L'IRREVOCABILITE CONTRACTUELLE

17. Le principe d'irrévocabilité : corollaire de la force obligatoire. L'irrévocabilité contractuelle constitue la première zone d'influence du droit commun des contrats sur le contrat de société.

Par application du droit commun, le contrat devient irrévocable une fois formé. Ce principe d'irrévocabilité se déduit explicitement de la formulation de l'article 1134, alinéa 2, du Code civil : les conventions « *ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise* ». L'irrévocabilité est érigée en principe. Seul un nouvel accord permet de déroger à la force obligatoire. Il n'en va autrement qu'en présence d'une loi, mais cette intervention du législateur doit, semble-t-il, être exceptionnelle. Les deux causes de révocabilité du contrat : consentement mutuel et loi ne sont-elles pas séparées par une virgule ? Cette virgule pourrait signifier que la loi ne doit intervenir qu'à titre exceptionnel. L'article 1134, alinéa 2, apparaît ainsi comme le pendant de l'alinéa premier aux termes duquel « *les conventions tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites* ».

En effet, la relation étroite qui unit la force obligatoire à l'irrévocabilité des engagements contractuels ne constitue-t-elle pas un axiome ? Ne peut-on pas affirmer une corrélation de principe ? Selon un auteur « *intangibilité rime avec irrévocabilité* »⁸⁹. N'est-ce pas là reconnaître une alliance classique entre la force obligatoire et l'irrévocabilité ? Le fondement de l'irrévocabilité des engagements contractuels réside indubitablement dans leur force obligatoire. Les fondements traditionnels qui gouvernent cette dernière, à savoir la sécurité juridique et la liberté, sont ceux-là mêmes de l'irrévocabilité, corollaire naturel de la force obligatoire⁹⁰. De cette force obligatoire du contrat il résulte bien un principe d'irrévocabilité contractuelle⁹¹. Ce

⁸⁹ 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.

⁹⁰ Y. Pagnerre, *L'extinction unilatérale des engagements*, éd. Panthéon-Assas, LGDJ, 2012, préf. B. Teyssié et J.-M. Olivier, n° 442, p. 479 : « *il apparaît que la force obligatoire soit le fondement de l'irrévocabilité des engagements* » ; en ce sens, v. L. Lawson-Body, « Réflexions sur la distinction entre le terme extinctif et le terme suspensif », *LPA*, 23 août 2002, n° 169, p. 3.

⁹¹ P. Jestaz, « Rapport de synthèse », in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, sous la dir. de C. Jamin et D. Mazeaud, *Economica*, 1999, p. 87, spéc. p. 91 : « *Quant à sortir prématurément du contrat, ce n'est que difficilement possible à la seule initiative d'un contractant. Même quand le partenaire n'exécute pas, il y faut en principe l'autorisation du juge... A titre principal, l'interdiction de mettre unilatéralement fin au contrat repose bien sur la force obligatoire de celui-ci. Sans doute l'interdiction admet-elle des exceptions légales, mais dispersées et*

principe a pour conséquence que le contrat ne peut être résolu qu'au terme convenu par les parties ou de manière anticipée par l'accord mutuel de ces mêmes parties.

Or, à cet égard, le droit commun des contrats exerce incontestablement son influence sur le droit des sociétés. En effet et d'une part, non seulement la seule manifestation de volonté d'un associé est impuissante à éteindre le contrat de société, mais, d'autre part, elle est également impuissante à se départir de sa qualité d'associé, autrement dit à mettre fin à son seul contrat d'apport (SECTION 1).

18. Dissociation de la force obligatoire et du principe d'irrévocabilité. Toutefois, il est possible d'admettre une dissociation exceptionnelle des deux notions. En effet, ce n'est pas parce qu'un engagement est librement révocable qu'il se trouve dépourvu de force obligatoire⁹². Autrement dit, toute révocabilité unilatérale d'un engagement ne constitue pas automatiquement une négation de la force obligatoire. « *Il existe une relative autonomie entre la première (l'irrévocabilité) et la seconde (la force obligatoire)* »⁹³ étant donné que « *si l'irrévocabilité participe de la force obligatoire d'un engagement, cette dernière ne postule pas automatiquement l'irrévocabilité de l'engagement* »⁹⁴. Tout engagement, irrévocable unilatéralement ou non, a bien force obligatoire en ce qu'il doit être respecté et exécuté jusqu'à ce qu'il y soit mis fin de manière licite sous peine d'être sanctionné.

19. Portée *ab initio* relative du principe d'irrévocabilité. En outre, si l'irrévocabilité contractuelle est érigée à titre de principe, celui-ci n'a jamais eu vocation à s'appliquer à

peu significatives... la justification repose sur l'idée de protection comme s'il fallait garantir une partie contre l'abus de la force obligatoire du contrat ».

⁹² Y. Pagnerre, *L'extinction unilatérale des engagements*, éd. Panthéon-Assas, LGDJ, 2012, préf. B. Teyssié et J.-M. Olivier, n° 450, p. 487-488 : « *Si par principe, tout engagement a force obligatoire qu'il soit révocable d'un commun accord ou pour les causes que la loi autorise, il n'est pas écrit que seuls les engagements non révocables unilatéralement ont force obligatoire* » ; *Contra* : A. Etienney, *La durée de la prestation, essai sur le temps dans l'obligation*, LGDJ, 2008, préf. T. Revet, p. 297, note de bas de page n° 3 : « *La faculté de résiliation unilatérale est souvent présentée comme une exception ou une atteinte à la force obligatoire des conventions* ».

⁹³ Y. Pagnerre, th. préc., n° 449, p. 485-486 : « *L'essence d'un engagement est d'être une source d'obligations dont l'inexécution est juridiquement sanctionnée. A ce titre, la force obligatoire garantit l'exécution par un effet comminatoire. Or, l'irrévocabilité n'est pas de l'essence de la force obligatoire, celle-ci étant une notion plus souple qui se décompose en d'innombrables modalités. La révocabilité ne contredit pas la force obligatoire, elle ne fait le cas échéant que la modérer* » ; B. Houin, *La rupture unilatérale des contrats synallagmatiques*, thèse Paris II, 1973, p. 60 : l'auteur affirme que l'existence *ab initio* de causes légales de rupture témoigne du caractère dès l'origine relatif du principe de la force obligatoire du contrat.

⁹⁴ Y. Pagnerre, th. préc., n° 449, p. 486.

l'ensemble des engagements. Il se trouve en réalité et implicitement circonscrit à certains types seulement. Ainsi, « *le principe d'irrévocabilité des engagements prévus à l'article 1134 alinéa 2 du Code civil résulte, en réalité, de la force obligatoire des obligations à exécution instantanée et de la force obligatoire du terme extinctif* »⁹⁵, excluant, par conséquent, de son champ d'application les contrats à durée indéterminée. En effet, concernant ces derniers, le principe est précisément inverse : « *l'absence de terme extinctif postule l'absence d'obligation accessoire à respecter, expliquant sa révocabilité de principe...* »⁹⁶. Présentée classiquement comme le corollaire de la prohibition des engagements perpétuels, cette faculté de résiliation unilatérale ne se révèle être que l'expression de la protection de la liberté individuelle des contractants. Dénotant ainsi la dépendance relative qui existe *ab initio* entre la force obligatoire et l'irrévocabilité contractuelle, l'engagement à durée indéterminée a bien une force obligatoire. Toutefois, il se trouve soustrait au principe d'irrévocabilité.

Là encore, le droit des sociétés ne témoigne d'aucune originalité. L'associé dispose en principe d'une faculté de résiliation unilatérale du contrat de société et du contrat d'apport chaque fois que ceux-ci se présentent à durée indéterminée ou par assimilation à durée excessive (SECTION 2).

SECTION 1 L'APPLICATION DU PRINCIPE D'IRREVOCABILITE EN MATIERE SOCIETAIRE

20. En raison du caractère pluripartite du contrat de société et de l'existence d'une personne morale à laquelle il donne naissance, l'étude du principe d'irrévocabilité est d'autant plus complexe qu'elle implique une analyse dualiste de son application : de prime abord, mise en œuvre du principe à l'égard du contrat de société qui unit tous les associés ; puis, mise en œuvre dudit principe à l'égard du seul contrat d'apport qui unit chaque associé à la société⁹⁷.

⁹⁵ Y. Pagnerre, th. préc., n° 452, p. 489.

⁹⁶ Y. Pagnerre, th. préc., n° 451, p. 489.

⁹⁷ T. Tilquin et V. Simonart, *Traité des sociétés*, vol. 1, Kluwer Editions Juridiques Belgique, 1996, n° 387 : « *L'intérêt commun invite à maintenir le contrat si cette solution est possible sans la partie concernée. La dissolution doit constituer l'exception et ne peut revêtir un caractère systématique* ». Ce maintien de la société se révèle impossible dans l'hypothèse où la société n'est constituée que de deux associés et que le législateur n'a pas prévu la dégénérescence de ladite société en société unipersonnelle. Et même lorsque la société survit par la présence d'un seul associé, il y a toutefois bien disparition du « contrat de société » en ce que le contrat suppose nécessairement l'échange de plusieurs volontés ; v. cependant M. Buchberger, *Le contrat d'apport, Essai sur la relation entre la société et son associé*, éd. Panthéon-Assas, 2011, préf. M. Germain, n° 224, p. 192 : dans le cas de la société unipersonnelle, s'il est vrai qu'il n'existe pas de contrat à l'origine de sa naissance puisque celle-ci résulte d'un acte

Or, si le principe d'irrévocabilité a bien vocation à jouer dans ces deux cas de figure, il ne s'exprime pas de la même manière selon que l'on envisage le contrat de société ou le contrat d'apport. Ainsi, si l'influence du droit commun joue quasiment de manière absolue en ce qui concerne le contrat de société lequel requiert en principe un *mutuus dissensus* pour son extinction anticipée (§1), l'influence ne joue que de manière relative en ce qui concerne le contrat d'apport (§2).

§1 L'APPLICATION QUASI ABSOLUE DU PRINCIPE D'IRREVOCABILITE AU CONTRAT DE SOCIETE

21. Si le contrat de société applique bien le principe d'irrévocabilité en ce qu'il prescrit une décision collective des associés pour mettre fin prématurément au contrat de société (A), son originalité afférente à son caractère pluripartite rejaillit sur la mise en œuvre du *mutuus dissensus*. En effet, la condition d'unanimité des parties au contrat normalement exigée est ici assouplie et substituée par une simple condition de majorité (B).

A- LES MANIFESTATIONS DU PRINCIPE D'IRREVOCABILITE

22. Si l'irrévocabilité contractuelle constitue bien le principe en tant que corollaire direct de la force obligatoire du contrat, encore faut-il s'accorder sur le sens exact de la formule. L'irrévocabilité contractuelle est une formule elliptique pour désigner, d'une part, l'irrévocabilité du contrat à *exécution instantanée et à exécution successive à durée déterminée* (1) et, d'autre part, l'irrévocabilité *unilatérale* desdits contrats (2) dont le contrat de société constitue une parfaite illustration.

unilatéral, cette forme de société n'écarte pas pour autant la possibilité d'une relation contractuelle entre la société et son unique associé laquelle, de la même manière que les sociétés pluripersonnelles, se trouve liée à son unique associé par un contrat d'apport.

1- L'irrévocabilité du contrat de société à durée déterminée

23. Signification de l'irrévocabilité contractuelle. L'irrévocabilité ne signifie pas qu'une fois le contrat conclu, les parties sont liées à perpétuité et que, hors cas pathologiques⁹⁸, elles se trouveront unies pour l'éternité⁹⁹. L'irrévocabilité contractuelle signifie, en réalité, irrévocabilité jusqu'à l'exécution intégrale du contrat¹⁰⁰ ou irrévocabilité des engagements jusqu'au terme extinctif¹⁰¹ convenu. Il existe dans ces contrats à durée déterminée une obligation accessoire de faire et de résultat consistant dans le respect du terme extinctif, obligation en revanche absente des contrats successifs à durée indéterminée¹⁰². Par conséquent, dès lors que les parties ont choisi¹⁰³ d'affecter un terme à leur contrat, les parties doivent en principe s'y

⁹⁸ Expression empruntée au Professeur Jacques Azema, *La durée des contrats successifs*, LGDJ, 1969, n° 5, p. 3, pour désigner « *les hypothèses dans lesquelles la durée du contrat est influencée par un évènement exceptionnel* », tels le décès, l'incapacité dans les contrats *intuitus personae* et, de façon plus générale, la survenance d'un évènement de force majeure ou la faute d'une partie.

⁹⁹ Sur les relations entre le droit et l'éternité, v. J. Mestre, « Rapport introductif », in *Durées et Contrat*, RDC 2004, n° spécial, LGDJ, p. 7 : « *A son égard, notre droit a manifestement quelque mal à se déterminer. D'un côté, la méfiance règne à l'égard des engagements à vie, mais de l'autre, pourquoi faudrait-il se séparer d'une relation contractuelle qui donne satisfaction à tous ?* ».

¹⁰⁰ B. Houin, *La rupture unilatérale des contrats synallagmatiques*, thèse Paris II, 1973, p. II : « *l'exécution des obligations constitue le seul mode normal d'extinction du contrat* ».

¹⁰¹ En l'absence de définition légale, le « terme extinctif » est communément défini de la manière suivante : un évènement futur et certain qui affecte l'exigibilité d'une obligation ou d'un contrat. Sa nature est toutefois controversée. V. L. Lawson-Body, « Réflexions sur la distinction entre le terme extinctif et le terme suspensif », *LPA*, 23 août 2002, n° 169, p. 3 et s. Pour certains, il s'agit d'une modalité. V. M. Nossereau, « Le terme, modalité de l'obligation », in *Le droit face au temps, Droit et patr.* janv. 2000, n° 78, p. 50 spéc. p. 55. Pour d'autres, il s'agit d'une cause d'extinction de l'engagement. V. L. Lawson-Body, « Réflexions sur la distinction entre le terme extinctif et le terme suspensif », *LPA*, 23 août 2002, n° 169, p. 3 et s. D'autres encore soutiennent la compatibilité des deux qualifications. V. C. Bloud-Rey, *Le terme dans le contrat*, PUAM, 2003, préf. P.-Y. Gautier, n° 159, p. 149 : non seulement le terme constitue un mode d'extinction mais également il constitue une modalité en ce sens qu'il vient préciser la durée d'exigibilité de l'obligation, qui au naturel ne l'est pas. Plus exceptionnellement, le terme constitue un élément constitutif du contrat, c'est-à-dire indispensable à la qualification du contrat, indispensable à ses caractéristiques, il fait partie intégrante du contrat. L'auteur donne l'exemple de la rente viagère dont le terme est nécessairement constitué par le décès d'une partie, terme qui ne saurait être supprimé ou substitué par un autre par les parties. D'autres auteurs encore contestent la nature de modalité *de l'obligation* et lui substituent celle de modalité *du contrat*. Autrement dit, le terme doit être entendu comme celui des obligations principales et pouvant ainsi se distinguer de celui assigné aux obligations secondaires qui trouvent pourtant leur source dans le même contrat. V. L. Lawson-Body, art. préc.

¹⁰² Y. Pagnerre, *L'extinction unilatérale des engagements*, éd. Panthéon-Assas, LGDJ, 2012, préf. B. Teysse et J.-M. Olivier, n° 451, p. 488.

¹⁰³ Le terme est gouverné par le principe de la liberté contractuelle. Les parties sont non seulement libres d'affecter un terme à leur engagement mais décident également de la fixation de l'échéance du terme dès lors que le législateur n'en a pas décidé autrement ou n'est pas intervenu pour fixer un maximum ou un minimum. V. M. Nossereau, « Le terme, modalité de l'obligation », in *Le droit face au temps, Droit et patr.* janv. 2000, n° 78 p. 50 ; N. Vignal, « La vie du lien contractuel », *Lamy droit civil, droit des contrats*, 1999, n° 405-49, F. Bujoli, *La durée du contrat*, thèse Nice-Sophia Antipolis, 2007, n° 166 et s., p. 93 et s. Les maxima qui sont imposés se justifient soit au regard de l'équilibre contractuel soit au regard de la liberté de la concurrence et de l'efficacité économique.

conformer sous peine d'engager leur responsabilité contractuelle¹⁰⁴. Le principe d'irrévocabilité prend alors tout son sens et confère à la force obligatoire un épanouissement absolu¹⁰⁵.

24. L'irrévocabilité du contrat de société. De manière tout à fait analogue, si les associés ne sont pas tenus *ad vitam aeternam* à l'égard des autres associés, les associés sont en principe tenus jusqu'au terme assigné à la société¹⁰⁶. En effet, à l'exception des sociétés dépourvues de personnalité morale¹⁰⁷, le contrat de société se présente comme un contrat successif à durée déterminée et a donc force obligatoire jusqu'à l'arrivée de ce terme. Les lois du 24 juillet 1966 et du 4 janvier 1978¹⁰⁸ ont en effet contraint les fondateurs à affecter un terme à leur contrat de société et à l'inscrire dans leurs statuts¹⁰⁹. Les associés, dans la limite de la durée maximale imposée¹¹⁰, disposent d'une liberté totale dans la détermination de la durée du contrat

¹⁰⁴ La Cour de cassation a rappelé à plusieurs reprises le principe de la force obligatoire du terme. V. par exemple Cass. com., 12 novembre 1996, *RJDA*, n° 343 : dans cet arrêt, la Cour de cassation a imposé le respect du délai de préavis précédant l'arrivée du terme extinctif du contrat à durée déterminée ; Cass. civ. 3^e, 19 mars 1997, pourvoi n° 95-15.091 : dans cet arrêt, la Cour de cassation a prescrit l'exécution du paiement des loyers jusqu'au terme convenu.

¹⁰⁵ N. Vignal, « La vie du lien contractuel », *Lamy droit civil, droit des contrats*, 1999, n° 405-40 et 405-58 : « *Le principe veut en effet que ce contrat (à durée déterminée) ait une force obligatoire absolue pendant toute sa durée* ». Ce n'est que *via* des instruments peu convaincants que la jurisprudence, de manière ponctuelle et dans un désir de justice contractuelle, y a parfois fait échec. V. C. Bloud-Rey, th. préc., n° 408, p. 345 et s. : l'auteur met par exemple en exergue l'application critiquable de la théorie de l'abus de droit pour faire obstacle au principe d'irrévocabilité. Toutefois, ainsi que le souligne l'auteur (n° 386 et s., p. 329 et s.), par application de l'article 1187 du Code civil, la faculté d'anticipation unilatérale du terme demeure autorisée dans une hypothèse précise, celle dans laquelle le terme bénéficie exclusivement à l'une des parties et permet ainsi à cette dernière d'exécuter son engagement prématurément puisque dans cette hypothèse l'exécution anticipée n'est pas susceptible de générer un quelconque préjudice au cocontractant. Toutefois, en matière contractuelle, le terme est présumé stipulé en faveur des deux parties.

¹⁰⁶ T. Favario, « Regards civilistes sur le contrat de société », *Rev. soc.* 2008, p. 53, spéc. p. 64 : « *En principe, la survenance du terme met fin de plein droit à la société. En conséquence si les associés continuent l'exploitation, une société de fait apparaît. Cette règle est une application pure et simple de celle du droit commun des contrats qu'édicté l'art. 1134, alinéa 1^{er}, du code civil : les associés se sont engagés pour une certaine durée, ni plus, ni moins* ». Toutefois, se conformant là encore au droit commun, le législateur leur offre la possibilité de proroger la durée de leurs relations initialement fixée dans les statuts. La décision de prorogation doit néanmoins nécessairement intervenir avant l'échéance du terme statutaire initial.

¹⁰⁷ V. *infra*, n° 53.

¹⁰⁸ Respectivement Loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 pour les sociétés commerciales et Loi n° 78-9 du 4 janvier 1978 pour l'ensemble des sociétés.

¹⁰⁹ Article 1835 du code civil ; Y. Chartier, « La société dans le code civil après la loi du 4 janvier 1978 », *D.* 1978, doct. p. 2917, n° 156 : « *On peut, il est vrai, imaginer que les statuts soient muets sur cette durée : une action en régularisation en vertu de l'article 1839 serait alors possible, mais elle serait finalement sans objet, car, en réalité, la société sera alors censée avoir été constituée pour sa durée maximum* » ; en ce sens, v. C. Bloud-Rey, th. préc., n° 319, p. 275.

¹¹⁰ L'article 1838 du Code civil impose une durée maximale de 99 ans. Toutefois, parce que de nombreux événements peuvent affecter les associés en cours de vie sociale, tels la faillite, l'incapacité ou le décès d'un associé, il apparaît difficile pour les associés de s'engager à plus long terme. Cela justifie que les associés conviennent généralement d'une durée plus courte, allant de cinq à vingt ans, pour les sociétés de personnes marquées d'un fort

de société¹¹¹. Toutefois, une fois cette durée fixée, leur liberté est bridée jusqu'à ce terme¹¹². La société s'inspire par conséquent des règles du droit commun¹¹³. Sans doute cela justifie-t-il que la plupart des ouvrages soient si peu éloquents sur la question¹¹⁴.

2- L'irrévocabilité unilatérale du contrat de société

25. L'exposé du principe *mutuus dissensus*¹¹⁵. L'expression « irrévocabilité contractuelle » doit être bien comprise. L'alinéa 2 de l'article 1134 du Code civil induit seulement une irrévocabilité *unilatérale* du contrat¹¹⁶. En effet, si une partie n'est pas autorisée à

intuitus personae. 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° 1098.

Toutefois, la prescription de ce terme maximum ne fait pas l'unanimité chez les auteurs. V. not. R. Libchaber, « Réflexions sur les engagements perpétuels et la durée des sociétés », *Rev. soc.* 1995, p. 437, spéc. p. 455-456 : l'auteur conteste l'utilité d'un délai maximum nouvellement imposé. Cette limitation n'est qu'« *une apparence dépourvue de consistance, puisqu'elle n'a rien d'impératif. L'article 1844-6 du code civil offre, par la prorogation de la société, le moyen de contourner la limitation de la durée de vie... l'existence de cette possibilité de prorogation incite à se demander en retour à quoi peut bien servir la limitation de la durée de vie* ». Cela révèle inévitablement un paradoxe du législateur : il impose une durée maximum et, en même temps, permet aux associés de la contourner. Egalement, v. C. Bloud-Rey, th. préc., n° 117, p. 116 et s. et n° 344, p. 295 : à l'argumentation du professeur Rémy Libchaber, l'auteur ajoute que cette durée maximum a perdu tout intérêt pour les associés dès lors que ceux-ci ont généralement la possibilité de sortir de la société par la vente de leurs parts sociales. L'affirmation doit toutefois être nuancée au regard de la SNC dans lesquelles les associés n'ont pas la possibilité de sortir de la société sans l'assentiment de leurs coassociés, la règle étant d'ordre public. En revanche, aucune disposition de portée générale n'impose de durée minimale. Il existe néanmoins des dispositions spéciales comme par exemple pour les groupements fonciers agricoles pour lesquels le législateur impose une durée minimale de neuf ans. Cette durée ne peut pas être inférieure à celle du bail à consentir à un groupement. V. A.P.S., « La durée de vie des sociétés », *Gaz. Pal.* 1979, doct. p. 18.

¹¹¹ La durée court à compter de l'immatriculation de la société au registre du commerce et des sociétés (Décret n° 78-704, article 3). Aucune disposition n'impose cependant de délai maximum pour immatriculer la société audit registre. Aussi le délai peut-il commencer longtemps à courir après l'élaboration de l'acte constitutif. V. A.P.S., art. préc.

¹¹² Cass. com., 23 octobre 2007, *Bull. civ.* IV, n° 224 ; *D.* 2007, AJ 2813, obs. A. Lienhard : à l'arrivée de ce terme, la société est dissoute de plein droit sauf prorogation de sa durée.

¹¹³ T. Favario, « Regards civilistes sur le contrat de société », *Rev. soc.* 2008, p. 53, spéc. p. 64.

¹¹⁴ La plupart des manuels insistent davantage sur la possibilité qu'ont les associés de proroger la société dont la procédure se distingue partiellement du droit commun. V. par exemple M. Germain, G. Ripert et R. Roblot, *Traité de droit commercial*, T. 1, vol. 2, *Les sociétés commerciales*, 20^e éd., LGDJ, 2011, n° 1098 ; Y. Guyon, *Droit des affaires*, T. 1, *Droit commercial général et sociétés*, 12^e éd., Economica, 2003, n° 200 ; P. Merle, *Droit commercial, Sociétés commerciales*, 17^e éd., Dalloz, 2014, n° 130 ; C. Najm-Makhlouf, *Tacite reconduction et volonté des parties*, LGDJ, 2013, préf. H. Lécuyer, n° 197 et s., p. 100 et s.

¹¹⁵ B. Houin, *La rupture unilatérale des contrats synallagmatiques*, thèse Paris II, 1973, p. 54 : « *Le mutuus dissensus est la conjonction de la volonté de deux parties qui se rencontrent pour produire des effets de droit. Il n'est pas une double et réciproque renonciation, monstre juridique procédant d'une conception bizarre* ». Cette définition est toutefois critiquable car elle ne prend en considération que les contrats synallagmatiques, délaissant ainsi les contrats multilatéraux.

¹¹⁶ Y. Pagnerre, *L'extinction unilatérale des engagements*, éd. Panthéon-Assas, LGDJ, 2012, préf. B. Teyssié et J.-M. Olivier, n° 201, p. 213 : « *L'acte unilatéral extinctif gêne, bien plus que d'autres actes unilatéraux. Et il en est*

mettre fin unilatéralement au contrat avant l'échéance du terme, le législateur a entendu laisser aux parties le droit de mettre un terme à leur relation lorsque celles-ci le souhaitent mutuellement : « *le terme, en ce qu'il rattache d'un commun accord l'épuisement de l'exécution contractuelle à un évènement objectif ultérieur, dessaisit chacun des contractants, dès la conclusion du contrat, du pouvoir de s'en remettre à la volonté souveraine d'un seul pour décider d'une autre date à laquelle se terminera le rapport d'obligation* »¹¹⁷. A contrario, la volonté commune est opérante. Les parties peuvent donc conjointement convenir à tout moment de mettre fin à leurs relations contractuelles à une date antérieure à celle décidée lors de la conclusion du contrat. La formule « irrévocabilité contractuelle » fait ainsi l'objet d'une compréhension restrictive. C'est ce que traditionnellement la doctrine résume par l'expression latine « *mutuus dissensus* »¹¹⁸.

26. L'application du *mutuus dissensus* au contrat de société. Par analogie, les associés peuvent décider d'un commun accord de mettre fin de manière anticipée au contrat de société et éteindre celui-ci avant l'échéance du terme statutaire. Il s'agit d'une décision éminemment grave dans la mesure où, acquérant une autonomie totale sur la scène juridique, la société personne morale multiplie les relations avec les tiers. Dès lors, créanciers et salariés sont dépendants de l'existence de la société. Alors même que certains tiers pourront souffrir de cette disparition, l'autonomie de la volonté des associés retrouve ici son plein empire, mettant sans aucun doute en

ainsi parce qu'il semble remettre en cause un des principes fondateurs du droit des contrats : la force obligatoire du contrat qui a son siège à l'article 1134, alinéa 1^{er}, du code civil. L'extinction du contrat ne peut se faire que par l'accord de l'autre sous peine de vider le contrat de son sens ». Par conséquent, poursuit l'auteur (n° 1, p. 20) « *l'extinction unilatérale d'un engagement apparaît d'emblée paradoxale : s'engager, ce n'est pas pouvoir se délier... en réalité, s'engager ce n'est pas vouloir se délier* ».

¹¹⁷ H. Roland, « Regard sur l'absence de terme extinctif dans les contrats successifs », in *Mél. P. Voirin*, LGDJ, 1966, p. 740 ; en ce sens, v. B. Houin, th. préc., p. 11 : « *C'est une règle générale que l'un des contractants ne saurait rompre unilatéralement le contrat* ».

¹¹⁸ La dénomination *mutuus dissensus* fait polémique. Certains auteurs dénoncent le caractère inadéquat de l'expression employée. Dès lors, il apparaît préférable comme en droit romain de lui substituer d'autres termes : « résiliation amiable », « résolution amiable », « révocation amiable », « renonciation d'un commun accord », « distrat » ou encore « annulation amiable ». Cette dernière dénomination apparaît toutefois critiquable. V. P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit civil, Les obligations*, 5^e éd., Defrénois., 2011, n° 756 : à l'expression « *Mutuus dissensus* » devrait être substituée celle de *contrarius consensus*, alias consentement contraire, comme le droit romain lui substituait déjà. V. cependant R. Vatinet, « Le *mutuus dissensus* », *RTD civ.* 1987, p. 252 : celle-ci souligne dans son article précité que : « *la singularité du concept réside non dans le fait d'un dissentiment, mais dans le paradoxe que l'on est d'accord pour mettre fin à l'accord* ».

exergue la nature contractuelle de la société¹¹⁹. En effet, si avant la loi du 24 juillet 1966, aucune disposition spécifique au contrat de société ne consacrait le *mutuus dissensus* comme un mode d'extinction du contrat de société, il était pourtant déjà communément reconnu applicable au contrat de société¹²⁰. Désormais, l'alinéa 2 de l'article 1134 du Code civil trouve écho en droit des sociétés à l'article 1844-7, 4° du Code civil qui confère aux associés le droit de mettre fin par leur accord mutuel au contrat de société.

