

L'EXÉCUTION FORCÉE CONTRACTUELLE

157. L'exécution forcée en nature, corollaire de la force obligatoire du contrat. La place conférée à l'exécution forcée en nature⁵⁹⁶ est fonction de la signification donnée à la force obligatoire du contrat. En droit anglo-saxon, la force obligatoire signifie simplement que le débiteur qui manque à ses obligations s'expose à une sanction juridique, peu important alors la nature de la sanction prononcée⁵⁹⁷. Pour le droit français, en revanche, l'exécution forcée en nature⁵⁹⁸ se présente comme le prolongement naturel et nécessaire de la force obligatoire⁵⁹⁹. La

⁵⁹⁶ Sur la distinction entre exécution forcée et exécution en nature, v. V. Lonis-Apokourastos, *La primauté contemporaine du droit à l'exécution en nature*, PUAM, 2003, préf. J. Mestre, n° 11, p. 26-27 : « Certains auteurs considèrent que l'expression exécution forcée est synonyme d'exécution en nature de l'obligation. Selon d'autres, l'exécution en nature étant l'un des modes d'exécution forcée des obligations » ; Y.-M. Laithier, *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, LGDJ, 2004, préf. H. Muir Watt, n° 15, p. 37 : l'exécution forcée s'oppose à l'exécution volontaire : « L'exécution de l'obligation contractuelle est forcée lorsqu'elle est ordonnée par le juge... L'exécution forcée a lieu en nature si le débiteur est condamné à fournir l'objet précis de la prestation convenue ; elle a lieu par équivalent si elle vise à octroyer au créancier des dommages-intérêts évalués de façon à replacer dans la situation qui aurait été la sienne si le contrat avait été ponctuellement et complètement exécuté » ; P. Wéry, *L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles non pécuniaires. Une relecture des articles 1142 à 1144 du code civil*, Kluwer Editions Juridiques Belgique, 1993, préf. I. Moreau-Margrève, p. 10 ; *Contra* : S. Le Gac-Pech, art. préc., spéc. p. 14-15 : « Il faut tenir pour synonyme l'exécution forcée ou en nature, car l'exécution sous contrainte est toujours une exécution en nature consistant à contraindre le débiteur à ce à quoi il s'était obligé. On ne doit parler d'équivalence qu'à propos de la réparation, car la réparation est toujours un équivalent... Les termes de réparation en nature et d'exécution par équivalent ne sont que de faux concepts » ; en ce sens, v. N. Molfessis, art. préc., spéc. p. 46.

⁵⁹⁷ L'attribution de dommages-intérêts constitue la sanction de principe en droit anglo-saxon en raison de la définition singulière de la force obligatoire du contrat. V. D. Tallon, « Les remèdes », « Le droit français », in *Le contrat aujourd'hui : comparaisons franco-anglaises*, sous la dir. de H. Donald et D. Tallon, LGDJ, 1987, p. 271, spéc. p. 286 ; S. Whittaker, « Un droit à la prestation plutôt qu'un droit à l'exécution ? Perspectives anglaises sur l'exécution en nature et la réparation », in *Exécution du contrat en nature ou par équivalent*, RDC 2005, p. 49 ; D. Tallon, « L'inexécution du contrat : pour une autre présentation », *RTD civ.* 1994, p. 223, spéc. p. 224 ; F. Bellivier et R. Sefton-Green, « Force obligatoire et exécution en nature du contrat en droit français et en droit anglais : bonnes et mauvaises surprises du comparatisme », in *Mél. Ghestin, Le contrat au début du XXI^e siècle*, LGDJ, 2001, p. 91, spéc. p. 95 ; E. Chahounka Tolomè, « L'inexécution précontractuelle et contractuelle en droit français et américain : une instructive comparaison », *Gaz. Pal.* 2007, p. 963 ; B. Fauvarque-Cosson, « Regards comparatistes sur l'exécution forcée en nature », *RDC* 2006, p. 529.

⁵⁹⁸ L'expression « exécution en nature » est ici définie *lato sensu*, elle renvoie à tous les moyens directs ou indirects permettant au créancier d'obtenir le résultat promis. Les articles 1143 et 1144 du Code civil permettent ainsi une exécution en nature des obligations de faire et de ne pas faire sans contraindre pour autant le débiteur à exécuter lui-même la prestation. V. P. Puig, « Les techniques de préservation de l'exécution en nature », in *Exécution du contrat en nature ou par équivalent*, RDC 2005, p. 85 ; *Contra* : pour certains auteurs, l'exécution en nature n'englobe pas la réparation en nature. V. P. Wéry, « L'exécution en nature de l'obligation contractuelle et la réparation en nature du dommage contractuel », in *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles*, Etudes de droit comparé sous la dir. de M. Fontaine et G. Viney, LGDJ, 2001, p. 205, spéc. p. 236 : la réparation en nature « n'offre au créancier qu'un équivalent du résultat que lui aurait fourni l'exécution en nature de l'obligation contractuelle » ; pour un approfondissement de la distinction entre exécution et réparation, v. P. Rémy-Corlay, « Exécution et réparation : deux concepts ? », in *Exécution du contrat en nature ou par équivalent*, RDC 2005, p. 13. Nous estimons

conception volontariste et subjectiviste du contrat conforte sa place au sommet de la hiérarchie des sanctions : dès lors que l'on a accepté de s'engager, la parole donnée doit être respectée et le contrat exécuté⁶⁰⁰.

158. Les vicissitudes de l'exécution forcée en nature. Bien que conforme aux fondements de la force obligatoire, ce n'est qu'au prix d'une longue évolution que l'exécution en nature a su s'imposer en véritable principe⁶⁰¹. Méconnue du droit romain et du Moyen Âge⁶⁰², ce n'est qu'au cours du XX^e siècle qu'elle est véritablement parvenue à conquérir notre système juridique et conférer une place de second rang à l'exécution par équivalent. Il n'en demeure pas moins que la rédaction ambiguë de l'article 1142 du Code civil laisse planer un doute quant à sa portée. Aux termes de celui-ci, « *Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur* ».

Trois lectures de cette disposition sont envisageables.

nécessaire d'interpréter la notion dans sa conception la plus large et d'assimiler la réparation en nature à l'exécution en nature et l'opposer ainsi à l'équivalent monétaire.

⁵⁹⁹ G. Lardeux, « Droit positif et droit prospectif de l'unilatéralisme dans le contrat », in *L'efficacité du contrat* sous la dir. de G. Lardeux, Dalloz, 2011, p. 1, spéc. p. 2 : « *l'exécution forcée en nature est-elle considérée, tant en droit positif qu'en droit prospectif, comme la reine des solutions en cas de difficulté d'exécution spontanée par le débiteur. La raison en est forte puisqu'il ne s'agit rien de moins que de considérer qu'elle est la seule parfaite manifestation de la force obligatoire des conventions* » ; en ce sens, v. D. Tallon, art. préc., spéc. p. 286 et p. 290 ; S. Le Gac-Pech, art. préc., spéc. p. 18 ; G. Viney, art. préc., spéc. p. 182 ; N. Molfessis, art. préc., spéc. p. 40 et 45 ; T. Genicon, *La résolution du contrat pour inexécution*, LGDJ, 2007, préf. L. Leveneur, n° 360 et s., p. 261 et s., spéc. n° 361, p. 262 ; L. Weiller, « Processualisation et force obligatoire du contrat », in *Regards comparatistes sur le phénomène contractuel*, PUAM, 2009, p. 157, spéc. p. 158-159 ; *Contra* : Y.-M. th. préc., n° 36 et s., p. 58 et s. : l'auteur conteste la supériorité donnée à l'exécution en nature. Assimiler force obligatoire et exécution en nature, c'est confondre la norme et sa sanction. L'article 1134 du Code civil n'instaure aucune hiérarchie dans les sanctions, spéc. n° 38, p. 59 ; Y.-M. Laithier, « La prétendue primauté de l'exécution en nature », in *Exécution du contrat en nature ou par équivalent*, RDC 2005, p. 161, spéc. p. 175 : « *Ce n'est pas porter atteinte ou malmener la force obligatoire que de contester la primauté de l'exécution forcée en nature...L'article 1134 pose l'existence d'une sanction et l'article 1142 édicte l'une d'elles* » ; C. Popineau-Dehaillon, *Les remèdes de justice privée à l'inexécution du contrat étude comparative*, LGDJ, 2008, préf. M. Goré, n° 992, p. 525 ; J.-P. Gridel et Y.-M. Laithier, « Les sanctions civiles de l'inexécution du contrat imputable au débiteur : état des lieux », *JCP G* 2008, I, 143, p. 13, spéc. p. 15 ; F. Bellivier et R. Sefton-Green, art. préc., spéc. p. 106 et s. : ces auteurs affirment l'existence d'une « déconnexion » entre la force obligatoire et l'exécution en nature. L'exécution par équivalent peut satisfaire le créancier de la même façon que l'exécution en nature.

⁶⁰⁰ N. Molfessis, art. préc., spéc. p. 41 : « *l'exécution forcée est la manière par excellence d'assurer le respect de l'engagement contracté* ». Par suite, l'auteur propose de soustraire les engagements non voulus par les parties, notamment les obligations issues d'un forçage du contrat par le juge, de l'exécution forcée en nature ; Y.-M. Laithier, art. préc., spéc. p. 172 : la sanction de l'exécution en nature a pour double objectif de faire respecter la parole donnée et de dissuader le débiteur de ne pas respecter ses obligations ; W. Jeandidier, « L'exécution forcée des obligations contractuelles de faire », *RTD civ.* 1976, p. 700, spéc. p. 702 : selon l'auteur, ordonner une exécution par équivalent revient à déjouer les prévisions des parties.

⁶⁰¹ Y.-M. Laithier, « La prétendue primauté de l'exécution en nature », in *Exécution du contrat en nature ou par équivalent*, RDC 2005, p. 161, spéc. p. 164.

⁶⁰² J. Coulet, *L'exécution forcée en nature*, thèse Paris II, 2007.

Selon une première interprétation, l'article 1142 du code civil fait écho à l'adage « *Nemo praecise potest cogi ad factum* ». En conséquence, aucune obligation de faire ou de ne pas faire n'est susceptible d'être l'objet d'une exécution forcée en nature. Le débiteur peut donc accomplir la prestation ou verser l'équivalent en argent. Interprétation la plus littérale, elle est cependant incompatible avec la force obligatoire du contrat tel que l'envisage le droit français.

Selon une deuxième conception, la prohibition de l'exécution forcée en nature ne concerne que les seules « *obligations de comportement* »⁶⁰³ présentant un caractère éminemment personnel⁶⁰⁴. Cette interprétation postule une rédaction elliptique de l'article 1142 du Code civil puisque ce dernier n'opère aucune distinction au sein de ces catégories d'obligations. Elle présente cependant l'avantage de le concilier avec l'article 1134 du même Code.

Enfin, selon une dernière conception, il ne faut pas comprendre cette disposition au sens littéral comme prescrivant l'exécution forcée par équivalent, mais l'interpréter comme offrant au créancier une alternative entre l'exécution par équivalent et l'exécution en nature par un tiers aux dépens du débiteur en cas de non respect des condamnations judiciaires. C'est donc seulement si le débiteur refuse postérieurement à la condamnation judiciaire que les articles 1142, 1143 et 1144 du Code civil auraient vocation à jouer⁶⁰⁵. Cette interprétation renouvelée suppose cependant une maladresse importante de rédaction de l'article 1142 du Code civil.

159. La consécration de la primauté de l'exécution en nature en droit commun. Face à cette ambiguïté rédactionnelle, la jurisprudence a choisi de consacrer la deuxième lecture et d'interpréter l'article 1142 du Code civil à l'aune de l'article 1134, alinéa 1, du Code civil. Soutenue par la doctrine majoritaire, elle a donc progressivement⁶⁰⁶ condamné la lecture stricte de l'article 1142 du Code civil et privilégié l'exécution forcée en nature⁶⁰⁷. Le fait qu'elle ne soit

⁶⁰³ Terme emprunté à G. Viney, (v. art. préc.) pour désigner les obligations de faire et de ne pas faire.

⁶⁰⁴ P. Brun, « Le droit de revenir sur son engagement », *Droit et patr.* mai 1998, p. 78, spéc. p. 85 : « *Ce que les rédacteurs ont voulu (qu'ils ont il est vrai assez mal exprimé), c'est un rempart contre la violence faite à la personne. L'article 1142, c'est l'intangibilité de la personne humaine contre la loi d'airain du contrat !* ». En outre, l'on doit entendre par caractère éminemment personnel les obligations qui mettent en jeu « *des qualités irréductiblement personnelles du débiteur* ». V. V. Lonis-Apokourastos, th. préc., n° 8, p. 23.

⁶⁰⁵ P. Wéry, th. préc.

⁶⁰⁶ L'exécution en nature est favorisée dès 1953. V. Cass. civ. 1^{ère}, 20 janvier 1953, *JCP G* 1953, II, 7677, note P. Esmein.

⁶⁰⁷ J.-P. Gridel et Y.-M. Laithier, art. préc. : « *le droit français est présenté comme l'un de ceux qui favorisent le plus cette sanction au monde* » ; V. Lonis-Apokourastos, th. préc., n° 1, p. 17. Les décisions prononçant l'exécution forcée en nature des obligations de faire ou de ne pas faire sont nombreuses. V. par exemple Cass. civ. 1^{ère}, 16 janvier 2007, *Bull. civ.* I, n° 19, *JCP G* 2007, IV, 1360 : décision dans laquelle la Cour de cassation a clairement

pas avantageuse ou démesurée par rapport à l'avantage procuré est indifférent⁶⁰⁸. Restreignant ainsi son champ d'application, elle révèle sa conception stricte de la force obligatoire du contrat.

Pour autant, aucune exécution forcée en nature ne sera prononcée par le juge lorsque celle-ci se révèle impossible d'un point de vue moral, matériel ou juridique⁶⁰⁹. Cependant, cela ne signifie pas que le débiteur soit à l'abri de toute sanction juridique. Admettre l'inverse porterait un coup fatal à la force obligatoire du contrat. Dès lors, lorsque l'exécution forcée en nature se révèle impossible, le contractant fautif sera condamné judiciairement à verser des dommages et intérêts au créancier : c'est ce que l'on dénomme l'exécution forcée ou sanction par équivalent.

affirmé aux visas de l'article 1142 et 1134 du Code civil le droit du créancier de demander l'exécution forcée en nature d'une obligation, peu important sa nature, dès lors que celle-ci est possible. En l'espèce, le débiteur s'était engagé à ne pas publier ou faire publier une œuvre dans une collection qui puisse faire une trop forte concurrence à son créancier à qui il avait cédé le droit d'exploitation. Cet arrêt illustre clairement la condamnation par la jurisprudence d'une lecture littérale de l'article 1142 du Code civil. En outre, le Professeur Denis Mazeaud (note sous l'arrêt, *RDC* 2007, n° 3, p. 719) souligne que la référence à l'article 1134 du Code civil témoigne de la volonté jurisprudentielle de fonder l'exécution en nature sur la force obligatoire du contrat ; en ce sens, v. Cass. civ. 3^e, 11 mai 2005, *Bull. civ.* III, n° 103 ; *RTD civ.* 2005, p. 596, obs. J. Mestre et B. Fages ; *CCC* 2005, comm. n° 187, obs. L. Leveneur ; *RDC* 2006, p. 323, obs. D. Mazeaud. La solution adoptée en droit privé contraste, cependant et de manière injustifiée, avec la solution retenue en droit administratif qui refuse de prononcer l'exécution forcée en nature d'une obligation de faire. V. C.-E. Bucher, *L'inexécution du contrat de droit privé et du contrat administratif, Etude de droit comparé interne*, Dalloz, 2011, préf. L. Leveneur, n° 526 et s., p. 427 et s.

⁶⁰⁸ S. Le Gac-Pech, « Vers un droit des remèdes », *LPA*, 4 décembre 2007, n° 242, p. 7, spéc. p. 17 ; G. Viney, « Exécution de l'obligation, Faculté de remplacement et réparation en nature en droit français », in *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles*, Etudes de droit comparé sous la dir. de M. Fontaine et G. Viney, LGDJ, 2001, p. 167, spéc. p. 183 : la jurisprudence refuse de se référer à la théorie de l'abus de droit pour refuser l'exécution en nature même lorsque celle-ci se révèle excessivement onéreuse pour le débiteur et que le créancier n'y a peu d'intérêt ; en ce sens, v. Cass. civ. 3^e, 15 février 1978, *Bull. civ.* III, n° 85 ; *D.* 1978, IR p. 414. Les projets de réforme, dans le prolongement du droit positif, consacrent également un droit discrétionnaire au créancier de demander l'exécution en nature dont la seule limite repose sur le caractère éminemment personnel de la prestation. V. J. Rochfeld, « Remarques sur les propositions relatives à l'exécution et à l'inexécution du contrat : la subjectivisation du droit de l'exécution », *RDC* 2006, p. 113.

⁶⁰⁹ D. Tallon, « Les remèdes », « Le droit français », in *Le contrat aujourd'hui : comparaisons franco-anglaises*, sous la dir. de H. Donald et D. Tallon, LGDJ, 1987, p. 271, spéc. p. 287 : il y a impossibilité matérielle lorsque le bien objet du contrat a disparu ou que le préjudice est définitivement acquis. Il y a impossibilité morale lorsque l'on ne peut contraindre même sous astreinte le débiteur à exécuter sa prestation, comme fournir une œuvre ou une prestation artistique ou lorsque la prestation litigieuse met en jeu une certaine considération de la personne, un rapport de confiance entre les parties. La Cour de cassation a, par exemple, censuré la décision d'une Cour d'appel qui avait refusé d'ordonner l'exécution forcée en nature, au motif que l'exécution de l'obligation n'était pas matériellement impossible : Cass. civ. 3^e, 17 janvier 1984, Abou, inédit, *RTD civ.* 1984, p. 711, obs. J. Mestre ; W. Jeandier, L'exécution forcée des obligations contractuelles de faire, *RTD civ.* 1976, p. 700, spéc. p. 724 : l'auteur plaide pour une interprétation stricte des obligations de faire à caractère éminemment personnel. Il énonce que « La protection de la liberté physique, voire intellectuelle, ne doit pas être comprise trop largement ».

160. L'application « sélective » de l'exécution en nature du contrat de société. Le contrat de société et le contrat d'apport hébergent deux catégories d'obligations⁶¹⁰ : les obligations légales et les obligations conventionnelles⁶¹¹. Le respect de la force obligatoire conduit, en principe, à recourir à l'exécution forcée en nature chaque fois que l'associé se refuse à exécuter spontanément ses obligations. Toutefois, si toutes ces obligations sont bien soumises au dogme de la force obligatoire du contrat, certaines sont affectées d'une force obligatoire atténuée. En effet, une dichotomie s'observe du point de vue de leur sanction. Alors que pour les obligations légales, législateur et jurisprudence ont, conformément au droit commun des contrats, accordé sans difficulté leur faveur à l'exécution forcée en nature (SECTION 1), en revanche, cette dernière a davantage de mal à prospérer concernant les obligations conventionnelles (SECTION 2).

SECTION 1 UNE INFLUENCE PATENTE DU DROIT COMMUN DES CONTRATS CONCERNANT LES OBLIGATIONS LEGALES

161. Le contrat de société présente incontestablement un paradoxe : s'il souffre d'une réglementation impérative excessive, le législateur n'a pour autant imposé que peu d'obligations à la charge des associés⁶¹². Toutefois, l'exécution de ces obligations « *sociétaires* »⁶¹³ permet non seulement de protéger l'intérêt des associés contractants, mais également, celui de la société et des tiers⁶¹⁴. C'est dire qu'il est nécessaire de doter ces obligations de sanctions efficaces. Aussi et conformément au droit commun des contrats, l'exécution en nature constitue-t-elle la sanction de principe (§1) et l'exécution par équivalent apparaît comme l'exception (§2).

⁶¹⁰ Les notions d'« engagement » et d'« obligation » sont ici tenues pour synonymes. La notion de « devoir » fait davantage référence « à un précepte général, à une sorte de règle déontologique ». V. L. Godon, *Les obligations des associés*, Economica, 1999, préf. Y. Guyon, n° 1, p. 1.

⁶¹¹ La distinction entre les obligations légales et les obligations contractuelles doit être relativisée puisque les obligations légales revêtent elles aussi d'une certaine manière une nature contractuelle. V. M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, T.2, par G. Ripert et J. Boulanger, LGDJ, 4^e éd., 1952, n° 28 : « comme ces obligations légales ne pèsent que sur ceux qui contractent, on continue à les considérer comme contractuelles » ; M. Buchberger, *Le contrat d'apport, Essai sur la relation entre la société et son associé*, éd. Panthéon-Assas, 2011, préf. M. Germain, n° 30, p. 51 ; P. Jacques, *Regards sur l'article 1135 du Code civil*, Dalloz, 2005, préf. F. Chabas, n° 14, p. 25 ; P. Stoffel-Munck, *L'abus dans le contrat*, LGDJ, 2000, préf. R. Bout, n° 152, p. 137.

⁶¹² L. Godon, th. préc., n° 8, p. 9.

⁶¹³ Terme emprunté à Yves Guyon pour désigner les obligations du régime légal. V. préf. L. Godon, th. préc.

⁶¹⁴ C. Lefeuvre, *Le référé en droit des sociétés*, PUAM, 2006, préf. H. Le Nabasque, n° 46, p. 56.

§1 LE PRINCIPE : L'EXECUTION FORCEE EN NATURE DES OBLIGATIONS LEGALES

162. Par analogie au contrat de mariage, l'ensemble des obligations légales constitue en quelque sorte le régime primaire⁶¹⁵ auquel les associés ne peuvent déroger. Toutes sont en effet nécessaires au fonctionnement de la société. Aussi, par application du droit commun, l'exécution forcée en nature s'impose-t-elle, peu important que soient en jeu des obligations communes à toutes les sociétés (A) ou spécifiques à certaines d'entre elles (B).

A- L'EXECUTION FORCEE EN NATURE DES OBLIGATIONS LEGALES COMMUNES

163. Aux termes de l'article 1832 du Code civil⁶¹⁶, par la conclusion du contrat de société, l'associé s'engage à exécuter deux obligations : l'apport (1) et la contribution aux pertes (2). Aussi le défaut d'exécution volontaire de l'une ou l'autre conduit-il à en ordonner, en principe, l'exécution forcée en nature⁶¹⁷.

1- L'exécution forcée en nature de l'obligation d'apport

164. Présentation. L'apport constitue l'obligation première et essentielle⁶¹⁸ du contrat de société qui conditionne la qualité d'associé⁶¹⁹ et permet de constituer le gage des créanciers

⁶¹⁵ Comparaison opérée par Monsieur Laurent Godon dans sa thèse préc.

⁶¹⁶ Article 1832 du Code civil : « *La société est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter... Les associés s'engagent à contribuer aux pertes* ».

⁶¹⁷ S'ajoute également à ces deux obligations, l'obligation de bonne foi inscrite à l'article 1134, alinéa 3, du Code civil. Cette obligation revêt une intensité particulière dans le contrat de société en raison de l'*affectio societatis* présent en principe chez tous les associés. V. *infra*, n° 363 et 364.

Néanmoins, en raison de son imprécision, la bonne foi s'apparente davantage à un devoir plutôt qu'à une réelle obligation. V. L. Godon, th. préc., n° 138 et n° 139, p. 91 et n° 136, p. 89 : « *la jurisprudence hésite sur l'application d'une règle qui est si générale qu'elle en est imprécise* », Y. Guyon, *Traité des contrats, Les sociétés, Aménagements statutaires et conventions entre associés*, 5^e éd., LGDJ, 2002, n° 36 : « *En France, il est difficile de préciser les conséquences juridiques de ce qui ne paraît être qu'une manifestation de l'affectio societatis* ». Par conséquent, elle ne peut faire l'objet, en tant que telle, d'exécution forcée en nature, ce qui justifie qu'elle soit exclue de l'étude. En revanche, l'article 1134 du Code civil et l'article 1135 du même Code peuvent fonder des obligations déterminées à la charge des parties (obligation de ne pas se mettre en conflit d'intérêts, obligation de non-concurrence, voire obligation d'exclusivité).

⁶¹⁸ Cette obligation est considérée par certains auteurs comme l'unique obligation légale. V. A. Mignon-Colombet, *L'exécution forcée en droit des sociétés*, Economica, 2004, préf. Y. Guyon, n° 20, p. 27.

⁶¹⁹ A. Viandier, *La notion d'associé*, LGDJ, 1978, préf. F. Terré.

sociaux⁶²⁰. Pour cette double raison, la conclusion du contrat de société exige l'exécution de cette obligation⁶²¹. Toutefois, même si le défaut ou la fictivité de l'apport constitue une cause de nullité de la société⁶²², les associés et la société, victimes de l'inexécution, préféreront sans doute la poursuite de l'associé défaillant en exécution forcée en nature au prononcé de la nullité de la société.

165. Exécution forcée, mesure d'exception. A mieux y regarder, en raison de l'intervention souvent simultanée de la libération et de la souscription⁶²³, l'inexécution de cette obligation est en réalité difficilement concevable⁶²⁴. En effet, concernant l'apport en nature⁶²⁵, la libération est toujours immédiate. Le fait que le bien transmis à la société fasse l'objet d'un

⁶²⁰ L. Godon, th. préc., n° 20, p. 22. Toutefois, l'affirmation doit être relativisée eu égard aux évolutions récentes de la notion d'apport. V. J.-P. Langlais et G. de Kerviler, « La notion d'apport remise en question », *Dr. soc., Actes pratiques*, 2004, p. 3 ; S. Dana-Demaret, *Fasc. 10-20 : Théorie des apports, Notion d'apport en société*, in *J.-Cl. soc.*, 2005 : « l'évolution législative moderne a permis de conférer le statut d'associé à des personnes n'ayant pas nécessairement réalisé des apports : c'est par exemple le cas lorsque la société distribue gratuitement des actions à son personnel (L. n° 80-834, 24 octobre 1980, JO 25 octobre 1980). Cette situation reste cependant très marginale et le principe fondamental est celui du caractère nécessaire d'un apport pour l'obtention de la qualité d'associé ».

⁶²¹ La jurisprudence abonde en ce sens. V. CA Paris, 27 novembre 1990, *Bull. Joly soc.* 1991, p. 189 ; *Rev. soc.* 1991, p. 389, obs. Y. Guyon : la libération du capital social est une « disposition d'ordre public qui met à la charge de l'actionnaire une obligation dont le respect est fondamental pour assurer tant la garantie des tiers que le fonctionnement de la société ».

⁶²² Pour des décisions en application de l'article 1844-10 du Code civil, v. T. com. Honfleur, 20 novembre 1970, *D.* 1971, somm. p. 55 ; *JCP G* 1971, II, 16628, note P. Rousseau ; *Rev. soc.* 1971, p. 179, note J. Hémar. Toutefois, de manière assez exceptionnelle, un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation a sanctionné l'inexécution de l'obligation d'un associé de délivrer son apport dans une société en participation par l'inexistence de la société : Cass. com., 11 octobre 1998, *Tornero c/ Multi-Agra*, *Bull. Joly soc.* 1988, n° 12, p. 939, note P. Le Cannu.

