

La modification unilatérale du contrat au cours de son exécution

492. Les raisons traditionnelles du refus légal de la révision du contrat. Parce que le contrat a longtemps été perçu comme une « *brève amourette* »¹⁸²⁴, il ne paraissait pas nécessaire de permettre son évolution au cours de son exécution. Insensible à l'écoulement du temps, il avait vocation à rester immuable et à ne pas être révisé.

493. Une consécration légale exceptionnelle. Prenant cependant conscience que certains contrats étaient susceptibles, à l'instar de la société, de s'inscrire dans la durée, le législateur a multiplié les dispositions permettant à certains d'entre eux d'être unilatéralement révisés. Ainsi a-t-il admis la révision des rentes viagères¹⁸²⁵, des loyers à usage commercial¹⁸²⁶, des conditions de cession du droit d'exploitation en matière de propriété littéraire et artistique¹⁸²⁷ et des conditions et charges en matière de libéralités¹⁸²⁸. Toutefois, l'absence de consécration légale d'un principe général de révision des contrats signait dans un même temps l'arrêt du processus de rapprochement du droit des sociétés et du droit commun des contrats.

494. Le refus jurisprudentiel d'une généralisation. Nombre d'auteurs ont alors placé leurs espoirs dans une jurisprudence qu'ils espéraient suffisamment innovante pour promouvoir l'usage de l'unilatéralisme en droit commun des contrats¹⁸²⁹. Longtemps, pourtant, la jurisprudence y est demeurée sourde en droit privé¹⁸³⁰, à rebours de ce que le Conseil d'Etat

¹⁸²⁴ Expression empruntée au Professeur Rémy Cabrillac, *L'acte juridique conjonctif en droit privé français*, LGDJ, 1990, préf. P. Catala, n° 116, p. 58.

¹⁸²⁵ Loi n° 48-420 du 25 mars 1949.

¹⁸²⁶ Décret n° 53-960 du 30 septembre 1953. Aussi bien le preneur que le bailleur peut prendre l'initiative de la révision.

¹⁸²⁷ Loi du 11 mars 1957 sur la propriété littéraire et artistique.

¹⁸²⁸ Article 900-2 du Code civil modifié par la loi n° 84-562 du 4 juillet 1984.

¹⁸²⁹ En ce sens, v. M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, vol. 1 *Contrat et engagement unilatéral*, PUF, 2012, p. 521 : « *il faut laisser un certain pouvoir unilatéral à chaque contractant pour assurer l'adaptation du contrat aux changements de circonstances et donc permettre la survie de celui-ci* » ; P. Lemay, *Le principe de la force obligatoire du contrat à l'épreuve du développement de l'unilatéralisme*, thèse Lille II, 2012.

¹⁸³⁰ Ce n'est pourtant pas le cas dans bon nombre de législations étrangères. Sur le traitement de l'imprévision par les autres systèmes juridiques, v. R. David, « L'imprévision dans les droits européens », in *Mél. A. Jauffret*, 1974, PUAM, p. 211 ; D. Tallon, « La révision du contrat pour imprévision au regard des enseignements récents du droit comparé », in *Mél. A. Sayag, Droit et vie des affaires*, Litec, 1997, p. 403 ; M. Mekki, « Hardship et révision des contrats », *JCP G* 2010, 1219, p. 2291.

autorisait¹⁸³¹. Aussi, sauf à caractériser une véritable situation de force majeure¹⁸³², le contractant victime des meurtrissures du temps ne pouvait-il demander à modifier le contrat dont l'équilibre avait été substantiellement modifié.

495. Des raisons illégitimes. Admettre la révision du contrat par les parties à la suite de la survenance d'un événement imprévisible ne contrevient pourtant à aucune considération morale ou économique¹⁸³³. D'abord, il n'y a rien d'immoral à ne pas tenir ses promesses si le changement de circonstances est tel que l'équilibre initial du contrat en est totalement bouleversé. A l'inverse même, il devient immoral de la part du créancier d'exiger du débiteur victime des circonstances qu'il s'exécute dans les conditions initialement fixées. Ensuite, si la sécurité des contrats doit être assurée, ce n'est que dans la mesure où elle conserve un intérêt pour le commerce. Or, où demeure l'intérêt de maintenir une situation contractuelle fortement déséquilibrée qui risque à terme de dégénérer en force majeure ? Si l'on veut préserver la sécurité juridique, il importe justement de garantir aux parties l'exécution de leur convention¹⁸³⁴ grâce à une nouvelle répartition de la charge de l'évènement imprévu. A un contrat statique laisse place un contrat dynamique capable de résister aux effets du temps.

¹⁸³¹ J.-F. Lachaume, « L'évolution du contrat administratif en droit français », in *L'évolution contemporain du droit des contrats*, Journées R. Savatier, 1986, PUF, p. 61, spéc. p. 69 ; CE, 2 février 1983, Union des transports publics urbains, *Rev. dr. public* 1984, p. 212, note J.-M. Auby.

¹⁸³² Il faut entendre par véritable situation de force majeure, la situation dans laquelle il existe une impossibilité absolue d'exécution pour le contractant. Si l'impossibilité n'est que relative, il s'agit alors d'une situation d'imprévision.

¹⁸³³ En ce sens, v. not. R. David, « L'imprévision dans les droits européens », in *Mél. A. Jauffret*, 1974, PUAM, p. 211, spéc. p. 213 ; J.-P. Delmas-Saint-Hilaire, « L'adaptation du contrat aux circonstances économiques », in *La tendance à la stabilité du rapport contractuel*, sous la dir. et préf. de P. Durand, LGDJ, 1960, p. 189, spéc. p. 191.

¹⁸³⁴ R. Fabre, « Les clauses d'adaptation dans les contrats », *RTD civ.* 1983, p. 1, spéc. p. 4 ; L. Aynès, L'imprévision en droit privé, *RJC* 2005, p. 397, spéc. p. 399 : « si la convention est réellement dotée d'une force juridique, celle-ci conduit à chercher autant que possible sa vie, plutôt que sa mort » ; J.-P. Delmas-Saint-Hilaire, art. préc., spéc. p. 191 : « l'adaptation du contrat est économiquement préférable à sa disparition pure et simple : contrairement aux apparences, adapter le contrat, c'est donc sauvegarder sa stabilité en le faisant échapper à l'anéantissement qui le menace » ; 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 : la solution « qui tend à faire vivre le contrat, paraît plus bénigne et plus respectueuse que celle de le jeter par-dessus bord » ; D. Mazeaud, « La révision du contrat », *LPA*, 30 juin 2005, n° 129, p. 4 ; M. Mekki, « Hardship et révision des contrats », *JCP G* 2010, n° 1219, p. 2291, spéc. p. 2292.

496. Un unilatéralisme relatif. En offrant à une partie la possibilité de requérir de son cocontractant qu'il accepte bon gré mal gré de procéder à la modification du contrat¹⁸³⁵, on accepte d'ouvrir la voie d'un unilatéralisme en droit commun des contrats. Pour autant, cet unilatéralisme n'est que relatif. En effet, lorsque la Cour de cassation accepte d'ouvrir une brèche dans la traditionnelle immutabilité contractuelle, ce n'est certainement pas pour permettre à l'une des parties de procéder elle-même à la modification requise. Celle-ci demeure entre les mains des deux parties, quand bien même l'une d'elles l'aurait unilatéralement demandée. Rien ne garantit donc que les discussions menées par les parties en vue de modifier le contrat aboutissent effectivement à son adaptation aux circonstances nouvelles. C'est dire si l'exigence unanimiste demeure fortement ancrée en droit privé des contrats¹⁸³⁶. Preuve en est que, en droit du travail, la jurisprudence a clairement souhaité circonscrire le domaine de la modification unilatérale de l'employeur aux éléments de moindre importance¹⁸³⁷. Si le changement des conditions de travail peut être effectivement imposé au salarié sous peine d'être licencié pour faute, la modification à proprement parler du contrat de travail sollicitée par l'employeur demeure subordonnée à l'accord du salarié¹⁸³⁸.

Cette rigueur jurisprudentielle se comprend en réalité parfaitement. Parce que le contractant est naturellement guidé par ses intérêts personnels, il est sans doute enclin à abuser de son pouvoir de modification unilatérale. Il n'est donc pas question de déroger de manière absolue

¹⁸³⁵ Si c'est le cocontractant de la victime des circonstances qui est tenu de proposer une renégociation, et donc laisserait penser que c'est à lui que revient l'initiative de la modification, la proposition de renégocier n'intervient en réalité qu'en réponse à une demande implicite de modification formulée par la victime. V. H. Lécuyer, « La modification unilatérale du contrat », in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, sous la dir. de C. Jamin et D. Mazeaud, Economica, 1999, p. 47, spéc. p. 52-53 :

¹⁸³⁶ V. S. Pons, « Réflexions sur la modification d'un élément essentiel du contrat par les parties », *LPA*, 8 avril 2008, n° 71, p. 4.

