

L'IMMUTABILITE CONTRACTUELLE

77. Le principe d'immutabilité : corollaire de la force obligatoire. L'immutabilité contractuelle constitue le deuxième versant du principe d'intangibilité. Celle-ci s'induit de la formule employée à l'article 1134, alinéa 2, du Code civil : si le contractant ne peut révoquer la convention par une manifestation unilatérale de volonté, il n'est pas non plus en droit de la modifier³⁷⁹. « Immutabilité » rime d'autant plus avec « intangibilité » que l'on a coutume d'amalgamer les deux termes. La corrélation semble en effet plus évidente encore entre la force obligatoire du contrat et son immutabilité. La dernière constitue nécessairement le corollaire de la première. Du principe de la force obligatoire du contrat en résulte une prohibition traditionnelle de la modification unilatérale de l'engagement³⁸⁰. Si « *les conventions tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites* »³⁸¹, les parties sont dès leur conclusion soumises à leur volonté cristallisée dans cet accord³⁸². Législateur et juge sont eux aussi en principe tenus de respecter la volonté initiale des parties et, partant, ne peuvent déjouer leurs prévisions en révisant la convention. C'est ce qu'a affirmé explicitement et avec fermeté la Cour de cassation dans le fameux arrêt Canal de Craonne³⁸³ dont la rigueur n'a guère été remise en cause.

78. La portée du principe d'immutabilité. Le principe d'immutabilité contractuelle n'est cependant pas conçu de manière absolue et entend seulement prohiber la mutabilité

³⁷⁹ C. Radé, « Haro sur le contrat. A propos de la prohibition des clauses de variation dans le contrat de travail », *Dr. social* 2001, p. 514 : « la révocation, à laquelle on peut assimiler la révision qui en constitue une sorte de diminutif, ne saurait intervenir, sauf loi contraire, d'une manière unilatérale ».

³⁸⁰ O. Penin, *La distinction de la formation et de l'exécution du contrat, Contribution à l'étude du contrat, acte de prévision*, LGDJ, 2012, préf. Y. Lequette, n° 119 et n° 120, p. 160 et s. ; G. Rouhette, « La révision conventionnelle du contrat », *RIDC* 1986, p. 369 et s.

³⁸¹ Article 1134, alinéa 1, du Code civil.

³⁸² En ce sens, v. G. Paisant, « Introduction », in *Que reste-t-il de l'intangibilité du contrat ?*, *Droit et patr.* mars 1998, n° 58, p. 42, spéc. p. 42 : « suivant les termes de l'alinéa 1^{er} de l'article 1134, dûment conclu, le contrat se trouve définitivement fixé dans son contenu à l'égard de chacune des parties ».

³⁸³ Cass. civ., 6 mars 1876, *DP* 1876, 1, p. 195, note A. Giboulot, *S.* 1876, 1, p. 161, *Grands arrêts*, T. 2, n° 165 : « La règle que consacre l'article 1134 du Code Civil étant générale et absolue et régissant notamment les contrats à exécution successive, il n'appartient pas aux tribunaux, quelque équitable que puisse leur paraître leur décision, de prendre en considération le temps et les circonstances pour modifier les conventions des parties et substituer des clauses nouvelles à celles qu'elles ont librement acceptées ».

unilatérale³⁸⁴. Le consensus des parties permet de modifier le contrat initial sans création de rapport de droit nouveau³⁸⁵ et sans qu'il leur soit reproché un accroc au principe de la force obligatoire. En effet, si l'article 1134, alinéa 2, du Code civil autorise les parties à révoquer leur convention par leur commune intention, par analogie, celles-ci peuvent convenir conjointement de modifier un ou plusieurs éléments de leur accord initial³⁸⁶. La modification consensuelle n'est alors que la résultante de la théorie de l'autonomie de la volonté : ce qu'elles ont convenu ensemble d'entreprendre initialement, elles peuvent convenir également ensemble de le modifier en cours d'exécution contractuelle³⁸⁷.

79. L'application du principe au contrat de société. Si le principe d'immutabilité unilatérale a bien vocation à jouer dans le contrat de société, celui-ci témoigne incontestablement de singularités qui viennent perturber sa mise en oeuvre (Section 1). Toutefois, le contrat de société n'a pas poursuivi son mouvement d'autonomisation vis-à-vis du droit commun des contrats, lequel tend même à renforcer son influence en la matière sous l'impulsion de la jurisprudence (Section 2).

SECTION 1 UNE APPLICATION PERTURBEE

80. En tant que contrat, la société n'échappe pas à l'emprise du principe d'immutabilité. Toutefois, contrat particulier donnant naissance à une personne morale, la mise en oeuvre de ce principe se trouve perturbée par deux séries de facteurs : d'une part, la pluralité des liens

³⁸⁴ R. Encinas de Munagorri, *L'acte unilatéral dans les parties au contrat*, thèse Paris X, 1994, n° 3, p. 5 : « *En l'absence de novation du contrat initial, l'obligation contractée ne peut donc être modifiée que par le seul accord des volontés entre les parties au contrat. Par voie de conséquence, la modification ne saurait être unilatérale* ».

³⁸⁵ Sur la distinction entre la modification et la novation, v. A. Ghozi, *La modification de l'obligation par la volonté des parties*, thèse Paris, LGDJ, 1980, préf. D. Tallon, n° 28 et s., p. 15 et s. : « *La novation suppose la destruction du premier rapport (juridique) alors que la modification en implique la continuité... Nover conduit à créer un nouveau rapport tandis que modifier revient à aménager un rapport déjà créé* ».

³⁸⁶ A. Ghozi, th. préc., p. 7 : l'auteur précise que tous les éléments du contrat peuvent faire l'objet d'une modification conventionnelle excepté la cause. « *Il faut cependant exclure la cause du domaine de la modification. Dans notre droit consensualiste celle-ci exprime la raison d'être de l'obligation, et cette dernière apparaît par voie de conséquence comme l'instrument juridique destiné à l'accomplir. On conçoit alors que son remplacement provoque la disparition de l'obligation qu'elle justifie* ».

³⁸⁷ A. Ghozi, th. préc., p. 4 et 5 : « *La modification résulte de l'autonomie de la volonté des parties, de la même volonté qui peut faire (art. 1134, al. 1) et défaire la convention (art. 1134, al. 2)... L'article 1134, alinéa 2 fonde donc les parties à agir sur un lien de droit déjà créé* ». Cette modification est par ailleurs souvent le seul remède efficace pour échapper à une issue malheureuse contraignant les parties à mettre fin à leur collaboration. V. A. Ghozi, th. préc., n° 9, p. 3.

contractuels (§1), d'autre part et plus encore, la pluralité des effets contractuels engendrés par le contrat de société (§2).

§1 LA PLURALITÉ DES LIENS CONTRACTUELS

81. La naissance de la personne morale va engendrer une juxtaposition des relations contractuelles. En effet, au contrat de société va se superposer une pluralité de contrats d'apport placés sous sa dépendance. Il en résulte que la modification du premier va souvent générer la modification des seconds. Partant, la plupart du temps, l'application du principe d'immutabilité est plurale et nécessite l'obtention d'une double série de consentements, celui des associés et celui de la société personne morale (A). Il n'est cependant pas exclu d'envisager une individualisation du principe d'immutabilité puisque la modification du contrat de société n'affecte pas nécessairement tous les contrats d'apport (B).

A- L'APPLICATION PLURALE DU PRINCIPE D'IMMUTABILITÉ

82. La modification simultanée d'une double relation contractuelle. En raison de la naissance de la personne morale, l'associé devient partie à une double relation contractuelle : il détient à la fois la qualité de partie au contrat de société et celle de partie au contrat d'apport³⁸⁸. Or, ces deux contrats sont étroitement imbriqués puisqu'ils ont un important contenu partagé. Si le contrat de société conserve un domaine qui lui est propre, les droits et les obligations des associés appartiennent communément à ces deux contrats³⁸⁹. Dès lors, la modification du contrat de société implique la plupart du temps celle des contrats d'apport auxquels est partie la personne morale.

³⁸⁸ V. *supra*, n° 5 et 6.

³⁸⁹ M. Buchberger, *Le contrat d'apport, Essai sur la relation entre la société et son associé*, éd. Panthéon-Assas, 2011, préf. M. Germain, n° 235, p. 202 : « ce ne sont pas un mais deux contrats qui entrent en jeu concernant la relation entre la société et son associé : le contrat d'apport et le contrat de société. Si le contrat de société conserve un domaine réservé, il se superpose au contrat d'apport s'agissant du domaine qui leur est commun, c'est-à-dire la relation entre la société et son associé. Cette superposition légitime le fait que le contrat de société et le contrat d'apport sont interdépendants ». Sur le domaine réservé du contrat de société v. la thèse de cet auteur, n° 230 et s., p. 195 et s. : l'auteur affirme que certaines dispositions ne concernent que le contrat de société, parmi celles-ci figurent celles relatives à l'identité de la personne morale, la dénomination sociale, le siège social et l'objet social. Il se montre en revanche plus nuancé concernant la forme, la durée, le capital social ou encore les clauses relatives aux organes de la société.

83. Une double relation soumise à l'immutabilité contractuelle. Tant le contrat de société que les contrats d'apport se trouvent soumis au principe d'immutabilité contractuelle. L'immutabilité du contrat de société est assurée, avant son immatriculation, par le droit commun des contrats³⁹⁰ et trouve précisément son fondement dans l'article 1134 du Code civil. Mais, dès lors que la personne morale naît et que les contrats d'apport vont bénéficier d'une pleine efficacité³⁹¹, l'immutabilité de cette double série de relations contractuelles sera garantie par une disposition spécifique à la matière, l'article 1836 du Code civil. Plus spécialement, les engagements des associés, qui trouvent leur assise à la fois dans le contrat de société et dans le contrat d'apport, seront préservés *via* le principe spécifique d'intangibilité exprimé par l'alinéa 2 de ce même article : « *en aucun cas, les engagements d'un associé ne peuvent être augmentés sans le consentement de celui-ci* »³⁹². Il en résulte que l'ensemble des parties à ces deux séries de contrats doit consentir à la modification de ces engagements afin qu'elle devienne effective. Dès lors, la modification du contrat de société engendrant celle du contrat d'apport, il devient nécessaire de recueillir, outre le consentement des associés, celui de la société en sa qualité de partie et créancière des engagements des associés.

84. Le consentement spécifique de la personne morale. S'il est aisé d'obtenir le consentement de l'associé, personne physique, il est plus difficile en revanche de concevoir que la société, personne morale, puisse en faire de même. Il devient alors nécessaire d'avoir recours à un « *substractum* » humain. En général, les consentements respectifs de l'associé et de la personne morale vont s'exprimer concomitamment et se confondre. Ainsi, une procédure unique va permettre de recueillir ce double consentement : l'assemblée des associés va tout à la fois exprimer le consentement à la modification des associés et celui de la société représentée par son

³⁹⁰ L'article 1842, alinéa 2, du Code civil dispose : « *Jusqu'à l'immatriculation, les rapports entre les associés sont régis par le contrat de société et par les principes généraux du droit applicable aux contrats et obligations* ».

³⁹¹ Acquérant lors de son immatriculation la personnalité morale et donc une pleine autonomie, c'est à ce moment là que la société va pouvoir disposer des engagements puisque les associés ne s'engagent pas les uns envers les autres mais chacun des associés s'engage bien individuellement envers la société. V. J. Scapel, « Vers une nouvelle délimitation du domaine de la notion d'intangibilité des engagements sociaux », *Rev. dr. com., maritime, aérien et des transports* 1999, p. 2, spéc. p. 2.

³⁹² Toutefois, il arrive qu'à l'occasion d'une augmentation des engagements des associés, les juges rendent leur décision sous le double visa des articles 1134 et 1836, alinéa 2, du Code civil, montrant ainsi leur volonté de marquer le caractère contractuel de la société et, par suite, la subordination de la société au droit commun des contrats. V. par exemple Cass. com., 9 juin 2004, *Bull. civ.* I, n° 81 ; Cass. com., 5 mai 2009, pourvoi n° 08-14043 ; Cass. com., 5 mai 2009, pourvoi n° 08-14044.

organe souverain³⁹³. Plus exceptionnellement, ces consentements vont être dissociés et se manifester lors de deux assemblées distinctes. Dans ces hypothèses, on va donc clairement distinguer une offre de modification émanant des associés ou de la société suivie d'une acceptation par le destinataire. Tel est le cas lorsque les droits, objet de la modification, sont attachés à une seule catégorie d'actions : l'assemblée générale représentant la société émet une offre de modification qu'une assemblée spéciale réunissant les actionnaires de cette catégorie accepte ou refuse (article L. 225-99, alinéa 2, du Code de commerce). Tel est également le cas lorsqu'un associé demande en cours d'exécution du contrat de société et de son contrat d'apport à bénéficier d'un avantage particulier. Dans cette hypothèse, une assemblée extraordinaire représentant la société doit ensuite consentir à cette modification du contrat d'apport (article L. 225-10 du Code de commerce). Se pose alors la question de savoir si l'associé demandeur de la modification pourra participer également à l'assemblée qui doit donner son acceptation à la modification. Si un souci d'objectivité conduirait à ne pas le faire participer à celle-ci, la solution ne relève pourtant pas de l'évidence en raison de la sacralisation du droit de vote qui interdit de le supprimer en dehors des cas spécialement prévus par la loi³⁹⁴. A défaut de disposition expresse le précisant, il ne semble donc pas possible d'exclure l'associé de la procédure d'acceptation.

B- L'APPLICATION INDIVIDUALISÉE DU PRINCIPE D'IMMUTABILITÉ

85. Dissociation entre consentement des intéressés et unanimité des associés ? La mise en œuvre du principe d'immutabilité contractuelle serait relativement simple si n'était en jeu que le seul contrat de société. Dans cette hypothèse et par application du droit commun des contrats, la modification requerrait simplement le consensus desdits associés parties à ce contrat³⁹⁵. Toutefois, si le contrat de société contient en principe des clauses générales et

³⁹³ M. Buchberger, *Le contrat d'apport, Essai sur la relation entre la société et son associé*, éd. Panthéon-Assas, 2011, préf. M. Germain, n° 436, p. 363-364 : « Comme c'est parfois le cas en matière de conclusion du contrat d'apport, le consentement de la société à la modification résulte de l'agrégation des votes exprimés par les associés... Le fait qu'une seule résolution serve à exprimer à la fois la volonté de la société et de chaque associé ne doit pas choquer. Il s'agit d'un phénomène fréquent en droit des sociétés, porté à son paroxysme dans les sociétés unipersonnelles. »

³⁹⁴ M. Buchberger, th. préc., n° 438, p. 365 ; v. *infra*, n° 261.

³⁹⁵ La solution, simple en théorie, se révèle assurément plus complexe en pratique en raison du nombre important d'associés que peut comporter la société. V. J. Monnet, « Organisation de l'entreprise et interdiction d'augmenter les engagements des associés », in *Mél. J. Paillusseau, Aspects organisationnels du droit des affaires*, Dalloz, 2003, p. 403, spéc. p. 415.

abstraites qui ont donc vocation à s'appliquer à l'ensemble des associés, la modification du contrat de société peut cependant n'affecter qu'un ou plusieurs contrats d'apport³⁹⁶. Tel sera notamment le cas d'une clause augmentant l'engagement de non-concurrence des seuls apporteurs en industrie. La question se pose alors d'une application « individualisée » ou « sélective » du principe d'immutabilité³⁹⁷ qui permettrait, dans les sociétés comprenant un nombre important d'associés, de n'exiger que le seul consentement des intéressés³⁹⁸.

86. Réponse législative ambiguë. Le droit commun des contrats n'apporte pas de réponse satisfaisante à cette question. En effet, à suivre l'article 1134 du Code civil, seul devrait être requis le ou les consentements des associés dont on souhaite la modification des engagements. Toutefois, la modification desdits contrats d'apport implique également celle des statuts et, donc, du contrat de société lui-même. Il en résulte que toutes les parties devraient consentir à ce changement, peu important que leurs obligations subissent ou non une modification.

Que révèle, dès lors, la lecture de l'article 1836 du Code civil qui dispose que « *les statuts ne peuvent être modifiés, à défaut de clause contraire, que par l'accord unanime des associés* » (alinéa 1), et qu'« *en aucun cas, les engagements d'un associé ne peuvent être augmentés sans le consentement de celui-ci* » (alinéa 2) ? Il semble pouvoir faire l'objet de deux interprétations divergentes. Les termes du premier alinéa semblent consacrer la confusion entre unanimité et consentement des associés en exigeant « le consentement unanime des associés » pour la modification des statuts. Quant aux termes du second, plus ambigus, ils requièrent le consentement de l'associé à l'augmentation de ses engagements et semblent permettre de

³⁹⁶ J. Monnet, *Ibid.* : « Or, si c'est bien le propre des clauses statutaires que d'être générales et abstraites, il est tout de même possible d'envisager des circonstances où la mesure concernée n'intéresse que certains associés. Soit parce qu'il s'agit d'une modification statutaire limitée à une catégorie d'entre eux (par exemple, une clause limitant la cessibilité des actions pour tout actionnaire possédant plus, ou moins, de 10 % du capital social ou engagement pris par les majoritaires de supporter seuls les conséquences pécuniaires d'une réduction du capital social), soit parce qu'il s'agit tout simplement d'un engagement extra-statutaire liant seulement certains associés » ; en ce sens, v. F. Rizzo, « Le principe d'intangibilité des engagements », *RTD com.* 2000, p. 27, spéc. p. 58.

³⁹⁷ M. Buchberger, th. préc., n° 223, p. 191 : « Le contrat d'apport est un support d'individualisation. Reconnaître l'existence d'un contrat d'apport devrait permettre, quel que soit le type de société de proposer de nouvelles solutions axées uniquement sur ce contrat, ainsi que de renforcer certaines solutions du droit positif ». A suivre l'auteur, cette autonomisation permet de fonder les différences de traitement entre les associés en matière d'augmentation des engagements.

³⁹⁸ J. Monnet, art. préc., spéc. p. 415 : « Par le jeu des règles de quorum et de majorité, notamment dans les sociétés par actions, il peut y avoir une grande différence entre vote majoritaire et unanimité ».

dissocier les consentements des associés, dont les contrats d'apport se trouvent affectés par la modification, de l'unanimité des associés, parties au contrat de société³⁹⁹.

87. Interprétations doctrinales antinomiques. La doctrine est partagée quant à l'interprétation à donner à l'alinéa 2 de l'article 1836 du Code civil.

Certains estiment que le législateur a entendu assimiler consentement des associés intéressés et unanimité. Dès lors, quand bien même la modification n'intéresserait que certains associés, tous devraient pourtant se prononcer sur la modification et également accepter celle-ci pour qu'elle devienne effective. A les suivre, la modification impliquerait une double condition : d'une part, tous les associés doivent s'exprimer sur la question de l'augmentation des engagements et être donc tous présents à l'assemblée, d'autre part, tous doivent se prononcer favorablement à la modification. Le principe d'immutabilité en sort ainsi renforcé. Le veto ou même l'absence d'un associé non représenté à l'assemblée ôtera toute possibilité de modification des engagements initiaux⁴⁰⁰.

D'autres auteurs, en revanche, légitiment une application individualisée du principe d'immutabilité : seuls ceux dont le contrat d'apport fait l'objet d'une modification devraient y consentir⁴⁰¹. En effet, si l'article L. 225-99 du Code de commerce⁴⁰² impose d'isoler, *via* la réunion d'une assemblée spéciale, le consentement des actionnaires à la modification de droits

³⁹⁹ En ce sens, v. M. Buchberger, th. préc., n° 455, p. 378 ; A. Bounoux, *Fasc. 140-30 : Assemblées d'actionnaires, AGE, Limites des pouvoirs, Nullités*, in *J-Cl. soc.*, 2007, n° 21.

⁴⁰⁰ G. Taormina, « Réflexions sur l'aggravation des engagements de l'associé », *Rev. soc.* 2002, p. 267, spéc. p. 269 : « Il nous paraît difficilement soutenable de prétendre que seul serait requis le consentement de l'unanimité des associés concernés par l'aggravation, pour le cas où celle-ci ne les concernerait pas... Faute d'un vote unanime émis dans les conditions sus-énoncées, ceux qui souhaitent y consentir, ne sauraient donc s'engager en ce sens, que dans le cadre d'un pacte extra statutaire ».

⁴⁰¹ En ce sens, v. A. Bounoux, *Fasc. 140-30 : Assemblées d'actionnaires, AGE, Limites des pouvoirs, Nullités*, in *J-Cl. soc.* 2007, n° 20 : « Cette règle (art. L. 225-96 al. 1^{er} C. com.) est une application du principe général selon lequel tout actionnaire n'est tenu qu'à concurrence de son apport. Aussi, si la décision n'aggravait que les engagements d'un seul ou de quelques actionnaires, une décision unanime ne serait pas nécessaire ; en toute logique, une décision majoritaire devrait suffire à la condition d'obtenir le consentement de ou des actionnaires concernés conformément aux dispositions de l'article 1836, alinéa 2, du Code civil applicables à toutes les sociétés » ; Y. Guyon, *Traité des contrats, Les sociétés, Aménagements statutaires et conventions entre associés*, 5^e éd. LGDJ, 2002, n° 50 ; M. Buchberger, th. préc., n° 453 et s., p. 377 et s., spéc. n° 455, p. 378 ; P. Le Cannu et B. Dondero, *Droit des sociétés*, 5^e éd., Montchrestien, 2013, n° 144. Toutefois, l'assimilation entre consentement des associés concernés et unanimité n'est envisageable que si la modification affecte dans les mêmes proportions tous les associés. V. J. Monnet, « Organisation de l'entreprise et interdiction d'augmenter les engagements des associés », in *Mél. J. Paillusseau, Aspects organisationnels du droit des affaires*, Dalloz, 2003, p. 403, spéc. p. 415.