27. La portée générale du *mutuus dissensus*. Expression peu usuelle¹²¹, il ne fait pour autant aucun doute que « le *mutuus dissensus* fait aujourd'hui partie intégrante de la théorie générale du contrat »¹²². En effet, il constitue un mode de droit commun d'extinction des obligations bien que ne figurant pas parmi les causes d'extinction des obligations énumérées par l'article 1234 du Code civil¹²³. Le *mutuus dissensus* connaît un domaine général¹²⁴, applicable à tous les contrats synallagmatiques à titre onéreux et même au-delà : « *il est permis de voir dans le *mutuus dissensus* un principe général qui déborde le droit des contrats stricto sensu, pour s'appliquer à tout accord de volonté, même lorsqu'il donne naissance à une institution* »¹²⁵.

¹¹⁹ T. Favario, « Regards civilistes sur le contrat de société », *Rev. soc.* 2008, p. 53, spéc. p. 65 : « Pothier l'admettait déjà comme une évidence. Curieusement, le code Napoléon n'évoque pas cette cause de dissolution de la société, comme si elle s'imposait forcément. Il est vrai que celle-ci n'est qu'une application particulière du *mutuus dissensus*, règle issue du droit commun des contrats que consacre l'article 1134, alinéa 2, du Code civil » ; F. Deboissy, « Le contrat de société », in *Le contrat, Travaux de l'Association Henri Capitant*, Société de législation comparée, 2005, p. 119, spéc. p. 140.

¹²⁰ P. Pic, *Droit commercial, Des sociétés commerciales*, T. 1, éd. A. Rousseau, 1908, n° 558.

¹²¹ La pratique et la doctrine s'intéressent peu à ce mode d'extinction. Il n'y a pas pléthore d'articles en la matière ! Les écrits doctrinaux sont, en effet, peu fertiles sur cette notion. V. E. Putman, « La révocation amiable », in *La cessation des relations contractuelles d'affaires*, PUAM, 1997, p. 125, spéc. p. 125 : l'auteur souligne le paradoxe que soulève le *mutuus dissensus*. S'il se présente comme une règle commune, le *mutuus dissensus* est souvent présenté comme un contrat spécial. Toutefois, le peu d'arrêts existant en la matière ne signifie pas que les parties recourent rarement à ce mode d'extinction mais qu'il fait l'objet de peu de contentieux. C'est ce que souligne le Professeur Emmanuel Putman, art. préc., spéc. p. 131 : « *Mode de rupture paisible, le *mutuus dissensus* n'est pas normalement destiné à avoir une histoire judiciaire. Aussi sa place assez modeste dans les recueils de jurisprudence pourrait-elle être le signe de sa bonne santé* » ; v. également E. Putman, « La disparition du lien contractuel par volonté commune », *Lamy droit civil, Droit des contrats*, n° 470-21 : l'absence de situation litigieuse ou de concession réciproque permet justement de distinguer le *mutuus dissensus* de la transaction.

¹²² R. Vatinet, « Le *mutuus dissensus* », *RTD civ.* 1987, p. 252, spéc., p. 267.

¹²³ E. Putman, « La révocation amiable », art. préc., spéc. p. 130.

¹²⁴ R. Vatinet, art. préc., spéc. p. 267.

¹²⁵ R. Vatinet, art. préc., spéc. p. 268 : l'auteur fait ici référence au contrat de mariage, mais sa formulation peut être étendue à tous les « contrats-institution » parmi lesquels figurent les contrats donnant naissance à des personnes morales ; en ce sens, v. 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. 778. Toutefois, certains auteurs contestent l'application du *mutuus dissensus* au contrat de mariage en raison de l'autorisation que doit donner le juge. V. P. Delebecque et F.-J. Pansier, *Droit des obligations, Contrat et quasi-contrat, Cours objectif droit*, 6^e éd., Litec, 2013, n° 356 ; P. Malinvaud,

Preuve en est que, à l'instar de l'alinéa 2 de l'article 1134 du Code civil, l'article 1844-7, 4° revêt une portée générale. La disposition a ainsi vocation à s'appliquer quel que soit le type de société considérée, que celle-ci soit cotée ou non, de personnes ou par actions.

Pour autant, le même constat qu'en droit commun peut être effectué : s'il n'a jamais été remis en cause par la pratique ou par la doctrine, le *mutuus dissensus* connaît peu de succès. La raison en est simple. Dès lors que la société est prospère et qu'aucune mésentente n'est avérée, aucun associé n'a intérêt à en souhaiter sa dissolution. En effet, la cause de l'obligation des associés réside dans la réalisation d'un profit. Dès lors, si la société continue de générer des bénéfices, il apparaît peu logique que les associés souhaitent la disparition de la poule aux œufs d'or. Toutefois, ainsi que le souligne Yves Guyon « *la volonté de s'associer est le support des relations sociales. Si cet élément disparaît chez tous les associés, la société ne doit pas continuer d'exister* »¹²⁶. Il s'ensuit que si, par leur vote, les associés manifestent leur volonté non équivoque de mettre fin à la société, créanciers et juge devront se soumettre à la décision collective même si la société est florissante. Il en résulte que, en droit des sociétés, le *mutuus dissensus* est nécessairement exprès et, en cela, se distingue du droit commun¹²⁷.

28. L'effet extinctif du *mutuus dissensus*. Le *mutuus dissensus* a pour effet de mettre fin à l'engagement contractuel¹²⁸ et de mettre à l'abri de toute responsabilité résultant de la cessation du rapport contractuel¹²⁹. Concernant les effets déjà réalisés, deux hypothèses sont à envisager : d'une part, les effets produits entre les parties, d'autre part, les effets produits à l'égard des tiers. Concernant la première hypothèse, et à défaut de clause contraire, le *mutuus dissensus* produit en principe le même effet que l'accomplissement d'une clause résolutoire. En d'autres termes, il

D. Fenouillet, *Droit des obligations*, 12^e éd., Litec, 2012, n° 421 ; E. Putman, « La révocation amiable », in *La cessation des relations contractuelles d'affaires*, PUAM, 1997, p. 125, spéc. p. 131 : le *mutuus dissensus* n'est exclu que pour certains contrats à titre gratuit, tel le contrat de donation.

¹²⁶ Y. Guyon, *Droit des affaires*, T. 1, *Droit commercial général et sociétés*, 12^e éd., Economica, 2003, n° 203.

¹²⁷ Sur la possibilité de voir dans la mésentente une forme tacite de *mutuus dissensus*, v. *infra*, n° 444 et s.

¹²⁸ E. Putman, art. préc., spéc. p. 126-127 : « le *mutuus dissensus* est tout de même un contrat un peu particulier, car c'est un contrat qui met fin à un contrat » ; v. également A. Brès, *La résolution du contrat par dénonciation unilatérale*, Litec, 2009, préf. J. Raynard, n° 378 et s., p. 226 et s. : l'auteur spécifie qu'il s'agit, à l'instar de la résolution par dénonciation unilatérale, d'un mode extra-judiciaire d'extinction de l'engagement, mais qui s'en différencie par son caractère conventionnel ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations*, 11^e éd., Dalloz, 2013, n° 476 : hormis les contrats successifs, dans le silence des parties, le *mutuus dissensus* produit le même effet qu'une condition résolutoire, autrement dit, il produit un effet rétroactif.

¹²⁹ B. Houin, *La rupture unilatérale des contrats synallagmatiques*, thèse Paris II, 1973, p. 56.

implique une remise en l'état initial de la situation qui existait avant la conclusion du contrat¹³⁰. Il peut donc en résulter des restitutions réciproques lorsque le contrat a déjà fait l'objet d'un commencement d'exécution¹³¹. Toutefois, cette rétroactivité est difficilement envisageable dans certains contrats, tels les contrats de louage d'ouvrage ou de prestations de service, et plus généralement les contrats à exécution successive, dans lesquels le *mutuus dissensus* n'est souvent appelé à jouer que pour l'avenir. Dans ces derniers, cependant, les parties conviennent souvent des modalités de cette résiliation anticipée¹³². En revanche, le *mutuus dissensus* laisse subsister les obligations post-contractuelles¹³³, ce qui peut paraître surprenant au regard de son effet rétroactif¹³⁴. Concernant la seconde hypothèse, la résiliation amiable ne doit pas porter atteinte aux droits des tiers. Il en résulte, qu'à leur égard, celle-ci se réalise sans rétroactivité. L'article 1165 du Code civil, consacrant le principe de l'effet relatif des conventions, interdit en effet de revenir sur un droit qu'un tiers aurait obtenu du fait de la conclusion du contrat initial¹³⁵.

S'agissant du contrat de société, et conformément au droit commun, le *mutuus dissensus* dissout le lien contractuel entre tous les associés lesquels se trouvent alors libérés de la force obligatoire du pacte social. Toutefois, en raison de son caractère successif, le *mutuus dissensus* n'opère pas comme une résolution mais comme une résiliation¹³⁶. Il est seulement mis fin au contrat de société pour l'avenir. Aucune distinction n'existe donc entre les effets produits à l'égard des parties et à l'égard des tiers. Partant, si par application de l'article 1165 du Code civil les associés demeurent tenus de leurs obligations contractées antérieurement à l'égard des tiers, il n'y aura pas non plus de retour au *statu quo ante* concernant les parties en raison de l'ampleur des effets susceptibles d'être produits avant le *mutuus dissensus*.

¹³⁰ Cass. civ., 27 juillet 1892, DP 1892, 1, p. 462.

¹³¹ R. Vatinet, art. préc., spéc. p. 278 : « pour éviter un enrichissement injuste, la rétroactivité s'impose lorsque le contrat rompu a fait l'objet d'un commencement d'exécution. On peut le plus souvent présumer que telle était l'intention des parties ». V. par exemple Cass. com., 30 novembre 1983, n° 82-13.323, Bull. civ. IV, n° 337, RTD civ. 1985, p. 166, obs. J. Mestre, RTD com. 1985, p. 149, obs. J. Hémar et B. Bouloc.

¹³² R. Vatinet, art. préc., spéc. p. 278.

¹³³ G. Blanc-Jouvan, note sous Cass. soc., 20 décembre 2006, D. 2007, comm., p. 555.

¹³⁴ R. Vatinet, art. préc., spéc. p. 280 : concernant les clauses relatives à l'après-contrat : clauses pénales, clauses compromissaires, clauses de non-concurrence, clauses relatives à l'indemnisation d'une éventuelle résiliation amiable, « a priori, elles font partie intégrante du contrat initial ; la révocation de ce dernier devrait donc en provoquer l'extinction, comme celle de tout le contrat ». Toutefois, leur maintien se justifie par leur vocation à s'appliquer justement après que le contrat initial ait pris fin.

¹³⁵ E. Putman, art. préc., spéc. p. 145 : « La révocation du contrat par consentement mutuel ne saurait préjudicier aux droits des tiers. A leur égard, le *mutuus dissensus* opère donc sans rétroactivité, comme une résiliation » ; R. Vatinet, art. préc., spéc. p. 257, p. 277 et p. 280 et s.

¹³⁶ D. Vidal, *Droit des sociétés*, 7^e éd., LGDJ, 2010, n° 277 : l'auteur évoque l'hypothèse d'une résiliation volontaire par *mutuus dissensus* déniait tout effet rétroactif à cette cause d'extinction du contrat de société.

29. Le(s) fondement(s) du *mutuus dissensus*. Pour autant, si l'application de cette règle au contrat de société n'est pas contestée, certains refusent d'y voir là l'empreinte du droit commun des contrats. En effet, deux fondements antagonistes ont été avancés. D'opinion minoritaire, cette règle puiserait sa source dans le caractère institutionnel de la société. Les partisans de cette théorie soutiennent « *qu'une personne morale peut toujours, à condition que sa volonté soit régulièrement exprimée, décider à tout moment de sa propre dissolution* »¹³⁷. D'opinion majoritaire à laquelle nous adhérons, cette cause d'extinction témoigne incontestablement de la nature contractuelle de la société, laquelle, par suite, se forme et se défait de la même manière que tout contrat¹³⁸. C'est ainsi que « *par un acte de volonté contraire, (les associés) retirent à la société la vie qu'ils lui avaient insufflée* »¹³⁹. Elle constitue indiscutablement la cause de dissolution la plus contractuelle de la société¹⁴⁰.

30. Une influence contractuelle anticipée. Toutefois, s'il est vrai que l'article 1844-7, 4° du Code civil constitue bien la transposition du principe *mutuus dissensus* édicté à l'article 1134, alinéa 2, du Code civil, il n'en demeure pas moins qu'en réalité, cette règle issue du droit romain était *ab initio* attachée au seul contrat de société et qu'avec l'avènement du principe du consensualisme, devenu un pilier de la théorie générale du contrat, elle avait par suite été généralisée au profit de tous les contrats¹⁴¹. Dès lors, si la rédaction de l'article 1844-7, 4° du Code civil est bien postérieure à celle de l'article 1134 du même Code, le droit commun des

¹³⁷ A. Bougnoux, *Fasc. 30-10 : Dissolution des sociétés*, in *J-Cl soc.*, 2006, n° 63.

¹³⁸ J. Guyénot, « Les huit causes communes de dissolution », *Gaz. Pal.* 1980, 2, doct., p. 357, spéc. p. 397 : « *Ce texte consacre une solution du droit antérieur pleinement motivée : la volonté unanime des associés qui a le pouvoir de constituer ou de modifier la société, doit à l'inverse jouir de la faculté de mettre fin au contrat de société avant l'arrivée du terme convenu. Bien qu'elle provoque la disparition d'un être moral, la décision des associés qui est censée dépendre de la vue qu'ils ont de leur intérêt, est souveraine...* ».

¹³⁹ E. Schaeffer, « Des causes d'ordre public de dissolution des sociétés », in *Mél. J. Hamel, Dix ans de conférences d'agrégation*, 1961, p. 227, spéc. p. 228.

¹⁴⁰ En ce sens, v. M. Cozian, A. Viandier et F. Deboissy, *Droit des sociétés*, 26^e éd., Litec, 2013, n° 477 ; H. Azarian, *La société par actions simplifiée*, 2^e éd., Litec, 2007, préf. A. Viandier, n° 325 : « *Cette cause de dissolution est sans nul doute la plus révélatrice de la nature contractuelle des sociétés en général. Elle repose, en effet sur la toute-puissance de la volonté des parties au contrat de société, qui s'exprime par la possibilité de défaire par une décision des associés ce qui a été fait d'un commun accord... La dissolution volontaire n'est pas sans rappeler ce que l'on nomme en droit des contrats le *mutuus dissensus* qui peut mettre fin prématurément à un contrat en cours d'exécution* ».

¹⁴¹ R. Vatinet, « Le *mutuus dissensus* », *RTD civ.* 1987, p. 252, spéc. p. 252 ; T. Favario, « Regards civilistes sur le contrat de société », *Rev. soc.* 2008, p. 53, spéc. p. 65 ; J.-P. Delville, G. Guiheux, M. Herail, T. Noel, L. Nurit et E. Richard, *Droit des affaires, Questions actuelles et perspectives historiques*, sous la dir. de E. Richard, Presses Universitaires de Rennes, 2005, n° 961 et n° 964 : les moyens d'extinction de la société, notamment le *mutuus dissensus*, sont posés dès la période classique (à partir de 150 av. J.C.).

contrats s'est bien inspiré du droit des sociétés pour se construire. Partant, il est souvent difficile de savoir lequel a été la muse de l'autre. L'analogie entre ces deux dispositions n'est cependant pas totale. Une différence sensible existe concernant leur mise en œuvre.

B- L'INFLECHISSEMENT DU PRINCIPE D'IRREVOCABILITE : LE *MUTUUS DISSENSUS* ASSUJETTI A LA LOI DE LA MAJORITE

31. Si le principe d'irrévocabilité contractuelle s'oppose à ce qu'un associé puisse provoquer la dissolution de la société par sa seule manifestation de volonté (1), le législateur du droit des sociétés ne prescrit cependant pas comme en droit commun des contrats une décision unanime des associés pour mettre fin prématurément à la société (2).

1- La révocabilité du contrat de société subordonnée à l'accord collectif des associés

32. L'exigence d'une décision collective en droit commun des contrats. Si le Code civil ne requiert plus aucune condition afférente au moment où doit intervenir le *mutuus dissensus*¹⁴², une condition demeure toutefois nécessaire pour son effectivité : la réunion d'un consensus des contractants. Autrement dit, la disparition du contrat est subordonnée à l'expression de la volonté collective des parties. L'expression *mutuus dissensus* l'induit et requiert ainsi « *la nécessité d'une volonté réciproque pour rompre le rapport d'obligation* »¹⁴³. Cette condition *sine qua non* est aussi bien exigée en matière de contrats bilatéraux¹⁴⁴ qu'en matière de contrats collectifs¹⁴⁵ et a, donc, pour corollaire le rejet de la volonté unilatérale comme cause générale d'extinction de l'engagement. La rupture unilatérale¹⁴⁶ apparaît comme un mode

¹⁴² R. Vatinet, art. préc., spéc. p. 256 et p. 276 ; E. Putman, art. préc., spéc. p. 126 : le *mutuus dissensus* peut intervenir qu'il y'ait eu ou non commencement d'exécution.

¹⁴³ R. Guillien et J. Vincent, *Lexique des termes juridiques*, 21^e éd., Dalloz, 2014, p. 620 ; v. également A. Brès, *La résolution du contrat par dénonciation unilatérale*, Litec, 2009, préf. J. Raynard, n° 378, p. 226-227 : « *La révocation conventionnelle résulte de l'expression d'une volonté commune de mettre fin au contrat* », ce qui précisément selon l'auteur la différencie d'une résolution par dénonciation unilatérale qui est le fait d'un seul contractant et suppose donc une mise en œuvre unilatérale ; E. Putman, art. préc., spéc. p. 132.

¹⁴⁴ Cass. com. 3 décembre 1985, *D.* 1986, *IR* 342 obs. Y. Serra, *RTD civ.* 1986, p. 746-747, obs. J. Mestre ; Cass. soc. 17 février 1993, *Dr. soc.* 1993, comm. 384.

¹⁴⁵ Cass. civ. 4 juillet 1810, *Jur. Gén.* v° Obligations, n° 660. Toutefois, le Professeur Emmanuel Putman souligne, art. préc., spéc. p. 133 : « *là où l'accord a été collectif, le désaccord doit l'être aussi* ».

¹⁴⁶ B. Houin, *La rupture unilatérale des contrats synallagmatiques*, thèse Paris II, 1973, p. 4 : « *La rupture unilatérale d'un contrat peut être définie comme l'acte juridique unilatéral dont l'objet et l'effet sont de mettre fin*

exceptionnel d'extinction du contrat¹⁴⁷ et constitue un des plus grands *hiatus* entre le droit public et le droit privé¹⁴⁸.

33. L'exigence d'une décision collective en droit des sociétés. A l'instar de l'article 1134, alinéa 2, du Code civil, l'article 1844-7, 4° du même Code subordonne l'extinction volontaire anticipée du contrat de société à la volonté « collective » des associés.

Ceci implique deux choses.

D'une part, seules *les parties* ont le pouvoir de décider d'une rupture anticipée du contrat de société. Seule puissante à faire naître le contrat, la volonté des associés parties au contrat de société permet seule d'anéantir prématurément la société. Il en résulte que ni les créanciers¹⁴⁹, ni les dirigeants¹⁵⁰, ne peuvent se substituer aux associés dans cette décision. Ces derniers, réunis en assemblée générale, détiennent le monopole de cette décision capitale afférente à la rupture anticipée du contrat de société.

D'autre part, seule une *initiative collective* des parties peut conduire à l'extinction anticipée dudit contrat. La rupture anticipée requiert ainsi en principe le consensus des associés¹⁵¹. Excepté les cas des sociétés dépourvues de personnalité morale et des sociétés

définitivement à une convention ». Il est possible d'assimiler à la notion de rupture unilatérale celle d' « extinction unilatérale » employée par Monsieur Yannick Pagnerre, *L'extinction unilatérale des engagements*, éd. Panthéon-Assas, LGDJ, 2012, préf. B. Teyssié et J.-M. Olivier.

¹⁴⁷ B. Houin, th. préc., p. II, souligne à cet effet que : « *Le code civil ne contient aucune disposition générale admettant la rupture unilatérale comme mode d'extinction des conventions. Cette ignorance est volontaire* » ; v. également R. Encinas de Munagorri, *L'acte unilatéral entre les parties au contrat*, thèse Paris X, 1994, n° 4, p. 7. Toutefois, v. le Professeur Emmanuel Putman, art. préc., spéc. p. 126. L'auteur nuance cette affirmation et souligne que « *les dispositions légales permissives se sont elles à ce point multipliées, que le mutus dissensus lui-même a cessé d'apparaître comme le principe, pour devenir, dans le contentieux tout du moins, un spécimen rare, sorte de curieux coléoptère aux élytres brillants, périodiquement ramené de quelque Amazonie par un entomologiste du droit, qui en fait alors admirer la physionomie idéale* ». Il ajoute p. 134 : « *La faculté de résiliation unilatérale des contrats à durée indéterminée ferait aisément oublier que la révocation extrajudiciaire par volonté unilatérale n'est pas de droit commun* ».

¹⁴⁸ B. Houin, th. préc., p. VI : « *L'administration dispose d'un pouvoir propre de rupture qui lui permet d'échapper à la force obligatoire de la convention. Le fondement de cette prérogative se trouve dans la notion de service public... La dénonciation doit reposer sur un motif d'intérêt général... En contrepartie de ce privilège exorbitant, le contractant a droit à une indemnité de résiliation* ».

¹⁴⁹ CA Rouen, 14 avril 2004, *RJDA* 2005, n° 39, p. 32 : le juge n'a pas le droit d'autoriser un créancier exerçant l'action oblique à se substituer aux associés dans cette décision. Toutefois, cette même Cour d'appel (CA Rouen, 14 octobre 1966, *D.* 1967, p. 134) a admis que cette décision pouvait être annulée si elle était motivée par une intention frauduleuse. Il n'est de surcroît pas exclu que les créanciers puissent requérir la dissolution de la société pour justes motifs.

¹⁵⁰ Même de façon indirecte en aliénant par exemple l'unique fonds de commerce. Toutefois, la décision ne sera pas forcément susceptible d'encourir la nullité par mesure de protection pour les tiers.

¹⁵¹ L. Amiel-Cosme, v° La dissolution, in *Rép. soc.*, Dalloz, 2009, n° 53 : « *A priori, la formule de l'article 1844-7, 4°, du Code civil, qui vise comme cause de dissolution la dissolution anticipée décidée par les associés, semble*

unipersonnelles, la dissolution unilatérale a en effet perdu les faveurs du législateur. Il en résulte que la seule constatation d'une perte d'*affectio societatis* chez un associé en cours de vie sociale est insuffisante à provoquer la dissolution de la société¹⁵². Seule l'existence de justes motifs rigoureusement encadrés par la jurisprudence permet d'accueillir la demande d'une dissolution anticipée de la société effectuée par un associé¹⁵³. La mésestente, en effet, ne se résume pas à une simple perte d'*affectio societatis* chez les associés¹⁵⁴. Aussi, pour prétendre constituer un juste motif de dissolution, les juges exigent-ils, en principe, non seulement que le demandeur ne soit pas à l'origine de la mésestente¹⁵⁵ mais, également, que cette mésestente engendre une paralysie de la société¹⁵⁶. La dissolution de la société pour mésestente, à la différence de l'échéance du terme, ne constitue donc pas un cas de dissolution de plein droit puisqu'elle fait intervenir une décision judiciaire¹⁵⁷. Un associé ou une minorité d'associés n'est donc pas en droit de résilier le contrat de société de manière anticipée. L'article 1134 du Code civil s'y oppose formellement. Pour autant, le législateur a opté en droit des sociétés pour une appréhension moins restrictive du principe d'irrévocabilité que celle du droit commun des contrats.

exclure celle résultant de la volonté unilatérale d'un associé ». Sur l'abandon de la résiliation unilatérale comme cause de dissolution des sociétés personnifiées, v. *infra*, n° 52.

¹⁵² V. *infra*, n° 68 et n° 167.

¹⁵³ Article 1844-7-5° du Code civil : « *La société prend fin par la dissolution anticipée prononcée par le tribunal à la demande d'un associé pour justes motifs, notamment en cas d'inexécution de ses obligations par un associé, ou de mésestente entre associés paralysant le fonctionnement de la société* ».

¹⁵⁴ Ce n'est que de manière exceptionnelle et dans certaines circonstances que la Cour d'appel a pu décider que la disparition de l'*affectio societatis* devait mener à la dissolution de la société. V. CA Paris, 12 septembre 2003, *Dr. soc.* 2004, comm. 45.

¹⁵⁵ V. par exemple Cass. com., 16 juin 1992, pourvoi n° 96-20473 ; *Rev. soc.* 1992, p. 731. Toutefois, la dissolution est prononcée lorsque la mésestente est reconnue par les deux parties, sans pour autant que les juges aient pu déterminer à qui la mésestente était imputable. V. Cass. com., 13 février 1996, *Bull. civ.* IV, n° 49 ; *D.* 1997, p. 108, note D. Gibirila ; *Dr. soc.* 1996, comm. 95, note T. Bonneau ; *Bull. Joly soc.* 1996, p. 498, note J.-J. Daigre ; *Rev. soc.* 1996, p. 563, note J. Honorat.

¹⁵⁶ A l'inverse, lorsqu'aucune paralysie de la société n'est constatée, les juges refusent de considérer la mésestente comme cause de dissolution de la société. V. Cass. com., 31 janvier 1989, *Bull. civ.* IV, n° 46 ; Cass. com., 20 octobre 1998, *RJDA* 1999, p. 437, obs. C. Champaud et D. Danet. Toutefois, la jurisprudence a accepté de prononcer la dissolution alors que la paralysie de la société n'était que partielle. V. CA Paris, 5 mars 2002, *Rev. soc.* 2002, p. 368, obs. Y. Guyon.

¹⁵⁷ Les juges du fond apprécient souverainement s'il y a lieu de mettre en oeuvre l'article 1844-7-5° du Code civil. V. Cass. req., 19 février 1873, *DP* 1873, 1, p. 368 ; Cass. req., 15 mars 1881, *DP* 1882, 1, p. 421 ; Cass. com. 24 avril 1952, *Bull. civ.* IV, n° 164 ; Cass. civ. 1^{ère}, 20 octobre 1965, *Bull. civ.* I, p. 562.

2- La révocabilité du contrat de société subordonnée à la seule majorité des associés

34. La dérogation à la condition d'unanimité. Alors que le droit commun exige l'obtention d'une unanimité des parties présentes à la conclusion de l'acte, le droit des sociétés a sensiblement assoupli cette condition en permettant à une majorité seulement de voter cette dissolution anticipée. La décision revêt donc toujours un caractère collectif mais ne revêt pas forcément un caractère unanime. C'est là une différence d'ampleur entre le droit commun des contrats et le droit des sociétés que ne manque pas de souligner la doctrine¹⁵⁸.

En effet, à l'analyse des conditions de sa mise en œuvre, l'article 1844-7, 4° du Code civil se révèle être une réplique imparfaite de l'article 1134 du Code civil. Une dichotomie s'opère alors entre le contrat de droit commun et le contrat de société. Pour le premier, l'effectivité du *mutuus dissensus* suppose nécessairement le consentement de toutes les parties à l'acte. L'opposition d'une partie seulement suffit à rendre la rupture inopérante et, par suite, la force obligatoire du contrat subsiste. Pour le second, dans une large mesure, la loi de la majorité prend le pas sur la loi de l'unanimité. En effet, en la matière, s'inscrivant dans la continuité du droit romain¹⁵⁹, et se démarquant par là des autres contrats collectifs, le législateur n'a pas posé comme condition générale d'efficacité de la rupture anticipée du contrat, l'unanimité des associés. A première vue, à 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* », l'unanimité est érigée à titre de principe¹⁶⁰. Pourtant, les dispositions en faveur de la loi de la majorité sont si nombreuses qu'il est possible d'y voir la consécration d'un renversement du principe en matière de société. Il n'y a là rien de très étonnant. Décider de rompre le contrat prématurément revient en effet simplement à modifier la durée statutaire du contrat et relève donc de la compétence de la

¹⁵⁸ Y. Guyon, *Droit des affaires*, T. 1, *Droit commercial général et sociétés*, 12^e éd., Economica, 2003, n° 203 : « *La dissolution volontaire rappelle donc le mutuus dissensus qui peut mettre fin prématurément à un contrat en cours d'exécution. Mais elle ne se confond pas avec lui car l'unanimité n'est pas toujours nécessaire* ».