¹⁸³⁷ L'arrêt Raquin (Cass. soc., 8 octobre 1987, M. Raquin et autre c/ Société anonyme J. Marchand, *Dr. ouvrier* 1988, p. 259, note P. Tillie, pourvoi n° 84-41902,) avait clairement opéré la distinction entre les modifications non substantielles, qui pouvaient faire l'objet d'une modification unilatérale de l'employeur et donc ne pouvaient être refusées par le salarié, et les modifications substantielles, qui ne le pouvaient pas et nécessitaient, par suite, l'accord du salarié pour être opérées. Les arrêts du 10 juillet 1996 (*Bull. civ.* V, n° 278) ont, cependant, mis un terme à la distinction entre modification substantielle et non substantielle pour lui substituer celle entre modification du contrat de travail et changement des conditions de travail. Toutefois, il ne s'agit là pour l'essentiel que d'un changement terminologique puisque les modifications du contrat de travail s'apparentent aux modifications jugées substantielles par le juge et les changements de conditions de travail s'apparentent aux modifications non substantielles. Sont ainsi considérées comme des modifications du contrat de travail et non comme de simples changements des conditions de travail, les modifications qui concernent la durée, la rémunération, le lieu, la qualification et les horaires de travail.

¹⁸³⁸ Au vrai, si le salarié peut effectivement s'opposer à une modification de son contrat de travail, il s'expose, cependant, même dans ce cas, à l'ouverture d'une procédure de licenciement à son encontre. Toutefois, à la différence d'un refus consécutif à un changement des conditions de travail, le licenciement est alors subordonné à la caractérisation d'un motif réel et sérieux.

à la règle unanimiste. La question se pose pourtant différemment lorsque les parties ont omis de fixer un élément du contrat lors de sa conclusion.

2- La fixation unilatérale d'un élément du contrat au cours de son exécution

497. Le rejet traditionnel de la fixation unilatérale. L'idée qu'une partie puisse postérieurement à la formation du contrat procéder à la fixation d'un de ses éléments ne s'impose pas avec la force de l'évidence. Outre que ce serait heurter de front la conception volontariste du contrat, aucune disposition du Code civil ne peut en fournir un fondement textuel. A l'inverse, même, tout porte à croire que le législateur condamne un tel principe. En effet, si l'article 1134 du Code civil est peu propice à la reconnaissance de l'unilatéralisme dans l'exécution du contrat, il paraît difficile d'admettre qu'une partie puisse fixer seule un élément essentiel du contrat en cours de son exécution. Plus encore, les articles 1108 et 1129 du Code civil semblent indiquer que les prestations doivent être prévues *ab initio* par les parties. Le premier dispose en effet que l'objet doit être certain et le second exige qu'il soit déterminé ou du moins déterminable. Précisément, ce dernier énonce dans son alinéa premier qu'« *il faut que l'obligation ait pour objet une chose au moins déterminée quant à son espèce* » et, dans son alinéa second, que « *la quotité de la chose peut être incertaine, pourvu qu'elle puisse être déterminée* ». Certes, il y a donc une place à une détermination ultérieure. Toutefois, sa compréhension traditionnelle est fort restrictive¹⁸³⁹. D'abord, la détermination ultérieure ne peut concerner que des choses de genre et non des corps certains¹⁸⁴⁰. Ensuite, elle « *ne peut concerner que les caractéristiques de l'objet dont la fixation n'est pas indispensable à la naissance d'un engagement contractuel* »¹⁸⁴¹. Enfin, elle ne doit pas émaner d'une partie seule, ce qui implique que les parties aient prévu *ab initio* un mécanisme objectif ou un tiers impartial permettant de procéder à la détermination postérieurement à la formation du contrat. En somme, pas plus que l'alinéa premier, l'alinéa second ne permet l'usage de l'unilatéralisme dans l'exécution du contrat. Enfin, l'article 1591 du Code civil relatif à la vente prescrit un prix déterminé et désigné par les parties. Or, puisque le contrat de vente a été érigé par le législateur en modèle du droit commun, il ne paraît pas anormal

¹⁸³⁹ T. Revet, « La détermination unilatérale de l'objet dans le contrat », in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, sous la dir. de C. Jamin et D. Mazeaud, Economica, 1999, p. 31, spéc. p. 32-33.

¹⁸⁴⁰ T. Revet, art. préc., spéc. p. 32 : si pour les choses de genre l'espèce doit être déterminée lors de la conclusion du contrat, la qualité et la quantité de l'espèce peuvent quant à elles être déterminées ultérieurement.

¹⁸⁴¹ T. Revet, art. préc., spéc. p. 31.

d'étendre l'exigence légale à l'ensemble des contrats. Partant, c'est bien de la combinaison des articles 1134, 1129 et 1591 du Code civil que la jurisprudence a pu déduire la prohibition d'une détermination unilatérale de l'objet de l'obligation.

498. Le revirement progressif. La prise de conscience de l'influence de l'évolution des circonstances sur les contrats de longue durée a cependant contraint la jurisprudence à relativiser cette prohibition. Afin de permettre au contrat de produire durablement et efficacement ses effets, la jurisprudence a ainsi progressivement assoupli l'exigence d'un prix déterminé lors de la conclusion du contrat. Tout d'abord, elle a accepté qu'un prix de vente puisse être, non plus déterminé, mais seulement déterminable en fonction d'éléments objectifs indépendants des parties¹⁸⁴². Par la suite, cette interprétation souple et réaliste de l'article 1591 du Code civil a bénéficié au contrat de bail¹⁸⁴³, de location de chose¹⁸⁴⁴, de travail¹⁸⁴⁵, d'assurance¹⁸⁴⁶ et de prêt à intérêt¹⁸⁴⁷. Puis, dans les années 1970, la jurisprudence a franchi une nouvelle étape en écartant l'exigence de détermination ou de déterminabilité du prix pour le contrat d'entreprise¹⁸⁴⁸, de commande d'art¹⁸⁴⁹ et de mandat, considérant que le prix n'était pas un élément essentiel de ces contrats et ne pouvait de toute façon pas être déterminé *ab initio*.

499. L'exigence injustifiée de la détermination du prix dans les contrats-cadre. En matière de contrat-cadre de distribution, la Cour de cassation a d'abord exigé sur le fondement de l'article 1591 du Code civil puis sur celui de l'article 1129 du même Code, la détermination du prix¹⁸⁵⁰. La nullité de ces contrats était donc systématiquement prononcée¹⁸⁵¹ lorsque le prix

¹⁸⁴² Cass. req., 7 janvier 1925, *DH* 1925, p. 57.

¹⁸⁴³ Cass. civ. 1^{ère}, 14 décembre 1960, *Bull. civ.* I, n° 543 ; Cass. civ. 3^e, 27 juin 1973, *Bull. civ.* III, n° 446.

¹⁸⁴⁴ CA Amiens, 21 décembre 1976, *Gaz. Pal.* 1997, p. 219.

¹⁸⁴⁵ Cass. soc., 27 novembre 1980, *Bull. civ.* V, n° 853.

¹⁸⁴⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 18 février 1985, *Bull. civ.* I, n° 91 ; Cass. civ. 1^{ère}, 19 novembre 1985, *Bull. civ.* I, n° 305.

¹⁸⁴⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 2 mai 1990, pourvoi n° 87-19106 ; *Rev. banque* 1990, p. 1097, obs. J.-L. Rives-Lange ; *RJC* 1990, p. 432, note D. Schmidt ; *RTD civ.* 1991, p. 111, obs. J. Mestre.

¹⁸⁴⁸ Cass. civ. 3^e, 3 décembre 1970, *Bull. civ.* III, n° 663 ; Cass. civ. 1^{ère}, 15 juin 1973, *Bull. civ.* I, n° 202 ; Cass. civ. 1^{ère}, 19 décembre 1973, *Bull. civ.* I, n° 360.

¹⁸⁴⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 24 février 1987, *Bull. civ.* I, n° 70 ; *D.* 1988, p. 97, note E. Edelman.

¹⁸⁵⁰ La Cour de cassation admettait début XX^e siècle la validité de contrat contenant une clause de détermination du prix d'après les éléments tenant au cours général des marchandises vendues, c'est-à-dire en application du marché. V. par exemple Cass. req., 5 février 1934, *Gaz. Pal.* 1934, 2, p. 331.