⁶²³ Il faut bien distinguer entre l'engagement d'un associé à effectuer un apport qui correspond à la souscription et l'exécution de cet engagement qui correspond à sa libération. V. L. Godon, th. préc., n° 30, p. 28 : « La libération des apports correspond à la mise à disposition effective de ceux-ci, c'est-à-dire au versement au profit de la société des biens ou des fonds promis. L'opération de libération peut donc raisonnablement s'entendre d'une obligation de délivrance permettant la mise à disposition de la société des valeurs qui lui sont économiquement nécessaires » ; T. Tilquin et V. Simonart, *Traité des sociétés*, vol. 1, Kluwer Editions Juridiques Belgique, 1996, n° 480

⁶²⁴ A. Mignon-Colombet, th. préc., n° 27 et s., p. 33 et s. : il est possible que l'associé ait signé les statuts sans pour autant avoir libéré instantanément son apport. C'est le cas lorsque l'associé a réalisé une fausse déclaration de libération d'apport ou encore lorsque le banquier a procédé à l'établissement d'un certificat constatant les versements alors que l'associé n'avait, en réalité, pas réalisé ce dépôt. Dans ces hypothèses, à l'action en responsabilité s'ajoute une action en régularisation des formalités de constitution, en l'occurrence de l'apport non libéré, ouverte à tout intéressé. Toutefois, cette action est rarement utilisée, soit en raison d'un *intuitus personae* intense dont est pourvue la société et donc l'absence d'*affectio societatis* chez l'associé empêche d'y recourir, soit en raison de l'insolvabilité du débiteur. En outre, la procédure de vérification de la matérialité des versements effectués à la souscription limite les risques de non-libération. La procédure retrouve, cependant, son utilité dans l'hypothèse où la société a choisi d'échelonner les versements, auquel cas, il convient d'obliger l'associé à libérer le non versé exigible après l'immatriculation.

⁶²⁵ Article L. 223-7 du Code de commerce concernant la société à responsabilité limitée et article L. 225-3, alinéa 2, du même Code concernant les sociétés anonymes.

transfert de propriété ou de jouissance fractionnée dans le temps⁶²⁶ et le fait que l'acquisition de la personnalité morale soit différée⁶²⁷ n'ont aucune incidence. En outre, concernant l'apport en numéraire, la libération est, là encore, souvent concomitante à la souscription en particulier dans les sociétés à responsabilité illimitée et les sociétés dépourvues de personnalité juridique⁶²⁸.

En définitive, l'inexécution de l'obligation d'apport et, par suite, l'exécution forcée en nature, est envisageable d'un point de vue théorique que dans deux séries d'hypothèses⁶²⁹.

D'une part, l'exécution forcée est concevable chaque fois que le législateur autorise une libération différée de l'apport⁶³⁰. Dans ce cas, l'exécution de l'obligation intervient ultérieurement à la souscription et l'associé peut donc refuser de verser son apport le moment venu.

⁶²⁶ Y. Guyon, *Traité des contrats, les sociétés, Aménagements statutaires et conventions entre associés*, 5^e éd., LGDJ, 2002, n° 35. Sur la libération immédiate de l'apport en jouissance, v. C. Regnaut-Moutier, *La notion d'apport en jouissance*, LGDJ, 1994, préf. J. Prieur, n° 46, p. 41 et s., spéc. n° 53, p. 47 : l'apport en jouissance bien que successif n'est pas incompatible avec une libération immédiate car « si le droit de jouissance est un droit de créance, son caractère successif ou continu est néanmoins très estompé car limité à l'exécution d'obligations subsidiaires de garantie ou d'entretien, alors que l'obligation principale, qui forme l'essentiel du droit de jouissance transmis, s'exécute en un trait de temps, nous voulons parler de la délivrance ou de la mise à disposition ». L'impératif de libération immédiate est donc satisfait par la mise en possession immédiate du bien par la société ; B. Mercadal et P. Janin, *Mémento pratique, Sociétés commerciales*, Francis Lefebvre, 2001, n° 161 ; R. Baillod, *L'apport en industrie, Déclin ou renouveau ?*, thèse Toulouse, 1980, n° 46 : l'auteur assimile la notion de libération à la mise à disposition. La jurisprudence abonde en ce sens. V. CA Aix, 31 mai 1951, *Gaz. Pal.* 1951, 2, p. 169 ; *JCP N* 1952, II, 6792, note D. Bastian : « l'apport en jouissance est possible dans une société à responsabilité limitée malgré les termes de l'article 7 de la loi du 7 mars 1925, qu'il est admis en effet que cet apport, bien qu'il ait un caractère successif, n'est pas incompatible avec une libération des parts, puisqu'il a une valeur certaine, qu'il peut être exactement apprécié et qu'il est connu et réalisable par les créanciers » ; M. Buchberger, *Le contrat d'apport, Essai sur la relation entre la société et son associé*, éd. Panthéon-Assas, 2011, préf. M. Germain, n° 62, p. 73-74.

⁶²⁷ H. Hovasse, M. Deslandes et R. Gentilhomme, « La situation de l'apporteur en nature avant l'immatriculation de la société », *Dr. des sociétés, Actes pratiques*, juillet/août 2004, p. 5, spéc. p. 6 et 7 ; M.-J. Cambassédès, « La nature et le régime juridique de l'opération d'apport », *Rev. soc.* 1976, p. 431, spéc. p. 449 et s. : il existe une particularité en matière de société. Le transfert de propriété ne se réalise qu'au moment de l'immatriculation, c'est-à-dire au moment où la société acquiert la personnalité juridique lui permettant de posséder un patrimoine distinct de celui des associés. Cependant, le transfert de propriété ainsi différé n'empêche pas la libération immédiate exigée pour ce type d'apport. En effet, l'on admet dans cette hypothèse l'existence d'une dissociation entre l'effet personnel et l'effet réel produit par la convention d'apport. Alors que le premier de ces effets, qui existe dès l'échange des consentements, porte sur la création de l'obligation de transférer la propriété du bien apporté, le second, qui correspond au transfert effectif, se produit, quant à lui, ultérieurement lors de l'immatriculation de la société. L'existence de l'obligation de donner l'apport en nature est donc parfaite dès la constitution de la société, et le terme suspensif dont est affecté l'obligation ne concerne que l'exécution du transfert qui s'opérera automatiquement lors de l'acquisition de la personnalité morale. Aussi, jusqu'à l'acquisition de la personnalité morale, l'apporteur est-il tenu des différentes garanties attachées à tout contrat de vente, les garanties d'éviction, des vices cachés et de conservation de la chose.

⁶²⁸ T. Tilquin et V. Simonart, *Traité des sociétés*, vol. 1, Kluwer Editions Juridiques Belgique, 1996, n° 480. Il n'existe toutefois aucune obligation légale de procéder concomitamment à la souscription et la libération dans ces sociétés en raison de l'existence de l'obligation aux dettes.

⁶²⁹ Y. Guyon, *op. cit.*, n° 35.

⁶³⁰ Cette libération différée est autorisée dans les sociétés civiles et les sociétés en nom collectif et trouve son fondement dans la responsabilité illimitée des associés jugée suffisante à protéger les créanciers sociaux.

D'autre part, l'exécution forcée est concevable chaque fois que le législateur autorise une libération partielle de l'apport au moment de la souscription. Dans ce cas, l'exécution intégrale de l'apport intervient ultérieurement à la souscription et l'associé peut donc, là encore, refuser de verser le « solde » le moment venu⁶³¹.

166. L'exécution forcée en nature ordonnée par le droit commun. Aucun obstacle n'existe en droit commun des contrats pour s'opposer au prononcé de l'exécution forcée en nature. D'abord, il s'agit d'une obligation positive de l'associé. On peut donc en ordonner théoriquement l'exécution forcée. Ensuite et surtout, il s'agit en principe d'une obligation de donner⁶³² à la société un bien (apport en nature) ou une somme d'argent⁶³³ (apport en numéraire). Partant, l'article 1142 du Code civil n'a pas vocation à s'appliquer et l'exécution forcée en nature s'impose sans difficulté⁶³⁴.

⁶³¹ Cette libération partielle est autorisée dans les sociétés anonymes (article L. 225-3 du Code de commerce) : seule la moitié n'est exigée lors de la souscription, le reste devant être libéré dans un délai maximum de cinq ans après la constitution. Elle est autorisée dans les sociétés à responsabilité limitée : seul le cinquième n'est exigé lors de la souscription depuis la loi du 15 mai 2001 (article L. 223-7 du Code de commerce), le reste devant être libéré dans un délai maximum de cinq ans. Cette réforme relative à la libération différée du capital a pour fonction de faciliter la souscription du capital permettant ainsi « la constitution des petites entreprises en SARL ». Toutefois, cette libération différée est critiquable puisque « vu le faible montant minimum du capital des SARL, elle permet de constituer des sociétés d'une excessive vulnérabilité financière et incitera les banques à demander la caution du gérant ou des associés ». Elle est encore autorisée dans les sociétés par actions simplifiées (article L. 225-3, alinéa 1, du Code de commerce sur renvoi de l'article L. 225-12 du même code) : seule la moitié n'est exigée lors de la souscription. Enfin, elle est autorisée dans les sociétés coopératives à capital variable (article L. 231-5 du Code de commerce) : seul le dixième du capital est exigé lors de la souscription (la libération du capital des autres associés étant régie par les dispositions applicables à chaque forme sociale (article L. 231-5, alinéa 2, modifié par la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001). V. Y. Guyon, *op. cit.*, n° 35.

⁶³² M. Buchberger, *Le contrat d'apport, Essai sur la relation entre la société et son associé*, éd. Panthéon-Assas, 2011, préf. M. Germain, n° 60 et s., p. 72 et s. : en principe, l'apport constitue une obligation de donner, c'est le cas de l'apport en numéraire et de l'apport en nature en propriété et, plus exceptionnellement, l'apport constitue une obligation de faire, c'est le cas de l'apport en jouissance et de l'apport en industrie ; en ce sens, v. L. Godon, *Les obligations des associés*, Economica, 1999, préf. Y. Guyon, n° 31, p. 29 : l'auteur précise qu'il s'agit d'une obligation de résultat. Cette qualification découle naturellement de celle d'obligation de donner. V. P. Malinvaud, D. Fenouillet, *Droit des obligations*, 12^e éd., Litec, 2012, n° 602.

⁶³³ Certains auteurs considèrent que l'obligation de verser une somme d'argent est une obligation de donner. V. B. Stark, H. Roland et L. Royer, *Les obligations*, T. 2, Contrat, Litec, 1998, n° 1625. Pour d'autres auteurs, il s'agit d'une obligation de faire ou de donner selon le moyen de paiement. V. G. Sousi, « La spécificité juridique de l'obligation de somme d'argent », *RTD civ.* 1982, p. 514. Enfin, d'autres encore prétendent qu'elle n'est ni l'une, ni l'autre. V. J. Carbonnier, *Les obligations*, 22^e éd., 2000, n° 10.

⁶³⁴ En raison de l'effet translatif qui résulte du seul échange des consentements, aucune obligation de donner n'existerait en définitive. V. P. Malinvaud, D. Fenouillet, *Droit des obligations*, 12^e éd., Litec, 2012, n° 15 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations*, 10^e éd., Dalloz, 2009, n° 1111 ; M. Fabre-Magnan, « Le mythe de l'obligation de donner », *RTD civ.* 1996, p. 85. Quant aux choses de genre, le transfert de propriété intervient lors de leur individualisation, l'obligation de donner n'a donc de sens que pour ces dernières.

Par exception, lorsque l'obligation d'apport a pour objet la jouissance d'un bien, elle met alors en jeu une obligation de faire, celle de mise à disposition. S'adjoignent à celle-ci d'autres obligations qui résultent de sa nature successive, à savoir les obligations d'entretien et de ne pas troubler la jouissance paisible. Toutefois, là encore, en raison de l'absence de caractère éminemment personnel de ces obligations, l'application de l'article 1142 du Code civil est exclue.

La question de l'exécution forcée en nature pose d'autant moins de difficulté que la nature monétaire de l'obligation d'apport en numéraire rend inconcevable de prime abord toute autre sanction⁶³⁵.

167. Le défaut d'*affectio societatis*, un obstacle inopérant. Si le droit commun des contrats conduit donc à ordonner l'exécution forcée en nature de l'obligation d'apport, le droit des sociétés est cependant susceptible d'entraver sa mise en oeuvre.

En effet, exiger l'exécution de l'engagement d'apport revient à contraindre une personne à supporter la qualité d'associé contre son gré⁶³⁶. Or, il est de jurisprudence constante de refuser l'exécution forcée en nature de la promesse de société⁶³⁷ dans la mesure où l'on décèle un défaut d'*affectio societatis* de l'associé auquel le juge ne peut pallier⁶³⁸. Dès lors, par analogie, ne doit-on pas considérer que l'associé qui refuse de libérer son apport se retrouve finalement dans la même situation que le promettant⁶³⁹ ? Le forcer à exécuter son apport revient en effet à le

⁶³⁵ F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *op. cit.*, n° 1109 : s'agissant des obligations de payer une somme d'argent « *non seulement l'exécution forcée en nature est toujours possible, mais elle est la seule possible. Il ne peut y avoir d'autre équivalent de l'argent que l'argent* ».

⁶³⁶ Y. Guyon, *op. cit.*, n° 35.

⁶³⁷ Si la promesse unilatérale est sanctionnée par une exécution par équivalent en raison de l'obligation de faire à laquelle elle donne naissance (Cass. civ. 3^e, 15 décembre 1993, *Bull. civ.* III, n° 174), en droit commun, en revanche, en principe, en vertu de l'article 1589 du Code civil, la promesse synallagmatique de vente vaut vente. En conséquence, le juge peut contraindre le promettant à exécuter en nature sa promesse. En revanche, en droit des sociétés, la promesse de société ne vaut jamais société, et, par suite, son défaut d'exécution est toujours sanctionné par des dommages et intérêts. La solution est constante en jurisprudence depuis un arrêt Cass. req., 10 février 1907 (S. 1912, 1, p. 217, note J. Perroud). V. N. Matulesco, *De la promesse de société dans les sociétés de personnes*, thèse Paris, 1923, note 3, p. 61.

⁶³⁸ La jurisprudence a défini l'*affectio societatis* comme la collaboration active, sur un pied d'égalité, à l'entreprise commune. V. Cass. com., 3 juin 1986, *Bull. civ.* IV, n° 116 ; *Rev. soc.* 1986, p. 585 ; V. Cuisinier, *L'affectio societatis*, Litec, 2008, préf. A. Martin-Serf, n° 63, p. 59 : la perte de cet *affectio societatis* lors de la promesse est révélée par « *le refus d'accomplir les formalités qui étaient initialement prévues, et auxquelles était subordonnée la conclusion du contrat* ».

⁶³⁹ R. Besnard Goudet, *Fasc. 7-30 : Consentement des parties*, in *J-Cl. soc.*, 2001, n° 48 : « *comment concevoir le fonctionnement de la société lorsque, dès la conclusion du contrat ou rapidement après, l'apporteur n'a plus d'affectio societatis ?* ».

contraindre à demeurer dans un contrat qui exige pourtant une collaboration plus intense et durable.

Le droit des sociétés ne va cependant pas dans ce sens. Il existe plusieurs exemples légaux ou jurisprudentiels qui contraignent l'associé à demeurer dans la société alors même que celui-ci a perdu tout *affectio societatis* postérieurement à la conclusion du contrat⁶⁴⁰. Ainsi, la seule perte d'*affectio societatis* chez l'associé en nom ne suffit pas à permettre son départ. Confronté à un refus d'agrément de cession de ses parts sociales, il est obligé de demeurer dans la société jusqu'à ce qu'un cessionnaire soit agréé par elle. De même, en cas de refus d'agrément ou de refus de rachat par ses coassociés, l'associé d'une société en responsabilité limitée qui ne détient pas ses parts depuis deux ans est contraint de demeurer dans la société jusqu'à la fin de la durée de détention obligatoire. Enfin, de manière générale, l'associé qui a perdu tout *affectio societatis* ne peut être à l'origine d'une demande de dissolution pour mésentente. Ces divers exemples démontrent que ce qui importe, ce n'est pas l'existence de l'*affectio societatis* en cours de vie sociale, c'est-à-dire son existence pendant l'exécution du contrat de société, mais son existence au moment de la constitution de la société, c'est-à-dire au moment de la conclusion du contrat.

L'*affectio societatis* se révèle être ainsi un élément constitutif de la société indispensable à sa seule formation⁶⁴¹. C'est pour cette raison que le promettant qui ne souhaite plus conclure le contrat de société ne sera pas sanctionné par une exécution forcée en nature mais condamné au versement de simples dommages et intérêts. L'absence d'*affectio societatis* rend alors impossible la formation dudit contrat⁶⁴². Considérer l'*affectio societatis* comme simple condition de validité et non comme condition d'exécution du contrat permet de rétablir la cohérence du droit des sociétés. Sauf à ce qu'elle conduise à une paralysie de la société, la perte de l'*affectio societatis* postérieurement à la conclusion du contrat est *a priori* indifférente à la poursuite de la société.

En définitive, l'apporteur qui a souscrit et signé les statuts pourra être obligé de libérer son apport puisque le contrat a été valablement formé. Il ne s'agit pas en effet de contraindre l'associé à entrer dans la société, ce dernier ayant déjà signé les statuts, mais de l'obliger à exécuter l'obligation d'apport qui en résulte⁶⁴³. Au demeurant, soulignons avec d'autres que ce

⁶⁴⁰ *Ibid.*

⁶⁴¹ V. Cuisinier, th. préc., n° 66, p. 62 ; *Contra* : D. Vidal, *Droit des sociétés*, 7^e éd., LGDJ, 2010, n° 63 et 64.

⁶⁴² R. Besnard Goudet, art. préc., n° 48-49 ; R. Micha Goudet, *La formation des sociétés*, thèse Lyon 3, 1983, p. 173 et s.

⁶⁴³ A. Mignon-Colombet, *L'exécution forcée en droit des sociétés*, Economica, 2004, préf. Y. Guyon, n° 42, p. 42 ; D. Gibrila, *Fasc. 10 : Dispositions générales, Constitution de la société : Contrat de société*, in *J-Cl. soc.* 2006 ;

n'est pas parce que l'associé se refuse de libérer son apport, qu'il est pour autant dépourvu de tout *affectio societatis*⁶⁴⁴. L'associé peut rencontrer des difficultés d'ordre économique ou personnel pour réaliser son apport sans pour autant remettre en cause sa volonté de participer à l'aventure collective.

168. L'intérêt social, fondement de l'exécution forcée en nature. Non seulement aucun obstacle de droit commun des contrats et de droit des sociétés ne s'oppose véritablement à ce que soit ordonnée l'exécution forcée en nature, mais l'intérêt social commande plus encore de privilégier cette sanction sur l'exécution par équivalent ou sur l'exécution en bourse⁶⁴⁵. En effet, il est dans l'intérêt de la société que l'associé procède le plus rapidement à la libération de son apport puisque de la libération intégrale du capital dépend souvent la pérennité de la société⁶⁴⁶. Sa libération est d'autant plus nécessaire que le contrat de société, parce qu'il est un contrat-organisation, commence seulement réellement lorsque les parties ont rempli cet engagement essentiel⁶⁴⁷. Il n'est donc pas surprenant que, pour permettre de recourir au plus vite à l'exécution forcée en nature, le législateur ait prévu, par la réforme du 15 mai 2001⁶⁴⁸, une procédure permettant à tout intéressé de forcer le dirigeant à procéder à l'appel des fonds non libérés dans les délais prévus par la loi ou par les statuts⁶⁴⁹. En effet, l'appel de fonds par les organes dirigeants constitue la condition d'exigibilité de la dette du « non versé » et donc le préalable à

V. Cuisinier, th. préc., n° 61, p. 57 ; en ce sens, v. Cass. civ 3^e, 17 novembre 1981, *Bull. Joly* 1982, p.57 ; *RTD com.* 1982, p. 100, obs. E. Alfandari et M. Jeantin.

⁶⁴⁴ S. Dana-Demaret, *Fasc. 10-20 : Théorie des apports, Notion d'apport en société*, in *J-Cl. soc.*, 2005 : « le fait de ne pas réaliser l'apport ne permet pas de déduire la volonté de ne pas être associé, la signature des statuts manifeste seule la volonté d'être associé, et l'affectio societatis qui s'apprécie à la date de création de la société, ne peut être démenti par l'absence de versement effectif des apports ».

⁶⁴⁵ A. Mignon-Colombet, th. préc., n° 30, p. 35.

⁶⁴⁶ CA Paris, 27 novembre 1990, *Bull. Joly soc.* 1991, § 58, p. 189 ; *Rev. soc.* 1991, p. 389 : la libération intégrale du capital est une « disposition d'ordre public (qui) met à la charge de l'actionnaire une obligation dont le respect est fondamental pour assurer tant la garantie des tiers que le fonctionnement de la société ».

⁶⁴⁷ T. Massart, v° Société (Contrat de), in *Rép. soc.*, Dalloz, 2006, n° 126 : « le contrat-échange s'éteint par l'exécution des obligations, alors que le contrat-organisation commence réellement à ce moment ».

⁶⁴⁸ Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 dite Loi NRE.

⁶⁴⁹ Injonction introduite à l'article 1843-3, alinéa 5, du Code civil : « lorsqu'il n'a pas été procédé dans un délai légal aux appels de fonds pour réaliser la libération intégrale du capital, tout intéressé peut demander au président du tribunal statuant en référé soit d'enjoindre sous astreinte aux administrateurs, gérants et dirigeants de procéder à ces appels de fonds, soit de désigner un mandataire chargé de procéder à cette formalité ». Le délai « légal » auquel il est fait référence doit être compris au sens large comme le délai maximal de cinq ans institué par loi mais intégrant également le délai inférieur prévu le cas échéant par les statuts : commentaires de J.-P. Valuet et A. Lienhard du Code des sociétés et des marchés financiers. Cet article a été mis en œuvre pour la première fois par la Chambre commerciale dans un arrêt du 7 juillet 2009 (pourvoi n° 08-16433 ; *Dr. soc.* 2009, comm. 183, note D. Gallois-Cochet), à l'occasion duquel elle a précisé que ce texte ne pouvait cependant pas servir de fondement au prononcé d'une condamnation à libérer une part du capital social.

l'exécution forcée⁶⁵⁰. D'une part, dès lors que la dette est exigible, l'associé devient débiteur de plein droit des intérêts de cette somme sans mise en demeure préalable⁶⁵¹. La solution se montre sur ce point plus rigoureuse que le droit commun⁶⁵² et incite l'associé, par suite, à s'exécuter volontairement le plus rapidement possible. D'autre part, à compter de l'appel du « non versé », l'associé défaillant est mis en demeure de payer dans le délai d'un mois⁶⁵³. A l'expiration de ce délai, la société peut alors contraindre indirectement l'associé à respecter son engagement en procédant à une forme d'exception d'inexécution *via* la suspension de son droit de vote, de ses droits aux dividendes ou de son droit préférentiel de souscription. Ensuite, si l'inexécution persiste, elle peut, soit procéder à l'exécution en bourse⁶⁵⁴, soit recourir à l'exécution forcée en nature qui prend la forme d'une action en paiement. Si cette dernière action se révèle plus onéreuse que la première, elle se montre, en revanche, plus efficace puisqu'elle a pour effet de décharger la société de l'obligation de rechercher d'autres souscripteurs⁶⁵⁵. Cette action en paiement nécessite d'obtenir du juge un titre exécutoire permettant la saisie et la vente des biens de l'associé pour procéder à la libération des actions. Traditionnellement utilisée en cas d'ouverture d'une procédure collective à l'encontre de la société dans le but d'augmenter l'actif distribuable pour servir l'intérêt des créanciers, elle doit également être préconisée lorsque la société est *in bonis* pour la satisfaction de son propre intérêt⁶⁵⁶. On peut cependant craindre que l'associé défaillant, contraint de demeurer dans la société par la mise en œuvre de l'exécution forcée en nature, soit enclin à perturber le fonctionnement de la société⁶⁵⁷.

⁶⁵⁰ CA Versailles, 3 avril 1997, *Bull. Joly soc.* 1997, p. 861, § 312, note J.-P. Dom ; *D. aff.* 1997, p. 1084, n° 33 : « L'expiration du délai dans lequel la libération du capital aurait dû intervenir ne suffit pas à rendre cette créance exigible ».

⁶⁵¹ Article 1843-3, alinéa 5, du Code civil.

⁶⁵² T. Favario, « Regards civilistes sur le contrat de société », *Rev. soc.* 2008, p. 53, spéc. p. 62-63 ; A. Mignon-Colombet, th. préc., n° 30, p. 35.

⁶⁵³ Article L. 228-27 du Code de commerce.

⁶⁵⁴ CA Paris, 27 novembre 1990, *Bull. Joly soc.* 1991, p. 189, § 58 ; *Rev. soc.* 1991, p. 389, obs. Y. Guyon : la société « avait toute liberté de choix pour recouvrer les sommes qui lui étaient dues entre l'action en paiement de droit commun et la mise en vente des actions non libérées ». Toutefois, l'option entre l'exécution forcée et l'exclusion de l'associé n'existe *a priori* que pour les sociétés anonymes puisque l'exclusion de l'associé qui se présente sous la forme de la procédure d'exécution en bourse, visée par l'article L. 228-27 du Code de commerce, n'est prévue que pour cette société. Toutefois, certains auteurs pensent qu'il est possible de l'appliquer dans les autres sociétés sur le fondement de l'article 1184 du Code civil. V. Y. Guyon, *Traité des contrats, les sociétés, Aménagements statutaires et conventions entre associés*, 5^e éd., LGDJ, 2002, n° 35 ; v. *infra*, n° 300 et s.

⁶⁵⁵ A. Mignon-Colombet, th. préc., n° 41, p. 41.

⁶⁵⁶ V. par exemple, CA Paris, 16^e ch., sect. A, 10 mars 2004, *Juris-Data* n° 2004-237210.

⁶⁵⁷ Les mêmes critiques ont été émises à propos de l'associé en nom dont les coassociés empêchaient le départ par leur refus d'agrément. V. *supra*, n° 65 ; M. Buchberger, *Le contrat d'apport, Essai sur la relation entre la société et son associé*, éd. Panthéon-Assas, 2011, préf. M. Germain, n° 527, p. 431, note de bas de page n° 3 : en dehors de

169. Pour autant, consubstantielle de la réalisation de l'objet social, l'obligation d'apport n'est pas la seule obligation monétaire mise à la charge des associés et susceptible d'une action en exécution forcée.

2- L'exécution forcée en nature de l'obligation de contribution aux pertes

170. **Présentation.** Si l'apport est fréquemment présenté comme la seule véritable obligation légale⁶⁵⁸, il ne fait désormais plus aucun doute que la contribution aux pertes constitue une obligation commune⁶⁵⁹ inscrite expressément à l'article 1832, alinéa 3, du Code civil et mise à la charge de tous les associés⁶⁶⁰. En effet, bien qu'absente du code civil jusqu'à la réforme du 4 janvier 1978, elle figurait depuis toujours parmi les engagements sociétaires⁶⁶¹. Cette obligation intéresse les rapports entre les associés entre eux et s'exécute, en principe et sauf volonté contraire, lors de la liquidation de la société. C'est en effet à ce moment que l'on constate les pertes et les profits produits par la société⁶⁶². S'il est permis d'aménager la répartition légale des

l'hypothèse où la société est en procédure collective, l'auteur n'est pas favorable à l'exécution forcée de l'obligation d'apport car cela revient à « faire entrer de force » l'associé dans la société.

⁶⁵⁸ V. not. A. Mignon-Colombet, th. préc., n° 20, p. 27 : « On sait que la libération de l'apport constitue l'unique obligation légale de l'associé envers la société ».

⁶⁵⁹ L. Godon, *Les obligations des associés*, Economica, 1999, préf. Y. Guyon, n° 54, p. 42. Cette obligation de contribution aux pertes existe même dans les sociétés créées de fait. En effet, la Cour de cassation a précisé que, outre la caractérisation de l'*affectio societatis*, il était nécessaire dans ces sociétés de caractériser une contribution aux pertes. V. Cass. com., 21 avril 1992, pourvoi n° 90-20451 ; *RJDA* 1992, n° 824 ; *Bull. Joly soc.* 1992, note A. Cuisance.