¹⁵⁹ E. Putman, « La révocation amiable », in *La cessation des relations contractuelles d'affaires*, PUAM, 1997, p. 125, spéc. p. 133.

¹⁶⁰ Y. Pagnerre, *L'extinction unilatérale des engagements*, éd. Panthéon-Assas, LGDJ, 2012, préf. B. Teyssié et J.-M. Olivier, n° 235, p. 248 : cela semble aller de soi. En effet, « *parce qu'il est question d'éteindre totalement l'activité du groupement, et non seulement de prendre une décision de gestion ou d'exécution de l'objet social, l'analyse contractuelle ne peut être sacrifiée. Par conséquent, seules les règles du droit des contrats s'appliquent à la dissolution amiable* ».

majorité¹⁶¹. Précisément, la loi de la majorité s'impose, sans dérogation possible, dans les sociétés de capitaux et la loi de l'unanimité s'impose dans les sociétés de personnes. Or, étant donné le caractère capital de la décision d'extinction anticipée de la société, il aurait été peut-être opportun d'étendre le champ d'application du principe d'unanimité à ces sociétés. Toutefois, on peut douter de son effectivité dans une société anonyme regroupant de nombreux associés. Par ailleurs, la loi de la majorité ne présente pas d'inconvénient puisqu'il est rare que les associés décident de mettre fin à la société lorsque celle-ci est prospère¹⁶² et la minorité pourrait toujours invoquer l'existence d'un abus de majorité pour remettre en cause leur décision¹⁶³.

35. Le(s) fondement(s) de la dérogation. Beaucoup d'auteurs voient dans cet aménagement le triomphe du caractère institutionnel de la société¹⁶⁴. Selon ces derniers, la dérogation à la règle d'une identité des parties à la constitution et à la dissolution du contrat s'expliquerait par l'existence même de la personne morale. En effet, celle-ci acquiert son autonomie par rapport aux membres qui la composent. Partant, elle s'exprime par l'intermédiaire de son organe délibérant qui a vocation à exprimer une volonté majoritaire. Cette application à géométrie variable de la règle de l'unanimité témoignerait ainsi de l'ambivalence de la société : *« dans les rapports entre les membres et le groupement, lorsque la loi impose l'unanimité, la situation juridique relève de la logique contractuelle ; mais lorsque la loi permet ou impose la*

¹⁶¹ Cass. com. 18 juin 1973, *Bull. civ.* IV, n° 211 : dans cet arrêt, l'auteur du pourvoi conteste l'assimilation du *mutuus dissensus* à une modification de la durée conventionnelle de la société : « *La dissolution de la société ne peut être assimilée à une modification des statuts puisque, loin de modifier les statuts, elle les fait disparaître en même temps que la société* ». Toutefois, la Cour de cassation rejette le pourvoi et confirme que la dissolution anticipée de la société « *équivalait à une modification de la durée statutaire* » et, par suite, relève de la loi de la majorité.

¹⁶² M. Cozian, A. Viandier et F. Deboissy, *Droit des sociétés*, 26^e éd., Litec, 2013, n° 477 : « *c'est lorsque les affaires vont mal, lorsque les pertes ne cessent de s'accumuler, que les associés, par calcul, décident de mettre fin à l'instrument de leur ruine : mieux vaut une liquidation à l'amiable décidée à temps qu'une liquidation judiciaire imposée après coup* ».

¹⁶³ Y. Pagnerre, th. préc., n° 235, p. 249 : le caractère unilatéral de la décision justifie l'application de la théorie de l'abus ; P. Merle, *Droit commercial, Sociétés commerciales*, 17^e éd., Dalloz, 2014, n° 136 : « *La dissolution anticipée ne doit pas être inspirée d'une intention frauduleuse ou par l'intention de nuire à la minorité* ».

¹⁶⁴ T. Tilquin et V. Simonart, *Traité des sociétés*, vol. 1, Kluwer Editions Juridiques Belgique, 1996, n° 127 : la conception contractuelle implique que « *le contrat ne peut en principe être modifié à l'unanimité... Constituant une telle modification, la dissolution anticipée du contrat requiert le consentement de tous les associés* ». A contrario, donc, la modification des statuts à la majorité seulement marquerait la limite de la conception contractuelle de la société ; P. Merle, *Droit commercial, Sociétés commerciales*, Précis Dalloz, 17^e éd., 2014, n° 136 : « *La conception institutionnelle de la société permet à une majorité renforcée de défaire ce que l'unanimité des associés avait voulu* » ; v. également Y. Pagnerre, th. préc., n° 234 et s., p. 246 et s. ; E. Putman, « La révocation amiable », in *La cessation des relations contractuelles d'affaires*, PUAM, 1997, p. 125, spéc. p. 133-134 ; R. Vatinet, « Le *mutuus dissensus* », *RTD civ.* 1987, p. 252, spéc. p. 274 ; I. Pétel-Teyssié, *Les durées d'efficacité du contrat*, thèse Montpellier I, 1985, p. 3, note de bas de page n° 11 ; L. Amiel-Cosme, v° La dissolution, in *Rép. soc.*, Dalloz, 2009, n° 49 ; L. Boyer, v° Contrats et conventions, in *Rép. civ.*, Dalloz, 1993, n° 351.

majorité, la situation juridique relève en partie de la logique institutionnelle... La dissolution volontaire d'une personne morale résulte, soit de la volonté unanime des membres, soit de la volonté de la majorité. Dans ces deux hypothèses, la dissolution est décidée par l'organe souverain du groupement (l'assemblée générale) mais elles n'ont pas la même nature »¹⁶⁵. Il en résulte que toutes les sociétés dotées de la personnalité morale relèveraient de la logique institutionnelle, du moins partiellement¹⁶⁶. En effet, même dans les sociétés en nom collectif dans lesquelles l'*intuitus personae* est le plus fort, l'exigence de l'unanimité ne semble pas être posée de manière impérative¹⁶⁷.

Cependant, cette distinction manichéenne se révèle, sinon erronée, du moins excessive. D'une part, par application du principe de la liberté contractuelle, les parties peuvent convenir librement dans leur contrat d'une faculté de résolution unilatérale¹⁶⁸. Dès lors, le simple fait que le législateur prévoie la possibilité dans les sociétés de personnes de voter la dissolution anticipée de la société à la simple majorité ne constitue pas un argument suffisant en faveur de la théorie de l'institution. Elle n'est qu'une illustration de l'exercice de la liberté contractuelle dans ces sociétés¹⁶⁹. D'autre part, même posée comme règle impérative dans les sociétés de capitaux, la majorité peut s'expliquer autrement que par le recours à la théorie de l'institution. La loi de la majorité ne constitue pas en soi un concept anti-contractuel¹⁷⁰. Elle se justifie par le caractère

¹⁶⁵ Y. Pagnerre, th. préc., n° 234 et s., p. 246 et s.

¹⁶⁶ E. Putman, « La révocation amiable », in *La cessation des relations contractuelles d'affaires*, PUAM, 1997, p. 125, spéc. p. 134 : concernant la société en formation, la résiliation anticipée volontaire requiert un accord unanime des associés par application de l'article 1842, alinéa 2, du Code civil lequel opère un renvoi au droit commun des contrats. La jurisprudence a d'ailleurs eu l'occasion d'affirmer explicitement ce principe. V. CA Paris, 13 décembre 1995, *Bull. Joly soc.* 1996, 305, note P. Le Cannu ; R. Vatinet, « Le *mutuus dissensus* », *RTD civ.* 1987, p. 252, spéc. p. 274 : la règle aurait vocation à être généralisée à toutes les sociétés dépourvues de personnalité morale.

¹⁶⁷ 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 : s'agissant des SNC, « 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, *J. Soc.*, 1992, 333, 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 ». S'agissant des sociétés en commandite, l'article L. 222-9, al. 2, du Code de commerce l'autorise explicitement.

¹⁶⁸ La jurisprudence ne soumet la clause de résiliation unilatérale dans les contrats à durée déterminée à aucune condition qui serait imposée aux parties. Par exemple, rien n'interdit qu'une partie s'engage avec une autre avec une faculté de dédit gratuite. V. Cass. com., 30 octobre 2000, pourvoi n° 98-11224, *D.* 2001, p. 3241, note D. Mazeaud.

¹⁶⁹ Y. Guyon, *Traité des contrats, Les sociétés, Aménagements statutaires et conventions entre associés*, 5^e éd., LGDJ, 2002, n° 8 : ce qui distinguerait en partie le contrat et l'institution, c'est l'exercice de la liberté contractuelle dans le premier et la stricte réglementation, c'est-à-dire la négation de la liberté contractuelle, dans la seconde.

¹⁷⁰ S. Vaïsse, *La loi de la majorité dans la société anonyme, Contribution à l'étude de la nature juridique de la société anonyme*, thèse Paris, 1967 ; 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. 140 : « Objectera-t-on que la

généralement plurilatéral du contrat de société : le changement des contractants qui s'opère entre la constitution et la disparition empêche de satisfaire à ce principe d'identité¹⁷¹. En outre, la condition d'unanimité devient difficile à réaliser lorsqu'un grand nombre de personnes sont parties à l'acte¹⁷². Le législateur a donc pris le parti de faciliter la réalisation d'un *mutuus dissensus via* la généralisation de la loi de la majorité. C'est donc le pragmatisme de la loi de la majorité qui justifie son application au sein du contrat de société¹⁷³.

§2 L'APPLICATION RELATIVE DU PRINCIPE D'IRREVOCABILITE AU CONTRAT D'APPORT

36. Corollaire du caractère plurilatéral du contrat de société, il est possible d'envisager le départ d'un associé sans pour autant remettre en cause le contrat de société. Le maintien permanent de l'associé dans la société n'est en général pas nécessaire pour l'accomplissement du but poursuivi par la société¹⁷⁴. L'associé se retire et la société se poursuit avec les associés restants et les associés entrants¹⁷⁵.

révocation d'un contrat doit être décidée à l'unanimité, là où la décision de dissolution anticipée d'une société est prise dans les conditions prévues pour la modification des statuts, autrement dit, dans certaines sociétés, à la majorité qualifiée ? L'objection n'est pas dirimante dans la mesure où il est parfaitement possible de concilier principe majoritaire et technique contractuelle » ; v. infra, partie 2.

¹⁷¹ T. Favario, « Regards civilistes sur le contrat de société », *Rev. soc.* 2008, p. 53, spéc. p. 65 : « la considération des modifications susceptibles d'affecter la personne des associés, lesquelles ruinent le principe de l'identité des parties à la formation et à la révocation de la convention, explique cette particularité ».

¹⁷² R. Vatinet, « Le *mutuus dissensus* », *RTD civ.* 1987, p. 252, spéc. p. 273-274 : si « cette exigence est simple à satisfaire lorsque la relation contractuelle initiale n'a lié qu'un petit nombre de personnes qui ont continué, une fois le contrat conclu, à disposer d'un libre arbitre suffisant pour révoquer d'un commun accord leur propre engagement », il n'en est pas de même lorsque la convention rassemble une centaine ou des milliers de contractants. Toutefois, l'auteur souligne que le seul caractère plurilatéral de la société est insuffisant à fonder la loi de la majorité. La loi de la majorité aurait pour fondement l'émergence d'une volonté collective. C'est ce qui justifierait la différence de régime entre la convention collective de travail soumise à la loi de l'unanimité et le contrat de société soumis à la loi de la majorité. Or, l'affirmation est lacunaire puisque les sociétés de personnes qui génèrent également la naissance d'une personne morale sont soumises par principe à la loi de l'unanimité. Ce serait donc bien davantage le caractère plurilatéral de ce contrat qui légitimerait la dérogation au droit commun.

¹⁷³ S. Schiller, *Les limites de la liberté contractuelle en droit des sociétés, Les connexions radicales*, LGDJ, 2002, préf. F. Terré, n° 388, p. 187 ; v. *infra*, n° 490.

¹⁷⁴ De façon analogue et ainsi que le souligne le Professeur Jean-Pierre Legros, *Fasc. 32-10 : Nullité des sociétés*, in *J-Cl soc.* 2005, n° 56 : « Lorsque la participation des contractants implique des obligations réciproques, on comprend que l'édifice s'écroule lorsque l'un des participants quitte le champ contractuel. Mais lorsque le contrat est d'intérêt commun, rien n'impose aux contractants qui se sont valablement engagés de mettre fin à leur participation parce que l'engagement de l'un des leurs a été annulé. La seule limite réside dans la possibilité de poursuivre le but pour lequel la société avait été créée ou du caractère personnel de la société ».

¹⁷⁵ M. Buchberger, *Le contrat d'apport, Essai sur la relation entre la société et son associé*, éd. Panthéon-Assas, 2011, préf. M. Germain, n° 234, p. 201 : « si le contrat d'apport ne peut survivre au contrat de société, s'il devient caduc dès lors que ce dernier disparaît, l'inverse n'est pas nécessairement vrai... le contrat de société est un

Toutefois, chaque associé étant contractuellement engagé envers la société par un contrat d'apport, le principe d'irrévocabilité a naturellement vocation à s'appliquer à lui. Néanmoins, l'influence du droit commun n'est que relative. Si aucun droit de retrait inconditionnel n'est en principe offert à l'associé (A), il n'en demeure pas moins qu'il lui est loisible la plupart du temps de céder sa qualité sans le consentement de sa cocontractante et, ce faisant, de faire fléchir le principe d'irrévocabilité (B).

A- L'INTERDICTION DE SE RETIRER DE MANIÈRE INCONDITIONNELLE DE LA SOCIÉTÉ PREMATUREMENT AU TERME

37. La force obligatoire du contrat de société : fondement de l'interdiction de se retirer. Hormis l'existence d'un *mutuus dissensus*, le principe d'irrévocabilité, tel que façonné par le droit commun des contrats, conduit nécessairement à priver un contractant du droit de se retirer du contrat avant l'échéance du terme extinctif. Par sa seule manifestation de volonté, le contractant ne peut se délier.

Par analogie, le principe d'irrévocabilité contractuelle conduit également à brider la liberté de l'associé. La durée de son engagement étant déterminée par celle de la société, l'associé ne peut se délier purement et simplement de son engagement contractuel avant l'échéance du terme statutaire¹⁷⁶. Par la signature du pacte social, l'associé s'est engagé avec ses partenaires à respecter le terme extinctif choisi. Tout retrait anticipé est donc assimilé à une « *répudiation* »¹⁷⁷ intolérable du contrat de société, si bien que, en principe, même l'associé qui a perdu tout *affectio societatis* est contraint de demeurer dans la société jusqu'à son terme¹⁷⁸. En somme, l'interdiction

contrat plurilatéral ce qui par nature lui permet de survivre à la disparition d'un des contrats d'apport liant la société à l'une des parties au contrat de société ».

¹⁷⁶ M. Buchberger, th. préc., n° 151, p. 139.

¹⁷⁷ D. Vidal, *Droit des sociétés*, 7^e éd., LGDJ, 2010, n° 65.

¹⁷⁸ D. Vidal, *op. cit.*, n° 65 : si l'associé souhaite partir « *de l'envie au droit de le faire... il y a un pas que l'engagement contractuel pour la durée de la société empêche de franchir* » ; M. Germain, « Rapport général », « Le contrat de société », in *Le contrat, Le contrat, Travaux de l'Association Henri Capitant*, Société de législation comparée, 2005, p. 25, spéc. p. 34 : « *En droit français, comme en droit belge, survit l'idée que la société est un lien contractuel puissant, que seul le mutuus dissensus ou le juge peut rompre à l'issue d'une sorte de résolution pour inexécution. En dehors de ces cas, le droit français interdit tout départ... Les choses sont très différentes ailleurs* ». L'auteur évoque notamment les droits colombien, roumain ou encore italien qui ouvrent plus largement les portes de sortie à l'associé.

pour l'associé de partir sur simple manifestation de sa volonté semble avoir pour fondement le principe même de la force obligatoire du contrat de société¹⁷⁹.

38. La force obligatoire du contrat de société : fondement incertain. De prime abord, pourtant, il semblerait logique d'assouplir le principe d'irrévocabilité au bénéfice des associés parties au contrat de société. Deux facteurs plaideraient en faveur de cet infléchissement. D'une part, la très longue durée du contrat de société et donc celle des engagements des associés amplifie le caractère contraignant du principe d'irrévocabilité à leur égard, alors que leur volonté d'être associé a pu considérablement s'annihiler avec le temps¹⁸⁰. D'autre part et surtout, ceux-ci étant animés d'intérêts identiques, il ne semble pas y avoir de raison valable *a priori* à ce que les autres s'opposent au départ d'un des siens. Les associés ne sont pas engagés les uns « contre » les autres, mais les uns « avec » les autres pour la réalisation d'un projet commun. La cause de l'obligation d'un associé ne consiste donc pas dans l'objet de l'obligation des autres. Aussi le retrait d'un associé n'a-t-il pas, en principe, pour effet d'empêcher la réalisation de l'objet social et la satisfaction de l'intérêt commun. Partant, l'exigence d'un *mutuus dissensus* posée par l'article 1134 du Code civil apparaîtrait superflue et la règle d'or devrait être, comme en matière d'association¹⁸¹, la liberté de se retirer¹⁸².

L'affirmation doit cependant être nuancée. D'abord, la prestation de l'associé peut être essentielle pour la réalisation de l'objet social, ainsi par exemple l'apport d'un brevet. Il s'ensuit que le départ de l'associé peut compromettre l'accomplissement de l'intérêt commun et justifier

¹⁷⁹ P. Delebecque, « L'anéantissement unilatéral du contrat », in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, sous la dir. de C. Jamin et D. Mazeaud, Economica, 1999, p. 61, spéc. p. 66 : « Dans le contrat de société : les parties (la société, d'un côté, les associés, de l'autre) ne sont toujours pas sur le même plan, mais, ici, la résiliation unilatérale est exceptionnelle, ce qui paraît plus conforme aux principes. Ainsi, un associé ne peut pas, en principe, se retirer de la société et revenir sur son engagement social. L'art. 1134 al. 1^{er} s'y oppose, sous réserve d'exceptions précises » ; B. Petit, *Droit des sociétés, Objectif Droit cours Licence Master*, 5^e éd., Litec, 2010, n° 81 : « La qualité d'associé présente a priori un caractère permanent que justifie son origine contractuelle. La stricte application de la force obligatoire du contrat conduit en effet à décider qu'il ne peut en principe être mis fin à cette qualité sans le consentement de tous les associés... il ne peut renoncer à cette qualité sans que ses coassociés y consentent et n'a donc pas la faculté de se retirer unilatéralement de la société » ; I. Kamoun, *La permanence de la qualité d'associé*, Mémoire Sfax Tunisie, 2006.

¹⁸⁰ C. Lapoyade-Deschamps, « La liberté de se retirer d'une société », *D.* 1978, chron., p. 123, spéc. p. 123.

¹⁸¹ L'article 1^{er} de la loi du 1^{er} juillet 1901 pose un principe général qui permet aux sociétaires d'une association à durée indéterminée de s'en retirer « en tout temps après paiement des cotisations échues et de l'année courante, nonobstant toute clause contraire ». Aussi le rapprochement entre société et association opéré par la loi du 4 janvier 1978 aurait-il pu conduire à consacrer un droit de retrait similaire aux associés. V. B. Saintourens, « La liberté de se retirer d'une société », in *Mél. C. Lapoyade-Deschamps*, PUB, Pessac, 2003, p. 315, spéc. p. 317.

¹⁸² C. Lapoyade-Deschamps, art. préc., spéc. p. 123.

que ses coassociés puissent vouloir s'y opposer. Ensuite, le départ d'un associé peut contraindre les autres associés à racheter ses parts sociales. Or, les associés peuvent ne pas avoir envie ou ne pas disposer des fonds nécessaires pour procéder à leur rachat. En conséquence, la préservation de la force obligatoire du contrat de société peut justifier dans une certaine mesure l'interdiction faite à l'associé de quitter de manière inconditionnelle la société.

39. La force obligatoire du contrat d'apport : fondement probant. Davantage encore, l'interdiction de se retirer de manière prématurée semble se justifier par la force obligatoire du contrat d'apport. Certes, les associés ne sont pas engagés les uns contre les autres mais ensemble dans l'aventure collective. Toutefois, chacun des associés se trouve également engagé envers la société personne morale en vertu d'un second contrat qui vient se superposer au contrat de société. Or, si le contrat de société se caractérise bien par un intérêt commun, le contrat d'apport s'identifie lui à un contrat-échange de durée égale entre la société et chaque associé qui met en présence des intérêts au moins partiellement divergents. La société se trouve, en effet, animée d'un intérêt propre qui transcende celui de ses membres qui justifie de ne pas laisser la porte de sortie librement ouverte¹⁸³. Peu importe la conception que l'on ait de la société, il est une réalité : la société rassemble en son sein une pluralité d'intérêts catégoriels qui s'affrontent¹⁸⁴. Ainsi, si l'intérêt individuel de l'associé contractant est digne de protection, celui de la société elle-même, des créanciers voire des autres participants l'est également et l'intérêt de chacun ne correspond pas nécessairement à l'intérêt de l'autre. L'entreprise de conciliation de l'ensemble de ces intérêts est loin d'être aisée et l'intérêt individuel de l'associé doit souvent être du moins partiellement sacrifié au bénéfice de l'intérêt de la société. Au demeurant, l'*affectio societatis* de l'associé le contraint à faire primer l'intérêt de la société sur le sien¹⁸⁵. On ne peut admettre que l'associé puisse partir inconsidérément de la société puisque son retrait peut avoir pour effet de mettre en

¹⁸³ C. Lapoyade-Deschamps, art. préc., spéc. p. 123 : « *malgré tout, il n'est guère possible ni opportun de donner à l'associé une liberté totale d'entrée et de sortie : la société n'est pas un espace juridique que l'on se contente de traverser. Il n'est plus discuté que la société déserte le domaine du contrat et, qu'au-delà des volontés qui l'ont créée, elle vit par sa seule force. La personnalité morale des sociétés transcende les intérêts singuliers de ses membres* ».

¹⁸⁴ B. Losfeld, *Droit des obligations et droit des sociétés*, thèse Lille 2, 2003, n° 119, p. 86-87.

¹⁸⁵ V. Allegaert, *Le droit des sociétés et les libertés et droits fondamentaux*, PUAM, 2005, préf. F.-X. Lucas, n° 43, p. 73 : « *en entrant dans la société, l'associé a consenti à faire passer ses intérêts personnels au second plan, après ceux de la société ; c'est l'affectio societatis* ». L'auteur ajoute : « *être associé, ce n'est pas seulement être un contractant de la convention de société et un propriétaire de titres, c'est aussi être membre d'une collectivité dotée d'un intérêt propre. Aussi, les droits de l'associé ne sauraient être conçus comme illimités, même en principe, puisqu'ils rencontrent infailliblement la limite des droits des autres* ».

péril la société dont l'intérêt doit primer¹⁸⁶. En effet, son départ résultant de sa simple manifestation de volonté nécessite soit un rachat par les associés soit un rachat par la société. Or, dans le premier cas, le rachat peut se révéler très onéreux pour les autres associés dans un contexte économique difficile et, donc, indirectement compromettre la société pour servir l'intérêt individuel d'un associé¹⁸⁷ ; dans le second cas, le rachat des parts par la société peut porter atteinte au droit de gage des créanciers sociaux puisque l'annulation des parts consécutive au rachat entraîne *ipso facto* la réduction du capital social¹⁸⁸. On comprend dès lors que le rachat par la société ne soit pas admis en principe dans les sociétés à responsabilité limitée¹⁸⁹. En effet, si certains auteurs prônent la généralisation de ce droit de retrait, celle-ci ne doit pas s'opérer au mépris de l'intérêt des autres et celui de la société. S'il peut constituer une réponse efficace aux détournements de pouvoir et être invoqué en cas de dysfonctionnement de la société, il ne peut néanmoins pas servir de substitut automatique à la cession de parts sociales¹⁹⁰. Cette prise en considération de l'intérêt de la société et celui des autres associés justifie que, même dans les

¹⁸⁶ C. Lapoyade-Deschamps, art. préc., spéc. p. 123.

¹⁸⁷ Y. Guyon, *Traité des contrats, Les sociétés, Aménagements statutaires et conventions entre associés*, sous la dir. de J. Ghestin, 5^e éd., LGDJ, 2002, n° 53 : le droit de retrait oblige soit à un rachat des parts qui peut se révéler onéreux pour les associés, soit à une réduction du capital, qui peut compromettre l'intérêt des créanciers. En effet, il existe une conception dualiste du droit de retrait. L'auteur adopte une conception large du retrait. Celui-ci existe dès lors que le candidat n'a pas à rechercher un acquéreur, lorsque la société a l'obligation de racheter les parts ou lorsque pèse sur les associés une obligation de rachat ; en ce sens, v. L. Godon, *Les obligations des associés*, Economica, 1999, préf. Y. Guyon, n° 204, p. 130-131 ; en faveur d'une conception stricte, v. I. Sauget, *Le droit de retrait de l'associé*, thèse Paris X, 1991, p. 624 : l'auteur relève trois constantes caractérisant le droit de retrait : d'une part, il nécessite toujours une manifestation initiale de la volonté de l'associé, d'autre part, il permet à ce dernier de reprendre ses apports ; enfin, et ce qui partage la doctrine, il contraint la société à acquiescer les droits sociaux de ses associés retirés en vue de leur annulation ; en ce sens, v. M. Desblandes, « La séparation d'associés », *Dr. des soc., Actes pratiques*, décembre 1997, p. 4, spéc. p. 17.

¹⁸⁸ I. Sauget, th. préc., n° 705, p. 624 : pour cet auteur, le retrait se caractérise non seulement par l'initiative de l'associé mais également par la reprise par l'associé de ses apports, c'est-à-dire par l'annulation par la société des droits sociaux. Aussi, en principe, sauf l'hypothèse du retrait d'un apporteur en industrie, le droit de retrait implique-t-il une réduction du capital social.

¹⁸⁹ I. Sauget, th. préc., p. 625 : dans les sociétés de personnes, c'est l'*intuitus personae* particulièrement intense qui bride l'épanouissement du droit de retrait alors que dans les sociétés de capitaux ou les sociétés à responsabilité limitée, c'est la fonction assignée par le législateur au capital en tant que garantie des créanciers sociaux qui empêche la consécration du droit de retrait. Or, l'auteur précise que s'il est possible de déroger au caractère *intuitus personae*, il est en revanche impossible de déroger à la protection des créanciers, celle-ci étant d'ordre public ; B. Houin, *La rupture unilatérale des contrats synallagmatiques*, thèse Paris II, 1973, p. 225 et s. : « Dans le droit commun des sociétés l'associé, une fois le contrat conclu, n'est pas libre de s'en départir. Il peut tout au plus céder plus ou moins librement sa place par la voie d'une cession de parts ». Certes, souligne l'auteur, le législateur a créé des formes de sociétés à capital variable pour favoriser les adhésions de particuliers indépendants, toutefois, dans ces structures là, « la sécurité des créanciers y est également préservée, dans la mesure où le retrait n'est possible qu'après que l'associé ait rempli toutes ses obligations, et par le jeu d'une responsabilité aux dettes sociales antérieures à ce retrait ».