¹⁸⁵¹ La jurisprudence avait d'abord choisi de sanctionner l'absence de détermination du prix par la caducité, puis avait par la suite favorisé la sanction de la nullité absolue particulièrement critiquable sur un plan pratique. Sur l'évolution et la critique de la sanction, v. J. Ghestin, « La portée des arrêts du 1^{er} décembre 1995 relatifs à la

n'était pas déterminé ou, plus vraisemblablement, lorsqu'une clause permettait à l'une des parties de le fixer unilatéralement¹⁸⁵². Or, si les parties concluaient un contrat-cadre, c'était justement parce qu'elles avaient conscience de l'impossibilité de fixer l'ensemble des modalités contractuelles dès l'échange de leurs consentements¹⁸⁵³. L'unilatéralisme était donc une conséquence consubstantielle de la conclusion de tels contrats¹⁸⁵⁴. En décider autrement revenait à offrir une échappatoire un peu commode aux distributeurs¹⁸⁵⁵ ou se plaindre postérieurement à la conclusion de l'absence de détermination du prix. En outre, l'annulation en chaîne des contrats-cadre de distribution et des contrats d'application qui lui succédaient n'était pas sans générer une importante insécurité juridique, ce que précisément le principe de la force obligatoire cherche à combattre.

Inadaptée en pratique, cette exigence ne se révélait pas davantage fondée en théorie. D'abord, on a beau relire l'article 1134 du Code civil, rien n'autorise à penser qu'il ferme la voie d'un unilatéralisme contemporain de l'exécution du contrat. Son alinéa 2 énonce seulement que la convention ne peut être révoquée que d'un consentement mutuel. Or, puisque la révocation est plus radicale que la modification du contrat, la transposition de la prohibition ne s'impose en aucune manière. Quant à son alinéa premier, s'il prescrit l'intangibilité du contrat, il est de plus en plus admis qu'il est davantage relatif à l'objectif contractuel qu'aux obligations qu'il crée¹⁸⁵⁶. Ensuite, si l'article 1591 du Code civil exige bien la détermination du prix au moment de la conclusion du contrat, il n'a vocation à s'appliquer qu'aux seuls contrats de vente. Or, si la convention-cadre prévoit la conclusion de futurs contrats de vente, cela ne suffit pas à l'assimiler au contrat de vente lui-même¹⁸⁵⁷. Enfin, si l'article 1129 du Code civil pouvait plus légitimement

détermination du prix au regard de leurs justifications », in *Mél. G. Goubeaux*, Dalloz, LGDJ, 2009, p. 183, spéc. p. 186 à 188 ; C. Jamin, « Les apports au droit des contrats-cadre », *RTD com.* 1997, p. 19, spéc. p. 30 et s.

¹⁸⁵² Seules étaient tolérées par la jurisprudence les clauses de l'offre-concurrente, les clauses faisant référence aux prix pratiqués par des concurrents réels et précisément déterminés par le fournisseur ou fixés par un tiers indépendant selon l'article 1592 du Code civil. V. par exemple Cass. com., 21 juin 1977, 2 arrêts, *Bull. civ.* IV, n° 178 et 179.

¹⁸⁵³ En ce sens, v. M. Fontaine, « Les contrats internationaux à long terme », in *Mél. R. Houin, Problèmes d'actualité posés par les entreprises*, Dalloz, 1985, p. 263, spéc. p. 267 ; L. Vogel, « Plaidoyer pour un revirement : contre l'obligation de détermination du prix dans les contrats de distribution », *D.* 1995, chron. p. 155, spéc. p. 155.

¹⁸⁵⁴ En ce sens, v. J. Ghestin, art. préc., spéc. p. 192.

¹⁸⁵⁵ Il n'était pas rare en effet que les distributeurs prennent prétexte de l'absence de prix pour annuler une convention qui ne leur convenait plus, par exemple parce qu'ils souhaitaient l'éviction d'une clause de non-rétablissement, d'une clause compromissoire ou d'une clause pénale. Dès lors, si l'objectif initial de la nullité pour indétermination du prix, à savoir la protection du distributeur, était tout à fait louable, elle aboutissait à des effets pervers en plaçant le fournisseur à la merci du distributeur. V. L. Vogel, art. préc., spéc. p. 162.

¹⁸⁵⁶ V. *supra*, n° 383.

¹⁸⁵⁷ L. Vogel, art. préc., spéc. p. 156-157.

être invoqué en raison de la généralité de ses termes, il ne permettait pas *a priori* à la Cour de cassation de prononcer la nullité des contrats de distribution contenant une clause de fixation unilatérale du prix au moment de l'exécution du contrat. En effet, si l'alinéa 2 de l'article 1129 exige que la quotité soit fixée, il n'exige cependant pas, à la différence de l'article 1591 du Code civil, que la quotité soit fixée par les deux parties¹⁸⁵⁸.

500. Le revirement en matière de contrat-cadre. Aussi la Cour de cassation est-elle revenue sur son interprétation traditionnelle et a finalement admis la validité des clauses prix catalogue¹⁸⁵⁹. De manière plus radicale, elle a finalement opéré un important revirement en considérant, d'abord, que « *l'article 1129 du Code civil n'est pas applicable au prix* », ensuite, que « *lorsqu'une convention prévoit la conclusion de contrats ultérieurs, l'indétermination du prix de ces contrats dans la convention initiale n'affecte pas, sauf dispositions légales particulières, la validité de celle-ci, l'abus dans la fixation du prix ne donnant lieu qu'à résiliation ou indemnisation* » et, enfin, que « *la clause d'un contrat de franchisage faisant référence au tarif en vigueur au jour des commandes d'approvisionnement à intervenir n'affecte pas la validité du contrat, l'abus dans la fixation du prix ne donnant lieu qu'à résiliation ou indemnisation* »¹⁸⁶⁰.

501. La portée générale du revirement. Désormais, la détermination du prix ne constitue plus une condition de validité des contrats-cadre. Partant, est parfaitement valable le contrat qui contient une clause faisant référence au tarif en vigueur ou ne contenant aucune mention relative au prix. Mieux, la solution connaît une portée générale et n'est donc pas

¹⁸⁵⁸ T. Revet, art. préc., spéc. p. 33 : « *Seule une certaine conception du contrat et du rôle du juge en la matière est apte à expliquer une interprétation de l'article 1129 al. 2 du Code civil excluant la détermination unilatérale de la quotité des choses de genre au temps de l'exécution du contrat* » ; C. Aubert de Vincelles, « Pour une généralisation encadrée, de l'abus dans la fixation du prix », *D.* 2006, chron. p. 2629, spéc. p. 2632-2633 ; M. Jéol, « Le contenu juridique des décisions du 1^{er} décembre 1995 », *RTD com.* 1997, p. 1, spéc. p. 5 : « *On a littéralement inventé l'article 1129 du code civil pour étendre les exigences de l'article 1591 à tous les contrats ou presque* ».

¹⁸⁵⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 29 novembre 1994 (2 arrêts), *Bull. civ.* I, n° 348 ; *D.* 1995, p. 122, note L. Aynès ; *JCP G* 1995, II, 22371, note J. Ghestin ; *RTD civ.* 1995, p. 358, obs. J. Mestre.

¹⁸⁶⁰ Cass. ass. plén., 1^{er} décembre 1995, *Bull. civ.* n° 7, n° 9 ; *D.* 1996, p. 13, concl. M. Jéol, note L. Aynès ; *JCP G* 1996, II, 22565, concl. M. Jéol, note J. Ghestin ; *Defr.* 1996, p. 747, obs. P. Delebecque ; *RTD civ.* 1996, p. 153, obs. J. Mestre.

cantonnée aux contrats-cadre ou au domaine de la distribution¹⁸⁶¹. La Cour de cassation témoigne de sa volonté de faire de la solution le principe du droit commun des contrats¹⁸⁶². Ce n'est donc que de manière exceptionnelle, lorsqu'il existe des dispositions particulières¹⁸⁶³, que les parties demeurent privées de la possibilité de déterminer unilatéralement le prix lors de l'exécution¹⁸⁶⁴. Toutefois, même dans ces dernières hypothèses, il est possible que la solution autorisera une lecture renouvelée de ces dispositions particulières qui, sans aller jusqu'à admettre l'indétermination du prix, sera susceptible de généraliser la possibilité pour les parties d'insérer une clause de détermination unilatérale du prix¹⁸⁶⁵.

502. Un unilatéralisme absolu. Si la Cour de cassation n'a accepté que tardivement la fixation unilatérale du prix, ce n'est pas tant en raison de son hostilité à adopter une jurisprudence

¹⁸⁶¹ La solution a été formulée pour les contrats-cadre mais rien ne laissait entendre dans la formulation utilisée qu'elle souhaitait en restreindre la portée à ces seuls contrats-là. V. C. Jamin, « Les apports au droit des contrats-cadre », *RTD com.* 1997, p. 19.

