

## LA RECHERCHE DE LA PERENNITE CONTRACTUELLE PAR LE JUGE

522. Réalisant que nombre de contrats à l'instar de la société sont porteurs d'un intérêt propre dont la sauvegarde doit être assurée (Section 1), le juge s'est progressivement dessiné un « *nouveau profil* »<sup>1911</sup>. C'est ainsi que de simple interprète de la volonté des parties, le juge est peu à peu devenu réalisateur de la pérennité contractuelle<sup>1912</sup> (Section 2).

### SECTION 1 L'INTERET CONTRACTUEL AU SERVICE DE LA PERENNITE CONTRACTUELLE

523. Longtemps conçu comme la chose des seules parties, le contrat ne pouvait être doté d'un intérêt propre. Toutefois, en raison de la valeur patrimoniale qu'il est susceptible de revêtir, le contrat s'est finalement vu doté d'un intérêt qui transcende celui des parties et conduit à rechercher sa pérennité. Traditionnellement reconnu en droit des sociétés (§1), le droit commun des contrats semble également progressivement reconnaître l'existence d'un intérêt contractuel digne de protection (§2).

#### §1 LA RECONNAISSANCE TRADITIONNELLE DE L'INTERET SOCIAL

524. Bien que visé par quelques dispositions<sup>1913</sup>, l'intérêt social ne fait cependant l'objet d'aucune définition légale. Il semble cependant possible de soutenir qu'il se distingue de l'intérêt commun des associés (A) et s'identifie à la pérennité de la société (B).

---

<sup>1911</sup> S. Rozès, « Un profil nouveau pour les juges », in *Mél. R. Perrot, Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ?*, Dalloz, 1996, p. 435, spéc. p. 441 : « *Que ce soit par l'intermédiaire de la spécialisation de ses fonctions ou par un effet de l'évolution normale de la société dont il est à la fois un reflet et un censeur, le juge du troisième millénaire sera très différent de ses aînés. Il occupe déjà dans cette société une place qui ne peut que l'inciter à intervenir davantage, certes pour dire le droit, mais aussi pour régler concrètement des situations conflictuelles dont les enjeux sont graves et aigus* ». V. J. Déprez, « A propos du rapport annuel de la Cour de cassation, « sois juge et tais-toi » », *RTD civ.* 1978, p. 503

<sup>1912</sup> A.-S. Lavefve Laborderie, *La pérennité contractuelle*, LGDJ, 2005, préf. C. Thibierge, n° 271, p. 162 : « *la pérennité contractuelle se réalise grâce à une pluralité d'acteurs, ce qui semble contredire le principe de la force obligatoire envisagé par la théorie classique du contrat* ».

<sup>1913</sup> L'intérêt social n'a commencé à apparaître dans les textes qu'à partir du décret loi du 8 août 1935 relatif aux délits d'abus de biens et de crédits sociaux. V. J. Shapira, « L'intérêt social et le fonctionnement de la société anonyme », *RTD* 1971, p. 957, spéc. p. 958. Le législateur dispose que le gérant doit agir ou faire tous actes de gestion dans l'intérêt de la société (article 13 de la loi du 24 juillet 1966 pour les SNC et articles 24 et 49 de cette loi

## A- L'AUTONOMISATION DE L'INTÉRÊT SOCIAL

**525. La prétendue assimilation de l'intérêt social à l'intérêt commun.** A suivre les volontaristes, le contrat n'a vocation qu'à satisfaire les intérêts des parties. La société étant considérée par le législateur comme un contrat, l'intérêt social doit alors nécessairement s'entendre de l'intérêt commun qu'ont les associés à se partager le bénéfice social<sup>1914</sup>. Et la confusion entre intérêt commun et intérêt social est au demeurant d'autant plus permise que l'article 1833 du Code civil dispose que la société doit être constituée dans l'intérêt commun des associés et que la société doit être gérée dans l'intérêt commun des associés.

**526. Appréciation critique.** Cette confusion d'intérêts a longtemps dominé et a même connu un nouvel essor lors de la consécration de la société par actions simplifiée<sup>1915</sup>. Pourtant, elle ne semble pas correspondre à la volonté du législateur. Pourquoi, sinon aurait-il désigné sous deux vocables différents une même idée ? En outre, si l'article 1833 du Code civil dispose que la société doit être constituée dans l'intérêt commun des associés, il n'entend en réalité proscrire que la rupture d'égalité de traitement et non la prise en considération d'autres intérêts<sup>1916</sup>. La dissociation entre intérêt social et intérêt commun semble au reste être corroborée par la jurisprudence qui requiert chacun d'eux afin de pouvoir caractériser l'abus de majorité ou qui accepte de sanctionner l'abus de bien social au nom d'une atteinte à l'intérêt social alors même que les associés auraient approuvé cette atteinte<sup>1917</sup>. Cela démontre bien sa volonté de protéger l'intérêt même de la société distinct de celui des associés<sup>1918</sup>.

---

pour les commandites et les SARL, article 1848 du Code civil pour les sociétés civiles) et également que le gérant ne doit pas faire de mauvaise foi des biens ou du crédit de la société un usage qu'il sait contraire à l'intérêt de celle-ci (article L. 241-3 du Code de commerce pour les SARL et article L. 242-6 du même Code pour les SA).

<sup>1914</sup> En chef de file de cette conception : D. Schmidt, « De l'intérêt social », *JCP E* 1995, I, 38, p. 361 ; v. en ce sens, C. Neuville, « La position des acteurs de la vie économique sur l'intérêt social », *Droit et patr.* avril 1997, p. 48.

<sup>1915</sup> D. Poracchia, « Le rôle de l'intérêt social dans la société par actions simplifiée », *Rev. soc.* 2000, p. 224. Cette conception a été retenue dans des thèses récentes, v. J.-F. Hamelin, *Le contrat-alliance*, Economica, 2012, préf. N. Molfessis, n° 157, p. 109.

<sup>1916</sup> P. Bezard, « La position des acteurs de la vie économique sur l'intérêt social », *Droit et patr.* avril 1997, p. 53, spéc. p. 53.

<sup>1917</sup> Cass. crim., 12 décembre 1994, *Bull. Joly soc.* 1995, p. 427.

<sup>1918</sup> Pour une analyse plus nuancée, v. A. Dekeuwer, « Les intérêts protégés en cas d'abus de biens sociaux », *JCP E* 1995, I, 500, p. 421.

S'il semble donc opportun de distinguer intérêt de la société et des associés<sup>1919</sup>, il convient en revanche d'assimiler le premier à la pérennité de la société.

## **B- L'IDENTIFICATION DE L'INTÉRÊT SOCIAL À LA PÉRENNITÉ DE LA SOCIÉTÉ**

**527. Les contours équivoques de l'intérêt de la société.** A l'instar de l'école de Rennes, on peut d'abord soutenir que l'intérêt social correspond à celui de l'entreprise, c'est-à-dire non seulement à l'intérêt des associés mais également à celui des créanciers, des salariés, de l'administration fiscale, des fournisseurs et des clients<sup>1920</sup>. Plus qu'un contrat, la société apparaît comme une institution et, plus précisément, une technique juridique d'organisation de l'entreprise. En conséquence, son intérêt ne saurait être autre que celui de l'entreprise. Toutefois, hormis l'arrêt Fruehauf<sup>1921</sup> dont le contexte politique pouvait justifier la prise en compte d'intérêts tiers<sup>1922</sup>, la jurisprudence ne semble pas avoir retenu une conception aussi élargie de l'intérêt social.

Ensuite, l'intérêt social peut être compris comme celui de la société elle-même. Distinct et supérieur à celui des membres qui la composent<sup>1923</sup>, il ne constitue pas une addition des différents intérêts en cause mais les transcende. Cette conception de l'intérêt social s'accorde parfaitement avec l'idée selon laquelle, dès son immatriculation, la société devient une personne morale qui échappe alors en partie aux associés pour devenir un sujet de droit autonome<sup>1924</sup>.

**528. Le contenu de l'intérêt de la société.** Toutefois, la société personne morale n'étant que le fruit d'une construction intellectuelle, elle ne peut faire valoir et exprimer elle-même son intérêt personnel<sup>1925</sup>. Partant, il importe de clairement identifier cet intérêt de la société qui dépasse tous les autres. A notre sens, il convient de l'assimiler à la pérennité de la société afin de satisfaire l'ensemble des intérêts en jeu. D'abord, celui des associés puisque la pérennité de la

---

<sup>1919</sup> En ce sens, v. A. Constantin, « L'intérêt social : quel intérêt ? », in *Mél. B. Mercadal*, éd. Lefebvre, 2002, p. 317, spéc. p. 336 et 337.

<sup>1920</sup> C. Bailly-Masson, « L'intérêt social, une notion fondamentale », *LPA*, 9 novembre 2000, n° 224, p. 6, spéc. p. 9.

<sup>1921</sup> CA Paris, 22 mai 1965, *JCP G* 1965, II, 14274 bis, concl. Avocat Général Nepveu.

<sup>1922</sup> V. A. Pirovano, « La boussole de la société. Intérêt commun, intérêt social, intérêt de l'entreprise ? », *D.* 1997, chron. p. 189, spéc. p. 190.

<sup>1923</sup> M. Cozian, A. Viandier et F. Deboissy, *Droit des sociétés*, 26<sup>e</sup> éd. Litec, 2013, n° 398.

<sup>1924</sup> A. Constantin, « L'intérêt social : quel intérêt ? », in *Mél. B. Mercadal*, éd. Lefebvre, 2002, p. 317, spéc. p. 332 ; J. Mestre, « Réflexions sur les pouvoirs du juge dans la vie des sociétés », *RJC* 1985, p. 81, spéc. p. 81.

<sup>1925</sup> C. Lapp, « La nomination judiciaire des administrateurs de sociétés », *RTD com.* 1952, p. 769, spéc. p. 769.

société leur permet de poursuivre l'objet social ; ensuite, celui des créanciers puisque la pérennité de la société leur permet de poursuivre leurs relations contractuelles ; enfin, celui des salariés puisque la pérennité de la société leur permet de conserver leur emploi. Le rapport Vienot<sup>1926</sup> proposait d'ailleurs de définir l'intérêt social : « *comme l'intérêt supérieur de la personne morale elle-même, c'est-à-dire de l'entreprise considérée comme un agent économique autonome, poursuivant des fins propres distinctes notamment de celles de ses actionnaires, de ses salariés, de ses créanciers dont le fisc, de ses fournisseurs et de ses clients, mais qui correspondent à leur intérêt général commun, qui est d'assurer la prospérité et la continuité de l'entreprise* ». Promouvoir la pérennité de la société par le truchement de l'intérêt social présente donc l'avantage de joindre des intérêts distincts<sup>1927</sup>. C'est dire si la distinction entre les différentes conceptions de l'intérêt social se révèle somme toute relative<sup>1928</sup>. Puisque la recherche de l'enrichissement social réalise l'enrichissement de chacun des associés, elle s'accorde parfaitement avec la recherche de son efficacité durable. Dès lors, dissocier intérêt commun et intérêt social semble parfaitement inutile<sup>1929</sup>. En effet, à long terme, les associés verront eux aussi leur intérêt satisfait par une distribution prolongée de dividendes. En somme, protéger l'intérêt social revient à satisfaire leur intérêt médiat<sup>1930</sup>. Le juge l'a d'ailleurs parfaitement compris<sup>1931</sup> et ne se limite d'ailleurs pas au seul contrat de société<sup>1932</sup>.