⁴⁰² L'article L. 255-99 du Code de commerce dispose que « Les assemblées spéciales réunissent les titulaires d'actions d'une catégorie déterminée. La décision d'une assemblée générale de modifier les droits relatifs à une catégorie d'actions, n'est définitive qu'après approbation par l'assemblée spéciale des actionnaires de cette catégorie ».

attachés à une catégorie particulière d'actions, *a fortiori* et à défaut de disposition légale explicite le précisant, on peut admettre qu'il en est de même s'agissant d'une modification affectant la situation de certains actionnaires ordinaires⁴⁰³. Cela implique toutefois que même les associés privés de leur droit de vote, à titre de sanction ou non, conserveraient le droit de s'exprimer pour les décisions tendant à modifier leur situation⁴⁰⁴. Il en résulterait alors la dichotomie suivante : la confusion l'emporterait entre consentement des associés et unanimité lorsque les engagements de tous les associés seraient affectés par la modification et la dissociation s'imposerait lorsque la décision affecterait les engagements de certains associés seulement⁴⁰⁵.

Certains auteurs, enfin, adoptent une position plus nuancée et cantonnent cette individualisation du principe d'immutabilité à certaines formes de sociétés : alors que l'augmentation des engagements supposerait l'unanimité des associés dans les sociétés à responsabilité limitée et les sociétés par actions, cette dernière ne serait pas requise dans les autres sociétés dès lors que l'assemblée générale aurait délibéré aux conditions légales ou statutaires de majorité. Cette distinction doctrinale trouve son fondement dans la différence de rédaction des dispositions légales explicitant le principe. En effet, si l'article 1836, alinéa 2, du Code civil, disposition de droit commun, semble requérir le consentement individuel des associés et donc individualiser le principe d'immutabilité, cette possibilité semble être annihilée dans les sociétés à responsabilité limitée et les sociétés par actions. Dans ces dernières, le législateur exclut la possibilité pour la majorité d'augmenter les engagements d'un associé et requiert donc l'unanimité des associés. Dans les autres sociétés, l'augmentation requerrait, d'une part, que la décision puisse faire l'objet d'une application individualisée et, d'autre part, que soient réunies les conditions de quorum et de majorité exigées pour la modification des statuts⁴⁰⁶. On voit ainsi

⁴⁰³ M. Buchberger, th. préc., n° 453, p. 376-377 ; *Contra* : C. Goyet, « Les limites du pouvoir majoritaire dans les sociétés », *RJC* 1999, p. 58, spéc. p. 60.

⁴⁰⁴ M. Buchberger, th. préc., n° 452, p. 376 ; en ce sens, v. A. Bognoux, *Fasc. 140-30 : Assemblées d'actionnaires, AGE, Limites des pouvoirs, Nullités*, in *J-Cl. soc.*, 2007, n° 4 : « l'unanimité n'est pas une règle de majorité en ce qu'elle consiste à recueillir l'accord de chaque associé individuellement dans sa relation contractuelle à la société... ».

⁴⁰⁵ J. Monnet, art. préc., spéc. p. 415.

⁴⁰⁶ F. Rizzo, « Le principe d'intangibilité des engagements des associés », *RTD com.* 2000, p. 27, spéc. p. 53 et s. ; L. Jobert, *L'engagement des associés au-delà de leurs apports*, thèse Paris II, 2002, n° 482, p. 378 : « Cette double exigence de l'accord unanime des intéressés et du respect des conditions requises pour la modification des statuts apporte un tempérament heureux à la règle de l'unanimité. On comprendrait mal qu'un associé étranger à la mesure puisse, par l'exercice de son droit de vote, faire échec à une décision prise conformément au droit des sociétés ».

combien cette décision relative au fonctionnement de la société et prise en assemblée⁴⁰⁷ aurait une nature collective et sociale et, par conséquent, hybride⁴⁰⁸.

88. Réponse jurisprudentielle implicite. La Cour de cassation, adoptant implicitement une position inédite⁴⁰⁹, considère que « *l'associé ayant émis un vote favorable à la résolution n'est pas, de ce seul fait, dépourvu d'intérêt à en poursuivre l'annulation (...); que l'article 1836, alinéa 2 du Code civil (...) est une disposition d'ordre public, sanctionnée par une nullité absolue qui peut être demandée par tout associé* »⁴¹⁰. Par suite, la Cour de cassation approuve la Cour d'appel d'avoir prononcé la nullité de la résolution dès lors que celle-ci n'avait pas été adoptée avec le consentement de tous⁴¹¹. La Cour de cassation ajoute que l'associé qui a pourtant voté en faveur de l'augmentation ne se trouve pas privé pour autant de son droit d'action en nullité. Ce faisant, elle lui octroie une sorte de droit de repentir.

⁴⁰⁷ En ce sens, v. C. Goyet, « Les limites du pouvoir majoritaire dans les sociétés », *RJC* 1999, p. 58, spéc. p. 60 : « *L'assemblée générale extraordinaire, statuant à l'unanimité des présents, ne pourrait pas augmenter les engagements. L'accord de tous recueilli autrement qu'en assemblée ne le pourrait pas davantage. Il reste qu'un associé peut certainement consentir individuellement à s'engager davantage, mais il ne s'agit plus d'une modification statutaire* » ; D. Randoux, « L'unanimité des associés », in *Mél. G. Daublou, Defrénois*, 2001, p. 243, spéc. p. 257 et s. : hors les cas dans lesquels le législateur prévoit expressément la possibilité de prendre la décision autrement qu'en assemblée, cette dernière doit constituer le mode privilégié de prise de toute décision ; *Contra* : M. Germain, « La renonciation aux droits propres des associés : illustrations », in *Mél. F. Terré, L'avenir du droit*, Dalloz, 1999, p. 401, spéc. p. 407 ; Y. Guyon, *Traité des contrats, Les sociétés, Aménagements statutaires et conventions entre associés*, 5^e éd. LGDJ, 2002, n° 50 : « *Le consentement peut être donné en assemblée, statuant à l'unanimité. Mais il semble aussi pouvoir s'exprimer individuellement, même lorsque la loi ne permet pas une consultation écrite... Toutefois, la non tenue de l'assemblée ne doit pas nuire à l'information des associés dont les engagements vont être augmentés* ». La position est confortée par un arrêt de Cour d'appel : CA Amiens, 7 mai 1963, *Gaz. Pal.* 1963, 2, jurispr. p. 246.

⁴⁰⁸ En ce sens, v. L. Jobert, th. préc., n° 481, p. 378 : « *somme de volontés individuelles peut être, la décision a assurément une nature collective (ou sociale), puisqu'elle entraîne une modification des statuts* » et n° 472, p. 372 : « *A la croisée des chemins des volontés particulières et de la volonté collective, elle est caractérisée par une nature hybride* » ; *Contra* : Y. Guyon, *op. cit.*, n° 50 : « *il ne s'agit pas d'une décision collective mais d'une somme de consentements individuels* ».

⁴⁰⁹ La solution avait déjà été consacrée par certains arrêts antérieurs mais de manière beaucoup moins péremptoire. V. CA Paris, 27 mars 2001, *Bull. Joly soc.*, p. 89, § 18, note H. Le Nabasque ; *RJDA*, 2001/10, p. 835, n° 973 ; CA Paris, 27 juin 2000, *Bull. Joly soc.*, p. 193, § 52, note H. Le Nabasque.

⁴¹⁰ Cass. com., 13 novembre 2003, pourvoi n° 00-00646, *Bull. civ. IV*, n° 171 ; *JCP E* 2004, 337, note A. Viandier ; *Rev. soc.* 2004, p. 97, note B. Saintourens ; *RJDA* 2004, n° 583, p. 538 ; *Bull. Joly soc.* 2004, p. 413, note H. Le Nabasque ; *D.* 2004, p. 2927, obs. J.-C. Hallouin ; *RTD com.* 2004, p. 314, obs. C. Champaud et D. Danet.

⁴¹¹ Si la solution est rendue concernant le seul article 1836, alinéa 2, du Code civil, la solution est *a priori* valable pour ses homologues de droit spécial, les articles L. 223-30, alinéa 2 et L. 225-96 du Code de commerce ; en ce sens, v. H. Le Nabasque, note sous Cass. com., 13 novembre 2003, *Bull. Joly soc.* 2004, n° 3, p. 413 et s.

Partant, tous les associés, et pas uniquement ceux participant à l'assemblée⁴¹², doivent se prononcer en faveur de l'augmentation sous peine de s'exposer à une action en nullité. Pour cette raison, les associés dont les engagements ne font pas l'objet d'une augmentation peuvent également demander la nullité de la résolution. *A fortiori*, donc, la Cour semble condamner la possibilité d'une application individualisée du principe d'immutabilité. En conséquence, cette solution incite à une meilleure préservation de la force obligatoire du contrat de société⁴¹³.

89. Appréciation critique de la sanction. La radicalité de la solution n'a pas été bien accueillie. La solution révèle la finalité recherchée par la jurisprudence au travers de la règle édictée par l'article 1836, alinéa 2, du Code civil : celle-ci semble être une mesure de protection de l'intérêt commun des associés, privilégiant la stabilité du pacte social, et non une mesure de protection des intérêts propres de chaque associé⁴¹⁴.

Or, la doctrine majoritaire dénonce une telle interprétation. Le fondement de cette règle résiderait *a contrario* dans la protection de la liberté contractuelle de chaque associé⁴¹⁵. Dès lors, si l'on peut considérer que règle d'ordre public il y a, il s'agit d'un ordre public de protection qui ne justifie pas le caractère absolu de la nullité. D'une part, seuls les associés devraient avoir vocation à mettre en œuvre la règle de la nullité⁴¹⁶ et, d'autre part, parmi eux, seuls ceux qui

⁴¹² En ce sens, v. CA Versailles, 24 février 2005, *Juris-Data* n° 2005-266293 ; *Dr. soc.* 2005, comm. 94, note J.-P. Legros ; *Bull. Joly soc.* 2005, § 138, p. 626 ; *JCP E* 2005, 1046, obs. J.-J. Caussain, F. Deboissy et G. Wicker : « l'unanimité visée à l'article L. 227-3 du Code de commerce s'entend...nécessairement de la totalité des associés liés par le pacte social et pas seulement des actionnaires présents ou représentés à l'assemblée ». Cette solution entend dépasser le cadre de la transformation de la SAS et s'appliquer à l'ensemble des sociétés pour l'ensemble des décisions qui nécessitent l'unanimité.

⁴¹³ J. Monnet, « Organisation de l'entreprise et interdiction d'augmenter les engagements des associés », in *Mél. J. Paillusseau, Aspects organisationnels du droit des affaires*, Dalloz, 2003, p. 403, spéc. p. 416.

⁴¹⁴ A. Bounoux, *Fasc. 140-30 : Assemblées d'actionnaires, AGE, Limites des pouvoirs, Nullités*, in *J-Cl. soc.*, 2007, n° 23 ; B. Saintourens, note sous Cass. com., 13 novembre 2003, *Rev. soc.* 2004, p. 97, spéc. p. 100 et s. ; L. Godon, note sous Cass. com., 13 novembre 2003, *Bull. Joly soc.* 2010, n° 5, p. 474 et s.

⁴¹⁵ En ce sens, v. L. Jobert, *L'engagement des associés au-delà de leurs apports*, thèse Paris II, 2002, n° 479, p. 376 : « Si le législateur a entendu s'opposer à une quelconque augmentation des engagements votée à la majorité, c'est seulement pour éviter que certains associés soient engagés sans leur consentement ».

⁴¹⁶ J. Scapel, « Vers une nouvelle délimitation du domaine de la notion d'intangibilité des engagements sociaux », *Rev. dr. com., maritime, aérien et des transports*, 1999, p. 2, spéc. p. 2. Le Professeur Bernard Saintourens souligne justement l'illogisme de la solution à ce sujet (note sous Cass. com., 13 novembre 2003, *Rev. soc.* 2004, p. 97, spéc. p. 100, spéc. p. 101) : « si la Cour de cassation voit dans l'art. 1836, alinéa 2, du Code civil une disposition d'ordre public sanctionnée par une nullité absolue, elle réserve l'action tendant à faire prononcer la nullité de la délibération litigieuse à tout associé sans se référer à tout intéressé, ce qui pourtant est la règle en matière de nullité absolue ». Toutefois, ainsi que le souligne le Professeur Hervé Le Nabasque, note sous Cass. com., 13 novembre 2003, *Bull. Joly soc.* 2004, n° 3, p. 413 et s. : « On ne voit pas, au demeurant, quelle autre personne que l'associé pourrait avoir un intérêt à se prévaloir de la violation de l'article 1836 alinéa second, du Code civil. A part peut être la société elle-même, qui trouverait par ce biais le moyen de se soustraire à ses obligations ; ou l'employeur d'un

n'ont pas consenti à l'augmentation de leurs engagements devraient être protégés par la règle ainsi édictée par l'article 1836, alinéa 2, du Code civil⁴¹⁷. Cette interprétation serait en outre plus conforme aux textes eux-mêmes.

Plus encore, la différence de rédaction entre l'alinéa 1 et l'alinéa 2 de l'article 1836 du Code civil traduit la volonté du législateur de les interpréter différemment et d'adopter des sanctions divergentes. Alors que le non respect du premier alinéa, qui requiert l'unanimité pour la modification des statuts, devrait être sanctionné par la nullité, la violation du second, qui fait référence au consentement de chaque associé et donc à un consentement individuel, devrait être sanctionné par la simple inopposabilité⁴¹⁸. Ainsi, seuls ceux dont les engagements se trouvent augmentés et qui n'ont pas donné leur assentiment devraient pouvoir se prévaloir de l'inopposabilité de la décision. Nombre d'auteurs pensent que l'inopposabilité se présente comme une sanction plus opportune que la nullité. En effet, la sanction de la nullité ainsi consacrée, plutôt que de protéger la société, peut conduire *a contrario* à perturber le fonctionnement de la société et entraver son développement en empêchant par exemple certains associés de réinjecter des fonds dans la société⁴¹⁹.

En pratique, il devient donc impossible dans la plupart des cas de procéder à une augmentation des engagements des associés⁴²⁰. La seule issue laissée aux associés résidera dans la conclusion de pactes extra-statutaires dont l'inconvénient majeur est de restreindre les effets aux seuls signataires⁴²¹.

90. Proposition d'interprétation. Une interprétation plus nuancée de la solution peut être envisagée. La nullité doit être la sanction de principe lorsque la décision litigieuse consiste en une délibération de l'assemblée qui oblige la société elle-même et ne peut donc faire l'objet d'une

associé subrepticement touché par l'inclusion dans les statuts d'une clause de non concurrence qui n'aurait pas été adoptée à l'unanimité des associés ».

⁴¹⁷ H. Hovasse, note sous Cass. com., 13 novembre 2003, *Defr.* juin 2004, n° 12, p. 901 et s.

⁴¹⁸ A. Bounoux, art. préc., n° 21 ; H. Le Nabasque, note sous Cass. com., 13 novembre 2003, *Bull. Joly soc.* 2004, n° 3, p. 413 et s.

⁴¹⁹ L. Godon, note sous Cass. com., 13 novembre 2003, *Bull. Joly soc.* 2010, n° 5, p. 474 et s. ; L. Jobert, *L'engagement des associés au-delà de leurs apports*, thèse Paris II, 2002, n° 474, p. 374 : « On pourrait considérer qu'il s'agit là d'une pesanteur évidente nourrie d'un étonnant paradoxe puisque certains associés pourraient finalement empêcher l'un d'entre eux de s'engager davantage. Ce serait alors légitimer une manifestation originale de l'abus dans l'exercice du droit de vote ».

⁴²⁰ C. Goyet, « Les limites du pouvoir majoritaire dans les sociétés », *RJC.* 1999, p. 58, spéc. p. 60 ; J. Monnet, art. préc., spéc. p. 415.

⁴²¹ L. Jobert, th. préc., n° 472, p. 372.

application sélective. Il apparaît inconcevable dans ces hypothèses d'opter pour la sanction de l'inopposabilité. Tel est le cas d'une transformation de société ou d'une promesse de rachat assortie d'une augmentation de capital. En revanche, en présence d'une décision qui n'impose d'obligation qu'à la seule charge des associés, il devient possible d'admettre la simple sanction de l'inopposabilité⁴²². Tel est le cas d'une décision imposant, par exemple, une obligation de non-concurrence ou une obligation d'inaliénabilité.

91. La généralité des termes employés dans sa solution fait cependant douter que la Cour de cassation ait souhaité opérer une telle distinction. La nature contractuelle de la relation qui unit chaque associé à la société aurait pourtant dû aboutir à la solution proposée. Par application du principe de l'effet relatif des contrats, les associés non concernés par la modification ne devraient pas avoir le droit de se prononcer et avoir la faculté de mettre en œuvre une action en nullité pour défaut de consentement. Au final, l'amalgame réalisé par la Cour de cassation entre unanimité des associés et consentement des intéressés constitue bien la marque d'une volonté jurisprudentielle protectrice de la force obligatoire du contrat de société au mépris de celle du contrat d'apport qui unit l'associé à la société⁴²³.

§2 LA PLURALITE DES EFFETS CONTRACTUELS

92. Générateur d'obligations, le contrat de société est également la plupart du temps créateur d'une personne morale. Effet singulier de ce contrat, ce dernier n'en devrait pas pour autant être placé hors du champ du principe d'immutabilité contractuelle. Or, le législateur, corroboré par l'interprétation jurisprudentielle traditionnelle (B), a progressivement réduit le champ d'application de la loi de l'unanimité et annihilé la force obligatoire du contrat de société (A).

⁴²² H. Le Nabasque, note sous Cass. com., 13 novembre 2003, *Bull. Joly soc.* 2004, n° 3, p. 413 et s. Cette solution n'est toutefois envisageable qu'à la double condition que cette modalité afférente à la simple inopposabilité soit précisée avant que l'associé ne se soit prononcé et que les votes ne se réalisent pas à bulletin secret. 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° 455, p. 379 ; L. Jobert, th. préc., n° 480, p. 377.

⁴²³ M. Buchberger, th. préc., n° 455, p. 378 : « dès lors que l'associé et la société sont les parties d'un même contrat, la rencontre de leurs consentements devrait avoir pour effet de les lier entre elles, peu important de ce point de vue que d'autres associés n'aient pas accepté les modifications proposées ».

A- L'APPREHENSION LEGISLATIVE RESTRICTIVE DU PRINCIPE D'IMMUTABILITE

93. Dichotomie entre les sociétés de capitaux et les sociétés de personnes. A la lecture de l'article 1836 du Code civil, le principe d'immutabilité semble conserver toute son intégrité. D'une part, en effet, son alinéa premier dispose que la modification du contrat de société suppose l'unanimité des associés sauf clause statutaire contraire⁴²⁴. L'exception admise ne constitue alors que le fruit de la liberté contractuelle des associés leur permettant de déroger à un principe supplétif⁴²⁵. D'autre part, son alinéa second pose un principe d'intangibilité des engagements des associés. Partant, l'article 1836 du Code civil ne fait-il pas double emploi avec l'article 1134 du Code civil⁴²⁶ ? L'émancipation du droit des sociétés vis-à-vis du principe d'immutabilité apparaît en réalité véritablement dans les dispositions spécifiques aux sociétés à responsabilité limitée et aux sociétés anonymes. En effet, les articles L. 223-30 et L. 225-96 du Code de commerce semblent opérer un renversement du principe exprimé par les articles 1836 et 1134 du Code civil. Le principe d'unanimité dégénère ainsi en exception, et cela d'autant qu'il est impossible pour les

⁴²⁴ En dépit du doute entretenu par une partie de la doctrine, cette possibilité de prévoir contractuellement une modification des statuts à la simple majorité existe sans aucun doute pour toutes les sociétés y compris les sociétés en nom collectif. V. M. Germain, G. Ripert et R. Roblot, *Traité de droit commercial*, T. 1, vol. 2, *Les sociétés commerciales*, 20^e éd., LGDJ, 2011, n° 1201 : « L'unanimité est-elle une exigence impérative, ou les statuts peuvent-ils se contenter d'une simple majorité ? Il paraîtrait logique d'admettre que le respect du contrat limite les pouvoirs de la majorité. Mais la jurisprudence s'est prononcée en sens contraire (Seine civ. 20 mars 1920, Paris 21 mars 1921) et la loi de 1966 a confirmé implicitement cette jurisprudence... Un amendement du Sénat exigeant l'unanimité des associés pour toute modification statutaire a été abandonné au cours de la discussion parlementaire. D'autre part, dans les sociétés en commandite simple, l'art. L 222-9 al. 2 c. com. subordonne les modifications des statuts au consentement de tous les commandités, qui sont dans la situation des associés en nom collectif, mais autorise les clauses moins strictes. Cette solution rejoint la règle générale posée par l'art. 1836 c. civ. qui subordonne la modification des statuts d'une société à l'accord unanime des associés, sauf clause contraire des statuts ».

⁴²⁵ K. Peglow, *Le contrat de société en droit allemand et en droit français comparés*, LGDJ, 2003, préf. J.-B. Blaise, n° 777, p. 442 ; G. Ripert, « La loi de la majorité dans le droit privé », in *Mél. N. Sugiyama*, Sirey, 1940, p. 351, spéc. p. 353.

⁴²⁶ P. Lokiec, *Contrat et pouvoir, essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, LGDJ, 2004, préf. A. Lyon-Caen, n° 549, p. 399-400 : l'auteur confirme cette thèse en concevant « l'article 1836 alinéa 2, du Code civil comme un prolongement de l'article 1134 alinéa 2, de ce même Code ». Au soutien de son analyse, l'auteur cite un arrêt du 20 juin 2001 rendu au visa de l'article 1134 du Code civil concernant l'augmentation des engagements des membres d'une association et souligne le caractère identique de la formule utilisée en l'espèce par la Cour de cassation à celle qu'elle adopte en matière de société. L'auteur conclut donc en ces termes : « C'est donc un raisonnement contractuel qu'adopte le droit des sociétés pour déterminer l'augmentation des engagements de l'associé et éviter que le pouvoir majoritaire ne remette en cause les attentes du contractant » ; F. Deboissy, « Le contrat de société », in *Le contrat, Le contrat, Travaux de l'Association Henri Capitant*, Société de législation comparée, 2005, p. 119, spéc. p. 142 : l'article 1836, alinéa 2, du Code civil se justifie par la nature contractuelle de la relation qui unit l'associé à la société.

parties d'y déroger en prévoyant une majorité plus forte⁴²⁷. Ainsi, de ces deux dispositions se déduit la compétence de principe de la majorité pour modifier les dispositions du pacte social⁴²⁸. Par conséquent, la dichotomie suivante s'opère : alors que dans les sociétés de personnes, le principe d'unanimité semble toujours jouer à plein⁴²⁹, dans les sociétés de capitaux, à l'inverse, il a dégénéré en exception au bénéfice des majoritaires. La préservation du principe d'unanimité dans les sociétés de personnes se justifierait, d'une part, par l'existence d'un *intuitus personae* particulièrement fort dans ces sociétés⁴³⁰ et, d'autre part, par le nombre généralement plus restreint d'associés dans la société qui permet d'obtenir un consensus des associés (possibilité qui fait défaut dans la plupart des sociétés de capitaux).