¹⁸⁶² V. M. Jéol, art. préc., spéc. p. 3 : « le nouveau système s'applique, non seulement aux contrats cadres, mais aussi à toutes les conventions dont l'exécution s'inscrit dans la durée, qu'elle soit successive, échelonnée ou différée » ; D. Bureau et N. Molfessis, « Les arrêts de l'assemblée plénière de la cour de cassation en matière de détermination du prix dans les contrats », *LPA*, 27 décembre 1995, n° 155, p. 11, spéc. p. 14. Les arrêts ultérieurs, loin de contredire une telle analyse, l'ont confortée. V. par exemple Cass. civ. 1^{ère}, 12 mai 2004, pourvoi n° 03-13847 ; *RDC* 2004, p. 924, obs. D. Mazeaud : « l'article 1129 du Code civil n'est pas applicable à la détermination du prix en toute matière ». Certains auteurs, pourtant, critiquent la nécessité et les fondements de la solution et plaident la restriction du champ d'application de la solution à certains contrats seulement. V. J. Huet, « Critique de la jurisprudence de l'assemblée plénière sur l'indétermination du prix », in *Mél. A. Sayag*, Litec, 1997, p. 311 ; J. Calvo, art. préc., spéc. p. 24.

¹⁸⁶³ Tel est le cas en matière de contrat de vente, l'article 1591 du Code civil exige un prix déterminé ou déterminable. Toutefois, la disposition serait applicable en toute logique qu'aux ventes conclues isolément et non aux ventes intervenues par application d'un contrat-cadre. V. C. Jamin, art. préc., spéc. p. 20-21. Sur la complexité des relations entre le contrat-cadre et le contrat d'application, v. A. Brunet et A. Ghozi, « La jurisprudence de l'Assemblée plénière sur le prix du point de vue de la théorie du contrat », *D.* 1998, chron. p. 1 et s.). Pour la liste de l'ensemble des contrats soumis à des dispositions particulières, v. not. N. Molfessis, « Les exigences relatives au prix en droit des contrats », *LPA*, 5 mai 2000, n° 90, p. 41, spéc. p. 42 et s.

¹⁸⁶⁴ A partir de 1987, la jurisprudence avait tenté d'atténuer les conséquences néfastes de la solution traditionnelle. Elle a d'abord souhaité le faire en distinguant les contrats comportant une obligation de donner, soumis à l'exigence d'un prix déterminé, et les contrats comportant une obligation de faire, soumis à une libre détermination du prix. Toutefois, aussi louable soit-elle, la distinction se révélait impraticable car nombre de contrats comportaient les deux types d'obligation. Elle a ensuite souhaité le faire en considérant que le contrat prévoyant une détermination ultérieure du prix était valable à condition que le prix puisse être librement débattu ou négocié. Toutefois, la solution engendrait nécessairement de l'insécurité juridique : comment, en effet, le juge peut-il opérer un tel contrôle ? V. J. Calvo, « L'indétermination du prix dans les contrats : d'une indétermination à l'autre », *LPA*, 17 janvier 1996, n° 8, p. 20, spéc. p. 22 ; L. Vogel, art. préc., spéc. p. 157.

¹⁸⁶⁵ T. Revet, art. préc., spéc. p. 39 ; M. Jéol, art. préc., spéc. p. 3 ; L. Leveneur, « Indétermination du prix : le revirement et sa portée », *CCC* janvier 1996, p. 1, spéc. p. 4 : l'auteur préconise également de sanctionner l'indétermination du prix dans ces contrats, non plus par la nullité absolue, mais par la nullité relative pour permettre de se prévaloir de la confirmation tacite et empêcher ainsi qu'une partie puisse prendre prétexte de cette indétermination du prix pour faire annuler des contrats dont l'exécution se seraient parfaitement déroulés.

contra legem que de sa crainte d'octroyer au contractant un véritable pouvoir unilatéral. En effet, il ne s'agit pas seulement ici d'offrir au contractant le droit de demander qu'un élément du contrat soit modifié ou qu'un nouvel élément soit fixé¹⁸⁶⁶, mais bien de lui conférer la faculté de fixer lui-même un élément que les parties¹⁸⁶⁷ avaient le choix de ne pas déterminer lors de la conclusion du contrat.

Si nécessaire qu'il soit pour garantir l'efficacité durable des contrats¹⁸⁶⁸, l'unilatéralisme dans l'exécution du contrat ne peut être généralisé qu'à condition d'être encadré.

§2 L'ENCADREMENT DE L'UNILATERALISME

503. Si l'unilatéralisme est nécessaire pour permettre au contrat de produire durablement ses effets juridiques, il n'est pas sans générer un risque d'arbitraire. Pour cette raison, l'usage de l'unilatéralisme dans l'exécution du contrat fait l'objet d'un encadrement rigoureux en droit des sociétés et en droit commun des contrats, que ce soit s'agissant de son domaine d'application (A), ou de sa finalité (B).

A- UN DOMAINE D'APPLICATION LIMITE

504. Le domaine assigné à l'unilatéralisme en droit des sociétés (1) et en droit commun des contrats (2) se révèle sensiblement différent.

¹⁸⁶⁶ Il s'agit en effet ici d'une fixation d'un nouvel élément du contrat et non d'une modification à proprement parler qui « se définit comme l'acte juridique par lequel les parties conviennent de changer en cours d'exécution un ou plusieurs éléments de la convention qui les lie en maintenant le rapport contractuel ». V. A ; Ghozi, *La modification de l'obligation par la volonté des parties*, LGDJ, 1980, préf. D. Tallon, n° 13, p. 5.

¹⁸⁶⁷ Si la solution a avant tout vocation à bénéficier au créancier, il n'est pas exclu d'octroyer au débiteur un pouvoir de détermination unilatérale du prix contrôlé *a posteriori* via la théorie de l'abus de droit. V. T. Revet, « La détermination unilatérale de l'objet dans le contrat », in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, sous la dir. de C. Jamin et D. Mazeaud, Economica, 1999, p. 31, spéc. p. 41.

¹⁸⁶⁸ V. A. Brunet et A. Ghozi, art. préc. : la jurisprudence nouvelle permet de « supprimer à juste titre l'utilisation perverse de la sanction de l'indétermination du prix dans les contrats de vente et, au-delà, fournir un cadre approprié à des relations contractuelles de longue durée, incompatibles il est vrai avec l'exigence d'un prix fixé une fois pour toutes lors de la stipulation » ; D. Bureau et N. Molfessis, art. préc., spéc. p. 13.

1- En droit des sociétés

505. Le silence du législateur de 1867. A l'origine, la société est considérée comme un contrat synallagmatique ordinaire qui doit obéir au principe d'immutabilité. Il n'est donc pas question d'accorder à une majorité d'associés le pouvoir de modifier le pacte social pour tout type de dispositions. Ce n'est que lors de la réforme du 24 juillet 1867 sur les sociétés commerciales que le législateur prit finalement l'initiative de consacrer l'unilatéralisme dans l'exécution du contrat de société, y compris afin de procéder à la modification des statuts. Ce faisant, le législateur ne fit qu'entériner une pratique qui s'était déjà largement répandue dans les sociétés par actions dont la taille souvent importante empêchait très souvent d'obtenir l'unanimité des associés.

Toutefois, si l'admission de la loi de la majorité paraissait ainsi définitivement réglée¹⁸⁶⁹, celle de son champ d'application continuait à se poser¹⁸⁷⁰. Or, en raison du silence du législateur, la jurisprudence n'eut d'autre choix que d'intervenir. Si la pérennité de la société commandait de faciliter son adaptation en conférant un large pouvoir à l'assemblée générale extraordinaire, la protection des associés contractants ne devait pour autant pas être sacrifiée. Un compromis devait être trouvé entre la préservation des intérêts individuels et celle de l'intérêt social. Aussi, dès 1875, la jurisprudence a-t-elle clairement affiché sa volonté de restreindre le champ de compétence de l'assemblée générale extraordinaire et décidé que « *le pouvoir de modifier les statuts ne pouvait s'appliquer qu'à des changements qui se feraient dans les limites des règles d'administration ou d'organisation sans altérer les bases constitutives de la société de manière à blesser l'essence du pacte social* »¹⁸⁷¹.

¹⁸⁶⁹ Encore que certains auteurs au lendemain de la loi contestaient la possibilité pour la majorité de pouvoir modifier les statuts en l'absence d'une clause statutaire l'autorisant. V par exemple L. Lyon-Caen et L. Renaud, *Traité de droit commercial*, 3^e éd., T. II, n° 864. Et certaines décisions de jurisprudence validaient cette interprétation. V. CA Paris, 30 juillet 1891, *Journ. soc.* 1892, p. 107 : « *Considérant, déclare-t-il, que la loi de 1867, dans son article 31 n'a nullement entendu conférer aux assemblées générales extraordinaires le droit illimité de modifier les statuts en dehors des prévisions du pacte social ; qu'elle a voulu simplement préciser dans quelles conditions spéciales de majorité des résolutions de cette nature pourraient, en cas de contestation d'une partie des actionnaires, être prises lorsqu'elles sont prévues par les statuts* ».