## §2 LA RECONNAISSANCE RECENTE DE L'INTERET CONTRACTUEL

**529.** Si le contrat a longtemps été perçu comme appartenant exclusivement aux parties, on tend aujourd'hui à le personnifier (A) en raison de la valeur patrimoniale qu'il est susceptible de revêtir (B).

---

<sup>1926</sup> Rapport conjoint du CNPF et de l'AFEP sur le Conseil d'administration des sociétés cotées, éd. ETP, juillet 1995 ; v. en ce sens B. Field, « La position des acteurs de la vie économique sur l'intérêt social », *Droit et patr.* avril 1997, p. 48, spéc. p. 48 ; C. Bailly-Masson, « L'intérêt social, une notion fondamentale », *LPA*, 9 novembre 2000, n° 224, p. 6 et s.

<sup>1927</sup> C. Neuville, « La position des acteurs de la vie économique sur l'intérêt social », *Droit et patr.* avril 1997, p. 48, spéc. p. 48.

<sup>1928</sup> En ce sens, v. M. Germain, G. Ripert et R. Roblot, *Traité de droit commercial*, T. 1, vol. 2, *Les sociétés commerciales*, 20<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2011, n° 1056-60.

<sup>1929</sup> J. Paillusseau, *La société anonyme technique judiciaire d'organisation de l'entreprise*, thèse Paris, Sirey, 1970, p. 196.

<sup>1930</sup> En ce sens, v. Y. Guyon, *Droit des affaires*, T. 1, *Droit commercial général et sociétés*, 12<sup>e</sup> éd., Economica, 2003, p. 209 : « *l'intérêt des associés est que la société dure le plus longtemps possible* ».

<sup>1931</sup> J. Mestre, art. préc., spéc. p. 81.

<sup>1932</sup> S. Zeidenberg, *L'intérêt social, Etude du particularisme du contrat de société*, ANRT, 2004.

## A- LA PERSONNIFICATION DU CONTRAT

**530. La négation traditionnelle d'un intérêt contractuel.** Traditionnellement, le contrat se confond avec la personne même de ceux qui lui ont donné naissance. Partant, il n'est pas question de lui reconnaître un intérêt qui lui soit propre. Conçu en 1804 comme la chose des parties, le contrat voit son avenir dessiné par la volonté commune.

**531. L'émancipation du contrat.** Pourtant, nombre d'auteurs sonnent aujourd'hui le glas de cette conception purement volontariste du contrat : « *en s'inscrivant dans la durée, le contrat acquiert ainsi, à l'instar de la personne morale ou du couple, une existence propre par rapport à l'échange des volontés qui en signale la naissance* »<sup>1933</sup>. Libres d'abandonner leurs pourparlers, les contractants perdent en partie leur emprise une fois la décision prise de donner vie au contrat. S'ils peuvent orienter sa destinée, ils ne sont plus en droit de se l'approprier. Le contrat se personnifie et s'identifie à « *une construction, un objet juridique à part entière* »<sup>1934</sup>. En conséquence, il devient une entité suffisamment indépendante pour échapper aux parties. Se profile alors une nouvelle compréhension du contrat doté d'un intérêt autonome digne de protection et distinct de celui des parties.

## B- LA PATRIMONIALISATION DU CONTRAT

**532. L'accroissement des contrats de situation.** S'il est aujourd'hui possible de postuler l'existence d'un intérêt contractuel, c'est bien en raison de la valeur économique considérable que revêtent de nombreux contrats contemporains<sup>1935</sup>. D'un lien purement personnel, le contrat devient un bien incorporel<sup>1936</sup> dont la valeur patrimoniale justifie une protection renforcée<sup>1937</sup>.

---

<sup>1933</sup> H. Muir Watt, « Du contrat relationnel, Réponse à François Ost », in *La relativité du contrat, Travaux de l'Association Henri Capitant*, LGDJ, 1999, p. 169, spéc. p. 174 ; v. en ce sens B. Fages, « Nouveaux pouvoirs, Le contrat est-il encore la chose des parties ? », in *La nouvelle crise du contrat*, Dalloz, 2003, p. 153, spéc. p. 159-160 ; J. Mestre, « L'évolution du contrat en droit privé français », in *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, Journées R. Savatier, PUF, 1986, p. 41, spéc. p. 55.

<sup>1934</sup> B. Fages, art. préc., spéc. p. 159-160.

<sup>1935</sup> J. Mestre, art. préc., spéc. p. 56 ; P. Rémy, « Droit des contrats : questions positions, propositions », in *Le droit contemporain des contrats*, Journées R. Savatier, Poitiers, 1985, p. 103.

<sup>1936</sup> En ce sens, v. A. Ghozi, *La modification de l'obligation par la volonté des parties*, thèse Paris, LGDJ, 1980, préf. D. Tallon, n° 1, p. 3 ; C. Thibierge-Guelfucci, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *RTD civ.* 1997, p. 357, spéc. p. 364 ; L. Boyer, v° Contrats et conventions, in *Rép. civ.*, Dalloz, 1993, n° 42.

Nombreux sont aujourd'hui les contrats qui donnent naissance à une situation ou octroient à une entreprise ou un particulier les moyens de poursuivre son activité<sup>1938</sup>. Que l'on songe au contrat de concession, de distribution, de fourniture, de production, d'agent commercial, de franchise ou de bail, de leur pérennité dépend la plupart du temps la situation professionnelle ou humaine<sup>1939</sup>. La multiplication des contrats de situation et, à l'inverse, la raréfaction des contrats d'occasion<sup>1940</sup> autour desquels s'est édifiée la théorie générale des contrats imposent l'élaboration d'un nouveau corps de règles destiné à préserver la pérennité du contrat.

**533. L'appréhension juridique renouvelée du contrat.** Cette nouvelle compréhension du contrat trouve déjà quelques échos en droit positif. Sans compter les interventions législatives croissantes qui limitent le droit de rupture de certains contrats, la consécration jurisprudentielle de la cession de contrat de droit privé reflète une nouvelle acception du contrat. En effet, si la jurisprudence administrative a rapidement consacré ce mécanisme, le droit privé demeurait attaché au caractère interpersonnel du contrat. Dit autrement, alors que dominait en droit privé une conception purement volontariste du contrat, le juge administratif valorisait une conception institutionnelle et économique du contrat : « *Le droit administratif privilégiait la réalisation de l'objet du contrat là où, classiquement, le droit privé protégeait la volonté des parties* »<sup>1941</sup>. Aussi, par la consécration de la possibilité de céder un contrat de droit privé<sup>1942</sup>, même *intuitus*

---

<sup>1937</sup> Y. Guenzoui, *La notion d'accord en droit privé*, LGDJ, 2009, préf. C. Hannoun, n° 259, p. 263 : « donner un intérêt propre au contrat, c'est se soucier de sa survie, de son ensemble, plutôt que des éléments (l'intérêt de chaque partie) qui le composent ».

<sup>1938</sup> P. Durand, « La tendance à la stabilité du rapport contractuel », in *Etudes de droit privé* sous la dir. et préf. de P. Durand, LGDJ, 1960 : « les contrats sont tout autant que les brevets ou les marques un élément de richesse de l'entreprise, une valeur pour l'exploitation »

<sup>1939</sup> Certains contrats, tels le bail d'habitation et le contrat de travail, satisfont des besoins vitaux du contractant. V. M.-E. Pancrazi-Tian, *La protection judiciaire du lien contractuel*, PUAM, 1996, préf. J. Mestre, n° 2, p. 7.

<sup>1940</sup> Sur la distinction entre contrat d'occasion et contrat de situation, v. M. Cabrillac, « Remarques sur la théorie générale du contrat et les créations récentes de la pratique commerciale », in *Mél. G. Marty*, Univ. Toulouse, 1978, p. 235, spéc. p. 235 : les contrats de situation sont ceux qui sont « déterminants pour la vie d'une entreprise ou son niveau d'activité et sont par là même le plus souvent l'instrument d'une vassalité économique », alors que les contrats d'occasion sont ceux « qui correspondent à des opérations épisodiques qui ne mettent pas en jeu l'existence d'une entreprise » ; v. également D. Mainguy, « Remarques sur les contrats de situation et quelques évolutions récentes du droit des contrats », in *Mél. M. Cabrillac*, Litec, 1999, p. 165.

<sup>1941</sup> R. Noguellou, « La cession de contrat », *RDC* 2006, n° 3, p. 966 et s.

<sup>1942</sup> Cass. Com., 6 mai 1997, *Bull. civ.* IV, n° 117 et n° 118 ; R., p. 249 ; D. 1997, p. 588, note M. Billiau et C. Jamin ; D. Somm., p. 136, obs. H. Le Nabasque ; *Defr.* 1997, p. 977, note D. Mazeaud ; *JCP N* 1998, p. 770, obs. Izorche ; *Gaz. Pal.* 1998, 1, somm., p. 329, obs. S. Piedelièvre ; *CCC* 1997, n° 146, note L. Leveueur ; *RTD civ.* 1997, p. 936, obs. Mestre.

*personae*, la jurisprudence a-t-elle conforté l'appréhension patrimoniale du contrat<sup>1943</sup> et son émancipation vis-à-vis de ses fondateurs. Ce qui importe n'est donc plus tant le respect rigoureux de la volonté initiale des parties que la perpétuation du contrat sur lequel repose la situation des parties. On le voit, la société n'est assurément plus le seul contrat à bénéficier d'un rayonnement important. Il faut autant que possible rechercher sa pérennité pour que soit préservé l'ensemble des intérêts qui en dépendent<sup>1944</sup>. Plus que la pérennité du lien contractuel, c'est donc celle du contrat lui-même qui est recherchée<sup>1945</sup>. Ce changement de paradigme n'est pas sans conséquence sur l'office du juge. Comme en matière de société, le juge cesse d'être au seul service des parties pour se mettre à celui du contrat. En somme, son rôle ne se limite plus à interpréter la volonté commune des parties mais garantit désormais l'efficacité durable du contrat.

## SECTION 2 L'INTERET CONTRACTUEL GARANTI PAR L'IMMIXTION DU JUGE DANS LE CONTRAT

**534.** Traditionnellement, l'office du juge dans la société et dans les autres contrats est diversement apprécié. En matière sociétaire, l'ingérence judiciaire est acceptée par des associés qui se savent unis par un intérêt commun. En matière contractuelle, elle suscite la méfiance de parties qui poursuivent des intérêts distincts et souvent antagonistes. Cette différence de perception tend cependant aujourd'hui à s'estomper. Loin d'être destructrice, l'immixtion du juge permet en effet bien souvent de garantir l'efficacité durable du contrat et de réaliser son objet<sup>1946</sup>. Ainsi, si le juge a finalement accepté de prendre en charge l'intérêt contractuel (§1), il importe aujourd'hui qu'il aille plus loin encore (§2).