94. Les vestiges de la loi de l'unanimité dans les sociétés de capitaux. S'il est vrai que dans les sociétés de capitaux le droit commun des contrats a perdu de son influence, ces dernières ne se sont cependant pas totalement affranchies de l'application du principe d'immutabilité. En effet, si progressivement la loi de la majorité a bien pris le pas sur celle de l'unanimité concernant la modification des statuts, certains éléments fondamentaux de ces contrats demeurent cependant soumis au joug du principe d'unanimité⁴³¹. On compte, parmi eux, la nationalité⁴³² et, surtout, les

⁴²⁷ En ce sens, v. D. Randoux, « L'unanimité des associés », in *Mél. G. Daublou, Defr.*, 2001, p. 243, spéc. p. 247 ; M.-C. Monsallier, *L'aménagement contractuel du fonctionnement de la société anonyme*, LGDJ, 1998, préf. A. Viandier, n° 563, p. 233 ; B. Solle, « Le domaine de la loi de la majorité dans les groupements de droit privé », in *La loi de la majorité, RJC* n° spécial, 1991, p. 40.

⁴²⁸ T. Favario, « Regards civilistes sur le contrat de société », *Rev. soc.* 2008, p. 53, spéc. p. 77 : « Il eut en effet été plus logique de rompre franchement avec le droit commun en posant le principe d'une révision des clauses du contrat à la majorité, sauf disposition légale ou clause légale contraire. Cependant, la solution retenue par l'article 1836 est plus subtile. Son alinéa 1^{er} marque certes l'emprise du droit commun en posant le principe d'une révision des clauses du contrat de société en rappelant le principe du *mutuus dissensus* et en permettant aux associés d'organiser les modalités de la révision des statuts. Cette disposition combine ainsi le respect de l'article 1134 du code civil avec le principe de la liberté contractuelle... ».

⁴²⁹ En ce sens, v. K. Peglow, th. préc. n° 768, p. 437-438 : « l'unanimité des décisions qui s'applique, en principe, à chaque modification du pacte social est une consécration de la conception contractuelle et reste encrée dans le droit des sociétés de personnes ». Si l'unanimité constitue en principe dans ces sociétés une règle supplétive, l'unanimité peut constituer plus exceptionnellement une règle d'ordre public, tel est le cas s'agissant de la révocation des gérants associés ou encore concernant la cession de parts sociales.

⁴³⁰ En ce sens, v. B. Solle, art. préc., spéc. p. 41-42 ; D. Randoux, art. préc., spéc. p. 247 et s. : plus l'*intuitus personae* est intense, plus la loi de l'unanimité va avoir un champ d'application important. Par conséquent, la responsabilité indéfinie des associés qui renforce l'*intuitus personae* dans les sociétés à responsabilité illimitée justifie davantage encore le recours à l'unanimité. En revanche, étant donné le fort *intuitus personae* dont est dotée justement la SARL, l'auteur s'interroge sur l'opportunité d'avoir consacré de manière impérative la loi de la majorité pour modifier les statuts. En effet, l'existence d'un *intuitus personae* plus marqué que dans les autres sociétés de capitaux aurait dû laisser la possibilité aux associés de prévoir une prise de décision à l'unanimité ou tout du moins à une majorité plus forte que celle fixée légalement.

⁴³¹ A. Bougnoux, art. préc., n° 4.

engagements des associés. Consacré explicitement à l'article 1836, alinéa 2, du Code civil, ce principe d'intangibilité des engagements est repris par des dispositions spécifiques relatives aux sociétés de capitaux⁴³³, si bien que le principe d'unanimité conserve un domaine relativement conséquent. La reprise explicite du principe dans ces dispositions spéciales était nécessaire, puisque, en matière de modification des statuts, le législateur se contente d'une majorité et que l'application de l'adage *specialia generalibus derogant* aurait fait échec à l'application de l'alinéa 2 de l'article 1836 du Code civil⁴³⁴.

95. Consécration de la définition *stricto sensu* de l'engagement. La notion d'engagement a pour particularité d'être polysémique⁴³⁵. Celle-ci peut désigner, *lato sensu*, « l'acte par lequel on s'engage à accomplir quelque chose ; promesse, convention, contrat », mais également, *stricto sensu*, l'obligation elle-même. Or, le Code civil ne définit ni l'engagement ni l'obligation. Pire, il entretient la confusion entre eux⁴³⁶. Or, il conviendrait de les distinguer⁴³⁷. Le premier doit être appréhendé uniquement comme la source de la seconde. En d'autres termes, l'engagement devrait être entendu comme la convention ou le contrat dont émanent les obligations. En principe, l'amalgame n'a aucune importance. Par exception, il est nécessaire de les dissocier lorsque le principe d'immutabilité ne s'applique pas à l'ensemble du contrat (l'engagement *lato sensu*), mais aux seules obligations qu'il génère (les engagements *stricto sensu*).

Aussi, lorsque le législateur, en matière de société, dispose que « *les engagements des associés ne peuvent pas être augmentés sans leur consentement* », il est nécessaire de savoir à

⁴³² Encore que, en la matière, le principe a subi un fort tempérament. En effet, l'article L. 225-97 du Code de commerce dispose que « *L'assemblée générale extraordinaire peut changer la nationalité de la société, à condition que le pays d'accueil ait conclu avec la France une convention spéciale permettant d'acquérir sa nationalité et de transférer le siège social sur son territoire, et conservant à la société sa personnalité juridique* ». Ce tempérament au principe de l'unanimité apporté en 1959 a pour fondement l'entrée de la France dans le Marché commun.

⁴³³ Article L. 223-30, alinéa 2, du Code de commerce concernant les SARL, lequel dispose qu'en aucun cas « *la majorité ne peut obliger un associé à augmenter son engagement social* », et article L. 225-96 du Code de commerce dispose que l'assemblée « *ne peut... augmenter les engagements des actionnaires, sous réserve des opérations résultant d'un regroupement d'actions régulièrement effectué* ».

⁴³⁴ J. Scapel, « Vers une nouvelle délimitation du domaine de la notion d'intangibilité des engagements sociaux », *Rev. dr. com., maritime, aérien et des transports* 1999, p. 2, spéc. p. 3.

⁴³⁵ *Terminologie contractuelle commune*, Association H. Capitant des amis de la culture juridique française, Société de législation comparée, 2008, sous la dir. de B. Fauvarque-Cosson, p. 29.

⁴³⁶ Pour une assimilation des termes, v. les articles 1416, 1585, 1589-1, 1831-2, 1836 du Code civil.

⁴³⁷ *Terminologie contractuelle commune*, *op. cit.*, p. 96 : « *il semble que le terme engagement soit utilisé en lieu et place de celui d'obligation* ».

quoi l'on fait référence. Toutefois, la combinaison des deux alinéas de l'article 1836 du Code civil ne laisse *a priori* aucun doute. Puisque le premier alinéa fait référence à la modification des statuts, autrement dit du contrat de société, l'augmentation des engagements au second alinéa vise nécessairement les obligations des associés⁴³⁸. L'existence du second alinéa n'aurait en effet aucun sens si le terme « engagement » était considéré au sens large, il ne ferait alors que réitérer le premier alinéa et on y verrait ici qu'une redondance du législateur.

96. Corollaire : L'immutabilité circonscrite à l'obligationnel. Dans la conception traditionnelle, le contrat est faussement réduit à son contenu obligationnel, de sorte que sa force obligatoire se confond avec celle des obligations qu'il fait naître. Or, principalement générateur d'obligations, le contrat peut également être source d'une pluralité d'effets soumis de manière analogue au principe de la force obligatoire⁴³⁹. Partant, dans cette hypothèse, assimiler force obligatoire du contrat et force obligatoire du contenu obligationnel aboutit à réduire considérablement la portée du principe d'immutabilité contractuelle. C'est ainsi que, concernant le contrat de société qui est à la fois générateur d'obligations et créateur d'une personne morale⁴⁴⁰, le principe d'immutabilité devrait s'appliquer de manière absolue à l'ensemble de ses effets⁴⁴¹.

⁴³⁸ L. Godon, *Les obligations des associés*, Economica, 1999, préf. Y. Guyon, n° 1, p. 1 : « En l'espèce, l'engagement serait donc l'obligation résultant pour l'associé de son adhésion au pacte social ».

⁴³⁹ P. Ancel, « Force obligatoire et contenu obligationnel », *RTD civ.* 1999, p. 771 et s., spéc. p. 771 ; F. Collart-Dutilleul, « Quelle place pour le contrat dans l'ordonnement juridique ? », in *La nouvelle crise du contrat*, sous la dir. de C. Jamin et D. Mazeaud, Dalloz, 2003, p. 225, spéc. p. 231 : l'auteur reprend cette même distinction entre l'obligationnel et l'obligatorité ; R. Libchaber, « Réflexion sur les effets du contrat », in *Mél. J.-L. Aubert*, Dalloz, 2005, p. 211, spéc. p. 212-213 : « l'accord oblige à en respecter les effets, quels qu'ils soient... De façon immédiate, le normativisme contractuel découle de l'article 1134 c. civ. : la loi habilite les contractants à former les normes de leur choix, le plus souvent des obligations, mais pas seulement, à l'exécution desquelles elle prête sa force ».

⁴⁴⁰ T. Favario, art. préc., spéc. p. 72 : « Le contrat de société ne se réduit ainsi pas à la naissance d'obligations entre contractants, la personnalité morale ne s'inscrivant pas dans la réalisation d'une obligation de donner, de faire ou de ne pas faire » ; M. Buchberger, *Le contrat d'apport, Essai sur la relation entre la société et son associé*, éd. Panthéon-Assas, 2011, Préf. M. Germain, n° 191, p. 168. Le contrat de société génère la plupart du temps une personne morale, argument dont se sont servis les institutionnalistes pour contester la nature contractuelle de la société. Pourtant, ainsi que le souligne ce même auteur (th. préc., n° 200, p. 174) : « la vente, en ce qu'elle emporte transfert de propriété, fournit au moins un exemple de contrat ne générant pas uniquement des obligations. Si le transfert de propriété est considéré comme l'effet légal du contrat de vente, pourquoi ne pas voir dans la naissance de la personne morale, l'effet légal du contrat de société ? » ; I. Pétel-Teyssié, *Les durées d'efficacité du contrat*, thèse Montpellier I, 1984, n° 13, p. 12 : « Le contrat de société ne va-t-il pas jusqu'à réunir les trois types d'effets possibles : effet obligatoire, réel et créateur d'une personne morale ? ».

⁴⁴¹ La question se pose de savoir ce qui se passe avant la naissance de la personne morale : les décisions impliquant une modification des statuts doivent-elles être prises à l'unanimité comme cela est la règle de droit commun des contrats sauf clause contraire ou doivent-elles être prises à la majorité prévue par les statuts ? V. M. Cozian, A.

Or, s'émancipant progressivement du droit commun des contrats, la naissance de la personne morale, effet propre au contrat de société⁴⁴², et le caractère pluripartite du contrat de société ont conduit à assouplir la rigidité de ce principe et à restreindre l'application du principe d'unanimité⁴⁴³. Partant, le législateur confirme l'intérêt pratique de dissocier immutabilité de l'engagement contractuel et immutabilité de l'obligationnel. Le principe d'immutabilité ne s'applique pas de manière uniforme à l'ensemble du contrat de société. Si l'immutabilité continue d'être le principe concernant son contenu obligationnel, il est devenu l'exception concernant son contenu non obligationnel. Autrement dit, si la modification des obligations issues du contrat de société continue d'être gouvernée par le principe de l'unanimité, la modification du fonctionnement de la personne morale est subordonnée en principe à la loi de la majorité⁴⁴⁴. En conséquence, puisqu'elle ne couvre pas l'ensemble des effets du contrat, il va sans dire que « *l'intangibilité que consacre l'art. 1836 al. 2 n'est que partielle* »⁴⁴⁵.

Pour autant, la quête d'indépendance du contrat de société vis-à-vis du droit commun n'est pas achevée, loin s'en faut. On constate en effet au travers du principe d'intangibilité des engagements la volonté de préserver la stabilité contractuelle et de ne pas déjouer les prévisions des parties sur les éléments essentiels du contrat que sont leurs obligations. Il n'est alors pas étonnant que la plupart des décisions pour lesquelles le législateur exige l'unanimité des associés sont susceptibles d'être interprétées comme constitutives d'une augmentation des engagements des associés⁴⁴⁶. Aussi toutes les opérations de restructuration ayant pour effet une augmentation des engagements des associés requièrent-elles l'unanimité⁴⁴⁷. Ce principe d'intangibilité des

Viandier, F. Deboissy, *Droit des sociétés*, 26^e éd., Litec, 2013, n° 190 : « *Il faut admettre que les statuts en prévoyant des règles de majorité, dérogent précisément à la règle supplétive de l'unanimité ; ils doivent en conséquence recevoir application dans les rapports internes des associés pendant la période précédant l'immatriculation* ».

⁴⁴² La personne morale ne constitue cependant pas un effet essentiel de la société puisque certaines sociétés ne génèrent pas un tel effet, telles les sociétés en participation et les sociétés créées de fait.

⁴⁴³ En ce sens, v. J. Scapel, art. préc., p. 2, spéc. p. 2-3 ; T. Favario, art. préc., spéc. p. 76 : « *Le Code Napoléon ne contenait aucune disposition particulière relative à la révision du contrat de société... Le contrat de société était donc intangible sauf pour les associés à le réviser par une décision unanime en application du mutuius dissensus. Concevables quand la société ne comptait qu'une poignée, cette dernière règle devient difficilement applicables aux sociétés par actions qui réunissent parfois des milliers d'actionnaires et qui doivent pouvoir s'adapter à un contexte économique et juridique plus mouvant* ».

⁴⁴⁴ Y. Guyon, « La situation des associés dans les sociétés civiles et les sociétés commerciales ne faisant pas publiquement appel à l'épargne », *RTD Com.* 1983, p. 353, spéc. p. 353 : « *la distinction du droit civil et du droit commercial, à la rigueur applicable aux personnes morales elles-mêmes, ne descend pas jusqu'aux associés* ».

⁴⁴⁵ P. Mousseron, *Droit des sociétés*, 2^e éd., Montchrestien, 2005, p. 36.

⁴⁴⁶ M. Buchberger, th. préc., n° 443, p. 368.

⁴⁴⁷ L'article 1836, alinéa 2, du Code civil trouve en effet écho en matière de restructuration à l'article L. 236-5 du Code de commerce : « *si l'opération projetée a pour effet d'augmenter les engagements d'associés ou d'actionnaires*

obligations constitue sans aucun doute l'irréductible élément contractuel de la société⁴⁴⁸. Il s'agit là du droit le plus fondamental que possède l'associé sur la société⁴⁴⁹. C'est la raison pour laquelle, lorsqu'une augmentation d'engagements est en jeu, la majorité ne peut passer outre le consentement des associés minoritaires.

97. Valeur et portée absolue du principe d'immutabilité obligationnelle. Si le principe d'immutabilité contractuelle se trouve considérablement réduit dans sa portée, il revêt une portée absolue en matière obligationnelle⁴⁵⁰. En effet, en raison du caractère d'ordre public⁴⁵¹ du principe d'intangibilité des engagements, les associés ne peuvent y déroger et seul le législateur peut y attenter. Ce n'est qu'exceptionnellement que le législateur a prévu dans certaines sociétés⁴⁵² l'obligation de répondre aux appels de fonds nécessaires à la réalisation de l'objet social⁴⁵³. Hors ces hypothèses rigoureusement encadrées, législateur et jurisprudence⁴⁵⁴ ont entendu conférer un rayonnement absolu à ce principe⁴⁵⁵. Il en résulte que même lorsque l'intérêt

de l'une ou de plusieurs sociétés en cause, elle ne peut être décidée qu'à l'unanimité desdits associés ou actionnaires ».

⁴⁴⁸ F. Rizzo, « Le principe d'intangibilité des engagements », *RTD com.* 2000, p. 27 spéc. p. 29 : « énoncé à l'article 1836, alinéa 2 du Code civil, le principe général de droit des sociétés interdisant d'aggraver les obligations des associés sans leur consentement s'inspire directement des prescriptions de l'article 1134, alinéa 2 du Code civil, ce qui l'inscrit parmi les manifestations principales de la nature contractuelle de la société » ; L. Godon, note sous Cass. com., 13 novembre 2003, *Bull. Joly soc.* 2010, p. 474 et s. ; L. Godon, *Les obligations des associés*, Economica, 1999, préf. Y. Guyon, n° 106, p. 71 ; L. Jobert, « La notion d'engagement des associés », *Bull. Joly soc.* 2004, p. 627 ; J. Mestre, D. Velardocchio, « Les engagements de l'associé », in *Lamy sociétés commerciales*, 2006, n° 779 ; Y. Chartier, note sous Cass. com., 7 mars 1989, *Rev. soc.* 1989, p. 477.

⁴⁴⁹ L. Jobert, art. préc., p. 627 : « *Le droit de ne pas être contraint à une augmentation de ses engagements, s'il ne figure pas dans la liste de Thaller, y trouve naturellement sa place* ».

⁴⁵⁰ J. Scapel, art. préc., spéc. p. 3 : « *Ce principe est d'application générale, l'article 1836 du Code civil ayant vocation à s'appliquer à toutes les sociétés, civiles ou commerciales* ».

⁴⁵¹ Le caractère d'ordre public de la disposition est expressément confirmé par la jurisprudence. V. Cass. com., 13 novembre 2003, pourvoi n° 00-20646, *Bull. civ.* IV, n° 171 ; *JCP E* 2004, 17, p. 665, obs. J.-J. Caussin, F. Deboissy et G. Wicker ; *Rev. soc.* 2004, p. 97, note B. Saintourens ; *RJDA* 2004, n° 583, p. 538 ; *Bull. Joly soc.* 2004, p. 413, note H. Le Nabasque ; *D.* 2004, p. 2968 ; *RTD com.* 2004, p. 314, obs. C. Champaud et D. Danet.

⁴⁵² Les sociétés d'attribution d'immeuble en jouissance à temps partagé (L. 6 janvier 1986, article 3) et les sociétés de construction (article 211-3 et 212-3 du Code de la construction).

⁴⁵³ L. Godon, th. préc., n° 109, p. 72 : toutefois, même dans ces sociétés, l'atteinte demeure relative puisque l'obligation est limitée aux sommes nécessaires à la réalisation d'opérations déterminées et exclut le comblement des déficits sociaux.

⁴⁵⁴ L. Jobert, th. préc., n° 440, p. 341 : « *il est permis de penser que le droit de l'associé à l'intangibilité de ses engagements est celui qui a le mieux résisté aux assauts de la jurisprudence* ». Plusieurs décisions peuvent être citées dans lesquelles les juges ont refusé de contraindre les associés à procéder à une augmentation de capital. V. Cass. com., 15 janvier 1991, *Bull. civ.* IV, n° 27 ; *Rev. soc.* 1996, p. 793, note L. Godon ; *RTD com.* 1996, p. 487, note B. Petit et Y. Reinhard ; Cass. com., 19 octobre 1999, *Rev. soc.* 2000, p. 294, note L. Godon ; *Bull. Joly soc.* 2000, p. 70, note A. Couret.

⁴⁵⁵ Son rayonnement est d'autant plus important qu'il dépasse *a priori* le cadre des décisions modificatives des statuts. V. Cass. civ. 1^{ère}, 5 novembre 1996, *Bull. civ.* I, n° 375 ; *Bull. Joly soc.* 1997, p. 131, note P. Le Cannu ;

de la société est mis en péril, aucune obligation de renflouer la société ne pèse sur les associés. Si le législateur semble avoir imposé à la charge de certains associés un devoir de soutien, celui-ci ne relève que d'un devoir moral et purement facultatif⁴⁵⁶. Ni l'Etat, ni un établissement financier⁴⁵⁷, ne sont contraints en leur qualité d'actionnaire particulier d'apporter leur soutien financier à une entreprise en difficulté⁴⁵⁸. En outre, même dans les sociétés affectées d'une obligation de recapitalisation, les associés conservent le choix de la recapitalisation. En effet, à défaut de vouloir procéder à de nouveaux apports, ils peuvent encore opter pour la transformation ou la dissolution de la société⁴⁵⁹. Les autorités ne vont donc pas jusqu'à légitimer un tel sacrifice de l'intérêt de l'associé au profit de celui de la société. Toutefois, si le principe a toujours revêtu une portée absolue, la jurisprudence en donnait classiquement une interprétation très restrictive.