¹⁸⁷⁰ H. Lechner, *Les droits propres des actionnaires*, thèse Nancy, 1932, p. 1.

¹⁸⁷¹ CA Paris, 19 avril 1975, *S.* 1876, II, p. 119.

506. La théorie jurisprudentielle des bases essentielles. Dès 1893, la Cour de cassation¹⁸⁷² consacra ensuite explicitement la théorie des bases essentielles qui consistait à distinguer les dispositions statutaires qui ont déterminé le consentement des associés lors de leur adhésion à la société des dispositions secondaires. Alors que les premières constituaient les bases essentielles du pacte social et échappaient donc à la compétence de l'assemblée générale extraordinaire, les secondes entraient dans son champ de compétence et pouvaient donc être prises à la majorité. Parmi les bases essentielles figuraient notamment le principe de l'égalité entre actionnaires, le maintien de l'objet, le droit pour l'actionnaire de ne pas être dessaisi de sa part, la limitation de l'engagement de l'actionnaire au montant nominal de son action et le maintien de l'indépendance de la société qui ne pourra fusionner avec une autre¹⁸⁷³.

Nombre d'auteurs ont cependant rapidement dénoncé le caractère impraticable et artificiel de la distinction. Comment distinguer en effet ce qui a déterminé le consentement de chacun ? Plus encore, comment admettre que certaines clauses du pacte social doivent être considérées comme secondaires¹⁸⁷⁴ ?

507. La délimitation légale du pouvoir majoritaire. La loi du 22 novembre 1913 relatives aux sociétés par actions clarifia finalement et définitivement le champ de compétence de l'assemblée générale extraordinaire. Depuis un siècle, la majorité qualifiée a toute latitude pour modifier les dispositions statutaires¹⁸⁷⁵, y compris celles portant sur l'objet et la forme de la société¹⁸⁷⁶. Quant aux lois postérieures, elles n'ont fait que conforter la toute puissance de

¹⁸⁷² Cass. civ., 30 mai 1893, *D.* 1893, I, p. 105, note E. Thaller.

¹⁸⁷³ En parallèle, la doctrine développait la théorie des droits propres, v. *supra*, n° 129.

¹⁸⁷⁴ J. du Garreau de la Méchenie, *Les droits propres de l'actionnaire*, thèse Poitiers, 1937, n° 13, p. 19 : « *Nul ne peut sans témérité soutenir que seules telles ou telles clauses ont été déterminantes. Il y a là une fragmentation du contrat au moins arbitraire. Le consentement n'est pas divisible : c'est en bloc que l'on accepte les conditions d'un contrat, et les contractants doivent respecter l'ensemble même de ces clauses* » ; C. Cluzant, *Pouvoirs de l'assemblée extraordinaire de la société par actions et les droits propres de l'actionnaire*, thèse Toulouse, 1906, n° 3, p. 5. J. du Garreau de la Méchenie, *Les droits propres de l'actionnaire*, thèse Poitiers, 1937, n° 15, p. 20 ; H. Lechner, *Les droits propres des actionnaires*, thèse Nancy, 1932, p. 20-21. La même critique avait été formulée en droit social qui lui aussi distinguait jusqu'en 1996 les modifications substantielles des modifications non substantielles et justifia que la jurisprudence lui substitua celle entre modification du contrat et changement des conditions de travail : v. par exemple, A. Cristau, *Droit du travail*, 10^e éd. HU droit, Hachette Supérieur, 2013-2014, n° 236.

¹⁸⁷⁵ Il n'y a que deux limites légales à son omnipotence : les engagements des associés et la nationalité de la société toujours soumis à l'unanimité des associés sous peine de nullité de la délibération. V. *supra*, n° 94.

¹⁸⁷⁶ La précision est importante puisque, pour certains auteurs, tels E. Thaller et A. Wahl, la modification de la forme et de l'objet de la société engendrait nécessairement un remplacement de l'ancienne société par une nouvelle personne morale et, pour cette raison, aucune modification de la forme et de l'objet ne pouvait être opérée.

l'assemblée générale extraordinaire. D'abord, la loi du 1^{er} mai 1930 interdit aux parties de restreindre le champ de compétence de l'assemblée générale extraordinaire des sociétés par actions. En conséquence, hormis la société par actions simplifiée pour laquelle les parties déterminent librement le mode de gestion de la société, il n'y a plus que dans les sociétés de personnes que la modification des statuts doit s'opérer à l'unanimité. Ensuite, l'ordonnance du 7 janvier 1959¹⁸⁷⁷ admit que la nationalité de la société puisse, à certaines conditions, être modifiée par l'assemblée générale extraordinaire. Partant, il ne reste donc plus que l'augmentation des engagements des associés qui requiert une décision unanime des associés. En somme, seul le contenu obligationnel échappe désormais et absolument au pouvoir de l'assemblée générale extraordinaire et, par suite, demeure seul soumis au principe d'immutabilité.

Curieusement, la jurisprudence n'a pas tout à fait suivi la même voie en droit commun des contrats.

2- En droit commun des contrats

508. Distinction selon le degré d'unilatéralisme. En droit commun des contrats, il importe de distinguer entre l'usage de l'unilatéralisme relatif qui autorise une demande unilatérale et l'unilatéralisme absolu qui, plus encore, admet une modification unilatérale. Alors qu'il n'y a pas lieu de limiter le domaine de l'unilatéralisme lorsque le consentement des parties demeure requis pour procéder à la modification proprement dite, il convient de se montrer plus réservé lorsqu'une partie peut, d'autorité, modifier le contrat.

509. La réforme attendue du droit des obligations. L'avant-projet de réforme du droit des obligations manifeste au demeurant ses réserves à l'égard de l'épanouissement du pouvoir unilatéral dans le contrat¹⁸⁷⁸. En effet, le principe est celui de la détermination bilatérale de l'objet de l'obligation (article 1121-3) et ce n'est que lorsque les contrats génèrent des obligations qui s'inscrivent dans la durée (article 1121-4) ou des obligations de faire (article 1121-5) que celles-

¹⁸⁷⁷ Ordonnance n° 59-123 du 7 janvier 1959.

¹⁸⁷⁸ B. Fauvarque-Cosson et D. Mazeaud, « L'avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription et les principes du droit européen des contrats : variations sur les champs magnétiques dans l'univers contractuel », *LPA*, 24 juillet 2006, n° 146, p. 3.

ci peuvent faire l'objet d'une détermination unilatérale par le créancier¹⁸⁷⁹. Cette prudence affichée par l'avant-projet de réforme de droit des obligations confirme le nécessaire encadrement dont le pouvoir unilatéral doit faire l'objet. Tel est encore le cas s'agissant de la finalité poursuivie par celui qui l'exerce.

B- UNE FINALITE CONTROLEE

510. Plus que le cantonnement du domaine de l'unilatéralisme, c'est le contrôle opéré sur sa finalité qui permet d'éviter le risque d'arbitraire et de sanctionner l'abus de pouvoir. A cet égard, la jurisprudence ne semble pas vouloir ériger l'atteinte à l'intérêt commun en critère décisif de l'abus de pouvoir. Que ce soit en droit des sociétés (1) ou en droit commun des contrats (2), d'autres éléments doivent être rapportés.

1- En droit des sociétés

511. Si l'atteinte à l'intérêt commun a été rapidement reconnue comme un critère constitutif de l'abus de majorité (a), elle n'a jamais constitué un critère suffisant (b).

a- L'atteinte à l'intérêt commun : un critère constitutif de l'abus de pouvoir

512. La nécessité d'un contrôle judiciaire de la finalité. La reconnaissance de l'unilatéralisme au sein de la société est directement liée à l'existence d'une communauté d'intérêts entre les associés. Si les majoritaires se sont vus octroyer un pouvoir unilatéral de décision par le législateur, c'est pour satisfaire une finalité précise : l'intérêt commun des associés¹⁸⁸⁰. La décision prise unilatéralement n'est légitime que si elle poursuit cette finalité¹⁸⁸¹.

¹⁸⁷⁹ Quoi qu'il en soit, les principes européens du droit des contrats accordent une place conséquente à l'unilatéralisme dans l'exécution du contrat. En effet, aux termes de l'article 6.105 de ces principes, un pouvoir unilatéral est non seulement reconnu en matière de prix, mais également s'agissant de tout autre objet du contrat. Aussi, pour certains auteurs, le droit français devrait-il s'en inspirer. V. D. Mazeaud, « La matière du contrat », in *Les concepts contractuels français à l'heure des principes du droit européen des contrats*, Dalloz, 2003, p. 81, spéc. p. 97 ; D. Mazeaud, « Regards positifs et prospectifs sur le nouveau monde contractuel », *LPA*, 7 mai 2004, n° 92, p. 47, spéc. p. 57.

