

LA RESILIATION CONTRACTUELLE

234. La résiliation, corollaire de la force obligatoire du contrat. Paradoxalement, la résiliation ou la résolution⁸⁹⁵ qui génère la disparition du contrat est consubstantielle de la force obligatoire. Elle permet en effet de sanctionner le débiteur qui n'a pas correctement exécuté ses obligations. Le créancier dispose ainsi d'une alternative⁸⁹⁶. Plutôt que de requérir l'exécution forcée, il peut solliciter l'anéantissement du contrat pour réparer l'atteinte portée à la force obligatoire⁸⁹⁷. La résiliation n'est donc qu'un instrument parmi d'autres de préservation de la volonté des parties.

235. Force obligatoire et résiliation judiciaire. Traditionnellement, en droit commun des contrats, la résiliation constitue l'apanage judiciaire. C'est au juge qu'il revient en principe de constater non seulement la réalité de l'inexécution contractuelle mais également d'apprécier l'opportunité de la sanction⁸⁹⁸. Elle se justifie, d'une part, par le refus de la justice privée. De crainte que le créancier ne se délie trop facilement de son engagement, le législateur a érigé le juge en gardien de l'irrévocabilité contractuelle, corollaire de la force obligatoire du contrat. Cette intervention judiciaire est d'autant plus nécessaire qu'elle permet, d'autre part, de prendre en considération les conséquences de la résiliation. Le juge ne se contente pas de vérifier que le

⁸⁹⁵ La résiliation, propre aux contrats à exécution successive, s'oppose à la résolution par son effet non rétroactif. Or, aussi bien le contrat de société que le contrat d'apport constituent des contrats successifs, ce qui justifie qu'en matière de société on parle de résiliation. Pour une distinction nuancée, v. cependant R. Wintgen, « Regards comparatistes sur les effets de la résolution pour inexécution », *RDC* 2006, p. 543 et s. ; J. Ghestin, « Effet rétroactif de la résolution des contrats à exécution successive », in *Mél. P. Raynaud*, Dalloz, 1985, p. 203.

⁸⁹⁶ L'article 1184, alinéa 2, du Code civil dispose que « *La partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté, a le choix ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible, ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêts* ».

⁸⁹⁷ Sur le lien qui unit la résolution ou résiliation à la force obligatoire, v. not. T. Genicon, *La résolution du contrat pour inexécution*, LGDJ, 2007, préf. L. Leveneur : la résolution du contrat « *ne se présente-t-elle pas comme un paradoxe ? La résolution sanctionne la force obligatoire du contrat... en la détruisant. Elle permet à un contractant de se retirer d'un pacte définitif. L'explication, pourtant, est facile à première vue : il ne peut être question que la force obligatoire se retourne contre elle-même. Le contrat fonctionnerait véritablement comme un piège, si l'on ne pouvait en être délié alors que l'autre partie ne l'a pas respecté* » ; n° 364, p. 263 : « *sa fonction pénale, est susceptible, particulièrement lorsqu'une clause résolutoire est insérée, de constituer un allié précieux de la force obligatoire* » ; n° 368, p. 265 : elle « *doit être vue comme un serviteur très efficace de la justice contractuelle comme de la force obligatoire* ».

⁸⁹⁸ En ce sens, v. C. Jamin, « Les sanctions unilatérales de l'inexécution du contrat : trois idéologies en concurrence », in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, sous la dir. de C. Jamin et D. Mazeaud, Economica, 1999, p. 71, spéc. p. 74.

débiteur a failli à ses obligations et que la sanction se révèle ainsi justifiée. Plus encore, il apprécie son opportunité eu égard à l'ensemble des intérêts mis en jeu par le contrat⁸⁹⁹. En somme, ce n'est que lorsque les autres remèdes se révèlent insuffisants à sauvegarder la force obligatoire du contrat que le juge est amené à la prononcer.

236. Force obligatoire et résiliation unilatérale. Si le principe de la résiliation judiciaire demeure, le droit commun développe concurremment un principe de résiliation extra-judiciaire par simple notification⁹⁰⁰. Ce dernier permet au créancier de mettre fin unilatéralement au contrat en cas de comportement grave de son débiteur. A l'instar de la résiliation judiciaire, la résiliation unilatérale permet de restaurer la force obligatoire du contrat⁹⁰¹. Plus dangereuse car susceptible d'une utilisation abusive par le créancier, la résiliation unilatérale est appréciée pour son pragmatisme. Elle permet de pallier les inconvénients inhérents à la décision judiciaire. A la fois longue et coûteuse, la résolution judiciaire nuit à la bonne marche des affaires. C'est dire que,

⁸⁹⁹ Si le contrat n'a force obligatoire qu'entre les parties elles-mêmes, le contrat est opposable aux tiers lesquels peuvent donc avoir un intérêt à sa poursuite. V. P. Didier, « L'effet relatif », in *Les concepts contractuels français à l'heure des principes du droit européen des contrats*, sous la dir. de P. Rémy-Corlay et D. Fenouillet, Dalloz, 2003, p. 187 : « si on peut considérer que le contrat forme une petite société, celle-ci est nécessairement une société ouverte. Le tiers peut y être convié ou à l'inverse s'y inviter. De même s'il paraît difficile d'exclure un membre, certains peuvent très bien la quitter volontairement. Dans tous les cas, l'existence du contrat ne se ramène pas aux rapports entre les parties. Le contrat crée nécessairement des rapports avec les tiers ».

⁹⁰⁰ V. not. C. Jamin, « Le renouveau des sanctions contractuelles : pot pourri introductif », in *Le renouveau des sanctions contractuelles*, Economica, 2007, p. 3, spéc. p. 6.

⁹⁰¹ Y. Pagnerre, *L'extinction unilatérale des engagements*, éd. Panthéon-Assas, LGDJ, 2012, préf. B. Teyssié et J.-M. Olivier, n° 449, p. 486 ; R. Encinas de Munagorri, *L'acte unilatéral entre les parties au contrat*, thèse Paris X, 1994, p. 114 ; Y.-M. Laithier, *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, LGDJ, 2004, préf. H. Muir Watt, n° 180 et s. p. 258 et s. ; *Contra* : 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. de T. Revet, LGDJ, 2005, p. 225, spéc. p. 242 : « La récente déjudiciarisation de la résolution du contrat porte atteinte au principe de la force obligatoire des conventions » ; J. Antoine, « Les pouvoirs de sanction du cocontractant défaillant, Approche comparée entre droit des contrats administratifs et droit privé des obligations », *LPA*, 7 octobre 2002, n° 200, p. 4, spéc. p. 7.

simple de mise en œuvre et peu onéreuse⁹⁰², la résiliation extra-judiciaire devrait être consacrée par le législateur⁹⁰³.

237. Application dualiste de la résiliation au contrat de société. Qu'elle soit judiciaire ou non, la résiliation s'impose comme l'un des remèdes institués par le droit commun pour corriger de manière définitive l'atteinte portée à la force obligatoire. Même si elle ne constitue pas le remède privilégié, son opportunité n'est guère contestée. Aussi peut-on s'étonner de prime abord que législateur et jurisprudence, en matière de société, se montrent tout particulièrement réticents à son exploitation.