---

<sup>1943</sup> En ce sens, v. A.-S. Lavefve Laborderie, th. préc., n° 412 et s., p. 230 et s. ; C. Thibierge-Guelfucci, art. préc., spéc. p. 364.

<sup>1944</sup> J. Treillard, « De la suspension des contrats », in *La tendance à la stabilité du rapport contractuel*, sous la dir. et préf. de P. Durand, LGDJ, 1960, p. 59, spéc. p. 60 : « *Malgré le principe de l'effet relatif des conventions, il n'empêche que souvent les relations contractuelles ont des prolongements qui intéressent les tiers, plus ou moins directement. Tout contrat a un certain retentissement social. Sa disparition risque donc de provoquer des effets qui franchissent le cercle étroit des contractants pour frapper les tiers* ».

<sup>1945</sup> Sur la distinction entre pérennité du contrat et pérennité du lien contractuel, v. la thèse de M.-E. Pancrazi-Tian, th. préc., n° 10, p. 18-19.

<sup>1946</sup> En ce sens, v. J.-B. Seube, « La relativité de la distinction des contrats organisation et des contrats échange », in *Société et contrat, Journ. soc.* 2008, p. 38, spéc. p. 41.

## §1 UNE IMMIXTION EFFECTIVE

**535.** Afin de protéger l'intérêt contractuel, le juge a progressivement accepté de s'immiscer dans la loi des parties en droit des sociétés (A), puis en droit commun des contrats (B).

### A- EN DROIT DES SOCIETES

**536.** A suivre les volontaristes, la société a une nature contractuelle qui empêche le juge de se mêler de la gestion sociale et de se substituer aux organes sociaux<sup>1947</sup>. Or, la reconnaissance de l'existence d'un intérêt propre de la société distinct de celui des associés permet de revisiter la fonction traditionnelle du juge<sup>1948</sup>. En effet, parce qu'en charge de l'intérêt de la société, le juge peut s'octroyer le droit d'intervenir dans la vie sociale aux fins de protéger cet intérêt. Deux constructions prétorienne illustrent : la nomination d'un administrateur provisoire (1) et la sanction de l'abus de pouvoir (2).

#### 1- La nomination d'un administrateur provisoire

**537. Une consécration prétorienne.** Alors que les associés devraient être seuls compétents pour nommer les organes dirigeants de la société, le juge s'est rapidement arrogé<sup>1949</sup>, en l'absence de tout fondement légal, le pouvoir de nommer un administrateur provisoire en cas de conflits sociaux internes. Toutefois, conscient des critiques auxquelles il s'exposait en portant atteinte à la souveraineté des associés<sup>1950</sup>, le juge a circonscrit très précisément son champ d'action<sup>1951</sup>.

---

<sup>1947</sup> C. Gerschel, « Le principe de non-immixtion en droit des affaires », *LPA*, 30 août 1995, n° 104, p. 8.

<sup>1948</sup> J. Mestre, « Réflexions sur les pouvoirs du juge dans la vie des sociétés », *RJC* 1985, p. 81, spéc. p. 81.

<sup>1949</sup> V. not. B. Lyonnet, « L'administration judiciaire », *RJC* 1991, p. 241, spéc. p. 241-242.

<sup>1950</sup> C. Ruellan, « Les conditions de désignation d'un administrateur provisoire », *Dr. soc.* 2000, chron. 20, p. 4, spéc. p. 4.

<sup>1951</sup> CA Paris, 27 octobre 1999, *JCP E* 1999, pan. 1995 ; CA Toulouse, 13 septembre 1999, *Dr. soc.* 2000, comm. 44, comm. D. Vidal ; CA Paris, 22 novembre 1996, *Dr. soc.* 1997, comm. 47, note D. Vidal.



**538. La mise en péril de l'intérêt social, condition de la nomination.** En effet, c'est précisément la mise en péril de l'intérêt social, c'est-à-dire la mise en danger de la pérennité de la société, qui conditionne le dessaisissement des dirigeants statutaires. La jurisprudence exige de manière constante que soit caractérisé, d'une part, un fonctionnement irrégulier<sup>1952</sup>, voire anormal<sup>1953</sup> et, d'autre part, un péril imminent menaçant l'intérêt social<sup>1954</sup>. A bien y réfléchir, on peut établir une corrélation entre ces deux conditions puisque de la caractérisation de la première découle bien souvent la seconde. C'est parce que précisément la société fonctionne anormalement qu'elle se trouve mise en péril<sup>1955</sup>. Dès lors, cela signifie-t-il que l'on puisse se contenter de rapporter la preuve de la mise en péril ?

**539. La mise en péril de l'intérêt social, condition autonome ?** Certaines décisions sont allées dans ce sens. Tel était le cas de l'affaire Fruehauf dans laquelle la Cour d'appel a confirmé la nomination de l'administrateur provisoire au motif que la décision prise par le conseil d'administration conduisait nécessairement la société au dépôt de bilan et ce, alors même qu'était constaté le fonctionnement normal des organes sociaux. De même, la Cour d'appel de Paris a affirmé sa volonté d'autonomiser la condition relative à la mise en péril de l'intérêt social en ordonnant une mesure d'administration provisoire au seul motif que le désaccord entre les associés nuisait à l'image de marque de la société de haute couture et, par suite, portait atteinte à l'intérêt de la société<sup>1956</sup>.

---

<sup>1952</sup> V. par exemple CA Aix-en-Provence, 23 novembre 2007, *Dr. soc.* 2007, 16, note M.-L. Coquelet : la Cour d'appel a considéré que la mésentente même avérée ne suffisait pas à accéder à la demande de nomination de l'administrateur provisoire dès lors que les organes sociaux continuaient à se réunir régulièrement ; en ce sens, v. Cass. com., 6 février 2007, pourvoi n° 05-19008 ; Cass. com., 29 septembre 2009, pourvoi n° 08-19937 ; CA Paris, 23 mai 2008, *Dr. soc.* 2008, comm. 224, note R. Mortier : la demande de nomination d'un administrateur provisoire a été jugée recevable non pas en raison de la seule mésentente entre deux époux associés, mais parce qu'il existait un désaccord total persistant entre les époux possédant chacun la moitié des parts sociales et conduisant, par suite, à une situation de blocage.

<sup>1953</sup> La chambre commerciale semble admettre depuis un arrêt du 17 janvier 1989 (*Rev. soc.* 1989, p. 209, note Y. Guyon) qu'un fonctionnement anormal et non plus irrégulier suffise à permettre d'ordonner la mesure. Il en résulte un assouplissement sensible de cette première condition puisque le fonctionnement de la société peut être régulier, c'est-à-dire en conformité avec les exigences légales et statutaires, mais pourtant se révéler anormal.

<sup>1954</sup> V. par exemple Cass. com., 3 juillet 1984, *Bull. civ.* IV, n° 210 ; *Rev. soc.* 1985, p. 628, note P. Didier ; CA Paris, 5 novembre 1993, *Bull. Joly soc.* 1994, § 7, p. 59, note M. Germain ; Cass. com., 25 janvier 2005, pourvoi n° 00-22457 ; Cass. com., 6 février 2007, pourvoi n° 05-19.008, *Bull. Joly soc.* 2007, p. 690, note P. Scholer.

<sup>1955</sup> V. par exemple Cass. com., 24 mai 1994, *Bull. Joly soc.* 1994, § 211, p. 789.

<sup>1956</sup> CA Paris, 12 octobre 1989, *Bull. Joly* 1989, p. 965. D'autres décisions ont ultérieurement confirmé le caractère alternatif des deux conditions. V. CA Paris, 20 mars 2002, *Dr. soc.* 2003, comm. 1, note F. G. Trébulle : « *La nomination d'un administrateur provisoire n'est pas justifiée en l'absence de preuve d'irrégularités ou d'une situation financière compromettant sa pérennité* ».

**540. Appréciation critique.** Ces solutions révèlent sans aucun doute une volonté de renforcer la protection de l'intérêt social. Pour autant, il ne faudrait pas que, en son nom, le juge déroge trop souvent à la volonté des associés et impose ses propres choix quant à la politique sociale à mener<sup>1957</sup>. Ainsi que le souligne le Professeur Isabelle Rohart-Messager, « *la nomination d'un administrateur provisoire est une décision grave, susceptible d'obérer le crédit de la société, d'autant qu'elle est publiée* ». En conséquence, l'abandon de la condition relative au dysfonctionnement des organes sociaux<sup>1958</sup> n'est légitime que si la menace de l'intérêt social est suffisamment imminente et grave<sup>1959</sup>. En somme, la nomination de l'administrateur provisoire ne s'impose que lorsque la situation est telle que la société est vouée à disparaître<sup>1960</sup> ou conduite à supporter un préjudice extrêmement important<sup>1961</sup>. Tel est le cas lorsqu'un commissaire aux comptes dépose un rapport d'alerte concluant que la poursuite de l'entreprise est compromise<sup>1962</sup>. Tel ne l'est assurément pas lorsque la nomination vise à pallier la carence des organes sociaux dans l'exécution de leur devoir d'information à l'égard des actionnaires<sup>1963</sup>.

**541. L'extension de la condition relative au péril imminent.** L'élargissement de la condition relative au péril imminent ne doit pas, en revanche, être condamné<sup>1964</sup>. Pourquoi en effet attendre que l'intérêt social soit d'ores et déjà compromis pour tenter de remédier à la situation de crise ? Pourquoi se contenter de réagir au péril présent et ne pas vouloir anticiper le péril futur ? Il faut agir avant qu'il ne soit trop tard, lorsque le juge n'a d'autre choix que celui de prononcer la dissolution de la personne morale. L'intervention de l'administrateur provisoire est d'autant plus légitime que celle-ci n'a lieu que le temps du sauvetage de la société et se trouve

---

<sup>1957</sup> I. Rohart-Messager, « A propos des conflits d'intérêts dans les sociétés », *LPA*, 8 avril 2008, n° 71, p. 14, spéc. p. 14.

<sup>1958</sup> Les décisions récentes montrent que si la condition relative au fonctionnement irrégulier ou anormal des organes sociaux est parfois encore exigée, elle est cependant appréciée de manière très souple. La Cour de cassation n'exige plus une situation de blocage mais se contente d'un dysfonctionnement au sens large, telle « *une gestion opaque teintée de suspicion* ». V. CA Paris, 23 mai 2008, 2008, comm. 1, note R. Mortier.

<sup>1959</sup> C. Ruellan, art. préc., spéc. p. 5.

<sup>1960</sup> CA Paris, 5 septembre 1997, *Bull. Joly soc.* 1998, § 3, p. 18, note J.-J. Daigre.

<sup>1961</sup> CA Versailles, 18 juin 1998, *RTD com.* 1999, p. 124, obs. C. Champaud et D. Danet ; CA Aix-en-Provence, 8 décembre 1995, *JCP E* 1996, pan. 375.

<sup>1962</sup> CA Versailles, 1<sup>er</sup> octobre 1998, *Bull. Joly* 1999, § 11, p. 61, note P. Scholer.