¹⁸⁸⁰ J.-L. Rives-Lange, art. préc., spéc. p. 66.

Partant, il importe de vérifier que la modification statutaire adoptée par les majoritaires est conforme à cette dernière. Il est donc nécessaire de s'assurer que la finalité assignée à l'unilatéralisme n'a pas été détournée par les majoritaires à leur profit exclusif¹⁸⁸². Pour cette raison, la Cour de cassation a admis que la décision imposée aux minoritaires pouvait faire l'objet d'un contrôle *a posteriori* et, par suite, que les majoritaires pouvaient encourir une sanction pour abus de pouvoir¹⁸⁸³.

513. La compréhension de l'atteinte à l'intérêt commun. L'abus de majorité sera ainsi caractérisé toutes les fois que la résolution litigieuse aura été prise contrairement à l'intérêt général de la société et dans l'unique dessein de favoriser le groupe des actionnaires majoritaires¹⁸⁸⁴. On le voit, les majoritaires ne sont susceptibles d'être sanctionnés qu'autant qu'il existe une véritable rupture d'égalité entre les associés¹⁸⁸⁵. Pour que soit caractérisée l'atteinte à l'intérêt commun, il ne suffit donc pas que la modification statutaire déplaise ou même préjudicie aux minoritaires¹⁸⁸⁶. Il faut, de surcroît, que les majoritaires s'avantagent à leur détriment. Plus

¹⁸⁸¹ C'est précisément l'existence de cette finalité qui doit être recherchée par les majoritaires qui permet d'affirmer que ceux-ci ne sont pas titulaires d'un « droit » mais détenteurs d'un « pouvoir » de modification unilatérale. V. J.-L. Rives-Lange, art. préc., spéc. p. 66.

¹⁸⁸² X. Boucobza, « La loi de la majorité dans les sociétés de capitaux », in *Mél. AEDBF-France*, 2001, p. 45, spéc. p. 54 : il importe de s'assurer que l'associé majoritaire a fait usage de son pouvoir « dans un intérêt au moins partiellement distinct du sien » et a, donc, fait abstraction des intérêts concurrents qu'il est susceptible d'avoir en d'autres qualités (salarié, dirigeant ou actionnaire d'une autre société). V. P. Didier, « Théorie économique et droit des sociétés », in *Mél. A. Sayag, Droit et vie des affaires*, Litec, 1997, p. 227, spéc. p. 240.

¹⁸⁸³ Cass. com., 18 avril 1961, *Bull. civ. IV*, n° 175 ; *D.* 1961, p. 661, *JCP G* 1961, II, 12164, note D. B. V. déjà Cass. com., 6 février 1957, *Bull. civ. IV*, n° 48 ; *JCP G* 1957, II, 10325, note D. Bastian.

¹⁸⁸⁴ V. Cass. com., 30 mai 1980, *Bull. civ. IV*, n° 223 ; *Rev. soc.* 1981, p. 311, note D. Schmidt ; Cass. com., 23 janvier 1987, *Bull. civ. IV*, n° 160 ; Cass. com., 22 janvier 1991, *Bull. civ. IV*, n° 39 ; Cass. com., 30 novembre 2004, *Bull. Joly soc.* 2005, p. 241, note P. Le Cannu ; Cass. civ. 1^{ère}, 29 janvier 2007, *Dr. soc.* 2008, comm. 13, note J. Monnet ; B. Espesson-Vergeat, « La spécificité de la notion d'abus de droit en droit français des sociétés », in *L'abus de droit, comparaisons franco-suisses*, Publ. de l'Université de Saint-Etienne, 2001, sous la dir. de P. Ancel, G. Aubert et C. Chappuis, p. 131, spéc. p. 133.

¹⁸⁸⁵ Soulignons néanmoins qu'une rupture d'égalité ne dessert pas nécessairement l'intérêt commun et pourra donc être souhaitée et votée par l'ensemble des associés. Ainsi qu'a pu le souligner le Professeur Dominique Schmidt, (« L'intérêt commun des associés », *Rev. dr. banc.* 1994, n° 45, p. 204) à propos de la suppression du droit préférentiel de souscription au profit d'une ou plusieurs personnes déterminées ou de la création d'actions privilégiées réservées à certains actionnaires : « dans tous les cas, la rupture d'égalité est consommée, mais elle est voulue car les associés estiment que les faveurs ainsi consenties contribuent au développement de la société et à l'enrichissement collectif, de sorte que la part qui reviendra à chacun sera plus importante que si ces faveurs avaient été refusées. Une rupture d'égalité peut servir l'intérêt de tous : l'inégalité acceptée manifeste la force de la communauté d'intérêt ».

¹⁸⁸⁶ V. par exemple Cass. civ. 1^{ère}, 10 septembre 2007, *Dr. soc.* 2008, comm. 45, note M.-L. Coquelet ou la décision précitée Cass. com., 18 avril 1961, *Bull. civ. IV*, n° 175 ; *D.* 1961, p. 661, *JCP G* 1961, II, 12164, note D. B. : en l'espèce, l'assemblée générale d'une société ayant décidé de nouveau le report du bénéfice de l'exercice antérieur, des actionnaires minoritaires avaient demandé l'annulation de la résolution arguant du fait que cette mise en réserve

encore, la jurisprudence exige que la rupture d'égalité soit délibérée ou, tout du moins, que les majoritaires aient eu conscience de s'avantager personnellement¹⁸⁸⁷. Une telle preuve sera bien souvent difficile à rapporter et elle ne sera pas de toute façon suffisante.

b- L'atteinte à l'intérêt commun : un critère insuffisant

514. Le cumul des critères. Si la preuve de l'atteinte délibérée à l'intérêt commun se révèle délicate à rapporter, elle n'est cependant pas la seule difficulté à laquelle les minoritaires vont se trouver confrontés. En effet, l'abus de majorité suppose que soit également caractérisée une atteinte à l'intérêt social comme en témoigne l'usage de la conjonction de coordination « et » entre les deux critères requis par la Cour de cassation¹⁸⁸⁸.

ne se justifiait pas en raison des réserves déjà constituées antérieurement. Certes, les demandeurs concédaient que « *cette mise en réserve, comme la plus grande partie des précédentes, ne trouvait pas d'autre explication que le désir de pourvoir à la marche et au développement dirigé de l'affaire sans recourir à une augmentation régulière de capital devenue indispensable* », mais ils faisaient valoir que « *cette pratique de mise en réserve masquait au public la situation florissante de la société, faussant ainsi le cours de l'action sur le marché* ». La Cour de cassation a cependant cassé l'arrêt d'appel et refusé de reconnaître l'abus de majorité car la décision ne révélait aucunement l'intention des majoritaires de favoriser leur intérêt au détriment de celui des minoritaires. En effet, la mise en réserve systématique que cherchait à contester les minoritaires engendrait des conséquences égales pour tous les actionnaires : aucun ne percevait de dividende et la valeur des titres augmentait dans une même proportion pour tous. Au demeurant, puisque la mise en réserve avait pour effet d'accroître la valeur des actions, et donc de réaliser l'objectif poursuivi par la société, la politique de thésaurisation pouvait même se révéler bénéfique pour les minoritaires. Dès lors, puisque l'on ne pouvait reprocher aux majoritaires d'avoir pris en considération leurs seuls intérêts, aucun abus ne pouvait être caractérisé. Cela ne signifie pas que l'atteinte à l'intérêt commun ne puisse jamais être caractérisée en cas de mise en réserve systématique. V. par exemple Cass. com., 6 juin 1990, *Bull. civ. IV*, n° 171 ; *Rev. soc.* 1990, p. 607, obs. Y. Chartier : la Cour de cassation a approuvé la Cour d'appel d'avoir considéré eu égard à l'ensemble des circonstances (réserves égales à 22 fois le capital, politique d'investissements inchangée, rémunération importante des deux associées majoritaires, investissements personnels du gérant au lieu et place de la société, restrictions statutaires pour la cession des parts à des tiers qui empêchaient une augmentation de la valeur des titres de manière égale) que les nouvelles mises en réserve « *ne répondaient ni à l'objet ni aux intérêts de la société et qu'elles avaient favorisé les associés majoritaires au détriment des associés minoritaires* ».