Au vrai, l'opportunité de recourir à une telle sanction diffère selon que l'on est en présence du contrat de société *stricto sensu* ou du contrat d'apport qui lui est sous-jacent. En effet, si l'influence du droit commun est indéniable, la résiliation étant connue des deux contrats (SECTION 1), elle mériterait d'être davantage développée concernant le contrat d'apport (SECTION 2).

SECTION 1 UNE INFLUENCE PATENTE DU DROIT COMMUN DES CONTRATS

238. Alors que l'influence du droit commun des contrats se manifestait déjà à l'origine du Code civil par la faculté légale reconnue aux parties de résilier le contrat de société en cas d'inexécution par un associé de ses obligations (§1), la jurisprudence a accru cette influence en généralisant la validité des clauses d'exclusion qui permettent à la société de mettre fin au contrat d'apport souscrit par l'associé défaillant (§2).

⁹⁰² C. Jamin, « Les sanctions unilatérales de l'inexécution du contrat : trois idéologies en concurrence », in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, dir. C. Jamin et D. Mazeaud, Economica, 1999, p. 71, spéc. p. 76 ; 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. 112 : « *Cet élargissement considérable de la résolution unilatérale semble irréversible. Il est dans l'air du temps et correspond sans doute à une approche du contrat plus teintée d'efficacité économique que de moralisme : il paraît aujourd'hui rationnel de permettre au créancier de sortir au plus vite du contrat pour réallouer ailleurs ses ressources* ».

⁹⁰³ D. Tallon, « L'article 1184 du Code civil, un texte à rénover ? », in *Clés pour le siècle*, 2000, p. 253 et s. : la résiliation extra-judiciaire est consacrée par les projets de droit international et de droit européen : art. 7.3.1 et 7.3.2 des principes d'Unidroit et art. 8. 106 3° des PEDC.

§1 LA CONSECRATION LEGALE DE LA RESILIATION JUDICIAIRE DU CONTRAT DE SOCIETE

239. A l'instar du droit commun des contrats, les associés disposent en théorie de la faculté légale de solliciter du juge la résiliation du contrat de société pour inexécution d'une obligation par un coassocié (A). Cependant, cette faculté ne sera en pratique que rarement mise en oeuvre (B).

A- UNE INFLUENCE THEORIQUE CERTAINE

240. Si le législateur a offert aux associés la possibilité de dissoudre la société en cas d'inexécution d'une obligation contractuelle par l'un d'entre eux, il n'est pas certain qu'il eût été utile d'instituer un fondement textuel spécifique (1), d'autant que l'étude des conditions de mise en œuvre révèle d'importantes similitudes avec le droit commun des contrats (2).

1- La remise en cause de l'intérêt d'un fondement textuel autonome

241. La dualité des fondements textuels. En droit commun des contrats, l'article 1184 du Code civil consacre la possibilité pour un créancier de requérir du juge la résolution du contrat pour inexécution d'un engagement⁹⁰⁴ par son débiteur. En parallèle, en droit des sociétés, l'article 1844-7-5° du Code civil offre à un associé la possibilité de demander en justice la dissolution de la société pour inexécution d'une obligation par un autre associé. Or, sur le plan juridique, la dissolution de la société a les mêmes effets que la résiliation du contrat instituée pour les contrats à exécution successive : il est mis fin pour l'avenir aux relations entre les associés. Partant, cette disposition semble de prime abord ne constituer que la réplique exacte de l'article 1184 du Code

⁹⁰⁴ Le terme « engagement » désigne ici une obligation. Sur la polysémie de l'engagement, v. *supra*, n° 95.

civil⁹⁰⁵. La consécration de la résiliation judiciaire du contrat par le droit commun ne rend-elle pas inutile la disposition spécifique ? Est-on en présence d'une redondance volontaire⁹⁰⁶ ?

A bien les analyser, ces deux dispositions font cependant apparaître des différences non négligeables quant à leur domaine d'application. Si le droit commun a vocation à recouvrir un champ plus large, il n'est pas pour autant certain qu'en l'absence de disposition spéciale, il puisse s'y substituer et s'appliquer au contrat de société lui-même.

242. L'article 1184 du Code civil : un domaine *a priori* réservé. A la lecture de l'article 1184 du Code civil, la résolution est circonscrite aux seuls contrats synallagmatiques. Or, ce dernier se définit comme le contrat dans lequel les contractants s'obligent réciproquement les uns envers les autres. Pour cette raison, les contrats unilatéraux devraient être soustraits à son application. La jurisprudence a pourtant accepté depuis longtemps de dépasser cette lecture littérale pour les intégrer dans son domaine⁹⁰⁷. La solution se justifie d'un point de vue juridique. En effet, bien que non synallagmatiques par nature, ces contrats unilatéraux révèlent parfois une « situation synallagmatique »⁹⁰⁸. Dans ces contrats, comme dans les contrats synallagmatiques, la cause de l'obligation du débiteur réside en réalité dans l'objet de l'obligation du créancier⁹⁰⁹. Par exemple, la cause de l'obligation de la caution réside dans l'avantage que le créancier octroie au débiteur en contrepartie de la garantie de paiement. En somme, c'est la disparition de la cause de

⁹⁰⁵ Pour la doctrine classique, v. A. Boistel, *Précis de droit commercial*, 2^e éd., Paris, 1878, n° 376 ; L. Renault et C. Lyon-Caen, *Précis de droit commercial*, T. 1, Paris, 1884, n° 590 ; C. Houpin et H. Bosvieux, *Traité général des sociétés civiles et commerciales*, T. 1, 5^e éd., Paris, 1918, n° 184. Pour la doctrine contemporaine, v. M. Cozian, A. Viandier, F. Deboissy, *Droit des sociétés*, 26^e éd., Litec, 2013, n° 479 ; A. Brès, *La résolution du contrat par dénonciation unilatérale*, Litec, 2009, préf. J. Raynard, n° 850, p. 569 ; F. Deboissy, « Le contrat de société », in *Le contrat, Le contrat, Travaux de l'Association Henri Capitant*, Société de législation comparée, 2005, p. 119, spéc. p. 140.

⁹⁰⁶ Comme le *mutuus dissensus*, la résolution du contrat de société pour inexécution était connue en droit romain. Là encore, en réalité, le contrat de société a précédé le droit commun mais sa consécration expresse est intervenue ultérieurement. V. R. Cassin, « Réflexions sur la résolution judiciaire des contrats pour inexécution », *RTD civ.* 1945, p. 159, spéc. p. 162.

⁹⁰⁷ V. par exemple CA Paris, 29 juin 1893, *DP* 1894, 2, p. 437 ; T. civ. Seine, 17 octobre 1928, *DP* 1929, 2, p. 141 ; Cass. civ. 1^{ère}, 14 mars 1979, *Bull. civ.* I, n° 92. En réalité, la question de l'application de l'article 1184 du Code civil aux contrats unilatéraux se pose rarement car, hormis les hypothèses du cautionnement et du commodat, le législateur a prévu des textes spéciaux pour sanctionner le créancier qui a mal accompli la prestation promise. V. T. Genicon, th. préc., n° 262, p. 194-195.

⁹⁰⁸ T. Genicon, th. préc., n° 261, p. 194 ; M. Séjean, *La bilatéralisation du cautionnement*, LGDJ, 2011, préf. D. Houtcieff.