<sup>1963</sup> CA Aix-en-Provence, 13 novembre 2007, *Dr. soc.* 2007, 16, note M.-L. Coquelet. Dans une telle hypothèse, le recours à d'autres mesures moins graves, telle l'expertise de gestion se révèle assurément plus opportun. En ce sens, v. M.-L. Coquelet, note sous CA Aix-en-Provence, 13 novembre 2007, *Dr. soc.* 2007, 16.

<sup>1964</sup> Cass. com., 26 avril 1982, *Bull. civ.* IV, n° 136 ; *Rev. soc.* 1984, p. 93, note J.-L. Sibon ; v. J. Cavallini, « Le juge des référés et les mandataires de justice dans les sociétés *in bonis* », *Rev. soc.* 1998, p. 247, spéc. p. 252.

scrupuleusement encadrée par le juge. Il n'y a donc là qu'un mandat temporairement délivré par le juge pour gérer la société et prendre les mesures permettant de résorber la crise sociale. Rien ne doit aller au-delà de ce qui est strictement utile pour garantir la pérennité de la société<sup>1965</sup>. En principe, donc, l'administrateur ne peut procéder à aucune aliénation de l'actif social<sup>1966</sup>, ni prendre des décisions relevant de la compétence des assemblées<sup>1967</sup>.

**542.** Si la nomination d'un administrateur provisoire constitue une première illustration de la protection de l'intérêt social, la sanction de l'abus de pouvoir en est une seconde, tout aussi convaincante.

## **2- La sanction de l'abus de pouvoir**

**543. La protection de l'intérêt social via l'abus de majorité.** La possibilité que s'est octroyée le juge de sanctionner l'abus de majorité a pour dessein principal de protéger les intérêts minoritaires<sup>1968</sup>. Pourtant, l'analyse de ses conditions révèle que là n'était cependant pas son seul objectif. En effet, la décision prise au détriment des majoritaires n'encourt l'annulation que si, de surcroît, la décision est jugée contraire à l'intérêt social. La préservation de la pérennité de la société fonde donc tout autant l'immixtion judiciaire dans la vie sociale. Preuve en est d'ailleurs que la société elle-même, et pas seulement les minoritaires, est en droit d'intenter l'action pour voir son propre préjudice réparé<sup>1969</sup>.

**544. Une protection relative.** Toutefois, les conditions de rupture d'égalité et de contrariété à l'intérêt social étant requises de manière cumulative, la protection de l'intérêt social ne peut être considérée comme le seul objectif prétorien<sup>1970</sup>. Or, ne devrait-on pas admettre que la

---

<sup>1965</sup> Y. Guyon, « Les missions des administrateurs provisoires de sociétés », in *Mél. D. Bastian*, T. 1, Librairies techniques, 1974, p. 103, spéc. p. 111 ; P. Merle, *Droit commercial, Sociétés commerciales*, 17<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2014, n° 658.

<sup>1966</sup> B. Lyonnet, art. préc., spéc. p. 262 ; C. Lapp, « La nomination judiciaire des administrateurs de sociétés », *RTD com.* 1952, p. 769, spéc. p. 789.

<sup>1967</sup> M. Cozian, A. Viandier, F. Deboissy, *Droit des sociétés*, 26<sup>e</sup> éd., Litec, 2013, n° 427.

<sup>1968</sup> P. Merle, *Droit commercial, Sociétés commerciales*, 17<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2014, n° 664 : « *L'élément essentiel de l'abus de majorité est la rupture intentionnelle d'égalité entre les actionnaires* ».

<sup>1969</sup> Cass. com., 21 janvier 1997, *Bull. civ. IV*, n° 26 ; *Rev. soc.* 1997, p. 527, note B. Saintourens ; *Bull. Joly soc.* 1997, p. 312, note P. Le Cannu.

<sup>1970</sup> V. *supra*, n° 421.

seule atteinte manifeste à l'intérêt social soit suffisante pour prononcer l'annulation de la décision<sup>1971</sup> ? Ce n'est pas la position de la jurisprudence. En témoigne encore un arrêt récent<sup>1972</sup> dans lequel la chambre commerciale a admis que la décision de mettre fin de manière anticipée à la société était constitutive d'un abus de majorité car elle avait été prise par le majoritaire dans l'unique dessein de porter atteinte à l'intérêt du minoritaire auquel il avait promis de racheter ses titres. On peut le regretter. Sans doute pourrait-on voir dans l'abandon de la condition relative à la rupture d'égalité un risque de substituer au gouvernement majoritaire un gouvernement judiciaire sur initiative minoritaire<sup>1973</sup>. Toutefois, le nombre dérisoire d'arrêts ayant retenu la contrariété de la décision à l'intérêt social témoigne de la sagesse des juges dans l'usage de leur pouvoir d'appréciation<sup>1974</sup>.

**545. La protection de l'intérêt social via l'abus de minorité.** En réalité, la volonté de s'immiscer dans la gestion sociale pour protéger l'intérêt social transparaît davantage encore au travers de l'abus de minorité<sup>1975</sup>. Consacré postérieurement à l'abus de majorité, l'abus de minorité réside dans « *l'attitude des minoritaires contraire à l'intérêt général de la société en ce qu'ils auraient interdit la réalisation d'une opération essentielle pour celle-ci, et dans l'unique dessein de favoriser leurs propres intérêts au détriment de l'ensemble des autres associés* »<sup>1976</sup>. Le plus souvent l'abus de minorité est invoqué lorsque les minoritaires s'opposent à une modification des statuts, notamment à une prorogation de la société ou à une augmentation de

---

<sup>1971</sup> C'est ce qu'avait laissé penser un arrêt rendu par la chambre commerciale le 22 avril 1976 (Cass. com., 22 avril 1976, *Gaz. Pal.* 1977, doct. p. 157, note M. Germain, *RJC* 1977, p. 93, note P. Merle, *Rev. soc.* 1976, p. 479, note D. Schmidt). La Cour de cassation avait considéré que l'atteinte à l'intérêt social était nécessaire sinon suffisait à caractériser l'abus. Mais d'aucuns n'y ont vu qu'un accident de parcours et la solution est, semble-t-il, restée isolée. Certains auteurs voient toutefois dans l'arrêt précité du 21 janvier 1997 de la chambre commerciale (*Rev. soc.* 1997, p. 527, note B. Saintourens ; *Bull. Joly soc.* 1997, p. 312, note P. Le Cannu) la confirmation d'un abandon de la condition tenant à la rupture d'égalité puisque le juge ne fait aucunement référence dans sa motivation aux avantages acquis par les majoritaires au détriment des minoritaires. V. G. Kengne, « Le rôle du juge en matière d'abus du droit de vote », *LPA*, 12 juin 2000, n° 116, p. 10 et s.

<sup>1972</sup> Cass. com., 8 février 2011, n° 10-11788, *Bull. Joly soc.* 2011, p. 288, note F.-X. Lucas.

<sup>1973</sup> V. D. Schmidt, note sous Cass. com., 22 avril 1976, *Rev. soc.* 1976, p. 483 ; 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. 135.

<sup>1974</sup> J. Mestre, « Réflexions sur les pouvoirs du juge dans la vie des sociétés », *RJC* 1985, p. 81, spéc. p. 84 ; 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 : l'auteur constate qu'entre 2000 et 2006, l'abus de majorité a fait l'objet de 13 arrêts de la chambre commerciale mais n'a été retenu que dans trois seulement.

<sup>1975</sup> Il peut lui être assimilé l'abus d'égalité.

<sup>1976</sup> Cass. com., 15 juillet 1992, *Bull. civ.* IV, n° 279, *Rev. soc.* 1993, p. 400, note P. Merle, *D.* 1993, p. 279, note H. Le Diascorn, *RTD com.* 1993, p. 112, note Y. Reinhard, *Bull. Joly soc.* 1992, p. 1083, § 353, note P. Le Cannu.

capital, prétendument indispensable à la société<sup>1977</sup>. Certes, à l'instar de l'abus de majorité, la rupture d'égalité demeure requise pour caractériser l'abus des minoritaires<sup>1978</sup>. Toutefois, à sa différence, il apparaît que l'atteinte à l'intérêt social en constitue clairement la condition majeure<sup>1979</sup>. Preuve en est que, si la Cour de cassation précise parfois dans sa solution en quoi réside l'attitude égoïste des minoritaires et distingue donc clairement les deux conditions<sup>1980</sup>, celle-ci est bien souvent déduite du refus de voter la résolution indispensable à la survie de la société<sup>1981</sup>. Davantage que la protection des intérêts majoritaires, c'est donc bien la pérennité de la société qui est recherchée *via* la sanction de l'abus de minorité.

**546. Une protection *a minima*.** Fort heureusement, le juge ne souhaite cependant pas faire de la société sa chose et il n'entend sanctionner le droit de vote des minoritaires que lorsque la décision empêchée était essentielle à la survie de la société<sup>1982</sup>. Ainsi la jurisprudence refuse-t-elle constamment de reconnaître l'abus de minorité lorsque la décision d'augmentation de capital, bien que propice à la prospérité ou à la croissance de la société, n'est pas indispensable à sa survie<sup>1983</sup>. Une dichotomie est donc clairement opérée entre ce qui relève de l'opportun et ce qui

---

<sup>1977</sup> En matière d'abus de minorité, les abus sont en effet essentiellement négatifs, ils empêchent une décision d'être votée. Les abus positifs sont plus rares. Ils consistent à recourir à des stratagèmes pour faire prendre « par surprise », par l'organe compétent, une décision qui ne reflète pas la volonté des majoritaires.

<sup>1978</sup> Sur la critique de ce critère construit symétriquement à l'abus de majorité, v. M. Cabrillac, « De quelques handicaps dans la construction de la théorie de l'abus de minorité », in *Mél. A. Colomer*, Litec, 1993, p. 109, spéc. p. 113 : comment parler de rupture d'égalité dès lors que le refus des minoritaires de voter la décision a pour effet « de perpétuer un statu quo qui n'est pas plus favorable ou défavorable à un groupe d'associés qu'à l'autre » ; P. Merle, « L'abus de minorité », in *La loi de la majorité*, *RJC* n° spécial, 1991, p. 81, spéc. p. 83.

<sup>1979</sup> V. Lonis-Apokourastos, *La primauté contemporaine du droit à l'exécution en nature*, PUAM, 2003, préf. J. Mestre, n° 285, p. 247.

<sup>1980</sup> V. par exemple Cass. com., 18 juin 2002, pourvoi n° 98-21967.

<sup>1981</sup> En ce sens, v. M. Boizard, « Regards sur l'abus de minorité », note sous Cass. com., 5 mai 1998, *Rev. soc.* 1999, p. 344, spéc. p. 348 ; v. par exemple CA Lyon, 20 décembre 1984, *D.* 1986, p. 506, note Y. Reinhard : « *Les actionnaires minoritaires en s'opposant à ce qu'il soit procédé à une augmentation de capital, alors qu'ils savaient celle-ci nécessaire à la survie de la société... et qu'une telle augmentation n'était pas susceptible de préjudicier à leurs intérêts, ont poursuivi un but personnel directement contraire aux intérêts de la société et ont ainsi commis un abus de nature à engager leur responsabilité* » ; *Contra* : Cass. com., 4 décembre 2012, pourvoi n° 11-25408 ; *Rev. soc.* 2013, p. 150, note A. Viandier : la Cour de cassation a cassé l'arrêt d'appel qui pour retenir l'abus de minorité ne s'était fondée que sur la seule atteinte à l'intérêt social sans avoir caractérisé la rupture d'égalité.