Dr. soc. comm. 4, note T. Bonneau ; *RTD com.* 1997, p. 467, obs. C. Champaud et D. Danet : dans cet arrêt, les juges ont appliqué l'article 1836, alinéa 2, du Code civil à une décision non modificative des statuts laquelle obligeait les associés cédants à garantir le passif social. Egalement, le principe est étendu aux décisions prises par les dirigeants sociaux ou par l'assemblée générale ordinaire. V. Cass. com., 7 mars 1989, *Bull. civ. IV*, n° 81 ; *Bull. Joly soc.* 1989, p. 442 ; *Rev. soc.* 1989, p. 473, note Y. Chartier ; *Contra* : Cass. civ. 1^{ère}, 8 novembre 1988, *Bull. civ. I*, n° 313 ; *Rev. soc.* 1989, p. 473, note Y. Chartier ; *RTD com.* 1989, p. 86, obs. E. Alfandari et M. Jeantin ; *Defr.* 1989, art. 34518, n° 2, p. 553, obs. J. Honorat ; Cass. civ. 1^{ère}, 13 janvier 1998, *Bull. civ. I*, n° 8 ; *Bull. Joly soc.* 1998, p. 457, note J.-J. Daigre ; *D. Aff.* 1998, p. 1409, obs. M. B. ; *Defr.* 1998, art. 36889, n° 2, p. 1286, obs. J. Honorat : la Cour de cassation affirme que « l'article 1836 du Code civil, s'il peut s'appliquer aux SCI comme aux autres sociétés, ne règle cependant que les conditions auxquelles doivent satisfaire les modifications satisfaires ».

⁴⁵⁶ A. Mignon-Colombet, *L'exécution forcée en droit des sociétés*, Economica, 2004, préf. Y. Guyon, n° 165 et s., p. 147 et s. ; D. Vidal, *Droit des sociétés*, 7^e éd., LGDJ, 2010, n° 447.

⁴⁵⁷ L'article L. 511-42 du Code monétaire et financier dispose que « *Lorsqu'il apparaît qu'un établissement de crédit le justifie, le gouverneur de la Banque de France, président de la commission bancaire, invite, après avoir, sauf en cas d'urgence, pris l'avis de la commission bancaire, les actionnaires ou les sociétaires de cet établissement à fournir à celui-ci le soutien qui lui est nécessaire* ». Toutefois, le terme « invitation » a été interprété par la jurisprudence comme une simple recommandation, attribuant ainsi à la disposition une simple valeur facultative. V. CA Paris, 13 janvier 1998, *Bull. Joly soc.* 1998, p. 321, note J.-J. Daigre ; *JCP E* 1998, 559, note T. Bonneau ; CA Paris, 24 septembre 1993, *D.* 1995, p. 1, note C. Gavalda.

⁴⁵⁸ H. Le Nabasque, « Le développement du devoir de loyauté en droit des sociétés », *RTD com.* 1999, p. 273, spéc. p. 275-276 ; L. Godon, th. préc., n° 118 et s., p. 77 et s. et spéc. n° 125, p. 82 : l'auteur précise que l'absence de devoir de soutien à la charge de ces actionnaires particuliers se justifie également par le principe d'égalité entre associés lequel « *postule qu'on ne peut réclamer à un membre d'alourdir sa contribution en considération de sa qualité personnelle ou de son influence dans la société* » ; en ce sens, v. A. Mignon-Colombet, th. préc., n° 167, p. 148.

⁴⁵⁹ L. Godon, th. préc., n° 127, p. 83 : cette obligation de recapitalisation qui existe dans les SARL et les sociétés par actions ne revêt qu'un caractère alternatif et secondaire ; en ce sens, v. A. Mignon-Colombet, th. préc., n° 172, p. 151 ; F. Rizzo, « Le principe d'intangibilité des engagements », *RTD com.* 2000, p. 27 spéc. p. 61-62.

B- LA COMPREHENSION PRETORIENNE RESTRICTIVE DU PRINCIPE D'INTANGIBILITE DES ENGAGEMENTS

98. Si le législateur a expressément consacré de manière généralisée le principe d'intangibilité des obligations des associés, encore faut-il bien comprendre la signification et la portée de la formule⁴⁶⁰. Or, la jurisprudence opte traditionnellement pour une compréhension restrictive dudit principe en restreignant sa portée aux seules obligations pécuniaires (1) et en excluant de son champ la diminution des droits (2).

1- La restriction traditionnelle à l'engagement de type pécuniaire

99. Consécration d'une conception unitaire de l'engagement. Dans un arrêt du 9 février 1937, la Cour de cassation a entendu explicitement cantonner le principe d'intangibilité aux seules obligations pécuniaires⁴⁶¹, excluant donc de son champ les obligations de faire et de ne pas faire. L'augmentation des engagements ne serait donc qu'une formule elliptique pour désigner les engagements financiers.

100. Justification de la conception unitaire. Cette interprétation se comprend aisément si, à l'instar d'une partie de la doctrine, l'on postule que la seule véritable obligation de l'associé est constituée par l'apport en société⁴⁶² et, dans les sociétés à responsabilité illimitée, par une

⁴⁶⁰ F. Rizzo, art. préc., spéc. p. 30 ; A. Bougnoux, *Fasc. 140-30 : Assemblées d'actionnaires, AGE, Limites des pouvoirs, Nullités*, in *J.-Cl. soc.* 2007, n° 25 : « La formule légale a le mérite de la concision mais n'a peut-être pas celui de la clarté ».

⁴⁶¹ Cass. civ., 9 février 1937, *S.*, 1937, p. 129, note H. Rousseau ; *DP* 1937, 1, p. 73, note A. Besson : « les engagements primitifs des actionnaires ne sont augmentés que si les dispositions prises par l'assemblée générale entraînent une aggravation de la dette contractée par eux envers la société ou envers les tiers ». La doctrine de l'époque est en effet unanime sur l'interprétation à donner à cet arrêt. V. C. Houpin et H. Bosvieux, *Traité théorique et pratique des sociétés civiles et commerciales*, T. II, 7^e éd., Sirey, 1935, n° 1262 : « la majorité n'a pas le droit d'obliger un actionnaire malgré lui à verser à la société une somme supérieure à celle qui s'est engagé à fournir..., c'est-à-dire, en d'autres termes, à accroître les charges pécuniaires qu'il a assumées volontairement ». Toutefois, la Cour de cassation a pris le soin de se référer au terme de « dette » qui n'implique pas pourtant nécessairement une dette de somme d'argent. En ce sens, 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° 444, p. 369, note de bas de page n° 41.

⁴⁶² Y. Guyon, *Traité des contrats, Les sociétés, Aménagements statutaires et conventions entre associés*, 5^e éd. LGDJ, 2002, n° 35 : « En principe la seule obligation de l'associé consiste à libérer l'apport qu'il a souscrit » ; J. du Garreau de la Méchenie, *Les droits propres de l'actionnaire*, thèse Poitiers, 1937, n° 82, p. 81 ; H. Lechner, *Les droits propres des actionnaires*, thèse Nancy, 1932, p. 47 ; B. Petit, *Droit des sociétés, Objectif Droit cours Licence Master*, 5^e éd., Litec, 2010, n° 80 ; T. Favario, « Regards civilistes sur le contrat de société », *Rev. soc.* 2008, p. 53,

obligation aux dettes sociales. Il n'y a là rien d'étonnant au regard de l'article 1832 du Code civil qui ne dénombre que deux obligations positives et financières à la charge de l'associé, la libération d'un apport et l'engagement de participer aux pertes sociales⁴⁶³. En outre, cette interprétation⁴⁶⁴ semble conforme aux discussions parlementaires qui ont précédé les réformes du 22 novembre 1913 et du 1^{er} mai 1930 et qui font allusion aux « *charges fixes* »⁴⁶⁵. Enfin, cette position semble implicitement corroborée par l'article L. 223-30 du Code de commerce relatif à la société à responsabilité limitée qui interdit l'augmentation de « *son engagement social* »⁴⁶⁶ et par l'article L. 228-68 du Code de commerce relatif aux obligataires qui se réfère à l'accroissement des « *charges* »⁴⁶⁷.

101. Appréciation critique de la conception unitaire. Cette conception restrictive du principe d'immutabilité se heurte cependant au fait que certaines obligations d'apport ne sont justement pas des obligations de verser une somme d'argent. C'est le cas, tout d'abord, des apports en propriété : si ces derniers constituent bien des obligations de donner, il ne s'agit pas d'obligation d'ordre pécuniaire. Plus encore, les obligations d'apport en jouissance et en industrie se présentent comme de pures obligations de faire⁴⁶⁸ et se distinguent donc clairement des obligations de verser une somme d'argent. En outre, aux côtés des obligations pécuniaires, le contrat de société, à l'instar de tout contrat, peut héberger en son sein d'autres obligations de nature secondaire⁴⁶⁹. En effet, si les obligations légales des associés sont peu nombreuses et que

spéc. p. 61 ; B. Oppetit, *Les rapports des personnes morales et de leurs membres*, thèse Paris, 1963, p. 121 ; G. Durant-Lépine, « L'exclusion des actionnaires dans les sociétés non cotées », *LPA*, 24 juillet 1995, n° 88, p. 7, spéc. p. 7.

⁴⁶³ Y. Chartier, « L'évolution de l'engagement des associés », *Rev. soc.* 1980, p. 1, spéc. p. 2 : « *Sans doute la notion d'obligation des associés a-t-elle a priori un sens plus large. Mais, à vouloir les examiner, on s'aperçoit qu'en dehors des engagements proprement dits (la réalisation des apports et la charge au passif), elles sont finalement des plus limitées* ».

⁴⁶⁴ L. Godon, *Les obligations des associés*, Economica, 1999, préf. Y. Guyon, n° 105, p. 70.

⁴⁶⁵ J. Monnet, « Organisation de l'entreprise et interdiction d'augmenter les engagements des associés », in *Mél. J. Paillusseau, Aspects organisationnels du droit des affaires*, Dalloz, 2003, p. 403, spéc. p. 407.

⁴⁶⁶ J. Monnet, art. préc., spéc. p. 407 : l'emploi au singulier du terme engagement semble renvoyer à l'obligation principale de l'associé, c'est-à-dire l'apport.

⁴⁶⁷ En ce sens, 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° 444, p. 369.

⁴⁶⁸ M. Buchberger, th. préc., n° 63, p. 74.

⁴⁶⁹ P. Jestaz, « L'obligation et la sanction : à la recherche de l'obligation fondamentale », in *Mél. P. Raynaud*, Dalloz, p. 273 et s. : l'auteur affirme qu'il existe dans tout contrat une obligation fondamentale autour de laquelle s'articulent plusieurs obligations annexes introduites par la jurisprudence ou par les parties.

l'apport constitue bien l'obligation fondamentale de l'associé⁴⁷⁰, le contrat de société peut être le siège de plusieurs autres obligations⁴⁷¹ qu'il n'y a pas lieu de soustraire au principe d'intangibilité. Enfin, la formule législative employée à l'article 1836, alinéa 2, du Code civil ne laisse nullement entendre que le législateur souhaite restreindre la prescription prohibitive à ces seuls engagements. Au demeurant, l'emploi du pluriel « *engagements* » laisse penser que le législateur souhaite étendre le principe d'intangibilité à toutes les obligations dont sont tenus les associés⁴⁷². Dès lors, peu importe leur nature, qu'elles soient contractuelles ou légales, pécuniaires ou non, toutes sont susceptibles d'être couvertes par ce principe d'intangibilité.

102. Par conséquent, restreignant traditionnellement le champ du principe d'intangibilité aux seules obligations pécuniaires, les augmentations des obligations d'une autre nature sont considérées comme de simples diminutions de droits lesquelles échappent également à l'exigence de la règle unanimiste⁴⁷³.

2- L'exclusion traditionnelle de la diminution des engagements et des droits

103. L'intangibilité exclusive de la « diminution » des engagements. Le principe d'intangibilité contractuelle, même circonscrit à l'obligationnel, devrait tout autant concerner l'augmentation que la diminution des engagements. Sur le plan juridique, une diminution

⁴⁷⁰ M. Buchberger, th. préc., n° 58, p. 72 : « *Cet apport constitue l'obligation fondamentale de l'associé, car il donne en principe la mesure des droits qui pourront être exercés à l'encontre de la société* » ; en ce sens, v. L. Jobert, *L'engagement des associés au-delà de leurs apports*, thèse Paris II, 2002, n° 4, p. 9. L'affirmation mérite toutefois aujourd'hui d'être relativisée. V. T. Massart, « La société sans apport », in *Mél. P. Didier, Etudes de droit privé, Economica*, 2008, p. 289.

⁴⁷¹ En ce sens, v. Y. Guyon, *op. cit.*, n° 35 et s. et n° 93 et s. ; L. Godon, th. préc. : l'auteur met en exergue dans sa thèse qu'à côté des deux obligations positives et financières que sont la libération d'un apport et la contribution aux pertes sociales, d'autres obligations peuvent exister, certaines dépendent de la forme sociale ou d'un évènement particulier et sont donc propres à certaines sociétés seulement et certaines sont purement conventionnelles et résultent de la liberté contractuelle des associés ; L. Jobert, th. préc., n° 12, p. 17 : « *selon la forme sociale ou la volonté des rédacteurs des statuts, le pacte social regorge d'obligations qui épousent la durée de la société* » ; L. Grosclaude, *Le renouvellement des sanctions en droit des sociétés*, thèse Paris I, 1997, p. 317.

⁴⁷² Le pluriel d'« *engagements* » est de nouveau repris dans la rédaction de l'article L. 225-95 du Code de commerce relatif aux sociétés anonymes et tend donc à une généralisation de l'interdiction d'augmentation à toutes les obligations.

⁴⁷³ J. Monnet, « Organisation de l'entreprise et interdiction d'augmenter les engagements des associés », in *Mél. J. Paillusseau, Aspects organisationnels du droit des affaires*, Dalloz, 2003, p. 403, spéc. p. 411 : « *tout nouvel engagement non pécuniaire est avant tout, même s'il renforce la position de la société par rapport à l'associé, une atteinte aux droits de ce dernier* ».

emporte tout autant modification du contrat qu'une augmentation⁴⁷⁴. Partant, la décision tendant à diminuer les obligations d'un associé devrait en principe requérir également son consentement. En effet, la suppression d'une clause de non-concurrence ou d'inaliénabilité devrait tout autant nécessiter le consentement de l'associé que leur introduction. Cependant, la formule édictée à l'article 1836, alinéa 2, du Code civil semble univoque et ne laisser aucune marge d'interprétation aux juges. On ne peut donc que saluer la conception restrictive de la jurisprudence, parfaitement conforme au texte de loi. Cette restriction ne connaît cependant qu'un intérêt pratique limité puisque l'associé dénoncera rarement son absence de consentement à une diminution de ses engagements⁴⁷⁵.

104. L'intangibilité exclusive de la diminution des « droits ». Il en va bien différemment en matière de diminution des droits. En effet, la Cour de cassation a précisé dans son arrêt du 9 février 1937⁴⁷⁶ que « *si la réglementation du droit de préemption et les restrictions apportées à la cessibilité des actions peuvent constituer une diminution des droits des actionnaires* », elles « *ne constituent cependant pas une augmentation de leurs engagements* ». En apparence, la distinction est aisément identifiable et donc simple de mise en œuvre : « *l'engagement est... l'obligation résultant pour l'actionnaire de l'adhésion au pacte initial, (tandis que) toute autre chose est l'ensemble des droits de l'actionnaire qui réunit les prérogatives dont il peut se prévaloir à l'égard de la société...* »⁴⁷⁷.

105. Illustrations de la distinction. Seraient ainsi considérées comme constitutives d'augmentation des engagements des associés les décisions tendant au versement de fonds

⁴⁷⁴ P. Lokiec, *Contrat et pouvoir, Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, LGDJ, 2004, préf. A. Lyon-Caen, n° 549, p. 399 : « *La formulation de cette disposition (article 1836, alinéa 2, du Code civil) prête du reste à confusion car l'augmentation ne paraît pas formellement, se confondre avec la modification* » ; P. Mousseron, *Droit des sociétés*, 2^e éd. Montchrestien, 2005, p. 36.

⁴⁷⁵ On recense toutefois une décision de la chambre sociale (Cass. soc., 19 mai 1998, *Bull. civ.* V, n° 265) dans laquelle la Cour de cassation a justement affirmé que « *la rémunération contractuelle du salarié constitue un élément du contrat de travail qui ne peut être modifié, même de manière minime, sans son accord ; qu'il en va de même du mode de rémunération prévu par le contrat, peu important que l'employeur prétende que le nouveau mode serait plus avantageux* ». En d'autres termes, peu importe qu'il s'agisse d'une augmentation ou d'une diminution, la modification du contrat de travail suppose toujours le consentement du salarié.

⁴⁷⁶ Cass. civ., 9 février 1937, *S.* 1937, p. 129, note H. Rousseau ; *DP* 1937, 1, p. 73, note A. Besson ; en ce sens, v. Cass. com., 22 octobre 1956, pourvoi n° 56-10550 ; *JCP G* 1956, II, n° 9678, note D. Bastian ; *contra* : Cass. req., 2 janvier 1924, *DH* 1924, p. 61, note J. Escarra ; *Journ. soc.* 1925, p. 83, note H. Bosvieux.

⁴⁷⁷ Obs. C. Champaud et D. Danet, sous Cass. com., 26 mars 1996, Chalazon c/ Soc. Buthurieux et associés et autres, *RTD Com.* 1996, p. 487.

complémentaires, même affectés au paiement d'une dette sociale⁴⁷⁸. En outre, la prohibition comprend également les augmentations indirectes telle que la transformation d'une société en une forme qui accroît la responsabilité financière de l'associé⁴⁷⁹. *A contrario*, seraient classées parmi les décisions entraînant la simple diminution des droits celles par exemple qui tendent à transformer une société anonyme en société à responsabilité limitée conduisant à la substitution de parts négociables en parts seulement cessibles⁴⁸⁰. De manière générale, la décision relative à l'introduction d'une clause restreignant la libre négociabilité des actions ne constitue qu'une diminution de droits et, en tant que telle, échappe à la prohibition de l'article 1836, alinéa 2, du Code civil⁴⁸¹. Citons, enfin, la modification de la répartition des bénéfices ou encore la suppression du droit de jouissance sur les immeubles de la société qui, là encore, ne requièrent pas le consentement individuel de chaque associé⁴⁸².

106. Justification de la distinction. La mise à l'écart du principe d'immutabilité contractuelle concernant la modification des droits des associés est légitimée par l'impératif de pérennité contractuelle⁴⁸³. Neutraliser la loi de l'unanimité au profit de la majorité revient incontestablement à privilégier l'intérêt social sur celui de l'associé et à garantir la pérennité du pacte social⁴⁸⁴. En effet, en s'engageant dans la société, les associés acceptent de sacrifier une partie de leur liberté et, par suite, d'annihiler une partie de leurs droits au bénéfice de la société. Par conséquent, cette annihilation partielle constitue la contrepartie de son droit d'entrée dans la

⁴⁷⁸ Cass. com., 7 mars 1989, *Rev. soc.* 1989, p. 473, note Y. Chartier.

⁴⁷⁹ V. l'article L. 223-43 du Code de commerce qui dispose que « *La transformation d'une société à responsabilité limitée en société en nom collectif, en commandite simple ou en commandite par actions, exige l'accord unanime des associés* ». Il en est toutefois de même s'agissant de la transformation d'une SA en une société à responsabilité illimitée sur le fondement de l'article 1836, alinéa 2, du Code civil.

⁴⁸⁰ Cass. com., 28 novembre 1950, *D.* 1951, p. 109, note G. Ripert.

⁴⁸¹ T. com. Versailles, 2 mai 1989, *Bull. Joly soc.* 1989, p. 615 ; CA Versailles, 27 janvier 2005, *D.* 2005, p. 716, obs. A. Lienhard, *Bull. Joly soc.* 2005, p. 612.

⁴⁸² CA Paris, 27 janvier 1995, Société Résidence Champs-Élysées, *Bull. Joly soc.* 1995, p. 334, note B. Stemmer, *Dr. soc.* 1995, comm. 78, note D. Vidal et, sur pourvoi, Cass. 3^e civ., 8 octobre 1997, pourvoi n° 95-14089, *Bull. civ.* III, n° 192 ; *Dr. soc.* 1998, comm. 20, note T. Bonneau.

⁴⁸³ V. *infra*, n° 490.

⁴⁸⁴ G. Taormina, « Réflexions sur l'aggravation des engagements de l'associé », *Rev. soc.* 2002, p. 267, spéc. p. 270 : dissocier diminution des droits et augmentation des engagements est une « *manière de faire prévaloir, dans une certaine mesure, l'intérêt social sur celui de l'associé ou encore, suivant l'expression de l'article 1833 du code civil, sur l'intérêt commun des associés* ». Toutefois, cette affirmation suppose d'adhérer à la théorie selon laquelle l'intérêt commun des associés se dissocie bien de l'intérêt social. L'auteur nuance plus loin son affirmation p. 275 : « *L'intérêt social ne se confond pas ipso facto avec l'intérêt commun des associés visé à l'article 1833 du code civil car, ce qui est bon pour la société, nécessitant le cas échéant une modification des statuts, ne le sera pas forcément pour les associés pris collectivement* ». V. en particulier sur l'assimilation de l'intérêt social et de l'intérêt commun : D. Schmidt, « De l'intérêt commun des actionnaires », *JCP E* 1994, I, 3793.

société⁴⁸⁵. Pour cette raison, il est conforme à la volonté du législateur de ne pas conférer un domaine trop large au principe d'intangibilité des engagements en y intégrant la diminution des droits⁴⁸⁶.

107. Appréciation critique de la distinction. Bien qu'aspirant à une meilleure adaptation de la société aux changements économiques, cette distinction prétorienne n'échappe pas à une double critique.

D'une part, aucun texte n'impose expressément une telle dichotomie. Dès lors, l'adage *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus* inciterait à ne pas réserver la prohibition aux seules augmentations d'engagements.

D'autre part, la distinction revêt un caractère artificiel à deux égards. En premier lieu, une diminution des droits de l'associé peut également constituer une augmentation de ses engagements⁴⁸⁷. La frontière est poreuse : la décision tendant à la prorogation de la durée de l'engagement envers la société conduit tout à la fois à une augmentation de la durée de ses obligations envers la société et à une diminution de son droit de se retirer de la société ; la décision relative à l'insertion d'une clause d'agrément ou de préemption se présente tout à la fois comme constitutive d'une diminution de son droit de se retirer et d'une augmentation de son engagement, l'associé étant alors obligé de respecter une procédure plus contraignante aux fins de négociation de ses actions. Cette distinction devient ainsi impraticable dès lors que l'on étend la prohibition aux obligations autres que celles de verser une somme d'argent. En deuxième lieu, certains droits individuels de l'associé revêtent un caractère intangible qui renforce la perméabilité de ces deux notions. On opposerait dès lors les droits propres⁴⁸⁸, droits naturels de l'associé, soustraits par conséquent au pouvoir majoritaire, aux droits dérivés, librement

⁴⁸⁵ G. Taormina, art. préc., spéc. p. 272 : « *S'engager c'est dans une certaine mesure, consentir à aliéner sa liberté, et donc consentir à restreindre ses droits en acceptant la règle du jeu social* » ; en ce sens, v. B. Oppetit, *Les rapports des personnes morales et de leurs membres*, thèse Paris, 1963, p. 138.