⁹⁰⁹ Cass. com., 8 novembre 1972, *Bull. civ.* IV, n° 278, *D.* 1973, 753, note P. Malaurie, *Gaz. Pal.* 1973, 1, p. 143, note D. Martin.

l'obligation engendrée par l'inexécution contractuelle qui justifie le prononcé de la résolution du contrat sur le fondement de l'article 1184 du Code civil⁹¹⁰.

243. L'extension envisageable de l'article 1184 au contrat de société. Peut-on alors aller au-delà et suggérer l'extension de son application au contrat de société lui-même ? Si la société est bel et bien un contrat, on ne saurait l'intégrer dans la catégorie des contrats synallagmatiques⁹¹¹ pas plus que dans la catégorie des contrats unilatéraux. En effet, dans le contrat de société, les associés ne s'engagent pas les uns contre les autres mais s'engagent ensemble pour la réalisation d'un but commun. Dès lors, à la différence des contrats synallagmatiques, la cause de l'obligation des associés ne réside pas dans une obligation corrélatrice à la charge des associés mais dans l'existence de l'entreprise commune⁹¹². Aussi la jurisprudence ne devrait-elle pas pouvoir prononcer la résiliation du contrat de société pour inexécution⁹¹³.

Pourtant, à bien y réfléchir, il n'est pas impossible de considérer que l'inexécution des engagements d'un associé puisse lui aussi priver de cause l'engagement des autres associés. Dans le contrat de société, l'engagement de l'associé a pour cause l'espérance de création collective de richesses *via* la mise en commun des apports⁹¹⁴. Or, l'associé qui n'accomplit pas ses obligations

⁹¹⁰ Si elle n'est pas son fondement exclusif, la cause constitue le fondement principal de la résolution. V. F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations*, 11^e éd., Dalloz, 2013, n° 644 et 647.

⁹¹¹ F. Chénéde, *Les commutations en droit privé, Contribution à la théorie générale des obligations*, Economica, 2008, préf. A. Ghazi, n° 298, p. 280 ; M. Buchberger, *Le contrat d'apport, Essai sur la relation entre la société et son associé*, éd. Panthéon-Assas, 2011, préf. M. Germain, n° 529, p. 433 ; R. Libchaber, « La société, contrat spécial », in *Mél. M. Jeantin, Perspectives du droit économique*, Dalloz, 1999, p. 281, spéc. p. 285 ; G. Rouhette, « Contrat », in *Encyclopedia Universalis, Corpus*, Paris, 2002, p. 383, spéc. p. 386 ; *Contra* : M. Germain, G. Ripert et R. Roblot, *Traité de droit commercial*, T. 1, vol. 2, *Les sociétés commerciales*, 20^e éd., LGDJ, 2011, n° 1101 : « La résolution du contrat pour inexécution des obligations de l'une des parties doit jouer en matière de société comme dans tous les contrats synallagmatiques (art. 1184 Civ.) » ; A. Bounoux, *Fasc. 30-10 : Dissolution des sociétés*, in *J-Cl soc.* 2006, n° 94 ; L. Godon, *Les obligations des associés*, Economica, 1999, préf. Y. Guyon, n° 21, p. 23 ; v. également M. Michaluskas, *L'association*, thèse Paris I, 2003, n° 146, p. 209 : « Le contrat d'association est bien un contrat synallagmatique, c'est-à-dire celui où les contractants s'obligent réciproquement les uns envers les autres (article 1102 du c. civ.) ».

⁹¹² V. Cuisinier, *L'affectio societatis*, Litec, 2008, préf. A. Martin-Serf, n° 259, p. 226 ; F. Chénéde, th. préc., n° 299, p. 281.

⁹¹³ M. Buchberger, *Le contrat d'apport, Essai sur la relation entre la société et son associé*, éd. Panthéon-Assas, 2011, préf. M. Germain, n° 529, p. 434 ; F. Chénéde, th. préc., n° 313, p. 296-297.

⁹¹⁴ F. Chénéde, th. préc., n° 299, p. 281 : « ce qu'un associé reçoit en contrepartie de son apport, ce n'est pas l'apport des autres associés. Ce qu'il reçoit en contrepartie de sa participation dans la société, c'est une place dans la collectivité. Plus techniquement, ce qu'il reçoit c'est un droit qui lui donne vocation à recevoir une partie des bénéfices réalisés par la société : la part sociale ou l'action. Voilà pour quoi l'associé s'oblige. Voilà la cause de son obligation : il s'engage à apporter quelque chose pour percevoir une part des profits engendrés par la

peut contribuer à affecter le fonctionnement normal de la société et donc entraver la réalisation de l'objectif commun recherché. Aussi peut-on affirmer que l'inexécution d'un associé risque d'entraîner la disparition de la cause de l'engagement des autres associés⁹¹⁵. Ce raisonnement est corroboré implicitement par la jurisprudence. En effet, dans une des rares décisions en la matière, la Cour d'appel a accepté de prononcer la dissolution de la société non pas en raison de la seule inexécution de l'obligation de l'associé mais parce que celle-ci entravait la réalisation de l'objet social et donc la cause de l'obligation des associés⁹¹⁶. C'est pourquoi, à l'instar des contrats synallagmatiques et des contrats unilatéraux « à vocation synallagmatique », la cause est bien susceptible de constituer le fondement de la résiliation du contrat de société⁹¹⁷.

Par ailleurs, la résolution n'est pas fondée exclusivement sur la cause⁹¹⁸. Elle se justifie également par la volonté de sanctionner le débiteur qui, par une mauvaise exécution de ses obligations, a porté atteinte à la force obligatoire du contrat. Peu importe alors que l'inexécution n'ait pas suffi à faire disparaître la cause de l'obligation dès lors qu'une partie du contrat en souffre⁹¹⁹. La résolution doit ainsi pouvoir jouer quelle que soit la nature du contrat. Il n'est donc pas surprenant que l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription prévoie justement la suppression de la condition du caractère synallagmatique du contrat dans son article consacré à la résolution⁹²⁰.

société » ; P. Pont, Explication du Code Napoléon, T. VII, *Sociétés civiles et commerciales*, Paris, Delamotte, 1872, n° 12, p. 13.

⁹¹⁵ En ce sens, v. A. Brès, *La résolution du contrat par dénonciation unilatérale*, Litec, 2009, préf. J. Raynard, n° 852, p. 571-572 ; *Contra* : M. Buchberger, th. préc., n° 529, p. 434.

⁹¹⁶ CA Paris, 30 octobre 1992, *RTD com.* 1993, p. 106, obs. C. Champaud et D. Danet.

⁹¹⁷ F. Chénéde, th. préc., n° 315, p. 298 : il y a disparition de la cause non pas « *comme dans les contrats-échange, lorsque l'une des parties n'exécute pas son obligation, mais lorsque la finalité pour laquelle a été créé le groupement ne peut plus être atteinte* ».

⁹¹⁸ R. Cassin, art. préc., spéc. p. 168.

⁹¹⁹ T. Genicon, th. préc., n° 260, p. 194 : « *La fonction de garantie ou la fonction pénale peuvent aisément parvenir à justifier une résolution que la seule théorie de la cause serait impuissante à expliquer* » ; n° 260, p. 193 : « *la résolution étant essentiellement un instrument pratique, elle doit pouvoir jouer à chaque fois que le besoin s'en fait ressentir* ».