¹⁹⁰ En ce sens, v. I. Sauget, th. préc., M. Desblandes, art. préc. ; L. Godon, th. préc., n° 204, p. 130-131 ; Y. Guyon, *op. cit.*, n° 53 ; E. Georges, *Essai de généralisation d'un droit de retrait dans la société anonyme*, LGDJ, 2005, préf. J.-J. Daigre.

sociétés dans lesquelles un tel droit a été consacré, celui-ci ne s'exerce que rarement de manière inconditionnelle¹⁹¹. Même dans les sociétés à capital variable dans lesquelles le droit de retrait¹⁹² constitue une modalité d'exécution du contrat¹⁹³, sa mise en oeuvre suppose le respect des conditions fixées par le pacte social¹⁹⁴ et le maintien d'un capital minimum au-delà duquel aucun retrait n'est possible¹⁹⁵. Il en est de même dans les sociétés civiles : l'article 1869 du Code civil contraint en effet l'associé à respecter les conditions de mise en oeuvre prévues par les statuts ou à défaut impose au préalable une autorisation donnée par une décision unanime des autres associés¹⁹⁶. Le retrait peut également être demandé en justice, mais requiert l'invocation de justes motifs tenant à des considérations objectives ou subjectives¹⁹⁷. Certes, le juge accepte de prendre en considération la situation personnelle de l'associé, mais il ne saurait être question pour autant d'admettre que la seule perte d'*affectio societatis* de l'associé puisse constituer un juste motif de retrait au sens de l'article 1869 du Code civil. Aussi pouvait-on s'étonner d'une décision rendue en date du 27 janvier 1998¹⁹⁸ qui semblait de premier sentiment prétendre le contraire. En l'espèce, deux associés d'une société civile avaient saisi le gérant associé majoritaire d'une demande de retrait. Le motif alors invoqué consistait dans la présentation peu flatteuse que celui-ci avait fait des associés en les présentant à des tiers comme des collaborateurs et non comme des associés. Les associés invoquaient ainsi l'absence d'*affectio societatis* comme juste motif de retrait. Or, si la Cour de cassation a confirmé le rejet de la demande, elle semblait pour autant admettre dans cet arrêt que la perte d'*affectio societatis* suffise à constituer ce juste motif. En

¹⁹¹ O. Douvreur, « Faut-il admettre un droit de retrait au profit des minoritaires ? », in *La stabilité du capital et le pouvoir dans les sociétés par actions*, *RJC* 1991, n° spéc. p. 122, spéc. p. 124.

¹⁹² L'article L. 231-6 du Code de commerce dispose que « *chaque associé peut se retirer de la société lorsqu'il le juge convenable* ». Une disposition similaire existe en matière de coopérative : l'article 7 de la loi du 10 septembre 1947.

¹⁹³ D. Vidal, *Droit des sociétés*, 7^e éd. LGDJ, 2010, n° 65 ; B. Saintourens, « La liberté de se retirer d'une société », in *Mél. C. Lapoyade-Deschamps*, PUB, Pessac, 2003, p. 315, spéc. p. 319 : les sociétés à capital variable sont précisément constituées pour « *faciliter l'entrée et la sortie des associés* ».

¹⁹⁴ Par exemple les statuts peuvent subordonner le droit de retrait à une durée minimale préalable de l'associé au sein de la société. Un contentieux sur le caractère minimal admissible s'est particulièrement développé en matière de coopérative.

¹⁹⁵ Article L. 231-6 du Code de commerce. Pour un développement plus approfondi des conditions de mise en oeuvre du droit de retrait, v. C. Lapoyade-Deschamps, « La liberté de se retirer d'une société », *D.* 1978, chron., p. 123, spéc. p. 127 à 130.

¹⁹⁶ C. Lapoyade-Deschamps, art. préc., spéc. p. 129 : il existe toutefois une exception concernant les sociétés civiles professionnelles. Celles-ci ayant vocation tout spécialement à servir l'intérêt de leurs membres, le droit de retrait peut s'exercer de manière totalement discrétionnaire.

¹⁹⁷ I. Sauget, th. préc. : l'auteur désapprouve l'admission jurisprudentielle de motifs subjectifs de retrait car cela a pour conséquence de faire primer l'intérêt individuel de l'associé sur l'intérêt collectif.

¹⁹⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 27 janvier 1998, *Bull. civ. I*, n° 36, *Bull. Joly soc.* 1998, §174, p. 538, note J.-P. Garçon ; *RTD com.* 1998, p. 625, note M.-H. Monsérié ; *Rev. soc.* 1998, p. 321, note Y. Chartier.

effet, elle a retenu que le fait pour le gérant de présenter les associés comme de simples collaborateurs ne démontrait pas une absence d'*affectio societatis* et, donc, que le juste motif de retrait n'était pas caractérisé. *A contrario* ne pouvait-on pas déduire de la solution que la seule preuve de la perte d'*affectio societatis* aurait suffi à autoriser la résiliation du contrat d'apport ? Si, de première lecture, la solution semblait bien le laisser penser, on peut se réjouir de la sagesse de la Cour de cassation d'avoir refusé d'admettre qu'un simple caprice puisse affecter l'irrévocabilité du contrat de société¹⁹⁹. Par conséquent, si la formule laissait espérer une plus grande porte de sortie pour les associés, tout bien considéré, le rejet de la demande semble cependant confirmer l'exclusion de la perte d'*affectio societatis* comme juste motif de retrait. En effet, en souhaitant quitter la société, les associés révélaient bien leur perte d'envie de collaborer et, donc, la perte de leur *affectio societatis*. La Cour de cassation aurait donc dû motiver sa solution autrement et affirmer suivant un raisonnement classique qu'un tel motif n'était pas recevable.

Dès lors, s'il est désormais admis que les justes motifs de retrait puissent être appréciés subjectivement eu égard à la situation personnelle de l'associé (situation financière²⁰⁰, âge ou changement de situation²⁰¹), et ce précisément à l'inverse des justes motifs de dissolution, la Cour de cassation apprécie restrictivement ces derniers. Et si le législateur admet que, dans les sociétés civiles professionnelles, la mésentente puisse constituer un juste motif de retrait²⁰², ce n'est que dans la mesure où celle-ci est de nature à paralyser le fonctionnement de la société ou susceptible de mettre en péril l'intérêt social²⁰³ et que le demandeur du retrait n'en est pas à l'origine²⁰⁴. On le voit, ce n'est qu'exceptionnellement que l'associé peut se retirer de la société de manière

¹⁹⁹ En ce sens, v. V. Cuisinier, *L'affectio societatis*, Litec, 2008, préf. A. Martin-Serf, n° 342, p. 301 : « l'argument invoqué par les retrayants ne concernait en rien leur situation personnelle. Il s'agissait davantage d'un caprice ou, pour le moins, d'un geste d'humeur de leur part destiné à manifester leur mécontentement. Il est bien évident qu'un tel motif ne saurait être pris en compte pour accéder à une demande de retrait. Il ne faut pas, en effet, que tout incident dans la société soit prétexte à l'exercice du droit de retrait qui risque de perturber son fonctionnement. En outre, le retrait est une mesure particulière qui n'a pas vocation à remplacer la cession de parts sociales ».

²⁰⁰ CA Paris, 12 janvier 1983, *Rev. soc.* 1983, p. 553, note P. Le Cannu ; Cass. civ. 1^{ère}, 27 février 1985, *Bull. civ. I*, n° 81 ; *Rev. soc.* 1985, p. 620, obs. M. Jeantin, *Bull. Joly soc.* 1985, § 289, p. 624 : dans cet arrêt, la Cour de cassation a caractérisé le juste motif de retrait car l'associé avait démontré son réel besoin de liquidités en ce qu'il ne disposait d'aucune autre ressource.

²⁰¹ CA Nancy, 30 janvier 1991, *Bull. Joly soc.* 1991, p. 911, note I. Sauget ; CA Nancy, 27 septembre 1989, *RTD com.* 1990, p. 418, obs. A. Alfandari et M. Jeantin : dans cet arrêt, la Cour d'appel a considéré que le changement de résidence pouvait constituer un juste motif de retrait.

²⁰² Article 18, alinéa 2, de la Loi du 29 novembre 1966 relative aux sociétés civiles professionnelles.

²⁰³ V. par exemple CA Montpellier, 12 avril 1992, *JCP N* 1993, II, p. 37, obs. J.-F. Pillebout.

²⁰⁴ V. par exemple TGI Grenoble, 15 novembre 1993, *JCP N* 1994, II, p. 94, obs. J.-F. Pillebout.

totallement inconditionnelle par sa seule manifestation de volonté. Quelle que soit la société considérée, la prise en considération de l'intérêt de la personne morale elle-même empêche la consécration générale d'un droit de retrait pur et simple de l'associé.

40. Ce n'est donc pas tant la force obligatoire du contrat de société qui fonde l'interdiction pour l'associé de se retirer de la société sur sa seule manifestation de volonté que l'existence du contrat d'apport qui le lie à la société dont l'intérêt doit être préservé en priorité. C'est ce qui justifie également que l'associé ne dispose pas toujours de la faculté de céder ses parts sans avoir à requérir préalablement le consentement de sa cocontractante.

B- LE CONSENTEMENT A LA CESSION DU CONTRAT D'APPORT SUBORDONNE AU CARACTERE INTUITUS PERSONAE DE LA SOCIETE

41. Analyse de la cession de droits sociaux en une cession de contrat. En cédant ses droits sociaux, l'associé procède en réalité à la cession de sa qualité d'associé et donc procède simultanément à la cession de son contrat d'apport et à la cession de sa qualité de partie au contrat de société. Partant, le cessionnaire vient se substituer dans les droits et obligations de l'associé cédant²⁰⁵. Par la transmission personnelle des droits sociaux, le cessionnaire perpétue en

²⁰⁵ En faveur de la qualification de cession de contrat, v. P. Malaurie, *La cession de contrats, Cours de doctorat*, Paris II, Les cours du droit, 1975-1976, p. 20 et p. 188 : « *La cession de parts sociales est la cession de l'ensemble des droits et obligations qui appartiennent et qui pèsent sur l'associé, c'est-à-dire la cession de la qualité d'associé. Dans la mesure où l'associé est un contractant, il s'agit donc bien de la cession de la qualité de contractant, ce qui paraît constituer l'objet même de la cession de contrat* ». Il ajoute que « *la jurisprudence connaît des problèmes de prise en charge du passif social par des cessionnaires qui se posent dans des conditions comparables à celles de la cession de contrat* » ; R. Libchaber, « Pour un renouvellement de l'analyse des droits sociaux », in *Mél. Y. Guyon, Aspects actuels du droit des affaires*, Dalloz, 2003, p. 717, spéc. p. 723 : « *La société étant aussi un contrat, il n'est pas impossible de raisonner en termes de cession de contrat dans cette vue, la cession de droits sociaux ne se ramène pas à une cession de créance, mais réalise une substitution de personne dans le bénéfice de la qualité de partie au contrat de société. Dans la seule qualité d'associé ? Non au-delà, dans la qualité de contractant à cet étrange contrat continué qu'est la société* » ; 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° 95, p. 96-97. Certains auteurs contestent cependant la possibilité de réaliser une cession dudit contrat en raison de son caractère prétendument instantané. V. L. Aynès, *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes*, *Economica*, 1984, préf. P. Malaurie, n° 290, p. 207 : « *A de rares exceptions près, la force obligatoire du contrat s'épuise dans l'obligation d'apporter, qui est aussi la condition de la réalisation de l'objet du contrat, l'organisation d'un groupement* » ; M. Caffin-Moi, *Cession de droits sociaux et droit des contrats*, *Economica*, 2009, préf. D. Bureau, n° 456, p. 296 et s. : l'auteur propose de voir dans la transmission de droits sociaux une transmission de droits réels. Cette affirmation peut être discutée puisque le contrat d'apport, comme le contrat de société, est un contrat à exécution successive. V. M. Buchberger, th. préc., n° 150, p. 138 ; R. Libchaber, art. préc., spéc. p. 723 : « *Si la réalisation des apports est un élément essentiel du contrat de société, on doute qu'elle s'épuise dans l'instant. Pour reprendre le*

réalité le contrat d'apport conclu avec la société et obtient de fait la qualité d'associé au contrat de société. En d'autres termes, par cette unique cession, le cessionnaire se trouve engagé simultanément dans un double lien contractuel envers la société et envers les autres associés.

42. Le nécessaire consentement du cédé en droit commun. Or, en droit commun des contrats, sur le fondement de l'article 1134 du Code civil, la jurisprudence a explicitement subordonné la cession de contrat au consentement du débiteur cédé²⁰⁶. La force obligatoire interdit qu'un contractant puisse modifier par volonté unilatérale son engagement²⁰⁷. Or, imposer un nouveau contractant à son cocontractant initial n'est-ce pas modifier et même révoquer unilatéralement son contrat ce que prohibe expressément l'article 1134, alinéa 2, du Code civil ? Cette condition se justifie également à l'aune du principe de l'effet relatif des contrats. Il n'est en effet pas concevable que le cessionnaire exige du cédé l'exécution à son profit d'obligations sans être contractuellement lié à lui²⁰⁸. Promouvant une conception subjective et volontariste du contrat, la solution jurisprudentielle a vocation à s'appliquer à toute cession conventionnelle²⁰⁹. Une partie de la doctrine a pourtant manifesté ses regrets à l'égard de la généralisation de la solution. La critique se trouve fondée. En principe, la cession de contrat ne porte pas préjudice au cédé et ne crée pas d'obligation nouvelle à sa charge. Elle ne fait que remplacer la personne de son cocontractant et le cédant reste garant de la bonne exécution de l'engagement cédé. La cession de contrat sans le consentement du cédé ne porte donc atteinte ni au principe de l'effet

vocabulaire du droit pénal, on serait tenté de considérer ces apports comme continus au sens où ils acquièrent une sorte de permanence par la décision de l'associé de ne pas se les faire restituer tant que dure la société ». Pour une bibliographie complète sur la nature de la cession de droits sociaux, v. M. Buchberger, th. préc., n° 95, p. 97, note de bas de page n° 20.

²⁰⁶ Cass. com., 6 mai 1997, *Bull. civ.* IV, n° 117 et n° 118 ; *D.* 1997, p. 588, note M. Billiau et C. Jamin ; *Defr.* 1997, art. 36633, p. 976, note D. Mazeaud ; *CCC* 1997, n° 146, obs. L. Leveneur ; *RTD civ.* 1997, p. 936, obs. J. Mestre : la Cour de cassation précise toutefois que le consentement peut être donné de manière anticipée, avant même de connaître l'identité du cessionnaire.

²⁰⁷ C. Lachièze, « La cession de contrat », *D.* 2000, chron. p. 184 et s. ; D. Mazeaud, note sous Cass. com., 6 mai 1997, *Bull. civ.* IV, n° 117, *Defr.* 1997, p. 977 ; I. Bouruet-Aubertot, « La cession de contrat : bilan et perspective », *D. Aff.* 1999, n° 156, p. 578 et s. ; M. Billiau, « Le point sur la cession conventionnelle du contrat », *LPA*, 6 mai 1998, n° 54, p. 46 et s. ; C. Larroumet, « La descente aux enfers de la cession de contrat », *D.* 2002, p. 1555-1556.

²⁰⁸ D. Mazeaud, note sous Cass. com., 6 mai 1997, *Bull. civ.* IV, n° 117, *Defr.* 1997, p. 977 ; I. Bouruet-Aubertot, art. préc.

²⁰⁹ Un arrêt antérieur laissait pourtant entendre que la solution était cantonnée aux seuls contrats *intuitus personae*. V. Cass. com., 7 janvier 1992, *Bull. civ.* IV, n° 3 ; *D.* 1992, somm. p. 278, obs. L. Aynès ; *JCP G* 1992, I, 3591, n° 17, obs. C. Jamin ; *RTD civ.* 1992, p. 762, obs. J. Mestre. Toutefois, les arrêts du 6 mai 1997 de la chambre commerciale de la Cour de cassation mettent fin explicitement à une telle interprétation.

relatif ni au principe de la force obligatoire du contrat²¹⁰. Pour cette double raison, l'on devrait prôner une conception plus objective du contrat et admettre que le consentement ne soit requis comme condition de validité que pour les seuls contrats *intuitus personae*²¹¹. Dans ces contrats, la personne du cocontractant ayant été déterminante du consentement, il n'est pas concevable en effet que la cession puisse s'opérer sans le consentement du cocontractant²¹². En revanche, concernant les contrats qui en sont dépourvus, le consentement du débiteur cédé ne devrait pas constituer une condition de validité de la cession mais une simple condition nécessaire à la libération du cédant²¹³. En d'autres termes, seul le désengagement du cocontractant serait subordonné au consentement du cédé²¹⁴. Toutefois, peu important dans ces contrats non pourvus d'*intuitus personae* que ce ne soit pas le contractant initial qui exécute l'engagement si l'exécution du contrat n'en pâtit pas. Aussi, plutôt que d'ébrécher le principe de la force obligatoire, la cession opérée sans consentement permet-elle de la sauvegarder. Pour cette raison, il n'apparaît pas opportun de faire du consentement du cédé une condition de validité de la cession²¹⁵, solution justement relayée par le législateur en droit des sociétés.

²¹⁰ M.-E. Ancel, *La prestation caractéristique du contrat*, Economica, 2002, préf. L. Aynès, n° 384 et s., p. 295 et s.

²¹¹ C. Larroumet, « La cession de contrat : une régression du droit français ? », in *Mél. M. Cabrillac*, Litec, 1999, p. 151 et s. ; R. Noguellou, art. préc. ; L. Aynès, *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes*, Economica, 1984, préf. P. Malaurie ; C. Larroumet, « La descente aux enfers de la cession de contrat », art. préc.

²¹² D. Krajewski, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 6 juin 2000, « L'*intuitus personae* et la cession du contrat », *D.* 2001, comm. p. 1345 et s. : l'auteur opère la distinction entre deux types d'*intuitus personae* : l'*intuitus personae* subjectif fondé sur un sentiment comme l'affection ou la confiance, tel le contrat de société, et l'*intuitus personae* objectif fondé sur des qualités objectives de la personne (capacité technique, expérience, compétence). Seul le premier type requerrait un consentement du cédé, dans le second type, les personnes seraient interchangeables dès lors qu'elles présenteraient la même somme de qualités ; M.-E. Ancel, *La prestation caractéristique du contrat*, Economica, 2002, préf. L. Aynès, n° 391, p. 301 : selon l'auteur, la cession conventionnelle ne serait tout simplement pas envisageable dans les contrats dotés d'un « *intuitus personae* intense ». « *On ne conçoit pas qu'un artiste cède son contrat à quelqu'un d'autre ; on ne conçoit pas non plus qu'un donataire (à terme) laisse sa place contractuelle à autrui... La considération du cocontractant est si forte qu'elle s'intègre à la structure du contrat, soit en faisant de la personne, des talents, des capacités de ce cocontractant l'objet de la prestation caractéristique, soit en étant la cause impulsive et déterminante de l'engagement du donateur ou du bienfaiteur. Toute modification subjective constitue alors un quiproquo qui altère fondamentalement le contrat, et qui ne peut laisser place qu'à un nouveau contrat, entre la partie initiale et le tiers* ». En revanche, l'auteur précise (n° 396, p. 304) que la cession conventionnelle serait envisageable dans les contrats d'intérêt commun dotés naturellement d'*intuitus personae* mais subordonnée à l'agrément du cédé.

²¹³ V. not. C. Larroumet, « La descente aux enfers de la cession de contrat », art. préc., spéc. p. 1556.

²¹⁴ J. Flour, J.-L. Aubert, Y. Flour et E. Savaux, *La cession de contrat*, *Deffr.* 2000, p. 811, spéc. p. 814-815 : « *la convention intervenue entre le cédant et le cessionnaire ne peut réaliser qu'une cession interne qui ne libère pas le cédant* ». C'est pourquoi, certains auteurs objectent que l'absence de libération du cédant n'équivaldrait pas à une véritable cession de contrat mais à une simple substitution de personne. V. E. Jeuland, « Proposition de distinction entre la cession de contrat et la substitution de personne », *D.* 1998, chron. p. 356 et s.

²¹⁵ C. Larroumet, « La cession de contrat : une régression du droit français ? », art. préc., p. 151 et s. ; C. Larroumet, art. préc. : « *L'exigence du consentement du cédé alourdit inutilement la réalisation de la cession, sans compter les lenteurs judiciaires pour vaincre un refus qui ne serait pas légitime* » ; en ce sens, v. D. Mazeaud, note sous Cass.

43. L'intuitus personae : mesure de l'application du principe d'irrévocabilité en droit des sociétés. En effet, à l'instar du droit commun des contrats et sans distinction de la forme de la société envisagée, l'application stricte du principe d'irrévocabilité devrait conduire à empêcher l'associé de céder sa qualité sans le consentement de la société cocontractante²¹⁶. Or, assouplissant la rigueur de la solution consacrée par la jurisprudence en droit commun, le droit des sociétés a choisi de faire varier le régime de la cession en fonction de l'intensité de l'intuitus personae dont est dotée la société²¹⁷. En d'autres termes, favorisant une conception objective et patrimoniale du contrat, c'est seulement lorsque le contrat de société est affecté d'un intuitus personae que la cession de la qualité d'associé est subordonnée au consentement de la société. Classiquement, cela revient à opérer une dichotomie entre les sociétés de personnes et les sociétés de capitaux. Alors que les premières, colorées d'un fort intuitus personae, font du consentement du cédé une condition nécessaire à la réalisation de la cession, les secondes ne nécessitent aucun consentement de la société.

Si cette distinction n'a pas perdu tout intérêt, on s'accorde cependant aujourd'hui à en reconnaître la relativité. En effet, du fait de la volonté du législateur ou des associés, certaines

com., 6 mai 1997, *Bull. civ.* IV, n° 117, *Deffr.* 1997, p. 977, spéc. p. 980 et 981. En outre, pour certains auteurs, l'exigence d'une telle condition revient à nier l'existence d'une véritable cession de contrat. V. M. Billiau, « Le point sur la cession conventionnelle du contrat », *LPA*, 6 mai 1998, n° 54, p. 46 et s. ; R. Noguellou, « La cession de contrat », *RDC* 2006, n° 3, p. 966 et s. ; en ce sens, v. M. Billiau et C. Jamin, *D.* 1997, p. 588 : « Cette expression (cession de contrat) ne doit pas être prise dans son sens courant, qui postule un transfert. Le mot cession figurant dans les expressions cession de créances et cession de contrat n'a ainsi pas la même signification, car l'opération qu'il traduit n'engendre pas les mêmes conséquences : la première a un effet translatif, et non la seconde » ; *Contra* : J. Flour, J.-L. Aubert, Y. Flour et E. Savaux, art. préc., spéc. p. 814-815 : « Le consentement du cédé, nécessaire à la cession de contrat, n'est pas incompatible, par principe avec la transmission de celle-ci. Tout dépend en réalité de la volonté des parties : continuer le contrat initial ou établir un nouveau contrat ».

²¹⁶ M. Buchberger, *Le contrat d'apport, Essai sur la relation entre la société et son associé*, éd. Panthéon-Assas, 2011, préf. M. Germain, n° 77, p. 85 : l'auteur souligne que la bénéficiaire du droit d'agrément est bien la société, partie au contrat d'apport, et non les associés, parties au contrat de société. L'auteur (note de bas de page n° 376) constate en effet que, dans la société civile, le législateur prévoit la possibilité que l'agrément soit donné par le gérant, organe de la société, et non donc pas nécessairement par les associés. Plus encore, les articles L. 228-14 et L. 228-23 du Code de commerce applicables respectivement aux SARL et aux SA disposent explicitement que l'auteur de l'agrément est bien la société. Toutefois, en cédant ses droits sociaux, l'associé cède également sa qualité de partie au contrat de société. Il apparaît donc logique que les coassociés donnent également leur accord à la cession. Afin d'éviter les inconvénients et la lourdeur d'un double agrément, à la fois celui de la société et celui des associés, l'agrément devrait de manière légitime être donné par l'assemblée des associés, organe souverain de la société, et donc plus représentatif de la collectivité. V. B. Jadaud, « Qui décide de l'agrément de la cession d'actions ? », *JCP E* 2001, comm., p. 1946 et s. ; J.-C. Hallouin, « sur le refus d'agrément... », in *Mél. J. Paillusseau, Aspects organisationnels du droit des affaires*, 2003, p. 313, spéc. p. 314 : « La décision relève en général de la collectivité des associés. Mais dans certaines formes et si les statuts le prévoient, elle peut être prise par la direction ». Il semble que la doctrine assimile sur ce point l'agrément donné par la société par l'intermédiaire des associés à l'agrément donné par les associés. C'est dire que la volonté de la société serait celle des associés.

²¹⁷ D. Vidal, *Droit des sociétés*, 7^e éd., LGDJ, 2010, n° 529 : « le domaine de l'agrément est proportionnel à l'intuitus personae de la structure sociale et inversement proportionnel à l'intuitus pecuniae du titre d'associé ».

sociétés de capitaux empruntent le régime de cession des sociétés de personnes²¹⁸. Il est de plus en plus fréquent d'introduire dans les sociétés anonymes et les sociétés par actions simplifiée des clauses d'agrément²¹⁹. Permettre aux associés d'insérer de telles clauses, c'est restituer à la société anonyme sa nature contractuelle²²⁰. C'est dire que la pertinence de la distinction entre sociétés de capitaux et sociétés de personnes est remise en cause²²¹. Il n'en demeure pas moins que les premières demeurent dotées d'un *intuitus personae* moins fort²²².

Il s'ensuit que si le principe d'irrévocabilité a vocation à jouer dans toutes les sociétés, son application va néanmoins varier en fonction de l'intensité de l'*intuitus personae* dont la société est dotée. En clair, c'est le degré d'*intuitus personae* conféré à la société qui va moduler l'application du principe d'irrévocabilité. Il en résulte un régime de cession complexe²²³ car distinct d'une société à l'autre.

Schématiquement, trois types de régimes se dessinent : un régime restrictif, un régime mixte et un régime libéral²²⁴.

Dans les sociétés dotées du plus fort *intuitus personae*²²⁵, l'important degré d'*intuitus personae* ne fait pas obstacle à la cessibilité de la qualité d'associé, mais son intensité « fait de la cession un pertuis bien étroit »²²⁶. La sévérité du régime se manifeste en effet sur un double

²¹⁸ V. not. S. Helot, « La place de l'*intuitus personae* dans les sociétés de capitaux », *D.* 1991, chron. p. 143.

²¹⁹ V. l'art. L. 228-23 du Code commerce modifié en 2004 pour permettre l'agrément en cas de cession non seulement aux tiers mais également aux actionnaires.

²²⁰ G. Mazet, « Les clauses statutaires d'agrément », *RJC* n° spécial, novembre 1990, p. 66, spéc. p. 71 : « L'institutionnalisation de l'épargne rend inutile l'institutionnalité de la société ; celle-ci doit être conçue comme un contrat, les rédacteurs des statuts doivent jouir d'une grande liberté, dès lors que l'ordre public n'est pas en cause, à la condition toutefois que la plus réelle publicité soit donnée aux clauses s'écartant de la norme » ; J. Bardoul, « Les clauses d'agrément et les cessions d'actions entre actionnaires », *D.* 1973, chron. p. 137 et s. ; J. Moury, « Des clauses restrictives de la libre négociabilité des actions », *RTD com.* 1989, p. 187 et s.

²²¹ V. D. Bureau, « L'altération des types sociétaires », in *Mél. P. Didier*, *Economica*, 2008, p. 57.

²²² Certains auteurs soulignent que le contrat de société est par nature conclu *intuitus personae*. Toutefois, l'*intuitus personae* est très faible dans les sociétés cotées. V. cependant A. Morin, « *Intuitus personae* et sociétés cotées », *RTD com.* 2000, p. 299 et s. : s'il est vrai que les sociétés cotées ne sont pas pourvues du même *intuitus personae* que les sociétés en nom collectif, elles n'en sont pas pour autant totalement dépourvues. C'est l'*intuitus personae* qui fonde dans ces dernières le droit de sortie de l'actionnaire en cas d'entrée d'un tiers contrôlant la société ou en cas de la montée en puissance de plusieurs actionnaires dans la société. Sur les tentatives de distinction des différents types d'*intuitus personae*, v. E. Chvika, *Les clauses limitant la libre disposition des actions*, thèse Paris II, 1999, n° 52 et s., p. 50 et s.

²²³ C. Lapoyade-Deschamps, « La liberté de se retirer d'une société », *D.* 1978, chron. p. 123, spéc. p. 124 : « L'appareil législatif est si complexe qu'il est parfois difficile de savoir si la liberté de se retirer d'une société constitue le principe ou l'exception ».

²²⁴ L. Godon, *Les obligations des associés*, *Economica*, 1999, préf. Y. Guyon, n° 206 et s., p. 131 et s.

²²⁵ Sont visées les sociétés en nom collectif.

²²⁶ A. Viandier, *Société civile : retrait et décès d'un associé*, p. 1 cité par I. Kamoun, *La permanence de la qualité d'associé*, Mémoire Sfax Tunisie, 2006.

plan : d'une part, la condition d'unanimité des coassociés est d'ordre public tant pour la cession envers les associés que pour les tiers ; d'autre part, le refus d'agrément des associés est rédhibitoire à la sortie prématurée de l'associé. L'associé est alors tenu d'une obligation de requérir l'assentiment de ses coassociés sans l'existence d'une obligation de rachat à la charge des coassociés opposants à la cession. En outre, même l'agrément obtenu, le cédant reste toutefois tenu envers les tiers des dettes contractées antérieurement à son départ. Quant au cessionnaire, il est en principe tenu des dettes postérieures et des dettes antérieures au départ du cédant.