⁴⁸⁶ H. Lechner, *Les droits propres des actionnaires*, thèse Nancy, 1932, p. 53 : « *Considérer que la réduction des droits est une aggravation des engagements est, non pas revenir à la négation du pouvoir modificateur de l'assemblée... mais restreindre cette compétence d'une façon beaucoup plus sérieuse que ne l'a voulu la loi* ».

⁴⁸⁷ G. Taormina, art. préc., spéc. p. 271 : « *Cette présentation manichéenne des situations... n'est pas toujours suffisante ; notamment en présence de situations qui se situent en réalité, à la frontière des deux qualifications* » ; L. Jobert, *L'engagement des associés au-delà de leurs apports*, thèse Paris II, 2002, n° 408, p. 313 ; H. Le Nabasque, « La notion d'engagements nouveaux », *Dr. soc., Actes pratiques*, décembre 1997, p. 36, spéc. p. 36.

⁴⁸⁸ Ces droits propres sont également dénommés « droits essentiels » ou « prérogatives intangibles ». V. J. du Garreau de la Méchenie, *Les droits propres de l'actionnaire*, thèse Poitiers, 1937, n° 69, p. 66 ou encore « droits fondamentaux » ou « droits réservés ». V. H. Lechner, th. préc., p. 3.

modifiables par l'assemblée⁴⁸⁹. Il est ainsi impossible à la majorité d'introduire une clause qui aurait pour objet ou effet de modifier ces droits propres, ces derniers étant soumis au même régime que l'augmentation des engagements⁴⁹⁰. Cette distinction serait toutefois opportune si ces droits propres étaient clairement identifiés. Cependant, si l'on s'accorde à reconnaître le droit à l'intangibilité de ses engagements et le droit de rester dans la société comme des droits essentiels immuables, il apparaît toutefois difficile d'en établir la liste exhaustive en l'absence d'une détermination expresse du législateur⁴⁹¹. La difficulté s'accroît encore puisque l'intangibilité de certains droits reconnus comme propres est circonscrite à leur existence, excluant cependant du champ de cette intangibilité leurs conditions d'exercice⁴⁹². En conséquence, en raison d'une délimitation et d'une détermination ambiguës de ces notions, la distinction entre augmentation des engagements et diminution des droits se révèle bien difficile à mettre en œuvre. La distinction est d'autant plus délicate que la jurisprudence semble procéder à une extension des frontières de la notion d'engagement.

SECTION 2 UNE APPLICATION RENFORCEE

108. Souhaitant faciliter l'adaptation de la société aux circonstances économiques, la jurisprudence traditionnelle interprétait restrictivement le principe d'intangibilité des

⁴⁸⁹ Y. Guyon, *Traité des contrats, les sociétés, Aménagements statutaires et conventions entre associés*, 5^e éd., LGDJ, 2002, n° 48.

⁴⁹⁰ L. Jobert, th. préc., n° 440, p. 341.

⁴⁹¹ C. Cluzant, *Pouvoirs de l'assemblée extraordinaire de la société par actions et les droits propres de l'actionnaire*, thèse Toulouse, 1906, n° 36, p. 84 : Edmond Thaller est le premier à avoir établi une liste de ces droits propres dans laquelle figuraient le droit de traiter avec une société régulière, le droit à ne pas être exclu sans compensation de la société quand les autres y restent, le droit à limiter son risque au montant de l'action, le droit à garder et négocier son titre. Toutefois, cette classification semble aujourd'hui être remise en cause. V. M. Germain, « La renonciation aux droits propres des associés : illustrations », in *Mel. F. Terré, L'avenir du droit*, Dalloz, 1999, p. 401, spéc. p. 401 : « Par plusieurs textes, le législateur français ouvre de plus en plus largement la compétence de l'assemblée générale extraordinaire, si bien que l'on peut se demander aujourd'hui s'il existe encore des droits propres... le droit de vote, le droit aux bénéfices, le droit à la cession des titres, le droit de demander la nullité sont-ils des droits propres ? » ; sur les tentatives d'élaboration d'une théorie des droits propres, v. J. du Garreau de la Méchenie, *Les droits propres de l'actionnaire*, thèse Poitiers, 1937 ; H. Lechner, *Les droits propres des actionnaires*, thèse Nancy, 1932.

⁴⁹² Y. Guyon, *Traité des contrats, Les sociétés, Aménagements statutaires et conventions entre associés*, 5^e éd. LGDJ, 2002, n° 48 : « beaucoup de droits sont intangibles dans leur existence, la collectivité des associés ne pouvant les supprimer, mais relatifs dans leurs conditions d'exercice ». L'auteur cite en exemple le droit de quitter la société : droit intangible dans son existence mais dont les conditions d'exercice peuvent néanmoins être aménagées par la majorité par l'introduction d'une clause d'agrément ou de préemption. Sur l'appréciation des atteintes portées par la jurisprudence à ce droit, v. L. Jobert, *L'engagement des associés au-delà de leurs apports*, thèse Paris II, 2002, n° 440, p. 342.

engagements. Signe d'un renforcement contractuel, elle paraît cependant aujourd'hui procéder à un renouvellement du principe d'intangibilité (§1). Ce renforcement doit, cependant, être précisément déterminé et être limité (§2).

§1 LES MANIFESTATIONS D'UNE CONCEPTION RENOUVELEE DU PRINCIPE D'INTANGIBILITE DES ENGAGEMENTS

109. Soucieuse d'une plus grande prise en considération des intérêts individuels des associés, la jurisprudence a élargi le champ d'application du principe d'intangibilité des engagements⁴⁹³ (A). Ces manifestations d'une conception renouvelée du principe d'intangibilité semblent pouvoir être interprétées comme une revalorisation de l'influence du droit commun des contrats (B).

A- L'EXTENSION DES OBLIGATIONS ET DES DROITS SOUMIS AU PRINCIPE D'INTANGIBILITE DES ENGAGEMENTS

110. Le principe d'intangibilité des engagements a subi une double extension : d'une part, le principe a été étendu à toutes les obligations, peu important leur nature ou leur origine (1) ; d'autre part, le principe a été étendu à certaines catégories de droits, prohibant leur suppression (2).

1- L'extension des catégories d'obligations concernées par le principe d'intangibilité des engagements

111. La jurisprudence a consacré un double élargissement des catégories d'obligations concernées par le principe d'intangibilité en incluant dans son domaine d'application, les obligations autres que celles de verser une somme d'argent (a) et les obligations non prises en qualité d'associé (b).

⁴⁹³ H. Azarian, *La société par actions simplifiée*, 2^e éd., Litec, 2007, préf. A. Viandier, n° 389 : « Il semble qu'à la lumière de cette évolution jurisprudentielle, qu'il faille conclure à l'existence de deux domaines d'élection de l'utilisation du principe d'intangibilité des engagements des associés. L'un d'origine, est celui des résolutions créant des dettes pécuniaires à la charge des associés. L'autre est celui des résolutions leur imposant des obligations en nature ou portant de manière décisive à leurs droits fondamentaux ».

a- L'extension du principe d'intangibilité aux obligations non pécuniaires

112. Extension du principe aux obligations en nature. Rattaché depuis 1937⁴⁹⁴ à une conception purement pécuniaire, le principe d'intangibilité des engagements paraît aujourd'hui s'étendre aux obligations extra-pécuniaires. Ainsi, la jurisprudence a plusieurs fois exprimé sa volonté d'étendre le champ d'application de l'article 1836, alinéa 2, du Code civil et des articles L. 223-30 et L. 225-96 du Code de commerce aux obligations de faire, ne pas faire ou donner.

113. Augmentation de la durée des engagements des coopérateurs. A trois reprises⁴⁹⁵, la Cour de cassation a ainsi considéré que la majorité ne pouvait imposer aux coopérateurs une augmentation de la durée de leurs engagements sans requérir au préalable le consentement unanime des associés. Or, si l'engagement des coopérateurs comprend bien des obligations pécuniaires, telles le principe de variabilité du capital, la distribution limitée des dividendes ou l'absence de distribution de boni de liquidation, il comprend également des obligations en nature de faire et ne pas faire, comme celle de réserver une partie de sa production à la coopérative.

114. Introduction d'une obligation d'exercer en commun la profession. Le Tribunal de commerce de Paris⁴⁹⁶ a explicitement confirmé cette extension au visa de l'article L. 236-5 du Code de commerce⁴⁹⁷. Pour les magistrats parisiens, l'absorption d'une société anonyme par une société coopérative ouvrière de production crée à la charge des actionnaires une obligation d'exercer en commun leur profession dans le cadre de la société absorbante qui augmente leurs engagements et, donc, exige le consentement unanime des associés.

115. Introduction d'une obligation de ne pas faire concurrence. Cette extension a également été réalisée par un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation⁴⁹⁸ relatif à

⁴⁹⁴ Cass. civ., 9 février 1937, *S.*, 1937, p. 129, note H. Rousseau ; *DP* 1937, 1, p. 73, note A. Besson.

⁴⁹⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 12 octobre 1976, *Rev. soc.* 1977, p. 525, note C. Atias ; Cass. civ. 1^{ère}, 22 juin 1982, *Bull. civ.* I, n° 234 ; *D.* 1983, p. 87, note P.-G. Gourlay ; Cass. civ. 1^{ère}, 4 avril 1995, *Bull. civ.* I, n° 162 ; *Rev. soc.* 1996, p. 309, note B. Saintourens.

⁴⁹⁶ T. com. Paris, 24 novembre 1980, *Gaz. Pal.* 1981, 1, p. 117, note A.P.S. ; *Bull. Joly soc.* 1980, p. 701.

⁴⁹⁷ L'article L. 236-5 du Code de commerce fait écho à l'article 1836, alinéa 2, du Code civil en matière de restructuration.

⁴⁹⁸ Cass. com., 26 mars 1996, *Bull. civ.* IV, n° 94 ; *Rev. soc.* 1996, p. 793, note L. Godon ; *JCP G* 1996, I, 3980, n° 10, obs. A. Viandier et J.-J. Caussain ; *Bull. Joly soc.* 1996, p. 604, note P. Le Cannu ; *RTD com.* 1996, p. 487,

l'introduction dans les statuts en cours de vie sociale d'une clause de non-concurrence qui, là encore, constitue une obligation non pécuniaire. Alors que la Cour d'appel avait accepté le jeu de la clause litigieuse, la Cour de cassation a considéré qu'elle augmentait les engagements de l'associé et que son introduction ultérieure dans les statuts nécessitait le consentement unanime des associés. Pour cette raison, l'absence d'unanimité emportait l'annulation de la délibération litigieuse et, donc, la nullité de la clause⁴⁹⁹.

b- L'extension du principe d'intangibilité aux obligations non prises en qualité d'associé

116. Extension du principe à l'ensemble des relations sociétaires. Le renouvellement de la conception classique est également révélé par l'application du principe d'intangibilité des engagements à des obligations contractées en une autre qualité que celle d'associé *stricto sensu*. En effet, la société est une véritable nébuleuse contractuelle et constitue le noyau dur d'une multiplicité de relations qui viennent se greffer sur le contrat de société⁵⁰⁰.

117. Extension à l'obligation prise en qualité de coopérateur. La Cour de cassation a ainsi admis que l'augmentation de la durée des engagements des coopérateurs nécessitait le consentement individuel des associés sur le fondement de l'article 1836, alinéa 2, du Code civil⁵⁰¹. Or, l'obligation n'appartenait pas au contrat de société *stricto sensu* mais au contrat de coopération. Le champ d'application de la disposition légale est donc bien étendu au-delà de ce que prévoyait le législateur.

obs. B. Petit et Y. Reinhard ; *Dr. soc.* 1996, comm. 122, note T. Bonneau ; Rapport Cour de cassation pour 1996, La documentation française, p. 314.

⁴⁹⁹ C'est en ce sens que s'est prononcé le commentateur de cet arrêt dans le rapport de la Cour de cassation (Rapport Cour de cassation pour 1996, La documentation française, p. 315) : cet arrêt « consacre une solution protectrice des intérêts des associés en refusant de réduire l'augmentation de leurs engagements à la création d'une somme d'argent ».

⁵⁰⁰ Ces diverses obligations ne font cependant pas nécessairement l'objet de conventions extra-statutaires, ce qui contribue à renforcer la confusion des qualités de l'associé.

⁵⁰¹ Cass. civ. 1^{ère}, 12 octobre 1976, *Rev. soc.* 1977, p. 525, note C. Atias ; Cass. civ. 1^{ère}, 22 juin 1982, *Bull. civ. I*, n° 234 ; *D.* 1983, p. 87, note P.-G. Gourlay ; Cass. civ. 1^{ère}, 4 avril 1995, *Bull. civ. I*, n° 162 ; *Rev. soc.* 1996, p. 309, note B. Saintourens.

118. Extension à l'obligation prise en qualité de cédant. Cette décision n'est pas restée isolée puisque, dans un arrêt rendu par la première chambre civile⁵⁰², la Cour de cassation a requis, sur le fondement de l'article 1836, alinéa 2, du Code civil, le consentement de tous les associés pour valider l'introduction d'une clause de garantie de passif souscrite par les associés d'une société civile au profit d'un tiers. Or, là encore, l'obligation ne résultait pas du contrat de société *stricto sensu* mais de la convention de cession passée entre les associés cédants et le tiers cessionnaire⁵⁰³.

119. Extension à l'obligation prise en qualité de prêteur. Cette tendance a encore été confirmée par la Chambre commerciale de la Cour de cassation qui a considéré que la décision de blocage de comptes courants d'associés nécessitait le consentement unanime des associés sur le fondement de l'ancien article 153 de la loi du 24 juillet 1966 (nouvel article L.225-96 du Code de commerce)⁵⁰⁴. L'obligation de ne pas demander le remboursement de ses comptes était étrangère au pacte social *stricto sensu* mais était en réalité issue de la convention de compte courant passée entre l'associé et la société.

120. Extension à l'obligation prise en qualité de retrayant. Il est enfin possible de citer un arrêt dans lequel la Cour de cassation a exigé l'unanimité des associés pour permettre l'introduction d'une obligation de non-concurrence sur le fondement de l'ancien article 153 de la loi du 24 juillet 1966⁵⁰⁵. En effet, la clause de non-concurrence était appelée à jouer après le départ de l'associé. Même s'il ne s'agissait donc pas d'une obligation prise en cette qualité, la jurisprudence a pourtant exigé le respect de l'article 1836, alinéa 2, du Code civil.

⁵⁰² Cass. civ. 1^{ère}, 5 novembre 1996, *Bull. civ.* I, n° 375 ; *Dr. soc.* 1997, comm. 4, note T. Bonneau.

⁵⁰³ L. Jobert, *L'engagement des associés au-delà de leurs apports*, thèse Paris II, 2002, n° 446, p. 348-349 : l'auteur précise que la nullité aurait pu également être prononcée sur le fondement de l'article 1165 du Code civil. Ce n'était pas à l'assemblée de consentir, celle-ci étant tiers à la cession, mais à l'associé cédant. Aussi le consentement de l'assemblée avait-il pour effet de porter atteinte au principe de l'effet relatif des contrats.

⁵⁰⁴ Cass. com., 24 juin 1997, *Bull. civ.* IV, n° 207 ; *JCP E* 1997, II, 22966, note P. Mousseron ; *Dr. soc.* 1997, comm. 138, note T. Bonneau.

⁵⁰⁵ Cass. com., 26 mars 1996, *Bull. civ.* IV, n° 94 ; *Rev. soc.* 1996, p. 793, note L. Godon ; *JCP G* 1996, I, p. 3980, n° 10, obs. A. Viandier et J.-J. Caussain ; *Bull. Joly soc.* 1996, p. 604, note P. Le Cannu ; *RTD com.* 1996, p. 487, obs. B. Petit et Y. Reinhard ; *Dr. soc.* 1996, comm. 122, note T. Bonneau ; Rapport Cour de cassation pour 1996, La documentation française, p. 314.

121. Si toutes les obligations semblent désormais intégrer le champ d'application du principe d'intangibilité, certains droits semblent également participer à ce processus d'extension.

2- L'extension du principe d'intangibilité des engagements aux droits découlant d'une liberté individuelle

122. L'intangibilité des droits individuels de l'associé. Dans son arrêt rendu le 26 mars 1996, la chambre commerciale de la Cour de cassation a assimilé la suppression d'un droit découlant d'une liberté fondamentale à une augmentation des engagements de l'associé⁵⁰⁶. Elle a en effet considéré que, parce que l'introduction d'une clause de non-concurrence portait atteinte à la liberté du travail et du commerce, elle emportait ainsi augmentation des engagements de l'associé. Dès lors, un consentement unanime conditionnait son introduction dans les statuts et requérait un consentement unanime des associés⁵⁰⁷.

123. Une intangibilité incertaine ? Cette décision tranche avec celle rendue deux ans auparavant par la Cour de cassation⁵⁰⁸ qui avait alors validé un coup d'accordéon voté à la seule majorité des associés : « *la mesure prise n'avait pas imputé des dettes aux actionnaires au-delà du montant de leur souscription, et qu'ils avaient la faculté, pour rester dans la société, de souscrire à la nouvelle augmentation de capital, la Cour d'appel qui a ainsi fait ressortir qu'aucune obligation nouvelle n'était mise à la charge des actionnaires, a pu, sans se contredire, décider que l'opération critiquée n'était pas irrégulière* ». Il est vrai que la solution ne heurtait pas directement le principe d'intangibilité des engagements en ce que les actionnaires demeuraient libres de souscrire à l'augmentation de capital⁵⁰⁹. Toutefois, la solution surprend dans la mesure où la décision de réduction du capital à zéro portait de manière décisive atteinte à

⁵⁰⁶ Arrêt préc.

⁵⁰⁷ En l'espèce, la Cour de cassation a statué dans l'hypothèse d'une société anonyme dans laquelle les actionnaires exerçaient une profession. Aussi la solution doit-elle être étendue aux sociétés anonymes dans lesquelles les actionnaires ne sont que des investisseurs ? La réponse à cette question est *a priori* affirmative puisque l'introduction d'une telle clause porte nécessairement atteinte à la liberté du commerce et la liberté du travail quelle que soit la forme de la société. V. P. Le Cannu, note sous Cass. com., 26 mars 1996, Chalazon c/ SA Buthurieux et ses associés Bae et autres, *Bull. Joly soc.* 1996, p. 604).

⁵⁰⁸ Cass. com., 17 mai 1994, *Bull. civ.* IV, n° 183 ; *Rev. soc.* 1994, p. 485, note S. Dana-Démaret.

⁵⁰⁹ L. Jobert, th. préc., n° 621, p. 486.

un droit fondamental de l'associé : le droit de propriété⁵¹⁰. La Cour de cassation a pourtant ultérieurement confirmé sa position en affirmant que la « *réduction du capital social ne constituait pas une atteinte au droit de propriété des actionnaires, mais sanctionnait leur obligation de contribuer aux pertes sociales dans la limite de leurs apports* »⁵¹¹. L'exclusion se révèle ainsi être une modalité de la contribution aux pertes. Si cette justification fait naître un scepticisme chez certains auteurs⁵¹², la solution a uniquement pour objectif de favoriser la pérennité de la société⁵¹³ et semble subordonnée à l'existence d'un droit préférentiel de souscription⁵¹⁴.

124. Par conséquent, si l'on ne peut nier ce renouveau du principe d'intangibilité, son interprétation suscite la perplexité.

B- LA MESURE DU RENFORCEMENT

125. Si ces diverses manifestations témoignent d'un indéniable renforcement de l'influence contractuelle (1), il doit cependant être relativisé (2).

⁵¹⁰ J. Scapel, « Vers une nouvelle délimitation du domaine de la notion d'intangibilité des engagements sociaux », *Rev. dr. com., maritime, aérien et des transports* 1999, p. 2, spéc. p. 8 : la solution était « certainement en partie motivée par des considérations de politique économique propres au secteur concerné ».

⁵¹¹ Cass. com., 18 juin 2002, *Bull. civ. IV*, n° 108 ; en ce sens, v. Cass. Com., 10 octobre 2000, pourvoi n° 98-10236 ; *Bull. Joly soc.* 2001, § 49, note P. Scholer.

⁵¹² M. Germain, « Le capital de la société commerciale », *RJC*, n° spéc., novembre 1987, p. 31 : l'obligation de contribution aux pertes n'est pas suffisante à légitimer l'atteinte au droit fondamental de faire partie de la société.

⁵¹³ T. Massart, v° Société (Contrat de), in *Rép. sociétés*, Dalloz, 2006, n° 95 : « En réalité la jurisprudence tolère l'exclusion des associés dans les opérations de coup d'accordéon dans le seul but de faciliter la recapitalisation des sociétés et d'éviter les dépôts de bilan » ; M. Cozian, A. Viandier et F. Deboissy, *Droit des sociétés*, 26^e éd., Litec, 2013, n° 893 ; F. Kendérian, « La contribution aux pertes sociales », *Rev. soc.* 2002, p. 617, spéc. p. 632.