⁹²⁰ L'article 1158, alinéa 1, de l'avant-projet est rédigé de la manière suivante : « *Dans tout contrat, la partie envers laquelle l'engagement n'a pas été exécuté, ou l'a été imparfaitement, a le choix ou de poursuivre l'exécution de l'engagement ou de provoquer la résolution du contrat ou de réclamer des dommages et intérêts, lesquels peuvent le cas échéant s'ajouter à l'exécution ou à la résolution* ». Pour certains auteurs, cette nouvelle rédaction qui élargit le champ d'application de la résolution à tous les contrats manifeste la remise en cause de ses fondements traditionnels. V. P. Malinvaud et D. Fenouillet, *Droit des obligations*, 12^e éd., Litec, 2012, n° 524.

244. En conséquence, on peut douter de l'intérêt de faire coexister les deux dispositions d'autant que la lecture comparative des articles 1844-7-5° et 1184 du Code civil fait apparaître des similitudes dans les conditions de mise en œuvre.

2- La concordance des conditions de droit commun des contrats et de droit des sociétés

245. **L'indifférence de la nature de l'obligation inexécutée.** En droit commun des contrats, l'article 1184 du Code civil subordonne la mise en œuvre de la résiliation à l'inexécution de « l'engagement » par une partie au contrat sans plus de précision. De même, l'article 1844-7-5° du Code civil se contente de mentionner l'inexécution d' « une obligation » par un associé pour pouvoir solliciter la dissolution de la société. A première vue, la nature de l'obligation inexécutée importe peu. Aussi toute obligation, qu'elle soit légale ou conventionnelle, monétaire ou en nature, doit-elle en principe permettre d'intenter l'action en résiliation. Cette interprétation se révèle conforme à la force obligatoire qui a vocation à s'appliquer à l'ensemble du contrat et implique donc que toute obligation inexécutée puisse être sanctionnée, y compris lorsqu'elles ne sont qu'accessoires⁹²¹.

Toutefois, concernant la société, on peut se demander si certaines obligations n'échappent pas au domaine de l'anéantissement pour inexécution. En effet, l'article 1832 du Code civil ne fait référence qu'à deux types d'obligation : l'apport et la contribution aux pertes. Par conséquent, ne doit-on pas combiner ces deux textes et admettre que seule l'inexécution de l'obligation d'apport et de l'obligation de contribuer aux pertes est susceptible d'entraîner la dissolution de la société ? *A priori*, cette interprétation doit être rejetée. En premier lieu, le texte de l'article 1844-7-5° du Code civil ne précise pas les obligations concernées, de sorte qu'il n'y a pas lieu de distinguer là où la loi ne distingue pas. En deuxième lieu, l'interprétation jurisprudentielle extensive de la notion d' « engagement » au sens de l'article 1836 du Code civil⁹²² conduit, en toute logique, à penser qu'il faille en faire de même pour toutes les autres dispositions. Cela d'autant que l'article 1844-7-5° du Code civil vise les obligations au pluriel. En conséquence, sont incluses dans son champ d'application toutes les obligations principales et

⁹²¹ R. Cassin, art. préc., spéc. p. 173.

⁹²² V. *supra*, n° 110 et s.

légales mais également les obligations accessoires, d'origine conventionnelle et celles découlant de la bonne foi ou de l'*affectio societatis*⁹²³.

246. La prise en considération du degré de gravité du manquement. Toutefois, si le législateur, tant en droit commun des contrats qu'en droit des sociétés, semble indifférent vis-à-vis de la nature de l'obligation inexécutée, il n'en est pas de même concernant l'importance de l'inexécution. Il semble que, d'une commune exigence, le manquement doit être suffisamment grave pour conduire à l'anéantissement du contrat.

En droit commun des contrats, si cette exigence n'apparaît pas formellement dans le texte, elle est requise de manière constante par la jurisprudence et appréciée souverainement par les juges du fond⁹²⁴. La gravité se révèle nécessaire et légitime. D'abord, elle se justifie au travers du fondement traditionnel de la résolution : la cause. En effet, seul un manquement grave peut entraîner la disparition de la cause objective du contractant. Ensuite et surtout, elle découle naturellement de l'exigence de bonne foi. Le créancier qui se prévaut d'un manquement dérisoire pour obtenir l'anéantissement du contrat agit incontestablement de mauvaise foi. Pour autant, cela ne signifie pas qu'une demande fondée sur une inexécution partielle soit nécessairement rejetée par le juge⁹²⁵. On préfère ainsi une approche pragmatique et judiciaire du manquement à une approche dogmatique⁹²⁶. Trois facteurs sont ainsi pris en considération : le constat de la perte d'utilité du contrat, le souhait de punir le débiteur défaillant et, enfin, la volonté de prémunir le créancier d'un préjudice irrémédiable. Ces éléments peuvent être constatés cumulativement. Sans se contenter d'apprécier l'adéquation de la résolution au manquement, le juge va également évaluer les conséquences de la résolution. Tous les intérêts vont être appréciés. Or, débiteur et tiers ont souvent intérêt à la survie du contrat. Dès lors, l'intérêt du créancier entre en

⁹²³ L. Grosclaude, th. préc., p. 317 : de l'*affectio societatis* découle des « obligations de coopération, de loyauté et éventuellement de non-concurrence ou de non-dénigrement ».

⁹²⁴ V. par exemple Cass. civ., 14 avril 1891, *GAJC*, 11^e éd., n° 176 ; *DP* 1891, 1, p. 329, note M. Planiol ; Cass. com., 27 mai 1981, *Bull. civ.* IV, n° 252, Cass. civ. 3^e, 22 mars 1983, *Bull. civ.* III, n° 84 ; Cass. civ. 1^{ère}, 15 juillet 1999, *Bull. civ.* I, n° 245 ; Cass. soc., 15 mars 2005, *Bull. civ.* V, n° 91.

⁹²⁵ V. par exemple Cass. com., 2 juillet 1996, *Bull. civ.* IV, n° 198, *JCP G* 1996, I, 3983, n° 14, obs. C. Jamin : « en réservant la résolution d'un contrat synallagmatique aux seuls cas d'inexécution totale par l'une des parties de ses obligations, alors qu'une telle résolution peut être prononcée par le juge en cas d'inexécution partielle dès lors qu'elle porte sur une obligation déterminante de la conclusion du contrat, la cour d'appel qui a méconnu l'étendue de ses pouvoirs, a violé le texte susvisé par refus d'application » ; Cass. com., 27 mai 1981, *Bull. civ.* IV, n° 252 : « Mais attendu qu'il relève du pouvoir souverain des juges du fond d'apprécier si l'inexécution de certaines des obligations relevant d'un contrat synallagmatique présente une gravité suffisante pour en justifier la résolution ou la résiliation ».

⁹²⁶ T. Genicon, th. préc., n° 370, p. 267-268.

concurrence avec l'intérêt social et, plus largement, avec l'intérêt général⁹²⁷. Ainsi, en conformité avec l'esprit du législateur, la prise en considération de l'intérêt du contrat entrave-t-elle souvent le prononcé de la résiliation⁹²⁸.