En revanche, dans les sociétés dotées d'un *intuitus personae* atténué²²⁷, le principe d'irrévocabilité ne va s'appliquer que de manière relative : d'une part, le législateur autorise ou prescrit l'obtention de l'agrément à la majorité seulement des associés²²⁸ ; d'autre part, l'accord des associés ne sera exigé ou autorisé qu'en cas de cession à un tiers²²⁹ ; enfin et surtout, le refus de la société n'est pas rédhibitoire à une sortie prématurée de l'associé. En effet, si l'agrément du cessionnaire est requis préalablement à la réalisation de la cession, l'associé pourra surmonter ce refus et se départir de sa qualité moyennant l'écoulement d'un bref délai²³⁰. Le principe d'irrévocabilité ne constituera nécessairement qu'un obstacle temporaire. Les autres associés seront alors tenus de l'obligation de lui racheter ou lui faire racheter ses parts dans ce laps de temps. Quant au défaut de rachat ou à l'absence de réponse de la société dans le délai imparti, il

²²⁷ Telles les sociétés civiles, les SARL et les SA comportant une clause d'agrément dans leurs statuts.

²²⁸ M. Azoulai, « L'élimination de l'*intuitus personae* dans le contrat », in *La tendance à la stabilité du rapport contractuel*, sous la dir. et préf. de P. Durand, LGDJ, 1960, p. 1, spéc. p. 12-13 : la dérogation à la règle de l'unanimité se justifie par la responsabilité limitée des associés dans ces sociétés, dans lesquelles, à la différence de la SNC, les associés ne sont pas obligés de « *partager avec celui qu'ils considèrent comme un intrus la responsabilité des dettes sociales* ». Toutefois, cette justification ne nous paraît pas totalement satisfaisante puisque, dans les sociétés civiles, les associés ont également la possibilité d'aménager la règle de l'unanimité ; mais, l'obligation aux dettes sociales est cependant moins rigoureuse que dans la SNC puisque les associés ne sont tenus que conjointement et non solidairement.

²²⁹ L'article 1861 du Code civil relatif aux sociétés civiles et l'article L. 223-14 du Code de commerce relatif aux SARL ne prescrivent l'agrément de manière impérative que pour la cession aux tiers. Les statuts peuvent donc écarter l'exigence d'un agrément pour toutes les autres cessions. Pour les SA, la clause d'agrément ne peut s'appliquer qu'aux tiers *stricto sensu*, l'ordonnance du 24 juin 2004 l'autorisant à l'égard des cessions entre actionnaires ; M. Azoulai, art. préc., spéc. p. 20 : l'auteur critique cependant le cantonnement de l'exigence d'un agrément aux seuls tiers au motif que « *la cession entre membres modifie les bases du contrat : limitée à une cession partielle, elle risque d'entraîner des changements de majorité et, donc, de rapport de forces, au sein de la société ; portant sur la totalité des droits d'un associé, elle autorise la retraite de celui-ci en violation des articles 1134...* ».

²³⁰ Ce délai varie en fonction de la société envisagée : il est de six mois dans les sociétés civiles à compter de la dernière notification, il est de trois mois dans les SARL et la SA.

vaut agrément²³¹. Dans ces sociétés, les clauses limitant la libre disposition des actions permettent d'assurer la stabilité du capital et du pouvoir. Autrement dit, elles permettent « *de se protéger d'une prise de contrôle hostile en contrôlant l'évolution de l'actionnariat* »²³². Toutefois, si ces clauses permettent d'exercer un certain contrôle sur la composition de l'actionnariat, celles-ci ne peuvent conduire à rendre définitivement l'associé prisonnier de ces sociétés²³³. En définitive, ces clauses d'agrément ont une finalité commune avec les clauses de préemption : toutes deux obligent simplement à la présentation d'un cessionnaire mais ne rendent pas prisonnier l'associé de son engagement²³⁴.

Enfin, dans les sociétés dépourvues d'*intuitus personae*²³⁵, l'actionnaire peut céder librement ses droits sociaux sans l'obtention d'un quelconque consentement. Alors que le droit commun prescrirait de manière indifférente l'obtention du consentement du cocontractant, l'associé n'a guère à requérir l'assentiment de la société laquelle ne dispose d'aucun droit de s'opposer à la cession envisagée. Le principe d'irrévocabilité en cette dernière hypothèse se trouve donc totalement éludé.

Dès lors, à côté du droit commun de la cession de contrat qui applique strictement le principe d'irrévocabilité, celui-ci ne connaît qu'une portée relative en matière de cession de droits sociaux puisque son application varie en fonction de l'*intuitus personae* dont est dotée la société. Le droit commun des contrats devrait s'inspirer de cette application modulable du principe d'irrévocabilité admise par le droit des sociétés. Nombreux sont en effet les contrats d'entreprise

²³¹ Il existe cependant une hésitation concernant le moment d'exécution de l'obligation de rachat dans les SAS. V. H. Azarian, *La société par actions simplifiée*, 2^e éd., Litec, 2007, préf. A. Viandier, n° 173. Il ne suffit pas d'admettre que l'obligation de rachat constitue une disposition impérative dans ces sociétés, faut-il encore déterminer le délai maximum imparti à la société pour se prononcer : doit-on ou non appliquer la disposition relative à la SA ? Sur cette question une incertitude demeure. V. B. Dondero, « Le pacte d'actionnaires : le contrat dans la société », in *Société et contrat*, Journ. soc. avril 2008, n° 53, p. 42, spéc. p. 50.

²³² E. Chvika, *Les clauses limitant la libre disposition des actions*, thèse Paris II, 1999, n° 9, p. 5.

²³³ G. Keutgen et Y. De Cordt, « La loyauté et la bonne foi dans le droit des sociétés », in *Mél. E. Cerexhe*, Bruxelles, Larcier, 1997, p. 198-199 : « si la libre cessibilité n'est pas de l'essence de l'action et si elle peut dès lors être restreinte, il n'est pas pour autant possible de supprimer le droit de l'actionnaire de céder son titre, ce qui serait contraire à la nature même de la SA ». Ces auteurs ajoutent qu'en Belgique « la validité de ces clauses restreignant la libre négociabilité des titres est aujourd'hui légalement reconnue par l'article 41 des lois coordonnées sur les sociétés commerciales pour autant que, limitées dans le temps, elles soient justifiées, à tout moment, par l'intérêt social, et dans la mesure où elles n'aboutissent pas à rendre les titres incessibles plus de six mois à dater de la demande d'agrément ou de la demande d'agrément ou de l'invitation à exercer le droit de préemption ».

²³⁴ G. Mazet, « Les clauses statutaires d'agrément », *RJC* n° spécial, novembre 1990, p. 66 ; E. Chvika, th. préc., n° 18, p. 13.

²³⁵ Telles les sociétés cotées ou les sociétés anonymes non cotées dépourvues de clauses d'agrément.

dépourvus d'*intuitus personae*, tels les contrats de fourniture, qui mériteraient d'être cédés sans avoir à requérir le consentement du cédé.

44. Partant, s'il connaît certains assouplissements, le principe d'irrévocabilité est mis en oeuvre aussi bien dans le contrat de société que dans le contrat d'apport. Néanmoins, même en droit commun des contrats, ce principe n'a pas une portée absolue. Il n'est applicable qu'aux engagements qui sont limités dans le temps. Le droit des sociétés illustre, là encore, cette limite.

SECTION 2 LES LIMITES DE L'APPLICATION DU PRINCIPE D'IRREVOCABILITE EN MATIERE SOCIETAIRE

45. Soustraction des engagements à durée indéterminée au principe d'irrévocabilité.

Il est vrai que l'article 1134 du Code civil prescrit à titre de principe l'irrévocabilité contractuelle. Toutefois, le législateur de 1804 n'entendait dès l'origine lui conférer qu'une portée relative en restreignant son application aux contrats à exécution instantanée et aux contrats successifs à durée déterminée, mettant ainsi hors de son champ d'application les contrats successifs à durée indéterminée. C'est ainsi que, pour ces derniers, les parties bénéficient d'une faculté de résiliation unilatérale affectant ces derniers d'une force obligatoire atténuée. En effet, cette règle a vocation à s'appliquer à tous les contrats à durée successive²³⁶ et devient donc une règle de droit commun des contrats²³⁷ à laquelle le Conseil constitutionnel a octroyé valeur constitutionnelle²³⁸. Ce droit est classiquement présenté comme le corollaire du principe de l'interdiction des engagements perpétuels²³⁹, principe « virtuel » de droit commun des contrats²⁴⁰. Or, cette affirmation est

²³⁶ Cass. com., 14 novembre 1989, *Bull. civ.* IV, n° 286 ; Cass. Com., 31 mai 1994, *Bull. civ.* IV, n° 194 : au visa de l'article 1134, alinéa 2, du Code civil, la Cour de cassation affirme que « dans les contrats à exécution successive dans lesquels aucun terme n'a été prévu, la résiliation unilatérale est, sauf abus, sanctionnée par l'alinéa 3 du même texte, offerte aux deux parties ».

²³⁷ O. Porumb, *La rupture des contrats à durée indéterminée par volonté unilatérale, Essai d'une théorie générale*, thèse Paris, 1937, p. 247.

²³⁸ Cons. const., 9 novembre 1999, n° 99-419 DC, sur la loi relative au pacte civil de solidarité : « Si le contrat est la loi commune des parties, la liberté qui découle de l'article 4 de la Déclaration de 1789 justifie qu'un contrat de droit privé à durée indéterminée puisse être rompu unilatéralement par l'un ou l'autre des contractants ».

²³⁹ R. Encinas de Munagorri, *L'acte unilatéral entre les parties au contrat*, thèse Paris X, 1994, n° 94, p. 91 ; E. Schaeffer, « Des causes d'ordre public de dissolution des sociétés », in *Mél. J. Hamel, Dix ans de conférences d'agrégation*, 1961, p. 227, spéc. p. 228 ; J. Ghestin, « Existe-t-il en droit positif français un principe général de prohibition des contrats perpétuels ? », in *Mél. D. Tallon, D'ici, d'ailleurs, harmonisation et dynamique du droit*, Société de législation comparée, 1999, p. 251.

lacunaire. Si ces deux principes sont indubitablement liés, ils sont surtout liés en raison de leur fondement commun résidant dans la protection de la liberté individuelle²⁴¹, objectif poursuivi par la Révolution et érigé progressivement en principe fondamental par le législateur de 1804²⁴².

46. Confusion des notions. Engagement à durée indéterminée et engagement perpétuel doivent être distingués : alors que l'engagement à durée perpétuelle lequel est « *un long contrat à durée déterminée irrévocable unilatéralement* »²⁴³ et en principe nul, l'engagement à durée indéterminée²⁴⁴, est « *un engagement à exécution successive sans terme extinctif déterminé ou déterminable par des éléments indépendants de la volonté de l'une des parties* »²⁴⁵ en principe

²⁴⁰ R. Encinas de Munagorri, th. préc., n° 93, p. 90 : « *A la question de savoir si le principe de prohibition des engagements perpétuels a vocation à régir l'ensemble des contrats successifs, doctrine et jurisprudence ont pourtant répondu par l'affirmative* ». Toutefois, pour une affirmation nuancée, v. J. Ghestin, art. préc., spéc. p. 261 : « *En l'absence de texte de portée générale et devant une jurisprudence rare et d'interprétation controversée il ne paraît pas possible d'affirmer comme une règle de droit positif, la nullité des contrats perpétuels* ». Toutefois, l'auteur ajoute : « *Quelle que soit l'analyse retenue du droit positif, rien n'interdit, en tout cas, d'estimer que, de lege ferenda, les contrats perpétuels devraient être annulés. Cependant on quitte alors le domaine du droit positif pour entrer dans celui de la théorie juridique...* ». Pour une position intermédiaire, v. R. Libchaber, « *Réflexions sur les engagements perpétuels et la durée des sociétés* », *Rev. soc.* 1995, p. 437, spéc. p. 443 : « *Il ne s'en suit pas qu'à l'égard de la question assurément fondamentale de la perpétuité des contrats, le droit français soit dépourvu de principe tant soit peu général, ou fermement posé. On dira plutôt qu'il est demeuré fidèle au fondement qui justifiait l'article 1780 alinéa 1^{er} : là où la liberté individuelle est menacée par la perpétuité, elle est interdite ; là où à l'inverse la perpétuité, ou une durée excessive, n'entrave pas la liberté de l'individu, le principe s'affaiblit* » ; L. Vogel et J. Vogel, « *Vers un retour des contrats perpétuels ? Evolution récente du droit de la distribution* », *CCC*, août-Septembre 1991, p. 1 : ces auteurs évoquent « *la résurgence du contrat perpétuel en cas de faillite du distributeur* » ; O. Litty, *Inégalité des parties et durée du contrat, Etude de quatre contrats d'adhésion usuels*, LGDJ, 1999, n° 32 et s., p. 32 et s. : l'auteur, tout en étayant l'existence d'un principe général applicable aux personnes physiques de droit privé, évoque une application dissymétrique de ce principe selon la qualité des parties.

²⁴¹ Y. Pagnerre, *L'extinction unilatérale des engagements*, éd. Panthéon-Assas, LGDJ, 2012, préf. B. Teyssié et J.-M. Olivier, n° 456, p. 496 ; J. Azema, *La durée des contrats successifs*, LGDJ, 1969, n° 16, p. 13 : deux fondements sont à l'origine de la prohibition : la liberté individuelle et l'instabilité économique ; R. Encinas de Munagorri, *L'acte unilatéral dans les parties au contrat*, thèse Paris X, 1994, p. 95 : l'auteur attribue deux fondements au principe, l'un classique, résidant dans la liberté individuelle, l'autre moderne, résidant dans la libre circulation des biens et des personnes ; en ce sens, v. A. Van Eeckhout, in *La durée et les contrats*, *RDC* 2004, p. 189 et s. Sur l'émergence de ce second fondement, v. L. Vogel et J. Vogel, art. préc., spéc. p. 1 : « *La théorie de la concurrence fournit aujourd'hui une justification supplémentaire à la prohibition des engagements perpétuels : un tel engagement constitue en effet une formidable barrière à l'entrée sur le marché qui empêchent les agents économiques qui seraient en mesure de devenir des concurrents de se porter candidats à une relation contractuelle en raison de l'indissolubilité des liens préexistants* » ; J. Ghestin, art. préc. ; O. Litty, th. préc., n° 32, p. 32. Pour une analyse approchante, v. M. Mekki, *L'intérêt général et le contrat, Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, LGDJ, 2004, préf. J. Ghestin, n° 569, p. 348-349 : le principe d'interdiction des engagements perpétuels est rattaché à la protection de la dignité humaine.

²⁴² O. Litty, th. préc., n° 35, p. 34.

²⁴³ Y. Pagnerre, th. préc., n° 459, p. 499 ; A. Van Eeckhout, in *La durée et les contrats*, *RDC* 2004, p. 192 et s. : l'engagement excessif est assimilé par la jurisprudence à l'engagement perpétuel.

²⁴⁴ R. Encinas de Munagorri, th. préc., n° 94, p. 91.

²⁴⁵ Y. Pagnerre, th. préc., n° 454, p. 493.

valable mais sanctionné par l'octroi d'un droit de résiliation unilatérale²⁴⁶. Ces deux notions font toutefois souvent l'objet d'un amalgame²⁴⁷. Le législateur et la jurisprudence assimilent parfois à l'engagement à durée indéterminée l'engagement dont le terme est bien déterminé mais très éloigné²⁴⁸, lequel se trouve sanctionné par l'octroi d'un droit de résiliation unilatérale et non par la nullité comme cela devrait l'être. L'engagement à durée perpétuelle dégénère ainsi en engagement à durée indéterminée échappant par là même au vice de perpétuité. Partant, engagement perpétuel et engagement à durée indéterminée se trouvent soumis au même régime.

Cette distinction a cependant perdu de son intérêt en matière sociétaire. En effet, la consécration de la conception objective de la perpétuité concernant le contrat de société et la suppression de la société personnifiée à durée indéterminée ont eu pour effet de conférer un épanouissement total au principe d'irrévocabilité (§1). Pour autant, afin de préserver la liberté individuelle de l'associé, législateur et jurisprudence ont été contraints de dissocier le régime de rupture du contrat de société et du contrat d'apport. La consécration de la rupture unilatérale de ce second contrat présumé *de facto* à durée excessive permet de renouer avec les principes de droit commun des contrats (§2).

§1 LA SUPPRESSION DES LIMITES CONCERNANT LE CONTRAT DE SOCIÉTÉ

47. Avant la réforme du 4 janvier 1978, le législateur assimilait le régime de l'engagement perpétuel à l'engagement à durée indéterminée et octroyait un droit de résiliation unilatérale à l'associé engagé dans la société pour une durée excédant sa durée de vie moyenne. Ce faisant, il consacrait la conception subjective de la perpétuité. Dès lors, quand bien même un terme objectif était fixé, son éloignement permettait à l'associé de mettre unilatéralement fin à la société réputée « illimitée »²⁴⁹ de manière anticipée. La résiliation unilatérale constituait donc bien une cause

²⁴⁶ Principe général consacré par Cass. civ. 1^{ère}, 5 février 1985, *Bull. civ.* I, n° 54 : « Il résulte de cette disposition (article 113, alinéa 2, du Code civil) que, dans les contrats à exécution successive dans lesquels aucun terme n'a été prévu, la résiliation unilatérale est... offerte aux deux parties ».

²⁴⁷ J. Ghestin, art. préc., spéc. p. 252 : l'auteur dénonce « une assimilation des contrats perpétuels aux contrats à durée indéterminée, qui ne correspond pas à l'analyse historique de l'article 1780 du code civil » ; en ce sens, v. R. Libchaber, « Réflexions sur les engagements perpétuels et la durée des sociétés », *Rev. soc.* 1995, p. 437, spéc. p. 440 et s.

²⁴⁸ B. Houin, *La rupture unilatérale des contrats synallagmatiques*, thèse Paris II, 1973, p. 188.

²⁴⁹ Terminologie employée par le législateur lui-même pour évoquer à la fois les sociétés à durée perpétuelle, c'est-à-dire celles dépassant la durée de vie des associés, et celles à durée indéterminée, c'est-à-dire celles dépourvues de tout terme extinctif.

générale de dissolution (A). Mais, bien qu'interprété restrictivement par la jurisprudence, le législateur a supprimé ce droit dans les sociétés personnifiées, faisant dégénérer la résiliation unilatérale en une cause spéciale de dissolution et confortant à titre de principe l'irrévocabilité contractuelle (B).

A- LE REGIME ANTERIEUR A LA REFORME DE 1978 : LA RESILIATION UNILATERALE, CAUSE GENERALE DE DISSOLUTION

48. Champ d'application de l'ancien article 1869 du Code civil. Sous le régime antérieur à la réforme du 4 janvier 1978, l'article 1869 du Code civil offrait une faculté de résiliation unilatérale à tous les associés membres d'une société conclue pour une durée illimitée. Le contrat pouvait ainsi prendre fin non seulement par un *mutuus dissensus* mais également par la renonciation de l'un des associés notifiant aux autres sa décision. Le principe d'irrévocabilité du contrat était donc tenu en échec par un impératif de droit contractuel considéré comme supérieur : la protection de la liberté individuelle des contractants. Ce droit reconnu comme d'ordre public interdisait ainsi aux parties de le supprimer et même de le restreindre²⁵⁰. Toutefois, la faculté offerte par l'ancien article 1869 du Code civil aboutissait à faire primer l'intérêt de l'associé souhaitant se retirer sur l'intérêt des autres associés et celui de la société²⁵¹. C'est donc pour éviter qu'une société florissante succombe au caprice d'un seul membre²⁵² que le législateur a subordonné cette faculté de résiliation unilatérale à deux conditions appréciées rigoureusement par la jurisprudence.

49. Condition relative à la durée de la société. S'agissant de la première, l'application de la règle supposait nécessairement au préalable l'appartenance de l'associé à une société²⁵³ à durée « illimitée ». En effet, suivant un courant majoritaire, cette règle consacrée par l'article 1869 du Code civil ne serait que la transposition de la règle de droit commun qui dispose que

²⁵⁰ E. Schaeffer, « Des causes d'ordre public de dissolution des sociétés », in *Mél. J. Hamel, Dix ans de conférences d'agrégation*, Dalloz, 1961, p. 227, spéc. p. 228 ; L. Guillaud, *Traité du contrat de société, Livre III, titre IX du code civil*, 2^e éd., G. Pedone-Lauriel, 1892, n° 332.

²⁵¹ B. Houin, th. préc., p. 141.

²⁵² E. Schaeffer, art. préc., spéc. p. 237 : l'admission d'une résiliation unilatérale du contrat de société pouvait conduire à la « dissolution d'ordre public d'une entreprise collective qui n'a en elle-même aucune tare pratique ».

²⁵³ B. Houin, th. préc., p. 123 : l'auteur se posait la question de l'application de l'ancien art 1869 aux GIE. A défaut, c'est le principe de droit commun qui trouvait à s'appliquer.

dans un contrat successif les parties disposent du droit d'y mettre fin unilatéralement quand bon lui semble²⁵⁴. Partant, elle n'avait indubitablement pas vocation à jouer dans les sociétés à durée limitée. D'un point de vue pratique, on pouvait justifier le cantonnement de la règle aux seules sociétés illimitées par le fait que, si une discorde entre les associés éclatait, les associés se sachant liés à vie ne seraient pas incités à rétablir la situation et, la discorde ne pouvant que s'aggraver, la société serait conduite à sa perte. En revanche, dans les sociétés à durée limitée, les associés sachant qu'ils ne sont liés que pour un temps supporteront mieux la discorde et mèneront à bien jusqu'au bout l'aventure entreprise²⁵⁵. Autrement dit, « *dans tous les cas, dans une société à terme, le mal diminué dans sa durée et à cause de cela probablement atténué dans son intensité, n'est pas assez grand pour que le législateur se soit déterminé à autoriser la rupture du contrat par la volonté d'un seul des contractants* »²⁵⁶. Pour ces deux séries de motifs, la dénonciation unilatérale, était réservée aux seules sociétés à durée illimitée. Cela supposait cependant au préalable de définir ce que l'on entendait par société à durée illimitée.

Deux conceptions étaient alors envisageables²⁵⁷. Une première conception restrictive consistait à réserver l'appellation aux seules sociétés dépourvues de terme statutaire certain ou incertain²⁵⁸. Une deuxième conception plus large assimilait aux sociétés dépourvues de terme les sociétés affectées d'un terme incertain et les sociétés constituées pour une durée manifestement supérieure à la durée de vie normale de la vie humaine, 99 ans par exemple. C'est ainsi qu'en raison de la durée de ces sociétés supérieure à celle de la vie de ses membres, elles devaient être assimilées aux sociétés à durée indéterminée. C'est à cette deuxième conception que l'auteur et les autorités de l'époque donnaient leur faveur. Certains auteurs ne manquaient pas de souligner

²⁵⁴ P. Pic, *Droit commercial, Des sociétés commerciales*, T. 1, éd. A. Rousseau, 1908, n° 564 ; M. Coipel, « La contractualisation des causes de dissolution des sociétés », in *Mél. R. De Valkenner, A l'occasion du 125^e anniversaire de la revue du notariat Belge, Bruxelles, 2000*, p. 147, spéc. p. 159 : « *Quelle est, en effet, la raison d'être de la faculté de renonciation unilatérale ? C'est le principe d'ordre public énoncé à l'article 1780 du Code civil : on ne peut être lié à vie dans un contrat à durée successive* » ; I. Petel-Teyssié, *Les durées d'efficacité du contrat*, thèse Montpellier I, 1984, n° 447, p. 480 : « *Les articles 1865-5° et 1869, qui conféraient aux associés de la société à durée illimitée un droit de résiliation unilatérale débouchant sur la dissolution de la société, faisaient la société à durée indéterminée. Sans ce droit, en effet, la durée n'eût point été indéterminée mais perpétuelle... et le contrat nul* ».

²⁵⁵ L. Guillouard, *op. cit.*, n° 323.

²⁵⁶ *Ibid.*

²⁵⁷ P. Pic, *op. cit.*, n° 565.

²⁵⁸ En faveur de cette conception, v. Bravard-Veyrières et Demangeat, *Traité de droit commercial*, I, p. 404-405 cité par L. Guillouard, *op. cit.*, n° 326 : la seule exception qui était admise résidait dans la fixation d'un terme tellement éloigné et incertain qu'on ne pouvait le prévoir. L'auteur donne l'exemple d'une société de mines, « *dont les produits évidemment sont destinés à s'épuiser, mais à une époque lointaine dont la date ne saurait être fixée, même approximativement* ».

l'originalité du droit des sociétés par rapport au droit commun des contrats en la matière²⁵⁹. En effet, législateur et jurisprudence soumettaient au même régime les sociétés perpétuelles et les sociétés à durée indéterminée. Ces deux sociétés étaient sanctionnées par un droit de résiliation unilatérale, sanction en principe assignée aux seuls engagements à durée indéterminée. Finalement, cela revenait à assimiler les engagements dépourvus de terme et les engagements affectés d'un terme lointain. Cela tenait au fait que l'ancien article 1869 devait être lu à la lumière de celui de l'article 1780 du Code civil²⁶⁰. L'auteur explique que si le contrat de société et le contrat de louage de services se différencient en tant que le premier est un contrat égalitaire et le second en revanche induit un lien de dépendance, la proximité de ces deux dispositions dans leur structure et leur fondement conduisait en effet à les interpréter similairement²⁶¹.

50. Condition relative à la renonciation. S'agissant de la deuxième²⁶², elle concernait la renonciation elle-même. Si peu importait la forme de la renonciation, au préalable celle-ci devait être notifiée à tous les associés sous peine de nullité²⁶³. Par ailleurs et surtout, l'article 1870 exigeait, d'une part, que la renonciation ait lieu de bonne foi, c'est-à-dire sans arrière pensée de s'approprier à lui seul un profit prochain destiné à tomber en société ; d'autre part, qu'elle ne se produise pas à contretemps, c'est-à-dire n'intervienne à un moment inopportun pour le règlement des intérêts communs engagés dans l'entreprise.

²⁵⁹ Y. Pagnerre, *L'extinction unilatérale des engagements*, éd. Panthéon-Assas, LGDJ, 2012, préf. B. Teyssié et J.-M. Olivier, n° 458, p. 498 : « *Les notions de durée indéterminée et de perpétuité revêtent un sens particulier lorsqu'elles s'appliquent à un contrat de société* » ; J. Azema, *La durée des contrats successifs*, LGDJ, 1969, n° 31, p. 23 : « *Assez curieusement, un excès dans la détermination entraînait la transformation du contrat en un engagement à durée indéterminée et la sanction consistait alors dans le droit pour chacun des associés de demander à tout moment la dissolution* ».

²⁶⁰ En ce sens, v. L. Guillouard, *op. cit.*, n° 324 : « *ces deux textes (1869 et 1780) sont, sous des aspects très différents, des applications de la même idée. La loi ne veut pas que le domestique engage sa liberté toute sa vie, et quant à l'associé, s'il a contracté toute sa vie, la loi tout en reconnaissant la validité de cet engagement moins étroit que celui du domestique, vient à son aide et lui permet de le rompre, lorsque le lien du contrat est devenu intolérable* ». En effet, l'auteur souligne : « *Il existe dans le contrat de société une interdépendance plus ou moins étroite des associés les uns vis-à-vis des autres, et cette interdépendance même constituerait une atteinte grave à la liberté de chacun, si elle n'était tempérée par la faculté pour l'un quelconque des associés de donner congé aux autres* ».

²⁶¹ O. Porumb, *La rupture des contrats à durée indéterminée par volonté unilatérale, Essai d'une théorie générale*, thèse Paris, 1937, p. 134 : le rapprochement entre ces deux dispositions, l'article 1780 et l'article 1869 du Code civil, inciterait à présumer le caractère d'ordre public de ladite disposition, empêchant les parties de l'écartier par convention contraire.

²⁶² P. Pic, *Droit commercial, Des sociétés commerciales*, T. 1, éd. A. Rousseau, 1908, n° 567 et s.

²⁶³ Sur la preuve de cette notification, v. L. Guillouard, *op. cit.*, n° 331.

Toutefois, la jurisprudence, conférant une portée restrictive à la disposition, appréciait rigoureusement cette seconde condition.

