éventuel aménagement conventionnel lorsque l'interdépendance est structurelle ou objective.

C. Les effets du contrat

Les effets du contrat amènent à aborder principalement deux séries de dispositions¹²⁰ : la révision pour imprévision et les sanctions en cas d'inexécution.

1. La consécration de la révision pour imprévision

L'une des principales nouveautés de l'ordonnance du 10 février 2016 a été d'intégrer au sein du Code civil la révision pour imprévision (art. 1195 C. civ. nouv.). Même si cette révision pour imprévision est très encadrée sur le plan substantiel et procédural, elle constitue une innovation majeure. L'imprévision suppose un changement de circonstances imprévisible au moment de la formation du contrat qui rend l'exécution du contrat excessivement onéreuse. Cette révision est précédée d'une tentative de renégociation. En cas de refus ou d'échec, les parties peuvent convenir de la résolution ou demander d'un commun accord l'adaptation du contrat. Enfin, à défaut d'accord dans un délai raisonnable, une partie peut demander au juge soit de mettre fin au contrat, soit de le réviser¹²¹. Cette disposition ne semble pas être d'ordre public car le législateur prévoit lui-même l'hypothèse où une partie aurait accepté d'assumer les risques de l'imprévision¹²².

Le droit des sociétés est-il intéressé par ce nouvel instrument¹²³ ? Tout d'abord, cette disposition pourrait être mise en œuvre afin de s'opposer à l'ouverture d'une procédure de sauvegarde¹²⁴. L'imprévision permet en effet de demander une tentative de renégociation avant toute saisine du juge. La combinaison du nouveau droit des contrats et du droit des procédures collectives doit alors être repensée, à moins de faire valoir encore une fois l'article 1105 C. civ. nouv.

Au-delà de cette hypothèse particulière, tous les outils contractuels qui s'inscrivent dans la durée sont concernés par cette institution. C'est notamment le cas des cessions de contrôle et, spécialement, des opérations de fusion-acquisition qui peuvent durer plusieurs mois en raison des multiples autorisations qu'il convient d'obtenir. Les promesses qui préparent cette cession de

¹²⁰ La cession de contrat sera abordée avec le régime des obligations afin de mettre en perspective les trois cessions de contrat, de créance et de dette.

¹²¹ Sur le sens de ces conditions, M. Mekki, De l'imprévisible changement de circonstances à l'imprévisible immixtion du juge ?, BRDA, n° 10, 31 mai 2016, p. 15 et s.

¹²² Clause qui devra être rédigée avec précaution afin de ne pas être qualifiée de clause abusive, v. sur cette qualification envisageable le faisceau d'indices utilisé par le juge, M. Mekki, Fiche pratique sur les clauses abusives : quel *modus operandi* pour les professionnels du droit ?, Gaz. Pal., 10 mai 2016, n° 17 ; du même auteur, Fiche pratique sur le contrat d'adhésion, Gazette du Palais, 22 mars 2016, n° 14 ; du même auteur, Se conformer au nouveau droit des contrats Regards croisés sur les clauses potentiellement excessives, JCP (E), 2016, 1373.

¹²³ Cette disposition ne manquera de poser de nombreuses questions en droit des sociétés : les circonstances sont-elles définies extérieurement aux parties mais peuvent-elles toucher la société cible ? Peut-il s'agir de difficultés rencontrées par l'une des parties ? Le terme de circonstance n'est pas clair et le doute persiste. Quant à l'exécution excessivement onéreuse, prévoit-elle l'hypothèse d'une diminution de la valeur de la société cible ?

¹²⁴ En ce sens, Ph. Delebecque, *Quelle incidence de la réforme de l'imprévision ? Intervention Colloque Bordeaux 3e rencontres jurisprudence-doctrine : Échanges sur la hiérarchisation des intérêts dans les procédures collectives*, Bull. Joly Entreprises en difficulté, à paraître.

contrôle doivent désormais intégrer ce mécanisme de la révision pour imprévision, éventuellement pour l'écartier ou l'aménager. Ce facteur temporel est d'ailleurs depuis longtemps intégré par les parties qui prévoient dans ce type de montage une clause intitulée « *material adverse change* » (MAC)¹²⁵. Par cette clause « l'« acquéreur » se réserve la possibilité de ne pas achever la fusion ou l'acquisition convenue, ou d'en renégocier les conditions, si, avant la date de clôture définitive de l'opération (« *prior closing the deal* »), toutes les opérations que celle-ci suppose étant accomplies, surviennent des circonstances qui en bouleversent l'économie aux yeux de l'« acquéreur » »¹²⁶. Puisque l'article 1195 prévoit une clause par laquelle une partie accepte les risques de l'imprévision, *a fortiori* les clauses classiques, parmi lesquelles les clauses de *material adverse change*, sont encore valables. Tel est également le cas des clauses de *hardship*, clauses d'*earn out*... Une précaution rédactionnelle s'impose cependant spécialement en présence d'une clause d'*earn out* et d'une clause de rachat à prix plancher.