⁶⁶⁰ Les apporteurs en jouissance et en industrie sont eux aussi tenus d'y contribuer. V. F. Kendérian, « La contribution aux pertes sociales », *Rev. soc.* 2002, p. 617, spéc. p. 627 ; M. Buchberger, *Le contrat d'apport, Essai sur la relation entre la société et son associé*, éd. Panthéon-Assas, 2011, préf. M. Germain, n° 70 à 72, p. 79 à 81 : c'est l'absence de reprise de l'apport qui réalise la contribution aux pertes respectivement l'absence de reprise de l'estimation de l'avantage que confère la jouissance du bien à la société et l'absence de reprise du travail de l'associé envers la société ; *Contra* : C. Hannoun, v° Liquidation et partage, in *Rép. soc.*, Dalloz, 2007, n° 515 : à la dissolution de la société, même lorsque celle-ci est déficitaire, ces deux types d'associés reprennent respectivement, l'un son bien, l'autre sa liberté. En cela, ils seraient soustraits à cette obligation de contribuer aux pertes et ne seraient tenus qu'à l'obligation aux dettes sociales lorsque celle-ci existe ; F. Kendérian, art. préc. spéc. p. 636-637 : en cas de démembrement de propriété, seul le nu-propriétaire est tenu légalement de contribuer aux pertes même si les parties peuvent prévoir, elles-mêmes, une répartition entre le nu-propriétaire et l'usufruitier.

⁶⁶¹ T. Massart, art. préc., n° 87.

⁶⁶² P. Carcreff, « Sur la confusion de la notion d'obligation aux dettes sociales avec celle de contribution aux pertes », *Gaz. Pal.* 1976, 1, doct. p. 145, spéc. p. 146 ; F. Kendérian, art. préc., spéc. p. 625 : les associés s'engagent légalement à contribuer aux pertes sociales qui s'entendent en principe comme les pertes définitives et non les pertes comptables subies par la société au cours de l'exercice lesquelles revêtent quant à elles un caractère provisoire. Sur la distinction entre pertes sociales et pertes comptables, v. T. Vannes, 27 avril 1973, *Gaz. Pal.* 1973, 2, jurispr. p. 610 : « la doctrine considère qu'il ne peut y avoir, du point de vue juridique, de véritables pertes sociales auxquelles un associé soit tenu de contribuer, que si le capital est réellement entamé, ce qui ne peut s'apprécier à l'occasion de chaque exercice annuel, mais seulement en cas de liquidation de la société. Il n'est pas possible de dégager une

pertes, il est en revanche impossible pour les associés de convenir que l'un d'entre eux en sera exonéré⁶⁶³. Aussi l'inexécution volontaire de l'associé l'expose-t-il à une poursuite en exécution forcée.

171. L'exécution forcée, mesure d'exception. Toutefois, cette obligation présente une double particularité. D'une part, celle-ci revêt un caractère aléatoire⁶⁶⁴, les associés ne devant l'exécuter que si la société se révèle déficitaire au moment de sa dissolution⁶⁶⁵. D'autre part, l'exécution forcée de cette obligation est en principe inconcevable, peu important que la nature de cette obligation soit controversée⁶⁶⁶. En effet, si l'apport et la contribution aux pertes constituent bien deux obligations distinctes⁶⁶⁷, il faut convenir que, une fois l'obligation d'apport exécutée, les associés ne sont plus tenus à rien⁶⁶⁸. La société ne peut exiger de l'associé la souscription d'apports nouveaux, même pour apurer ses dettes⁶⁶⁹. En réalité, si la société réalise des pertes, l'associé ne va pas récupérer tout ou partie de son apport⁶⁷⁰. Par conséquent, requérir l'exécution

notion de perte sociale sur un seul exercice annuel s'il n'a pas été établi que le capital social a été entamé » ; L. Jobert, *L'engagement des associés au-delà de leurs apports*, thèse Paris II, 2002, n° 427, p. 327.

⁶⁶³ Article 1844-1, alinéa 2, du Code civil.

⁶⁶⁴ T. Massart, art. préc., n° 93.

⁶⁶⁵ D. Gibrila, art. préc. : « Lorsque la société est constituée en vue de réaliser des économies (GIE, SCPM), la contribution aux pertes est normale car le fonctionnement occasionne des frais qui ne peuvent être compensés en l'absence de bénéfices : embauche et paiement du personnel, achat et entretien du matériel. En revanche, dans les sociétés qui ont pour principal objectif de réaliser des bénéfices, la contribution aux pertes revêt un caractère exceptionnel, puisque le fonctionnement normal de la société devrait au moins permettre de couvrir les charges d'exploitation ».

⁶⁶⁶ T. Massart, art. préc., n° 88 et 93 : pour certains auteurs, il s'agit d'une obligation positive comme le présume la formule ainsi employée par l'article 1832 du Code civil, à savoir celle de contribuer aux pertes. Suivant cette conception, cette obligation s'identifie ainsi à une obligation de donner et, plus exactement, à une obligation de payer qui se compense avec la dette qu'a la société en vertu du droit de l'associé au remboursement de son apport (M. Buchberger, th. préc., n° 70 à 72, p. 79 à 81) ; pour d'autres auteurs, la contribution aux pertes se présente comme une obligation négative : une obligation de ne pas faire, celle de « ne pas percevoir de dividendes tant qu'il y'a des pertes (comptables), ne pas reprendre son apport tant que les créanciers ne sont pas désintéressés, sauf dérogations légales ».

⁶⁶⁷ M. Buchberger, th. préc., n° 69, p. 79.

⁶⁶⁸ L. Godon, *Les obligations des associés*, Economica, 1999, préf. Y. Guyon, n° 21, p. 23 ; L. Jobert, *L'engagement des associés au-delà de leurs apports*, thèse Paris II, 2002, n° 4, p. 9.

⁶⁶⁹ F. Kendérian, art. préc., spéc. p. 623-624 : l'associé à qui on exigerait la souscription de nouveaux apports pourrait prétendre à une augmentation de ses engagements sur le fondement de l'article 1836, alinéa 2, du Code civil à moins que celui-ci n'ait donné antérieurement son consentement dans les statuts. Sur la distinction entre contribution aux pertes et apports nouveaux. V. CA Paris, 1^{er} décembre 1999, *Bull. Joly soc.* 2000, § 177, p. 741, note J. Vallansan ; D. 2000, somm. p. 473, obs. J.-C. Hallouin : dans cet arrêt, la Cour d'appel a considéré que l'appel de trésorerie constituait non pas une demande d'apports nouveaux mais la réalisation de l'obligation de contribution aux pertes acceptée déjà antérieurement par l'associé dans les statuts.

⁶⁷⁰ F. Kendérian, art. préc., spéc. p. 627 : « c'est la perte ou l'amputation de la mise initiale qui réalise la contribution aux pertes de chacun d'eux ».

forcée de cette obligation ne semble avoir aucun sens : l'apport, objet de la contribution aux pertes, est déjà en possession de la société créancière de l'obligation⁶⁷¹.

172. Mise en œuvre de l'exécution forcée en nature. Malgré ce premier sentiment, l'exécution forcée en nature de cette obligation peut être envisagée dans deux hypothèses.

D'une part, lorsque les associés auront prévu dans les statuts qu'en cas de difficulté de la société au cours de la vie sociale les associés devront contribuer aux pertes, annuellement ou sur une autre périodicité⁶⁷². La contribution aux pertes s'analyse alors en une obligation positive de donner, plus précisément une obligation de verser une somme d'argent à la société. Partant, en cas de refus de l'associé, rien ne s'oppose à ce que la société requière du juge qu'il ordonne l'exécution forcée en nature de l'appel de fonds au titre de la contribution aux pertes⁶⁷³. Plus encore, cette sanction constitue, en réalité, la seule concevable.

D'autre part, dans les sociétés à responsabilité illimitée et solidaire⁶⁷⁴, lorsque la contribution aux dettes est doublée d'une obligation aux dettes, l'associé qui aura payé l'intégralité de la dette disposera alors d'un recours contre ses coassociés à hauteur de sa quote-part contributive et cela, au titre de sa contribution aux pertes⁶⁷⁵. L'associé *solvens* sera en droit, là encore, d'ester en justice pour obtenir l'exécution forcée en nature de cette obligation monétaire⁶⁷⁶.

⁶⁷¹ M. Buchberger, th. préc., n° 73, p. 82 : c'est bien la société qui est créancière de l'obligation de contribuer aux pertes même si la situation apparaît moins clairement dans les sociétés où la responsabilité est illimitée ; en ce sens, v. Cass. com., 3 mars 1975, *Bull. civ. IV*, n° 68 ; *Rev. soc.* 1975, p. 454, note D. Randoux ; *RTD com.* 1976, p. 111, obs. C. Champaud : la Cour de cassation admet implicitement que la société est bien créancière de l'obligation et, donc, titulaire du droit d'ester en justice. Si, en l'espèce, l'action de la société est rejetée, c'est parce que cette dernière a été exercée en cours de vie sociale en l'absence de clause statutaire le permettant.

⁶⁷² F. Kendérian, art. préc., spéc. p. 630 et p. 640-641.

⁶⁷³ CA Paris, 1^{er} décembre 1999, *Bull. Joly soc.* 2000, § 177, p. 741, note J. Vallansan ; *D.* 2000, somm. p. 473, obs. J.-C. Hallouin : dans cette décision, la Cour d'appel a considéré que l'appel de trésorerie constituait, non pas une demande d'apports nouveaux, mais la réalisation de l'obligation de contribution aux pertes acceptée déjà antérieurement par l'associé dans les statuts. En revanche, la Cour de cassation, dans une affaire ultérieure, a pu décider qu'à défaut de stipulation explicite dans les statuts, aucun appel de fonds au titre de la contribution aux pertes ne peut être exigé de l'associé en cours de vie sociale (Cass. com., 5 mai 2009, inédit, n° 08-14043).

⁶⁷⁴ Cette possibilité existe également dans les sociétés civiles puisque, si en principe leur responsabilité est conjointe, rien n'interdit cependant aux associés de prévoir qu'ils seront solidairement tenus à l'égard d'un créancier.

⁶⁷⁵ F. Kendérian, art. préc., spéc. p. 630 et p. 640-641.

⁶⁷⁶ D. Fiorina, *Obligation aux dettes et droit commun des obligations dans les sociétés commerciales*, thèse Toulouse 1, 1984.

173. Au final, il faut convenir que l'exécution forcée en nature est privilégiée en cas d'inexécution des obligations communes mises à la charge de tous les associés. Mieux, s'agissant des obligations monétaires, l'exécution en nature se présente souvent comme la seule envisageable. S'agissant en revanche des obligations légales spécifiques, la question se révèle plus complexe.

B- L'EXÉCUTION FORCÉE EN NATURE DES OBLIGATIONS LÉGALES SPÉCIFIQUES

174. A ces obligations communes, peuvent se superposer d'autres obligations spécifiques à certaines sociétés auxquelles les associés ne peuvent déroger. Mais, là encore, qu'elles soient monétaires (1) ou extrapatrimoniales (2), le respect de leur force obligatoire commande de recourir à l'exécution forcée en nature.

1- L'exécution forcée en nature des obligations monétaires

175. Obligations monétaires spécifiques. En raison de l'existence du principe d'intangibilité des engagements consacré à l'article 1836, alinéa 2, du Code civil, qui a déjà réalisé son apport ne devrait pouvoir être contraint de verser une somme supplémentaire en cours de vie sociale⁶⁷⁷. Il n'en est pourtant rien. Certaines sociétés ont en effet mis à la charge des associés des obligations monétaires complémentaires auxquelles ils sont tenus de répondre sous peine de sanction⁶⁷⁸.

176. Obligations de verser des fonds complémentaires. En premier lieu, le législateur a prévu l'obligation que les associés de sociétés civiles de construction-vente et de construction-attribution⁶⁷⁹ devraient répondre aux appels de trésorerie de la société en cours de vie sociale⁶⁸⁰.

⁶⁷⁷ V. *supra*, n° 94 et s.

⁶⁷⁸ Cette sanction juridique n'existe pas pour les actionnaires d'un établissement de crédit qui peuvent être appelés par le gouverneur de la Banque de France à fournir le soutien nécessaire à la société en menace de cessation de paiement (Article L. 511-42 du Code Monétaire et Financier). Dès lors, il ne s'agit pas d'une obligation au sens juridique du terme, mais d'une simple invitation, qui ne permet donc pas à la société de recourir à l'exécution forcée en cas de refus des associés de procéder au versement de ces fonds supplémentaires.

⁶⁷⁹ Respectivement les articles L. 211-3, L. 212-3 et L. 212-6 du Code de la construction et de l'habitation.

Cette dérogation se justifie dans ces sociétés, d'une part, par la nécessité d'achever rapidement les travaux⁶⁸¹ et, d'autre part, par le caractère aléatoire des opérations de construction⁶⁸². Des conditions sont toutefois nécessaires à la validité de ces appels : l'appel doit permettre l'accomplissement de l'objet social et, même prévu par les statuts, être indispensable à l'achèvement des travaux⁶⁸³. Qui plus est, il ne doit pas excéder les sommes nécessaires à cet objet⁶⁸⁴. Aussi, ces conditions réunies, l'associé ne peut-il refuser de s'exécuter sous peine d'être exclu de la société⁶⁸⁵.

Pour autant, rien n'interdit à la société d'exercer une exécution forcée en nature, à l'encontre de l'associé défaillant⁶⁸⁶. En effet, cette obligation s'analyse en droit commun comme une obligation de donner et, plus précisément, une obligation de verser une somme d'argent. Il en résulte que, si l'exécution en nature n'est pas consacrée comme sanction de principe par le législateur, elle n'est toutefois proscrite par aucun texte et pourra donc être ordonnée. Cette procédure sera notamment privilégiée lorsque le paiement sous astreinte des sommes appelées excèdera celui à attendre d'une vente aux enchères⁶⁸⁷.

⁶⁸⁰ Y. Guyon, « La situation des associés dans les sociétés de construction », *JCP G* 1962, I, 1735, n° 8 : à la différence d'une augmentation de capital qui revêt un caractère facultatif, l'appel de fonds constitue une véritable obligation pour les associés puisqu'ils ne peuvent refuser de l'exécuter sous peine d'être sanctionné.

⁶⁸¹ Y. Guyon, *Traité des contrats, les sociétés, Aménagements statutaires et conventions entre associés*, 5^e éd., LGDJ, 2002, n° 38 ; A. Mignon-Colombet, th. préc., n° 46, p.45.

⁶⁸² Y. Guyon, art. préc., n° 6 : « le devis d'édification d'un immeuble n'est définitif que dans un monde idéal. En pratique des dépassements se révèlent presque inévitables, car la fixation du coût des travaux relève d'éléments variables ».

⁶⁸³ V. par exemple Cass. civ. 3^e, 26 juin 1985, *Rev. soc.* 1987, p. 270, note B. Bouloc ; *JCP N* 1987, 312, obs. D. Sizaire.

⁶⁸⁴ Cass. civ. 3^e, 11 octobre 1989, *JCP G* 1991, II, 21691, note P. Dubois ; Y. Guyon, *op. cit.*, n° 38 : la somme appelée ne doit pas servir au comblement des déficits de gestion ; en ce sens, v. CA Rouen, 9 août 1990, *Rev. soc.* 1991, p. 110, note B. Bouloc.

⁶⁸⁵ En effet, passé le délai d'un mois après mise en demeure de l'associé, ses parts sont mises en vente aux enchères publiques. Cette sanction légale garantit à la société efficacité et rapidité. V. CA Aix-en-Provence, 23 décembre 1970, *D.* 1972, p. 387, note C. Giverdon ; *Rev. soc.* 1971, p. 583, note J.-P. Sortais ; *Gaz. Pal.* 1971, 2, p. 510 : la vente forcée n'a « pour but évident que de pallier en la matière par une procédure plus rapide et simplifiée, eu égard aux voies de droit commun, la carence des associés quant à leurs obligations sociales ».

⁶⁸⁶ P. Walet, *Société civile de construction-vente*, GNL Joly, 1995, p. 106-107 ; A. Mignon-Colombet, th. préc., n° 48, p. 46 ; v. par exemple CA Aix en Provence, 23 décembre 1970, *D.* 1972, p. 387, note C. Giverdon ; *Rev. soc.* 1971, p. 583, note J.-P. Sortais ; *Gaz. Pal.* 1971, 2, p. 510 ; CA Versailles, 26 mars 1980, *Gaz. Pal.* 1981, p. 1.

⁶⁸⁷ A. Mignon-Colombet, *L'exécution forcée en droit des sociétés*, Economica, 2004, préf. Y. Guyon, n° 48, p. 46.

177. Obligation aux dettes. A l'instar de la contribution aux pertes, l'obligation aux dettes est une obligation aléatoire. Elle s'en différencie pourtant très largement⁶⁸⁸. Tout d'abord, elle n'est prévue que dans certaines sociétés seulement : les sociétés à responsabilité illimitée⁶⁸⁹. Ensuite, il s'agit d'une obligation nécessairement positive⁶⁹⁰ et exécutée au bénéfice des tiers⁶⁹¹. Si les actifs sont insuffisants pour régler l'intégralité du passif social, les associés pourront être amenés à payer les tiers, créanciers de la société, sur leur patrimoine personnel. Cette obligation est une obligation de donner, celle de verser une somme d'argent⁶⁹². En conséquence, rien ne s'oppose, là encore, à la mise en œuvre de l'exécution forcée en nature à défaut d'exécution volontaire des associés. Par ailleurs, en raison de sa nature purement monétaire, aucune autre sanction n'est concevable.

Toutefois, l'exécution forcée ne pourra prospérer que si les créanciers ont préalablement poursuivi la société⁶⁹³. En effet, depuis la loi du 4 janvier 1978, l'obligation aux dettes constitue une obligation subsidiaire qui fait des associés des débiteurs de second rang⁶⁹⁴. Néanmoins, dans les sociétés en nom collectif, l'existence de la solidarité entre les associés implique que les

⁶⁸⁸ P. Carcreff, « Sur la confusion de la notion d'obligation aux dettes sociales avec celle de contribution aux pertes », *Gaz. Pal.* 1976, 1, doct. p. 145.

⁶⁸⁹ P. Carcreff, art. préc. : l'obligation aux dettes existe uniquement pour les associés des sociétés civiles et des sociétés en nom collectif ainsi que pour les commandités des sociétés en commandite ; L. Godon, *Les obligations des associés*, Economica, 1999, préf. Y. Guyon, n° 73, p. 52 : cette obligation est liée au caractère *intuitus personae* de la société.

⁶⁹⁰ T. Massart, v° Société (Contrat de), in *Rép. soc.*, Dalloz, 2006, n° 94.

⁶⁹¹ Le fait que l'obligation soit exécutée en faveur des tiers n'empêche pas son caractère contractuel. V. M. Buchberger, *Le contrat d'apport, Essai sur la relation entre la société et son associé*, éd. Panthéon-Assas, 2011, préf. M. Germain, n° 65, p. 76.

⁶⁹² M. Buchberger, th. préc., n° 65, p. 76.

⁶⁹³ Article 1858 du Code civil : « les créanciers ne peuvent poursuivre le paiement des dettes sociales contre un associé qu'après avoir préalablement et vainement poursuivi la personne morale ». L'interprétation de la disposition a cependant laissé lieu à une divergence jurisprudentielle : pour la chambre commerciale, les vaines poursuites s'entendent d'une impossibilité d'obtenir le paiement (Cass. com., 20 novembre 2001, *Bull. civ.* IV, n° 186 ; *JCP G* 2002, II, 10092, note D. Ammar), alors que pour la troisième chambre civile, les vaines poursuites impliquent le constat d'une insolvabilité de la société (Cass. civ. 3^e, 8 octobre 1997, *Bull. civ.* III, n° 191 ; *D.* 1998, p. 139, note D. Gibirila).

⁶⁹⁴ B. Losfeld, *Droit des obligations et droit des sociétés*, thèse Lille 2, 2003, n° 214, p. 175-176 ; L. Godon, th. préc., n° 89 et s., p. 61 et s. : l'existence d'une mise en demeure restée infructueuse avant d'exercer l'action en exécution forcée est exigée dans plusieurs sociétés (les SNC, SCP, SCCV, GIE). La mise en demeure n'est cependant pas exigée lorsque la société fait l'objet d'une procédure collective. La société étant par principe en cessation de paiements, elle se révèle inutile. Concernant les sociétés civiles autorisées à faire appel public à l'épargne, le législateur se montre plus exigeant encore envers les créanciers lesquels doivent démontrer l'existence de poursuites préalables restées vaines de la société : lorsque « toutes les voies d'exécution auront révélé leur incapacité à assurer le désintéressement du créancier » avant de poursuivre les associés ; B. Bouloc et M.-H. Girard, « Le modèle du contrat de société dans le code civil », in *Code civil et modèles, Des modèles du code au code comme modèle*, sous la dir. de T. Revet, LGDJ, 2005, p. 321, spéc. p. 330 : « Il n'y a donc plus d'engagement conjoint de la société et des associés puisque la loi a établi une sorte de hiérarchie »

créanciers puissent poursuivre en exécution un seul associé pour l'intégralité de la dette⁶⁹⁵. L'associé est tenu d'accomplir son obligation quand bien même il bénéficierait d'une clause qui l'exonèrerait de son obligation aux dettes sociales envers ses coassociés. Cette clause étant inopposable à l'égard des tiers, il doit s'exécuter avant de se retourner contre ses coassociés afin d'obtenir le remboursement du trop payé. La protection des tiers justifie en effet que le juge garantisse la bonne exécution de cette obligation.

178. Par conséquent, quelle que soit l'obligation en cause, dès lors que celle-ci porte sur une somme d'argent, l'exécution forcée en nature peut être ordonnée par le juge et se présente souvent comme la seule sanction possible. Il n'en va pas de même s'agissant des obligations extrapatrimoniales.

2- L'exécution forcée en nature des obligations extrapatrimoniales

179. L'existence d'obligations extrapatrimoniales. Si les principales obligations mises à la charge des associés sont des obligations monétaires, les associés peuvent être tenus dans certaines sociétés d'obligations extrapatrimoniales⁶⁹⁶ accessoires. Toutefois, là encore, si une alternative existe entre l'exécution forcée en nature et l'exécution par équivalent, la première prime sur la seconde.

180. Obligation de requérir l'agrément. Dans certaines sociétés empreintes d'*intuitus personae*, le législateur impose aux associés l'obligation de requérir l'agrément de la société⁶⁹⁷ lorsque ceux-ci souhaitent céder leurs parts sociales⁶⁹⁸. Si dans les sociétés civiles et les sociétés à responsabilité limitée, les coassociés doivent racheter des parts en cas de refus d'agrément,

⁶⁹⁵ L'associé qui a quitté la société n'est pour autant pas à l'abri de toute poursuite. Il reste tenu des dettes nées antérieurement à son départ. L'obligation aux dettes ne s'éteint que pour les dettes contractées postérieurement à son départ. En revanche, l'associé entrant est, en principe, tenu des dettes contractées antérieurement à son entrée.

⁶⁹⁶ On entend par obligations extrapatrimoniales les obligations qui n'ont pas pour objet une somme d'argent.

⁶⁹⁷ A cette obligation d'agrément se superpose dans certaines sociétés une obligation de notification : c'est le cas dans les SA, les SARL, les sociétés civiles ou les SAS. Cette obligation n'existe toutefois pas dans les SNC ou les sociétés en commandite simple. V. S. Paget, « La sanction de la cession non agréée de titres sociaux », *LPA*, 9 décembre 2008, n° 246, p. 6, spéc. p. 11.

⁶⁹⁸ J. Prieur et P.-J. Saint-Amand, « Engagement de conservation de titres : régime fiscal et sécurité juridique », *Dr. soc., Actes pratiques*, 2006, p. 21, spéc. p. 22-23 : l'agrément est d'ordre public dans les sociétés en nom collectif, les sociétés civiles et les sociétés à responsabilité limitée. Toute clause contraire est en effet réputée non écrite (article L. 221-13 concernant les SNC et L. 223-14 du Code de commerce concernant les SARL).

cette obligation n'existe pas dans les sociétés en nom collectif⁶⁹⁹. Par conséquent, les associés cédants soucieux de ne pas demeurer prisonniers de la société peuvent-ils être tentés de céder leurs parts en violation de cette obligation. S'exposent-ils à une simple exécution par équivalent ou, plus gravement, à une exécution forcée en nature ?

La question se pose véritablement puisque, si le législateur a précisé rigoureusement dans ces sociétés le régime de la procédure d'agrément, celui-ci est resté silencieux quant à la sanction à appliquer en cas de non respect de cette obligation par l'associé cédant⁷⁰⁰. Sa violation suppose que l'associé fautif ait cédé ses parts sociales sans avoir préalablement obtenu l'agrément du cessionnaire par la société. La sanction relative au simple versement de dommages et intérêts apparaît peu satisfaisante en ce que la cession intervenue sans l'assentiment de la bénéficiaire risque de faire entrer un nouvel associé⁷⁰¹ qui ne bénéficie pas de la confiance des autres. Aussi l'exécution forcée en nature consisterait-elle à obliger l'associé à demeurer dans la société et à déclarer nulle la cession intervenue en violation de la clause⁷⁰².

En droit commun des contrats, rien ne s'oppose à ce que soit prononcée cette sanction. En effet, cette obligation s'analyse soit en une obligation de faire, l'obligation pour l'associé de requérir préalablement à la cession de ses parts sociales l'agrément de la société⁷⁰³, soit en une obligation de ne pas faire⁷⁰⁴, l'obligation de ne pas céder ses parts sans avoir requis l'agrément de la société. Mais, que l'on opte pour l'une ou pour l'autre, cette obligation ne revêt pas *a priori* de

⁶⁹⁹ V. *supra*, n° 64.

⁷⁰⁰ Cela apparaît d'autant plus étonnant que le législateur a précisé cette sanction lorsque l'agrément constitue une obligation purement contractuelle non imposée par la loi. V. *infra*, n° 221.

⁷⁰¹ Dans les sociétés en nom collectif, dans lesquelles l'*intuitus personae* est le plus fort, l'agrément est exigé même si le cessionnaire choisi a déjà la qualité d'associé dans cette société puisque la cession aboutit à une modification des rapports de force dans la société.

⁷⁰² La sanction de l'inopposabilité permet également de protéger efficacement la société puisque, à l'instar de la nullité, elle empêche le cessionnaire non agréé de devenir associé. Toutefois, ces deux sanctions revêtent des effets différents : lorsque la cession est déclarée seulement inopposable à la société, elle demeure toutefois valable entre les parties, à la différence de la nullité. Aussi la nullité doit-elle être préférée à l'inopposabilité. V. L. Bornhauser-Mitrani, « La violation d'une clause statutaire », *LPA*, 8 avril 1998, n° 42, p. 11, spéc. p. 18 : la sanction de l'inopposabilité présente l'inconvénient d'aboutir à une dissociation entre la qualité d'actionnaire et la propriété des titres et, dès lors, « le cessionnaire acquiert des titres dépouillés de leurs qualités essentielles, et confine son droit de propriété au rang de droit sans objet ». Toutefois, l'inopposabilité n'empêche alors pas l'acquéreur d'obtenir ensuite l'anéantissement de la cession sur d'autres fondements. Il peut notamment intenter une action en résolution de la vente sur le fondement de l'article 1184 du Code civil et plus spécialement sur le fondement de l'article 1610 du Code civil pour défaut de délivrance des titres ; *Contra* : S. Paget, art. préc., p. 6 et s. : bien que préférée par la jurisprudence à l'inopposabilité, la sanction de la nullité devrait être prononcée que dans les seules hypothèses de fraude en raison des inconvénients liés à ses effets. En effet, cette dernière implique des restitutions qui peuvent s'avérer difficiles de mise en oeuvre.

⁷⁰³ E. Chvika, *Les clauses limitant la libre disposition des actions*, thèse Paris II, 1999, n° 321, p. 321.

⁷⁰⁴ L. Bornhauser-Mitrani, art. préc, spéc. p. 18.

caractère éminemment personnel. L'exécution forcée en nature ne s'impose pourtant pas avec évidence pour deux raisons.