Elle considérait, d'une part, qu'un associé qui use de son droit de dissolution alors qu'il a la faculté de céder ses parts ne peut nécessairement pas être de bonne foi²⁶⁴. Cette interprétation est louable eu égard au fondement de la règle. Ce que le législateur cherche à garantir c'est la faculté de partir de la société mais non le droit de rupture unilatérale du contrat²⁶⁵. En raison du caractère pluripartite de la société, la liberté individuelle de l'associé peut être sauvegardée tout en préservant l'efficacité durable du contrat de société. Le départ d'un associé ne provoque pas en principe la disparition de la société, il est seulement mis fin à son contrat d'apport²⁶⁶. Cette interprétation revenait finalement à cantonner le domaine de l'ancien article 1869 du Code civil aux seules sociétés de personnes et plus exactement aux seules sociétés teintées d'*intuitus personae* puisque la jurisprudence acceptait d'en faire bénéficier également les associés d'une société de capitaux comportant une clause d'agrément et les associés des sociétés à responsabilité limitée²⁶⁷. Par ailleurs, soulignant le caractère subsidiaire de ce droit, les associés pouvaient faire

²⁶⁴ J. Guyénot, « Les huit causes communes de dissolution des sociétés civiles et commerciales », *Gaz. Pal.* 1976, 1, doct. p. 357, spéc. p. 402, note de bas de page n° 89 ; J. Guyénot, art. préc., spéc. p. 402, note de bas de page n° 89 : « L'associé qui peut librement céder ses parts est considéré comme ayant implicitement renoncé au droit de dissolution ».

²⁶⁵ B. Houin, *La rupture unilatérale des contrats synallagmatiques*, thèse Paris II, 1973, p. 540-541 : « Peu importe dès lors le moyen par lequel cette faculté est assurée. La protection de l'associé n'est pas compromise lorsque le rachat des parts sociales a été substitué au droit de rupture. Il ne subit de la part de ses partenaires aucune pression destinée à l'enfermer dans la société. L'offre de ses coassociés, tout en recherchant l'intérêt de la société, évite une dissolution anticipée, respecte sa nécessaire liberté de sortir de la société. Il est exact d'affirmer que, de ce point de vue, l'associé sortant ne renonce qu'aux conséquences pécuniaires de son retrait : le rachat de ses parts peut en effet s'avérer beaucoup moins intéressant pour lui que l'allocation de sa part d'actif. La jurisprudence veille néanmoins dans ce cas à ce que le prix proposé soit équitable ».

²⁶⁶ B. Houin, th. préc., p. 541 : « Cette solution est propre au droit des sociétés. C'est en effet la seule convention qui, par son caractère collectif, permet de créer un substitut de droit de rupture, tout en respectant le principe d'ordre public de la prohibition des engagements perpétuels ». L'auteur cite à son appui une décision (Cass. civ., 6 décembre 1843, S. 1844, 1, p. 22), dans laquelle la Cour de cassation a été pour le moins explicite sur sa motivation : concilier la protection de la liberté individuelle de la société et celle de l'intérêt de la société.

²⁶⁷ I. Pétel-Teyssié, *Les durées d'efficacité du contrat*, thèse Montpellier I, 1984, n° 448, p. 481-482 ; B. Houin, th. préc., p. 146 : à l'inverse, pour refuser ce droit à l'associé d'une SARL « l'on a fait valoir que, dans cette sorte de société, l'associé ne prend qu'un risque pécuniairement limité, bien qu'il sache qu'il ne peut librement céder ses parts. Il ne justifie plus d'une protection aussi grave que l'associé en nom collectif. Il ne doit donc pas être investi du droit de dissoudre unilatéralement la société. L'on a justement démontré le vice de cette argumentation. Elle transforme arbitrairement l'objet de l'article 1869 du code civil qui n'est pas de protéger l'associé contre un engagement excessif mais contre un engagement de trop longue durée... ». En faveur de cette considération économique de la société, v. T. Com. Valenciennes, 5 septembre 1959, *Gaz. Pal.* 1950, 2, p. 380 ; *Journ. soc.* 1951, p. 28, *Rev. soc.* 1951, p. 322 ; *RTD com.* 1951, p. 314 : « L'article 1869 ne saurait... donc s'appliquer que dans la seule hypothèse où l'associé se trouverait... dans l'impossibilité absolue de céder ses parts sociales... Cette solution est commandée par des considérations économiques évidentes... de telles sociétés étant toujours soumises aux caprices de leurs membres ».

obstacle à la mise en œuvre de ladite disposition en rachetant les parts de celui qui désire se retirer et le refus de l'associé pouvait être alors constitutif d'un abus de droit²⁶⁸. En outre, la jurisprudence considérait que l'introduction d'une clause de rachat dans les statuts paralysait également l'invocation de ladite disposition²⁶⁹.

D'autre part, les tribunaux appréciaient la notion de contretemps de manière objective, « *en prenant appui sur des considérations économiques : le fait que la société est prospère permet d'établir que la demande intervient à contretemps* »²⁷⁰. Autrement dit, le droit de l'associé devait s'effacer devant l'intérêt de la société. Toutefois, cette interprétation était critiquable : en réservant la dissolution aux seuls cas d'exploitation déficitaire, elle malmenait nécessairement le principe d'interdiction des engagements perpétuels²⁷¹. Partant, la disposition revêtait une portée jurisprudentielle bien moins importante que le texte ne le laissait apparaître.

51. La remise en cause de l'article 1869 du Code civil ? La réforme du 24 juillet 1966 a posé la question du maintien de l'application de l'article 1869 du Code civil aux sociétés commerciales²⁷². D'une part, cette réforme a imposé aux associés la fixation d'un terme au contrat de société dans la limite de 99 ans. Partant, la société à durée indéterminée entendue *stricto sensu* n'existe plus. D'autre part, elle a organisé une procédure permettant à l'associé d'une société à responsabilité limitée ou d'une société anonyme de céder ses parts en cas de refus d'agrément. Partant, elle lui octroie ainsi la faculté de partir de la société et protège par suite sa liberté individuelle²⁷³.

²⁶⁸ B. Houin, th. préc., p. 142 ; E. Schaeffer, « Des causes d'ordre public de dissolution des sociétés », in *Mél. J. Hamel, Dix ans de conférences d'agrégation*, 1961, p. 239.

²⁶⁹ E. Schaeffer, art. préc., p. 239-240 : cette possibilité atténue fortement le caractère d'ordre public de ce droit.

²⁷⁰ J. Guyénot, « Les huit causes communes de dissolution des sociétés civiles et commerciales », *Gaz. Pal.* 1976, 1, doct. p. 357, spéc. p. 402, note de bas de page n° 89 ; E. Schaeffer, art. préc., p. 227, spéc. p. 241 : l'auteur constate que « *c'est la considération de la marche de l'entreprise qu'ils (les juges) retiennent chaque fois que c'est possible* ».

²⁷¹ B. Houin, th. préc., p. 631 : l'auteur relève qu'une telle conception conforme à la conception institutionnelle de la société est inutile en ce que la protection de la société est suffisamment assurée par l'interprétation de la première condition, c'est-à-dire par l'interdiction faite à l'associé de se prévaloir de la disposition lorsque se présentent à lui d'autres moyens pour sortir.

²⁷² M. Germain, G. Ripert et R. Roblot, *Traité de droit commercial*, T. 1, vol. 2, *Les sociétés commerciales*, 20^e éd., LGDJ, 2011, n° 1098 ; B. Houin, th. préc., p. 150 et s. : la réforme du 24 juillet 1966 a toutefois fermé les possibilités d'application de l'ancien article 1869 aux SARL et aux SA en consacrant une procédure de rachat pour ces sociétés comme pour les sociétés à capital variable.

²⁷³ J. Guyénot, art. préc., spéc. p. 397 ; I. Pétel-Teyssié, *Les durées d'efficacité du contrat*, thèse Montpellier I, 1984, n° 448, p. 483.

Fallait-il déduire de l'exigence de détermination d'un terme statutaire la disparition des sociétés illimitées ? Rien n'en n'était moins sûr²⁷⁴. Cette incertitude laissa place à deux écoles antagonistes. La première²⁷⁵ soutenait la survie de la société à durée illimitée. Suivant celle-ci, le législateur n'avait posé pour seule obligation que d'inscrire dans les statuts une mention relative à la durée mais cette dernière pouvait aussi bien indiquer une durée déterminée ou indéterminée. En outre, la jurisprudence, favorable à une conception subjective de la perpétuité, avait en effet pu considérer qu'une société de personnes constituée²⁷⁶ ou prorogée pour 99 ans²⁷⁷, c'est-à-dire pour une durée manifestement supérieure à celle de la vie des associés, revêtait un caractère illimité. La seconde école alléguait la fin des sociétés commerciales à durée illimitée. En effet, avec la réforme du 24 juillet 1966, le législateur avait précisément recherché à remédier à l'insécurité juridique que générait l'article 1869 du Code civil. Il souhaitait empêcher que le destin d'une société prospère ne dépende que de la décision d'un seul associé au mépris de la volonté des autres²⁷⁸. Par conséquent, la réforme du 24 juillet 1966 laissait bien place à des incertitudes tant doctrinales que jurisprudentielles sur la volonté réelle du législateur. Ces dernières ont finalement été annihilées par la réforme du 4 janvier 1978 qui consacre clairement l'interprétation de cette dernière école.

B- LE REGIME POSTERIEUR A LA REFORME DE 1978 : LA RESILIATION UNILATERALE, CAUSE SPECIALE DE DISSOLUTION

52. L'abolition du principe de résiliation unilatérale. La réforme du 4 janvier 1978 a en effet eu le mérite de briser définitivement l'interprétation équivoque générée par le maintien de l'article 1869 du Code civil. Désormais et de manière certaine, la dénonciation unilatérale ne constitue plus une cause générale de dissolution. D'une part, toutes les sociétés doivent être affectées d'une durée déterminée. A défaut de stipulation statutaire, c'est la durée maximale de

²⁷⁴ Y. Chartier, « La société dans le code civil après la loi du 4 janvier 1978 », *D.* 1978, doct. 2917, n° 156 ; I. Pétel-Teyssié, th. préc., n° 449 et s., p. 484 et s.

²⁷⁵ En ce sens, v. J. Azema, *La durée des contrats successifs*, LGDJ, 1969, n° 139, p. 112.

²⁷⁶ CA Douai, 26 mars 1959, *Gaz. Pal.* 1959, 2, p. 247 ; *JCP G* 1959, II, 356, note J. R.

²⁷⁷ Cass. com., 30 janvier 1963, *Bull. civ.* IV, n° 77 ; *JCP G* 1963, II, 13117, obs. R. Rodière ; Cass. com., 7 janvier 1969, *Bull. civ.* IV, n° 7 ; *JCP G* 1969, II, 15983, obs. P. Nectoux.

²⁷⁸ E. Schaeffer, art. préc., spéc. p. 237 : cette possibilité offerte aux associés de résilier unilatéralement le contrat de société pouvait aboutir à « la liquidation de l'entreprise pour un caprice qui mettra à néant la superstructure juridique. Pour la sauver, il faudrait reconstituer une nouvelle superstructure, ce qui ne va jamais sans troubles profonds ou frais disproportionnés ».

99 ans qui trouve à s'appliquer de manière supplétive²⁷⁹. D'autre part, les dispositions de l'ancien article 1869 du Code civil ont été abrogées²⁸⁰. Certains auteurs regrettent la disparition de cette disposition puisque, par son interprétation raisonnable, la jurisprudence parvenait à concilier au mieux l'intérêt de l'associé avec l'intérêt de tous les autres et celui de la société²⁸¹. En effet, il en résulte qu'avec l'abrogation de cette disposition, le principe de l'interdiction des engagements perpétuels se trouve partiellement malmené. Désormais, les associés des sociétés en nom collectif et les associés des sociétés en commandite, contraints de requérir l'unanimité des associés pour partir, peuvent se retrouver prisonniers toute leur vie durant. Cela porte donc nécessairement atteinte à leur liberté individuelle que recherchait justement à protéger l'ancien article 1869 du Code civil. Avec la consécration de la conception objective de la perpétuité, il n'y a plus guère que la société qui excède une durée de 99 ans qui est considérée comme illimitée²⁸², dont la sanction n'est pas la nullité mais la réduction à son terme maximal légal²⁸³. Cette évolution paraît surprenante étant donné la tendance actuelle du droit positif à privilégier la conception subjective de la perpétuité²⁸⁴. Toutefois, si la renonciation unilatérale ne constitue plus une cause générale de dissolution, elle n'a pas complètement disparu du paysage juridique²⁸⁵.

²⁷⁹ Y. Chartier, art. préc., n° 156 ; I. Pétel-Teyssié, *Les durées d'efficacité du contrat*, Thèse Montpellier I, 1984, n° 450, p. 485.

²⁸⁰ Y. Chartier, art. préc., n° 156 ; M. Germain, G. Ripert et R. Roblot, *Traité de droit commercial*, T. 1, vol. 2, *Les sociétés commerciales*, 20^e éd., LGDJ, 2011, n° 1098 ; I. Pétel-Teyssié, th. préc., n° 450, p. 485 : l'auteur cite à son soutien la volonté univoque du législateur exprimée lors des travaux préparatoires. V. le rapport de M. Le Douarec, p. 15 : « *La fixation d'une durée déterminée a notamment pour effet de supprimer l'élément d'insécurité que constitue, dans les sociétés à durée illimitée, la possibilité pour tout associé de demander à tout moment la dissolution* ».

²⁸¹ R. Libchaber, « Réflexions sur les engagements perpétuels et la durée des sociétés », *Rev. soc.* 1995, p. 437, spéc. p. 438 : l'auteur déplore cette abrogation au motif que « *son application nuancée par les tribunaux tenait la balance égale entre la volonté individuelle et les intérêts sociaux* », et souligne qu'en dépit de l'abrogation de l'article 1869 du Code civil, les tribunaux auraient pu maintenir leur jurisprudence : « *ce n'aurait été que la continuation d'une position plus ancienne, respectueuse de la spécificité de l'être moral créé par le contrat de société, en même temps qu'en parfaite cohérence avec la théorie générale des contrats* ».

²⁸² O. Litty, *Inégalité des parties et durée du contrat, Etude de quatre contrats d'adhésion usuels*, LGDJ, 1999, préf. J. Ghestin, n° 16, p. 20.

²⁸³ F. Rizzo, « Regards sur la prohibition des engagements perpétuels », in *Le droit face au temps, Droit et patr.* janvier 2000, p. 60, spéc. p. 68 : alors que le juge préfère ordinairement prononcer la nullité de l'engagement perpétuel, l'auteur souligne que « *le cas de la durée de la société s'inscrit dans un mouvement opposé* » puisque le juge lui préfère une simple diminution de la durée de la société au seuil légal de 99 ans.

²⁸⁴ F. Rizzo, art. préc., spéc. p. 62.

²⁸⁵ C. Lapoyade-Deschamps, « La liberté de se retirer d'une société », *D.* 1978, chron., p. 123, spéc. p. 125.

53. Le maintien exceptionnel de la résiliation unilatérale. Même si la résiliation unilatérale ne constitue plus une cause générale de dissolution, elle subsiste néanmoins comme cause spéciale de dissolution depuis la réforme du 4 janvier 1978.

D'abord, seule la fin de la société personnifiée à durée illimitée a été proclamée par la réforme de 1978. Il en résulte *a contrario* que les sociétés dépourvues de personnalité morale peuvent encore être constituées à durée indéterminée²⁸⁶. L'article 1872-2 du Code civil est pour le moins explicite et reprend les conditions posées par l'ancien article 1869 du Code civil²⁸⁷. Cela se justifie par la plus grande précarité de la situation des associés dans ces sociétés²⁸⁸. Si la substitution par le législateur du terme « illimitée » par celui d'« indéterminée » semblait signifier qu'il fallait exclure de son champ les sociétés à durée déterminée mais dont le terme est très éloigné²⁸⁹, la jurisprudence ne semble pas s'être engagée dans cette voie. *A priori*, doivent être considérées comme à durée indéterminée les sociétés dont les statuts n'ont fixé aucun terme et les sociétés à durée illimitée²⁹⁰. Il semble, en revanche, que la jurisprudence antérieure conserve ici toute son utilité pour éclairer les notions de bonne foi et de contretemps dont le législateur n'a pas estimé nécessaire de le faire. Il est par conséquent possible de considérer qu'il faille restreindre la portée de cette disposition.

Ensuite, la dissolution par volonté unilatérale continue d'exister dans les sociétés personnifiées constituées d'un seul associé, telles les entreprises unipersonnelles à responsabilité limitée ou les sociétés par actions simplifiée unipersonnelle²⁹¹. Toutefois, cette faculté de rupture

²⁸⁶ K. Peglow, *Le contrat de société en droit français et en droit allemand*, LGDJ, 2003, préf. J.-B. Blaise, p. 440, note de bas de page n° 187 : cette possibilité de constituer une société sans détermination de durée constitue « un élément de liberté supplémentaire par rapport aux sociétés dotées de la personnalité morale ». Le renforcement de la liberté contractuelle dans ces sociétés contribue donc à renforcer leur caractère contractuel.

²⁸⁷ L'article 1872-2, alinéa 1, du Code civil dispose que « Lorsque la société en participation est à durée indéterminée, sa dissolution peut résulter à tout moment d'une notification adressée par l'un d'eux à tous les associés, pourvu que cette notification soit de bonne foi, et non faite à contretemps ». Ladite disposition est applicable aux sociétés créées de fait. V. Cass. com. 18 juin 1991, pourvoi n° 90-11581.

²⁸⁸ C. Lapoyade-Deschamps, art. préc., spéc. p. 125 : « autant la renonciation unilatérale n'a plus sa place là où l'intérêt de la société domine celui des associés, autant le procédé est plus justifié dans des groupements moins rigides, où la situation des membres est rendue plus précaire par l'absence de personnalité morale ».

²⁸⁹ *Contra* : M. Germain et F. Vickel, *Fasc. 20-40 : Durée de la société*, in *J-CI soc. Traité*, 2006 : « la notion de durée indéterminée doit certainement être entendue comme celle des sociétés à durée illimitée quand le droit de dissolution unilatérale résultait de l'ancien article 1869 du code civil : une durée de 99 ans doit être réputée indéterminée. Mais une durée inférieure peut également être jugée indéterminée dans la mesure où elle empêcherait l'associé de sortir de la société autrement que par la mort ».

²⁹⁰ En ce sens, v. Cass. com., 15 février 1994, n° 92-13325, *Bull. civ. IV*, n° 65 : justifie légalement sa décision déclarant qu'un associé était en droit de provoquer unilatéralement la dissolution d'une société en participation, la Cour d'appel qui retient que celle-ci avait été constituée pour une durée illimitée.

²⁹¹ L. Amiel-Cosme, v° La dissolution, in *Rép. soc.*, Dalloz, 2009, n° 54.

unilatérale ne se présente pas comme la conséquence du principe d'interdiction des engagements perpétuels mais comme la conséquence du caractère unipersonnel de la société.

Enfin, la rupture unilatérale du contrat de société conserve une place même au sein des sociétés pluripersonnelles personnifiées. Par application du principe de la liberté contractuelle, le législateur offre implicitement aux associés la possibilité de prévoir dans les statuts une dénonciation unilatérale de la société indifféremment du caractère indéterminé ou non de la durée de la société²⁹² et de faire ainsi renaître les dispositions de l'ancien article 1869 du Code civil sous réserve d'un abus de droit. La dissolution pourrait être évitée en permettant aux autres associés de racheter les parts du retrayant²⁹³ et le refus de l'offre de rachat par le retrayant pourrait être susceptible d'être sanctionné par la jurisprudence²⁹⁴.

54. On constate donc qu'avec la consécration de la conception objective de la perpétuité, les limites de l'application du principe d'irrévocabilité au contrat de société se révèlent exceptionnelles. Cette appréciation objective de la perpétuité ne devient cependant acceptable qu'à la condition de conférer aux associés une protection effective contre un engagement de trop longue durée égalant celle de la société.

§2 LE MAINTIEN DES LIMITES CONCERNANT LE CONTRAT D'APPORT

55. C'est en référence à la nécessaire préservation de sa liberté individuelle que l'associé disposait *via* l'ancien article 1869 du Code civil de la possibilité de dissoudre unilatéralement la société à durée illimitée. Or, si l'impératif de sécurité juridique a conduit le législateur à supprimer une telle faculté, les autorités publiques demeurent soucieuses de protéger l'associé

²⁹² L'article 1844-7, 8° du Code civil dispose que « *la société prend fin pour toute autre cause prévue par les statuts* ». Ainsi que le souligne le Professeur Jean Guyénot dans son art. préc, spéc. p. 397: « *La lettre du texte « toute autre cause » est assez large pour permettre aux associés de prévoir une demande en dissolution par un associé à tout moment, sans qu'il y'ait lieu, de prendre en considération la durée de la société* ».

²⁹³ M. Germain, G. Ripert et R. Roblot, *Traité de droit commercial*, T. 1, vol. 2, *Les sociétés commerciales*, 20° éd., LGDJ, 2011, n° 1098.

²⁹⁴ J. Guyénot, art. préc., spéc. p. 402, note de bas de page n° 89 : « *la jurisprudence précitée, interprétative de l'ancien article 1869 c. civ. pourrait s'appliquer, si bien que ne serait pas recevable la demande en dissolution par volonté unilatérale non faite de bonne foi et intervenant à contretemps. Or, il ne saurait y avoir bonne foi, si l'associé entend provoquer la dissolution, alors qu'il a la faculté de céder ses parts* ».

contre un engagement de trop longue durée²⁹⁵. L'entrée en société ne vaut guère entrée en religion avec prononcé de vœux perpétuels²⁹⁶. La jurisprudence (A) et le législateur (B) ont offert aux associés, conformément au droit commun des contrats, la faculté de se libérer prématurément du contrat de société et de mettre ainsi un terme à leur qualité d'associé.

A- LA CONSECRATION JURISPRUDENTIELLE DE LA RESILIATION UNILATERALE DU CONTRAT D'APPORT A DUREE EXCESSIVE

56. L'encadrement de la durée de l'engagement des coopérateurs. Dans le domaine des sociétés coopératives, la jurisprudence a explicitement retenu la conception subjective de la perpétuité. Ce faisant, elle a sanctionné à plusieurs reprises les engagements de coopérateurs considérés contractés pour une durée excessive²⁹⁷. Bien que déterminé objectivement, leur engagement devient révocable car il excède leur durée moyenne de vie. Dans plusieurs arrêts, la jurisprudence a eu l'occasion de réitérer sa solution en termes explicites : « *il résulte de l'article 52 de la loi du 24 juillet 1867, que les statuts spéciaux ne peuvent limiter l'exercice du droit pour chaque associé de se retirer de la société que dans la mesure compatible avec le respect de la liberté individuelle ; que tel n'est pas le cas lorsque l'engagement est conclu pour une durée illimitée ou même dans un laps de temps supérieur à la durée moyenne de la vie humaine* »²⁹⁸.

La jurisprudence entend ainsi explicitement protéger la liberté individuelle de l'associé comme n'importe quel autre contractant confronté à un engagement de durée excessive²⁹⁹. La durée excessive constitue toutefois un standard juridique qui varie selon les circonstances et ne

²⁹⁵ M. Germain et F. Vinckel, *Fasc. 20-40 : Durée de la société*, in *J-Cl, soc.*, 2006 : « *la pérennité de la société, agent économique du marché, n'est pas en soi une atteinte à la circulation des richesses ; elle n'est pas en principe attentatoire à la liberté individuelle, sous réserve cependant que les associés puissent quitter la société* ».

²⁹⁶ M. Cozian, A. Viandier et F. Deboissy, *Droit des sociétés*, 26^e éd., Litec, 2013, n° 373.

²⁹⁷ F. Rizzo, « *Regards sur la prohibition des engagements perpétuels* », in *Le droit face au temps, Droit et patr.* janvier 2000, p. 60, spéc. p. 64-65 : traditionnellement rattachée aux contrats de travail et aux clauses d'inaliénabilité, la conception subjective de la perpétuité a été étendue aux engagements des coopérateurs ; en ce sens, v. T. Bonneau, *Fasc. 70 : La durée des contrats*, in *J-Cl civ.* 2007, n° 110.

²⁹⁸ Cass. 1^{ère} civ., 3 juillet 1973, *Bull. civ. I*, n° 228 ; *RTD com.* 1974, p. 549, n° 5, note R. Saint-Alary ; Cass. civ. 1^{ère}, 27 avril 1978, *Bull. Civ. I*, n° 161, *Rev. soc.* 1978, p. 772, note C. Atias ; Cass. civ. 1^{ère}, 31 janvier 1989, *JCP G*, II, 21294, note J.-F. Barbiéri.

²⁹⁹ C. Corgas-Bernard, *La résiliation unilatérale du contrat à durée déterminée*, PUAM, 2006, préf. C. Jamin, n° 259, p. 138 : « *la protection de la liberté individuelle et de la dignité humaine ne tolère pas que le contractant se lie pour une durée excessivement longue, le privant de sa liberté d'action* ».

s'assimile pas aux seuls engagements perpétuels. Son champ est plus large³⁰⁰ et s'analyse *in concreto*³⁰¹. Aussi, plutôt que de se référer à la durée de vie humaine des coopérateurs, la jurisprudence a-t-elle choisi de manière opportune d'apprécier le caractère excessif de la durée par comparaison à la durée de vie professionnelle. C'est ainsi qu'elle a pu estimer que « *l'engagement du coopérateur stipulé pour une durée de trente ans est valable car étant d'une durée inférieure à la moyenne de la vie professionnelle, aucune atteinte n'était portée à la liberté individuelle* ». A l'inverse, elle a pu considérer qu'un engagement de 36 ans ne l'était pas « *car un tel laps de temps excède la durée moyenne de la vie professionnelle d'une société coopérative* »³⁰².

Cette conception subjective de la perpétuité se justifie par le caractère nécessairement contraignant des engagements pris par les coopérateurs. En effet, ces derniers ne sont pas tenus uniquement d'une obligation négative consistant à ne pas réclamer la valeur de leur apport mais « *souscrivent simultanément et de façon distincte une obligation de fourniture de leur production susceptible de se révéler, à terme, pesante* »³⁰³. On peut s'étonner et regretter à plus forte raison que la jurisprudence n'ait pas conservé cette conception subjective concernant les engagements des associés de sociétés à responsabilité illimitée sur lesquels pèse une obligation aux dettes sociales incontestablement contraignante. Cette jurisprudence mériterait à cet égard d'être étendue aux engagements des associés des sociétés en nom collectif qui ont perdu tout moyen efficace de quitter la société.

57. L'originalité de la sanction. La jurisprudence fait toutefois preuve d'originalité concernant la sanction prononcée à l'égard de l'engagement excessif. Si, traditionnellement, les engagements perpétuels sont sanctionnés par la nullité, la jurisprudence a choisi dans un arrêt du 18 janvier 2000 de sanctionner l'engagement excessif du coopérateur par l'octroi d'un droit de résiliation unilatérale. En l'espèce, les statuts de la société coopérative agricole précisaient

³⁰⁰ C. Corgas-Bernard, th. préc., n° 264, p. 140 : « *De manière générale, un contrat à terme a une durée excessive lorsque son échéance est jugée trop lointaine* ». Plus précisément, l'auteur ajoute dans sa thèse préc., n° 276, p. 144-145 : « *De manière générale, le caractère excessif de la durée se mesure à l'aune de la durée normale de la convention, c'est-à-dire au regard de sa juste durée, de sa durée raisonnable. La durée excessive est celle qui est largement supérieure à cette durée raisonnable* ».

³⁰¹ A. Van Eeckhout, « Intervention lors du colloque la durée et les contrats », *RDC* 2004, p. 188-195 spéc. p. 189.

³⁰² Cass. civ. 1ère, 18 janvier 2000, *Juris-Data* n° 2000-000079 ; *Bull. civ. I*, n° 10, *Bull. Joly soc.* 2000 p. 560, § 123, note J. Cathelineau ; *Dr. soc.* 2000, comm. 116, note T. Bonneau.

³⁰³ F. Bujoli, *La durée du contrat*, thèse Nice Sophia-Antipolis, 2007, n° 117, p. 62.

qu'elle avait une durée de 50 ans à compter de sa constitution définitive, celle-ci prenant fin le 2 juin 2002, sauf prorogation ou dissolution anticipée. Quant à la durée de l'engagement des associés coopérateurs, elle était calquée sur la durée de la société coopérative. Or, la Cour de cassation a considéré « *que cet engagement, qui avait commencé à courir en 1966, venait à expiration, en principe, en 2002, (et que) la Cour d'appel a retenu qu'il ne respectait pas la liberté individuelle de celui qui l'avait souscrit, ce laps de temps étant égal ou supérieur à la durée moyenne de l'activité professionnelle d'un exploitant agricole ; qu'elle en a justement déduit que l'associé coopérateur, successeur de son père dans ce même délai, était en droit de se retirer de la coopérative avant l'expiration du temps pour lequel elle avait été constituée* ». Ce faisant, la Cour de cassation légitime au bénéfice de l'associé la sanction de la résiliation unilatérale de l'engagement excessif plutôt que sa nullité³⁰⁴. La solution, conforme au droit européen³⁰⁵, revient indirectement à assimiler le contrat à durée excessive à un engagement à durée indéterminée. En effet, la sanction se limite en réalité à la seule clause des statuts prévoyant une durée excessive d'engagement. Il s'ensuit qu'en annulant la seule clause de durée, le contrat dégénère en un contrat à durée indéterminée justifiant le droit de retrait. Cette solution privilégiant l'octroi d'un droit de résiliation unilatérale à celle de la nullité de l'engagement excessif ou perpétuel n'est pas nouvelle en droit des sociétés. Elle était déjà plébiscitée par l'ancien article 1869 du Code civil.