<sup>1982</sup> Sous réserve que les minoritaires aient été informés de l'importance de la décision à prendre. V. Cass. com., 20 mars 2007, *Bull. civ.* IV, n° 97 ; *Dr. soc.* 2007, comm. 87, note H. Lécuyer. Certains auteurs prétendent néanmoins que les juges pourraient également sanctionner l'abus de minorité dès lors que le blocage de la minorité révèle une intention de nuire au fonctionnement de la société ou aux majoritaires : A. Constantin, « La tyrannie des faibles, De l'abus de minorité en droit des sociétés », in *Mél. Y. Guyon*, Dalloz, 2003, p. 213, spéc. p. 225.

<sup>1983</sup> V. Cass. com., 9 mars 1993, *Bull. civ.* IV, n° 101 ; *JCP E* 1993, II, 448, note A. Viandier ; CA Paris, 24 janvier 1997, *Bull. Joly soc.* 1998, p. 405, note B. Saintourens ; en ce sens, v. T. com. Paris, 24 septembre 1991, 2<sup>e</sup> espèce, *Dr. soc.* 1992, comm. 32, note H. Le Nabasque ; T. com., 31 octobre 2000, *Dr. soc.* 2001, comm. 83, note F.-X.

relève du vital<sup>1984</sup>. Seul un vote négatif menaçant la survie de la société appelle une sanction au nom de la nécessaire pérennité de la société.

**547.** La protection de l'intérêt, et donc de la pérennité, du contrat justifie également une immixtion du juge en droit commun des contrats.

## **B- EN DROIT COMMUN DES CONTRATS**

**548.** Classiquement, le juge est considéré comme l'exécutant de la volonté de parties telle que se sont librement exprimées. Pas davantage qu'il ne lui appartient de modifier le contenu du contrat, il ne lui appartient pas de maintenir le contrat en paralysant l'exercice du droit de résolution. La conception renouvelée du contrat par la reconnaissance d'un intérêt qui lui est propre a cependant bouleversé le rôle traditionnel du juge. De simple interprète, il s'érige aujourd'hui en garant de cet intérêt et, ce faisant, s'octroie le droit de réécrire le contrat (1), ou de le prolonger contre la volonté des contractants (2).

### **1- La réfaction du contrat<sup>1985</sup>**

**549. Un juge devenu coauteur du contrat.** Le droit positif témoigne de ce que le temps où le juge n'était que le garant de l'exécution fidèle du contrat est définitivement révolu. Nombreuses sont aujourd'hui les manifestations de réécriture judiciaire du contrat. Que l'on

---

Lucas (l'auteur critique toutefois l'appréciation judiciaire du caractère indispensable de la décision en l'espèce) ; *Contra* : CA Dijon, 16 novembre 1983, *Gaz. Pal.* 1983, p. 740, note A.P.S. : la Cour d'appel a décidé de manière exceptionnelle que l'abus de minorité était caractérisé du seul fait que le refus de voter la décision était contraire à une amélioration de la société.

<sup>1984</sup> La distinction claire en théorie se révèle parfois délicate en pratique. V. par exemple, CA Saint-Denis de la Réunion, 19 septembre 2008, *Dr. soc.* 2009, comm. 1, note M.-L. Coquelet : le refus des minoritaires de ratifier le transfert social opéré légalement par le gérant a été jugé comme constitutif d'un abus de minorité. On peut cependant se demander avec l'auteur si la dissociation entre le siège social réel et le siège social statutaire était véritablement de nature à mettre en péril la société.

<sup>1985</sup> De manière courante, la réfaction est définie *stricto sensu* comme « un mécanisme qui permet non seulement au juge, mais aussi aux parties, sans anéantir le contrat de tenir compte du manquement pour diminuer l'obligation corrélative de l'autre ». V. C. Albiges, « Le développement discret de la réfaction du contrat », in *Mél. M. Cabrillac*, Litec, 1999, p. 3. Le domaine traditionnel de la réfaction est la vente commerciale. Cependant, dans le cadre de l'étude, la réfaction est entendue *lato sensu* comme « un procédé permettant au juge de modifier le contenu d'une obligation contractuelle pour le rendre équilibré ou licite ». V. K. de la Asuncion Planes, *La réfaction du contrat*, LGDJ, 2006, préf. Y. Picod, n° 710, p. 435.

songe à la réduction de la rémunération excessive des mandataires et agents d'affaires, d'une clause de non-concurrence ou d'exclusivité, de la durée excessive d'un contrat au regard d'un texte légal, d'une obligation pour fausseté partielle de sa cause, d'une pénalité excessive, du prix d'une prestation imparfaitement exécutée ou que l'on songe encore à la suppression des clauses jugées abusives dans les contrats non consommateurs, on peut désormais affirmer que le juge n'hésite plus à pénétrer la sphère contractuelle sans y avoir été invité expressément par le législateur.

**550. L'objectif de pérennité contractuelle.** En réduisant ou en supprimant une obligation contractuelle jugée disproportionnée ou excessive, le juge affiche en effet explicitement sa volonté de rétablir l'équilibre contractuel et de sanctionner la partie qui n'a eu égard qu'à ses seuls intérêts<sup>1986</sup>. Dès lors, la réécriture judiciaire du contrat intervient bien souvent en réponse à une mauvaise exécution de l'obligation de coopération<sup>1987</sup>. Toutefois, la réfection judiciaire du contrat dissimule en réalité cet autre objectif qu'est la sauvegarde de la pérennité contractuelle<sup>1988</sup>. En effet, lorsque le juge substitue un indice légal à un indice illicite ou disparu<sup>1989</sup>, répute non écrite une clause abusive<sup>1990</sup>, ou réduit une durée ou un prix excessif, c'est pour sauver le contrat d'une issue fatale : une nullité pour illicéité<sup>1991</sup> ou une résolution pour inexécution<sup>1992</sup>. Par delà la volonté de sanctionner le contractant défaillant ou malhonnête, la

---

<sup>1986</sup> N. Dion, « Le juge et le désir du juste », *D.* 1999, chron., p. 195 ; C. Thibierge-Guelfucci, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *RTD civ.* 1997, p. 357, spéc. p. 371.

<sup>1987</sup> V. K. de la Asuncion Planes, th. préc. : l'auteur propose de fonder le pouvoir de réfection du juge sur les articles 1135 et 1134, alinéa 3, du Code civil ; v. *supra*, n° 432 et s.

<sup>1988</sup> C. Albiges, art. préc., spéc. p. 20 ; R. Ouelhazi, *Le juge judiciaire et la force obligatoire du contrat*, thèse Strasbourg III, 1997, p. 228.

<sup>1989</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 9 novembre 1981, *Bull. civ.* I, n° 322 ; *RTD civ.* 1982, p. 601, obs. F. Chabas ; Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 22 juillet 1987, *Bull. civ.* III, n° 151 ; v. également Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 9 juillet 2003, *Bull. civ.* III, n° 152 : la Cour de cassation procède au sauvetage de clauses de pénalités de retard qui excédaient le maximum légal par leur réduction à un taux légal autorisé.

<sup>1990</sup> Cass. com., 22 octobre 1996, *Bull. civ.* IV, n° 261 ; *D.* 1997, p. 121, note A. Sériaux, *JCP G* 1997, II, 22881, note D. Cohen ; Cass. com., 30 mai 2006, *Bull. civ.* IV, n° 132, *D.* 2006, p. 2288, note D. Mazeaud ; Cass. com., 5 juin 2007, *Bull. civ.* IV, n° 157 ; *JCP G* 2007, II, 10145, note D. Houtcieff ; Cass. com., 29 juin 2010, *Bull. civ.* IV, n° 115 ; *CCC* 2010, n° 220, obs. L. Leveneur.

<sup>1991</sup> Y.-M. Serinet, « Le juge et l'illicéité du contrat », in *Le renouveau de sanctions contractuelles*, sous la dir. de F. Collart-Dutilleul et C. Coulon, *Economica*, 2007, p. 85 : l'auteur confirme et illustre la tendance jurisprudentielle à préférer la nullité partielle à la nullité absolue en cas d'illicéité.

<sup>1992</sup> P. Jourdain, « A la recherche de la réfection, sanction méconnue de l'inexécution », in *Mél. P. Le Tourneau*, Dalloz, 2008, p. 449, spéc. p. 451 ; K. de la Asuncion Planes, th. préc., spéc. n° 13, p. 8 et n° 21, p. 18 ; F. Eudier, « Modèles et anti-modèles dans le rôle du juge en matière contractuelle », in *Code civil et modèles, Des modèles du Code au Code comme modèle*, sous la dir. T. Revet, LGDJ, 2005, p. 225, spéc. p. 273 ; M.-E. Pancrazi-Tian, th. préc., n° 424 et s., p. 344 et s. ; C. Albiges, « Le développement discret de la réfection du contrat », in *Mél.*

réfaction a donc pour but d'améliorer la qualité du contenu du contrat<sup>1993</sup> et de lui permettre de réaliser son objet<sup>1994</sup>. Pour cette raison, la protection de l'intérêt contractuel devrait seule pouvoir justifier le remodelage judiciaire sans qu'il soit nécessaire de recourir à d'autres fondements<sup>1995</sup>. Le juge est d'autant plus légitime à s'y référer directement que la réfaction se révèle conforme à la lecture renouvelée de l'article 1134 du Code civil. Ce qui est intangible au sens de l'alinéa premier dudit article, ce ne sont pas les obligations issues du contrat mais bien l'objet du contrat<sup>1996</sup>. Or, en procédant à la réfaction, le juge permet justement de réaliser l'opération économique envisagée par les parties et de préserver de la sorte la force obligatoire du contrat.

**551. Les limites.** Pour autant, la réfaction ne saurait être imposée au créancier lorsque l'intérêt contractuel se révèle d'ores et déjà compromis et que le sauvetage du contrat ne peut plus être opéré<sup>1997</sup>. Tel sera le cas lorsque le manquement sera d'une telle gravité qu'il aura fait perdre au créancier toute utilité au contrat. Bien souvent, d'ailleurs, les arrêts ayant admis la réfaction du contrat font état d'une inexécution modeste<sup>1998</sup>. Pour autant, cela n'empêche pas que la réfaction puisse porter sur un élément essentiel et le juge apprécie rigoureusement la gravité du manquement.

La recherche de la pérennité du contrat ne se limite cependant pas à la réfaction.

## 2- Le maintien forcé du contrat

**552.** Conscient des conséquences néfastes que peut avoir la disparition du contrat pour un particulier ou une entreprise, le juge accepte de plus en plus, comme en matière de société, de

---

*M. Cabrillac*, Litec, 1999, p. 3, spéc. p. 18 ; P. Ancel, « Le juge et l'inexécution du contrat », in *Le renouveau de sanctions contractuelles*, sous la dir. de F. Collart-Dutilleul et C. Coulon, Economica, 2007, p. 103, spéc. p. 104 ; C. Thibierge-Guelfucci, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *RTD civ.* 1997, p. 357, spéc. p. 363.