En droit des sociétés, cette condition afférente à l'importance du manquement n'apparaît pas non plus formellement dans le texte. Elle ressort cependant des décisions jurisprudentielles. En effet, bien que le législateur ne l'ait cantonnée qu'à l'hypothèse de la mésentente, la jurisprudence subordonne l'application de l'article 1844-7-5° du Code civil à la paralysie de la société⁹²⁹. Il ne fait donc aucun doute que la gravité constitue une condition *sine qua non* de la résiliation⁹³⁰. Cette exigence se trouve, là encore, justifiée à plus d'un titre. D'une part, sur un plan théorique, la gravité de l'inexécution est induite par le fondement traditionnel de la résolution. La cause de l'obligation des associés qui consiste dans la satisfaction de l'intérêt commun ne peut être compromise que par une inexécution contractuelle grave⁹³¹. D'autre part, sur un plan pratique, l'exigence de gravité se comprend d'autant plus qu'elle permet de limiter les disparitions de société, toujours fort dommageables au regard de ses nombreuses relations contractuelles⁹³². Ce choix traduit, incontestablement et légitimement, la volonté de préserver l'existence du contrat tant que cela demeure possible. Le droit des sociétés est donc, là encore, en conformité avec le droit commun.

247. En définitive, la comparaison opérée entre les conditions de mise en œuvre de l'article 1184 du Code civil et de l'article 1844-7-5° du même Code conforte l'idée d'un

⁹²⁷ R. Cassin, art. préc., spéc. p. 171 : « *le juge est investi de la mission de concilier, non seulement les intérêts des parties entre elles, mais la protection de celles-ci avec l'intérêt social* » ; M. Mekki, *L'intérêt général et le contrat, Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, LGDJ, 2004, préf. J. Ghestin. T. Genicon, th. préc., n° 509, p. 362 : l'auteur cite deux décisions dans lesquelles les conséquences de la destruction du contrat sur les tiers ont été prises en considération par le juge pour refuser de prononcer la résolution ou résiliation du contrat (Cass. civ. 1^{ère}, 15 avril 1986, *Bull. civ. I*, n° 84 ; *RTD civ.* 1987, p. 315, obs. J. Mestre et Cass. civ. 3^e, 22 mars 1983, *Bull. civ. III*, n° 84 ; *Defr.* 1984, p. 296, obs. J.-L. Aubert) ;

⁹²⁸ R. Cassin, art. préc., spéc. p. 161 : « *Le vœu évident de la loi est que le contrat soit sauvé autant que possible* ».

⁹²⁹ M. Germain, G. Ripert et R. Roblot, *Traité de droit commercial*, T. 1, vol. 2, *Les sociétés commerciales*, 20^e éd., LGDJ, 2011, n° 1101 : « *Malgré ce fondement contractuel, il est en général estimé que la paralysie de la société prévue en cas de mésentente vaut pour tous les justes motifs* » ; v. CA Paris, 30 octobre 1992, *RTD com.* 1993, p. 106, obs. C. Champaud et D. Danet : en l'espèce, la Cour d'appel a accueilli la demande en dissolution uniquement parce que l'inexécution des obligations des majoritaires entravait la réalisation de l'objet social et donc l'accomplissement de l'intérêt commun. Cela démontre bien qu'elle subordonne la dissolution de la société à une condition supplémentaire, la paralysie de la société, bien que non exigée par le législateur.

⁹³⁰ A. Brès, *La résolution du contrat par dénonciation unilatérale*, Litec, 2009, préf. J. Raynard, n° 856, p. 575.

⁹³¹ En ce sens, v. N. Perez, *L'exclusion d'un associé (Code de commerce de Panama)*, thèse Paris, 1959, p. 52.

⁹³² C. Prieto, *La société contractante*, PUAM, 1994, préf. J. Mestre.

fondement spécifique superfétatoire. La critique est corroborée par le fait que la disposition connaît peu d'application pratique.

B- UNE INFLUENCE PRATIQUE LIMITEE

248. S'il est vrai que l'article 1844-7-5° du Code civil a pris pour modèle l'article 1184 du Code civil, la résiliation contractuelle, fortement sollicitée en droit commun⁹³³, ne connaît guère le même succès en matière de société⁹³⁴, particulièrement dans les sociétés de capitaux dans lesquelles le contrat prend une place moins importante⁹³⁵.

En premier lieu, les parties elles-mêmes n'ont *a priori* que peu d'intérêt à recourir à cette disposition. En effet, si tout associé a la faculté de solliciter du juge la dissolution de la société, laissant ainsi la possibilité aux autres associés de recréer une société sans le membre défaillant, elle n'est cependant que rarement mise en œuvre. L'anéantissement suivi d'une reconstitution de la société étant une procédure à la fois longue et coûteuse⁹³⁶, il apparaît plus opportun de maintenir la société et d'exercer d'autres sanctions plus dissuasives à l'encontre de l'associé défaillant, comme l'exclusion⁹³⁷. En outre, et conformément au droit commun, l'associé défaillant, qui pourrait y avoir intérêt, ne peut pas se prévaloir de son droit de demander la dissolution⁹³⁸. Cette solution est légitime. En effet, admettre la demande de l'associé fautif lui permettrait d'exercer un droit de résiliation unilatérale non conforme à l'article 1134, alinéa 2, du Code civil en lui conférant un droit quasiment discrétionnaire de sortie. En outre, la qualification de juste motif de dissolution ne peut pas être retenue dès lors que c'est l'associé qui l'a fait naître⁹³⁹.

⁹³³ T. Genicon, th. préc., n° 364, p. 263.

⁹³⁴ P. Merle, *Droit commercial, Sociétés commerciales*, 17^e éd., Dalloz, 2014, n° 137 ; F. Chénéde, th. préc., n° 314, p. 297 : « l'introduction de la résolution pour inexécution en matière de société fut pratiquement inutile ».

⁹³⁵ C. Popineau-Dehaillon, *Les remèdes de justice privée à l'inexécution du contrat étude comparative*, LGDJ, 2008, préf. M. Goré, n° 695, p. 375.

⁹³⁶ L. Godon, *Les obligations des associés*, Economica, 1999, préf. Y. Guyon, n° 366, p. 237 ; M.-C. Monsallier, *L'aménagement contractuel du fonctionnement de la société anonyme*, LGDJ, 1998, préf. A. Viandier, n° 618, p. 257 ; J. Lepargneur, « L'exclusion d'un associé », *Journ. soc.* 1928, p. 1, spéc. p. 1.

⁹³⁷ Y. Guyon, *Traité des contrats, les sociétés, Aménagements statutaires et conventions entre associés*, 5^e éd., LGDJ, 2002, n° 49.

⁹³⁸ R. Cassin, « Réflexions sur la résolution judiciaire des contrats pour inexécution », *RTD civ.* 1945, p. 159, spéc. p. 161 : « seule la partie victime de l'inexécution de l'engagement a le droit de demander la résolution du contrat et peut obtenir des dommages et intérêts en cas de faute ».