¹⁸⁸⁷ V. par exemple Cass. com., 29 mai 1972, *Bull. civ. IV*, n° 164 ; *Bull. Joly soc.* 1972, p. 563 : la Cour de cassation a caractérisé l'atteinte à l'intérêt des minoritaires puisque, alors que au sein de la société mère, tous les associés supportaient le poids de la prise en charge du passif d'une filiale, seuls les majoritaires en profitaient à travers la filiale.

¹⁸⁸⁸ En ce sens, v. M. Germain, « Les moyens de l'égalité des associés dans les sociétés par actions non cotées », in *Mél. P. Didier, Economica*, 2008, p. 189, spéc. p. 198 ; Y. Reinhard, « L'abus de droit dans le contrat de société », *JCP E, Cah dr. ent* 1998, p. 8, spéc. p. 9-10 ; A. Pirovano, « La boussole de la société. Intérêt commun, intérêt social, intérêt de l'entreprise ? », *D.* 1997, chron. p. 189, spéc. p. 194. Un arrêt de la Cour d'appel de Paris (CA Paris, 7 novembre 1972, *JCP G* 1973, II, 17448) avait cependant semblé semer le doute en énonçant que « *les décisions des assemblées générales des sociétés peuvent être annulées pour abus lorsqu'elles ont été prises sans égard pour l'intérêt de la société mais uniquement en vue de favoriser l'intérêt d'un associé ou d'un groupe d'associés majoritaires au détriment des membres de la minorité* ». La conjonction de coordination « mais » employée dans cet arrêt pouvait laisser penser que les deux conditions se confondaient et n'en formaient en réalité qu'une. V. G. Sousi, *L'intérêt social dans le droit français des sociétés commerciales*, thèse Lyon 3, 1974, n° 326, p. 317.

515. L'appréciation stricte de l'atteinte à l'intérêt social. S'il est permis de penser que l'atteinte à l'intérêt commun est strictement appréciée¹⁸⁸⁹, l'atteinte à l'intérêt social semble l'être davantage encore¹⁸⁹⁰. Parce qu'elle doit être manifeste, elle nécessite une « *perte de substance de l'actif social, sans contrepartie* »¹⁸⁹¹. Tel sera le cas lorsque les majoritaires décideront un paiement anormal ou le transfert de l'actif social dans une autre société, sans obligation ni contrepartie. Dans la mesure où l'atteinte à l'intérêt social ne sera caractérisée qu'autant que la décision n'entretient aucun rapport avec l'intérêt social¹⁸⁹², le juge pourra peu s'immiscer dans la loi des parties¹⁸⁹³.

516. Appréciation critique. Exigeant de manière cumulative ces deux critères, une décision pourra demeurer alors même qu'elle attente aux seuls intérêts des minoritaires¹⁸⁹⁴. En conséquence, ne conviendrait-il pas d'abandonner le critère relatif à la contrariété à l'intérêt social pour ne conserver que celui relatif à la lésion des intérêts minoritaires¹⁸⁹⁵ ou d'admettre, à tout le moins, leur caractère alternatif¹⁸⁹⁶ ? L'autonomisation de la condition relative à l'atteinte à

¹⁸⁸⁹ B. Espesson-Vergeat, « La spécificité de la notion d'abus de droit en droit français des sociétés », in *L'abus de droit, comparaisons franco-suisse*, Publ. de l'Université de Saint-Etienne, 2001, sous la dir. de P. Ancel, G. Aubert et C. Chappuis, p. 131, spéc. p. 133.

¹⁸⁹⁰ En ce sens, v. I. Rohart-Messenger, « A propos des conflits d'intérêts dans les sociétés », *LPA*, 8 avril 2008, n° 71, p. 14.

¹⁸⁹¹ J.-L. Rives-Lange, « L'abus de majorité », in *La loi de la majorité*, *RJC* n° spécial, 1991, p. 65, spéc. p. 67.

¹⁸⁹² La contrariété même manifeste à l'intérêt social n'est d'ailleurs pas toujours suffisante à admettre l'abus de majorité dès lors que la décision peut se justifier au regard de l'intérêt du groupe. V par exemple Cass. com., 21 octobre 1974, *Bull. civ. IV*, n° 257 ; *RJC* 1975, p. 387, note Y. Chartier ; *Contra* : CA Paris, 22 mai 1965, *D.* 1968, p. 174, obs. R. Contin. Toutefois, la solution est déjà ancienne et demeurée isolée.

¹⁸⁹³ D. Tricot, « Abus de droits dans les sociétés, abus de majorité et abus de minorité », *RTD com.* 1994, p. 617, spéc. p. 623.

¹⁸⁹⁴ V. par exemple Cass. com., 4 octobre 1994, *Bull. civ. IV*, n° 278 ; *Dr. soc.* 1994, comm. 207, note H. Le Nabasque : en l'espèce, les majoritaires avaient décidé de faire supporter à la société le coût d'acquisition de nouveaux locaux qui avaient vocation à devenir au terme d'une opération de crédit-bail la propriété d'une SCI constituée uniquement entre les associés majoritaires. La décision portait incontestablement atteinte à l'intérêt commun des associés en favorisant les majoritaires au détriment des minoritaires. Pourtant et confirmant la décision d'appel, la Cour de cassation a refusé d'admettre l'abus de majorité car, l'activité de la société ayant augmenté, la décision ne se révélait pas contraire à l'intérêt social.

¹⁸⁹⁵ En ce sens, v. D. Schmidt, *Les droits de la minorité dans la société anonyme*, Sirey, 1969, n° 191 et s. ; D. Schmidt, *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme*, éd. Joly, 2004, n° 319 et s. ; Y. Reinhard, art. préc., spéc. p. 9 : le critère de la contrariété à l'intérêt social ne constitue qu'un prétexte pour le juge pour s'immiscer dans la gestion des majoritaires.

¹⁸⁹⁶ Cela avait été suggéré lors des travaux préparatoires sur les sociétés commerciales. V. D. Vidal, *Droit des sociétés*, 7^e éd., LGDJ, 2010, n° 737.

l'intérêt commun permettrait sans aucun doute de renforcer la protection des minoritaires contre l'arbitraire des majoritaires¹⁸⁹⁷. Un même regret peut être formulé en droit commun des contrats.

2- En droit commun des contrats

517. Si l'atteinte à l'intérêt commun est *a priori* nécessaire pour admettre un abus de pouvoir (a), elle ne semble pas davantage ici constituer un critère suffisant (b).

a- L'atteinte à l'intérêt commun : un critère constitutif de l'abus de pouvoir

518. **La nécessité d'un contrôle judiciaire de la finalité.** La consécration de l'unilatéralisme en droit commun des contrats est concomitante à la reconnaissance d'un intérêt ou d'un objectif commun dans le contrat¹⁸⁹⁸. Comme en matière sociétaire, si la jurisprudence a finalement octroyé à une partie un pouvoir unilatéral de modification du contrat en cours d'exécution, c'est pour que celle-ci satisfasse l'intérêt ou l'objectif contractuel commun. La partie détentrice du pouvoir unilatéral est ainsi amenée à prendre en considération l'intérêt de l'autre pour garantir l'efficacité durable du contrat. Le contrat ne peut prétendre durer que s'il réalise un équilibre entre les différents intérêts. Toutefois, davantage qu'en matière sociétaire, il existe un important risque d'usage arbitraire du pouvoir. En effet, au moins dans les contrats-échange *stricto sensu* ou les contrats-échange d'intérêt commun, les parties ne sont pas animées d'un intérêt identique. Il apparaît donc indispensable de vérifier que la finalité assignée à l'unilatéralisme ait bien été respectée et de s'assurer que la partie n'ait pas fait usage de son pouvoir pour servir son seul intérêt personnel.

Pour cette raison, tout en consacrant le pouvoir unilatéral de fixation du prix en 1995, la Cour de cassation a admis le contrôle de son usage abusif sur les fondements cumulés des articles 1134 et 1135 du Code civil. Ainsi, si la jurisprudence a accepté de soustraire le contrat à un contrôle *a priori* lors de la formation du contrat, elle n'entend pas pour autant abandonner tout contrôle. En déplaçant le contrôle lors de la phase d'exécution du contrat, la Cour de cassation

¹⁸⁹⁷ A. Pirovano, « La boussole de la société. Intérêt commun, intérêt social, intérêt de l'entreprise ? », *D.* 1997, chron. p. 189, spéc. p. 194.

¹⁸⁹⁸ En ce sens, v. J. Rochfeld, « Les modes temporels d'exécution du contrat », *RDC* 2004, p. 47, spéc. p. 65-66.

sanctionne les abus avérés et se livre à une appréciation réaliste et dynamique des éventuels dévoiements contractuels¹⁸⁹⁹.

519. La compréhension de l'atteinte à l'intérêt commun. Si la Cour de cassation a mentionné à plusieurs reprises que l'abus devait être admis lorsque le détenteur du pouvoir s'était octroyé un « profit illégitime »¹⁹⁰⁰, elle n'en livre aucun contours précis.