En premier lieu, si l'obligation de requérir l'agrément ne présente pas intrinsèquement de caractère éminemment personnel, la conséquence de l'exécution de cette obligation est quant à elle susceptible de porter atteinte à la liberté individuelle de l'associé. En effet, l'accomplissement de son obligation l'expose à un refus de la société et, par suite, l'expose à demeurer dans la société contre sa volonté. Indirectement, donc, peut-on considérer que l'exécution forcée en nature aboutit à porter atteinte à la liberté individuelle de l'associé⁷⁰⁵. Toutefois, le risque d'une simple exécution par équivalent encouragerait l'associé à contourner la clause d'agrément et favoriserait l'entrée d'associés indésirables dans une société dans laquelle la confiance a pourtant une place prépondérante. Par conséquent, si l'on peut effectivement regretter que le législateur n'ait pas prévu une obligation de rachat de la société en cas de refus d'agrément dans la société en nom collectif⁷⁰⁶, l'exécution par équivalent ne suffit pas à préserver l'intérêt social. Pour cette raison, il apparaît préférable d'annuler la cession intervenue sans l'autorisation de la société plutôt que d'octroyer à la société de simples dommages et intérêts.

En second lieu, il n'est pas assuré qu'en l'absence de texte explicite le permettant, la jurisprudence ordonne l'exécution forcée en nature de cette obligation⁷⁰⁷. Or, d'une part, le caractère d'ordre public de ces dispositions favorise le prononcé de la nullité, sanction naturelle de leur violation⁷⁰⁸. D'autre part, c'est la sanction qui a été choisie par le législateur concernant les clauses d'agrément conventionnelles insérées librement par les associés dans les statuts des sociétés anonymes et des sociétés par actions simplifiées⁷⁰⁹. Dès lors, il ne serait pas cohérent de donner moins d'efficacité aux clauses légales impératives qu'aux clauses contractuelles. C'est

⁷⁰⁵ L'affirmation est particulièrement avérée pour les associés des sociétés en nom collectif qui, suite à un refus d'agrément, demeurent prisonniers de la société. V. *supra*, n° 64.

⁷⁰⁶ V. *supra*, n° 65 et n° 71.

⁷⁰⁷ Le droit des sociétés instaure un système restrictif des nullités de société ainsi que des délibérations et actes sociaux. Les articles 1844-10, alinéa 3 du Code civil et L. 235-1 du Code de commerce disposent que « *la nullité des actes ou délibérations des organes de la société ne peut résulter que de la violation d'une disposition impérative du présent titre ou de l'une des causes de nullité des contrats en général* ». Toutefois, ce régime n'a pas vocation à s'appliquer en ce qui concerne les cessions de parts sociales puisqu'il ne s'agit pas alors d'« actes » ou de « délibérations » au sens de ces articles. Aussi le droit commun des contrats a-t-il vocation à s'appliquer. V. L. Bornhauser-Mitrani, art. préc., spéc. p. 16 ; S. Paget, art. préc., spéc. p. 14-15.

⁷⁰⁸ H. Le Nabasque avec le concours de G. Terrier, « L'exécution forcée des pactes d'actionnaires », *Dr. soc., Actes pratiques*, 1994, p. 1, spéc. p. 25.

⁷⁰⁹ Respectivement articles L. 228-23 (issu de la loi n° 98-546 du 2 juillet 1998) et L. 227-15 du Code de commerce (issu de la loi n° 94-1 du 3 janvier 1994).

pourquoi, la jurisprudence ordonne, en principe, la nullité⁷¹⁰ de la cession dès lors que l'obligation légale d'agrément, elle-même, ou l'obligation de notification⁷¹¹ n'a pas été respectée.

181. Obligation de déclaration de seuil et d'acquisition. Dans les sociétés cotées, certaines obligations spécifiques sont mises à la charge des actionnaires afin d'améliorer la protection des minoritaires et la transparence du marché⁷¹². Il s'agit, d'une part, d'une obligation de déclaration de seuils⁷¹³ auprès de la société émettrice et de l'autorité des marchés financiers de franchissement et, d'autre part, de l'obligation d'acquisition lorsque le dépassement du seuil légal est réalisé. Ces deux obligations s'analysent en des obligations de faire : celle de déclarer et celle d'acquérir. La première n'étant affectée d'aucun caractère éminemment personnel et ne mettant en jeu aucune liberté fondamentale, rien ne s'oppose à en ordonner l'exécution forcée en nature. En revanche, concernant la seconde, perçue comme un renforcement légal des obligations pécuniaires de l'associé, elle semble bien mettre en jeu une liberté fondamentale de l'associé : la liberté contractuelle⁷¹⁴. En droit commun, la jurisprudence ne s'oppose-t-elle pas précisément pour cette raison à l'exécution de la promesse unilatérale ? En effet, alors même qu'il ne le souhaite pas, l'associé est tenu de proposer aux associés minoritaires le rachat de leurs titres. Pour autant, la protection du marché et des épargnants légitime l'atteinte légale portée à la liberté de contracter et que soit ainsi mise en oeuvre l'exécution forcée en nature.

⁷¹⁰ J. Prieur et P.-J. Saint-Amand, art. préc., spéc. p. 22 ; S. Paget, art. préc., spéc. p. 9 : « *Nonobstant quelques décisions privilégiant la thèse de l'inopposabilité, la thèse de la nullité semble l'avoir emporté. Mais ces décisions ne concernent que des litiges dans lesquels la procédure de notification n'avait pas été respectée et il ne semble pas que la jurisprudence ait eu à se prononcer sur l'hypothèse d'une cession intervenue sans agrément alors que la procédure de notification avait été respectée* ». Si avant la loi de 1998 la jurisprudence oscillait entre les sanctions d'inopposabilité et de nullité, depuis la loi du 2 juillet 1998, il semble logique de considérer que la nullité constitue la sanction de principe dans toutes les sociétés où l'agrément est d'ordre public.

⁷¹¹ L. Godon, *Les obligations des associés*, Economica, 1999, préf. Y. Guyon, n° 219, p. 137-138 : « *il s'agit en ce cas d'une nullité relative puisque la régularisation à tout moment de la procédure de notification est possible* » ; v. Cass. com., 24 novembre 2009, D. 2009, AJ 2932, Dr. soc. 2010, comm. 49, note M. Roussille : la circonstance que la cession de parts n'a pas reçu l'agrément unanime des associés ne peut être invoquée que par la société ou les associés et non par le cessionnaire.

⁷¹² Loi du 2 août 1989 sur la sécurité et la transparence du marché réaménagée par l'arrêté du 15 mai 1992.

⁷¹³ Article L. 233-7 du Code de commerce et suivants. Les seuils légaux sont de 5%, 10%, 15%, 20%, 25%, 33,33%, 50%, 66,66%, 90% et 95% du capital ou des droits de vote. Ces seuils légaux ont fait l'objet de réformes successives. V. T. Bonneau, « La réforme de 2005 des franchissements de seuil », *Bull. Joly bourse* 2005, p. 694 ; M. Loy, « La réforme du régime juridique des déclarations de franchissement de seuils », *JCP E* 2005, 1285, p. 1432 ; A. Dethomas, « Les nouvelles obligations en matière de franchissements de seuils », *Rev. dr. banc. et fin.* 2007, p. 56, spéc. p. 57.

⁷¹⁴ A.-C. Muller, *Droit des marchés financiers et droit des contrats*, Economica, 2007, préf. H. Synvet, n° 127, p. 114.

En raison de la rapidité qu'exige le droit boursier, le législateur a, dans un premier temps, prévu des sanctions en nature efficaces sans intervention du juge. En effet, l'article L. 233-14 du Code de commerce dispose qu'à défaut d'avoir été régulièrement déclarées dans les conditions prévues aux premier et deuxième alinéas de l'article L. 233-7, les actions excédant la fraction légale qui aurait dû être notifiée, sont privées du droit de vote pour toute assemblée d'actionnaires qui se tiendrait jusqu'à l'expiration d'un délai de deux ans suivant la date de régularisation de la notification. C'est le bureau de l'assemblée générale des actionnaires qui a compétence pour priver l'actionnaire de ses droits de vote excédant le seuil non déclaré ou imparfaitement déclaré. Il en résulte qu'en principe le rôle du juge est cantonné à constater, en cas de contestation, le manquement du débiteur et la suppression de son droit de vote. Il n'a cependant pas à prononcer la sanction en raison de son automaticité⁷¹⁵. Toutefois, le juge, sur demande du président de la société, d'un actionnaire ou de l'Autorité des Marchés Financiers et après avoir entendu le ministère public, a la possibilité d'aggraver la sanction en nature et de prononcer la suspension totale ou partielle de son droit de vote pour une durée maximum de cinq ans à l'encontre de l'actionnaire défaillant⁷¹⁶. Ces mesures de suspension, bien qu'efficaces, ne s'assimilent pas à de réelles mesures d'exécution forcée en nature. Elles prennent davantage l'aspect de « mesures conservatoires à finalité comminatoire » ou de mesures d'exception d'inexécution pour inciter l'associé à exécuter spontanément ses obligations. Cette mesure se révèle d'autant plus efficace lorsque la sanction de suspension ne prend fin qu'au moment de l'exécution⁷¹⁷.

Cependant, afin de renforcer davantage l'efficacité des sanctions, de véritables mesures d'exécution forcée en nature ont été prévues. Elles consistent dans la possibilité pour les autorités de contraindre l'associé défaillant à déclarer ou à déposer le projet d'offre⁷¹⁸. Le juge et l'Autorité des Marchés Financiers ont le pouvoir d'enjoindre à l'associé de déposer l'offre⁷¹⁹.

⁷¹⁵ M. Germain, G. Ripert et R. Roblot, *Traité de droit commercial*, T. 1, vol. 2, *Les sociétés commerciales*, 20^e éd., LGDJ, 2011, n° 2242 ; A. Dethomas, art. préc., spéc. p. 59.

⁷¹⁶ C. Maison-Blanche et D. Lecat, « Essai de synthèse sur les sanctions en cas de violation de l'obligation de déclaration de franchissements de seuils dans le capital et les droits de vote des sociétés dont les actions sont admises sur un marché réglementé », *RTDF*, n° 3, 2007, p. 146, spéc. p. 150 ; A. Dethomas, art. préc., spéc. p. 59.

⁷¹⁷ A. Mignon-Colombet, th. préc., n° 56, p. 52-53.

⁷¹⁸ C. Lefeuvre, *Le référé en droit des sociétés*, PUAM, 2006, préf. H. Le Nabasque, n° 61 et s., p. 64 et s.

⁷¹⁹ Article L. 621-14 II du Code monétaire et financier. En outre, l'Autorité des Marchés Financiers peut désormais, elle-même, grâce à la loi de sécurité financière du 1^{er} août 2003 procéder à une telle injonction. L'article L. 621-14 I du Code monétaire et financier lui permet, en effet, à l'instar de l'autorité judiciaire, de prononcer directement des injonctions pour assurer le respect de son règlement général (qui fixe notamment les règles relatives aux offres

Cette exécution forcée en nature se révèle indiscutablement plus opportune qu'une sanction par équivalent pour assurer la protection des actionnaires minoritaires⁷²⁰.

182. En conséquence, la protection de la société, des tiers et des associés promeut l'exécution forcée en nature des obligations légales puisque de leur bonne exécution dépend la réalisation de l'objet social et l'efficacité durable de la société. Ce n'est donc que de manière exceptionnelle que le juge recoure à l'exécution forcée par équivalent.

§2 L'EXCEPTION : L'EXÉCUTION FORCÉE PAR ÉQUIVALENT

183. A l'instar du droit commun des contrats, dès lors que l'exécution forcée en nature aboutit à porter atteinte à une liberté fondamentale de l'associé, le droit des sociétés favorise le recours à l'exécution forcée par équivalent. Pour cette raison, l'inexécution des obligations de l'apporteur en industrie (A) et du coopérateur (B) est en principe sanctionnée par de simples dommages et intérêts.

A- L'EXÉCUTION FORCÉE PAR EQUIVALENT DE L'OBLIGATION D'APPORT EN INDUSTRIE

184. Présentation. L'apport en industrie consiste pour l'associé à mettre à la disposition de la société ses connaissances techniques ou professionnelles, son savoir-faire⁷²¹, son travail et ses services. Dans une conception plus moderne, on peut même y adjoindre sa notoriété ou son crédit⁷²². Si cet apport détermine bien la qualité de l'associé, il se différencie des autres en ce

publiques d'acquisition), ainsi que de toutes les dispositions législatives et réglementaires dès lors que la pratique dénoncée a pour effet de fausser le fonctionnement du marché ou de porter atteinte à l'égalité d'information ou de traitement des investisseurs. Or, puisque l'inexécution de telles obligations conduit à rompre l'égalité entre les actionnaires, cette procédure d'injonction peut être mise en œuvre.

⁷²⁰ A. Mignon-Colombet, th. préc., n° 56, p. 53 : « *L'injonction est en effet une sanction souvent plus adaptée à la matière boursière que la réparation par équivalent car elle permet, par exemple de contraindre le débiteur à déposer un projet d'offre publique, répondant ainsi à l'objectif du législateur* ».

⁷²¹ Sur la qualification controversée de l'apport en savoir-faire, v. R. Besnard Goudet, *Fasc. 10-20 : Théorie des apports, Apports en industrie*, in *J.-Cl. soc.* 2009, n° 26 : lorsque le savoir-faire peut faire l'objet d'une licence ou d'une cession, il est *a priori* qualifié d'apport en nature, mais lorsque le savoir-faire n'est pas susceptible d'appropriation, la qualification se révèle plus controversée.

⁷²² R. Besnard Goudet, art. préc., n° 1.

qu'il ne rentre pas dans la constitution du capital social⁷²³. C'est ce qui justifie qu'il n'était auparavant autorisé que dans les sociétés à responsabilité illimitée et faisait donc figure d'exception. Cet apport connaît toutefois aujourd'hui un regain d'intérêt pour deux raisons. Tout d'abord, il est admis dans les SARL (article L. 223-7 du Code de commerce) et les SAS (article L. 227-1 du Code de commerce)⁷²⁴. Par conséquent, désormais, seules les sociétés anonymes et les sociétés en commandite le prohibent. Ensuite, il s'est aujourd'hui diversifié et prend de plus en plus la forme de valeurs économiques qui ne peuvent faire l'objet de transfert de propriété selon les modes habituels⁷²⁵. Il en résulte que l'apport en industrie ne constitue plus une obligation marginale que l'on peut négliger. Elle se révèle même être dans certaines sociétés la principale source de bénéfices⁷²⁶. En conséquence, le refus de l'associé de continuer à travailler pour la société peut mettre en péril la pérennité de la société et son inexécution constitue une cause de dissolution de la société au même titre que les obligations en numéraire et en industrie. Partant, l'intérêt social commanderait d'en exiger l'exécution forcée⁷²⁷.

185. Exécution forcée, mesure envisageable. En principe, l'apport en industrie se présente comme une obligation à caractère successif⁷²⁸. Par cet apport, l'associé s'engage, en effet, à apporter son travail ou sa collaboration à la société. La jurisprudence a d'ailleurs précisé que l'apport en industrie ne pouvait se ramener à une aide occasionnelle ou à des simples tâches d'exécution matérielle⁷²⁹. Il en résulte que sa libération ne peut intervenir immédiatement⁷³⁰. Ce faisant, la question de l'exécution forcée revêt tout son sens.

⁷²³ Pour un plaidoyer en faveur de l'introduction des apports en industrie dans le capital social, v. L. Nurit-Pontier, « Repenser les apports en industrie », *LPA*, 3 juillet 2002, p. 4 et s.

⁷²⁴ Respectivement depuis les lois n° 2001-420 du 15 mai 2001 et Loi LME du 4 août 2008.

⁷²⁵ R. Besnard Goudet, art. préc., n° 6.

⁷²⁶ J. Bardoul, « Les apports en industrie dans les sociétés civiles professionnelles », *Rev. soc.* 1973, p. 413 ;

Y. Guyon, « Les apports en industrie dans les sociétés civiles professionnelles », *Defr.* 1999, art. 36918, p. 3.

⁷²⁷ A. Mignon-Colombet, th. préc., n° 146, p. 133.

⁷²⁸ L. Godon, *Les obligations des associés*, Economica, 1999, préf. Y. Guyon, n° 30, p. 29 ; M. Buchberger, *Le contrat d'apport, Essai sur la relation entre la société et son associé*, éd. Panthéon-Assas, 2011, préf. M. Germain, n° 63, p. 74 ; R. Besnard Goudet, art. préc., n° 16 ; C. Regnaut-Moutier, *La notion d'apport en jouissance*, LGDJ, 1994, Préf. J. Prieur, n° 54, p. 48.

⁷²⁹ CA Paris, 15 novembre 1993, *Bull. Joly soc.* 1994, p. 86, note A. Cuisance.

⁷³⁰ L'impossibilité de satisfaire à l'exigence d'une libération immédiate justifiait l'exclusion de l'apport en industrie dans les sociétés à responsabilité limitée. V. R. Besnard Goudet, art. préc., n° 45. Par exception, on admet que l'apport en jouissance, pourtant obligation nécessairement à caractère successif, puisse faire l'objet d'une libération immédiate qui correspond à la mise à disposition du bien à la société.

186. Principe : exécution en nature prohibée par le droit commun. Or, obligation de faire⁷³¹, apporter son travail ou sa collaboration active revêt nécessairement un caractère personnel puisque ce type d'obligation implique la mise en œuvre de qualités irréductiblement liées à l'associé⁷³². Aussi toute exécution forcée aboutirait-elle à porter atteinte à sa liberté individuelle⁷³³. En outre, la contrainte serait de toute manière inefficace puisque « *le sentiment de liberté du débiteur est nécessaire à l'accomplissement de son obligation* »⁷³⁴. Dès lors, toute contrainte directe ou même indirecte⁷³⁵ exercée sur l'apporteur en industrie doit être exclue. Par ailleurs, en raison du caractère *intuitus personae* de la prestation, aucune substitution du débiteur ne peut être opérée par application de l'article 1144 du Code civil⁷³⁶. Par conséquent, seule une exécution par équivalent de ce type d'apport est envisageable par application du droit commun.

187. Exécution en nature prohibée par le droit des sociétés. Les objections soulevées en droit commun des contrats à l'encontre de l'exécution forcée en nature sont confortées par le droit des sociétés. En effet, on ne peut contraindre l'apporteur en industrie à exécuter sa prestation puisque son refus révèle *de facto* son défaut d'*affectio societatis*. Or, si la perte d'*affectio societatis* postérieurement à la conclusion du contrat de société n'est pas rédhibitoire à l'accomplissement d'une prestation à caractère instantané, elle l'est concernant la réalisation d'une prestation successive⁷³⁷. Il apparaît ainsi absurde de contraindre un associé contre son gré à collaborer activement au service de la société⁷³⁸. Son maintien dans la société multiplierait les risques de conflits et de mésentente dans la société⁷³⁹.

⁷³¹ M. Buchberger, th. préc., n° 63, p. 74.

⁷³² En ce sens, v. C. Regnaut-Moutier, th. préc., n° 55, p. 49. L'auteur souligne que le caractère personnel participe de la distinction entre apport en jouissance et apport en industrie.

⁷³³ A. Mignon-Colombet, th. préc., n° 146, p. 133 ; C. Regnaut-Moutier, th. préc., n° 56, p. 50-51.

⁷³⁴ A. Mignon-Colombet, th. préc., n° 143, p. 130.

⁷³⁵ A. Mignon-Colombet, th. préc., n° 148-149, p. 133-134.

⁷³⁶ R. Besnard Goudet, art. préc., n° 14 ; R. Baillod, *L'apport en industrie, Déclin ou renouveau*, thèse Toulouse, 1980, n° 48.

⁷³⁷ R. Besnard Goudet, art. préc., n° 47.

⁷³⁸ A. Lebois, note sous Cass. civ. 3^e, 27 mars 2008, *LPA*, 13 octobre 2008, n° 205, p. 13, spéc. p. 18 : « *il faut bien voir que si lors de la constitution d'une société, l'affectio societatis est plus que le consentement au contrat instantané. Elle s'apparenterait davantage au consentement au mariage, qui est non seulement la volonté de contracter l'union, mais celle de mener la vie conjugale. On voit mal dès lors l'utilité du mariage si les motifs du divorce préexistent à sa conclusion* ».

⁷³⁹ A. Mignon-Colombet, th. préc., n° 149, p. 135.

188. Exception : exécution forcée en nature. L'interdiction de principe de droit commun doit toutefois être nuancée.

D'une part, l'obligation d'apport en industrie emporte également une obligation de ne pas faire : celle de ne pas faire concurrence à la société⁷⁴⁰. Si cette dernière n'est pas expressément visée par les textes, elle se déduit de l'article 1843-3 du Code civil aux termes duquel « *l'associé qui s'est obligé à apporter son industrie à la société lui doit compte de tous les gains qu'il a réalisés par l'activité faisant l'objet de son apport* ». En principe, cette obligation dure tant que l'associé est lié par son contrat d'apport. Or, la jurisprudence a déjà eu l'occasion antérieurement de reconnaître la possibilité d'en ordonner l'exécution forcée en nature. Dès lors, du point de vue de l'exécution forcée, il semble *a priori* possible d'opérer une dissociation entre les diverses obligations dont est tenu l'apporteur en industrie. Alors que l'associé ne pourrait être contraint à réaliser son apport en industrie *stricto sensu*, celui-ci pourrait néanmoins être forcé à respecter son obligation « accessoire » de non-concurrence, si besoin sous astreinte, sur le fondement de 1143 du Code civil⁷⁴¹. Encore que l'affirmation peut être contestée dès lors que l'on admet qu'au travers de cette dernière une liberté fondamentale se trouve bien en jeu : celle du travail et du commerce. Cependant, de la même manière que l'on admet que la validité des clauses de non-concurrence soit subordonnée aux conditions cumulatives de proportionnalité et de légitimité, l'exécution forcée en nature pourrait être prononcée dès lors que celle-ci se révèle conforme à l'intérêt social et nécessaire à la réalisation de l'objet social.

D'autre part, si en principe l'obligation d'apport en industrie revêt un caractère successif, plus exceptionnellement, elle peut faire l'objet d'une réalisation instantanée. C'est le cas notamment lorsque l'apporteur doit transmettre à la société des connaissances⁷⁴². L'associé « *ne met pas sa personne au service de la société mais un ensemble de connaissances techniques, transmissibles, non immédiatement accessibles au public* »⁷⁴³. Pour autant, l'absence de caractère

⁷⁴⁰ L. Godon, *Les obligations des associés*, Economica, 1999, préf. Y. Guyon, n° 36, p. 32-33 : l'auteur fait référence à l'existence d'une « double obligation à caractère successif » : une obligation de faire, travailler pour la société, à laquelle se superpose une obligation de ne pas faire, ne pas concurrencer la société ; R. Besnard Goudet, art. préc., n° 68.

⁷⁴¹ Sur le fondement de l'article 1143 du Code civil, le juge peut ordonner la cessation de l'activité concurrente.

⁷⁴² R. Besnard Goudet, art. Préc., n° 19 : la transmission des connaissances peut constituer une prestation instantanée « *quand il ne vise que la simple transmission de connaissances techniques non brevetées* » et une prestation successive « *quand la transmission des connaissances est accompagnée et suivie de leur mise en œuvre par l'apporteur* ». L'auteur ajoute que « *le choix relève ici de la stratégie d'entreprise, et non de données juridiques* ».

⁷⁴³ A. Mignon-Colombet, th. préc., n° 151, p. 135.

successif ne semble pas davantage légitimer le prononcé de l'exécution forcée en nature⁷⁴⁴. Concevable en théorie⁷⁴⁵, il n'apparaît pas opportun d'y recourir puisque, même dans ce cas là, la prestation conserve un caractère très personnel. Elle s'apparente alors à un contrat d'enseignement pour lequel le juge a refusé d'en ordonner l'exécution forcée en nature en raison de l'« *élément personnel* » qu'elle présente⁷⁴⁶. Aussi la contrainte exercée sur l'apporteur en industrie peut-elle aboutir à une mauvaise exécution de cette obligation de transmission. En effet, l'associé débiteur est alors le seul détenteur de ce savoir faire et, donc, l'exerçant sous la contrainte, il est susceptible d'accomplir sa prestation de manière défectueuse⁷⁴⁷.

Par analogie, en raison du caractère éminemment personnel de la prestation du coopérateur, il semble difficile d'admettre le recours à l'exécution forcée en nature.

B- L'EXECUTION FORCÉE PAR EQUIVALENT DE L'OBLIGATION D'ACTIVITÉ DU COOPÉRATEUR

189. Présentation de l'obligation d'activité. Etre associé d'une société coopérative implique pour l'associé la souscription de deux obligations de nature et de régime différents. Tout d'abord, comme tout associé, il est tenu d'exécuter une obligation d'apport, susceptible d'exécution forcée en nature. Ensuite, il pèse sur lui une obligation d'activité inhérente à sa qualité spéciale de coopérateur pour laquelle il est impossible de requérir l'exécution forcée en nature. En effet, plus qu'un simple associé, l'associé coopérateur s'engage à travailler au service de la société coopérative, activité qui consiste à fournir son travail dans les coopératives ouvrières de production, à livrer des produits dans les coopératives de vente et à acheter ou vendre dans les coopératives de commerçants ou détaillants.

190. L'exécution en nature prohibée par le droit commun. Lorsque l'obligation d'activité consiste, à proprement parler, à travailler en produisant et en récoltant ses produits pour la coopérative, le caractère éminemment personnel de l'obligation proscriit au juge de recourir à l'exécution forcée en nature.

⁷⁴⁴ *Contra* : A. Mignon-Colombet, th. préc., n° 150, p. 135 : à suivre l'auteur, l'obligation est alors davantage colorée d'un caractère économique que personnel.

⁷⁴⁵ R. Besnard Goudet, art. préc., n° 70.

⁷⁴⁶ TI Paris, 28 octobre 1968, *Gaz. Pal* 1968, 2, p. 345, note J.-P. Doucet.

⁷⁴⁷ En ce sens, v. A. Mignon-Colombet, th. préc. n° 152, p. 136.

191. L'exécution en nature prohibée par le droit des sociétés. De même, si l'obligation de livrer sa production est *a priori* dépourvue de caractère personnel, l'exécution forcée en nature aboutit, là encore, à porter atteinte à la liberté individuelle du coopérateur dès lors que son engagement s'étend dans la durée⁷⁴⁸. En effet, le contraindre à s'exécuter aboutit à négliger l'exigence d'*affectio societatis* qui induit une collaboration durable et volontaire de l'associé. Certes, en principe, le défaut d'*affectio societatis* ne fait pas obstacle à l'exécution forcée en nature de l'obligation d'apport⁷⁴⁹. Il en est autrement cependant dans les sociétés coopératives dans lesquelles l'*affectio societatis* revêt une particulière intensité⁷⁵⁰. Ce n'est qu'exceptionnellement que le juge a admis sur le fondement de l'article 1184 du Code civil l'exécution forcée en nature de l'obligation de délivrance de la production du produit. La pérennité de la société justifiait alors son prononcé⁷⁵¹. Toutefois, ces décisions doivent demeurer exceptionnelles.

Partant, quelle que soit la forme que prend l'obligation d'activité du coopérateur, il est préférable pour les parties d'organiser conventionnellement les sanctions de l'inexécution du coopérateur. Pourraient ainsi être envisagées l'exclusion et l'octroi de pénalités pour retrait anticipé⁷⁵². Plus satisfaisantes que l'attribution à la société de dommages et intérêts, ces sanctions intermédiaires entre l'exécution forcée en nature et l'exécution forcée par équivalent permettent d'échapper à une potentielle mésentente avec risque de paralysie de la société et de rechercher un nouveau coopérateur pleinement motivé par l'aventure collective.

192. Par conséquent, l'exécution forcée en nature constitue bien la sanction reine des obligations légales. Il en est cependant autrement des obligations conventionnelles pour lesquelles l'exécution par équivalent concurrence encore fortement l'exécution forcée en nature.

⁷⁴⁸ A. Mignon-Colombet, *L'exécution forcée en droit des sociétés*, Economica, 2004, préf. Y. Guyon, n° 156, p. 138-139 : l'auteur précise que les créanciers (société ou coassociés) ne pourraient pas davantage se fonder sur l'article 1690 du Code civil, l'engagement de livraison n'étant pas assimilable à une vente en raison de la convergence d'intérêts entre l'associé coopérateur et la coopérative.