<sup>1993</sup> A.-S. Lavefve Laborderie, *La pérennité contractuelle*, LGDJ, 2005, préf. C. Thibierge, p. 468.

<sup>1994</sup> P.-H. Antomattei, obs. sous Cass. com., 15 décembre 1992, *JCP E* 1993, I, 234, p. 158 : « animé par la volonté de pérenniser le contrat, le juge utilise de plus en plus la technique de la réfaction ». Sur la généralisation du procédé de réfaction, v. K. de la Asuncion Planes, th. préc. ; M.-E. Pancrazi-Tian, th. préc., n° 432 et s., p. 349 et s.

<sup>1995</sup> Nombreux sont les fondements qui ont été proposés par les auteurs pour justifier la réfaction consécutive à une exécution contractuelle imparfaite. Les plus invoqués sont la volonté tacite, la justice commutative, l'équité et la cause. Toutefois, ces fondements proposés se révèlent fragiles. Pour un exposé de ces divers fondements et leur analyse critique, v. O. Rafik, th. préc., p. 232 ; K. de la Asuncion Planes, th. préc., n° 254 et s., p. 172 et s.

<sup>1996</sup> V. *supra*, n° 383.

<sup>1997</sup> M.-E. Pancrazi-Tian, th. préc., n° 427, p. 346.

<sup>1998</sup> V. les arrêts cités par M.-E. Pancrazi-Tian, th. préc., n° 427, p. 346.



circonscrire son champ d'application en contrôlant l'usage que font les parties de leur droit de rupture.

**553. La paralysie du droit de rupture du contrat successif.** Cette tendance jurisprudentielle au maintien forcé du contrat se manifeste en premier lieu par une neutralisation du droit de rupture du contrat successif à durée indéterminée<sup>1999</sup>. Certes, dès l'origine, il était communément admis que ce droit n'était pas discrétionnaire. Pour autant, l'abus dans l'exercice de ce droit était apprécié si restrictivement qu'il n'était caractérisé que lorsque la preuve avait été rapportée que l'auteur avait usé de son droit dans la seule intention de nuire à son cocontractant. Pour cette raison, l'abus de droit relevait du cas d'école<sup>2000</sup>.

La nécessité de préserver nombre de contrats en raison de leur importance économique a cependant conduit à un renforcement du contrôle judiciaire de l'exercice du droit de rupture<sup>2001</sup>. En effet, soucieuse de garantir la pérennité de la relation contractuelle, la jurisprudence a progressivement réduit la catégorie des droits de rupture discrétionnaires<sup>2002</sup> et assoupli la notion d'abus<sup>2003</sup>. La Cour de cassation affirme ainsi que les juges du fond peuvent, à partir de l'examen de circonstances établies, retenir la faute faisant dégénérer en abus l'exercice du droit de rompre<sup>2004</sup>. Cette appréhension assouplie de l'abus s'observe tout particulièrement en matière de distribution qui comprend de nombreux contrats de situation<sup>2005</sup>. La jurisprudence a en effet

---

<sup>1999</sup> Sur le droit reconnu à tout contractant de rompre un contrat à durée indéterminée, v. *supra*, n° 45.

<sup>2000</sup> M.-E. Pancrazi-Tian, th. préc., p. 202-203 et n° 233, p. 206 : « *il faut bien reconnaître qu'en pratique l'intention de nuire est rarement plaidée, d'abord parce qu'elle soulève des difficultés de preuve indéniables, ensuite parce que dans le domaine des relations contractuelles, les protagonistes sont plus souvent motivés par la recherche d'un profit personnel que par la volonté de porter préjudice à autrui* ». Quelques décisions l'ont néanmoins admis. V. CA Montpellier, 22 mai 1951, *JCP G* 1952, II, 6483, note F. Derrida ; CA Paris, 28 octobre 1967, *Rev. banque* 1968, p. 60, obs. X. Martin.

<sup>2001</sup> J. Mestre, « Observations sur l'attitude du juge face aux difficultés d'exécution du contrat », in *Le juge et l'exécution du contrat*, PUAM, 1993, p. 91, spéc. p. 98-99 ; R. Ouelhazi, th. préc., p. 278 et s.

<sup>2002</sup> Les tribunaux ont accepté d'exercer leur contrôle sur la mise en œuvre du droit de rompre un contrat à l'essai, celui de se dédire, celui de dénoncer un contrat en application d'une clause de libre révocabilité et celui de ne pas renouveler un contrat parvenu à échéance. V. M.-E. Pancrazi-Tian, th. préc., n° 228, p. 203.

<sup>2003</sup> V. par exemple Cass. com., 3 juin 1997, *Bull. civ.* IV, n° 171 ; *D.* 1998, somm. p. 113, obs. D. Mazeaud ; *RTD civ.* 1997, p. 935, obs. J. Mestre : la Cour de cassation affirme expressément que l'abus ne résulte pas exclusivement de l'intention de nuire. La conception assouplie de l'abus de droit s'est d'abord imposée dans le domaine du droit du travail. La jurisprudence a précédé le législateur en la matière et, dès le début du XX<sup>e</sup> siècle, elle avait admis dans le souci de garantir la sécurité de l'emploi de sanctionner la simple légèreté blâmable. V. J. Guyénot, « La rupture abusive des contrats à durée indéterminée », in *La tendance à la stabilité du rapport contractuel*, sous la dir. et préf. de P. Durand, LGDJ, 1960, p. 235 ; M.-E. Pancrazi-Tian, th. préc., n° 228, p. 203.

<sup>2004</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 21 février 2006, *Bull. civ.* I, n° 82 ; CCC 2006, comm. 99, note L. Leveneur.

<sup>2005</sup> D. Mainguy, « Remarques sur les contrats de situation et quelques évolutions récentes du droit des contrats », in *Mél. M. Cabrillac*, Litec, 1999, p. 165.

estimé que l'abus devait être retenu lorsque les circonstances qui ont présidé à la conclusion du contrat ou lorsque le comportement du concédant lors de l'exécution du contrat ont fait naître dans l'esprit du distributeur une croyance légitime dans une certaine stabilité du contrat ou dans le maintien du lien contractuel. Il en va ainsi lorsque le concédant subordonne l'accès ou le maintien du distributeur dans le réseau de distribution à la réalisation d'importants investissements financiers à la charge de celui-ci<sup>2006</sup>. Il en va également ainsi lorsque le contractant lui a fallacieusement laissé entrevoir que leur relation contractuelle se prolongerait dans le temps et qu'il met finalement fin au contrat<sup>2007</sup>. Parce que le contractant a trahi la confiance légitime de son cocontractant, il a commis une faute constitutive d'un abus dans son droit de rupture<sup>2008</sup>.

Outre la compréhension extensive de l'abus, la recherche de pérennité contractuelle s'est également traduite par la généralisation de l'obligation de respecter un délai de préavis<sup>2009</sup> afin de « *permettre au contractant qui subit la rupture de réorganiser son entreprise, de réorienter son activité et de trouver des solutions de remplacement afin d'assurer sa reconversion* »<sup>2010</sup>. Sauf à ce que les parties soient convenues du délai de préavis dans leur contrat<sup>2011</sup> ou que le législateur

---

<sup>2006</sup> Cass. com., 5 avril 1994, *Bull. civ. IV*, n° 149 ; CCC 1994, comm. n° 159, obs. L. Leveneur ; *RTD civ.* 1994, p. 603, obs. J. Mestre ; Cass. com., 20 janvier 1998, *Bull. civ. IV*, n° 40 ; CCC 1998, comm. n° 56, obs. L. Leveneur ; *D.* 1998, p. 413, note C. Jamin ; Cass. com., 9 avril 2002, pourvoi n° 99-15532 ; *RTD civ.* 2002, p. 811, obs. J. Mestre et B. Fages. A l'inverse, la Cour de cassation a estimé que le concédant était en droit de rompre le contrat à tout moment dès lors qu'il n'avait pas fait croire au concessionnaire que le contrat serait poursuivi : Cass. com., 5 octobre 2004, *Bull. civ. IV*, n° 181 ; *RDC* 2005, p. 288, obs. P. Stoffel-Munck ; *RTD civ.* 2005, p. 125, obs. J. Mestre et B. Fages.

<sup>2007</sup> Cass. com., 28 février 1995, *Bull. civ. IV*, n° 63 ; *RTD civ.* 1995, p. 885, obs. J. Mestre ; Cass. com., 23 mai 2000, pourvoi n° 97-10553 ; *RTD civ.* 2001, p. 137, obs. J. Mestre et B. Fages. La solution n'est cependant pas cantonnée aux contrats de distribution, v. Cass. soc., 13 avril 2005, n° 02-46666 ; *Cah. dr. du sport* PUAM, 2005, p. 72, note F. Buy : en l'espèce, la Cour de cassation approuve les juges du fond d'avoir accordé une indemnisation au salarié dès lors que la Cour d'appel avait constaté que le Club sportif « *avait fait croire au salarié que son contrat serait renouvelé... aux mêmes conditions* » et « *a fait ressortir que l'employeur en entretenant le doute, avait agi avec une légèreté blâmable génératrice d'un préjudice* » ; v. également CA Bourges, 13 mars 1989, *JCP G* 1989, II, 21389, note M. Pauffin de Saint Morel : les juges ont retenu l'abus du droit de rompre d'une compagnie d'assurances qui avait refusé de renouveler le mandat de l'un des ses agents stagiaires à qui elle avait laissé entendre sa titularisation.

<sup>2008</sup> D. Mazeaud, « Durées et ruptures », *RDC* 2004, p. 129, spéc. p. 143-144.

<sup>2009</sup> J. Mestre, « L'évolution du contrat en droit privé français », in *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, Journées R. Savatier, PUF, 1986, p. 41, spéc. p. 58 ; v. A. Sonet, *Le préavis en droit privé*, PUAM, 2003, préf. F. Bussy.

<sup>2010</sup> D. Mazeaud, art. préc., spéc. p. 150.

<sup>2011</sup> A. Cermolacce et V. Perruchot-Triboulet, *Fasc. 70 : Durée dans les contrats*, in *J.-Cl. Contrats-Distribution*, 2007, n° 199 : « *Le respect du préavis convenu dans le contrat, conforme aux usages professionnels et qui permet au contractant d'organiser sa reconversion repousse, en principe, l'éventualité de voir les juges considérer la rupture comme trop brutale* ».

l'impose<sup>2012</sup>, le juge en fixe l'étendue en s'attachant à la durée passée de la relation contractuelle<sup>2013</sup> et aux performances économiques de celui qui subit la rupture. Le manquement à cette obligation conduit systématiquement à la reconnaissance d'une rupture abusive car brutale.