⁵¹⁴ Dans l'arrêt de la chambre commerciale du 17 mai 1994 (*Rev. soc.* 1994, p. 485, note S. Dana-Démaret), la Cour de cassation précise que les actionnaires « avaient la faculté, pour rester dans la société, de souscrire à la nouvelle augmentation de capital » et dans l'arrêt de la chambre commerciale du 10 octobre 2000 (pourvoi n° 98-10236 ; *Bull. Joly soc.* 2001, § 49, note P. Scholer), énonce que « l'augmentation de capital avec droit préférentiel de souscription reconnu à tous les propriétaires d'actions anciennes excluait qu'il y'ait eu éviction d'actionnaires contre leur gré ». La COB se prononçait également en ce sens, pour qui, le droit préférentiel de souscription constitue une condition « garante du respect de l'intangibilité du droit de propriété édicté à l'article 545 du Code civil ». V. *Bull. COB*, n° 286, décembre 1994, L'information des épargnants et les plans de restructuration financière, p. 75 et 76 ; *Contra* : CA Besançon, 2 décembre 1998, *RJDA* 1999, n° 1087, p. 875, *Rev. Soc.* 1999, p. 362, note B. Le Bars : dans cet arrêt, la Cour d'appel a reconnu la validité du coup d'accordéon alors que le droit préférentiel de souscription avait été supprimé. Toutefois, l'égalité entre les actionnaires était respectée puisque les majoritaires avaient été évincés dans les mêmes conditions que les minoritaires.

1- Un renforcement avéré

126. Ce renouvellement du principe d'intangibilité des engagements s'inscrit dans une conception contractuelle de la société⁵¹⁵. Au-delà, c'est à une redéfinition des relations entre le droit commun des contrats et le droit des sociétés que l'on assiste.

127. Fondements de l'extension jurisprudentielle. A dire vrai, rien ne justifie de retenir une conception restrictive du principe d'intangibilité des engagements. D'une part, dans les sociétés de personnes, l'unanimité constitue le principe pour toute modification du contrat de société, qu'elle porte ou non sur les engagements de l'associé. D'autre part, et surtout, la théorie du contrat d'apport permet de justifier le renforcement de l'influence du droit commun des contrats sur la société et, par suite, de justifier de manière générale l'appréhension étendue du principe d'intangibilité⁵¹⁶.

128. La théorie du contrat d'apport. Outre le contrat de société que les associés concluent entre eux, chacun conclut également un contrat d'apport avec la société. Or, si l'associé accepte de se soumettre à la loi de la majorité concernant le contrat de société, c'est en raison de sa nature particulière de contrat-organisation. En effet, dans ce contrat, les associés poursuivent un intérêt commun et sont alors réputés agir dans la perspective de sa réalisation. En conséquence, et puisqu'ils sont présumés agir pour le bien de tous, seuls certains d'entre eux peuvent être autorisés à modifier le contrat⁵¹⁷.

A l'inverse, le contrat d'apport s'inscrit dans la catégorie des contrats-échange qui réalise une permutation de biens et de services : l'associé remet son apport à la société qui lui transmet

⁵¹⁵ A. Bougnoux, *Fasc. 140-30 : Assemblées d'actionnaires*, in *J-Cl. soc.*, 2007, n° 25 ; J. Scapel, « Vers une nouvelle délimitation du domaine de la notion d'intangibilité des engagements sociaux », *Rev. dr. com., maritime, aérien et des transports* 1999, p. 2, spéc. p. 6 et p. 11 : « l'analyse contractuelle de la société conduit à privilégier le domaine de l'unanimité sur celui de la majorité en application de l'article 1134 du Code civil ». Il en résulte que « cette nouvelle analyse de l'intangibilité des engagements sociaux s'inscrit, en conséquence, dans le droit chemin du renouveau de l'analyse contractuelle de la nature de la société » ; en ce sens, v. P. Mousseron, *Les conventions sociétaires*, LGDJ, 2010, n° 33.

⁵¹⁶ M. Buchberger, *Le contrat d'apport, Essai sur la relation entre la société et son associé*, éd. Panthéon-Assas, 2011, préf. M. Germain, n° 449, p. 373.

⁵¹⁷ V. *infra*, n° 411.

en contrepartie des droits sociaux⁵¹⁸. Société et associé sont incontestablement tenus à des obligations réciproques qui caractérisent sa nature synallagmatique⁵¹⁹ et induisent nécessairement l'existence d'intérêts divergents⁵²⁰. Aussi son consentement doit-il être exigé lorsqu'une décision lui porte atteinte⁵²¹. Associé et société sont présumés agir dans leur intérêt respectif et l'on ne peut admettre que la société cocontractante puisse modifier unilatéralement à son avantage le contenu du contrat. Partant, siège des obligations et des droits de l'associé, le contrat d'apport doit constituer un acte de prévision⁵²² quelle que soit la nature de l'obligation en cause. Il n'est donc pas étonnant que la jurisprudence ait intégré dans le champ d'application du principe d'immutabilité les obligations extra-patrimoniales.

129. La résurrection de la théorie des droits propres. La théorie du contrat d'apport semble en réalité raviver l'ancienne théorie des droits propres⁵²³. Elaborée par Edmond Thaller en 1893 lors des débuts de la conquête du pouvoir majoritaire, elle postule que la société conserve un élément contractuel et intangible : si les statuts peuvent être modifiés à la majorité, le contrat de souscription qui existe entre l'actionnaire et la société ne peut faire l'objet d'une modification unilatérale⁵²⁴. Si Edmond Thaller ne le dit pas explicitement, la différence de régime

⁵¹⁸ Pour Monsieur Matthieu Buchberger (th. préc., n° 148 et n° 149, p. 137-138), le contrat d'apport entrerait plus précisément dans la catégorie des contrats-échange d'intérêt commun : « *les intérêts de l'associé ne sont pas en totale opposition avec ceux de la société. Certes, il souhaite obtenir un avantage de celle-ci, mais est également intéressé par la façon dont la société va utiliser le bien remis... car les bénéfices qu'il en retirera en dépendent* ».

⁵¹⁹ R. Encinas de Munagorri, *L'acte unilatéral entre les parties au contrat*, thèse Paris X, 1994, n° 155, p. 130 : « *le lien entre le groupement et ses membres est d'ordre contractuel : il y a, comme tout porte à le croire, un véritable contrat synallagmatique entre la société, le tout, et l'actionnaire, c'est-à-dire l'individu* » ; M. Buchberger, th. préc., n° 142 et n° 143, p. 126 et s. : selon l'auteur, le contrat d'apport demeure synallagmatique dans les hypothèses dans lesquelles la prestation de l'associé semble illusoire, lorsqu'il ne verse que quelques centimes d'euros (dans ce cas il existe un apport en numéraire) ou se voit attribuer gratuitement des actions (dans ce cas il existe un apport en industrie) ; L. Jobert, *L'engagement des associés au-delà de leurs apports*, thèse Paris II, 2002, n° 6, p. 11.

⁵²⁰ A. Sériaux, « La notion de contrat synallagmatique », in *Mél. J. Ghestin, Le contrat au début du XXI^e siècle*, LGDJ, 2001, p. 777, spéc. p. 787.

⁵²¹ M. Buchberger, th. préc., n° 445, p. 370 : « *reconnaître l'existence d'un contrat d'apport conduit à renforcer l'obligation d'obtenir l'accord de chaque associé pour modifier ce contrat* ».

⁵²² J. du Garreau de la Méchenie, *Les droits propres de l'actionnaire*, thèse Poitiers, 1937, n° 60 et s., p. 58 et s. : « *qui dit contrat suppose en effet un minimum de stabilité dans l'accord passé entre les contractants... cette soumission (à la loi de la majorité) ne peut être que partielle et ne peut équivaloir à un asservissement total... le seul fait que la société repose sur un contrat, suffit à limiter les pouvoirs des organes sociaux et à conférer à l'actionnaire certains droits* » ; J. Monnet, « Organisation de l'entreprise et interdiction d'augmenter les engagements des associés », in *Mél. J. Paillusseau, Aspects organisationnels du droit des affaires*, Dalloz, 2003, p. 403, spéc. p. 404.

⁵²³ M. Buchberger, th. préc., n° 450, p. 375-376.

⁵²⁴ C. Cluzant, *Pouvoirs de l'assemblée extraordinaire de la société par actions et les droits propres de l'actionnaire*, thèse Toulouse, 1906, n° 35, p. 80-81 : « *L'originalité de cette théorie consiste, ce nous semble, moins dans la mise en œuvre de la notion du droit propre que dans le fondement que lui ont assigné les auteurs récents* » et

entre ces deux contrats interdépendants se justifie amplement : alors que l'associé a accepté de sacrifier sa liberté en concluant le contrat de société, il n'a pas renoncé pour autant à la stabilité de sa situation en souscrivant son contrat d'apport. Or, les droits et les obligations de l'associé appartiennent communément à ces deux contrats. Aussi un compromis doit-il être réalisé entre le principe de flexibilité accepté dans le premier et le principe d'immutabilité imposé dans le second. Ce compromis peut être réalisé grâce aux droits essentiels. En effet, seule la modification de ces derniers, qualifiés de droits propres, doit requérir le consentement individuel de l'associé.

Au titre de ces droits propres figureraient notamment le droit de traiter avec une société régulière, le droit de ne pas être exclu de la société, le droit de limiter son risque au montant minimal de son action et le droit de garder ou de négocier son titre. Quant au droit à l'intangibilité des engagements, s'il n'est pas expressément mentionné par Edmond Thaller, il constitue l'élément contractuel par excellence et y trouve donc naturellement sa place.

130. Ces deux théories du contrat d'apport ou des droits propres épousent l'idée que la force obligatoire du contrat passé entre la société et l'associé favorise une application étendue du principe d'immutabilité du contrat de société puisque ce dernier se superpose à lui concernant le domaine des droits et des obligations des associés.

131. Un renforcement conforté par l'évolution législative. Cette évolution jurisprudentielle accompagne la revalorisation législative de la loi de l'unanimité⁵²⁵. La place qu'elle occupe dans les sociétés par actions simplifiée⁵²⁶ en constitue un parfait exemple. En effet, la loi exige explicitement le consentement unanime des associés pour toute introduction ou modification de clauses relatives à l'inaliénabilité des actions (article L. 227-13 du Code de commerce), en matière d'agrément (article L. 227-14 du Code de commerce) et, enfin, en cas de cession forcée des actions (article L. 227-17 du Code de commerce)⁵²⁷.

n° 111, p. 237 : la théorie des droits propres « repose sur un fondement rationnel et juridique ; l'analyse du contrat de souscription, source des droits et des obligations de l'actionnaire » ; H. Lechner, *Les droits propres des actionnaires*, thèse Nancy, 1932, p. 28 : « Le fondement de ces droits est la convention qui relie l'être collectif et chaque membre... L'associé a abdiqué devant l'autorité de la société mais dans une certaine mesure... pas au-delà d'un certain cercle que le contrat de souscription a pour but de tracer ».

⁵²⁵ D. Randoux, « L'unanimité des associés », in *Mél. G. Daublon*, Defrénois, 2001, p. 243, spéc. p. 243 et s.

⁵²⁶ Loi n° 94-1 du 3 janvier 1994 instituant la société par actions simplifiée.

⁵²⁷ Certains auteurs justifient la place prépondérante de l'unanimité par le caractère contractuel particulièrement marqué de ces sociétés. V. J. Monnet, art. préc., p. 411, note de bas de page n° 26.

Il n'est dès lors pas surprenant que la jurisprudence ait exigé le consentement unanime des associés d'une société anonyme pour son absorption par une société par actions simplifiée⁵²⁸. Méfiante à l'égard de cette structure porteuse d'une grande liberté contractuelle, cette société est présumée augmenter *ipso facto* les engagements des associés et requérir le consentement unanime des associés.

132. L'avenir incertain du principe d'immutabilité. La réhabilitation par la jurisprudence de la théorie du contrat d'apport et de la théorie des droits propres peut laisser penser que tout changement relatif à la situation de l'associé survenu postérieurement à son adhésion supposera désormais son consentement sous peine de voir la décision annulée sur le fondement de l'article 1836, alinéa 2, du Code civil. Il faudrait alors sans doute soumettre à la règle de l'unanimité la modification dans la répartition des bénéfices, la limitation du droit de participation dans l'assemblée ou encore la prorogation de la société⁵²⁹. Une telle extension du domaine du principe d'intangibilité irait sans aucun doute à l'encontre de la volonté du législateur et ne semble pas constituer la voie choisie par la jurisprudence.

2- Un renforcement relatif

133. Plus qu'incertaine, l'affirmation d'un renforcement de l'influence contractuelle est à relativiser pour trois raisons au moins.

134. La confusion des qualités de l'associé. En premier lieu, qu'il s'agisse d'introduire une clause de garantie de passif, de blocage des comptes courants, de non-concurrence ou encore d'augmenter la durée des engagements des coopérateurs, il ne s'agit jamais du contrat de société

⁵²⁸ Cass. com., 19 décembre 2006, *Bull. civ.* IV, n° 268, *LPA* 20 juillet 2007, n° 145, note M. Cauvin. L'auteur de la note précise que la solution rendue n'est pas conforme à l'article L. 236-2 du Code de commerce (auquel s'étaient référés les juges d'appel) qui prévoit que les opérations de fusion entre sociétés de forme différente, doivent être décidées dans les conditions requises pour la modification des statuts. C'est seulement si cette fusion a pour effet d'augmenter les engagements des associés que l'opération nécessite un accord unanime. La Cour de cassation a donc appliqué de manière extensive l'article L. 227-3 du Code du commerce qui n'exige l'unanimité que pour les seules transformations. Ces deux opérations étant juridiquement bien distinctes, cette interprétation, voulue protectrice des minoritaires, n'est pas acceptable.

⁵²⁹ J. Monnet, art. préc., spéc. p. 418 et s.

*stricto sensu*⁵³⁰. Dans toutes ces hypothèses, seul un contrat de cession, de prêt ou encore de coopération est en cause. Si la solution ne surprend plus réellement, le fondement choisi mérite attention. En effet, si l'augmentation des engagements pris en qualité d'associé doit pouvoir être annulée sur l'article 1836, alinéa 2, du Code civil, l'augmentation des engagements pris en qualité de coopérateur, cédant, prêteur⁵³¹ ou retrayant doit être annulée sur le fondement de l'article 1134 du Code civil. En effet, bien que placés dans le sillon du contrat de société, ces contrats sont distincts et doivent être soustraits au droit des sociétés. Concernant la clause de garantie de passif, la décision prise à la majorité pouvait même être annulée sur le fondement de l'article 1165 du même Code puisque, à bien y réfléchir, la société n'est pas partie au contrat de cession et n'a donc pas à consentir⁵³². Partant, sous couvert du principe d'intangibilité des associés fondé sur l'article 1836, alinéa 2, du Code civil, c'est en réalité l'application du droit commun des contrats qui s'imposait dans chacune de ces espèces⁵³³ afin de refuser la modification de la situation d'un associé sans son consentement⁵³⁴.

⁵³⁰ L. Jobert, *L'engagement des associés au-delà de leurs apports*, thèse Paris II, 2002, n° 681, p. 538 : « les engagements d'associé stricto sensu sont les engagements qui sont intellectuellement attachés à la qualité d'associé, c'est-à-dire les engagements qui ne s'expliquent que par cette qualité ».

⁵³¹ En ce sens, v. C. Champaud, obs. in *RTD com.* 1967, p. 788 : « les rapports juridiques qu'il entretient avec elle (la société), à ce titre (prêteur) doivent être soigneusement distingués de ceux qui sont liés à sa qualité d'associé » ; I. Urbain-Parleani, *Les comptes courants d'associés*, LGDJ, 1986, n° 414 : en tant que prêteur « il est un créancier dont les prérogatives sont régies par le droit commun des obligations » ; B. Saintourens, note sous Cass. com., 24 juin 1997, *Bull. Joly soc.* 1997, § 314, p. 871, spéc. p. 874.

⁵³² P. Le Cannu, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 5 novembre 1996, *Bull. Joly soc.*, 1997, n° 44, p. 131, spéc. p. 132 ; L. Jobert, th. préc., n° 446, p. 349.

⁵³³ Pour l'augmentation de la durée des coopérateurs à l'unanimité, v. Cass. civ. 1^{ère}, 12 octobre 1976, *Rev. soc.* 1977, p. 525, note C. Atias ; Cass. civ. 1^{ère}, 22 juin 1982, *Bull. civ. I*, n° 234 ; *D.* 1983, p. 87, note P.-G. Gourlay ; Cass. civ. 1^{ère}, 4 avril 1995, *Bull. civ. I*, n° 162 ; *Rev. soc.* 1996, p. 309, note B. Saintourens. Pour l'introduction d'une garantie de passif à l'unanimité, v. Cass. civ. 1^{ère}, 5 novembre 1996, *Bull. civ. I*, n° 375 ; *Dr. soc.* 1997, comm. 4, note T. Bonneau. Pour la décision de blocage des comptes courants à l'unanimité, v. Cass. com., 24 juin 1997, *Bull. civ. IV*, n° 207 ; *JCP E* 1997, II, 22966, note P. Mousseron ; *Dr. soc.* 1997, comm. 138, note T. Bonneau. Pour l'introduction d'une clause de non-concurrence à l'unanimité. V. Cass. com., 26 mars 1996, *Bull. civ. IV*, n° 94 ; *Rev. soc.* 1996, p. 793, note L. Godon ; *JCP G* 1996, I, 3980, n° 10, obs. A. Viandier et J.-J. Caussain ; *Bull. Joly soc.* 1996, p. 604, note P. Le Cannu ; *RTD com.* 1996, p. 487, obs. B. Petit et Y. Reinhard ; *Dr. soc.* 1996, comm. 122, note T. Bonneau ; Rapport Cour de cassation pour 1996, La documentation française, p. 314.

⁵³⁴ H. Le Nabasque, « La notion d'engagements nouveaux », *Dr. soc.*, *Actes pratiques*, décembre 1997, p. 36, spéc. p. 38 ; L. Jobert, th. préc., p. 347 et s. : les qualités d'associé et de contractant doivent être clairement distinguées. L'auteur précise que dès lors que l'associé agit en qualité de contractant, la nature de la modification est indifférente, augmentation des engagements et diminution des droits sont soumises au principe d'intangibilité par application du droit commun des contrats.

Toutefois, la distinction entre engagements pris en qualité d'associé et engagements pris en une qualité autre semble relative⁵³⁵. Quel qu'il soit, l'engagement intéresse toujours la société⁵³⁶. Quant aux relations contractuelles qui se nouent autour du contrat de société, elles sont fortement placées sous sa dépendance et il apparaît dès lors difficile de les soumettre à un régime autonome. En outre, le choix de l'article 1836, alinéa 2, du Code civil manifeste sans aucun doute la volonté jurisprudentielle de protéger de manière absolue l'associé au-delà de sa relation avec la société⁵³⁷.

135. Le maintien de la distinction traditionnelle. En deuxième lieu, dans toutes ces espèces⁵³⁸ qui semblaient abandonner la distinction entre augmentation des engagements et diminution des droits, la diminution des droits correspondait, en réalité, à l'augmentation d'un engagement. En conséquence, il n'apparaissait pas surprenant que la Cour de cassation requière le consentement individuel de l'associé conformément à l'article 1836, alinéa 2, du Code civil. Tel est d'abord le cas de la décision relative à l'introduction d'une clause de non-concurrence : si celle-ci diminue bien le droit de l'associé d'exercer librement une activité concurrente, elle met à sa charge un nouvel engagement de ne pas faire concurrence à la société⁵³⁹. Tel est ensuite le cas

⁵³⁵ M. Germain, « La renonciation aux droits propres des associés : illustrations », in *Mel. F. Terré, L'avenir du droit*, Dalloz, 1999, p. 401, spéc. p. 406 : « *sitôt que l'associé accepte de s'engager d'une manière ou d'une autre, il le fait toujours à un autre titre, car il le fait toujours au-delà de ce que prévoit son statut d'associé. La différence qui paraissait évidente devient dès lors ténue, pour la raison que dans les deux cas la situation relève du droit des obligations* » ; A. Bougnoux, *Fasc. 140-30 : Assemblées d'actionnaires*, in *J-Cl soc.* 2007, n° 31.

⁵³⁶ Par exemple, la décision de blocage concerne l'intéressé en sa double qualité de prêteur et d'associé. V. F. Rizzo, « Le principe d'intangibilité des engagements », *RTD com.* 2000, p. 27 spéc. p. 39 : « *La conclusion d'une convention de compte courant constitue, pour son titulaire, un engagement pris en sa qualité d'associé dans la mesure où elle présente des avantages spécifiques pour la société... en acceptant la décision de blocage du compte, son titulaire consent une augmentation de ses engagements financiers, non en tant que prêteur mais en qualité d'associé exclusivement soucieux de la santé de la société à laquelle il appartient* ».

⁵³⁷ En ce sens, v. J. Monnet, art. préc., spéc. p. 413.

⁵³⁸ Pour l'augmentation de la durée des coopérateurs à l'unanimité, v. Cass. civ. 1^{ère}, 12 octobre 1976, *Rev. soc.* 1977, p. 525, note C. Atias ; Cass. civ. 1^{ère}, 22 juin 1982, *Bull. civ.* I, n° 234 ; *D.* 1983, p. 87, note P.-G. Gourlay ; Cass. civ. 1^{ère}, 4 avril 1995, *Bull. civ.* I, n° 162 ; *Rev. soc.* 1996, p. 309, note B. Saintourens. Pour l'introduction d'une garantie de passif à l'unanimité, v. Cass. civ. 1^{ère}, 5 novembre 1996, *Bull. civ.* I, n° 375 ; *Dr. soc.* 1997, comm. 4, note T. Bonneau. Pour la décision de blocage des comptes courants à l'unanimité, v. Cass. com., 24 juin 1997, *Bull. civ.* IV, n° 207 ; *JCP E* 1997, II, 22966, note P. Mousseron ; *Dr. soc.* 1997, comm. 138, note T. Bonneau. Pour l'introduction d'une clause de non-concurrence à l'unanimité. V. Cass. com., 26 mars 1996, *Bull. civ.* IV, n° 94 ; *Rev. soc.* 1996, p. 793, note L. Godon ; *JCP G* 1996, I, 3980, n° 10, obs. A. Viandier et J.-J. Caussain ; *Bull. Joly soc.* 1996, p. 604, note P. Le Cannu ; *RTD com.* 1996, p. 487, obs. B. Petit et Y. Reinhard ; *Dr. soc.* 1996, comm. 122, note T. Bonneau ; Rapport Cour de cassation pour 1996, La documentation française, p. 314.