58. L'extension de la solution aux apporteurs en industrie ? Cette jurisprudence favorable à la conception subjective de la perpétuité semblerait d'ailleurs pouvoir être étendue de

³⁰⁴ M. Germain et F. Vinckel, *Fasc. 20-40 : Durée de la société*, in *J-CI soc.* 2006, §16 : « *la protection de la liberté individuelle serait vaine si l'associé ou le tiers était dissuadé de solliciter la nullité en perdant les avantages offerts par le contrat : ainsi les restitutions qu'imposeraient l'anéantissement total de l'accord de coopération pourraient faire reculer celui qui s'est imprudemment engagé au-delà de sa vie professionnelle* » ; D. Bakouche, « La sanction de la durée excessive d'une obligation contractuelle », *Lexbase hebdo, éd. Affaires*, n° 51 du 12 décembre 2002 : « *Le respect de la volonté des parties est mieux assuré par la réduction que par l'anéantissement total de l'acte* » ; en ce sens, v. E. Putman, « Le temps et le droit », *Droit et patr.* janvier 2000, p. 43, spéc. p. 49 : « *L'horreur du droit pour l'infini est corrigée par sa faveur pour le contrat* ». Toutefois, v. F. Rizzo, « Regards sur la prohibition des engagements perpétuels », in *Le droit face au temps, Droit. et patr.* n° 78, janvier 2000, p. 60, spéc. p. 61 : à suivre l'auteur, une distinction doit être opérée selon que la conception de la perpétuité est objective ou subjective : si dans la première, les deux sanctions, nullité et réduction, sont envisageables, dans la seconde, seule la nullité peut être prononcée, puisque la réduction suppose une fixation arbitraire du terme par le juge.

³⁰⁵ Les principes du droit européen des contrats traitent le contrat perpétuel de la même manière qu'un contrat à durée indéterminée. V. C. Witz, « Force obligatoire et durée du contrat », in *Les concepts contractuels français à l'heure des principes du droit européen des contrats*, sous la dir. de P. Remy-Corlay et D. Fenouillet, Dalloz, 2003, p. 175.

manière générale aux apporteurs en industrie. Leur situation étant proche de celle visée par l'article 1780 du Code civil, la perpétuité devrait être considérée à l'aune de la conception subjective. Là encore, l'engagement de l'associé devrait échapper toutefois au vice de perpétuité si l'apporteur dispose de la faculté de sortir de la société par une cession de ses parts ou s'il bénéficie d'un droit de retrait³⁰⁶. Monsieur Thierry Favario s'étonne même qu'en contrepartie de l'ancien article 1869 du Code civil, le législateur n'ait pas prévu explicitement un droit de retrait au bénéfice de l'apporteur en industrie moyennant le respect d'un préavis et l'absence d'un abus³⁰⁷. En dehors des coopérateurs, c'est le législateur qui s'est préoccupé d'organiser des moyens de sortie prématurée pour les associés dont l'engagement calqué sur celui de la société est présumé excessif.

B- LA CONSECRATION LEGALE DE LA RESILIATION UNILATERALE DU CONTRAT D'APPORT A DUREE EXCESSIVE

59. De manière *a priori* paradoxale, la loi du 4 janvier 1978 a délaissé la conception subjective de la perpétuité concernant le contrat de société. Toutefois, et dans un même temps, elle a implicitement consacré la conception subjective de la perpétuité concernant le contrat d'apport.

En effet et généralement, l'associé qui entre dans la société ne souhaite pas y demeurer jusqu'à son terme statutaire qui peut s'avérer très éloigné³⁰⁸. Partant et préservant l'intérêt collectif³⁰⁹, le législateur présume *de facto* que l'engagement des associés est à durée excessive et leur accorde en conséquence le droit de résilier par anticipation son seul contrat d'apport (1). De

³⁰⁶ I. Pétel-Teyssié, *Fasc. Unique : Louage d'ouvrage et d'industrie, Contrat de travail : généralités. Prohibition de l'engagement perpétuel*, in *J-Cl. civ.* 2008, n° 41.

³⁰⁷ T. Favario, « Regards civilistes sur le contrat de société », *Rev. soc.* 2008, p. 53, spéc. p. 64.

³⁰⁸ M. Germain et F. Vinckel, *Fasc. 20-40 : Durée de la société, J-Cl. soc.* 2006, §4 : « si l'apporteur souhaite la perpétuation de la société qu'il constitue, il n'entend pas lui demeurer indéfiniment lié. Autrement dit, l'associé ne s'engage pas de façon illimitée mais simplement de façon indéterminée » ; en ce sens, v. R. Libchaber, « Réflexions sur les engagements perpétuels et la durée des sociétés », *Rev. soc.* 1995, p. 437, spéc. p. 447 : « dans le cas le plus général, les parties ne précisent rien quant à la durée de leur engagement social, ce qui ne signifie pas qu'il soit voulu de la durée de la société elle-même ».

³⁰⁹ V. Allegaert, *Le droit des sociétés et les libertés et droits fondamentaux*, PUAM, 2005, préf. F.-X. Lucas, n° 46 et n° 47, p. 76-77 : « L'intérêt collectif permet d'opérer une jonction entre les intérêts individuels des associés et l'intérêt de tous, afin de permettre la réalisation effective des libertés de chacun... L'intérêt collectif doit alors être apprécié comme permettant de faire une synthèse raisonnable des intérêts distincts des associés ».

manière exceptionnelle, cependant, le législateur prive l'associé d'une telle faculté et, en conséquence, néglige sa liberté individuelle (2).

1- Le principe : la résiliation unilatérale du contrat d'apport

60. Légitimité de l'application relative du principe d'irrévocabilité. En raison de la présomption de longue durée du contrat de société et par suite de celle des engagements dont sont tenus les associés, l'application seulement relative du principe d'irrévocabilité concernant la qualité d'associé est légitime. En effet, tant que le contrat de société dure, l'associé est tenu d'une obligation négative contraignante, celle de ne pas réclamer le montant de ses droits sociaux³¹⁰. Or, les associés étant libres de fixer l'échéance du contrat de société à hauteur de 99 ans, l'arrivée de ce terme peut apparaître très éloignée³¹¹ à des associés soucieux de pouvoir récupérer la valeur de leurs droits sociaux. C'est ce qui conduit le Professeur Rémy Libchaber à évoquer l'existence d'un paradoxe concernant la société : les fondateurs recherchent la pérennité du contrat de société sans pour autant souhaiter la pérennité de leur qualité d'associé et, donc, la pérennité de leur contrat d'apport³¹². Aussi la présomption de durée excessive des engagements des associés a-t-elle conduit le législateur à concevoir des moyens de sortir prématurément de la société.

61. La cession de parts sociales. La cession de parts sociales³¹³ constitue le premier et principal moyen³¹⁴ mis en œuvre par le législateur pour satisfaire le principe d'interdiction des

³¹⁰ I. Petel-Teyssié, th. préc., n° 13, p. 13. A cette obligation, s'ajoute pour certaines sociétés, une obligation aléatoire, l'obligation aux dettes sociales contractée au bénéfice des tiers. C'est pour éviter que le risque ne se réalise et que les associés paient les tiers sur leur patrimoine, qu'ils peuvent également souhaiter partir.

³¹¹ P. Hebraud, « Observations sur la notion de temps dans le droit civil », in *Mél. P. Kayser*, T. 2, PUAM, 1979, p. 1, spéc. p. 24 : « *Mesure de sagesse, inspirée par la précarité des prévisions à très longue durée, et le danger d'engagements qui lanceraient dans l'inconnu, hors de toute prévisibilité raisonnable ; cette durée, qui peut être prolongée par le renouvellement, représente, sinon la perpétuité, du moins la longue durée* ».

³¹² R. Libchaber, art. préc, spéc. p. 447 : l'auteur évoque l'existence d'une « *ambivalence consubstantielle aux sociétés : les fondateurs créent un être dont ils aimeraient qu'il se perpétue dans le temps car c'est la manifestation même de leur collective réussite en même temps qu'ils n'entendent pas être liés par la perpétuation de cet être, car cela leur ferait perdre les avantages qui autrement procèderaient de la cessation de l'implication sociale. Ce qui signifie que l'ambiguïté est clairement au cœur des sociétés, dont les associés souhaitent tout à la fois la perpétuité, mais que cette perpétuité ne se répercute pas sur leur engagement* ».

³¹³ Notion utilisée ici dans son sens générique pour désigner la transmission des droits sociaux. V. Y. Guyon, *Traité des contrats, Les sociétés, Aménagements statutaires et conventions entre associés*, 5^e éd., LGDJ, 2002, n°52 : L'auteur souligne en effet la polysémie du mot cession : « *Tantôt le mot « cession » est utilisé dans son sens étroit, et techniquement correct, de mode d'aliénation s'opposant à la négociation (L. 221-13 et 223-14). Tantôt le même terme, pris dans un sens large, désigne la transmission de valeurs mobilières négociables (art. L. 228-23). Mieux*

engagements perpétuels et, plus généralement, pour sauvegarder la liberté individuelle des associés contractants. En effet, cette liberté de céder son contrat d'apport *via* la cession de ses parts sociales offre une première échappatoire à l'associé qui a perdu tout *affectio societatis* et manifeste un désintérêt pour les affaires sociales. Par la cession de ses parts sociales, il « résilie » en définitive sa qualité d'associé. A l'instar de tout contractant qui ne peut être lié à vie à son contrat, l'associé doit pouvoir se départir de son engagement à durée successive quand bon lui semble et éviter ainsi qu'il ne devienne un élément perturbateur pour la société³¹⁵.

Dans les sociétés dépourvues d'*intuitus personae*, dont la société cotée est l'exemple typique, l'associé pourra partir de la société dès lors qu'il a trouvé un cessionnaire. En ce sens, l'associé bénéficie d'une sorte de résiliation unilatérale imparfaite de son contrat d'apport puisque, si son contrat d'apport se perpétue avec son cessionnaire, il n'a pas à obtenir l'assentiment de la société pour se départir de son engagement ainsi cédé. Le cessionnaire le substituera alors dans ses droits et obligations envers la société en devenant partie au contrat de société et perpétuera le contrat d'apport conclu initialement par l'associé cédant. Il n'y a donc pas de véritable résiliation du contrat d'apport au sens d'extinction puisque celui-ci se poursuit au travers de la cession opérée.

En revanche, dans les sociétés pourvues d'*intuitus personae*, les associés conservent toujours la possibilité de céder leurs droits sociaux, mais sous réserve de respecter la procédure d'agrément et d'obtenir le consentement de leurs coassociés. Pour autant, depuis la réforme du 24 juillet 1966, le refus d'agrément n'est jamais qu'un obstacle temporaire³¹⁶. En effet, concernant

vaudrait utiliser le terme « aliénation » pour viser les transmissions de propriété de droits sociaux en général et réserver le terme « cession » aux parts sociales et « négociations » aux valeurs mobilières ».

³¹⁴ B. Houin, *La rupture unilatérale des contrats synallagmatiques*, thèse Paris II, 1973, p. 517 : « il est très rare qu'un associé puisse quitter un groupement fondé pour une durée déterminée autrement qu'en cédant ses parts » ; B. Saintourens, « La liberté de se retirer d'une société », in *Mél. C. Lapoyade-Deschamps*, PUB, Pessac, 2003, p. 315, spéc. p. 315 : « le plus sûr moyen de quitter une société est de trouver un volontaire pour prendre sa place ». V. *supra*, n° 37 et s.

³¹⁵ L. Godon, *Les obligations des associés*, Economica, 1999, préf. Y. Guyon, n° 200, p. 129 : « aucun associé ne saurait être tenu éternellement dans la société. C'est pourquoi les principes généraux du droit consacrent le droit fondamental de transmettre ses parts ou actions. Le désir de quitter la société est d'autant plus légitime que celle-ci s'analyse en un contrat successif où la volonté perd de sa force créatrice et de son dynamisme au fil du temps. En outre, l'associé prisonnier dans la société risquerait d'en menacer la survie par l'apparition de conflits et d'antagonismes entre les membres ».

³¹⁶ R. Roblot, *L'agrément des nouveaux actionnaires*, in *Mél. D. Bastian*, T. 1, Libr. Techniques, 1974, p. 283 et s. : avant la réforme du 24 juillet 1966, la Cour de cassation se montrait réticente à admettre la validité des clauses d'agrément dès lors que celles-ci n'étaient pas accompagnées d'une clause de préemption. En introduisant par la loi du 24 juillet 1966 l'obligation de rachat en cas de refus d'agrément, le législateur parvient ainsi à concilier l'intérêt

les sociétés par actions³¹⁷ ou les sociétés à responsabilité limitée³¹⁸, la société dispose d'un délai de trois mois pour accepter ou refuser le cessionnaire. En cas de refus, la société dispose à nouveau d'un délai de trois mois pour acquérir ou faire acquérir les actions ou parts sociales. En somme, la procédure d'agrément ne diffère en principe que d'un délai maximum de six mois le départ de l'associé³¹⁹. En effet, à défaut de réponse ou de réalisation du rachat³²⁰ dans le délai imparti, l'agrément est réputé acquis. Il en est de même concernant les clauses d'inaliénabilité, puisque si le législateur s'est prononcé explicitement en faveur de leur validité dans les statuts des sociétés par actions simplifiées, ce n'est qu'à la condition que celles-ci soient limitées dans leur durée³²¹. Les atteintes aux attributs du droit de propriété et à la liberté individuelle sont donc tolérables car limitées dans le temps³²². Cette condition préalable imposant la présentation et l'agrément du cessionnaire a ainsi pour seul objectif de préserver l'*intuitus personae* dans la société. Si ce dernier ne satisfait pas aux associés restants, ces derniers, ou la société, seront tenus d'acquérir ou de faire acquérir les parts de l'associé souhaitant se retirer. Ce régime est sans aucun doute appréciable puisqu'il permet de concilier les intérêts en présence³²³. Sous le régime de l'ancien article 1869 du Code civil, cet équilibre existait déjà puisque la résiliation unilatérale offerte par cette disposition ne pouvait être mise en œuvre que lorsque l'associé se trouvait dans l'impossibilité de céder ses parts. Ainsi que l'a mis en exergue le Professeur Jean-Claude Hallouin, ce n'est pas le droit de rupture qui est d'ordre public mais la faculté de partir de la société³²⁴. Dès lors, même lorsque la société est teintée d'*intuitus personae*, l'associé peut se démunir prématurément de sa qualité et les autres associés ne peuvent l'en empêcher. En cela, il dispose, là encore, d'une sorte de droit de résiliation unilatérale imparfaite du contrat d'apport.

individuel, en protégeant l'associé contre un engagement perpétuel, et l'intérêt des autres associés, en évitant l'intrusion de personnes qu'ils jugent indésirables.

³¹⁷ Article L. 228-24 du Code de commerce.

³¹⁸ Article L. 223-14 du Code de commerce.

³¹⁹ Ce délai peut être exceptionnellement prorogé par décision de justice (pour les sociétés par actions : article L. 228-24, dernier alinéa ; pour la SARL : article L. 223-14, alinéa 3). Toutefois, le délai ne peut être prorogé qu'une seule fois et dans la limite d'un délai de six mois.

³²⁰ La réalisation du rachat s'entend du moment où il y a accord des parties sur la chose et le prix et non du moment de la réalisation de la réduction du capital social. V. Cass. com., 17 octobre 1989.

³²¹ L'article L. 227-14 du Code de commerce dispose que la durée des clauses d'inaliénabilité ne peut excéder une durée de dix ans.

³²² V. Allegaert, *Le droit des sociétés et les libertés et droits fondamentaux*, PUAM, 2005, préf. F.-X. Lucas, p. 65 et s.

³²³ J.-C. Hallouin, *Sur le refus d'agrément*, in *Mél. J. Paillusseau, Aspects organisationnels du droit des affaires*, Dalloz, 2003, p. 313, spéc. p. 314.

³²⁴ *Ibid.*

Toutefois, si la liberté individuelle de l'associé se trouve ainsi théoriquement préservée, cette protection ne se révèle en réalité que partielle puisque l'associé demeure condamné à rester dans la société tant qu'il n'aura pas trouvé de cessionnaire. Aucune limite de temps n'étant fixée pour sa quête, l'associé, dépendant de l'état du marché, peut rester tenu de son engagement toute la société durant³²⁵. Par conséquent, le seul droit de céder ou de négocier ses droits sociaux ne suffit pas à prémunir de manière certaine l'associé contre un engagement à vie. C'est ce qui conduit le Professeur Christian Lapoyade-Deschamps à qualifier ce moyen de « *fausse sortie* »³²⁶. Il ne dispose finalement que d'une résiliation unilatérale conditionnelle puisque, pour mettre fin à sa qualité d'associé, cela suppose d'abord de rechercher un cessionnaire. Cependant, cette obligation de trouver un cessionnaire se révélera en principe peu contraignante dès lors que la société est *in bonis*³²⁷. Dès lors, n'est-il pas opportun d'offrir aux associés un véritable droit de résiliation unilatérale et les soustraire ainsi à l'obligation de rechercher un remplaçant dans leurs relations contractuelles, autrement dit, de leur consacrer un véritable droit de retrait³²⁸ ?

62. Le droit de retrait. Le droit de retrait permet de mettre fin à une série d'obligations réciproques : l'associé cesse d'être obligé à l'égard de ses coassociés et de la société et ceux-ci cessent également de l'être à son égard après remboursement de ses parts sociales. Le droit de retrait constitue un véritable droit de résiliation unilatérale du contrat d'apport car, à la différence de la cession, l'extinction de sa qualité d'associé n'est pas conditionnée à l'acceptation d'un cessionnaire³²⁹, obligation particulièrement contraignante en l'absence de marché. On comprend alors que la liberté de retrait soit une liberté particulièrement convoitée par les associés³³⁰. Ce droit, souvent qualifié de dissolution partielle, se différencie toutefois de la dissolution *stricto*

³²⁵ Y. Guyon, *Traité des contrats, Les sociétés, Aménagements statutaires et conventions entre associés*, 5^e éd. LGDJ, 2002, n° 52 : « le droit de céder ses parts ou de négocier ses actions ne suffit pas à garantir à l'associé qu'il peut quitter la société à tout moment. En effet, sauf dans les sociétés cotées, le marché des droits sociaux est souvent inexistant, de telle sorte que l'associé, surtout s'il est minoritaire, peut ne trouver aucun acquéreur » ; en ce sens, v. L. Godon, *Les obligations des associés*, Economica, 1999, préf. Y. Guyon, n° 204, p. 130.

³²⁶ C. Lapoyade-Deschamps, « La liberté de se retirer d'une société », *D.* 1978, chron., p. 123, spéc. p. 125 : il s'agit là d'une « *fausse sortie* » puisqu' « il n'est pas de vraie liberté qui requière le consentement d'autrui ».

³²⁷ L. Guillouard, *Traité du contrat de société, Livre III, titre IX du code civil*, 2^e éd., G. Pedone-Lauriel, 1892, n° 333.

³²⁸ Y. Guyon, *op. cit.*, n° 55. La sortie des associés est d'autant plus facilitée dans les sociétés cotées en bourse depuis de récentes réformes qui ont octroyé aux minoritaires un quasi droit de retrait.

³²⁹ Y. Guyon, *op. cit.*, n° 53 : cette liberté inconditionnelle fait du droit de retrait « *la manifestation la plus éclatante du droit qu'a l'associé de quitter une société* ».

³³⁰ B. Saintourens, « La liberté de se retirer d'une société », in *Mél. C. Lapoyade-Deschamps*, PUB, Pessac, 2003, p. 315, spéc. p. 316.

sensu. Alors que cette dernière fait disparaître le pacte social dans son entier, vis-à-vis des autres associés et vis à vis des tiers, le retrait ne met fin qu'à l'engagement de l'associé retrayant envers la société. En somme, il n'est mis fin qu'au seul contrat d'apport unissant à la société. Le contrat de société, lui, subsiste³³¹. Si ce droit de retrait aboutit à fragiliser la force obligatoire du contrat de société³³², il ne constitue que l'une des manifestations du principe de droit commun des contrats qui permet à l'associé de rompre unilatéralement son contrat lorsque celui-ci est à durée indéterminée ou à durée excessive sous réserve d'un abus de droit³³³.

Non seulement la généralisation de ce droit à toutes les formes de sociétés octroierait aux minoritaires un instrument de lutte contre les abus menés dans la politique des majoritaires³³⁴, mais elle constituerait également un moyen efficace pour dissuader l'associé prisonnier de chercher à nuire à la société et la conduire à sa perte³³⁵. On peut donc s'étonner de prime abord que les milieux d'affaires n'y soient pas favorables et qu'il fasse assez largement figure d'intrus dans le droit des sociétés³³⁶. Pourtant, la raison de cette hostilité est évidente : si le droit de retrait satisfait l'intérêt individuel de l'associé, il aboutit cependant à déprécier l'intérêt des autres associés, des créanciers et de la société³³⁷. L'on comprend donc que ce moyen de sortie soit exploité avec circonspection³³⁸ et qu'il ne constitue pas la technique la plus usitée par le

³³¹ B. Houin, *La rupture unilatérale des contrats synallagmatiques*, thèse Paris II, 1973, p. 226 : « la rupture n'est pas absolue mais relative : elle ne joue qu'entre celui qui se retire et le groupement. Celui-ci subsiste, sans modification autre que celle apportée au capital social ». L'affirmation doit toutefois être nuancée : si la rupture est relative concernant le contrat de société, elle revêt en revanche un caractère absolu concernant le contrat d'apport unissant l'associé retrayant à la société. L'auteur précise dans sa thèse, p. 66 : « C'est là un effet très particulier de la rupture qui dissocie de l'acte collectif l'expression de la volonté d'un seul ».

³³² M. Desblandes, « La séparation d'associés », *Dr. soc., Actes pratiques*, décembre 1997, p. 5, spéc. p. 17.

³³³ Y. Guyon, *op. cit.*, n° 53 : « A l'inverse, le retrait est l'une des manifestations du principe selon lequel un engagement conclu sans limitation ou pour une durée trop longue peut être résilié à tout moment, dès lors que l'intéressé n'agit pas de mauvaise foi ou à contretemps ».

³³⁴ O. Douvreur, « Faut-il admettre un droit de retrait au profit des minoritaires ? », in *La stabilité du capital et le pouvoir dans les sociétés par actions*, *RJC* 1991, n° spéc. p. 122 ; A.-M. Frison-Roche, « L'hypothèse d'un droit général de retraite des minoritaires », *Cah. dr. ent.* 1996, n° 4 p. 19 ; H. Hovasse, « Le retrait d'associé et la gestion du patrimoine » ; Y. Guyon, *op. cit.*, n° 53 ; E. Georges, *Essai de généralisation d'un droit de retrait dans la société anonyme*, LGDJ, 2005, préf. J.-J. Daigre ; v. également la proposition de reconnaissance d'un droit de retrait des actionnaires minoritaires dans les sociétés non cotées : P. Marini, *LPA*, 4 novembre 1998, p. 37.

³³⁵ Y. Guyon, *op. cit.*, n° 53.

³³⁶ *Ibid.*

³³⁷ V. *Supra*, n° 38 et 39.

³³⁸ L. Guillouard, *Traité du contrat de société, Livre III, titre IX du code civil*, 2^e éd., G. Pedone-Lauriel, 1892, n° 333 : « le droit de rompre un contrat par la volonté d'une seule des parties est un droit exorbitant, et il n'y a pas lieu de l'accorder aux associés qui peuvent se soustraire autrement à la perpétuité du contrat, alors même que le moyen à eux accordé présenterait des difficultés ».

législateur pour se conformer au principe d'interdiction des engagements perpétuels³³⁹. Aussi, même lorsqu'il est admis, le droit de retrait se trouve-t-il subordonné à d'importantes conditions de mise en œuvre³⁴⁰, qui en fait une « *liberté surveillée* »³⁴¹. On ne saurait admettre que la seule perte d'*affectio societatis* soit suffisante à autoriser l'associé à se désengager³⁴². En réalité, seul compte le fait que l'associé dispose d'une porte de sortie, peu important qu'il doive d'abord en trouver la clé pour pouvoir la franchir. Si l'on peut se réjouir de cette solution « compromis » en tant qu'elle réalise un équilibre entre les différents intérêts en présence, il apparaît, en revanche, beaucoup plus discutable de supprimer toute possibilité de rupture unilatérale. C'est pourtant le choix qu'a adopté le législateur s'agissant de certaines sociétés.

2- L'exception : l'exigence d'un *mutuus dissensus* pour résilier le contrat d'apport

63. L'exigence d'un *mutuus dissensus* pour mettre fin à sa qualité d'associé est inopportune en ce qu'elle peut conduire l'associé à demeurer longtemps dans une société envers laquelle il a perdu tout *affectio societatis*. Partant, il peut être incité à perturber le fonctionnement de la société (a), et ce d'autant que les remèdes qui s'offrent à lui pour s'échapper se révèlent peu efficaces (b).

a- L'inopportunité de l'exigence d'un *mutuus dissensus*

64. L'exigence exceptionnelle d'un *mutuus dissensus*. L'exigence *sine qua non* d'un *mutuus dissensus* pour se départir de sa qualité porte nécessairement atteinte à la liberté individuelle de l'associé, lequel pourra être conduit à demeurer dans la société toute sa vie durant. Pourtant, c'est dans cette voie que s'est orienté le législateur s'agissant de la société en nom collectif. Le législateur a jusqu'au bout pris en considération l'*intuitus personae* particulièrement intense dans cette société³⁴³ en obligeant l'associé qui a essuyé un refus d'agrément à demeurer

³³⁹ I. Sauget, note sous CA Chambéry, 20 déc. 1990, SCI, Le Richmond II c/ Madhi, « Absence de droit de retrait dans les sociétés d'attribution en jouissance », *Bull. Joly soc.* 1991, n° 9, p. 822.

³⁴⁰ V. *supra*, n° 39.

³⁴¹ B. Saintourens, « La liberté de se retirer d'une société », in *Mél. C. Lapoyade-Deschamps*, PUB, Pessac, 2003, p. 315, spéc. p. 321.

³⁴² B. Saintourens, art. préc., spéc. p. 315 ; v. *supra*, n° 39.

³⁴³ J.-C. Hallouin, « Sur le refus d'agrément », in *Mél. J. Paillusseau, Aspects organisationnels du droit des affaires*, Dalloz, 2003, p. 313, spéc. p. 314.

prisonnier de la société et de ses coassociés. Le régime de cession est d'autant plus rigoureux que, contrairement à d'autres législations étrangères, l'unanimité des associés est exigée quelle que soit la personne du cessionnaire (un tiers ou un associé)³⁴⁴.

65. Appréciation critique. Il est vrai que la solution se justifie au regard du fort degré d'*intuitus personae* dont est dotée la société, lequel se trouve renforcé par l'existence d'une obligation aux dettes sociales à la fois indéfinie et solidaire³⁴⁵.

Toutefois, l'application trop rigoureuse du principe d'irrévocabilité semble contestable dans une double mesure.

En premier lieu, si les engagements des associés sont bien limités à la durée nécessairement déterminée la société, leur durée parfois excessive peut aboutir à porter atteinte à leur liberté individuelle. Aussi, en tant que contractants, les associés doivent-ils pouvoir bénéficier de la théorie générale des contrats³⁴⁶ et l'éloignement potentiel du terme statutaire justifierait de retenir une conception subjective de la perpétuité³⁴⁷. Il n'est en effet guère certain qu'en fixant une très longue durée concernant le contrat de société *stricto sensu*, l'associé ait souhaité que cette durée soit celle de sa qualité d'associé. En d'autres termes, si la durée du

³⁴⁴ I. Kamoun, *La permanence de la qualité d'associé*, Mémoire Sfax Tunisie, 2006 : le droit tunisien par exemple se montre quant à lui moins strict en cantonnant l'exigence d'unanimité à la cession aux tiers. A cet égard, l'auteur reproduit l'article 56 du Code des sociétés commerciales : « à l'exception des cas expressément prévus dans l'acte constitutif de la société, l'associé ne peut céder sa part d'intérêt à un tiers sauf consentement unanime des autres associés et à condition de se conformer aux obligations de publicité ».

³⁴⁵ Cette obligation aux dettes sociales existe également dans les sociétés civiles. Toutefois, si l'obligation est indéfinie, elle n'est pas solidaire dans ces sociétés mais seulement conjointe.