⁷⁴⁹ V. *supra*, n° 167.

⁷⁵⁰ G. Goffaux, *Du contrat en droit des sociétés, essai sur le contrat instrument d'adaptation du droit des sociétés*, éd. L'Harmattan, Presses universitaires de Sceaux, 2008, préf. J.-P. Gastaud, n° 65, p. 56.

⁷⁵¹ V. par exemple Cass. civ. 1^{ère}, 15 novembre 1988, *Bull. civ. I*, n° 321 ; *Gaz. Pal.* 1988, 2, p. 361 : dans cette décision, le coopérateur a été condamné sous astreinte à reprendre ses livraisons de lait pour la société car la livraison est une nécessité pour la coopérative « *faute de quoi son existence économique et sa raison d'être se trouveraient compromises* » ; en ce sens, v. Cass. civ. 1^{ère}, 13 mai 2003, pourvoi n° 00-17631 ; *Bull. Joly soc.* 2003, p. 1064, § 224, note J.-J. Barbiéri.

⁷⁵² En ce sens, v. A. Mignon-Colombet, *th. préc.*, n° 157, p. 139-140.

SECTION 2 UNE INFLUENCE PERFECTIBLE DU DROIT COMMUN DES CONTRATS CONCERNANT LES OBLIGATIONS CONVENTIONNELLES

193. Traditionnellement, le contrat de société est dénoncé pour son manque de flexibilité⁷⁵³. En effet, les parties sont soumises à de nombreuses dispositions impératives et ne peuvent convenir librement ni de l'organisation de leurs relations ni du fonctionnement de la personne morale. La pratique s'est toutefois progressivement émancipée de ce carcan rigide et a su exploiter l'étroite marge de liberté pour personnaliser davantage leur relation. Ces divers aménagements contractuels sont communément appelés pactes d'actionnaires⁷⁵⁴. Classiquement dénoncés pour la faiblesse de leur sanction (§1), législateur et jurisprudence tentent de restaurer leur force obligatoire en promouvant progressivement leur exécution forcée en nature (§2).

§1 L'EXCLUSION TRADITIONNELLE DE L'EXÉCUTION FORCÉE EN NATURE DES OBLIGATIONS CONVENTIONNELLES

194. Refuser d'ordonner l'exécution forcée en nature au profit d'une simple exécution par équivalent revient à nier partiellement la force obligatoire des engagements. C'est pourtant la position traditionnelle de principe qu'a adoptée la jurisprudence s'agissant des obligations conventionnelles les plus usuelles. Si cette dernière se retranche derrière une pluralité de fondements juridiques (A), elle apparaît cependant inopportune et conduit les parties à prévoir des remèdes conventionnels (B).

⁷⁵³ B. Saintourens, « La flexibilité du droit des sociétés », *RTD com.* 1987, p. 457 ; L. Convert, *L'impératif et le supplétif dans le droit des sociétés : étude de droit comparé : Angleterre, Espagne, France*, 2003, LGDJ, préf. B. Saintourens.

⁷⁵⁴ Ces pactes d'actionnaires peuvent être statutaires ou extra-statutaires. V. J.-J. Daigre et M. Sentilles-Dupont, *Pactes d'actionnaires*, GNL Joly, 1994, n° 3, p. 2 et n° 19 et 20, p. 10-11 ; B. Dondero, « Le pacte d'actionnaires : le contrat dans la société », in *Société et contrat, Journ. soc.* avril 2008, n° 53, p. 42 ; Y. Reinhard, « Exécution en nature des pactes d'actionnaires », in *Exécution du contrat en nature ou par équivalent*, *RDC* 2005, p. 115. En raison de l'objet de notre étude qui se limite au contrat de société, seule l'exécution forcée des obligations contractualisées dans les statuts entre dans le domaine de l'étude.

A- LES FONDEMENTS JURIDIQUES

195. La jurisprudence traditionnelle, hostile à l'exécution forcée en nature, se fonde sur le droit commun des contrats (1) et le droit des sociétés (2).

1- Les fondements en droit commun des contrats

196. **L'application stricte de l'article 1142 du Code civil.** Outre les obligations légales d'ordre public, les associés ont la possibilité de créer dans les statuts ou dans des actes extérieurs une multiplicité d'obligations, des obligations relatives au capital ou à l'organisation du pouvoir dans la société⁷⁵⁵. Ces obligations ont pour particularité de constituer pour l'essentiel des obligations de faire ou de ne pas faire. Parmi elles se trouvent les obligations d'agrément, de préemption, de préférence, de plafonnement ou d'inaliénabilité. Par application stricte de l'article 1142 du Code civil, la jurisprudence privilégie traditionnellement l'exécution forcée par équivalent⁷⁵⁶ sur l'exécution forcée en nature, sous réserve, cependant, de démontrer l'existence d'un préjudice⁷⁵⁷. Cependant, cette justification afférente à la nature des obligations apparaît, à elle seule, lacunaire⁷⁵⁸.

197. **La liberté contractuelle.** Certains auteurs soulignent que l'exécution forcée en nature de la plupart des pactes statutaires remet bien en cause une liberté fondamentale de

⁷⁵⁵ J.-J. Daigre et M. Sentilles-Dupont, *op. cit.*, n° 6, p. 3 : « il existe une infinie variété d'aménagements statutaires et de conventions extra-statutaires. Fruits des circonstances ou de l'imagination des rédacteurs, il ne peuvent être dénombrés, encore moins présentés et analysés de manière exhaustive ».

⁷⁵⁶ O. Dexant-de Baillencourt, *Les pactes d'actionnaires dans les sociétés cotées*, Dalloz, 2012, préf. H. Synvet, n° 213, p. 191 ; M. Jeantin, « Le rôle du juge en droit des sociétés », in *Mél. R. Perrot, Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ?*, Dalloz, 1996, p. 149, spéc. p. 162-163 ; L. Godon, *Les obligations des associés*, Economica, 1999, préf. Y. Guyon, n° 342, p. 226 ; B. Dondero, art. préc., spéc. p. 48. Pour un pacte de préférence, v. Cass. com., 7 mars 1989, aff. Schwich et Baizeau, *Bull. civ.* IV, n° 79 ; *JCP E*, II, 15617, note Y. Reinhard ; Cass. com., 26 avril 1994, SA Gimenez Frères, *Bull. civ.* IV, n° 157 ; *Bull. Joly soc.* 1994, p. 813, § 218, note P. Le Cannu. La solution est ancienne. V. Cass. civ., 9 juillet 1834, *D.* 1834, p. 741 ; Cass. req., 15 avril 1902, *D.* 1902, p. 316.

⁷⁵⁷ Cass. com., 9 avril 2002, *JCP G* 2003, II, 10067, note J.-M. Tang.

⁷⁵⁸ Y. Reinhard, art. préc., spéc. p. 116 ; D. Velardocchio-Flores, *Les accords extra-statutaires entre associés*, PUAM, 1993, n° 185, p. 174 : « Certaines décisions semblent supposer que l'allocation de dommages et intérêts est la sanction naturelle de la violation du pacte de préférence, cependant la réparation prévue par l'article 1142 du Code civil n'existe qu'en raison de l'impossibilité fréquente d'édicter la sanction de la réparation en nature ».

l'associé : celle de contracter ou de ne pas contracter⁷⁵⁹. Tel est le cas des obligations limitant la libre disposition des actions ou parts sociales. Dès lors, l'application de l'article 1142 du Code civil permet de concilier les deux principes fondamentaux que sont la liberté contractuelle et la force obligatoire. En effet, si en raison de l'atteinte portée à la liberté contractuelle de l'associé on ne peut prononcer l'exécution forcée en nature, l'associé fautif doit, cependant, être condamné. Or, la seule sanction concevable consiste dans l'octroi de dommages et intérêts⁷⁶⁰. C'est ce qui justifie que concernant les promesses unilatérales, et à rebours de l'opinion doctrinale majoritaire⁷⁶¹, la jurisprudence ne sanctionne la rétraction du promettant que par l'octroi de dommages intérêts⁷⁶². C'est ce qui explique également que concernant les clauses d'inaliénabilité ou de plafonnement, elle est réticente à annuler la cession opérée en violation de la clause. Enfin, c'est ce qui légitime le refus traditionnel de la jurisprudence d'ordonner la substitution du bénéficiaire au tiers acquéreur concernant les clauses de préemption et de préférence⁷⁶³. Paradoxalement, donc, la liberté contractuelle qui fonde la validité des obligations conventionnelles justifie également la faiblesse de leur sanction⁷⁶⁴.

198. La relativité des conventions. Davantage que la liberté contractuelle, il semble que ce soit la relativité des conventions qui empêche l'épanouissement de l'exécution forcée en nature. En effet, si la force obligatoire des obligations commande d'en prononcer l'exécution forcée en nature dès lors qu'aucune liberté individuelle n'est en jeu, l'article 1165 du Code civil peut constituer, dans une certaine mesure, une impossibilité juridique à sa mise en oeuvre. La violation des clauses d'agrément, de préemption ou d'inaliénabilité, se manifeste par la

⁷⁵⁹ E. Chvika, *Les clauses limitant la libre disposition des actions*, thèse Paris II, 1999, n° 297, p. 302 : « on ne peut pas forcer une personne à contracter avec son cocontractant même si elle a contracté avec un tiers en violation de son engagement initial ».

⁷⁶⁰ Pour une partie de la doctrine, cette sanction doit être approuvée en ce qu'elle permet de concilier la liberté contractuelle et la force obligatoire du contrat. V. E. Chvika, th. préc., n° 298, p. 303.

⁷⁶¹ En ce sens, v. D. Mazeaud, « Exécution des contrats préparatoires », in *Exécution du contrat en nature ou par équivalent*, RDC 2005, p. 61, spéc. p. 67 : « La liberté contractuelle du promettant ne subit, en effet, aucune atteinte inacceptable, à partir du moment où en concluant le contrat de promesse, il a librement manifesté sa volonté de conclure et d'exécuter le contrat promis » ; A. Lebois, note sous Cass. civ. 3^e, 27 mars 2008, *LPA*, 13 octobre 2008, n° 205, p. 13, spéc. p. 17 ; L. Weiller, « Processualisation et force obligatoire du contrat », in *Regards comparatistes sur le phénomène contractuel*, PUAM, 2009, p. 157, spéc. p. 159.

⁷⁶² O. Dexant-de Baillencourt, th. préc., n° 214, p. 192.

⁷⁶³ A. Mignon-Colombet, th. préc., n° 324, p. 264 ; A. Lebois, note sous Cass. civ. 3^e, 27 mars 2008, *LPA*, 13 octobre 2008, n° 205, p. 13.

⁷⁶⁴ G. Parléani, « Les pactes d'actionnaires », *Rev. soc.* 1991, p. 1, spéc. p. 21 : l'existence de ce paradoxe a été dénoncée à l'appui de la consécration de la substitution comme sanction.

conclusion d'un contrat avec un tiers. Or, le bénéficiaire du pacte, qui ne dispose que d'un droit personnel sur la chose⁷⁶⁵, objet du pacte, ne peut faire prévaloir son droit sur celui du tiers acquéreur⁷⁶⁶. Aussi, privilégiant la protection des droits des tiers sur la sécurité des conventions, la jurisprudence n'admet-elle la nullité de la cession intervenue en violation du droit du bénéficiaire du pacte que si ce dernier démontre l'existence d'une collusion frauduleuse entre le débiteur de la clause et le tiers⁷⁶⁷.

Par conséquent, si l'exécution forcée en nature du pacte demeure possible tant que le cédant a conservé la propriété des titres⁷⁶⁸, seule l'exécution forcée par équivalent est concevable dès lors que les parts ou actions ont été cédées en violation des clauses contractuelles à un tiers de bonne foi. Excepté l'obligation d'agrément, cette solution est applicable à toute cession intervenue en violation d'une obligation de faire ou de ne pas faire, peu important l'origine de l'obligation, qu'elle soit statutaire ou extra-statutaire⁷⁶⁹. Si rigoureuse qu'apparaît la solution de la jurisprudence à l'égard du créancier de l'obligation, on ne peut que s'incliner devant la solidité de son fondement⁷⁷⁰.

199. Protection du débiteur et protection du tiers justifient donc que la jurisprudence refuse traditionnellement de recourir à l'exécution forcée en nature. Cette exclusion est d'autant plus légitime qu'elle semble également fondée en droit des sociétés.

⁷⁶⁵ O. Dexant-de Baillencourt, th. préc., n° 219, p. 194.

⁷⁶⁶ S. Prat, *Les pactes d'actionnaires relatifs au transfert de valeurs mobilières*, Litec, 1992, préf. A. Viandier, n° 445, p. 283 : « Que le pacte emporte des obligations de faire, de ne pas faire ou de donner, la sanction attachée à la violation de ces obligations ne peut être autre que celle d'un droit personnel » ; A. Mignon-Colombet, th. préc., n° 301, p. 250-251 ; L. Godon, *Les obligations des associés*, Economica, 1999, préf. Y. Guyon, n° 342, p. 226 ; O. Dexant-de Baillencourt, th. préc., n° 219, p. 194.

⁷⁶⁷ On peut engager par ailleurs la responsabilité du tiers complice de la cession. V. P. Hugueney, *De la responsabilité du tiers complice de la violation d'une obligation contractuelle*, thèse Dijon, 1910 ; F. Bertrand, *L'opposabilité du contrat au tiers*, thèse Paris II, 1979, n° 140 et s. ; v. par exemple CA Versailles, 29 juin 2000, *JCP E* 2001, 183, note A. Couret. ; G. Parléani, « Les pactes d'actionnaires », *Rev. soc.* 1991, p. 1, spéc. p. 33-34 : il est possible selon l'auteur d'aller plus loin que l'allocation de dommages et intérêts et faire peser sur le tiers complice une obligation de restitution ; L. Godon, th. préc., n° 353 et 354, p. 231 : le bénéficiaire peut, en outre, engager la responsabilité de la société si celle-ci a procédé à l'inscription en compte du tiers devenu acquéreur des droits sociaux par la violation du pacte connu nécessairement d'elle en raison de son insertion dans les statuts.

⁷⁶⁸ Dans le cadre de la cession de titres, le transfert de propriété est retardé jusqu'à l'inscription en compte des titres. Le débiteur du pacte demeure donc propriétaire des titres jusqu'à ce que cette formalité soit accomplie. Jusqu'à cette date, le tiers ne dispose comme le bénéficiaire du pacte que d'un droit personnel susceptible de générer des conflits de droits. V. O. Dexant-de Baillencourt, th. préc., n° 237 et s., p. 206 et s.

⁷⁶⁹ S. Schiller, v° Pactes d'actionnaires, in *Rép. soc.* 2006, n° 162.

⁷⁷⁰ A. Mignon-Colombet, *L'exécution forcée en droit des sociétés*, Economica, 2004, préf. Y. Guyon, n° 301 et s., p. 250 et s. et n° 388, p. 303.

2- Les fondements en droit des sociétés

200. Le régime restrictif des nullités. Si la nullité de l'acte conclu en violation de l'obligation statutaire permet souvent de satisfaire pleinement le créancier, la jurisprudence est réticente à prononcer cette sanction en raison du régime légal prévu par le droit des sociétés en matière de nullité. Hostile à l'application d'une telle sanction pour les sociétés⁷⁷¹, le législateur a instauré un système dérogatoire particulièrement restrictif. En effet, les articles 1844-10 du Code civil et L. 235-1, alinéa 2, du Code de commerce disposent que la nullité des actes sociaux et délibérations sociales doit résulter d'un texte et, plus précisément, de la violation d'une disposition impérative du livre deuxième du Code de commerce ou des lois qui régissent les contrats⁷⁷². Deux conditions cumulatives sont donc nécessaires pour l'obtention de la nullité de la délibération. D'une part, la disposition violée doit revêtir un caractère impératif⁷⁷³. Or, si la

⁷⁷¹ M. Azavant, « La sanction civile en droit des sociétés ou l'apport du droit commun au droit spécial », *Rev. soc.* 2003, p. 442, spéc. p. 442-443 : « Les nullités sont odieuses... passés au crible d'un prisme restrictif, ses causes, ses conditions et ses effets sont notablement dérogatoires au regard de leur régime de droit commun. L'antienne est connue, elle fonde le discours convenu d'une mise à distance du droit civil et d'une émancipation du droit des sociétés... Parce que le droit civil n'avait à proposer pour sanction des irrégularités des actes juridiques qu'une nullité intégrale et rétroactive quand le droit des sociétés était intéressé à préserver l'existence et le fonctionnement de l'être social, le droit spécial s'est installé dans une logique de rupture avec le droit commun » ; L. Grosclaude, *Le renouvellement des sanctions en droit des sociétés*, thèse Paris I, 1997, p. 84. Il en est autrement en matière d'association lesquelles sont régies par le droit commun. V. F.-X. Lucas, note sous CA Versailles, 3 février 2003, *Juris-Data* n° 2003-215599, *Dr. soc.* 2004, comm. 38 : « l'indication d'un délai de convocation dans les statuts ne doit pas être regardée comme une recommandation mais bien comme une obligation dont la méconnaissance rend irrégulière la convocation des adhérents et laisse planer sur leurs délibérations un risque d'annulation ». En effet, en matière d'association, il n'existe pas de manière analogue au droit des sociétés un texte qui édicte un régime spécial des nullités. C'est pourquoi, l'article 1134 du Code civil permet de fonder la nullité de la délibération. V. Y. Chartier, « L'association, contrat, dans la jurisprudence récente de la Cour de cassation », in *Mél. Y. Guyon, Aspects actuels du droit des affaires*, Dalloz, 2003, p. 195, spéc. p. 210. En outre, la nullité peut être ordonnée alors même que la violation commise n'a aucune incidence sur l'adoption de la décision prise. V. Cass. civ. 1^{ère}, 27 juin 2000, *Bull. civ. I*, n° 196.

⁷⁷² Une différence de rédaction est à noter entre les deux dispositions : l'article 1844-10 du Code civil ne mentionne pas la violation « des lois qui régissent les contrats » mais la violation « de l'une des causes de nullité des contrats en général ».

⁷⁷³ La notion de disposition impérative est controversée. V. J.-P. Legros, « La nullité des décisions de sociétés », *Rev. soc.* 1991, p. 275, spéc. p. 287 : « est impérative, dans une première acception, la disposition qui s'impose en toute circonstance, celle que la volonté ne peut écarter... Dans un second sens, toujours technique, la loi impérative s'oppose à la loi supplétive... La loi entend la notion de disposition impérative dans un sens large ; la sanction est virtuellement applicable à toute disposition à condition qu'elle apparaisse comme fondamentale aux yeux du juge... La nature impérative d'un texte n'est pas forcément indiquée dans la formulation même de celui-ci. En particulier l'absence de précision sur l'impossibilité d'insérer des clauses contraires n'exclut pas nécessairement le caractère impératif » ; D. Grillet-Ponton, « La méconnaissance d'une règle impérative de la loi, cause de nullité des actes et délibérations des organes de la société », *Rev. soc.* 1984, p. 259, spéc. p. 265 : « En vertu d'une définition couramment admise, une disposition est réputée impérative toutes les fois qu'elle est inspirée par une considération d'intérêt général qui se trouverait compromise si les particuliers étaient libres d'empêcher l'application de la loi » ; J.-P. Legros, *Fasc. 32-40, Nullité des décisions sociales : cause de nullité*, in *J.-Cl. soc.* 2007, n° 248 et s. : « En droit

notion, par son caractère équivoque, semble offrir une marge de manœuvre au juge⁷⁷⁴, il semble impossible de considérer que les statuts comprennent des dispositions impératives. La notion n'a véritablement de sens qu'à propos d'un texte légal ou réglementaire⁷⁷⁵. En effet, comment admettre que certaines dispositions du pacte social, loi des parties, contiennent des dispositions seulement supplétives ? D'autre part, la disposition impérative violée doit résulter de textes précis : la loi du 24 juillet 1966 ou le titre neuvième du Code civil⁷⁷⁶. Par conséquent, la violation d'une disposition puisant sa source dans tout autre texte ne peut en principe donner lieu à la nullité de la délibération⁷⁷⁷. Cette précision textuelle engendre un effet pervers : la sanction d'une

des sociétés, la règle impérative est celle que le législateur a considéré comme fondamentale ». Toutefois, l'existence d'une sanction pénale ne suffit pas à conférer au texte un caractère impératif. V. J. Honorat, v° Nullités, in *Rép. soc.*, Dalloz, 1997, n° 135 ; A. Dadoun, *La nullité du contrat et le droit pénal*, LGDJ, 2011, préf. Y.-M. Serinet, n° 442, p. 317.

⁷⁷⁴ J.-P. Legros, art. préc., spéc. p. 277 : le système de nullités consacré pour les actes et délibérations sociales est un système de nullités virtuelles contrairement à ce qu'il en est en matière de constitution de société qui repose sur un système de nullités textuelles ; P. Le Cannu, « La canalisation des nullités subséquentes en droit des sociétés », in *Mél. P. Bézard, Le juge et le droit de l'économie*, Montchrestien, 2002, p. 113 ; A. Charvériat, « De quelques difficultés relatives à la nullité d'une décision sociale irrégulière », *Rev. soc.* 2010, p. 212, spéc. p. 214 : « *La notion de disposition impérative est plus ambiguë que celle de disposition expresse... c'est donc au juge qu'il appartient de trancher la question* » ; *Contra* : D. Grillet-Ponton, « La méconnaissance d'une règle impérative de la loi, cause de nullité des actes et délibérations des organes de la société », *Rev. soc.* 1984, p. 259 : cette liberté laissée au juge n'est *a priori* qu'illusoire ou tout du moins relative car le système de nullités virtuelles dissimule, en réalité, un système de nullités textuelles puisqu'une disposition impérative porte en elle-même la sanction de son inobservation.

⁷⁷⁵ En ce sens, v. L. Bornhauser-Mitrani, « La violation d'une clause statutaire », *LPA*, 8 avril 1998, n° 42, p. 11, spéc. p. 12-13 ; S. Schiller, art. préc., n° 159 ; J.-P. Legros, art. préc., n° 287 ; J.-P. Legros, « La violation des statuts est-elle une cause de nullité ? », *Dr. soc.* avril 1991, chron. p. 1, spéc. p. 1 ; J.-P. Legros, « La nullité des décisions de sociétés », *Rev. soc.* 1991, p. 275, spéc. p. 306.

⁷⁷⁶ J.-P. Legros, « La violation des statuts est-elle une cause de nullité ? », art. préc., spéc. p. 1 : « *En enfermant les causes des nullités dans la méconnaissance des dispositions de la loi du 24 juillet ou du titre IX du Code civil, la loi laisse entier le problème de la violation des décrets d'application, de la violation de lois extérieures ou, enfin celles des statuts* ».

⁷⁷⁷ J.-P. Legros, « La nullité des décisions de sociétés », art. préc., spéc. p. 306 : « *la loi n'envisageant pas la méconnaissance du décret, il serait encore moins question de sanctionner la violation d'une disposition des statuts* » ; J. Hémar, F. Terré et P. Mabilat, *Sociétés commerciales*, T. 1, Dalloz, 1974, n° 743. Exceptionnellement, la jurisprudence a admis que la nullité pouvait résulter de la violation d'autres textes légaux ou réglementaires que ceux visés par les articles 1844-10 du Code civil et L. 235-1 du Code de commerce dès lors qu'il existait un lien indispensable ou connexe avec ces dispositions. V. Cass. com., 15 avril 1982, *Bull. civ. IV*, n° 122 ; *Rev. soc.* 1983, p. 343, note J. Hémar : la Cour de cassation a admis la nullité pour la violation du décret n° 67-236 du 23 mars 1967 ; Cass. com., 19 avril 1988, *Bull. civ. IV*, n° 135 ; *Bull. Joly soc.* 1988, p. 485, note P. Le Cannu : la nullité a été admise pour sanctionner la violation des dispositions de la loi du 24 juillet 1867 ; Cass. civ. 1^{ère}, 4 octobre 1988, *Bull. civ. I*, n° 271 ; *Rev. soc.* 1989, p. 62, note Y. Guyon : la nullité a été admise pour violation du décret du 3 juillet 1978 ; v. également Cass. mixte, 16 décembre 2005, *Bull. mixte* n° 9 ; *RJC* 2006, p. 213, note L. Grosclaude : en l'espèce, la nullité n'est pas fondée directement sur la violation du décret qui prescrit le respect d'un délai de 15 jours pour la convocation de l'assemblée, mais sur le fait que le non respect de la disposition réglementaire implique la violation d'un droit à caractère impératif, celui de participer aux assemblées. C'est précisément la violation de ce droit qui a justifié la nullité. Les modalités de convocation étant considérées comme le prolongement du droit de participation, leur non respect doit également être sanctionné par la nullité de la délibération ; *Contra* : Cass. civ. 3^e, 24 septembre 2003, pourvoi n° 02-13039 ; *Dr. soc.* 2004, comm. 21, note F.-X. Lucas.

disposition dépend de sa source et non de son importance⁷⁷⁸. Il en résulte que la violation par l'assemblée générale des associés d'une obligation statutaire ne peut être sanctionnée par la nullité de la délibération⁷⁷⁹ et que seuls des dommages et intérêts peuvent être octroyés⁷⁸⁰.

201. Le défaut d'*affectio societatis*. L'*affectio societatis* peut également constituer un obstacle relatif à la mise en œuvre de l'exécution forcée en nature. En effet, son absence en cours de vie sociale peut compromettre le bon fonctionnement de la société. Pour cette raison, il n'apparaît pas opportun de contraindre l'associé à exécuter ses obligations lorsque son refus d'exécution révèle en réalité un défaut d'*affectio societatis*⁷⁸¹. Tel est notamment le cas lorsque l'associé refuse de répondre à son obligation d'appel de fonds. Il est alors probable que l'associé, dépourvu d'*affectio societatis*, refusera systématiquement de collaborer en s'opposant à l'exécution des appels de fonds ultérieurs. Par conséquent, bien que l'action en paiement soit théoriquement concevable⁷⁸², il est souhaitable dans cette hypothèse de privilégier l'exclusion lorsque celle-ci a été prévue⁷⁸³.

202. L'ensemble de ces fondements empêche l'essor de l'exécution forcée en nature et favorise ainsi l'exécution forcée par équivalent. On peut le déplorer.

⁷⁷⁸ J.-P. Legros, « La nullité des décisions de sociétés », art. préc., spéc. p. 287.

⁷⁷⁹ Cass. civ. 3^e, 19 juillet 2000, *Juris-Data* n° 003015 ; *Dr. soc.* 2000, comm. 170, note F.-X. Lucas : la Cour de cassation a refusé de prononcer la nullité d'une délibération prise en violation d'une clause statutaire qui prévoyait la convocation du gérant non associé aux assemblées ; Cass. com., 14 juin 2005, *Bull. civ.* IV, n° 129, p. 139 ; *RJDA* 2005, n° 1123, p. 976 ; *Bull. Joly soc.* 2005, § 307, p. 1412, note P. Le Cannu ; *RTD com.* 2005, p. 782, obs. M.-H. Monsérié-Bon : la même solution a été rendue à propos d'un GIE dont les dispositions de l'article L. 251-5 du Code de commerce sont similaires à celles de l'article L. 235-1 du Code de commerce.

⁷⁸⁰ S. Schiller, art. préc., n° 159 ; S. Schiller, « Pactes, statuts, règlement intérieur : quelle hiérarchie ? », *Rev. soc.* 2011, p. 331, spéc. p. 337.

⁷⁸¹ A. Lebois, note sous Cass. civ. 3^e, 27 mars 2008, *LPA*, 13 octobre 2008, n° 205, p. 13, spéc. p. 18 ; Y. Guyon, préf. de la thèse d'A. Mignon-Colombet, *L'exécution forcée en droit des sociétés*, Economica, 2004 : « Par certains côtés, l'exécution forcée n'a pas sa place dans la société conçue comme un contrat de collaboration, dans la mesure où l'*affectio societatis* s'oppose à l'exercice de toute forme de contrainte sur les associés ».