⁵³⁹ G. Taormina, « Réflexions sur l'aggravation des engagements de l'associé », *Rev. soc.* 2002, p. 267, spéc. p. 280 : l'auteur constate que dans l'arrêt Chalazon (Cass. com., 26 mars 1996, *Bull. civ.* IV, n° 94 ; *Rev. soc.* 1996, p. 793, note L. Godon), la Cour de cassation ne précise pas dans sa solution en quoi la clause de non-concurrence,

de la décision relative au blocage des comptes courants : si celle-ci diminue le droit de l'associé au remboursement immédiat des sommes prêtées, elle le contraint également à prêter à la société pour une durée plus longue que celle prévue initialement. Tel est enfin le cas de la décision relative à l'allongement de la durée de la qualité de coopérateur dans la société : si celle-ci revient à diminuer le droit des coopérateurs de se retirer de la société, elle augmente nécessairement les engagements des coopérateurs en allongeant *de facto* leur durée.

En définitive, si l'extension du principe d'intangibilité aux obligations extra-patrimoniales est indéniable, il ne s'agit pas pour autant de remettre en cause la distinction traditionnelle entre augmentation des engagements et diminution des droits. En témoigne d'ailleurs un arrêt ultérieur dans lequel la Cour de cassation a considéré que la décision tendant à supprimer le droit de jouissance des actionnaires sur les immeubles de la société, n'avait pour conséquence que de réduire les droits des associés et n'entraînait aucune augmentation des engagements des associés envers la société⁵⁴⁰. On le voit, seules les diminutions de droits constitutives d'une augmentation des engagements entrent dans le champ d'application du principe d'intangibilité⁵⁴¹.

136. Le doute relatif au fondement contractuel de l'extension. En dernier lieu, si l'on concède que la jurisprudence a explicitement souhaité étendre le champ du principe de l'intangibilité aux droits découlant d'une liberté fondamentale, il n'est cependant pas certain que cette expansion ait un fondement contractuel⁵⁴². Le consentement d'un associé ne devrait en effet même pas permettre de porter irrémédiablement atteinte à ses libertés individuelles⁵⁴³. Car, si l'intérêt de la société justifie que l'on puisse porter atteinte aux libertés individuelles de l'associé, l'atteinte ne peut cependant être que relative. C'est ainsi que si la Cour de cassation peut effectivement soumettre l'introduction d'une clause de non-concurrence à la fois légitime et proportionnée au consentement individuel de l'associé, il devient très contestable d'admettre que

constitutive d'une restriction de la liberté de l'associé et donc d'une diminution de ses droits, constitue également une augmentation de ses engagements.

⁵⁴⁰ Cass. civ. 3^e, 8 octobre 1997, Barday et a. c/Société Résidence Champs Elysées et a., *Bull. civ.* III, n° 192 ; *Dr. soc.* 1998, comm. 20, note T. Bonneau.

⁵⁴¹ H. Le Nabasque, « La notion d'engagements nouveaux », *Dr. soc., Actes pratiques*, décembre 1997, p. 36, spéc. p. 37 : « Il n'est au demeurant contesté par personne que la majorité est habilitée à réduire les droits des associés en assemblée, dès lors que cette réduction ne s'accompagne d'aucun engagement nouveau envers la société ».

⁵⁴² P. Lokiec, *Contrat et pouvoir, Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, LGDJ, 2004, préf. A. Lyon-Caen, n° 550, p. 400 : « cette solution ne se rattache aucunement à l'article 1134 du Code civil, le caractère contractuel d'un élément ne se déterminant pas par le fait qu'il est justifié ou non mais uniquement par le fait qu'il correspond ou non à la volonté des contractants ».

⁵⁴³ P. Lokiec, th. préc., n° 550, p. 400-401.

le consentement de l'associé suffise à porter atteinte de manière décisive à sa liberté fondamentale du travail et du commerce. Dès lors que la clause porte irrémédiablement atteinte à ces droits et libertés fondamentaux, la validité même de la clause doit être remise en cause. Il faut alors convenir que l'atteinte décisive à un droit fondamental ne peut être assimilée à une augmentation des engagements⁵⁴⁴. Leur régime diffère nécessairement : alors que la première est sanctionnée par la nullité, la seconde est valable mais soumise au consentement individuel de l'associé.

137. Par conséquent, si le renforcement de l'influence du droit commun des contrats sur la société est relatif, il ne peut être renié. Aussi le renouveau jurisprudentiel du principe d'intangibilité a-t-il eu pour conséquence d'estomper la frontière entre diminution des droits et augmentation des engagements. Pour cette raison, il est nécessaire de remodeler la notion d'augmentation des engagements.

§2 UN RENFORCEMENT A CIRCONSCRIRE

138. Un nécessaire encadrement. Si l'objectif de la jurisprudence est d'améliorer la protection des associés minoritaires, il ne faut cependant pas oublier que l'extension du domaine d'application du principe d'intangibilité peut conduire à un blocage de la société⁵⁴⁵. Comme souvent, un équilibre entre l'intérêt de l'associé et celui de la société doit être trouvé.

La suppression de la dichotomie classique entre obligations pécuniaires et obligations en nature qui a pour effet de relativiser la distinction entre augmentation des engagements et diminution des droits impose à la jurisprudence de redéfinir la notion d'augmentation des engagements. La doctrine a, pour cette raison, formulé un certain nombre de propositions (A) dont les insuffisances conduisent cependant à en proposer une nouvelle (B).

⁵⁴⁴ En ce sens, v. L. Jobert, *L'engagement des associés au-delà de leurs apports*, thèse Paris II, 2002, n° 442, p. 345 : « il est inexact d'affirmer qu'une clause de non-concurrence augmente les engagements des associés. Elle porte diminution de leurs droits. Mais l'unanimité est requise, parce qu'il s'agit d'un droit intangible de l'associé ».

⁵⁴⁵ J. Monnet, art. préc., p. 421 : « Admettre un tel renforcement de la protection des droits des associés serait exposer l'organisation de l'entreprise à un attentisme préjudiciable en revenant à une trop stricte analyse contractuelle ».

A- LES PROPOSITIONS DOCTRINALES

139. Les auteurs ont proposé de substituer à la distinction classique entre augmentation des engagements et diminution des droits deux nouvelles distinctions : les modifications substantielles et non substantielles (1) et les engagements nouveaux et initiaux (2).

1- La modification substantielle et non substantielle

140. Présentation. Davantage que de recourir à la distinction entre diminution des droits et augmentation des engagements dont les contours ne sont pas clairement définis, Monsieur Gilles Taormina propose de distinguer modification substantielle et modification non substantielle⁵⁴⁶. A le suivre, une distinction doit être opérée, d'une part, entre les aggravations substantielles et les aggravations non substantielles des engagements, le principe d'intangibilité se limitant aux premières et, d'autre part, entre restrictions substantielles et restrictions non substantielles des droits, dont, là encore, seules les premières requerraient un consentement unanime.

Toutefois, privilégiant l'intérêt social sur l'intérêt de l'associé, l'auteur propose de retenir une interprétation restrictive du principe d'intangibilité en réduisant le domaine des modifications substantielles de la situation de l'associé. Il considère ainsi notamment que l'introduction d'une clause de non-concurrence n'est constitutive que d'une modification non substantielle. De la même manière, concernant les décisions de blocage de compte courant, l'auteur propose de ne retenir le caractère substantiel de la modification que lorsque sa durée est excessive. Quant aux clauses réduisant la libre négociabilité des actions, seules celles restreignant de manière excessive le retrait ou l'entrée de nouveaux actionnaires constituent une modification substantielle⁵⁴⁷.

141. Appréciation critique. Quoique intéressante, cette proposition souffre pourtant de la même incertitude que la précédente. Octroyant au juge une marge d'appréciation conséquente sur la qualification de la modification, elle place les parties dans une même situation d'insécurité juridique. En effet, à partir de quand doit-on considérer que l'on se trouve en présence d'une

⁵⁴⁶ G. Taormina, « Réflexions sur l'aggravation des engagements de l'associé », *Rev. soc.* 2002, p. 267, spéc. p. 285 et s.

⁵⁴⁷ G. Taormina, art. préc., spéc. p. 285 et s.

durée excessive de blocage des comptes courants ? Et que doit-on considérer comme une clause restreignant trop fortement la libre négociabilité des actions ? Nul ne saurait le dire *a priori*. C'est dire si, pour les parties, l'incertitude demeure⁵⁴⁸.

2- L'engagement nouveau et initial

142. Présentation. Afin de sortir de l'incertitude dans laquelle se trouvent les parties, certains s'attachent à la nouveauté de l'engagement. En effet, seul l'engagement nouveau nécessiterait un consentement unanime, rétablissant de la sorte une certaine cohérence jurisprudentielle⁵⁴⁹.

Le recours à la notion d'engagement nouveau élargit le champ du principe d'intangibilité⁵⁵⁰. D'une part, l'engagement nouveau inclut les obligations autres que celles à caractère pécuniaire, comme les obligations de faire et ne pas faire nouvellement mises à la charge des associés. D'autre part, cet engagement nouveau peut résulter d'un acte extra-statutaire. Se trouve ainsi remise en cause la décision de la première chambre civile qui avait affirmé que l'article 1836 du Code civil n'avait vocation qu'à régler les « *conditions auxquelles doivent satisfaire les statuts* »⁵⁵¹. Enfin, cette proposition permet de comprendre, à l'instar de la proposition précédente, la diminution des droits dès lors que celle-ci s'analyse en une obligation nouvelle mise à la charge de l'associé.

Cette notion, simple en apparence, n'est toutefois pas dépourvue de toute ambiguïté : que doit-on entendre par engagement « nouveau » et par engagement « initial » ?

⁵⁴⁸ Bien qu'affinée, la distinction entre modifications substantielles et secondaires demeure porteuse d'insécurité juridique et encourt donc les mêmes critiques. V. H. Lechner, *Les droits propres des actionnaires*, thèse Nancy, 1932, p. 20 : « *Il est absolument arbitraire de distinguer entre les clauses d'un contrat. Chaque contractant peut soutenir que son consentement a été déterminé par chacune des clauses... La même modification est jugée tantôt essentielle, tantôt secondaire. Le critère est des plus incertains et des plus fuyants* » ; C. Cluzant, *Pouvoirs de l'assemblée extraordinaire de la société par actions et les droits propres de l'actionnaire*, thèse Toulouse, 1906, n° 3, p. 6.

⁵⁴⁹ V. not. H. Le Nabasque, « La notion d'engagements nouveaux », *Dr. soc., Actes pratiques*, décembre 1997, p. 36, spéc. p. 37 ; L. Jobert, th. préc., n° 432, p. 335.

⁵⁵⁰ H. Le Nabasque, art. préc., spéc. p. 37.

⁵⁵¹ Cass. civ. 1^{ère}, 13 janvier 1998, Hamamouche es qual. c/ société Ardi et a., *Bull. civ. I*, n° 8. Cette décision s'oppose à celle rendue par la chambre commerciale (Cass. com., 24 juin 1997 ; *JCP G* 1997, II, 22966, note P. Mousseron, *Dr. soc.* 1997, comm. 138, note T. Bonneau) qui applique le principe d'intangibilité à une obligation extra-statutaire, celle-ci résultant d'une convention verbale de prêt en compte courant.

143. Intégration des engagements en germe. En premier lieu, la jurisprudence considère qu'un engagement nouveau comprend non seulement l'engagement dont va être tenu l'associé dès la décision prise, mais également l'augmentation future et potentielle de l'engagement qu'implique la décision prise. Aussi la modification statutaire en cours de vie sociale qui comprend en germe une augmentation des engagements est-elle subordonnée à la loi de l'unanimité⁵⁵². C'est ainsi que si les associés souhaitent insérer dans les statuts, en cours de vie sociale, une clause d'appel de fonds destinée à se réaliser ultérieurement, cette clause contient en germe une augmentation des engagements et nécessite, par voie de conséquence, un consentement individuel de tous les associés⁵⁵³.

La Cour d'appel de Paris n'en a pas décidé autrement. En l'espèce, les associés d'une société coopérative à capital variable avaient adopté à l'unanimité une clause statutaire qui prévoyait que le capital de la société pourrait être augmenté par modification de la valeur nominale des parts par décision de l'assemblée générale extraordinaire. L'assemblée a décidé ultérieurement d'augmenter sensiblement le capital et donc la participation des associés. Or, la Cour d'appel a considéré que cette décision violait l'article 1836, alinéa 2, du Code civil⁵⁵⁴.

En revanche, plus critiquable est une décision rendue par la Cour de cassation dans laquelle une société civile s'était engagée envers l'un de ses associés à lui racheter ou faire racheter ses parts sociales. Un associé a agi en nullité de cette décision en raison de l'absence à l'assemblée générale d'un autre associé. La Cour de cassation a considéré qu'en raison d'une augmentation des engagements, un accord unanime était requis et que l'absence de l'associé à l'assemblée générale imposait sa nullité conformément à l'article 1836, alinéa 2, du Code civil⁵⁵⁵. Si la solution améliore la protection de l'associé⁵⁵⁶, la qualification d'augmentation des engagements est critiquable à deux points de vue. D'une part, cette aggravation n'était

⁵⁵² L. Jobert, th. préc., n° 533, p. 414 : « *Le germe existe à l'état latent dans les statuts. Il est supporté par une clause prévoyant l'augmentation des engagements des associés en cours de vie sociale. On mesure alors le danger de telles stipulations : elles peuvent, de manière déguisée, aboutir à imposer aux associés, à tout moment de la vie sociale, des engagements qu'ils n'ont pas souscrits dès l'origine. Aussi, c'est avec la plus grande circonscription qu'il convient de les accueillir* » ; Y. Chartier, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 8 novembre 1988 et Cass. com., 7 mars 1989, *Rev. soc.* 1989, p. 473 et s., spéc. p. 477.

⁵⁵³ F. Rizzo, « Le principe d'intangibilité des engagements », *RTD com.* 2000, p. 27 spéc. p. 66.

⁵⁵⁴ CA Paris, 26 juin 1998, Société Scicava c/ Sorin, *RJDA* 1999, n° 293, p. 246.

⁵⁵⁵ Cass. com., 13 novembre 2003, pourvoi n° 00-20.646, *Bull. civ.* IV, n° 171 ; *Rev. soc.* 2004, p. 97, note B. Saintourens ; *RJDA* 2004, n° 583, p. 538 ; *Bull. Joly soc.* 2004, p. 413, note H. Le Nabasque ; *D.* 2004, p. 2968 ; *RTD com.* 2004, p. 314, obs. C. Champaud et D. Danet.

⁵⁵⁶ B. Saintourens, note sous Cass. com., 13 novembre 2003, *Rev. soc.* 2004, p. 97, spéc. p. 103 : « *l'assimilation d'une augmentation potentielle à une augmentation avérée des engagements est légitime et renforce la fonction protectrice de la disposition du Code civil* ».

qu'indirecte et éventuelle. Si l'engagement d'achat pris par la société pouvait effectivement avoir des conséquences sur le patrimoine de l'associé puisque les associés de la société civile sont tenus indéfiniment des dettes sociales, cette augmentation n'était qu'hypothétique. En effet, ce n'était qu'en cas de non respect par la société de ses nouveaux engagements que les associés en subiraient les conséquences⁵⁵⁷. D'autre part, il ne s'agit finalement que de la conséquence d'une obligation aux dettes acceptée antérieurement. Il n'y a donc pas obligation nouvelle mais seulement aggravation des conséquences d'une obligation déjà acceptée par les associés. Partant, seule la société était véritablement tenue d'un nouvel engagement⁵⁵⁸.

144. Exclusion des engagements acceptés par anticipation. En second lieu, la jurisprudence estime qu'un engagement nouveau s'oppose à un engagement qui a été initialement souscrit dans les statuts et, donc, accepté par les associés. Ceci n'est que le corollaire de la force obligatoire du contrat⁵⁵⁹.

Il reste cependant à savoir ce qu'il convient d'entendre par engagement initial. Trois conceptions s'opposent⁵⁶⁰.

⁵⁵⁷ H. Le Nabasque, note sous Cass. com., 13 novembre 2003, *Bull. Joly soc.* 2004, p. 413 et s. : l'auteur énonce que la règle de l'unanimité pouvait certes être justifiée mais sur un fondement différent, celui de l'égalité entre associés, puisque la promesse litigieuse s'apparentait à un avantage particulier.

⁵⁵⁸ M. Buchberger, *Le contrat d'apport, Essai sur la relation entre la société et son associé*, éd. Panthéon-Assas, 2011, préf. M. Germain, n° 449, p. 373 ; H. Le Nabasque, note sous Cass. com., 13 novembre 2003, *Bull. Joly soc.* 2004, n° 3, p. 413 et s. : si la décision pouvait effectivement être annulée, il aurait été opportun de la prononcer sur un autre fondement. En l'espèce, la promesse litigieuse semblait s'assimiler à un avantage particulier et avait donc pour effet de rompre l'égalité entre les associés.

⁵⁵⁹ L. Jobert, th. préc., n° 423, p. 324 : « *Lorsqu'en cours de vie sociale, vient le moment pour la société de mettre en œuvre les engagements initiaux, il s'étonne pourtant et s'oppose à ce qu'elle puisse impunément augmenter ses engagements sans son consentement. Malicieuse ou crédule, cette parade désespérée ne résiste pas aux principes élémentaires du droit des obligations et notamment à la force obligatoire du contrat, dont s'infuse nécessairement le principe d'intangibilité des engagements sociaux* » ; J. Mestre, note sous Cass. com., 26 avril 1984, *Rev. soc.* 1985, p. 411. La Cour de cassation (Cass. com., 7 mars 1989, *Bull. civ.* IV, n° 81) a clairement opéré cette distinction entre décision nouvelle et simple application d'une disposition statutaire : « *après avoir relevé que la délibération du 9 juin 1983 n'avait pas pour objet de régler la répartition des pertes par application de l'article 22 des statuts mais, comme le mentionnait expressément le procès verbal de l'assemblée, de procéder à un appel de fonds complémentaire pour faire face aux exigences de certains créanciers sociaux, l'arrêt retient que les dirigeants sociaux ou la majorité des associés ne pouvaient imposer à un associé un versement qu'il n'aurait pas accepté ; que la cour d'appel a pu ainsi considérer, sans dénaturer la clause des statuts litigieux ni violer le texte invoqué, que M. X..., qui n'avait pas donné son consentement à l'appel de fonds, n'était pas tenu de verser les sommes qui lui étaient réclamées ; que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches* » ; en ce sens, v. Cass. com., 27 octobre 2009, pourvoi n° 08-21123, Société Monceau 89, *Bull. Joly soc.* 2010, p. 474, note L. Godon : la Cour de cassation reproche aux juges du fond de ne pas avoir recherché si l'appel à l'acquiescement d'une redevance payable par avance était la stricte application d'une clause contenue dans les statuts d'origine ou la résultante d'une modification statutaire réalisée en cours de vie sociale.

⁵⁶⁰ J. Monnet, art. préc., p. 403, spéc. p. 425 et s.

La première, la plus restrictive, consiste à considérer qu'il n'y a engagement initial que si celui-ci est expressément inscrit dans les statuts. Toutefois, si cette conception présente l'avantage de fortement renforcer la sécurité juridique des associés, elle réduit considérablement le pouvoir de l'assemblée.

Une deuxième conception inclut dans l'engagement initial l'ensemble des décisions d'assemblée générale afférentes aux modalités de fonctionnement de la société et objet d'un régime légal détaillé. Dès lors que les décisions n'emportent pas modification de l'organisation sociale mais octroient seulement à la société des moyens de fonctionnement nouveaux, elles doivent être considérées comme prévisibles par l'associé. A titre d'exemple, la suppression du droit préférentiel de souscription, la restructuration de la société ou encore la création de titres nouveaux sont présumés être déjà acceptées par l'associé lors de son adhésion.

Enfin, dans une conception plus extensive, l'engagement initial s'étend à tous les ajustements que la loi n'a pas soumis de manière impérative à la loi de l'unanimité. Seule la décision impliquant une contrainte différente *stricto sensu* de son engagement initial doit respecter les prescriptions de l'article 1836, alinéa 2, du Code civil. *A contrario*, tout ce qui relève du domaine du prévisible, *lato sensu*, doit échapper au consentement individuel des associés.

Ces deux dernières conceptions conduisent à malmener le principe de la force obligatoire du contrat puisqu'elles présumant que les associés acceptent des éléments qu'ils n'avaient certainement pas envisagés au moment où ils ont adhéré à la société. Il est alors très difficile de déterminer les frontières de la prévisibilité et, donc, de l'engagement initial. Cependant, elles présentent l'avantage de conférer une plus grande liberté d'action à l'assemblée générale.

145. Conception jurisprudentielle extensive de l'engagement initial. C'est sans doute pour cette raison que la jurisprudence a privilégié une conception restrictive de l'engagement initial et s'est fondée sur la notion de prévisibilité pour valider la solution prise à la majorité. Lorsque la modification est prévisible, il ne s'agit que du prolongement d'un engagement antérieurement accepté qui ne nécessite donc pas le consentement individuel de l'associé. En témoigne une décision de la Cour de cassation qui a validé la décision prise par une société coopérative d'ajouter une disposition à ses statuts imposant aux adhérents la fourniture d'une caution qui garantisse le paiement de leurs achats auprès de la société. La Cour de cassation a

ainsi estimé qu'il ne s'agissait pas d'une décision modificative des statuts et a rejeté la qualification d'augmentation des engagements. En effet, la décision permettait d'assurer le paiement des dettes des associés à l'égard de la société qui résultaient d'une activité conforme à l'objet social. Par conséquent, bien que non prévue expressément dans les statuts *ab initio*, cette obligation constituait le prolongement d'une obligation déjà acceptée⁵⁶¹.

146. L'objet social, critère de distinction. L'objet social devient alors une clé de compréhension de la jurisprudence. La décision étant prise conformément à un objet qui a été accepté par les associés, elle ne peut être annulée sur le fondement de l'article 1836, alinéa 2, du Code civil. C'est ainsi que la Cour de cassation a pu considérer que la décision relative à un appel de fonds dans une société civile immobilière ne devait pas s'analyser en une augmentation des engagements dès lors que ces derniers étaient requis dans le cadre de l'accomplissement d'un objet social bien connu et accepté initialement par les parties⁵⁶².