En revanche, si sensible qu'elle soit à l'idée de garantir la pérennité contractuelle, la jurisprudence n'est pas allée jusqu'à mettre à la charge des contractants une obligation de motivation de leur décision de rupture. Sauf disposition légale<sup>2014</sup>, les parties ne sont ainsi guère tenues de donner des motifs légitimes de rupture ou de non-renouvellement<sup>2015</sup>. Certains n'ont pas manqué d'exprimer leurs regrets à ce sujet et prônent, si ce n'est la consécration générale d'une obligation de motivation, la consécration d'une obligation de motivation à la charge des contractants engagés dans des contrats d'intérêt commun<sup>2016</sup>.

En adoptant une conception extensive de l'abus du droit de rupture et en généralisant le respect d'un préavis, la jurisprudence cherche sans aucun doute à garantir la pérennité de la relation contractuelle. Ce dont il résulte que, bien souvent, plutôt que d'octroyer une indemnisation à la victime de la résiliation, les juges choisissent de maintenir la relation contractuelle rompue abusivement<sup>2017</sup>.

---

<sup>2012</sup> Par exemple, en matière de rupture d'ouverture de crédit, le législateur a prévu un délai de préavis minimal de 60 jours (art. L. 312-12 du Code monétaire et financier).

<sup>2013</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 16 mai 2006, pourvoi n° 03-10328, *LPA*, 12 juillet 2006, p. 18, note C. Boismain.

<sup>2014</sup> Le législateur a progressivement contraint certains contractants de donner un motif légitime de rupture. Tel est le cas en droit du travail et en droit de la concurrence.

<sup>2015</sup> Cass. com., 25 avril 2001, pourvoi n° 98-22199 ; *D.* 2001, somm. comm. p. 3238, obs. D. Mazeaud ; *RTD civ.* 2002, p. 99, obs. J. Mestre et B. Fages : la Cour de cassation énonce dans cet arrêt que l'auteur de la rupture, qui avait respecté un délai de préavis conforme aux usages, « n'avait pas à donner des motifs au non-renouvellement du contrat... que ceux-ci, fussent-ils fallacieux ou non sérieux, ne pouvaient constituer un abus, et que l'examen des motifs invoqués... était inutile ». La Cour de cassation ne saurait être plus claire, l'invocation de motifs illégitimes n'est pas suffisante à constituer un abus. Certains arrêts antérieurs avaient pourtant laissé entrevoir la consécration d'une obligation de motivation en considérant que le refus de renouveler un contrat à durée déterminée arrivé à son terme était abusif dès lors que celui-ci se trouvait dépourvu de motif et était générateur d'un préjudice pour l'agent : Cass. com., 27 octobre 1998, *Bull. civ.* IV, n° 256 ; v. également CA Paris, 30 septembre 1977, *RTD com.* 1978, p. 593, obs. J. Hémar ; CA Paris, 16 novembre 1978, *RJC* 1980, p. 179, note P. Le Tourneau.

<sup>2016</sup> M. Fabre-Magnan, « L'obligation de motivation en droit des contrats », in *Mél. J. Ghestin, Le contrat au début du XXI<sup>e</sup> siècle*, LGDJ, 2001, p. 301. Dans un tel contrat, en effet, le refus de reconnaître l'existence d'une telle obligation « consacre au profit du concédant un droit quasi discrétionnaire d'anéantir unilatéralement le contrat, sans aucun égard pour son partenaire qui, de longue date, a contribué à la réalisation d'un projet commun » : D. Mazeaud, art. Préc., spéc. p. 145.

<sup>2017</sup> J. Mestre, « Rupture abusive et maintien du contrat », *RDC* 2005, p. 99 ; A. Marais, « Le maintien forcé du contrat par le juge », *LPA*, 22 octobre 2002, n° 197, p. 7 ; C. Bourgeon, « Rupture abusive et maintien du contrat : observations d'un praticien », *RDC* 2005, p. 109 ; A.-S. Lavefve Laborderie, *La pérennité contractuelle*, LGDJ, 2005, préf. C. Thibierge, n° 920 et s., p. 510 et s.

**554. La paralysie du droit de résiliation pour inexécution.** Cette tendance jurisprudentielle au maintien forcé du contrat se manifeste en second lieu par une neutralisation du droit de résolution du contrat en cas d'inexécution. Certes, il a toujours été admis que la demande de résolution fondée sur l'article 1184 du Code civil était subordonnée à la gravité du manquement. Toutefois, même grave, l'inexécution est loin de garantir au créancier l'anéantissement du contrat. La jurisprudence se montre en effet de plus en plus encline à différer la résolution et à maintenir la relation contractuelle tant que l'exécution du contrat demeure possible.

D'abord, elle paralyse de plus en plus souvent le jeu d'une clause résolutoire au nom d'une exigence de bonne foi de la part du créancier<sup>2018</sup>. Elle a ainsi pu considérer que le simple fait de ne pas avoir facilité l'exécution due par le débiteur suffisait à caractériser la mauvaise foi du créancier<sup>2019</sup>.

Ensuite, sauf à ce qu'une disposition légale ou contractuelle ne l'ait prohibé<sup>2020</sup>, les juges accordent de plus en plus souvent au débiteur des délais supplémentaires d'exécution sur le fondement des articles 1244-1 et 1184, alinéa 3, du Code civil<sup>2021</sup>.

Enfin et surtout, la consécration prétorienne de la suspension en cas d'impossibilité momentanée d'exécuter une obligation<sup>2022</sup> constitue la parfaite manifestation de l'emprise du juge sur la poursuite de la relation contractuelle. Il ne s'agit cependant pas pour le juge de différer

---

<sup>2018</sup> En ce sens, v. J. Mestre, « Observations sur l'attitude du juge face aux difficultés d'exécution du contrat », in *Le juge et l'exécution du contrat*, PUAM, 1993, p. 91, spéc. p. 98 ; R. Ouelhazi, *Le juge judiciaire et la force obligatoire du contrat*, thèse Strasbourg III, 1997, p. 264.

<sup>2019</sup> CA Paris, 19 juin 1990, *D.* 1991, p. 515, note Y. Picod ; *RTD civ.* 1992, p. 92, obs. J. Mestre : la Cour d'appel a considéré que le bailleur qui se prévalait d'une clause résolutoire pour non paiement des loyers était de mauvaise foi dans la mesure où s'était abstenu de délivrer les quittances dont le locataire avait besoin pour obtenir le versement des allocations-logement. En revanche, la Cour de cassation a refusé de considérer que la bonne foi du débiteur puisse empêcher la mise en œuvre de la clause résolutoire : Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 24 septembre 2003, *Bull. civ.* III, n° 161 ; *CCC* 2003, n° 174, obs. L. Leveneur ; *RTD civ.* 2003, p. 707, obs. J. Mestre et B. Fages.

<sup>2020</sup> Sur les obstacles à l'octroi d'un délai de grâce, v. M.-E. Pancrazi-Tian, *La protection judiciaire du lien contractuel*, PUAM, 1996, préf. J. Mestre, n° 381 et s., p. 315 et s.

<sup>2021</sup> L. Josserand, « Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats », *RTD civ.* 1937, p. 1, spéc. p. 18-19.

<sup>2022</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 24 février 1981, *Bull. civ.* I, n° 65 ; *D.* 1982, p. 479, obs. D. Martin : « en cas d'impossibilité momentanée d'exécuter une obligation, le débiteur n'est pas libéré, cette exécution étant seulement suspendue jusqu'au moment où l'impossibilité vient à cesser ». Par cet arrêt, la Cour de cassation consacre expressément la mesure de suspension comme alternative à la résolution en cas d'impossibilité momentanée d'exécution.

inutilement l'anéantissement du contrat. La suspension n'est ordonnée en lieu et place de la résolution que si l'impossibilité d'exécuter est temporaire<sup>2023</sup>.

**555.** Pourtant, en dépit de sa tendance croissante à rechercher la pérennité contractuelle, le juge ne va pas toujours suffisamment loin.

## §2 UNE IMMIXTION PERFECTIBLE

**556.** Si le juge s'immisce de plus en plus souvent dans le champ contractuel, on peut s'étonner qu'il refuse de le faire alors même que son intervention permettrait de sauver le contrat, que ce soit en droit des sociétés (A) ou en droit commun des contrats (B).

### A- EN DROIT DES SOCIETES

**557.** Aussi animé qu'il soit par l'efficacité durable de la société, le juge se montre parfois réticent à pénétrer dans la sphère contractuelle des associés. Aussi peut-on regretter qu'il ne prononce un jugement valant acte en cas d'abus de minorité (1) et ne procède parfois à l'exclusion-remède de l'associé (2).

#### 1- Plaidoyer pour un jugement valant acte en cas d'abus de minorité

**558. Une consécration refusée.** Alors que le juge accepte de s'immiscer dans la société en cas d'abus de minorité, il refuse cependant de prononcer la sanction en nature la plus adaptée. En effet, si l'arrêt « Vitamat » laissait la plus grande latitude au juge pour sanctionner l'abus de minorité en énonçant que « *hormis l'allocation d'éventuels dommages et intérêts, il existe d'autres solutions permettant la prise en compte d'éventuels dommages* »<sup>2024</sup>, la jurisprudence postérieure a sensiblement réduit la liste des sanctions possibles et interdit au juge de prendre lui-

---

<sup>2023</sup> En ce sens, v. J. Mestre, art. préc., spéc. p. 97 ; A.-S. Lavefve, th. préc., n° 136, p. 81 ; J. Treillard, « De la suspension des contrats », in *La tendance à la stabilité du rapport contractuel*, sous la dir. et préf. de P. Durand, LGDJ, 1960, p. 59 ; R. Ouelhazi, th. préc., p. 253 ; C. Coulon, « L'influence de la durée des contrats sur l'évolution des sanctions contractuelles », in *Le renouveau de sanctions contractuelles*, sous la dir. de F. Collart-Dutilleul et C. Coulon, Economica, 2007, p. 29, spéc. p. 42.

<sup>2024</sup> Cass. com., 14 janvier 1992, *Bull. civ.* IV, n° 19.

même la décision à laquelle se sont opposés les minoritaires<sup>2025</sup>. Alors qu'il se reconnaît compétent pour caractériser le caractère vital d'une décision, il décline toute compétence pour l'adopter lui-même.

**559. Une consécration opportune en pratique.** Pourtant, à l'examen de l'ensemble des sanctions susceptibles d'être prononcées, seul le jugement valant acte<sup>2026</sup> permet véritablement de préserver la société<sup>2027</sup>. Qu'il suffise, pour s'en convaincre, d'analyser les effets des sanctions actuellement admises. Le juge peut d'abord recourir au droit commun de la responsabilité civile et allouer des dommages intérêts en réparation du dommage subi par les majoritaires et la société. Toutefois, aussi important que puisse s'élever leur montant, ils ne permettront jamais d'effacer la faute commise et d'assurer la pérennité de la société<sup>2028</sup>. Le juge peut ensuite ordonner la dissolution de la société pour mésintelligence dès lors qu'est constatée une paralysie de son fonctionnement. Néanmoins, à l'évidence, cette solution conduit à l'effet inverse recherché<sup>2029</sup>. Le juge peut encore prononcer la nullité de la délibération. Sans conteste opportune pour sanctionner un abus de majorité, la nullité n'est cependant pas adaptée à la réparation d'un abus de minorité qui, précisément, a empêché l'adoption d'une résolution essentielle<sup>2030</sup>. Le juge peut enfin nommer un mandataire *ad hoc* aux fins de représenter les minoritaires défaillants<sup>2031</sup> à une nouvelle assemblée et voter en leur nom dans le sens des décisions conformes à l'intérêt

---

<sup>2025</sup> Cass. com., 15 juillet 1992, Six, *Bull. civ.* IV, n° 279 ; *D.* 1993, p. 279, note Y. Le Diascorn ; *Bull. Joly soc.* 1992, p. 1083, note P. Le Cannu ; Cass. com., 9 mars 1993, Flandin, *Bull. civ.* IV, n° 101 ; *Rev. soc.* 1993, p. 403, note P. Merle ; *D.* 1993, p. 363, note Y. Guyon ; *JCP G* 1993, II, 22107, note Y. Paclot.