⁹³⁹ L. Guillouard, *Traité du contrat de société, Livre III, titre IX du code civil*, 2^e éd., G. Pedone-Lauriel, 1892, n° 337 ; Cass. com., 16 juin 1992, pourvoi n° 90-18441 ; *Dr. soc.* 1992, comm., n° 177, note T. Bonneau ; *Contra* :

En second lieu, quand bien même un associé solliciterait du juge l'application de l'article 1844-7-5° du Code civil, sa demande n'aurait que peu de chance d'aboutir⁹⁴⁰. En effet, l'exigence prétorienne d'une paralysie de la société, appréciée rigoureusement par la jurisprudence, pour ordonner sa dissolution fait de la résiliation judiciaire un remède presque stérile ce qui conduit à lui préférer d'autres voies.

§2 LA GENERALISATION PRETORIENNE DE LA RESILIATION CONVENTIONNELLE DU CONTRAT D'APPORT

249. Bien qu'exploitées depuis longtemps dans différents groupements de droit privé, les clauses d'exclusion ont eu du mal à prospérer en matière de société. La jurisprudence témoignait son hostilité à leur égard. L'on peut s'en étonner dans une double mesure. D'une part, la licéité des clauses de retrait n'a suscité aucune controverse doctrinale ou jurisprudentielle alors qu'elles portent elles aussi atteinte au principe d'irrévocabilité du contrat d'apport⁹⁴¹. D'autre part, si le législateur a consacré les clauses d'exclusion uniquement dans certaines sociétés⁹⁴², cela ne

CA Lyon, 18 mai 1923, S., VII, II, 216 : si l'un des associés se refuse à agir dans l'intérêt de la société et forme une demande de dissolution, cette demande doit être accueillie, sauf le droit pour les autres associés d'obtenir contre lui des dommages et intérêts. Toutefois, la décision est ancienne et restée isolée.

⁹⁴⁰ E. Schaeffer, « Des causes d'ordre public de dissolution des sociétés », in *Mél. J. Hamel, Dix ans de conférences d'agrégation*, 1961, p. 227, spéc. p. 232 : « Les causes de dissolution classiques tenant au statut même de la société sont retenues le moins possible par une jurisprudence qui en craint le jeu automatique et qui, bien plus que le législateur, hésite de dissoudre une entreprise florissante » et p. 229 : l'auteur restitue la pensée de Edmond Thaller : « le juge ne peut et ne doit décider d'une dissolution de société que si les organismes sociaux sont dans l'incapacité de le faire eux-mêmes, le juge ne pouvant avoir qu'un rôle subsidiaire. C'est une position conservatrice juridiquement solide ! ».

⁹⁴¹ La licéité des clauses de retrait a moins fait l'objet de controverse alors qu'elles permettent à l'associé de rompre unilatéralement son contrat avant le terme. A suivre Monsieur Yannick Pagnerre, *L'extinction unilatérale des engagements*, éd. Panthéon-Assas, LGDJ, 2012, préf. B. Teyssié et J.-M. Olivier, n° 555, p. 624 : « Cette différence s'explique, peut être, par le fait que le groupement subit un préjudice quantitativement moins important en cas de retrait par rapport à celui que subit un membre en cas d'exclusion ». Cette analyse semble pertinente. En cas de mise en œuvre de la clause d'exclusion, l'associé perd simultanément le bénéfice du contrat d'apport et du contrat de société, alors qu'en cas de la mise en œuvre de la clause de retrait, la société perd seulement le bénéfice d'un contrat d'apport parmi les autres et le contrat de société subsiste. Les conséquences de la mise en œuvre de ces deux clauses sont sans aucun doute d'importance inégale. Toutefois, l'affirmation doit être nuancée puisque le retrait d'un associé peut dans certaines circonstances mettre en péril la société, notamment lorsque la prestation dont il est tenu est nécessaire à la réalisation de l'objet social.

⁹⁴² Depuis longtemps, l'exclusion de l'associé est admise explicitement par le législateur dans les sociétés à capital variable (article L. 231-6, alinéa 2, du Code de commerce : « Il peut être stipulé que l'assemblée générale a le droit de décider, à la majorité fixée pour la modification des statuts, que l'un ou plusieurs des associés cessent de faire partie de la société »). Progressivement, le législateur a étendu cette possibilité aux sociétés coopératives (article 7 de la Loi du 10 septembre 1947), aux sociétés d'exercice libéral sous réserve de l'existence d'un décret d'application. Toutefois, les décrets prévoient rarement la sanction car elle génère des conséquences graves pour

signifie pas pour autant qu'il ait souhaité les proscrire dans les autres⁹⁴³. Au demeurant, leur incontestable utilité⁹⁴⁴ a finalement conduit la jurisprudence à les autoriser dans toutes les sociétés⁹⁴⁵. Cependant, le fondement retenu n'est pas clairement énoncé. Or, la recherche des fondements se révèle nécessaire tant pour asseoir leur légitimité que pour déterminer avec précision le régime qui leur est applicable. Deux fondements distincts d'inspiration contractuelle semblent conforter la validité des clauses d'exclusion : la liberté contractuelle (A) et le pouvoir disciplinaire (B).

A- LA LIBERTE CONTRACTUELLE

250. C'est d'abord en référence à la liberté contractuelle que la jurisprudence semble avoir reconnu la validité des clauses d'exclusion. Cela ne surprend guère dans la mesure où les clauses d'exclusion semblent s'identifier à de simples clauses résolutoires⁹⁴⁶ dont la légalité ne

l'associé en compromettant l'exercice de sa profession. V. Y. Guyon, *Traité des contrats, les sociétés, Aménagements statutaires et conventions entre associés*, 5^e éd., LGDJ, 2002, n° 49 ; v. cependant pour les avocats : article 28 et 30 du décret du 25 mars 1993 ; pour les notaires : articles 27 et 28 du décret du 13 janvier 1993), pour les sociétés par actions simplifiée (Loi du 3 janvier 1994) et enfin pour les sociétés européennes (L. 229-12 du Code de commerce).

⁹⁴³ En ce sens, v. L. Godon, *Les obligations des associés*, Economica, 1999, préf. Y. Guyon, n° 364, p. 237 ; B. Caillaud, *L'exclusion d'un associé*, thèse Paris, 1966, p. 239 ; Y. Pagnerre, th. préc., n° 560, p. 631 ; *Contra* : v. not. I. Saugé, *Le droit de retrait de l'associé*, Paris X, 1991, n° 223, p. 207 : « *Le législateur ne reconnaissant une faculté d'exclusion aux sociétés à capital fixe que dans certaines situations exceptionnelles, on peut raisonnablement déduire a contrario, qu'en dehors de ces cas limités, l'exclusion n'est pas possible* » ; A. Viandier, *La notion d'associé*, LGDJ, 1978, préf. F. Terré, n° 111, p. 111 ; R. Rodière, obs. sous CA Rouen, 8 février 1974, *Rev. soc.* 1974, p. 513.

⁹⁴⁴ J. Lepargneur, obs. sous CA Caen, 11 avril 1927, *D.* 1928, 2, 65.