Cette référence à l'objet social ne semble pourtant pas suffisante pour garantir la prévision de l'engagement⁵⁶³. Il semble absurde de considérer que l'associé ait pu prévoir toutes les décisions susceptibles d'être prises pour la réalisation de l'objet social. Pour cette raison, il n'est pas étonnant que la Cour d'appel de Paris ait considéré que l'engagement des actionnaires n'étant ni déterminé ni déterminable, il violait l'article 1129 du Code civil. En conséquence, le consentement donné antérieurement n'était pas efficace, peu important que les fonds servent à la réalisation de l'objet social⁵⁶⁴.

⁵⁶¹ Cass. civ. 1^{ère}, 13 janvier 1998, *Bull. civ. I*, n° 8 ; *JCP E* 1998, actualité 147 et pan. rapide 352.

⁵⁶² Cass. civ. 1^{ère}, 8 novembre 1988, *Bull. civ. I*, n° 313 ; *Rev. soc.* 1989, p. 475, note Y. Chartier ; *RTD com.* 1989, p. 86, obs. E. Alfandari et M. Jeantin ; *JCP E* 1989, 15415, obs. A. Viandier et J.-J. Caussain ; *Defr.* 1988, art. 34234, p. 1185, note A. Chapper ; en ce sens, v. Cass. com., 26 avril 1984, *Bull. civ. IV*, n° 137 ; *Rev. soc.* 1985, p. 411, note J. Mestre ; *Les grandes décisions de la jurisprudence, Les sociétés*, PUF, Thémis, J. Mestre et Y. Chartier, 1988, p. 43.

⁵⁶³ M. Germain, « La renonciation aux droits propres des associés : illustrations », in *Mel. F. Terré, L'avenir du droit*, Dalloz, 1999, p. 401, spéc. p. 410.

⁵⁶⁴ L. Jobert, *L'engagement des associés au-delà de leurs apports*, thèse Paris II, 2002, n° 539, p. 419 : « en présence d'engagements en germe ayant recueilli l'accord unanime des associés, il convient, non pas d'invoquer le principe d'intangibilité des engagements, mais de rechercher si le germe ne risque pas de se développer à l'infini » ; F. Rizzo, « Le principe d'intangibilité des engagements », *RTD com.* 2000, p. 27 spéc. p. 67 ; J.-J. Daigre, note sous CA, 13 janvier 1998, Société SPIE Batignolles c/ Société Bouygues, *Bull. Joly soc.* 1998, n° 4, p. 321 et s. : les associés doivent accepter non seulement le principe d'augmentation des engagements mais également les modalités de sa mise en œuvre ; J.-J. Daigre, note sous CA, 13 janvier 1998, Société SPIE Batignolles c/ Société Bouygues, *Bull. Joly soc.* 1998, n° 4, p. 321 et s. ; L. Jobert, th. préc., n° 539, p. 418. Cette position était déjà soutenue classiquement par certains auteurs. V. J. du Garreau de la Méchenie, *Les droits propres de l'actionnaire*, thèse Poitiers, 1937, n° 80, p. 79 : « Le consentement ainsi donné par avance n'est pas un vrai consentement ; l'objet de

147. En conclusion, la distinction entre engagement nouveau et initial connaît de nombreuses difficultés de mise en œuvre. Si elle peut effectivement se substituer à la distinction classique entre augmentation des engagements et diminution des droits, c'est à la condition de parvenir à mieux cerner l'engagement initial. A défaut, cette distinction n'apparaît pas davantage opérante que la précédente et conduit à en proposer une nouvelle.

B- LA PROPOSITION NOUVELLE

148. Les lacunes présentées par les distinctions précédentes conduisent à réserver le principe d'intangibilité à trois catégories distinctes de droits et d'obligations.

149. **L'unanimité exigée pour toute modification d'ordre patrimonial.** En premier lieu, le domaine du principe d'intangibilité doit principalement être appliqué aux droits et obligations patrimoniaux. En effet, la cause objective du contrat de société est la réalisation d'un bénéfice ou d'une économie⁵⁶⁵. Partant, quel que soit le contrat de société, tout associé cherche *a priori* un enrichissement qui constitue la raison immédiate de son engagement⁵⁶⁶. Dès lors, toute décision qui est susceptible d'affecter la cause de son engagement doit recueillir son consentement individuel.

Il faut alors approuver la jurisprudence d'avoir requis le consentement individuel de tous les associés pour décider de bloquer des comptes courants, d'introduire une garantie de passif ou d'augmenter la durée des coopérateurs. De même, doivent échapper à la loi de la majorité les décisions relatives à la répartition des bénéfices ou des pertes ou encore celles relatives à la

l'obligation de l'actionnaire devient alors indéterminé, ou plutôt il est déterminé par la volonté de la personne morale avec laquelle il a traité, volonté dégagée par la délibération de l'assemblée extraordinaire » ; *Contra* : S. Schiller, *Les limites de la liberté contractuelle en droit des sociétés : les connexions radicales*, LGDJ, 2002, préf. F. Terré, n° 115, p. 62 : à suivre l'auteur, les associés peuvent voir leurs engagements augmenter sans avoir spécifiquement donné leur accord. Et l'accord donné antérieurement à la demande de la société peut revêtir un caractère seulement général.

⁵⁶⁵ M. Buchberger, *Le contrat d'apport, Essai sur la relation entre la société et son associé*, éd. Panthéon-Assas, 2011, préf. M. Germain, n° 211, p. 182-183 : l'auteur distingue bien la cause objective du contrat de société qui réside dans la volonté de réaliser un bénéfice ou une économie, identique pour tout contrat de société, et la cause subjective qui est la raison subjective pour laquelle les associés ont contracté et diffère d'un associé à un autre, ce peut être la volonté d'organiser une entreprise ou bien tout autre chose, comme la constitution de la société pour un motif fiscal.

⁵⁶⁶ F. Deboissy, « Le contrat de société », in *Le contrat, Le contrat, Travaux de l'Association Henri Capitant*, Société de législation comparée, 2005, p. 119, spéc. p. 132.

prorogation de la société qui risque d'aggraver la contribution aux pertes voire l'obligation aux dettes des associés.

150. L'augmentation de l'obligation d'apport soumise à l'unanimité. En deuxième lieu, doit être soumise au consentement individuel de l'associé toute décision relative à l'augmentation de son apport. Monsieur Laurent Jobert avait déjà émis le souhait de limiter le principe d'intangibilité à cette obligation⁵⁶⁷. En effet, l'apport constitue l'objet de l'obligation de l'associé dans le contrat de société⁵⁶⁸ et dans le contrat d'apport. Elle est essentielle en ce qu'elle donne la mesure des droits et des obligations qui s'exercent envers la société. Pour cette raison, lorsqu'il est question de l'augmentation de son apport, le consentement de l'associé doit être requis.

Toutefois, cette exigence recoupe partiellement la proposition précédente puisque l'apport constitue très souvent une obligation monétaire. Pour autant, cette proposition permet d'intégrer les apports en nature et en industrie qui se sont développés dans les sociétés de capitaux⁵⁶⁹. Par conséquent, l'assemblée générale ne peut exiger de l'associé d'apporter d'autres biens, d'augmenter la jouissance d'un bien ou d'imposer un travail supplémentaire.

151. L'atteinte décisive à une liberté fondamentale soumise à l'unanimité. En troisième et dernier lieu, entrent également dans le champ d'application du principe d'intangibilité l'ensemble des décisions qui, en l'absence de consentement individuel, ont pour effet de porter atteinte de manière décisive à la liberté fondamentale de l'associé⁵⁷⁰.

⁵⁶⁷ L. Jobert, th. préc., n° 448 et 449, p. 351-352 : l'auteur propose de circonscrire le principe d'intangibilité aux seuls engagements pris au-delà de leurs apports. Autrement dit, seule serait concernée l'augmentation de l'engagement d'apport (financier ou d'activité) par le versement de capitaux supplémentaires ou la réalisation d'un travail au profit de la société.

⁵⁶⁸ F. Chénéde, *Les commutations en droit privé, Contribution à la théorie générale des obligations*, Economica, 2008, préf. A. Ghozi, n° 298, p. 281.

⁵⁶⁹ La Loi du 15 mai 2001 dite Loi NRE a admis l'apport en industrie dans la SARL.

⁵⁷⁰ En ce sens, v. Y. Pagnerre, *L'extinction unilatérale des engagements*, éd. Panthéon-Assas, LGDJ, 2012, préf. B. Teyssié et J.-M. Olivier, n° 566, p. 639, note de bas de page n° 359 : « Sans entrer dans les concepts d'augmentation ou de diminution des engagements ou des droits, il faut reconnaître que tout membre d'un groupement dispose de droits propres qu'il est impossible de lui retirer de manière absolue (comme le droit de participation ou le droit de vote sauf exceptions légales) ou sans son accord (tel le droit de rester membre) » ; T. com. Versailles, 2 mai 1989, *Bull. Joly soc.* 1989, p. 614, note Y. Sexer ; *Rev. dr. banc. et bourse* 1989, p. 214, obs. M. Jeantin et A. Viandier : l'introduction d'une clause d'exclusion à la simple majorité qualifiée requise pour la modification des statuts de SARL a été considéré par les juges comme illicite, non pas parce qu'elle constituait une aggravation des engagements de l'associé, mais parce qu'elle portait atteinte à un droit fondamental de l'associé, de sorte qu'elle nécessitait un vote à l'unanimité.

C'est précisément le cas s'agissant de la décision relative à l'introduction d'une clause d'exclusion en cours de vie sociale. En effet, davantage qu'une simple diminution de droits comme le prétendent certains auteurs pour la soustraire au principe d'intangibilité⁵⁷¹, la clause d'exclusion aboutit non seulement à la remise en cause du droit fondamental de demeurer dans la société mais également au droit de propriété⁵⁷². Dès lors, bien qu'autorisée par la jurisprudence⁵⁷³, cette clause ne procède pas à un simple aménagement mais réalise une atteinte décisive à un droit fondamental de l'associé⁵⁷⁴. Or, c'est justement le consentement de l'associé qui rend la clause conforme au droit fondamental de propriété⁵⁷⁵ et au droit de rester associé⁵⁷⁶.

⁵⁷¹ Y. Paclot, note sous Cass. com. 13 décembre 1994, *JCP E* 1995, II, 705 ; S. Dana-Demaret, note sous CA Paris, 7 juin 1988, *Rev. soc.* 1989, p. 247 ; G. Durand-Lépine, « L'exclusion des actionnaires dans les sociétés non cotées », *LPA*, 24 juillet 1995, n° 88, p. 7, spéc. p. 10-11 : si l'auteur considère que l'introduction d'une clause d'exclusion ne constitue pas une augmentation des engagements, il ne se montre pas pour autant favorable à la possibilité de l'introduire dans les statuts à la seule majorité. Certaines décisions semblent aller dans ce sens. V. T. com. Versailles, 2 mai 1989, *Bull. Joly soc.* 1989, p. 614, note Y. Sexer ; *RD banc. et bourse* 1989, p. 214, obs. M. Jeantin et A. Viandier : le jugement rendu s'appuie toutefois sur une conception pécuniaire de l'engagement, ce qui justifie que l'introduction de la clause d'exclusion ne puisse être considérée comme une augmentation de l'engagement.

⁵⁷² Le droit de rester dans la société est classiquement présenté comme un droit propre de l'associé auquel il ne peut être porté atteinte. V. M. Germain, « La renonciation aux droits propres des associés : illustrations », in *Mel. F. Terré, L'avenir du droit*, Dalloz, 1999, p. 401 et s. ; D. Randoux, « L'unanimité des associés », in *Mél. G. Daublou, Defr.* 2001, p. 243, spéc. p. 252. Plus encore, la clause d'exclusion peut être conçue comme une augmentation des engagements de l'associé puisqu'elle revient à mettre à sa charge une nouvelle obligation de céder ses droits sociaux. V. Y. Guyon, *Traité des contrats, Aménagements statutaires et conventions entre associés*, LGDJ, 5^e éd., 2002, n° 98 ; J.-M. de Bermond de Vaulx, « L'exclusion d'un associé », *Dr. soc.* 1996, comm. 14 ; S. Darioseq et N. Métais, « Les clauses d'exclusion, solution à la mésentente entre associés », *Bull. Joly soc.* 1998, p. 908.

⁵⁷³ V. *infra*, n° 249.

⁵⁷⁴ En ce sens, v. F. Rizzo, art. préc., spéc. p. 48 et s. ; Y. Sexer, note sous T. com. Versailles, 2 mai 1989, *Bull. Joly soc.* 1989, p. 614 ; D. Martin, « L'exclusion d'un actionnaire », *RJC*, n° spécial, 1990, p. 94 ; J. Hémar, F. Terré et P. Mabillat, *Sociétés commerciales*, T. II, Dalloz, 1974, n° 362. Certaines décisions se prononcent en ce sens. V. T. com. Paris, 12 juin 1972, *Bull. Joly soc.* 1973, n° 140 : la stipulation tendant à exclure l'associé sans son consentement viole le droit fondamental de l'associé de rester dans la société.

⁵⁷⁵ N. Molfessis, *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, LGDJ, 1997, préf. M. Gobert, n° 533, p. 422 : « l'accord des volontés empêche d'y voir une expropriation ». Or, il n'y a véritablement accord de l'associé que si celui-ci a consenti personnellement. Dès lors, quelle que soit la nature de la clause d'exclusion, le principe d'un consentement individuel doit s'appliquer ; *Contra* : L. Grosclaude, *Le renouvellement des sanctions en droit des sociétés*, thèse Paris I, 1997, p. 507 ; L. Faugérolas, « Les moyens de défense face à une acquisition indirecte d'actions », *JCP E* 1995, I, 483, p. 335 ; I. Krimmer, « La clause de rachat », *JCP E* 1993, I, 223, p. 101. Pour une interprétation plus nuancée, 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° 449, p. 374 : cet auteur propose de distinguer selon la nature de la clause. Si cette clause s'assimile à une promesse de vente consentie par l'associé à la société, son introduction devrait nécessairement requérir le consentement individuel de l'associé. En revanche, si la clause s'identifie à une clause résolutoire qui prévoit l'exclusion de l'associé pour inexécution d'une obligation spécifique, le consentement unanime ne sera exigé que si cette obligation non respectée est nouvelle.

⁵⁷⁶ L. Godon, *Les obligations des associés*, Economica, 1999, préf. Y. Guyon, n° 371, p. 241 : « il semble qu'au stade de l'insertion de la clause d'exclusion dans les statuts l'unanimité des associés s'impose car seul l'acquiescement de tous les intéressés efface l'atteinte portée au droit propre de rester associé et autorise une modification des termes du pacte social obligeant chaque signataire à titre d'associé ».

En revanche, l'introduction en cours de vie sociale de clauses statutaires d'agrément ou de préemption est valable et soumise à la simple majorité⁵⁷⁷. De prime abord, ces clauses peuvent pourtant être considérées comme augmentant les engagements des associés⁵⁷⁸. D'une part, elles contraignent les associés à observer une procédure spécifique s'ils souhaitent se défaire de leurs droits sociaux⁵⁷⁹. D'autre part, elles portent atteinte à leur droit de gérer librement leur patrimoine et au principe essentiel de libre cessibilité de leurs droits sociaux.

Cependant, ces clauses relatives à la libre négociabilité des droits sociaux ne constituent qu'une atteinte relative au droit de propriété. Plus précisément, elles ne portent atteinte qu'à ses attributs qui ne sont pas soumis à la protection constitutionnelle⁵⁸⁰. Puisque les associés ont toujours la possibilité de céder leurs titres, ces clauses ne font que diminuer le droit de propriété⁵⁸¹. Il s'agit donc d'un simple aménagement⁵⁸².

Par analogie, la loi de la majorité s'impose concernant les décisions relatives à la limitation du droit de participation à l'assemblée et concernant les décisions relatives à l'introduction d'une clause de non-concurrence ou d'exclusivité. Les premières ne font qu'aménager le droit fondamental de vote, les secondes, à condition d'être légitimes et proportionnées, ne font qu'aménager la liberté du commerce et la liberté du travail.

152. Intérêts de la proposition. Cette nouvelle proposition présente un double avantage.

D'une part, elle préserve davantage la sécurité juridique que les théories précédentes. Il n'y a plus à se demander si la décision entraîne diminution d'un droit ou augmentation d'un

⁵⁷⁷ Cette solution conforte donc la décision rendue par la chambre civile de la Cour de cassation en date du 9 février 1937, S., 1937, p. 129, note H. Rousseau ; DP 1937, 1, p. 73, note A. Besson.

⁵⁷⁸ M. Buchberger, th. préc., n° 449, p. 374 ; J. Monnet, « Organisation de l'entreprise et interdiction d'augmenter les engagements des associés », in *Mél. J. Paillusseau, Aspects organisationnels du droit des affaires*, Dalloz, 2003, p. 403, spéc. p. 416-417.

⁵⁷⁹ L. Jobert, *L'engagement des associés au-delà de leurs apports*, thèse Paris II, 2002, n° 408, p. 313-314.

⁵⁸⁰ V. Allegaert, *Le droit des sociétés et les libertés et droits fondamentaux*, PUAM, 2005, préf. F.-X. Lucas.

⁵⁸¹ F. Rizzo, « Le principe d'intangibilité des engagements », *RTD com.* 2000, p. 27 spéc. p. 46 ; P. Le Cannu, note sous Cass. com., 26 mars 1996, Chalazon c/ SA Buthurieux et ses associés Bae et autres, *Bull. Joly soc.* 1996, p. 604 : « la liberté de disposition n'a pas la même nature que la liberté du commerce ou la liberté du travail. Elle est l'un des droits subjectifs reconnus au propriétaire. On peut la soumettre à des conditions, sans la supprimer ».

⁵⁸² En ce sens, v. J. Monnet, art. préc., spéc. p. 417 : « Si la tentation est grande, le risque pour le droit des sociétés est néanmoins certain. Les clauses relatives à la cession de parts et actions sont plus des aménagements indispensables de l'engagement des dirigeants au bénéfice de la société que l'expression d'une volonté égoïste de maintien du pouvoir. Il importe donc de trouver de bonnes raisons pour limiter la contagion (...) d'une interprétation trop extensive des solutions jurisprudentielles ». En outre, si celles-ci profitent indirectement à la société, leur exécution profite d'abord et avant tout aux associés. Partant, l'article 1836, alinéa 2, du Code civil consacrant un principe d'intangibilité des engagements des associés envers la société n'a pas vocation à s'appliquer à cette hypothèse.

engagement : dès lors que celle-ci génère un risque direct d'appauvrissement de l'associé, son consentement est nécessaire. L'associé ne doit pas réinjecter davantage de fonds à la société sans l'avoir consenti et ne doit pas recevoir moins que ce à quoi il prétendait en souscrivant au contrat de société. La cause de l'engagement de l'associé ne doit pas être sacrifiée sur l'autel de la pérennité de la société.

D'autre part, elle permet d'établir un équilibre entre les intérêts de l'associé et de la société. En effet, seule l'obligation d'apport *stricto sensu* et les droits et libertés fondamentaux ne peuvent être respectivement augmentés ou supprimés sans le consentement individuel de l'associé. Pour toute autre modification, la majorité suffit. En clair, tous les droits et obligations qui découlent de l'accomplissement de leur obligation d'apport, tel le droit de vote ou le droit de négocier leurs titres, sont soustraits au principe d'intangibilité sauf à ce que leur modification affecte la cause de leur engagement ou porte irrémédiablement atteinte à une liberté ou droit fondamental. Partant, le principe est celui de la modification à la majorité, l'exception, bien que relativement importante, est celle de la modification à l'unanimité. L'assemblée dispose donc d'une marge de manoeuvre conséquente sous réserve de la commission d'un abus de droit.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

153. La personne morale, fruit du contrat de société, a pour conséquence de générer une pluralité de relations et d'effets contractuels. Aussi ces spécificités complexifient-elles l'application du principe d'immutabilité.

En effet, la consécration jurisprudentielle d'une application stricte de la force obligatoire du contrat de société conduit à requérir nécessairement le consentement unanime des associés pour toute modification, que celle-ci affecte ou non l'ensemble des contrats d'apport. Aussi, et en raison du nombre parfois important d'associés, est-il difficile de procéder à la modification du contrat de société. La reconnaissance d'un contrat d'apport passé par chaque associé avec la société aurait pourtant pu aboutir à admettre une application sélective du principe d'immutabilité aux seuls contrats d'apport affectés par la modification et, ainsi, faciliter la modification du contrat de société. La jurisprudence en a pourtant décidé autrement.

Pour autant et même si la modification est ainsi plus difficile à obtenir, ce consentement unanime n'est pas requis pour l'intégralité des effets produits par le contrat de société. Pour faciliter l'évolution de la société aux circonstances économiques, le législateur a réduit le champ d'application du principe d'immutabilité. Principalement circonscrit au contenu obligationnel, les modifications affectant la personne morale ou les droits des associés ne nécessitent pas, en principe, un consentement unanime.

C'est sans doute pour cette raison que la jurisprudence récente renouvelle le principe légal d'intangibilité des engagements par une extension de son champ d'application. Remettant partiellement en cause la distinction traditionnelle entre augmentation des engagements et diminution des droits, elle fait application de ce principe à toutes les obligations et à certains droits.

Cette rénovation doit cependant être bien comprise. Si l'on peut véritablement y déceler une reconquête du droit commun des contrats sur la société, il ne s'agit pourtant pas de remettre en cause le pouvoir acquis de l'assemblée de procéder à la modification des statuts. Le principe d'intangibilité nouvellement redéfini doit ainsi être précisé et encadré dans l'intérêt de la société. La distinction entre les décisions appauvrissant directement l'associé soumises au consentement individuel de tous les associés et celles aménageant ses droits y compris ceux qualifiés de

fondamentaux, soumises à la seule majorité, permettrait de trouver le point d'équilibre entre l'intérêt de l'associé et celui de la société.