Dans l'hypothèse où les parties ont fait le choix d'une clause d'*earn out*, il serait opportun qu'elles précisent clairement si elles entendent évincer toute révision pour imprévision. Car en effet, un juge pourrait considérer que les parties n'ont pas entendu substituer une clause d'*earn out* à la révision pour imprévision mais adjoindre à la révision pour imprévision une clause contractuelle spécifique relative à la détermination du prix. La présence d'une clause d'*earn out* n'exclurait pas une éventuelle révision pour imprévision. Dans le doute, il faut clairement préciser si la clause d'*earn out* exclut toute révision pour imprévision au sens de l'article 1195 C. civ. nouv.

Le même doute peut naître de l'introduction dans un contrat d'une clause de rachat à prix plancher¹²⁷, qui prend la forme d'une promesse unilatérale d'achat. Cette convention peut-elle se voir appliquer le dispositif de révision pour imprévision en cas de baisse drastique de la valeur des actions ? Deux analyses sont possibles. Soit on considère que l'article 1195 est une règle supplétive, règle normale, et qu'on ne peut l'évincer que par la manifestation d'une volonté claire et non équivoque. Or, prévoir un prix plancher ce n'est pas à proprement parler évincer toute forme de révision pour imprévision. Soit on considère que si les parties ont par convention fixé ce prix plancher c'est qu'elles ont décidé de répartir le risque de l'imprévision et d'évincer ainsi toute application de ce dispositif¹²⁸ ? Dans le doute, encore une fois, il convient d'être clair sur les intentions des parties. Dans les opérations d'acquisition, en particulier, la révision judiciaire est difficile à accepter par les parties et une éviction par une clause claire, non équivoque et justifiée s'impose¹²⁹.

Il faut enfin conseiller, dans l'hypothèse où cette disposition ne serait ni évincée ni aménagée, de l'encadrer par une clause de conciliation préalable obligatoire. En effet, non seulement la renégociation peut, selon les termes du texte, être refusée mais surtout le cocontractant pourrait se contenter de nier l'existence même de l'imprévision pour saisir le juge au fond. Pour éviter cela, une clause de conciliation préalable obligatoire est opportune car son régime juridique est aujourd'hui mieux connu. Elle fait naître notamment une fin de non recevoir et suspend le délai de prescription. Elle renforcerait ainsi l'efficacité de l'article 1195 C. civ. nouv.

2. Les sanctions en cas d'inexécution

¹²⁵ Yves Quintin, *Les contrats de fusion-acquisition dans la tourmente financière américaine - les clauses de « Reverse break-up fees » et de « Material adverse change » en font-elles de simples options ?* : RD aff. int, 2008, n° 3, p. 275 ; A-C. Pelissier, *La MAC clause (ou l'art d'appréhender l'adversité pendant la période de réalisation des conditions suspensives)* : RLDC 2006/26, n° 1081.

¹²⁶ clauses B. Mercadal, « À propos de la clause « *Material Adverse Change* » en matière de fusions de sociétés » : RJDA 2/2003, p. 83

¹²⁷ P. Le Cannu et B. Dondero, *Clauses léonines : l'épouvantail bouge encore !* (au sujet des promesses d'achat d'actions) : RTD com. 2010, p. 379.

¹²⁸ Sur ce doute, v. égal. A. Couret et A. Reygrobellet, *Le projet de réforme du droit des obligations : incidences sur le régime des cessions de droits sociaux*, préc., spéc. n° 52.