⁷⁸² L. Godon, *Les obligations des associés*, Economica, 1999, préf. Y. Guyon, n° 291, p. 192.

⁷⁸³ Lorsque l'appel de fonds est contractuel et non légal, la sanction de la vente forcée prévue par le législateur dans les sociétés de construction ne peut s'appliquer. Aussi, en l'absence de prévision statutaire, seule l'action en paiement, c'est-à-dire l'exécution forcée en nature, peut-elle être exercée même si celle-ci apparaît moins opportune. V. CA Paris, 7 juin 1988, *Rev. soc.* 1989, p. 246, note S. Dana-Démaret ; Cass. civ. 3^e, 3 décembre 1997, *Bull. civ.* III, n° 214.

B- L'OPPORTUNITÉ DE PREVOIR DES REMÈDES CONVENTIONNELS

203. La sanction peu satisfaisante qui consiste surtout à octroyer des dommages et intérêts (1) incite les parties à insérer des clauses tendant à renforcer l'efficacité des obligations conventionnelles (2).

1- La faible efficacité de l'exécution forcée par équivalent

204. **Une sanction peu dissuasive.** L'octroi de dommages et intérêts est majoritairement considéré comme une sanction peu effective d'un double point de vue. D'une part, du côté du débiteur, celle-ci apparaît insuffisamment dissuasive : « *en raison des intérêts en jeu, les parties ne sont pas arrêtées par une éventuelle condamnation* »⁷⁸⁴. En effet, la conclusion de ces pactes dissimule souvent des enjeux politiques importants : prendre le contrôle de la société ou empêcher des prises de contrôle hostiles. Partant, le débiteur préférera la plupart du temps verser des indemnités que d'exécuter ses obligations⁷⁸⁵. D'autre part, du côté du bénéficiaire, cette sanction est dissuasive d'intenter la procédure d'exécution forcée : sans compter les inconvénients inhérents à toute procédure judiciaire⁷⁸⁶, l'issue sera à coup sûr décevante puisque seuls des dommages et intérêts seront octroyés et d'un montant souvent peu conséquent⁷⁸⁷.

⁷⁸⁴ D. Legeais, *Droit commercial et des affaires*, 20^e éd., Dalloz, 2012, n° 422 ; S. Prat, th. préc., n° 433, p. 276 : « *Les intérêts en jeu sont parfois considérables. Et pour certains, le risque de voir salir sa réputation cède volontiers le pas à un calcul du coût et de la rentabilité du viol de son obligation... Il est en effet souvent beaucoup moins coûteux de verser des dommages et intérêts que de renoncer à une opération commerciale. Le partenaire indemnisé n'y trouvera bien sûr pas son compte. Les dommages et intérêts qu'il percevra seront insusceptibles de compenser le préjudice qu'il subit* » ; D. Velardocchio-Flores, *Les accords extra-statutaires entre associés*, PUAM, 1993, n° 334, p. 271 ; G. Goffaux, *Du contrat en droit des sociétés, essai sur le contrat instrument d'adaptation du droit des sociétés*, éd. L'Harmattan, Presses universitaires de Sceaux, 2008, préf. J.-P. Gastaud, n° 431, p. 304 ; L. Godon, th. préc., préf. Y. Guyon, n° 342, p. 226 : l'auteur dénonce « *le caractère peu dissuasif de la sanction normale : la réparation par équivalent* », la faiblesse de cette sanction constitue « *une prime à la non exécution* » des pactes d'actionnaires ; S. Schiller, v° Pactes d'actionnaires, in *Rép. soc.*, Dalloz, 2006, n° 156 ; P. Marini, *La modernisation du droit des sociétés, Rapport au Premier ministre*, La documentation française, 1996, p. 68 ; G. Parléani, « Les pactes d'actionnaires », *Rev. soc.* 1991, p. 1, spéc. p. 21 ; E. Brochier, « L'exécution en nature des pactes entre actionnaires : observations d'un praticien », in *Exécution du contrat en nature ou par équivalent*, RDC 2005, p. 125, spéc. p. 126.

⁷⁸⁵ O. Dexant-de Baillencourt, *Les pactes d'actionnaires dans les sociétés cotées*, Dalloz, 2012, préf. H. Synvet, n° 235, p. 205.

⁷⁸⁶ S. Schiller, art. préc., n° 158 ; P. Bissara, « L'inadaptation du droit français des sociétés aux besoins des entreprises et les aléas des solutions », *Rev. soc.* 1990, p. 554, spéc. p. 563 : l'actionnaire « *doit justifier d'un préjudice bien difficile à établir pour obtenir une compensation financière* ».

⁷⁸⁷ O. Dexant-de Baillencourt, th. préc., n° 213, p. 190 et n° 234, p. 205 : « *De tels préjudices ne pourront alors jamais être entièrement réparés, puisque, d'une part, il semble impossible de les évaluer, d'autre part, ils*

205. Une sanction insuffisamment protectrice de l'intérêt social. Dès lors que la jurisprudence reconnaît la validité des pactes sociaux, elle admet leur conformité à l'intérêt social et, au-delà, leur contribution à sa sauvegarde. En effet, pour l'essentiel, les obligations conventionnelles visent au maintien de l'*intuitus personae* nécessaire au bon fonctionnement du contrat de société. Plus précisément, elles permettent d'assurer la stabilité, la cohésion de l'actionnariat et de protéger la société des attaques concurrentes hostiles. Au-delà de la défense de la force obligatoire et des intérêts individuels, l'exécution forcée en nature permet donc de protéger l'intérêt de la société et doit pour cela être préférée à l'exécution forcée par équivalent. En effet, en raison de la pluralité des intérêts que fait naître la société, sa survie, plus qu'un autre contrat, doit être recherchée. Aussi l'exécution forcée en nature apparaît-elle souvent comme le meilleur moyen d'atteindre cet objectif⁷⁸⁸.

206. Dichotomie entre obligations statutaires et extra-statutaires. Pour certains auteurs⁷⁸⁹, la considération de l'intérêt social justifie d'opérer une dichotomie entre le régime de la sanction des obligations extra-statutaires et statutaires. En effet, concernant les premières, leur vocation à servir les seuls intérêts privés des associés conduit à privilégier l'octroi de dommages et intérêts sur l'exécution forcée en nature. Concernant les secondes, leur vocation à servir l'intérêt social conduit à favoriser l'exécution forcée en nature. La distinction apparaît cependant

s'apparentent davantage à la perte d'une chance de réussir l'opération envisagée » ; F.-D. Poitral, « Les pactes d'actionnaires », in Mél. P. Bézard, 2002, p. 127, spéc. p. 130-131 : « ces dommages et intérêts ne correspondent pas à des punitive damages, qui représenteraient en terme financier la gravité de la faute, mais à la perte subie par l'actionnaire et le gain dont il a été privé. Il est alors difficile d'expliquer à un actionnaire lésé, en particulier lorsqu'il est étranger et s'attend à ce que soit appliquée comme sanction l'exécution forcée, que non content de ne pas obtenir cette dernière, il pourra ne lui être versé à titre de dommages et intérêts qu'un franc symbolique ! » ; J.-J. Daigre et M. Sentilles-Dupont, *Pactes d'actionnaires*, GNL Joly, 1994, n° 18, p. 10 ; F.-D. Poitral, *La révolution contractuelle du droit des sociétés, Dynamique et paradoxes*, Rev. banque, éd. 2003, préf. P. Bézard, n° 9, p. 26 ; D. Martin et L. Faugerolas, « Les pactes d'actionnaires », *JCP G* 1989, n° 3412 ; L. Grosclaude, *Le renouvellement des sanctions en droit des sociétés*, thèse Paris I, 1997, p. 100. Seul le prononcé de dommages et intérêts conséquents permettrait de donner effectivité à l'exécution forcée par équivalent. V. E. Chvika, *Les clauses limitant la libre disposition des actions*, thèse Paris II, 1999, n° 305, p. 308 : « il ne dépend que des juges de faire que la sanction des dommages et intérêts en soit réellement une et, notamment, à condamner plus lourdement celui qui ne respecte pas ses engagements ».

⁷⁸⁸ Y. Guyon, préf. de la thèse d'A. Mignon-Colombet, *L'exécution forcée en droit des sociétés*, Economica, 2004 : « l'exécution forcée apparaît au service de la société-institution, en évitant que la volonté d'un seul, dirigeant, associé, tiers, ne compromette la pérennité de celle-ci ». Il n'apparaît donc pas surprenant que la jurisprudence ait admis de prononcer l'exécution forcée en nature d'une obligation de souscrire à une augmentation de capital dès lors que l'engagement était « limité à l'opération concernée, qu'il est conforme à l'intérêt social et qu'il est exempt de toute fraude ». V. CA Paris, 30 juin 1995, *JCP E* 1996, 795, note J.-J. Daigre.

⁷⁸⁹ Rapport de la Cour de cassation 1989, p. 317 : la clause de préemption extra-statutaire entre associés n'intéresse que des intérêts privés. Pour cette raison, « il n'est pas souhaitable que de tels intérêts permettent l'annulation, parfois avec une rétroactivité importante, d'opérations concernant la vie de la société ».

artificielle puisque bon nombre de pactes extra-statutaires contribuent eux aussi à garantir le bon fonctionnement de la société. En conséquence, il n'y a pas lieu de prendre en considération l'origine de l'obligation pour le prononcé de la sanction⁷⁹⁰.

Pour autant, l'origine de l'obligation conventionnelle semble bien avoir une incidence sur son régime. Les pactes statutaires sont *a priori* plus efficacement sanctionnés par la jurisprudence que les pactes extra-statutaires⁷⁹¹. En effet, grâce à la publication des statuts, la clause est opposable à la société contrairement à une clause extra-statutaire⁷⁹². Dès lors, toute cession réalisée en violation de la clause est inopposable à la société. Le cessionnaire ne peut de ce fait prétendre à la qualité d'associé⁷⁹³. En conséquence, la sanction d'inopposabilité permet de préserver la cohésion et la stabilité de l'actionnariat⁷⁹⁴. La société doit ainsi refuser de procéder au transfert des titres sur ses registres⁷⁹⁵. En présence d'une obligation extra-statutaire, la société, tiers au pacte a, cependant, la possibilité d'engager la responsabilité délictuelle du débiteur fautif mais n'obtiendra alors qu'une réparation pécuniaire insuffisante à la protéger contre la venue d'associés indésirables⁷⁹⁶. C'est dire si les parties ont intérêt à anticiper les difficultés d'exécution dès la conclusion du contrat.

⁷⁹⁰ En ce sens, v. Y. Reinhard, art. préc., spéc. p. 123.

⁷⁹¹ En ce sens, v. S. Schiller, art. préc., n° 157 : pour l'auteur, si les clauses statutaires sont plus fortement sanctionnées que les clauses extra-statutaires c'est en raison de leur supériorité dans la hiérarchie des normes.

⁷⁹² H. Le Nabasque avec le concours de G. Terrier, « L'exécution forcée des pactes d'actionnaires », *Dr. soc., Actes pratiques*, 1994, p. 1, spéc. p. 26 ; P. Julien Saint-Amand et P.-A. Soreau, *Pactes d'actionnaires et engagements Dutreil*, éd. Francis Lefebvre, 2008, n° 1115 ; M.-B. Salgado, « Le régime des clauses de préemption dans les pactes d'actionnaires des sociétés anonymes », *Dr. soc.* 2003, chron. 3, p. 5, spéc. p. 8 ; A. Mignon-Colombet, th. préc., n° 339, p. 272.

⁷⁹³ T. Favario, « La clause statutaire d'inaliénabilité », *Bull. Joly soc.* 2010, p. 100, spéc. p. 103-104 : en dehors des articles L. 227-15 et L. 229-11 du Code de commerce applicables respectivement aux sociétés par actions simplifiées et aux sociétés européennes qui prévoient expressément la sanction de la nullité pour violation d'une clause d'inaliénabilité, la sanction de principe est l'inopposabilité de la cession à la société, sanction toutefois moins efficace que la nullité ; L. Bornhauser-Mitrani, art. préc., spéc. p. 18 : à suivre l'auteur, l'inopposabilité de la cession intervenue en violation d'une clause de préemption à la société est subordonnée à la démonstration de la mauvaise foi du tiers qui revient à démontrer qu'il avait connaissance de l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir.

⁷⁹⁴ L. Grosclaude, *Le renouvellement des sanctions en droit des sociétés*, thèse Paris I, 1997, p. 132 : « il n'existe pas, entre la nullité et l'inopposabilité, une différence de nature, mais une différence d'étendue » et p. 138, l'auteur précise que l'inopposabilité est « une nullité à étendue restreinte ».

⁷⁹⁵ L. Godon, *Les obligations des associés*, Economica, 1999, préf. Y. Guyon, n° 353-354, p. 231 ; A. Mignon-Colombet, th. préc., n° 341, p. 274.

⁷⁹⁶ De manière générale, la Cour de cassation affirme que « le tiers à un contrat peut invoquer, que le fondement de la responsabilité délictuelle, un manquement contractuel, dès lors que ce manquement lui a causé un dommage ». V. par exemple Cass. com., 18 décembre 2007, pourvoi n° 05-19397.

2- Les remèdes conventionnels

207. Pour tenter d'échapper à l'insuffisance de la sanction classiquement prononcée par le juge en cas de violation des obligations conventionnelles, plusieurs solutions peuvent être envisagées⁷⁹⁷. Les parties peuvent écarter l'exécution par équivalent au profit d'autres sanctions en cas d'inexécution (a), ou prévoir des mesures de nature purement comminatoire pour dissuader l'associé de violer ses obligations (b).

a- Les clauses opérant une substitution de sanction

208. **La clause de renonciation à l'article 1142 du Code civil.** Pour éluder l'application de l'article 1142 du Code civil, les parties peuvent, tout d'abord, tenter d'insérer une clause de renonciation à cette disposition⁷⁹⁸. Toutefois, sa validité apparaît fort douteuse en raison de son caractère *a priori* impératif⁷⁹⁹. Aussi est-il probable que les juges en écarteraient l'application⁸⁰⁰.

⁷⁹⁷ Sur la diversité de ces remèdes, v. S. Schiller, art. préc., n° 169 et s. ; J.-J. Daigre et M. Sentilles-Dupont, *Pactes d'actionnaires*, GNL Joly, 1994, n° 21 et s., p. 12 et s. ; D. Velardocchio-Flores, *Les accords extra-statutaires entre associés*, PUAM, 1993, n° 349, p. 279 ; A. Mignon-Colombet, th. préc., n° 298 et s., p. 247 et s. ; E. Chvika, *Les clauses limitant la libre disposition des actions*, thèse Paris II, 1999, n° 308 et s., p. 311 et s. ; A. Couret et T. Jacomet, « Les pièges des pactes d'actionnaires : questions récurrentes et interrogations à partir de la jurisprudence récente », *RJDA* 2008, p. 951, spéc. p. 958 ; E. Brochier, art. préc., spéc. p. 129 et s. ; T. Bernard, « La prévention de l'inexécution du pacte de préférence », *Defr.* 2007, art. 38834, p. 1907, spéc. p. 1910 et s.

⁷⁹⁸ Pour une proposition de rédaction de la clause, v. J. Huet, G. Decocq, C. Grimaldi et H. Lecuyer, *Traité de droit civil, Les principaux contrats spéciaux*, 3^e éd., LGDJ, 2012, sous la dir. de J. Ghestin, n° 11508-1 : « le promettant s'interdit formellement de rétracter son consentement pour quelque cause que ce soit avant la fin de ce délai, la simple levée de l'option pendant ce dernier par le bénéficiaire suffisant à former la vente. Au cas où il le ferait l'exécution forcée de la promesse pourrait être poursuivie et la vente constatée en justice, les parties convenant expressément d'écarter l'article 1142 du Code civil ».

⁷⁹⁹ B. Dondero, « Le pacte d'actionnaires : le contrat dans la société », in *Société et contrat*, *Journ. soc.* avril 2008, n° 53, p. 42, spéc. p. 48 : « On peut cependant douter de sa validité, qui impliquerait de voir l'article 1142 comme une disposition supplétive. Or, il est loin d'être certain que ce texte, qui formalise l'adage *Nemo praecise cogi potest ad factum*, dont le fondement réside dans la dignité du débiteur, puisse être jeté par-dessus bord aussi facilement » ; *Contra* : A. Mignon-Colombet, th. préc., n° 300, p. 250 : « On peut en effet comprendre le texte de l'article 1142 comme édictant une formule permissive et non impérative » ; O. Dexant-de Baillencourt, *Les pactes d'actionnaires dans les sociétés cotées*, Dalloz, 2012, préf. H. Synvet, n° 214, p. 192 ; A. Couret et T. Jacomet, art. préc., spéc. p. 958 ; E. Brochier, art. préc., spéc. p. 127 ; J. Huet, *op. cit.*, n° 11509 ; L. Grosclaude, *Le renouvellement des sanctions en droit des sociétés*, thèse Paris I, 1997, p. 197 : « la règle de l'article 1142 du Code civil n'est d'ordre public qu'en ce qu'elle interdit la contrainte par corps ». Dès lors, si l'obligation ne met pas en cause une liberté fondamentale, les parties doivent pouvoir déroger à l'article 1142 du Code civil.

⁸⁰⁰ La jurisprudence demeure toutefois incertaine. En matière de promesse unilatérale de vente, la jurisprudence a admis la validité des clauses d'exécution forcée, ce qui milite en faveur du caractère supplétif de l'article 1142 du Code civil. V. Cass. civ. 3^e, 27 mars 2008, pourvoi n° 07-11721, *Bull. Joly soc.* 2008, p. 852, note R. Libchaber ; *RTDF*, n° 2-2008, p. 66, obs. J.-F. Louit et V. Lacarelle ; *JCP G* 2008, n° 49, p. 19, obs. A. Constantin ; *LPA*, 13 octobre 2008, n° 205, p. 13, note A. Lebois. Toutefois, l'exclusion de l'exécution forcée de la promesse unilatérale,

Quand bien même l'on contesterait la nature impérative de l'article 1142 du Code civil et l'on admettrait ainsi la validité d'une clause de renonciation, cette dernière ne revêtirait en tout état de cause qu'une efficacité partielle. En effet, si elle pourrait être mise en œuvre dans le cas où les titres seraient restés la propriété du cédant, elle serait inopérante dans l'hypothèse où le promettant aurait violé son obligation par la cession de ses titres à un tiers de bonne foi⁸⁰¹.

209. La clause résolutoire. Il est également possible de prévoir qu'en cas d'inexécution de l'obligation, le pacte sera résilié de plein droit sans intervention du juge. Cette sanction présente l'avantage de les mettre à l'abri de tout aléa inhérent aux décisions judiciaires. Toutefois, l'insertion d'une telle clause nécessite une rédaction rigoureuse⁸⁰². En effet, en présence de clause équivoque, le juge retrouve alors son pouvoir d'appréciation par application de l'article 1184 du Code civil qui exige une mise en œuvre de bonne foi. En réalité, introduire une telle sanction revient à introduire une clause d'exclusion-sanction de l'associé fautif⁸⁰³.

Cependant, la résolution ne satisfait que rarement le créancier de l'obligation⁸⁰⁴. Dès lors, plutôt que de prévoir des clauses ayant vocation à s'appliquer postérieurement à la violation des obligations, les parties tentent de trouver des solutions comminatoires pour dissuader leur débiteur de ne pas accomplir sa prestation.

b- Les clauses à but comminatoire

210. La clause pénale. Afin de dissuader le débiteur de violer ses engagements, les parties peuvent adjoindre à l'obligation conventionnelle une clause pénale⁸⁰⁵. Si elle nécessite de

en cas de rétractation du promettant et en l'absence de stipulation contraire, n'est plus fondée sur l'article 1142 du Code civil. V. Cass. civ. 3^e, 11 mai 2011, *Bull. civ.* III, n° 77 ; *D.* 2011, p. 1457, note D. Mazeaud et p. 1460, note D. Mainguy ; *D.* 2011, édito, p. 1273, obs. F. Rome.

⁸⁰¹ A. Mignon-Colombet, th. préc., n° 300, p. 250 ; L. Grosclaude, th. préc., p. 201 et p. 213 : de la même manière, la protection des tiers de bonne foi remet en cause l'efficacité des clauses contractuelles prévoyant la nullité des actes constitutifs de la violation d'une obligation contractuelle.

⁸⁰² Le problème de rédaction défectueuse qui nuit à l'effectivité de la clause se pose de manière générale pour tous les pactes d'actionnaires. V. S. Prat, th. préc., n° 434, p. 277.

⁸⁰³ V. *infra*, n° 249 et s.

⁸⁰⁴ M. Germain, G. Ripert et R. Roblot, *Traité de droit commercial*, T. 1, vol. 2, *Les sociétés commerciales*, 20^e éd., LGDJ, 2011, n° 1624-2.

⁸⁰⁵ V. D. Mazeaud, *La notion de clause pénale*, LGDJ, 1992, préf. F. Chabas.

prévoir par avance l'indemnité qui sera versée en cas d'inexécution⁸⁰⁶, elle permet d'éviter les difficultés d'évaluation du préjudice par le juge⁸⁰⁷. Toutefois, si cette clause peut constituer un palliatif efficace, elle souffre de la faculté qu'a le juge, en vertu de l'article 1152 du Code civil, de diminuer le montant jugé manifestement excessif. En outre, cette disposition étant d'ordre public, il est interdit aux parties d'écarter le pouvoir du juge. Or, ce pouvoir modérateur contrarie la finalité comminatoire recherchée par les parties au travers de cette clause. Par son introduction, le créancier espère simplement inciter son débiteur à s'exécuter. Par conséquent, c'est la démesure entre la peine et le préjudice qui permet justement de remplir cet objectif. C'est pour cette raison que la Cour de cassation⁸⁰⁸ a précisé que le juge devait tenir compte du but assigné à la clause pour apprécier son caractère excessif. L'indication expresse du but de la clause (comminatoire et non indemnitaire) permet, semble-t-il, de réduire mais n'annihile pas le risque de réduction judiciaire du montant⁸⁰⁹.

Il semble possible d'envisager que la clause pénale ne porte pas sur une somme d'argent mais sur une obligation de faire qui imposerait par exemple au débiteur d'un pacte de préférence de réaliser la vente avec le bénéficiaire s'il cède son bien à un tiers en violation de son obligation. Toutefois, l'effectivité de ce remède est alors subordonnée à l'annulation de la vente au tiers que le juge accepte avec circonspection de prononcer.

211. La clause de dédit. Cette clause consiste à déterminer une indemnité qui sera versée dans l'hypothèse où le débiteur préfère se retirer du contrat plutôt que d'exécuter son obligation. De la même manière que la clause pénale, plus le montant de l'indemnité sera élevé, plus le débiteur sera dissuadé d'exercer la faculté de se dédire. Bien que stipulée dans l'intérêt du débiteur, cette clause présente l'avantage pour le créancier d'échapper au pouvoir modérateur du juge⁸¹⁰. Toutefois, en raison des intérêts en jeu, le créancier aura plus souvent intérêt à ce que soit exécutée l'obligation prévue par le pacte que de percevoir l'indemnité prévue par la clause de dédit.

⁸⁰⁶ Article 1226 du Code civil : la clause pénale est « celle par laquelle une personne, pour assurer l'exécution d'une convention, s'engage à quelque chose en cas d'inexécution ».

⁸⁰⁷ G. Goffaux, *Du contrat en droit des sociétés, essai sur le contrat instrument d'adaptation du droit des sociétés*, éd. L'Harmattan, Presses universitaires de Sceaux, 2008, préf. J.-P. Gastaud, n° 432, p. 305.

⁸⁰⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 3 janvier 1985, *Bull. civ. I*, n° 4 ; *D.* 1985, IR p. 370.

⁸⁰⁹ Cass. com., 27 mars 1990, pourvoi n° 88-13967, *Bull. civ. IV*, n° 90 : décision dans laquelle, la Cour de cassation, tout en reconnaissant le caractère coercitif de la clause, utilise néanmoins son pouvoir de réduction.

⁸¹⁰ Cass. com., 22 octobre 1996, *D.* 1998, p. 511, note D. Arlié.

212. L'astreinte conventionnelle. Les parties peuvent accompagner les obligations d'une astreinte conventionnelle en cas d'inexécution⁸¹¹. Cette clause a pour objectif de dissuader le débiteur de refuser d'exécuter son obligation *via* la fixation de sommes à verser par jour de retard. Toutefois, elle subit là encore le risque d'être requalifiée en clause pénale et se voir appliquer de la même manière l'article 1152 du Code civil⁸¹².

213. Les remises de fond. Ce remède consiste à remettre un chèque libellé accompagné d'un mandat de dater au bénéficiaire. Si ce remède apparaît être un moyen effectif pour inciter le débiteur à s'exécuter, il n'est pas à l'abri des critiques. D'abord, ce procédé est susceptible d'utilisation abusive. En possession du chèque, le bénéficiaire sera enclin à l'encaisser au moindre retard. Ensuite, à l'instar des autres remèdes, il nuit au climat de confiance sur lequel doit, en principe, reposer la relation contractuelle entre associés. Enfin, l'absence de date permet au débiteur de la révoquer à tout moment et diminue par suite son effet comminatoire.

214. Les cessions en blanc. Dans la même veine, la cession en blanc consiste en un ordre de virement non daté, accompagné d'un mandat conférant au bénéficiaire de l'ordre le droit de le dater. Remède effectif à l'inexécution d'une clause de préférence et admis par la jurisprudence⁸¹³, ce procédé s'expose, là encore, au risque d'une mise en oeuvre abusive, c'est-à-dire que le créancier de l'obligation procède indûment au virement des titres sur son compte. En outre, en raison de l'absence de date, il existe également un risque de révocation par le promettant⁸¹⁴.

215. Les options sur les éléments de l'actif. Procédé utilisé dans le cadre de la constitution de filiale commune, il consiste pour le signataire du pacte à assortir celui-ci d'options sur ses actifs. Ces dernières pourront être levées en cas d'inexécution des engagements par l'une des parties. Pour être effectif et remplir son rôle comminatoire, l'option doit porter sur un élément

⁸¹¹ L'astreinte peut être prononcée par le juge même en l'absence de disposition contractuelle pour assurer l'exécution de sa décision. V. par exemple CA Paris, 21 décembre 2001, *Bull. Joly soc.* 2002, p. 509, note H. Le Nabasque et D. Cochet.

⁸¹² V. par exemple Cass. civ. 1^{ère}, 3 janvier 1985, *Bull. civ.* I, n° 4.

⁸¹³ CA Versailles, 19 octobre 1990, *BRDA* 1991, 5/10 : les juges qualifient la cession en blanc de promesse de cession.

⁸¹⁴ A. Mignon-Colombet, th. préc., n° 300, p. 250

essentiel de l'actif au point de dissuader le débiteur de violer son obligation. L'option doit être stipulée dans un acte distinct et postérieur à la date de la formation du pacte ou bien laisser le bien en possession du débiteur. Sans aucun doute efficace, il rend complexe la stipulation des obligations conventionnelles au point de dissuader les parties d'y recourir et contribue, à l'instar des remèdes précédents, à instaurer une relation de méfiance entre les parties.