⁹⁴⁵ CA Rennes, 3 juillet 1912, *Journ. soc.* 1913, p. 40 : « *Considérant que si, en principe, l'exclusion d'un associé n'est pas prévue par la loi, il est loisible aux associés de régler cette faculté dans le pacte social* ». La Cour de cassation l'a admis plus tardivement et de manière implicite. V. Cass. com., 13 décembre 1994, *Bull. Joly soc.* 1995, p. 152, note P. Le Cannu ; *JCP E* 1995, II, 705, note Y. Paclot ; *Rev. soc.* 1995, p. 298, note D. Randoux : dans cet arrêt, la Cour de cassation avait rejeté le pourvoi formé par la SA du journal le Midi Libre au motif « *qu'ayant relevé que les statuts de la société ne prévoyaient pas la possibilité d'exclure un actionnaire, la Cour d'appel a estimé à bon droit que la société du journal n'était pas fondée à ordonner la cession de ses actions détenues par les sociétés Etarci et SCPPLM* ». *A contrario*, il est donc possible d'en déduire qu'une clause expresse d'exclusion aurait été considérée comme licite. C'est en ce sens que se prononce le Rapport annuel de la Cour de cassation 1994, p. 342 ; Cass. com., 8 mars 2005, *Bull. civ.* IV, n° 47 ; *D.* 2005, p. 839, obs. A. Lienhard ; *Rev. soc.* 2005, p. 618, note D. Randoux ; *RTD com.* 2005, p. 599, obs. A. Martin-Serf ; *Bull. Joly soc.* 2005, p. 995, note P. Le Cannu : « *il est possible et licite de prévoir dans les statuts, qui constitue le contrat accepté par les parties et fixant leurs droits et obligations, que le redressement judiciaire de l'un des associés lui fera perdre cette qualité* ». Cet arrêt marque bien la généralisation de la validité des clauses d'exclusion dans toutes les sociétés à l'exception des sociétés faisant appel public à l'épargne.

⁹⁴⁶ P. Hoang, « La sanction de l'inexécution du contrat-organisation par exclusion d'un membre », in *Mél. P. Didier*, Economica, 2008, p. 205, spéc. p. 208 ; M. Germain, « La renonciation aux droits propres des associés : illustrations », in *Mél. F. Terré, L'avenir du droit*, Dalloz, 1999, p. 401, spéc. p. 411 ; M. Buchberger, *Le contrat*

fait plus aucun doute en droit commun⁹⁴⁷. Elles en empruntent le régime tant concernant leur formation (1) que leur mise en oeuvre (2).

1- L'identité des conditions de formation de la clause résolutoire et de la clause d'exclusion

251. A l'instar des clauses résolutoires, les clauses d'exclusion impliquent en principe deux exigences pour leur formation : un accord de volonté (a) portant sur un objet déterminé (b).

a- Un accord de volonté

252. La validité des clauses résolutoires et des clauses d'exclusion repose avant tout sur l'accord de volonté dont elles ont fait l'objet.

253. Accord de volonté et principe d'irrévocabilité. En premier lieu, l'accord de volonté permet de concilier le principe d'irrévocabilité du contrat et celui de la rupture unilatérale pour inexécution. Traditionnellement, l'autonomie de la volonté des parties fonde la liberté contractuelle. L'absence de négociation ne retire pas à la clause son caractère conventionnel⁹⁴⁸. Dès lors, sous réserve de leur régularité⁹⁴⁹, les clauses résolutoires permettent de rompre le lien contractuel. L'article 1134, alinéa 2, du Code civil évoque explicitement ce tempérament du principe d'irrévocabilité en disposant que les conventions « *ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise* ». L'existence de ces dérogations démontre la portée depuis toujours relative de ce principe. La résiliation unilatérale conventionnelle figure incontestablement dans la liste des exceptions légales auxquelles

d'apport, Essai sur la relation entre la société et son associé, éd. Panthéon-Assas, 2011, préf. M. Germain, n° 393, p. 324 ; F. Deboissy, « Le contrat de société », in *Le contrat, Le contrat, Travaux de l'Association Henri Capitant*, Société de législation comparée, 2005, p. 119, spéc. p. 142 ; B. Caillaud, *L'exclusion d'un associé*, thèse Paris, 1966, p. 239 ; J. Lepargneur, art. préc., spéc. p. 7 ; N. Perez, th. préc., p. 7.

⁹⁴⁷ La validité des clauses résolutoires en droit commun est incontestable depuis un arrêt de la chambre civile du 2 juillet 1860, *D.* 1860, I, p. 284.

⁹⁴⁸ C. Paulin, *La clause résolutoire*, LGDJ, 1996, préf. J. Devèze, n° 16, p. 22 : « *L'acceptation des clauses du contrat suppose, au premier chef qu'elles soient connues lors de sa conclusion. En revanche, elles ne nécessitent pas une acceptation spécifique, distincte de celle donnée au contrat. Il suffit que, par la connaissance qu'elles en ont, les parties aient intégré la clause dans le champ contractuel* »

⁹⁴⁹ La clause résolutoire est prohibée par le droit de la consommation et soumise à certaines conditions de validité pour les baux.

renvoient « *les causes que la loi autorise* ». Elle peut même s'analyser en une sorte de *mutuus dissensus* anticipé. Par conséquent, le principe d'irrévocabilité ne permet de contester ni la validité des clauses résolutoires ni la validité des clauses d'exclusion.

254. Accord de volonté et droit de rester associé. En deuxième lieu, la stipulation d'une clause d'exclusion justifie l'atteinte portée au droit de rester associé. D'aucuns ont argué du droit contractuel de l'associé à demeurer dans la société pour contester la validité des clauses d'exclusion. L'associé disposerait d'un droit propre intangible de rester dans la société justifiant le refus de son exclusion⁹⁵⁰. Or, ce droit aurait justement pour fondement le droit commun des contrats. La société étant liée contractuellement à l'associé, celle-ci ne peut par volonté unilatérale résilier le contrat⁹⁵¹. Pour certains auteurs, le fait que cette résiliation unilatérale trouve son origine dans un accord de volonté est indifférent⁹⁵². Pourtant, fonder l'interdiction des clauses d'exclusion sur le droit commun n'est pas satisfaisant puisque même si le principe d'irrévocabilité se déduit de l'article 1134, alinéa 1^{er}, du Code civil, le second alinéa évoque l'existence d'exceptions. Partant, de la même manière qu'on admet la possibilité pour un contractant de renoncer par anticipation à se prévaloir du principe d'irrévocabilité, l'accord de l'associé donné dans les statuts⁹⁵³ vaut renonciation à son droit de rester dans la société⁹⁵⁴. Edmond Thaller avait par ailleurs déjà annoncé le caractère relatif de ce droit : l'actionnaire aurait seulement « *un droit acquis à ne pas être exclu de la société sans son consentement* »⁹⁵⁵.

⁹⁵⁰ CA Paris, 26 mai 1989, *JCP E* 1990, II, 15677, note A. Viandier et J.-J. Caussain ; *RTD com.* 1989, p. 683, obs. Y. Reinhard ; A. Viandier, *La notion d'associé*, LGDJ, 1978, préf. F. Terré, n° 111, p. 111 ; D. Randoux, note sous Cass. com., 13 décembre 1994, *Rev. soc.* 1995, p. 298 ; Y. Pagnerre, th. préc., n° 555, p. 624 ; L. Michoud, *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français, Seconde partie, La vie des personnes morales, leur suppression et ses conséquences*, LGDJ, 1932, n° 174 ; I. Sauget, *Le droit de retrait de l'associé*, Paris X, 1991, n° 223, p. 211.