¹²⁹ J.-J. Ansault et D. Swinburne, *Réforme du droit des contrats . - Premières réflexions sur les évolutions des opérations de fusion-acquisition*, JCP (E), n° 21, 26 mai 2016, 1307

Les sanctions à la carte de l'article 1217 C. civ. nouv. – Les sanctions de l'inexécution constituent la partie la plus innovante de l'ordonnance du 10 février 2016 (art. 1217 et s. C. civ. nouv.)¹³⁰. Tout d'abord, l'exception d'inexécution fait l'objet d'une disposition générale (art. 1219) alors qu'elle repose actuellement sur un ensemble de dispositions dispersées. L'article 1220 constitue une innovation en ce qu'il consacre l'exception d'inexécution par anticipation. Cette technique est cependant difficile à mettre en œuvre lorsqu'il s'agit du contrat de société. On voit mal comment un associé pourrait cesser d'exécuter ses propres obligations au motif qu'un autre associé ne les exécute pas. L'exception d'inexécution ne peut jouer que dans une relation d'échanges, qu'elle se réalise au sein d'un contrat unique ou d'un ensemble contractuel. Or, l'apport en société n'est pas à proprement parler la contrepartie de l'apport d'un autre associé. A moins de se laisser séduire par la qualification d'ensemble contractuel ce qui reste très hypothétique mais peut toujours être plaidé ! En revanche, les articles 1219 et 1220 joueront pleinement leur rôle dans la cession de titres qui est un contrat-échange.

L'article 1221 consolide, ensuite, le principe de l'exécution forcée en nature¹³¹ qui ne cesse de gagner du terrain spécialement dans les pactes d'actionnaires¹³². Cependant, cette disposition ajoute un tempérament surprenant. Cette exécution est exclue en cas de disproportion manifeste entre le coût pour le débiteur et l'intérêt pour le créancier¹³³. Cette éviction suscite de nombreuses interrogations : l'intérêt du créancier est-il interne au contrat ou externe ? Le coût pour le débiteur suppose-t-il d'apprécier ses capacités financières ou uniquement l'excès par rapport à la prestation convenue ? La bonne ou mauvaise foi des parties a-t-elle des incidences sur la possibilité d'invoquer la disproportion manifeste ? Cette disproportion manifeste, dans sa fonction d'éviction, peut-elle être elle-même évincée par une clause contractuelle ? Quelles que soient les questions posées, il est peu probable que cette hypothèse de la disproportion manifeste aie de nombreuses occasions d'être mises en œuvre en droit des sociétés.

Quant la résolution par la mise en œuvre d'une clause résolutoire, par notification hors le juge ou par la voie judiciaire, les contrats de société ne sont pas réellement concernés et les cessions de droit sociaux ne présentent aucune spécificité. En revanche, la mise en œuvre d'une clause résolutoire ou d'un cas de résolution par voie de notification ou par voie judiciaire pourrait se heurter aux règles de continuation des contrats en droit des procédures collectives (article L. 622-13 du Code de commerce)¹³⁴.

Enfin, la révision unilatérale du prix (art. 1223 C. civ. nouv.), qui est amenée à produire ses effets hors le juge et unilatéralement lorsque le prix n'a pas encore été payé dans son intégralité, a peu d'intérêt en droit des sociétés. Si l'on prend le cas de la cession de droits sociaux, il faudrait établir une exécution imparfaite. Si la cession opère transfert des droits incorporels afférents aux titres on ne voit pas en quoi il pourrait y avoir une exécution imparfaite. Si c'est l'activité ou la rentabilité de la société qui est décevante, elle ne se rapporte pas réellement à l'objet de la cession, à moins de se livrer de nouveau à une interprétation extensive qui semble peu probable¹³⁵.

La réforme du droit des obligations a des incidences importantes sur l'instrument du contrat mis au service du droit des sociétés. Cependant, une tendance plus originale se dessine au sein de la réforme qui est la mise en place d'une véritable police des clauses contractuelles, police fondamentale dans un domaine où domine l'ingénierie contractuelle.

¹³⁰ M. Mekki, Le juge et les remèdes à l'inexécution du contrat, RDC, n° 2, juin 2016, p. 400 et s.

¹³¹ Principe consacré depuis longtemps pour les cessions de droits sociaux, v. not. Cass. com., 10 juin 1976, n° 74-14595 : Bull. civ. IV, n° 190.

¹³² A propos du non-respect d'une convention de vote pour laquelle pendant longtemps seuls des dommages et intérêts étaient versés, v. F.-X. Lucas, L'exécution forcée des conventions de vote » : Bull. Joly Sociétés, 2011, p. 625, n° 321.

¹³³ M. Mekki, L'exécution forcée en nature... sauf si..., Fiche pratique, L'exécution forcée en nature sauf si..., Gazette du Palais, juin 2016, à paraître.

¹³⁴ En ce sens, P. Cagnoli et alii, op. cit., spéc.

¹³⁵ Dans le même sens, v. déjà, A. Couret et A. Reygrobelle, op. cit., spéc. n° 45.

II. Les clauses

...