216. La nomination d'un tiers administrateur. On peut encore insérer une clause prévoyant le recours à un tiers à qui sera confiée la bonne exécution des obligations. Le tiers peut être investi d'un pouvoir de décision dans l'exécution du pacte et il lui appartiendra de décider de la sanction en cas de violation du pacte ou bien il aura simplement la charge de vérifier que les transferts de titres se font bien conformément aux dispositions du pacte⁸¹⁵. Le remède peut se révéler efficace dès lors que la mission est confiée au teneur de compte. En effet, le tiers teneur de compte avertira le bénéficiaire du pacte chaque fois que le débiteur de l'obligation lui transmettra un ordre portant sur les titres visés par le pacte⁸¹⁶. Efficace, ce remède laisse apparaître certaines lacunes⁸¹⁷. D'une part, il se révèle onéreux, d'autre part, il ne se révèle efficace en réalité que dans les hypothèses de cessions réalisées sur un lieu d'exécution ou d'apport à une offre publique, c'est-à-dire lorsque les titres sont cédés sur le marché. Dans les hypothèses de cessions de gré à gré, le tiers administrateur n'intervient que postérieurement à la cession et seul le transfert de propriété sera susceptible d'être bloqué. Aussi un conflit de droits personnels naîtra-t-il entre le tiers acquéreur et le bénéficiaire. Ce n'est que lorsque le bénéficiaire du pacte aura levé l'option avant la conclusion de la cession avec le tiers qu'il l'emportera. Si la levée d'option est postérieure, le tiers pourra prétendre à la propriété des titres révélant l'efficacité relative du remède.

217. La nomination d'un tiers fiduciaire. Depuis la loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008, la fiducie peut constituer un remède particulièrement efficace. Consacrée désormais à l'article 2011 du Code civil, « *la fiducie est l'opération par laquelle un ou plusieurs constituants transfèrent des biens, des droits ou des sûretés, ou un ensemble de biens, de droits*

⁸¹⁵ V. en particulier A. Mignon-Colombet, th. préc., n° 342 et s., p. 274 et s. ; O. Dexant-de Baillencourt, th. préc., n° 255 et s., p. 218 et s.

⁸¹⁶ O. Dexant-de Baillencourt, th. préc., n° 259, p. 220.

⁸¹⁷ O. Dexant-de Baillencourt, th. préc., n° 259 et 260, p. 217-218.

ou de sûretés, présents ou futurs, à un ou plusieurs fiduciaires qui, les tenant séparés de leur patrimoine propre, agissent dans un but déterminé au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires ». La réforme de 2008 a permis à toute personne, qu'elle soit physique ou morale, d'être constituant. En revanche, elle impose de désigner comme fiduciaire les établissements de crédit et certaines institutions déterminées. Ce fiduciaire deviendra alors, par la conclusion de la fiducie, propriétaire temporaire des titres mais devra les tenir séparés de son patrimoine propre. Il aura pour mission de transférer les titres dans les conditions du pacte et dès lors que le bénéficiaire aura choisi de lever l'option. La consécration de ce nouveau procédé constitue incontestablement un remède attrayant. Cependant, il n'est pas sans présenter certains défauts. D'une part, son régime demeure encore incertain. La doctrine est encore partagée sur le fait de savoir si la fiducie opère un véritable transfert de propriété. D'autre part et surtout, il constitue un remède onéreux particulièrement dans les sociétés non cotées⁸¹⁸.

218. Bilan relatif à l'efficacité des palliatifs. Si l'ensemble de ces remèdes contribue à améliorer l'efficacité des obligations conventionnelles, ils ne constituent pour autant que des remèdes imparfaits et complexes dissuadant bien souvent les parties au contrat de recourir à de tels pactes⁸¹⁹ ou d'ester en justice en cas de leur violation. L'incertitude qui plane sur l'efficacité des clauses procédant à une substitution de sanction contribue à affaiblir l'attractivité des pactes d'actionnaires⁸²⁰. Pourtant, la liberté contractuelle consacrée par l'article 1134 du Code civil devrait permettre aux parties de déterminer librement les sanctions⁸²¹.

Plus encore, dès lors qu'elle ne remet pas en cause les principes généraux de droit des sociétés, tels que l'*affectio societatis*, la souveraineté des organes sociaux ou encore la libre

⁸¹⁸ Cet obstacle est néanmoins atténué dans les sociétés cotées dans lesquelles l'enjeu financier est tel que les parties préféreront se prémunir contre une inexécution du pacte quel qu'en soit le prix. Cependant, dans ces sociétés, ce remède est également peu utilisé. La raison réside dans le fait que, en devenant propriétaire, le fiduciaire risque de franchir les seuils de participation dans le capital et devra par suite déclarer le franchissement conformément aux dispositions légales. Or, par la conclusion des pactes, les parties recherchent souvent la discrétion. Aussi ces obligations de déclaration risquent-elles de troubler cet objectif. Plus encore, la fiducie peut conduire à lui faire franchir un seuil de contrôle obligeant le fiduciaire à déposer un projet d'offre public. Dans ce cas, la fiducie ne pourra pas non plus prospérer. En conséquence, la réglementation boursière contrarie le succès de ce remède.

⁸¹⁹ L'affirmation doit cependant être relativisée. V. O. Dexant-de Bailliencourt, th. préc., n° 236, p. 206 : « Paradoxalement, cette faiblesse (concernant la force obligatoire des pactes d'actionnaires) pourrait être l'une des raisons pour lesquelles les acteurs du marché acceptent de conclure de tels pactes : ils savent que si leurs objectifs à l'égard de la société venaient à évoluer, le juge ne pourrait pas les obliger à exécuter le pacte et donc à maintenir des objectifs qu'ils ne souhaitent plus poursuivre ».

⁸²⁰ L. Grosclaude, th. préc., p. 73.

⁸²¹ L. Grosclaude, th. préc., p. 58.

négociabilité des actions, et qu'elle respecte la liberté individuelle du contractant, l'exécution en nature des obligations conventionnelles doit être ordonnée par le juge même en l'absence de clause procédant à une substitution de sanction. Il est vrai que ces principes contrarient l'expansion de l'exécution forcée en nature, mais celle-ci peut néanmoins prétendre à l'accroissement de son champ d'application⁸²².

§2 L'EXPANSION DU PRINCIPE D'EXECUTION FORCEE EN NATURE DES OBLIGATIONS CONVENTIONNELLES

219. Traditionnellement, législateur et juges adoptent une attitude paradoxale : ils admettent la validité des aménagements conventionnels mais atténuent leur efficacité. Il n'est dès lors par surprenant qu'ils tentent progressivement de remédier à cette incohérence en rétablissant l'exécution forcée en nature à sa place de principe. D'une part, ils généralisent progressivement la sanction de la nullité (A). D'autre part, les magistrats consacrent la sanction de la substitution (B).

A- LA GÉNÉRALISATION DE LA NULLITÉ

220. La nullité : une exécution forcée en nature. En ce qu'elle permet d'opérer un retour à la situation antérieure à l'acte constitutif de la violation de l'obligation, la nullité est souvent suffisante à satisfaire le créancier. Ainsi, la nullité de la cession intervenue en violation des obligations d'agrément, d'inaliénabilité, de plafonnement ou de non agression, de même que la nullité d'une délibération sociale constitutive d'une violation d'une clause statutaire, permettent de satisfaire pleinement l'associé victime de l'inexécution⁸²³. La nullité peut donc être assimilée à une exécution forcée en nature puisque, par son prononcé, le créancier obtient la prestation attendue et non un équivalent monétaire. Ce que recherche le créancier au travers de

⁸²² Depuis longtemps, la Cour de cassation accepte de prononcer l'exécution forcée de l'obligation de non-concurrence dont est tenu l'associé et, par conséquent, le créancier peut demander, sur le fondement de l'article 1143 du Code civil, la fermeture du fonds concurrent. V. Cass. civ. 21 février 1862, *DP* 1862, 1, p. 185 ; Cass. com. 23 avril 1985, *Bull. civ.* IV, n° 123 ; Cass. com., 26 octobre 1993, *RJDA* 1994, n° 240, CA Bordeaux, 11 décembre 2007, *Dr. soc.* 2008, comm. 115, note M.-L. Coquelet : « la stipulation de dommages et intérêts en cas de non respect de l'interdiction de réinstallation ne fait donc pas obstacle à ce que le créancier de l'obligation poursuive l'exécution de la convention, nonobstant l'absence de disposition contractuelle l'y autorisant expressément ».

⁸²³ O. Dexant-de Baillencourt, th. préc., n° 219, p. 195.

ces différentes obligations, c'est que le débiteur ne cède pas ses actions ou n'augmente pas sa participation. La nullité permet précisément d'obtenir ce résultat. Toutefois, si la nullité est aujourd'hui largement consacrée lorsqu'elle porte sur un acte non social⁸²⁴ (1), législateur et jurisprudence demeurent plus hostiles à l'admettre lorsqu'elle a pour objet une délibération sociale (2).

1- La nullité des actes autres que sociaux

221. Consécration partielle législative. Afin de renforcer l'efficacité des obligations conventionnelles, notamment celles portant sur les cessions de droit sociaux, le rapport Marini⁸²⁵ préconisait une intervention législative autorisant l'annulation par le juge des actes accomplis en méconnaissance des pactes d'associé. Si le législateur n'a pas répondu à l'ensemble de ces vœux, il a toutefois accordé une place plus conséquente à la nullité comme sanction de la violation de certaines dispositions statutaires contractuelles. En 1994, lors de la création de la société par actions simplifiée, celui-ci avait d'ores et déjà anticipé les revendications et prescrit que « *toute cession effectuée en violation des clauses statutaires est nulle* »⁸²⁶. Dès lors, peu important la nature de la clause figurant dans cette société, son efficacité est pleinement garantie⁸²⁷. La consécration légale de l'exécution forcée en nature dans cette société justifie d'autant plus son succès auprès des praticiens⁸²⁸.

⁸²⁴ A l'instar de Madame Laurence Bornhauser-Mistrani dans son article « La violation d'une clause statutaire », *LPA*, 8 avril 1998, n° 42, p. 11, nous désignons par « acte autre que social », l'acte conclu entre des associés entre eux ou entre un associé et un tiers. A l'inverse, nous désignons par « acte social », tout acte pris par la société et plus précisément par un organe de celle-ci (assemblée générale, dirigeants, conseil d'administration).

⁸²⁵ P. Marini, *La modernisation du droit des sociétés, Rapport au Premier ministre*, La documentation française, 1996.

⁸²⁶ Article L. 227-15 du Code de commerce.

⁸²⁷ L. Grosclaude, th. préc., p. 95 : à suivre l'auteur, il est possible de conférer à la disposition une portée plus restrictive et considérer que ne sont concernées que les clauses d'agrément et d'inaliénabilité, c'est-à-dire les obligations expressément prévues par la loi dans les deux textes précédents. Toutefois, l'auteur, lui-même, relativise de suite cette interprétation. La référence dans la disposition légale aux « clauses statutaires » en général permet d'adopter une interprétation plus extensive et ainsi d'étendre la sanction prévue légalement à toutes les obligations. En revanche, précise l'auteur, le terme « cession » exclut la possibilité de prononcer la nullité pour la violation de toutes les dispositions statutaires dont la violation ne se traduirait pas par une cession.

⁸²⁸ B. Dondero, « Statuts de SAS et pactes extra-statutaires : questions et confrontations », *Bull. Joly soc.* 2008, p. 245 : la clause contractuelle insérée dans les statuts de la SAS a donc davantage d'efficacité que la clause insérée dans un pacte extra-statutaire.

Incité par le rapport Marini à poursuivre son œuvre⁸²⁹, le législateur a prévu ultérieurement pour la société anonyme que « *toute cession effectuée en violation d'une clause d'agrément figurant dans les statuts est nulle* »⁸³⁰. Privilégiant auparavant les sanctions de dommages et intérêts et d'inopposabilité⁸³¹ sur la nullité⁸³², les juges ont l'obligation désormais de prononcer cette dernière⁸³³ sans requérir du bénéficiaire qu'il démontre préalablement la mauvaise foi du tiers acquéreur.

222. Généralisation jurisprudentielle de la nullité. Hors ces hypothèses légales, les juges sont réticents à admettre la nullité de l'acte constitutif de la violation de l'obligation⁸³⁴. En effet, la cession n'étant pas considérée comme un acte ou une délibération sociale⁸³⁵, les nullités consacrées par le droit des sociétés ne sont pas applicables. C'est alors le droit commun qui a vocation à prendre le relais. Pour cette raison, les juges acceptent, en principe, de prononcer la nullité lorsque la cession procède d'une collusion frauduleuse entre le cédant, débiteur de l'obligation, et le tiers acquéreur. La fraude suppose d'établir la mauvaise foi du tiers. S'agissant des clauses octroyant un droit de préférence ou de préemption, la jurisprudence fait preuve d'une rigueur accrue puisqu'elle exige du bénéficiaire qu'il démontre, d'une part, que le tiers complice de la violation de la clause avait connaissance de la clause de préférence ou de préemption et,

⁸²⁹ L. Grosclaude, th. préc., p. 95 : après la consécration légale de la nullité dans la SAS, l'auteur se demandait justement quel pouvait être son influence sur les autres sociétés et si l'on ne pouvait pas, par analogie, l'appliquer aux autres sociétés. Toutefois, en l'absence de disposition légale expresse, cette expansion semblait d'ores et déjà compromise. Aussi le législateur, en consacrant la nullité comme sanction des seules clauses d'agrément dans la SA a-t-il confirmé cette analyse.

⁸³⁰ Article L. 228-23 du Code de commerce issu de la Loi n° 98-546 du 2 juillet 1998.

⁸³¹ V. par exemple CA Versailles, 29 septembre 1994, *RJDA* 1995, n° 30 ; H. Le Nabasque avec le concours de G. Terrier, art. préc., spéc. p. 26 : avant la loi de 1998, seuls des dommages et intérêts et l'inopposabilité de la société étaient, en principe, ordonnés.

⁸³² La nullité était exceptionnellement ordonnée par la jurisprudence (v. par exemple CA Colmar, 30 janvier 1970, *Rev. soc.* 1970, p. 299, note P. Nocquet). Elle acceptait, cependant, plus volontiers de la prononcer dans le cas d'une cession intervenue en fraude de la clause d'agrément. V. Cass. com., 27 juin 1989, *Bull. civ.* IV, n° 209 ; *Bull. Joly soc.* 1989, p. 815, note P. Le Cannu.

⁸³³ Il s'agit d'une nullité relative, seuls la société ou les actionnaires sont en droit de la solliciter. V. Cass. com., 14 décembre 2004, *RJDA* 2005, n° 387.

⁸³⁴ V. *supra*, n° 200 ; A. Mignon-Colombet, th. préc., n° 341, p. 273 ; H. Le Nabasque avec le concours de G. Terrier, art. préc., spéc. p. 26 : « *la seule autorité des statuts, sans l'ordre de la loi, est techniquement insuffisante pour entraîner une telle sanction* » ; J.-J. Daigre et M. Sentilles-Dupont, art. préc., p. 11-12.

⁸³⁵ J.-P. Legros, art. préc., n° 42 ; L. Bornhauser-Mitrani, « La violation d'une clause statutaire », *LPA*, 8 avril 1998, n° 42, p. 11, spéc. p. 16.

d'autre part, qu'il avait connaissance de l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir⁸³⁶. Cette seconde condition n'est toutefois pas exigée s'agissant de la promesse ou de la clause d'inaliénabilité⁸³⁷. Par conséquent, pour obtenir la nullité consécutive à leur violation, elle se contente d'exiger la seule preuve de la connaissance du pacte⁸³⁸. Cette différence de régime se justifie par le fait que, concernant la préférence, le tiers peut toujours penser que le bénéficiaire a, entre temps, renoncé à se prévaloir de la préférence⁸³⁹. Pour cette raison, la seule connaissance de l'existence de l'obligation ne suffit pas à supposer sa violation⁸⁴⁰.

223. Appréciation critique. La nullité apparaît incontestablement comme une sanction opportune. Plus conforme au principe de la force obligatoire que la sanction consistant dans l'octroi de dommages et intérêts, elle permet, la plupart du temps, de satisfaire le créancier de l'obligation et la société. En effet, par le retour des actions dans le patrimoine du débiteur, elle répare le préjudice subi par l'associé créancier et constitue à ce titre une sanction plus efficace que celle de l'inopposabilité⁸⁴¹. En outre, en empêchant la venue de nouveaux contractants indésirables, la nullité préserve l'*intuitus personae* indispensable au bon fonctionnement de la société. Enfin, pour certains auteurs⁸⁴², la nullité permet de concilier les partisans de la stabilité et ceux de la fluidité du capital. Alors que les premiers plaident pour l'insertion de telles clauses, et donc préconisent une sanction efficace de celles-ci, les seconds prônent la libre disposition des actions et, par suite, la libre révocation du promettant. Aussi la nullité constitue-t-elle un compromis satisfaisant entre la substitution souhaitée par les premiers et les dommages et intérêts

⁸³⁶ Cass. com., 7 mars 1989, aff. Schwich et Baizeau, *JCP E*, II, 15617, note Y. Reinhard. La solution est ancienne et constante. V. Cass. req., 15 avril 1902, *DP* 1903, 1, p. 38 ; Cass. civ. 3^e, 22 avril 1976, *Bull. civ.* III, n° 165, p. 129 ; Cass. civ. 3^e, 26 octobre 1982, *Bull. civ.* III, n° 208 ; *Gaz. Pal.* 1983, 1, pan. p. 156, note J. Dupichot.

⁸³⁷ T. Favario, « La clause statutaire d'inaliénabilité », *Bull. Joly soc.* 2010, §21, p. 100, spéc. p. 104 : la publicité de la clause d'inaliénabilité rend *ipso facto* l'acquéreur de mauvaise foi et la fraude se trouve ainsi caractérisée. Partant, l'inopposabilité comme la nullité sont toutes deux envisageables comme sanctions de la violation d'une telle clause. Toutefois, la nullité serait, de toute manière, encourue sur le fondement de l'article 900-1 du Code civil. V. H. Le Nabasque avec le concours de G. Terrier, art. préc., spéc. p. 26.

⁸³⁸ V. par exemple Cass. civ., 28 août 1940, *D.* 1940, p. 103 ; Cass. req. 30 octobre 1911, *D.* 1916, p. 5.

⁸³⁹ Pour une analyse approchante, v. O. Dexant-de Baillencourt, th. préc., n° 223, p. 198 : « L'exigence de cette double preuve reposerait sur l'idée que le créancier d'un droit de préférence ne bénéficierait que d'un droit éventuel de se porter acquéreur. Ce droit dépendrait de la volonté du débiteur de céder la chose, objet du droit de préférence, et des conditions du projet de cession ».

⁸⁴⁰ A. Mignon-Colombet, th. préc., n° 312, p. 256-257 : « La sécurité et la rapidité des transactions s'opposent classiquement à ce que pèse sur le tiers une obligation de vérifier que le promettant a bien notifié le projet de cession ».

⁸⁴¹ T. Favario, art. préc., spéc. p. 104.

⁸⁴² E. Chvika, *Les clauses limitant la libre disposition des actions*, thèse Paris II, 1999, n° 316, p. 316.

promus par les seconds. Partant, sa généralisation par le législateur est souhaitable et permettrait ainsi la consécration d'une sanction efficace unique pour l'ensemble des clauses limitant la libre disposition des actions⁸⁴³. Pour cette raison, Monsieur Laurent Grosclaude propose d'adopter un alinéa aux textes sur la nullité qui disposerait que « *tout engagement contracté ou toute délibération adoptée contrairement à une convention préalable engageant un ou plusieurs associés à une obligation de faire ou de ne pas faire, pourra être annulé si les statuts ou la convention le prévoient. La nullité n'est toutefois encourue que si le contractant ou l'organe délibérant avait connaissance de la convention violée. Elle n'est pas opposable aux tiers de bonne foi* »⁸⁴⁴. Si cette proposition doit être approuvée, il ne semble cependant pas nécessaire de requérir des parties qu'elles stipulent expressément cette exécution forcée en nature. La seule force obligatoire du contrat légitime en effet son prononcé sans qu'aucune manifestation de volonté ne soit nécessaire. Le juge doit donc la privilégier dès lors que la mauvaise foi du tiers se trouve caractérisée.

224. On comprendra alors qu'elle doive également être prononcée lorsque l'objet de la violation n'est plus une cession mais une délibération sociale.

2- La nullité des délibérations sociales

225. **Les fondements proposés.** Bien que la nullité soit l'apanage des dispositions légales impératives⁸⁴⁵, plusieurs fondements s'offrent à la jurisprudence pour élargir le domaine des nullités et sanctionner ainsi efficacement la violation des statuts par la collectivité des associés.

Une première solution consisterait à dire que le terme « loi » employé à l'article L. 235-1 du Code de commerce doit être appréhendé au sens large et recouvre non seulement la loi étatique mais, également, la loi des parties. Dès lors, par application de l'article 1134 du Code civil qui donne force obligatoire au contrat, la nullité doit pouvoir être prononcée comme

⁸⁴³ E. Chvika, th. préc., n° 315, p. 315 ; M.-B. Salgado, « Le régime des clauses de préemption dans les pactes d'actionnaires des sociétés anonymes », *Dr. soc.* 2003, chron. 3, p. 5, spéc. p. 8 : la finalité des clauses de préemption et d'agrément étant la même, contrôler la cession des titres aux tiers, rien ne justifie d'en différencier la sanction.

⁸⁴⁴ L. Grosclaude, th. préc., p. 504.

⁸⁴⁵ Le législateur français n'est pas le seul à avoir favorisé la sanction des dispositions légales sur la sanction des dispositions contractuelles. Le législateur portugais par exemple a fait de même. V. J.-F. Aveiro Pereira, *Le juge et les décisions collectives d'actionnaires des sociétés anonymes, Etude de droit comparé européen*, thèse Paris I, 2008, n° 79, p. 76.

sanction de la violation des dispositions contractuelles des statuts⁸⁴⁶. Toutefois, il apparaît difficile d'adopter un tel raisonnement pour une double raison. D'une part, il semble impossible de parler de « loi des parties » pour désigner les statuts étant donné qu'une grande partie des dispositions constitue la reprise de dispositions légales. Par conséquent, l'on se trouverait dans la situation absurde où une disposition légale non voulue impérative par le législateur changerait de nature pour en devenir une par son intégration dans les statuts⁸⁴⁷. D'autre part, l'ensemble des stipulations du contrat étant obligatoires pour les parties, toutes revêtiraient un caractère impératif. La nécessité d'une disposition impérative pour le prononcé de la nullité n'aurait alors aucun sens⁸⁴⁸.

Une deuxième solution consisterait à admettre le défaut de consentement de la société. En effet, le législateur permet parfois aux parties de prévoir dans les statuts une majorité plus élevée que celle légalement fixée. Le raisonnement est alors le suivant : le consentement n'est pas recherché en la personne de chaque associé mais en celle de la société elle-même. Dès lors, la violation de la règle de majorité convenue par les parties signifierait l'absence de consentement de la société⁸⁴⁹. La nullité pour défaut de consentement pourrait alors être prononcée. Si le raisonnement mené est cohérent, il ne permet de résoudre que partiellement le problème posé. Seule la violation des règles de majorité contractuelles se trouve sanctionnée par la nullité, laissant subsister la question de l'exécution forcée en nature de la violation des autres stipulations contractuelles.

Une troisième solution consisterait, sur le fondement de l'article L. 235-1, alinéa 1, du Code de commerce, à considérer que la violation des statuts aboutit à une modification implicite et indirecte des statuts. Or, cette modification ne relève pas de la compétence de l'assemblée ordinaire mais de celle de l'assemblée extraordinaire. Partant, en procédant à cette modification, l'assemblée ordinaire réalise en réalité un excès de pouvoir⁸⁵⁰. Si séduisante qu'elle soit, cette solution semble cependant inopérante. De deux choses l'une en effet. Soit la violation des statuts est le fait de quelques associés seulement et ne saurait alors être considérée comme une volonté

⁸⁴⁶ Y. Guyon, v° Assemblée d'actionnaires, in *Rép. soc.*, Dalloz, 2002, n° 262 ; J. Mestre et D. Velardocchio, Lamy Sociétés commerciales, 2011, n° 2698 ; S. Schiller, « Pactes, statuts, règlement intérieur : quelle hiérarchie ? », *Rev. soc.* 2011, p. 331, spéc. p. 335.

⁸⁴⁷ L. Bornhauser-Mitrani, art. préc., spéc. p. 13.

⁸⁴⁸ V. *supra*, n° 200.

⁸⁴⁹ L. Bornhauser-Mitrani, art. préc., spéc. p. 13.

⁸⁵⁰ S. Schiller, v° Pactes d'actionnaires, in *Rép. soc.*, Dalloz, 2006, n° 159 ; L. Bornhauser-Mitrani, art. préc., spéc. p. 15.

commune de changer les statuts. Soit la violation des statuts est bien la résultante d'une volonté collective des associés, mais, dans ce cas, la décision devrait être validée en dépit de l'irrespect du formalisme légal⁸⁵¹. Par conséquent, dans les deux hypothèses, l'article L. 235-1, alinéa 1, du Code de commerce n'a pas vocation à s'appliquer⁸⁵².

Enfin, la fraude et l'abus de droit pourraient eux aussi être invoqués. Toutefois, ces deux moyens se révèlent insuffisants. Tout d'abord, la première suppose de prouver que la violation constitue bien une manœuvre pour contourner la règle obligatoire. Or, s'agissant d'un élément intentionnel la preuve se révèle toujours difficile à rapporter. Ensuite, le second suppose de caractériser la contrariété à l'intérêt social, élément constitutif de l'abus en droit des sociétés. Or, toute violation qui porte préjudice à un associé ne porte pas nécessairement préjudice à la société elle-même. Dans cette hypothèse, l'associé n'obtiendra donc pas systématiquement la nullité de la délibération. Par conséquent, ces deux remèdes apparaissent également lacunaires à garantir la force obligatoire des statuts.

226. La motivation jurisprudentielle retenue. Si la jurisprudence avait implicitement admis la nullité d'une délibération pour violation d'une clause statutaire par la collectivité des associés, elle n'en avait toutefois pas indiqué le fondement. Dans un arrêt du 18 mai 2010⁸⁵³, la Cour de cassation choisit une autre voie que celles préconisées par la doctrine. Commenant par rappeler les termes de l'article 235-1, alinéa 2, du Code de commerce qui subordonne la nullité à la violation d'une disposition impérative du livre II du même Code ou des lois qui régissent les contrats, elle étend la sanction de la nullité aux décisions prises par la collectivité en violation des dispositions des statuts ou du règlement intérieur qui aménagent conventionnellement une règle impérative⁸⁵⁴. Le nouveau système semble être le suivant : la nullité peut toujours être prononcée lorsque la clause des statuts reproduit une disposition légale. Elle peut désormais l'être aussi

⁸⁵¹ En ce sens, v. Cass. civ. 1^{ère}, 22 novembre 1994, pourvoi n° 92-21792 ; *Bull. Joly soc.* 1995, § 44, p. 169, note B. Saintourens.

⁸⁵² L. Bornhauser-Mitrani, art. préc., spéc. p. 15.

⁸⁵³ Cass. com., 18 mai 2010, *Bull. civ. IV*, n° 93 ; *D.* 2010, actu p. 1345, obs. A. Lienhard ; *Bull. Joly soc.* 2010, § 136, p. 651, obs. H. Le Nabasque ; *D. aff.* 2010, n° 1562, p. 26, obs. A. Couret et B. Dondero.

⁸⁵⁴ Cette solution revient finalement à consacrer la proposition qui consiste à permettre le prononcé de la nullité en cas de violation d'une clause qui se situe dans le prolongement d'une disposition légale impérative. V. P. Le Cannu et B. Dondero, *Droit des sociétés*, 5^e éd. Montchrestien, 2013, n° 467. Cette solution a d'ailleurs été confirmée pour les sociétés civiles. V. Cass. com., 19 mars 2013, pourvoi n° 12-15238 ; *D.* 2013, p. 834, obs. A. Lienhard ; *JCP E* 2013, 1289, note B. Dondero.

lorsque la clause statutaire violée aménage une disposition impérative. En revanche, elle demeure exclue lorsque la clause violée a une origine purement contractuelle.

227. Appréciation critique. De prime abord, la solution doit être approuvée en ce qu'elle ouvre une brèche dans le système étroit des nullités. En effet, s'il apparaît opportun de limiter les hypothèses de nullités de la société, l'existence même de la société étant en cause⁸⁵⁵, il n'en est pas de même des délibérations et actes sociaux pour lesquels la nullité perturbe peu le fonctionnement de la personne morale⁸⁵⁶. La nullité apparaît alors comme la sanction la plus adaptée à une telle violation⁸⁵⁷. En outre, la solution a le mérite d'être conforme au texte de loi⁸⁵⁸. Ainsi, la solution permet de concilier le principe de légalité avec celui de la force obligatoire⁸⁵⁹.