³⁴⁶ R. Libchaber, « Réflexions sur les engagements perpétuels et la durée des sociétés », *Rev. soc.* 1995, p. 437, spéc. p. 438 : « On peut considérer cela comme légitime, l'intérêt de la société étant de détacher de ceux qui l'ont formée pour vivre l'existence la plus autonome. Mais à toujours envisager la nature de la société du point de vue de l'être moral et de ses besoins, on finit par oublier que le point de vue et l'intérêt de l'associé sont également spécifiques et dignes de considération, et que les associés ont bel et bien passé entre eux un contrat dont leurs droits et obligations sociaux demeurent un effet. D'où l'on pourrait attendre, que sinon la société elle-même, du moins chaque associé puisse bénéficier de la théorie générale du contrat, au moins en ce qui concerne les conséquences de la durée ».

³⁴⁷ En ce sens, v. M. Coipel, « La contractualisation des causes de dissolution des sociétés », in *Mél. R. De Valkenner, A l'occasion du 125^e anniversaire de la revue du notariat Belge*, Bruxelles, 2000, p. 147, spéc. p. 159 : La durée de la société pouvant être fixée à 99 ans « seule une vision purement abstraite des choses permet de dire que les associés fondateurs ne sont pas liés à vie ». C'est dire si le principe de l'interdiction des engagements perpétuels est malmené ; R. Encinas de Munagorri, *L'acte unilatéral entre les parties au contrat*, thèse Paris X, 1994, n° 110, p. 101 : il faut apprécier « in concreto l'entrave occasionnée par la durée de l'engagement ».

contrat de société est, certes, déterminée, les associés n'ont pas pour autant exprimé leur volonté de faire de manière analogue de leur contrat d'apport un engagement à durée déterminée³⁴⁸.

En second lieu, sur un plan pratique, la solution engendre des effets pervers. En effet, l'associé prisonnier sera enclin à perturber le fonctionnement de la société et à ne plus exécuter ses obligations³⁴⁹. Pour cette raison, la société n'a aucun intérêt à garder en son sein un associé dépourvu de tout *affectio societatis* et qui souhaite être délivré de ses chaînes contractuelles³⁵⁰.

La solution apparaît d'autant plus regrettable que les remèdes envisageables pour pallier de tels inconvénients se révèlent peu ou partiellement efficaces.

b- Des remèdes peu efficaces

66. Tout un panel de remèdes semble de prime abord s'offrir à l'associé qui souhaite renoncer prématurément à sa qualité d'associé. Se pose toutefois la question de la valeur de ces remèdes. Les associés qui s'exposent à un refus d'agrément ne pourront que difficilement se départir de leurs chaînes contractuelles (i), et ne pourront pas davantage efficacement anticiper ces difficultés de sortie par une prévision statutaire (ii).

i- Les remèdes *a posteriori*

67. Une pluralité de remèdes *a posteriori* semble à première vue se présenter pour l'associé en nom qui souhaite quitter la société.

68. La mésestente. Premier remède envisageable, l'associé peut tenter de trouver une échappatoire *via* l'invocation d'une mésestente sur le fondement de l'article 1844-7, 5° du Code

³⁴⁸ En ce sens, v. M. Germain et F. Vinckel, *Fasc. 20-40 : Durée de la société*, in *J-Cl. soc.*, Traité, § 5, 2006 : « Si l'apporteur souhaite la perpétuation de la société qu'il constitue, il n'entend pas lui demeurer indéfiniment lié. Autrement dit l'associé ne s'engage généralement pas de façon illimitée mais simplement de façon indéterminée ».

³⁴⁹ M. Azoulai, « L'élimination de l'*intuitus personae* dans le contrat », in *La tendance à la stabilité du rapport contractuel*, sous la dir. et préf. de P. Durand, LGDJ, 1960, p. 1, spéc. p. 11 : « le sentiment d'être prisonnier d'une société... risque d'acculer le sociétaire à ne plus accomplir ses engagements, à multiplier les causes de mésintelligence qui consomment la ruine de la société » ; en ce sens, v. L. Godon, *Les obligations des associés*, Economica, 1999, préf. Y. Guyon, n° 200, p. 129.

³⁵⁰ B. Dondero, « Le pacte d'actionnaires : le contrat dans la société », in *Société et Contrat, Journ. soc.* avril 2008, n° 53, p. 42, spéc. p. 51 : « le fait de maintenir contre sa volonté l'associé en nom dans une telle société peut être encore moins souhaitable pour les géôliers que pour le prisonnier... Dès lors la gestion de la société peut se révéler périlleuse en présence d'un associé contre son gré ».

civil³⁵¹. Toutefois, ce moyen n'apparaît pas efficace pour contourner le refus d'agrément et ce pour deux séries de raisons. D'une part, l'action en dissolution pour mésestente ne peut aboutir que si cette dernière engendre une paralysie grave de la société³⁵². La seule perte d'*affectio societatis* ne suffit pas en effet à entraîner la dissolution de la société. D'autre part, quand bien même cette paralysie serait effectivement constatée par le juge, l'associé à l'origine de la mésestente ne peut pas être le demandeur à l'action en dissolution³⁵³. Cette solution trouve vraisemblablement son fondement dans le manquement au devoir de bonne foi³⁵⁴. Fondée en droit, la solution n'apparaît pourtant pas opportune en pratique. En effet, refuser la dissolution pour mésestente au motif que celui qui l'a invoquée en est l'auteur n'est pas satisfaisant : l'associé qui souhaite s'évader reste prisonnier et la société, par suite, continue d'être paralysée. Dès lors, pour mettre fin à ce blocage, trois voies sont envisageables. La première consiste à accueillir la demande en dissolution mais présente alors le risque d'encourager l'associé à provoquer la discorde au sein de la société au détriment de ses coassociés³⁵⁵. En outre, compte

³⁵¹ Art. 1844-7, 5° du Code civil dispose que « *La société prend fin... Par la dissolution anticipée prononcée par le tribunal à la demande d'un associé pour justes motifs, notamment en cas d'inexécution de ses obligations par un associé, ou de mésestente entre associés paralysant le fonctionnement de la société* ».

³⁵² Cette condition *sine qua non* est visée par la disposition elle-même et rappelée par la jurisprudence à diverses reprises. V. par exemple Cass. com., 21 oct. 1997, *Bull. civ.* IV, n° 280 ; *R.*, p. 244 ; *JCP G* 1998, p. 207 ; Cass. mixte, 16 déc. 2005, *Bull. civ.* n° 9. Toutefois, la jurisprudence n'exige pas une paralysie totale au jour le jour de la société pour que soit prononcée la dissolution. V. CA Paris, 5 mars 2002, *Juris-Data* n° 2002-188919, *Dr. soc.* 2003, comm. 42, note F. G. Trébulle.

³⁵³ M. Desblandes, « La séparation d'associés », *Dr. soc.*, *Actes pratiques*, décembre 1997, p. 4, spéc. p. 5 : « *la jurisprudence s'emploie à endiguer les demandes en dissolution en les interdisant aux associés auteurs de l'inexécution des obligations ou bien à l'origine de la mésestente* ». La solution est constante depuis un arrêt du 25 janvier 1904 de la chambre civile (Cass. civ., 25 janvier 1904, *DP* 1904, I, 601, note G. Gunéne). V. par exemple CA Paris, 20 octobre 1980, *D.* 1981, p. 44, concl. M. Jéol ; *JCP G* 1981, II, 19602, concl. M. Jéol, note F. Terré ; *Gaz. Pal.* 1981, I, p. 54, concl. M. Jéol, note A. P. S. ; *Rev. soc.* 1980, p. 774, obs. A. Viandier ; Cass. com. 16 juin 1992, pourvoi n° 90-18441 ; *Dr. soc.* 1992, comm. 177, obs. T. Bonneau ; *Contra* : CA Lyon, 18 mai 1823, *S.* VII, 2, p. 216 : « *si l'un des associés se refuse à agir dans l'intérêt de la société et forme une demande en dissolution, cette demande doit être accueillie, sauf le droit pour les autres associés d'obtenir contre lui des dommages et intérêts* ». Cette décision est toutefois restée isolée.

³⁵⁴ Divers fondements sont invoqués à l'appui de cette solution : l'adage *nemo auditur* (normalement cantonné au domaine de l'immoralité et des restitutions), l'abus de droit, v. P. Canin, « La mésestente entre associés, cause de dissolution judiciaire anticipée des sociétés », *Dr. soc.* 1998, chron. 1, p. 4, spéc. p. 8, les principes généraux du droit, v. L. Guillouard, *Traité du contrat de société, Livre III, titre IX du code civil*, 2° éd., G. Pedone-Lauriel, 1892, n° 337, ou encore la bonne foi, v. P. Canin, art. préc., spéc. p. 8-9 ; H. Matsopoulou, « La dissolution pour mésestente entre associés », *Rev. soc.* 1998, p. 21, spéc. p. 36 et s. : cette dernière semble être le fondement le plus probant de cette solution. C'est ainsi que de la même manière qu'on exige en droit des contrats que la clause résolutoire soit invoquée de bonne foi, la demande de dissolution pour mésestente doit l'être aussi. L'ancien article 1869 du Code civil prévoyait d'ailleurs expressément l'obligation qu'avaient les associés de ne pas provoquer la dissolution de la société de mauvaise foi ou à contre temps.

³⁵⁵ En ce sens, v. J.-J. Daigre, « De l'exclusion d'un associé en réponse à une demande en dissolution », *Bull. Joly soc.* 1996, p. 576, spéc. p. 579-580 : prononcer la dissolution « *reviendrait à verser à l'associé fautif le salaire de sa faute, ce qui est moralement inadmissible et réciproquement c'est faire payer aux associés innocents le prix de la*

tenu de la pluralité des intérêts externes en jeu, les hypothèses de disparition de la société doivent être limitées et il n'est donc pas question de succomber à la volonté ou au caprice d'un seul associé³⁵⁶. La deuxième solution consisterait à étendre l'application de l'article 1869 du Code civil relatif aux sociétés civiles et admettre que la mécontente puisse constituer un juste motif de retrait de l'associé mécontent. Cette solution apparaît cependant dangereuse. Elle incite, là encore, l'associé à semer la discorde dans la société dans le seul but de pouvoir s'en aller³⁵⁷. Enfin, dans la même veine, la dernière solution, plus satisfaisante, serait de permettre au juge de prononcer l'exclusion-sanction de l'associé fautif³⁵⁸. Finalement, chacun tirerait avantage de cette solution. Tout d'abord, l'associé semeur de trouble, puisqu'il souhaitait quitter l'aventure collective. Ensuite, les autres associés, puisqu'ils se débarrasseraient alors de l'élément perturbateur de la bonne exécution du contrat et pourraient prétendre à réparation auprès de l'associé fautif. La solution aussi heureuse qu'elle puisse apparaître n'est pourtant pas de droit positif³⁵⁹.

69. La convention de croupier. Une deuxième solution consisterait alors pour l'associé à conclure une convention de croupier. Admise explicitement par l'ancien article 1861 du Code civil, la solution ne semble pas avoir été remise en cause par la réforme du 4 janvier 1978³⁶⁰. C'est à titre de palliatif à la décision de refus d'agrément que la convention de croupier trouve sa

faute de l'associé coupable » ; P. Canin, art. préc., spéc. p. 8 : « *Juger que le demandeur qui a été à l'origine de l'action en dissolution ne peut être qu'approuvé... Il lui suffirait de provoquer une mécontente (et reconnaissons que les possibilités de désaccords ne manquent pas dans une société). Il n'y aurait là qu'un fâcheux détournement de la loi de sa finalité* ».

³⁵⁶ En ce sens, v. P. Canin, art. préc., spéc. p. 5.

³⁵⁷ *Contra* : F. G. Trébulle, note sous CA Paris, 4 octobre 2002, *Dr. soc.* 2003, comm. 42 : « *Insuffisante pour justifier la dissolution du fait de l'absence de paralysie, la mécontente permet d'autoriser le retrait de l'associée mécontente. Il y a là une porte de sortie élégante qui devrait satisfaire tout le monde pour peu que l'évaluation des droits du retrayant soit satisfaisante* ».

³⁵⁸ J.-J. Daigre, « De l'exclusion d'un associé en réponse à une demande en dissolution », *Bull. Joly soc.* 1996, p. 576, spéc. p. 579-580 ; T. Bonneau, *Dr. soc.* 1992, comm. 177.

³⁵⁹ Cass. com., 12 mars 1996, *Bull. Joly soc.*, p. 584 § 207 : le juge se refuse à prononcer l'exclusion de l'associé qui demande la dissolution, qu'il soit l'auteur de la mécontente ou non. Certains auteurs expriment leurs regrets à l'égard de cette solution. V. J.-J. Daigre, art. préc., spéc. p. 579-580 ; T. Bonneau, *JCP E* 1996, pan. 426. V. *infra*, n° 562 et s.

³⁶⁰ P. Merle, *Les sociétés commerciales*, 17^e éd., Dalloz, 2014, n° 62 : « *L'ancien art. 1861 c. civ. disposait : chaque associé peut, sans le consentement de ses associés, s'associer une tierce personne relativement à la part qu'il a dans la société : il ne peut pas sans ce consentement, l'associer à la société, lors même qu'il en aurait l'administration. Bien que la réforme du 4 janvier 1978 n'ait pas repris les dispositions de ce texte, il ne fait aucun doute que la convention de croupier demeure valable en raison du principe de l'autonomie de la volonté...* ».

plus grande utilité³⁶¹. Par la conclusion de cette convention, l'associé désireux de quitter la société va partager avec un tiers les résultats positifs et négatifs de ses droits sociaux. Son efficacité n'est cependant que partielle puisque la convention de croupier ne réalise pas une « cession juridique » dans la mesure où le cédant conserve sa qualité d'associé dans la société. En effet, en principe, le croupier ne peut pas supporter en même temps la qualité d'associé³⁶². Cela implique que l'associé conserve l'intégralité de ses prérogatives dans la société. Le croupier a, certes, des droits et obligations envers l'associé résultant du contrat de croupier, mais il n'a aucune obligation ni aucun droit envers la société à laquelle il n'est lié par aucun contrat³⁶³. De ce fait, il n'est ni admis à participer aux assemblées générales, ni admis à obtenir les informations délivrées aux actionnaires³⁶⁴. Par conséquent, « *le tiers subit indirectement les droits et obligations des associés, par l'intermédiaire de celui qu'il n'a pas été autorisé à remplacer* »³⁶⁵. Pour cette raison, croupier et cavalier sont tentés d'aménager conventionnellement un droit de gestion au croupier. Toutefois, la licéité de telles clauses est discutée. Aussi l'associé aura-t-il bien du mal à trouver un croupier et quand bien même il y parviendrait, il continuerait à être engagé dans les affaires sociales. C'est dire si la convention de croupier s'apparente à une cession de contrat bien « imparfaite »³⁶⁶ et, donc, constitue un remède peu satisfaisant pour l'associé.

70. L'abus de droit. Une dernière solution rarement avancée par la doctrine consisterait à invoquer pour l'associé un abus de droit. De manière générale, la solution se révèle vaine³⁶⁷. En effet, la décision d'agrément ou de refus d'agrément présente, semble-t-il, un caractère discrétionnaire³⁶⁸. La reconnaissance d'une telle prérogative serait classiquement légitimée par

³⁶¹ Y. Guyon, *Traité des contrats, Les sociétés, Aménagements statutaires et conventions entre associés*, 5^e éd., LGDJ, 2002, n° 269 ; I. Urbain-Parléani, « Convention de croupier et société en participation », *Rev. soc.* 1999, p. 753, spéc. p. 754 : la convention de croupier n'est pas exclusivement utilisée dans les sociétés en nom collectif. Les associés y ont également recours dans les sociétés de capitaux, mais plus rarement.

³⁶² I. Urbain-Parléani, art. préc., spéc. p. 754-755.

³⁶³ P. Malaurie, *La cession de contrat*, Cours de doctorat, Paris II, 1975-1976, p. 187.

³⁶⁴ Il existe seulement une obligation d'information à l'égard du croupier. V. Cass. com., 4 décembre 1998, *Rev. soc.* 1999, p. 350, note D. Randoux.

³⁶⁵ R. Libchaber, « Pour un renouvellement de l'analyse des droits sociaux », in *Mél. Y. Guyon, Aspects actuels du droit des affaires*, Dalloz, 2003, p. 717, spéc. p. 727.

³⁶⁶ *Ibid.* : la convention de croupier « constitue la forme la plus dégradée de cession de contrat : son échec même, à ceci près qu'en l'absence de cession effective, les effets essentiels ont été sauvegardés ».

³⁶⁷ T. de Ravel d'Esclapon, « La validité des clauses de rachat dans les sociétés en nom collectif », *LPA*, 7 novembre 2008, n° 224, p. 4, spéc. p. 7 : l'auteur affirme que de l'abus de droit, « il n'y a pas vraiment grand-chose à espérer ».

³⁶⁸ V. Lasbordes, *Les contrats déséquilibrés*, PUAM, 2000, préf. C. Saint-Alary-Houin, n° 397, p. 356-357. Pourtant, ce droit octroie un pouvoir déséquilibrant aux coassociés et devrait donc être contrôlé et sanctionné, particulièrement

l'existence d'une obligation de rachat à la charge de la société qui garantit la protection du cédant. Or, cette justification ne satisfait pas. D'une part, les associés de la société en nom collectif et les associés commandités de la société en commandite sont exclus de cette protection. D'autre part, rien ne justifie que cette décision soit à l'abri de tout abus. La jurisprudence est d'ailleurs de plus en plus encline à appliquer la théorie de l'abus de droit à la décision de refus d'agrément³⁶⁹. Toutefois, si la décision de refus d'agrément n'est pas placée hors champ du domaine de la théorie de l'abus de droit, sa preuve sera difficile à rapporter. Ainsi que le souligne le Professeur Jean-Claude Hallouin³⁷⁰, cela suppose, d'abord, l'existence de « *circonstances particulières* » et donc implique qu'une motivation spéciale soit donnée par les auteurs du refus, lesquels sont par principe dispensés de toute justification de leur décision. Ensuite, quand bien même ces motifs seraient effectivement donnés, il faudrait encore établir que ce refus remplit bien les conditions de l'abus de majorité : contrariété à l'intérêt social et intention d'avantager les majoritaires au détriment des minoritaires. Enfin, et quand bien même l'abus serait démontré, il n'est pas sûr que l'associé serait satisfait par la sanction prononcée (l'octroi de simples dommages intérêts)³⁷¹. Partant, là encore, l'abus de droit se révèle être un remède bien décevant pour l'associé qui souhaite partir.

71. Les propositions de réforme légale. Par conséquent, désormais avec l'abrogation de l'ancien article 1869 du Code civil, les associés des sociétés en nom collectif et les commandités ne disposent plus de moyens effectifs pour se départir de leur engagement³⁷². Pourtant, son

dans les sociétés de capitaux lesquelles n'ont pas vocation à limiter la libre négociabilité des droits sociaux. Toutefois, l'auteur souligne que si le contrôle de l'abus est rarement appliqué dans ces sociétés, c'est en raison de l'existence d'une obligation de rachat à la charge des associés en cas de refus d'agrément qui garantit à l'associé sa sortie.

³⁶⁹ J.-C. Hallouin, « Sur le refus d'agrément », in *Mél. J. Paillusseau, Aspects organisationnels du droit des affaires*, Dalloz, 2003, p. 313, spéc. p. 316-317 : l'auteur cite plusieurs décisions ayant appliqué la théorie de l'abus de droit et dans diverses formes de sociétés. Pour une société civile de moyens, v. CA, 5 avril 1998, *Bull. Joly soc.* 1999, p. 959, note J.-J. Daigre ; pour une SA, v. Cass. com., 25 février 1992, *Bull. civ. IV*, n° 97 ; *Bull. Joly soc.* 1992, p. 519, note P. Le Cannu ; pour une SARL, v. Cass. com., 13 juin 1995, pourvoi n° 92-21843 ; *RJDA* 1995, n° 1481.

³⁷⁰ J.-C. Hallouin, art. préc., spéc. p. 316-317.

³⁷¹ T. de Ravel d'Esclapon, « La validité des clauses de rachat dans les sociétés en nom collectif », *LPA*, 7 novembre 2008, n° 224, p. 4, spéc. p. 7 : l'auteur cite une exception dans laquelle c'est le cédant lui-même qui a voté le refus.

³⁷² R. Libchaber, « Réflexions sur les engagements perpétuels et la durée des sociétés », *Rev. soc.* 1995, p. 437, spéc. p. 454 : « *il n'existe ainsi plus aucun moyen pour un associé de quitter la société dès lors que ses coassociés le lui refusent, et il est alors bel et bien engagé ad vitam oeternam dans des liens qui peuvent se révéler financièrement exigeants, voire, mais rarement, supposer l'implication individuelle que l'on a dite. Force est de reconnaître que la limitation de la durée de vie de la société à 99 ans n'est d'aucune aide pour cet associé...* ».

application était légitime dans les sociétés de personnes dans lesquelles la référence contractuelle demeure particulièrement présente³⁷³. Les associés sont placés sur le devant de la scène et ne disparaissent point derrière l'être moral. La généralisation de l'application du nouvel article 1869 du Code civil qui offre un droit de retrait aux associés des seules sociétés civiles pourrait constituer une solution de substitution tout à fait satisfaisante³⁷⁴. Mieux encore, il serait opportun d'étendre la solution applicable en matière de société à responsabilité limitée et consacrer une obligation de rachat à la charge de la société en cas de refus d'agrément du cessionnaire proposé par l'associé désireux de quitter l'aventure collective. Ces réformes se révèlent d'autant plus nécessaires que les associés disposent d'une faible marge de manœuvre pour agir en amont et organiser statutairement leur sortie future.

ii- Les remèdes *a priori*

72. Constatant l'efficacité relative des remèdes *a posteriori*, les associés pourraient être incités à anticiper ces difficultés de rupture et prévoir dès leur entrée dans la société les moyens d'y sortir plus aisément. Toutefois, il n'est pas certain que ces moyens préventifs soient davantage effectifs.

73. La clause de rachat. Au titre des remèdes préventifs figure l'insertion *ab initio* dans les statuts d'une clause de rachat en cas de refus d'agrément. Toutefois, la licéité de telles clauses semble bien douteuse au regard de la lettre de l'article L. 221-13 du Code de commerce qui proscrit, sous peine d'être réputée non écrite, toute clause prévoyant une négociabilité des parts sociales ou encore aménageant une cession sans le consentement de tous les associés³⁷⁵. Dès lors, l'invocation de telles clauses par l'associé en mal de liberté semble *a priori* inopérante, la volonté des parties est annihilée par celle du législateur. Cette illicéité est pourtant bien regrettable

³⁷³ R. Libchaber, art. préc., spéc. p. 453.

³⁷⁴ R. Libchaber, art. préc., spéc. p. 439, note de bas de page n° 4.

³⁷⁵ B. Mercadal et P. Janin, *Mémento Pratique. Sociétés commerciales*, éd. Francis Lefebvre, 2001, n° 4343 : de telles clauses de rachat sont nécessairement prohibées puisqu'elles conduisent à une nouvelle répartition des parts et cela contre la volonté du ou des associés qui se seraient opposés à la cession et, donc, aboutissent au contournement d'un texte d'ordre public. V. cependant J. Monnet, « Clause de rachat de droits sociaux après refus d'agrément », *Dr. soc.* 2007, comm. 221, note sous CA Aix en Provence, 25 mai 2007, *Juris-Data* n° 2007-342355 : l'auteur relève en effet que la Cour d'appel, en faisant application de la clause statutaire de rachat des parts sociales de l'associé sortant à proportion du capital détenu par les associés restants dans une SNC, admet implicitement sa validité.

puisque, tout en préservant l'*intuitus personae* inhérent à cette structure sociétaire, la solution aurait le mérite d'améliorer la situation des associés lesquels bénéficient de remèdes *a posteriori* bien peu satisfaisants pour se soustraire à ses geôliers³⁷⁶.

Cependant, le Professeur Renaud Mortier opère une distinction entre les clauses de rachat impliquant la cession à un autre associé ou à un tiers et celles impliquant un rachat par la société elle-même en vue de l'annulation consécutive des droits sociaux. Si les premières contreviennent bien au texte d'ordre public, les secondes, en revanche, semblent licites. En effet, concernant ces dernières, elles n'opèrent en réalité pas une « cession » mais un remboursement de l'apport. Or, ce dernier n'a aucune incidence sur le nombre de droits sociaux détenus par les associés restants³⁷⁷. Dès lors, il n'existe aucun obstacle véritable à leur validité.

74. Le pacte de préférence. Les associés conservent la possibilité bien mince d'introduire une clause dans les statuts qui réserve à l'associé le droit de céder sa part à un cessionnaire déterminé par avance dans les statuts³⁷⁸. En d'autres termes, cela suppose que l'agrément ait été donné par anticipation lors de la conclusion des statuts. Il va sans dire qu'il sera fort difficile pour l'associé de trouver un cessionnaire qui, non seulement a trouvé approbation auprès de la société, mais également accepte de prendre sa place au moment même où l'associé cédant souhaite lui s'en aller.

75. Par conséquent, aussi tentés qu'ils soient d'anticiper les difficultés de sortie, les associés ne disposent en réalité que d'une marge de manœuvre étroite pour l'élaboration de clauses de rachat dans les statuts. C'est d'ailleurs sans doute le danger de demeurer prisonnier dans ces sociétés de personnes qui constitue l'une des raisons incitant les associés à prévoir une durée plus courte de vie de ces dites sociétés.

³⁷⁶ T. de Ravel d'Esclapon, art. préc., spéc. p. 8 : ces clauses « améliorent la situation de l'associé désireux de quitter la structure sociale, sans pour autant conduire à la dissolution de la société, aux chemins hasardeux de la preuve d'un abus, ou encore à ce palliatif bien mince qu'est la convention de croupier ».

³⁷⁷ R. Mortier, *Le rachat par la société de ses droits sociaux*, Dalloz, 2003, préf. J.-J. Daigre, n° 178, p. 149.

³⁷⁸ M. Germain, G. Ripert et R. Roblot, *Traité de droit commercial*, T. 1, vol. 2, *Les sociétés commerciales*, 20^e éd., LGDJ, 2011, n° 1184.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

76. En dépit des spécificités de la société tenant à la pluralité des parties à l'acte et à la superposition de deux types de relations contractuelles, la société est bel et bien un contrat dont la sécurité juridique doit être préservée et, en tant que tel, demeure subordonnée au principe d'irrévocabilité contractuelle. Corollaire naturel de la force obligatoire du contrat, l'irrévocabilité implique, en principe, que l'associé ne puisse, par sa seule manifestation de volonté, mettre fin au contrat de société qui l'unit aux autres associés et à son contrat d'apport qui l'unit à la société.

En effet et d'une part, la résiliation du contrat de société suppose un *mutuus dissensus*. Toutefois, par dérogation au droit commun et justifié par sa nature pluripartite, un accord majoritaire suffit. D'autre part, l'associé qui souhaite résilier son contrat d'apport ne peut en principe y procéder de manière inconditionnelle. Néanmoins, par dérogation au droit commun, la cession de sa qualité d'associé n'est subordonnée au consentement de sa cocontractante que lorsque la société est dotée d'*intuitus personae*. La solution semblerait pouvoir être exportée en droit commun des contrats.

Partant, même assouplie, l'application du principe d'irrévocabilité est incontestable.

L'irrévocabilité contractuelle n'est toutefois pas érigée en dogme absolu. La préservation de la liberté individuelle empêche qu'un contractant soit lié pour une durée indéterminée ou excessive. Par analogie, l'associé ne doit pas être enchaîné pour une durée trop longue à la société et à ses coassociés. Partant, si l'irrévocabilité a repris sa place de principe concernant le contrat de société, ce n'est qu'à la condition que l'associé puisse échapper à un engagement à vie.

Or, le caractère pluripartite du contrat de société permet justement de dissocier le régime du contrat d'apport de celui du contrat de société. La disparition du premier n'entraîne pas en principe la disparition du second. C'est là un effet particulier du contrat de société : sa force obligatoire survit au départ d'un associé. Aussi doit-on approuver la jurisprudence et le législateur d'avoir organisé des moyens pour que l'associé retrouve sa liberté et s'étonner, en revanche, qu'il ait maintenu l'exigence d'un *mutuus dissensus* dans la société en nom collectif, même justifiée par son fort *intuitus personae*.

Par conséquent, si l'influence du droit commun des contrats sur le droit des sociétés est indéniable concernant l'irrévocabilité contractuelle, elle n'est toutefois pas absolue. La

superposition et la pluralité des liens contractuels légitiment en effet certains aménagements des principes qui irriguent la matière. Cette spécificité rejaillit également sur la mise en œuvre du principe d’immutabilité contractuelle.