Puisque l'unilatéralisme a pour finalité la satisfaction de l'intérêt commun, le profit illégitime devrait exister dès lors que se trouve caractérisée une rupture de l'intérêt commun, c'est-à-dire dès lors que le détenteur du pouvoir n'a pris en considération que ses seuls intérêts personnels dans la fixation du prix au mépris de ceux de son cocontractant¹⁹⁰¹. Les articles 1135 et 1134, alinéa 3, du Code civil visés par la Cour de cassation confortent l'affirmation¹⁹⁰². Celui qui méprise les intérêts de son cocontractant agit assurément en violation de son obligation de coopération et doit donc être sanctionné. En témoigne un arrêt¹⁹⁰³ rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation en matière de contrat de concession automobile. En l'espèce, la Cour de cassation a considéré qu'un concédant avait abusé de son pouvoir de fixer unilatéralement le prix de vente de voitures au motif que, dans une conjoncture très délicate pour le marché de l'automobile, le concédant avait imposé des sacrifices en termes de prix à ses concessionnaires, et ce d'autant que l'un d'eux avait été mis en liquidation judiciaire, et que lui-même réalisait dans le même temps d'importants profits. La rupture de l'intérêt commun était donc pleinement rapportée puisque le concédant n'avait pas procédé à une répartition des profits et des pertes conformément à l'équilibre contractuel initial et avait ainsi usé de son pouvoir pour servir ses seuls intérêts. Cet arrêt est cependant assez isolé. En effet, la jurisprudence se montre

¹⁸⁹⁹ D. Mazeaud, « La matière du contrat », in *Les concepts contractuels français à l'heure des principes du droit européen des contrats*, Dalloz, 2003, p. 81, spéc. p. 97 : si « le contractant dépendant n'est plus protégé contre le pouvoir solitaire de son partenaire, il l'est, et c'est bien là l'essentiel, contre l'exercice arbitraire d'un tel pouvoir ».

¹⁹⁰⁰ CA Paris, 14 novembre 1997, *Lettre distrib.*, décembre 1997, p. 3 ; Cass. civ. 1^{ère}, 29 novembre 1994, *Bull. civ. I.* n° 348, *JCP G* 1995, II, n° 22371, note J. Ghestin.

¹⁹⁰¹ T. Revet, « La détermination unilatérale de l'objet dans le contrat », in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, sous la dir. de C. Jamin et D. Mazeaud, Economica, 1999, p. 31, spéc. p. 42 ; D. Bureau et N. Molfessis, « Les arrêts de l'assemblée plénière de la cour de cassation en matière de détermination du prix dans les contrats », *LPA*, 27 décembre 1995, n° 155, p. 11, spéc. p. 20. Ce n'est donc pas seulement l'intention de nuire qui doit être sanctionnée mais l'égoïsme du détenteur du pouvoir. V. D. Bureau et N. Molfessis, art. préc., spéc. p. 20.

¹⁹⁰² T. Revet, « La détermination unilatérale de l'objet dans le contrat », in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, sous la dir. de C. Jamin et D. Mazeaud, Economica, 1999, p. 31, spéc. p. 42.

¹⁹⁰³ Cass. com., 15 janvier 2002, pourvoi n° 99-21172 ; *D.* 2002, jurisp. p. 1974, note P. Stoffel-Munck ; *D.* 2002, somm. p. 2841, note D. Mazeaud.

en général particulièrement exigeante et n'accepte de caractériser l'abus qu'en présence d'un faisceau d'indices : comportement du contractant et considérations économiques¹⁹⁰⁴.

En définitive, il conviendrait de caractériser l'abus dans la fixation du prix dans deux hypothèses : la première, lorsque le contractant à qui s'impose la fixation unilatérale du prix voit son activité mise en péril et perd donc tout intérêt au contrat ; la seconde, lorsqu'un prix excessif ou supérieur au marché a été fixé sans justification objective. En outre et afin de faciliter la preuve de l'abus¹⁹⁰⁵, il importerait sans doute d'inverser la charge de la preuve et de contraindre à la motivation celui qui détermine unilatéralement le prix¹⁹⁰⁶. Cela reviendrait à exiger de lui qu'il démontre, spontanément ou à la demande de son cocontractant, l'exercice légitime de son pouvoir unilatéral¹⁹⁰⁷. La jurisprudence n'abonde-t-elle d'ailleurs pas dans ce sens ? Elle a en effet récemment décidé en matière de contrat de bail commercial que l'augmentation du prix du loyer par la bailleuse, parce qu'elle était justifiée par une augmentation de ses charges financières, n'était pas constitutive d'un abus¹⁹⁰⁸. *A contrario*, le fait de ne pouvoir justifier objectivement une fixation ou une augmentation excessive ou supérieure au prix du marché ne devrait-il pas faire présumer l'existence d'un abus ?

Quoi qu'il en soit, à l'instar du droit des sociétés, la jurisprudence a estimé insuffisant la preuve d'une atteinte à l'intérêt commun.

b- L'atteinte à l'intérêt commun : un critère insuffisant

520. Le cumul des critères. Comme en matière sociétaire, si l'atteinte à l'intérêt commun est nécessaire à la reconnaissance de l'abus de pouvoir, elle ne constitue cependant plus un critère

¹⁹⁰⁴ Deux arrêts seulement ont semblé retenir l'abus : CA Versailles, 27 janvier 2000, *RTD civ.* 2000, p. 570, obs. J. Mestre et B. Fages ; CA Paris, 19 mai 2000, *RTD civ.* 2000, p. 570, obs. J. Mestre et B. Fages.

¹⁹⁰⁵ C. Jamin, « Les apports au droit des contrats-cadre », *RTD com.* 1997, p. 19, spéc. p. 30 et s.

¹⁹⁰⁶ T. Revet, « L'obligation de motiver une décision contractuelle unilatérale, instrument de vérification de la prise en compte de l'intérêt de l'autre partie », *RDC* 2004, p. 279 ; T. Revet, « La détermination unilatérale de l'objet dans le contrat », in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, sous la dir. de C. Jamin et D. Mazeaud, *Economica*, 1999, p. 31, spéc. p. 43 ; v. cependant D. Ferrier, « Une obligation de motiver ? », *RDC* 2004, p. 2 et s. qui émet une opinion plus controversée. L'avant-projet Catala requiert une telle motivation : l'article 1121-4 dispose que le maître du prix est tenu « d'en justifier le montant à première demande du débiteur faite par écrit avec avis de réception ».

¹⁹⁰⁷ G. Wicker, « Force obligatoire et contenu 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. 151, spéc. p. 172.

¹⁹⁰⁸ Cass. com., 19 juin 2007, pourvoi n° 05-20486.

suffisant. Par une décision rendue le 30 juin 2004¹⁹⁰⁹, la Cour de cassation a en effet expressément exigé que soit démontrée de surcroît l'impossibilité de ne pas subir le prix fixé unilatéralement. En l'espèce, la Cour a ainsi estimé que puisque la cocontractante était libre de ne pas reconduire son contrat de location de coffre-fort, l'abus ne pouvait être caractérisé, quand bien même l'augmentation du prix apparaissait excessive et n'était pas justifiée de manière objective par la banque bailleresse. Partant, le cocontractant qui subit la fixation unilatérale du prix doit démontrer, d'une part, la négation de son intérêt et, d'autre part, son impossibilité à échapper au prix unilatéralement fixé¹⁹¹⁰.

¹⁹⁰⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 30 juin 2004, *Bull. civ.* I, n° 190 ; *D.* 2005, jurisp. p. 1828, note D. Mazeaud ; *RTD civ.* 2004, p. 749, obs. P.-Y. Gautier ; *RTD civ.* 2004, p. 126, obs. J. Mestre et B. Fages ; *RDC* 2005, p. 275, obs. P. Stoffel-Munck.

¹⁹¹⁰ L'abus ne saurait donc exister que dans les seuls contrats à durée déterminée. V. C. Jamin, « Le renouveau des sanctions contractuelles : pot pourri introductif », in *Le renouveau des sanctions contractuelles*, Economica, 2007, p. 3, spéc. p. 13. Pourtant, cette seconde condition ne devient légitime que si la liberté de subir le prix est appréciée, non pas seulement en droit, mais également en fait. En matière de distribution, le cocontractant ne doit être considéré comme libre de ne pas subir le prix que si la fin de la relation contractuelle n'entraîne pas celle de son activité professionnelle. En ce sens, v. C. Aubert de Vincelles, « Pour une généralisation encadrée, de l'abus dans la fixation du prix », *D.* 2006, chron. p. 2629, spéc. p. 2634-2635.