Toutefois, la formule employée n'est pas si claire qu'elle n'y paraît⁸⁶⁰. Notamment, qu'advient-il des dispositions laissant toute latitude aux statuts ? Ces dispositions sont, en effet, nombreuses particulièrement dans la société par actions simplifiée. Par exemple, doit-on considérer que l'article L. 227-5 du Code de commerce qui dispose que « *les statuts fixent les conditions dans lesquelles la société est dirigée* » est couvert par le nouveau tempérament jurisprudentiel⁸⁶¹ ? Il est peu probable que ce dernier les inclut en raison de l'absence de disposition impérative ouvrant la voie à un aménagement contractuel⁸⁶². Par conséquent, la nécessité d'identifier au préalable une disposition légale impérative limite considérablement la portée du tempérament consacré par la jurisprudence⁸⁶³. Il en résulte l'existence d'un paradoxe. Alors que le législateur montrait sa volonté dans ces sociétés contractuelles d'élargir le domaine traditionnel de la nullité⁸⁶⁴, la consécration jurisprudentielle de ce tempérament confère à la

⁸⁵⁵ M. Azavant, « La sanction civile en droit des sociétés ou l'apport du droit commun au droit spécial », *Rev. soc.* 2003, p. 442, spéc. p. 442.

⁸⁵⁶ D. Grillet-Ponton, « La méconnaissance d'une règle impérative de la loi, cause de nullité des actes et délibérations des organes de la société », *Rev. soc.* 1984, p. 259, spéc. p. 260.

⁸⁵⁷ J.-P. Legros, « La violation des statuts est-elle une cause de nullité ? », *Dr. soc.* avril 1991, chron. p. 1, spéc. p. 1.

⁸⁵⁸ A. Lienhard, note sous Cass. com., 18 mai 2010, *D.* 2010, actu, p. 1345.

⁸⁵⁹ J.-P. Legros, art. préc., spéc. p. 1 : « *Le dilemme se résume ainsi : soit le texte est suivi à la lettre, mais les statuts peuvent être méconnus sans conséquence, soit la nullité est prononcée, mais alors la loi n'est plus respectée* ».

⁸⁶⁰ H. Le Nabasque, note sous Cass. com., 18 mai 2010, *Bull. Joly soc.* 2010, § 136, p. 651, spéc. p. 653.

⁸⁶¹ A. Lienhard, note préc. ; A. Couret et B. Dondero, note sous Cass. com., 18 mai 2010, *D. aff.* 2010, n° 1562, p. 26, spéc. p. 28.

⁸⁶² L. Grosclaude, *Le renouvellement des sanctions en droit des sociétés*, thèse Paris I, 1997, p. 94 : « *par définition, une disposition statutaire suppose le jeu d'une règle supplétive et non impérative* ».

⁸⁶³ H. Le Nabasque, note préc.

⁸⁶⁴ L. Grosclaude, th. préc., p. 57.

nullité une place moins importante que dans les autres sociétés plus « institutionnelles »⁸⁶⁵. Il semble pour autant difficile pour la jurisprudence, sans aboutir à une solution *contra legem*, d'étendre davantage le système de nullités. Seule une intervention législative permettrait de restaurer véritablement la force obligatoire des obligations purement contractuelles⁸⁶⁶. Partant, l'on doit approuver la proposition tendant à la réécriture des articles 1844-10 du Code civil et L. 235-1, alinéa 2, du Code de commerce de la manière suivante : « *la nullité des actes ou délibérations autres que ceux prévus à l'alinéa précédent ne peut résulter que de la violation d'une disposition impérative intéressant le fonctionnement de la société ou de celles qui régissent les contrats* » et à l'ajout d'un troisième alinéa qui serait rédigé en ces termes : « *la nullité des actes ou délibérations autres que ceux visés au premier alinéa peut également résulter de la violation des dispositions statutaires expressément autorisées par la présente loi* »⁸⁶⁷. Cette proposition permettrait non seulement d'élargir la nullité à la violation des dispositions issues de tous les textes légaux ou réglementaires, mais également de sanctionner la violation des dispositions contractuelles.

228. La généralisation de la nullité au mépris d'une lecture littérale des textes légaux montre la volonté jurisprudentielle de privilégier l'exécution forcée en nature sur l'exécution par équivalent en droit des sociétés. La consécration récente de la substitution conforte cette évolution.

B- LA CONSÉCRATION DE LA SUBSTITUTION

229. **Consécration prétorienne.** La nullité ne permet pas toujours de réparer pleinement les conséquences de la violation de l'obligation contractuelle. En effet, en ce qui concerne certaines clauses telles les clauses de préemption, de préférence ou de sortie commune prioritaire,

⁸⁶⁵ L. Grosclaude, th. préc., p. 90 : l'auteur dénonçait déjà ce paradoxe. En effet, en raison de ses dispositions essentiellement contractuelles, la SAS se trouvait quasiment hors du champ d'application du système de nullités mis en place par le législateur de 1966.

⁸⁶⁶ M. Azavant, « La sanction civile en droit des sociétés ou l'apport du droit commun au droit spécial », *Rev. soc.* 2003, p. 442, spéc. p. 477 : « *l'impuissance du droit commun à sanctionner l'intégralité des irrégularités qui mériteraient de l'être, devraient constituer un signal pour l'intervention du législateur, tout comme la sollicitation excessive des mécanismes généraux du droit commun devrait attirer l'attention sur les besoins insatisfaits par la loi spéciale* ».

⁸⁶⁷ L. Grosclaude, th. préc., p. 504.

la nullité prend alors la forme d'une sanction intermédiaire entre l'exécution forcée par équivalent et l'exécution forcée en nature⁸⁶⁸. En réalité, seule la substitution du bénéficiaire au tiers acquéreur permet de satisfaire le créancier et de respecter pleinement la force obligatoire de l'obligation. En effet, en contractant un tel pacte, le bénéficiaire cherche à devenir propriétaire, ce que ne lui permet pas le prononcé de la seule nullité⁸⁶⁹. Cependant, si les juridictions du fond⁸⁷⁰ se montraient favorables à sa consécration, la Cour de cassation⁸⁷¹ refusait formellement d'y procéder. Seule était admise la nullité de la vente en cas de collusion frauduleuse entre le promettant et le tiers obtenue dans des conditions rigoureuses. Toutefois, opérant un revirement jurisprudentiel considérable et consacrant ainsi la proposition du rapport Marini⁸⁷², la Cour de cassation semble avoir enfin franchi le pas et admis la substitution à titre de sanction de la violation d'une obligation de faire⁸⁷³. Certes, la solution concernait la vente d'un immeuble mais rien ne s'oppose à sa transposition en matière de cession de droits sociaux⁸⁷⁴. Dans cette hypothèse, l'on peut penser que le juge pourra pallier le refus du cédant de transmettre un ordre de virement à son teneur de compte conservateur (qui permet l'inscription des titres au compte de

⁸⁶⁸ L. Godon, *Les obligations des associés*, Economica, 1999, préf. Y. Guyon, n° 348, p. 228 : la nullité « constitue en quelque sorte qu'une première étape, insuffisante à assurer la remise des droits sociaux convoités entre les mains du bénéficiaire ».

⁸⁶⁹ O. Dexant-de Baillienecourt, *Les pactes d'actionnaires dans les sociétés cotées*, Dalloz, 2012, préf. H. Synvet, n° 219, p. 195 : « Le bénéficiaire d'un pacte de préférence ou d'une promesse de vente ne se contentera pas de l'annulation de la cession des titres au tiers acquéreur. La demande en nullité de la cession aura en effet généralement pour objectif d'obtenir la cession des titres à son profit ».

⁸⁷⁰ CA Paris, 23 juin 1987, *Bull. Joly soc.* 1987, p. 701, § 288 ; CA Paris, 14 mars 1990, *Bull. Joly soc.* 1990, p. 353 ; CA Lyon, 15 novembre 1990, *RJDA* 1992, p. 3, chron. B. Mercadal et P. Janin, « Sanction des clauses de préemption dans les pactes d'actionnaires ».

⁸⁷¹ Cass. com., 7 mars 1989, *Bull. civ. IV*, n° 79 ; *Bull. Joly soc.* 1989, p. 430, § 153 ; *D.* 1989, p. 231 concl. M. Jéol ; *Rev. soc.* 1989, p. 481, note L. Faugerolas. Cette solution s'inscrit dans une jurisprudence traditionnelle. V. Cass. civ., 4 mai 1957, *Bull. civ. I*, n° 197. Une doctrine minoritaire prétend que la solution admet implicitement la possibilité d'opérer une substitution en cas de collusion frauduleuse. V. A. Viandier et J.-J. Caussain, note sous Cass. com., 7 mars 1989, *JCP E* 1989, II, 15517 ; L. Faugerolas, note sous Cass. com., 7 mars 1989, *Rev. soc.* 1989, p. 481 ; G. Goffaux, *Du contrat en droit des sociétés, essai sur le contrat instrument d'adaptation du droit des sociétés*, éd. L'Harmattan, Presses universitaires de Sceaux, 2008, préf. J.-P. Gastaud, n° 434, p. 305. Egalement, il faut signaler un arrêt de la chambre commerciale du 7 janvier 2004, pourvoi n° 00-11692 ; *Bull. Joly soc.* 2004, p. 509, note H. Le Nabasque : dans cet arrêt, seule la nullité de la cession frauduleuse a été ordonnée. Toutefois, la solution pouvait se justifier par le fait que les plaideurs ne demandaient pas la substitution.

⁸⁷² P. Marini, *La modernisation du droit des sociétés, Rapport au Premier ministre*, La documentation française, 1996, p. 68 : le rapport préconise d'autoriser légalement le juge à recourir à la substitution lorsque les titres ne sont pas cotés sur un marché réglementé, mais en conservant la possibilité pour le juge de l'écarter dès lors que des circonstances particulières la rendraient inopportune.

⁸⁷³ Cass. mixte, 26 mai 2006, pourvoi n° 03-19376, *Bull. mixte*, n° 4, p. 13 ; *JCP G* 2006, II, 10042, note L. Leveneur ; *JCP G* 2006, I, 176, obs. J. Ghestin ; *D.* 2006, p. 1861, note T. Gautier et D. Mainguy ; *RDC* 2006, 1080, obs. D. Mazeaud ; *Bull. Joly soc.* 2006, p. 1072, note H. Lécuyer ; *RTD civ.* 2007, p. 366, obs. T. Gauthier, *RDC* 2007, p. 701, obs. D. Mazeaud.

⁸⁷⁴ H. Lécuyer, « Pacte de préférence : retour en grâce ? », *Dr. soc.* 2006, repère 7, p. 1 ; G. Goffaux, th. préc., n° 436, p. 308.

l'acquéreur et donc le transfert de propriété) par une décision valant ordre de virement à l'expiration d'un certain délai⁸⁷⁵.

230. Conditions. La substitution répond cependant à des conditions drastiques. Par analogie avec l'obtention de la nullité, la jurisprudence exige la connaissance par le tiers du pacte et l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir. S'agissant de la première condition, elle sera particulièrement difficile à démontrer dans les sociétés cotées en raison de l'anonymat qui caractérise le marché boursier et qui empêche le cessionnaire de connaître la provenance des titres qu'il acquiert⁸⁷⁶. La preuve suppose donc que la cession ne soit pas anonyme. Dans cette hypothèse, l'on concède que la publication des statuts puisse permettre de faire présumer la connaissance du pacte par le tiers⁸⁷⁷. Toutefois, cette publication est en principe inefficace à démontrer l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir⁸⁷⁸. En effet, en raison de sa nature psychologique et de la présomption de bonne foi du tiers, la preuve de l'intention du bénéficiaire de se prévaloir de la préférence se révèle encore plus difficile à rapporter. Or, les deux conditions étant cumulatives, il devient impossible en pratique de prouver la fraude du tiers. Aussi certains auteurs ont-ils proposé d'assouplir les conditions et de limiter la preuve à la seule connaissance du pacte⁸⁷⁹.

Malgré ces difficultés, la substitution a bel et bien été admise et appliquée moins d'un an après⁸⁸⁰. D'une part, la Cour de cassation semble faire preuve d'indulgence dans l'appréciation des conditions. En l'espèce, si la connaissance du pacte par le tiers était bien établie, la preuve de

⁸⁷⁵ O. Dexant-de Baillencourt, *Les pactes d'actionnaires dans les sociétés cotées*, Dalloz, 2012, préf. H. Synvet, n° 221, p. 197.

⁸⁷⁶ O. Dexant-de Baillencourt, th. préc., n° 225, p. 199 ; S. Prat, *Les pactes d'actionnaires relatifs au transfert de valeurs mobilières*, Litec, 1992, préf. A. Viandier, n°470, p. 299.

⁸⁷⁷ B. Dondero, « Statuts de SAS et pactes extra-statutaires : questions et confrontations », *Bull. Joly soc.* 2008, p. 245 ; A. Mignon-Colombet, th. préc., n° 339, p. 272-273 : la publication du pacte dans les statuts permet, en outre, de protéger efficacement la société. En effet, les statuts étant opposables de plein droit à la société, le tiers acquéreur ne peut pas se prévaloir de sa qualité d'associé à l'égard de la société. Toutefois, la cession demeure valable entre les parties sauf à ce que le cessionnaire demande la résolution de la cession.

⁸⁷⁸ L. Godon, *Les obligations des associés*, Economica, 1999, préf. Y. Guyon, n° 356, p. 232 ; A. Mignon-Colombet, *L'exécution forcée en droit des sociétés*, Economica, 2004, préf. Y. Guyon, n° 341, p. 273 : « la nécessité de prouver la fraude du tiers permet d'affirmer que, sous certains aspects, le droit de préemption n'est pas beaucoup plus efficace lorsqu'il figure dans les statuts ».

⁸⁷⁹ O. Dexant-de Baillencourt, th. préc., n° 224, p. 198-199 ; L. Godon, th. préc., n° 358, p. 233.

⁸⁸⁰ Cass. civ. 3^e, 31 janvier 2007, pourvoi n° 05-21071, *Bull. civ.* III, n° 16 ; Cass. civ. 3^e, 14 février 2007, pourvoi n° 05-21814, *Bull. civ.* III, n° 25 ; *D.* 2007, AJ 657 ; *JCP E* 2007, 1615, note H. Lécuyer ; *Defr.* 2007, 1048, obs. R. Libchaber ; *RDC* 2007, p. 741, note G. Viney.

l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir était plus douteuse⁸⁸¹. En réalité, les éléments de fait pris en considération par le juge ne démontraient pas de manière certaine la connaissance du tiers sur l'intention du bénéficiaire. La Cour de cassation semble donc se contenter d'une « potentielle » connaissance. D'autre part, la doctrine estime que lorsque le tiers acquéreur est déjà associé de la société, la jurisprudence sera encline à présumer sa connaissance du pacte ainsi que l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir⁸⁸².

231. Appréciation critique. La solution ainsi consacrée doit être approuvée. En effet, tous les arguments invoqués en sa défaveur se révèlent peu convaincants⁸⁸³.

En premier lieu, on a fait valoir que la substitution ne pouvait pas être prononcée en raison de l'absence de fondement textuel le permettant. L'argument semble *a priori* d'autant plus recevable que l'article 1142 du Code civil applicable aux obligations de faire ne fait mention que de dommages et intérêts. Or, d'une part, pas davantage que la substitution, l'annulation de la cession frauduleuse n'est mentionnée dans un texte légal⁸⁸⁴. Le principe de la réparation adéquate permet de fonder tant la nullité que la substitution. La Cour de cassation a en effet admis la possibilité pour les juges de fond en l'absence de texte légal de prononcer le mode de réparation le plus adapté au préjudice subi⁸⁸⁵. D'autre part, l'article 1142 du Code civil n'a *a priori* pas vocation à s'appliquer à cette hypothèse. Tout d'abord, son domaine se trouve cantonné aux seules obligations éminemment personnelles. Or l'exécution forcée en nature, matérialisée par la

⁸⁸¹ Cass. civ. 3^e, 14 février 2007, pourvoi n° 05-21814, *Bull. civ.* III, n° 25 ; *D.* 2007, AJ 657 ; *JCP E* 2007, 1615, note H. Lécuyer ; *RDC* 2007, p. 741, note G. Viney : la preuve de l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir reposait en l'espèce sur le fait que le tiers acquéreur avait eu connaissance de la procédure judiciaire au cours de laquelle le bénéficiaire avait exprimé sa volonté d'acquérir le bien. Mais, rien dans la solution ne permet de dire que le bénéficiaire avait effectivement eu connaissance de ce qui avait été dit dans la procédure et avait même la possibilité de le savoir.

⁸⁸² S. Schiller, art. préc., n° 164 ; G. Parléani, art. préc., spec. p. 21.

⁸⁸³ S. Prat, th. préc., n° 455 et s., p. 289 et s.

⁸⁸⁴ En ce sens, v. F. Collart-Dutilleul, note sous Cass. mixte, 26 mai 2006, *RDC* 2006, p. 1131 : « la fraude corrompt tout et justifie des sanctions qui sont moins guidées par la cohérence théorique que par la gravité de la transgression d'une valeur sociale éminente. C'est là que se situe le véritable fondement de la double sanction ».

⁸⁸⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 12 juin 1954, *D.* 1954, p. 588 ; *JCP G* 1954, II, 8225 : la Cour de cassation affirme que, concernant la violation d'un pacte de préférence, les juges du fond « ont la liberté d'accorder le mode de réparation qui leur paraît le plus adéquat au dommage subi et qu'en l'absence de texte l'édicant, l'annulation de la vente critiquée n'est pour eux qu'une faculté et non une obligation ». Ce principe de la réparation adéquate est clairement rappelé par l'arrêt rendu par la Cour de cassation le 28 avril 1969, *Bull. civ.* III, n° 182. Aussi apparaît-il cohérent d'admettre, par analogie, qu'ils puissent également, en l'absence de fondement textuel, ordonner la substitution dès lors qu'elle constitue la sanction la plus appropriée ; en ce sens, v. J. Bonnard, « L'influence des principes généraux du droit des contrats en matière de pactes d'associés », in *Mél. M. Jeantin*, 1999, p. 139, spéc. p. 148 et s. ; L. Grosclaude, th. préc., p. 191.

substitution, ne requiert aucune qualité personnelle du débiteur. Pour autant, certains prétendront que l'exécution forcée porte bien atteinte à une liberté fondamentale : celle de contracter⁸⁸⁶. L'argument n'est irréfutable qu'à la condition de considérer que la préférence constitue bien une obligation de faire. Pourtant, une telle affirmation ne relève pas de l'évidence. La préférence ou la préemption semble en réalité revêtir une nature hybride. Plutôt qu'une obligation de faire, elle s'apparente davantage à une obligation de donner⁸⁸⁷. La préférence ou la préemption peut être assimilée à une obligation de transmettre la propriété accompagnée d'une « espèce » de condition suspensive qui consiste à manifester sa volonté de vendre. Dès lors, par la vente au tiers, le promettant a d'ores et déjà manifesté sa volonté de vendre ce qui permet de faire jouer la préemption⁸⁸⁸. Cette analyse s'expose cependant à une double critique. D'abord, la condition ne peut pas en principe porter sur un élément essentiel du contrat⁸⁸⁹. Ensuite, admettre que la manifestation de l'intention du promettant de vendre soit érigée en condition-modalité revient à admettre la reconnaissance d'une condition purement potestative, en principe, nulle. En réalité, le caractère nécessairement adventice d'une condition-modalité empêche de retenir la qualification de condition purement potestative. Inhérente à la situation, le pacte de préférence ou de préemption revêt plutôt la nature d'un droit potestatif⁸⁹⁰. Cette analyse n'est pour autant pas incompatible avec la qualification d'une obligation de donner. Dès lors qu'il a usé de son droit, c'est-à-dire a manifesté sa volonté de vendre à l'égard du bénéficiaire lui-même ou d'un tiers, l'obligation latente de transférer la propriété au bénéficiaire devient effective. Par conséquent, la

⁸⁸⁶ Pour certains auteurs, l'annulation de la cession au tiers aurait pour effet d'anéantir la volonté de céder du débiteur et il ne serait donc pas possible de le contraindre à réitérer sa volonté. Or, ainsi que le souligne Madame Olympe Dexant-de Baillienecourt (th. préc., 2012, préf. H. Synvet, n° 221, p. 196), « l'existence d'un projet de cession oblige le débiteur du droit de préférence à proposer ses titres à son créancier, et l'acceptation de cette offre par le créancier suffit à former la cession. En cédant ses titres à un tiers sans les proposer au bénéficiaire du pacte, le débiteur viole son obligation. Or, l'annulation de la cession à un tiers de mauvaise foi n'anéantit pas la volonté du débiteur du pacte de céder ses titres ».

⁸⁸⁷ M. Jeantin, « Le rôle du juge en droit des sociétés », in *Mél. R. Perrot, Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ?*, Dalloz, 1996, p. 149, spéc. p. 163 ; Y. Reinhard, note sous Cass. com., 7 mars 1989, *JCP G* 1989, II, 21316 ; A. Lebois, note sous Cass. civ. 3^e, 27 mars 2008, *LPA*, 13 octobre 2008, n° 205, p. 13, spéc. p. 16 : l'auteur confirme la nature controversée de l'obligation du promettant et conteste même sa nature d'obligation.

⁸⁸⁸ En ce sens, v. CA Paris, 14 mars 1990, aff. La cinq SA, *Bull. Joly soc.* 1990, p. 353 et p. 325, note P. Le Cannu ; *RTD com.* 1990, p. 413, note Y. Reinhard ; *JCP E* 1990, II, 15784, note A. Viandier et J.-J. Caussain ; *RJC* 1990, p. 256, note C. Goyet ; CA Lyon, 15 novembre 1990, *Bull. Joly soc.* 1991, p. 54 ; L. Godon, th. préc., n° 361, p. 235 ; S. Prat, th. préc., n° 466, p. 297.

⁸⁸⁹ F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations*, 11^e éd., Dalloz, 2013, n° 1219.

⁸⁹⁰ *Ibid.* : « Il ne s'agit pas d'un engagement qui serait soumis à une condition purement potestative, donc nulle mais d'un droit par essence potestatif, en ce sens que la décision de vendre ou non, donc de donner prise au droit de préférence reconnu au bénéficiaire, appartient discrétionnairement au promettant ».

substitution admise en matière de préemption légale doit logiquement être généralisée aux obligations conventionnelles.

En deuxième lieu, on a fait valoir qu'autoriser judiciairement la substitution implique successivement l'anéantissement du premier contrat frauduleux et la création d'un nouveau contrat entre le bénéficiaire et le débiteur⁸⁹¹. Or, l'article 1591 du Code civil exige la détermination du prix comme condition de validité de la vente. Dès lors, l'absence d'un prix convenu par les parties peut constituer un obstacle à son prononcé. Deux hypothèses sont alors envisageables. Soit les parties au pacte de préemption ont d'ores et déjà prévu que le prix auquel s'exercerait la préférence serait celui convenu entre le candidat à la cession et le tiers acquéreur ou fonction de celui-ci, auquel cas le prix est bien déterminé et la substitution peut opérer. Soit les parties au pacte ont prévu que le prix résulterait d'une négociation ou d'un expert choisi d'un commun accord, auquel cas le prix ne pourrait pas être déterminé et la substitution serait *a priori* compromise⁸⁹². Il n'est pourtant pas impossible d'imaginer que même dans ce cas, et si le débiteur persiste à refuser de négocier, le juge puisse procéder lui-même à la fixation du prix ou avoir recours à un expert pour sa détermination.

En troisième lieu, enfin, certains relèvent l'incompatibilité des sanctions de nullité et de substitution : la nullité du contrat rend nécessairement impossible la substitution laquelle a pour objet un contrat qui, à proprement parler, n'existe plus⁸⁹³. En effet, deux analyses sont possibles. Soit l'on considère que la substitution se réalise sur le contrat frauduleux lui-même. Aucune annulation n'a alors lieu. Dans ce cas, le substitué se trouvera tenu de manière analogue au substituant. Or, le droit des contrats est peu enclin à autoriser l'éviction du tiers acquéreur sans remise en cause du contrat⁸⁹⁴. En effet, il n'est pas toujours possible ou opportun de soumettre le substitué à ces conditions. Certaines clauses sont jugées déterminantes du consentement et imposent de ce fait une annulation au moins partielle du contrat. Partant, cette analyse de l'opération compromet dans une certaine mesure la substitution. Soit l'on considère que la substitution implique bien la nullité d'un contrat auquel succède un nouveau contrat. Il ne s'agit alors pas d'une substitution de personne mais d'une substitution de contrat réalisée judiciairement qui rétablit la compatibilité entre nullité et substitution. On est alors en présence d'une novation :

⁸⁹¹ S. Prat, th. préc., n°455 et s., p. 289 et s.

⁸⁹² S. Prat, th. préc., n° 455 et s., p. 289 et s.

⁸⁹³ En ce sens, v. F. Collart-Dutilleul, note sous Cass. mixte, 26 mai 2006, *RDC* 2006, p. 1131 ; A. Paulin, note sous Cass. mixte, 26 mai 2006, *LPA*, 11 janvier 2007, n° 9, p. 13, spéc. p. 17.

⁸⁹⁴ F. Collart-Dutilleul, note préc.

les parties à l'acte changent, le promettant est tenu à l'égard d'un autre et les obligations principales du premier contrat demeurent, mais les modalités sont susceptibles d'être modifiées. On est en présence d'un nouveau contrat qui permet de fixer des conditions différentes du premier et, dès lors, les difficultés rencontrées pour la première analyse ne se retrouvent pas dans celle-là.

232. Par conséquent, l'intervention combinée du législateur et de la jurisprudence accroît le domaine de l'exécution forcée en nature. Parce que la nullité et la substitution permettent de satisfaire pleinement le créancier de l'obligation et renforcent ainsi la force obligatoire du contrat, elle doit être privilégiée.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

233. En droit commun des contrats, la primauté est en principe accordée à l'exécution forcée en nature qui apparaît comme le corollaire de la force obligatoire du contrat. L'exécution forcée par équivalent n'est prononcée que lorsqu'il existe une impossibilité juridique ou matérielle.

En droit des sociétés, cette exécution forcée en nature est d'autant plus nécessaire en raison de la multiplicité des intérêts mis en jeu par la société. L'exécution des obligations favorise la réalisation de l'objet social et garantit l'efficacité durable de la société et, pour cette raison, l'exécution forcée en nature doit être privilégiée. Par conséquent, il n'est pas surprenant que, en droit des sociétés, législateur et jurisprudence la consacrent comme sanction de principe des obligations légales communes ou spéciales. Ce n'est que lorsque ces dernières impliquent des qualités personnelles ou mettent en jeu une liberté fondamentale que, par exception et par application de l'article 1142 du Code civil, l'exécution par équivalent est prononcée. Or, cette hypothèse ne vise en réalité que les obligations auxquelles sont tenus les apporteurs en industrie et les coopérateurs.

En revanche, concernant les obligations d'origine conventionnelle, l'exécution forcée en nature, bien qu'opportune, a du mal à s'imposer. Le principe de la liberté contractuelle, la relativité des conventions ou encore le régime restrictif des nullités sont autant d'obstacles à son application. Toutefois, législateur et jurisprudence tentent progressivement de rétablir l'efficacité de ces obligations de nature conventionnelle. En effet, *via* la généralisation de la nullité et la consécration de la substitution, le domaine de l'exécution forcée en nature s'accroît et favorise le regain d'intérêt pour les pactes d'actionnaires.

Partant, la scission entre ces deux catégories d'obligations, légales et conventionnelles, tend à s'atténuer pour laisser place à un régime de sanctions plus unifié édifié à l'aune de la conception volontariste de la force obligatoire.