<sup>2026</sup> Le jugement valant acte peut se définir comme « *la technique consistant pour le juge à remplacer purement et simplement le débiteur défaillant dans l'exécution attendue de ce dernier ou, plus exactement, à réputer accompli l'acte ou adoptée la décision qui aurait dû résulter de l'exécution volontaire* » : V. Lonis-Apokourastos, *La primauté contemporaine du droit à l'exécution en nature*, PUAM, 2003, préf. J. Mestre, n° 197, p. 191.

<sup>2027</sup> J. Mestre, « Réflexions sur les pouvoirs du juge », *RJC* 1985, p. 81, spéc. p. 87.

<sup>2028</sup> G. Kengne, « Le rôle du juge en matière d'abus du droit de vote », *LPA*, 12 juin 2000, n° 116, p. 10 et s. ; A. Constantin, « La tyrannie des faibles, De l'abus de minorité en droit des sociétés », in *Mél. Y. Guyon*, Dalloz, 2003, p. 213, spéc. p. 231 ; v. cependant, P. Merle, « L'abus de minorité », in *La loi de la majorité*, *RJC* n° spécial, 1991, p. 81, spéc. p. 89 : certains auteurs estiment que l'allocation de dommages et intérêts peut avoir un véritable effet dissuasif sur les minoritaires « *qui pourront être ainsi amenés à revoir leur position dans un sens plus conforme à l'intérêt social* », v. F.-X. Lucas, « La réparation du préjudice causé par un abus de minorité en droit des sociétés », *LPA*, 12 septembre 1997, n° 110, p. 6, spéc. p. 10-11.

<sup>2029</sup> La dissolution ne doit être prononcée que lorsque l'abus de minorité révèle une mésentente entre les associés qui paralyse le fonctionnement de la société et ne semble pas pouvoir être apaisée.

<sup>2030</sup> A. Constantin, art. préc., spéc. p. 228.

<sup>2031</sup> Le recours au mandataire *ad hoc* semble être condamné lorsque les associés minoritaires sont non pas défaillants mais présents à l'assemblée et votent contre la résolution proposée ou même s'abstiennent : F.-X. Lucas, art. préc., spéc. p. 9.

social<sup>2032</sup>. Il est vrai que cette sanction permet d'atteindre l'objectif recherché puisque la décision essentielle sera finalement prise aux termes d'une nouvelle assemblée générale. Pour cette raison, certains y ont vu un compromis raisonnable<sup>2033</sup>. Toutefois, cette solution est loin de recueillir l'ensemble des suffrages. Solution lourde et onéreuse<sup>2034</sup>, le recours à un mandataire apparaît, de surcroît, bien « inutile »<sup>2035</sup> puisque celui-ci se contente en réalité de voter la décision souhaitée par le juge<sup>2036</sup>. C'est dire que le mandat *ad hoc* n'est en tout état de cause qu'un « camouflage de la décision judiciaire valant vote »<sup>2037</sup>. Dès lors, sauf à attribuer au mandataire un véritable rôle de conciliateur intervenant afin d'apaiser le conflit d'intérêts qui oppose majoritaires et minoritaires<sup>2038</sup>, mieux vaut en faire l'économie. Pire, la survie de la société étant en jeu, le recours à un administrateur *ad hoc* peut faire perdre un temps précieux<sup>2039</sup>. Perte de temps et d'argent, le mandat *ad hoc* ne constitue donc pas la solution la plus appropriée<sup>2040</sup>. Au final, le jugement valant acte apparaît comme un remède plus adapté que tous les autres. Et il doit d'autant plus être approuvé que rien ne s'oppose juridiquement à ce que le juge puisse s'immiscer ainsi dans le contrat de société.

**560. Une consécration juridiquement fondée.** Si le juge s'accorde le droit d'annuler une délibération adoptée par les majoritaires, pourquoi n'aurait-il pas le droit d'adopter la décision qui n'a pu être prise du fait de l'opposition des minoritaires ? L'adoption de la délibération constitue le pendant de l'annulation de la délibération. Comme le soulignent un certain nombre d'auteurs, la décision d'annuler une délibération revêt un caractère tout aussi grave que celle

---

<sup>2032</sup> Cass. com., 9 mars 1993, Flandin, *Bull. civ.* IV, n° 101 ; *Rev. soc.* 1993, p. 403, note P. Merle ; *D.* 1993, p. 363, note Y. Guyon ; *JCP G* 1993, II, 22107, note Y. Paclot ; Cass. com., 5 mai 1998, *Bull. civ.* IV, n° 149 ; *Rev. soc.* 1999, p. 344, note M. Boizard.

<sup>2033</sup> D. Tricot, « Abus de droits dans les sociétés, abus de majorité et abus de minorité », *RTD com.* 1994, p. 617, spéc. p. 625.

<sup>2034</sup> A. Couret, « L'abus et le droit des sociétés », *Droit et patr.* juin 2000, p. 66, spéc. p. 68.

<sup>2035</sup> En ce sens, v. M. Boizard, « Regards sur l'abus de minorité », note sous Cass. com., 5 mai 1998, *Rev. soc.* 1999, p. 344, spéc. p. 348.

<sup>2036</sup> En ce sens, v. F.-X. Lucas et D. Vidal, note sous T. com., 31 octobre 2000, *Dr. soc.* 2001, comm. 83, spéc. p. 18-19 : « Le louable souci de la Cour de cassation de ne pas voir le juge s'immiscer dans le fonctionnement de la société n'est qu'une pétition de principe lorsqu'elle s'autorise à nommer un mandataire ad hoc pour représenter les minoritaires... Il faut se rendre à l'évidence que cette désignation d'un mandataire est une fausse bonne idée ».

<sup>2037</sup> J.-F. Barbièri, « Retour sur les sanctions de l'abus de minorité », in *Mél. D. Schmidt, Liber amicorum*, éd. Joly, 2005, p. 51, spéc. p. 56. La même critique peut être formulée à propos de la proposition de suspension de droits de vote des minoritaires évoquée par M. Schmidt (« Débat » in *La loi de la majorité*, *RJC* n° spécial, 1991, p. 94).

<sup>2038</sup> V. J.-F. Barbièri, art. préc., spéc. p. 57 et s.

<sup>2039</sup> En ce sens, v. M. Boizard, art. préc., spéc. p. 348 ; G. Kengne, art. préc.

<sup>2040</sup> V. l'argumentaire de F.-X. Lucas, art. préc., spéc. p. 9.

d'imposer une délibération<sup>2041</sup>. De la même manière que le juge peut annuler des votes positifs pour un retour au *statu quo ante*, le juge doit pouvoir annuler des votes négatifs pour permettre l'adoption d'une décision illégitimement bloquée<sup>2042</sup>. L'immixtion du juge n'est, ce faisant, pas plus importante dans un cas que dans l'autre.

Certes, le refus du jugement valant acte repose sur l'article 1142 du Code civil<sup>2043</sup>. Toutefois, l'argument est loin d'être opérant. En effet, le champ de ce texte est circonscrit aux obligations contractuelles lorsque l'abus de minorité procède de la violation d'un devoir général de conduite sanctionné par l'article 1382 du Code civil<sup>2044</sup>. Le juge apparaît donc tout à fait libre d'opter pour la réparation qui lui semble la plus adéquate<sup>2045</sup>.

Parce que la sanction du jugement valant acte est opportune et fondée en droit, il n'est pas étonnant que certains juges du fond aient opposé une résistance et accepté de substituer leur décision à celle des organes compétents<sup>2046</sup>. Il n'y a plus qu'à espérer un revirement de la Cour de cassation, ne serait-ce que dans les cas où la gravité de la menace est telle que la décision rejetée par les minoritaires nécessite d'être prise immédiatement<sup>2047</sup>.

**561.** Dans le même ordre d'idées, la jurisprudence se montre également peu encline à admettre une exclusion judiciaire de l'associé fautif.

---

<sup>2041</sup> J. Mestre, « Réflexions sur les pouvoirs du juge », *RJC* 1985, p. 81, spéc. p. 88.

<sup>2042</sup> M. Boizard, art. préc., spéc. p. 376 ; V. Lonis-Apokourastos, *La primauté contemporaine du droit à l'exécution en nature*, PUAM, 2003, préf. J. Mestre, n° 298, p. 254 : « l'immixtion du juge est sans doute plus grande lorsqu'il va contre le vœu des majoritaires en annulant une délibération pour abus de majorité, que lorsqu'il vient à leur secours pour empêcher que, par une opposition fautive, les minoritaires ne provoquent la disparition immédiate ou à terme de l'être social ».

<sup>2043</sup> P. Le Cannu, « L'abus de minorité », *Bull. Joly soc.* 1986, p. 431, spéc. p. 434 ; R. Drago, « Débat » in *La loi de la majorité*, *RJC* n° spécial, 1991, p. 95.

<sup>2044</sup> En ce sens, v. D. Tricot, « Abus de droits dans les sociétés, abus de majorité et abus de minorité », *RTD com.* 1994, p. 617, spéc. p. 624 ; P. Merle, « L'abus de minorité », in *La loi de la majorité*, *RJC* n° spécial, 1991, p. 81, spéc. p. 90-91 ; A. Constantin, « La tyrannie des faibles, De l'abus de minorité en droit des sociétés », in *Mél. Y. Guyon*, Dalloz, 2003, p. 213, spéc. p. 233 ; pour une analyse contractuelle de l'obligation violée, v. V. Lonis-Apokourastos, th. préc., n° 275 et s., p. 240 et s.

<sup>2045</sup> J. Mestre, art. préc., spéc. p. 88 : l'auteur souligne d'ailleurs que le projet préparé par la commission Pleven lors de la réforme du droit des sociétés commerciales avait expressément opté pour cette sanction dans le cas où « un associé ou actionnaire ou un groupe d'associés ou actionnaires fait abusivement obstacle à l'adoption par les assemblées ordinaires ou extraordinaires de mesures conformes à l'intérêt social ». Toutefois, celui-ci n'a pas été entériné en raison des craintes que suscite un gouvernement judiciaire des sociétés.

<sup>2046</sup> CA Paris, 25 mai 1993, *D.* 1993, p. 541, note A. Couret. Sur la portée nuancée de cet arrêt, v. F.-X. Lucas, art. préc., spéc. p. 7-8.

<sup>2047</sup> A. Constantin, art. préc., spéc. p. 236 et s.