⁹⁵¹ P. Hoang, art. préc., spéc. p. 206.

⁹⁵² A. Viandier et J.-J. Caussain, note sous CA Reims, 24 avril 1989, *JCP E* 1990, II, 15677.

⁹⁵³ Pour être valable, la clause doit figurer dans les statuts qui matérialisent le contrat de société et le contrat d'apport. V. Y. Pagnerre, th. préc., n° 568, p. 640-641 : « *Ayant pour effet de briser le lien qui unit le membre au groupement, la clause d'exclusion n'est licite que si elle est inscrite dans les statuts. Par conséquent, est atteinte de nullité la clause d'exclusion figurant dans le règlement intérieur des assemblées générales, sauf si les statuts renvoient à ce dernier la fixation des modalités d'exclusion* » ; J.-J. Daigre, « La perte de la qualité d'actionnaire », *Rev. soc.* 1999, p. 535, spéc. p. 541 ; en ce sens, v. Cass. com., 2 juin 1987, *Bull. civ.* IV, n° 133 ; Cass. com., 8 février 1982, *Bull. Joly soc.* 1982, p. 970 ; Cass. civ. 2^e, 5 juin 1996, *Dr. soc.* 1996, comm. 161, note T. Bonneau.

⁹⁵⁴ M. Germain, « La renonciation aux droits propres des associés : illustrations », in *Mel. F. Terré, L'avenir du droit*, Dalloz, 1999, p. 401, spéc. p. 404 ; A. Mignon-Colombet, th. préc., n° 53, p. 50 : « *la référence à la renonciation est critiquable car l'associé renoncerait alors à un droit qui n'est pas encore acquis* ».

⁹⁵⁵ E. Thaller, note sous Cass. civ., 30 mai 1893, *D.* 1893, p. 105.

Par conséquent, loin d'avoir une conception stricte de la prohibition, l'atteinte au droit de rester associé apparaît licite⁹⁵⁶.

255. Accord de volonté et droit de propriété. En troisième et dernier lieu, l'accord de volonté permet de supprimer l'atteinte portée au droit de propriété. En effet, certains ont fait valoir que la sanction de l'exclusion s'apparentait à une réelle mesure de rétorsion puisque l'associé exclu se trouve par la même exclu du partage des bénéfices qui continuera pour autant à se réaliser entre les associés restants⁹⁵⁷. Partant, l'exclusion constituerait une atteinte intolérable au droit de propriété. Cependant, pour être caractérisée, l'atteinte au droit de propriété suppose que l'associé soit exclu contre son gré. Or, tel n'est pas le cas dès lors que l'on se souvient que celui-ci a bien consenti antérieurement dans les statuts à la possibilité d'être exclu. Cette clause d'exclusion ne réalise donc pas une expropriation pour utilité privée⁹⁵⁸ telle que définie par le droit constitutionnel⁹⁵⁹.

En outre, peu important le moment où il a consenti à son exclusion⁹⁶⁰. En effet, lorsque la clause figure *ab initio* dans les statuts, son consentement résulte indéniablement de son adhésion. Et lorsque la clause a été introduite en cours de vie sociale, son consentement résulte alors de sa participation à la décision. Si la décision a été prise à la seule majorité même qualifiée, son consentement apparaît de prime abord plus douteux. Toutefois, il est alors possible de considérer

⁹⁵⁶ En ce sens, v. CA Reims, 24 avril 1989, *Gaz. Pal.* 1989, 2, somm., p. 431, note P. de Fontbressin ; *RTD com.* 1989, p. 683, obs. Y. Reinhard ; *JCP E* 1990, II, 15677, note A. Viandier et J.-J. Caussain.

⁹⁵⁷ Y. Pagnerre, th. préc., n° 560, p. 631.

⁹⁵⁸ CA Paris, 7 juin 1988, *Rev. soc.* 1989, p. 246, note S. Dana-Démaret : c'est « *le respect de la volonté des parties qui permet de neutraliser... l'article 545 du Code civil. On peut même considérer que l'adhésion à cette clause comme une manifestation suprême de l'affectio societatis, puisque chaque associé, d'emblée, accepte le principe de son éviction éventuelle dans l'intérêt de la personne morale* » ; N. Molfessis, *Le conseil constitutionnel et le droit privé*, LGDJ, 1997, préf. M. Gobert, n° 533, p. 422 ; J.-J. Daigre, « La perte de la qualité d'actionnaire », *Rev. soc.* 1999, p. 535, spéc. p. 538 : l'exclusion « *ne constitue pas une expropriation mais un simple achat de titres par levée d'option* » et p. 550 ; V. Allegaert, *Le droit des sociétés et les libertés et droits fondamentaux*, PUAM, 2005, préf. F.-X. Lucas, n° 104, p. 142 ; M. Germain, « La renonciation aux droits propres des associés : illustrations », in *Mél. F. Terré, L'avenir du droit*, Dalloz, 1999, p. 401, spéc. p. 404 ; M. Germain et P.-L. Périn, « L'exclusion statutaire des associés de SAS », *Bull. Joly soc.* 2010, § 222, p. 1016, spéc. p. 1017 ; *Contra* : CA Aix-en-Provence, 26 juin 1984, *D.* 1985, p. 372, note J. Mestre ; A. Viandier, *La notion d'associé*, LGDJ, 1978, préf. F. Terré, n° 111, p. 111 ; A. Viandier, note sous CA Paris, 27 février 1997, *JCP E* 1997, 982 : « *il y a en effet un certain nombre de principes cardinaux du droit des sociétés... auxquels on ne saurait déroger, quand bien même la loi serait muette ; ces règles sont la trace de la nature contractuelle de la société ; elles sont hors d'atteinte de la loi institutionnelle de la majorité* » ; G. Durant-Lépine, « L'exclusion des actionnaires dans les sociétés non cotées », *LPA*, 24 juillet 1995, n° 88, p. 7, spéc. p. 8.

⁹⁵⁹ N. Molfessis, *Le conseil constitutionnel et le droit privé*, LGDJ, 1997, préf. M. Gobert, n° 533, p. 422.

⁹⁶⁰ M.-C. Monsallier, *L'aménagement contractuel du fonctionnement de la société anonyme*, LGDJ, 1998, préf. A. Viandier, n° 637, p. 263.

que l'associé a accepté indirectement le risque d'être exclu puisque par son adhésion aux statuts il a accepté de se soumettre à la loi de la majorité⁹⁶¹. Il semble cependant plus légitime de considérer que seul un consentement individuel de l'associé vaut acceptation de la privation potentielle de son droit de propriété⁹⁶².

D'opinion unanime, l'accord ne constitue cependant pas une condition suffisante. L'associé doit également percevoir une indemnisation. En effet, mise en exergue par Edmond Thaller⁹⁶³, l'indemnisation constitue la condition *sine qua non* de validité de l'accord. Admettre que l'associé puisse être exclu sans compensation financière aboutirait à une véritable expropriation de l'associé. En effet, le transfert de propriété de l'apport à la société n'a vocation qu'à être temporaire : la propriété ne lui est attribuée que le temps de son existence ou de la réalisation de son objet social. Aussi, à la dissolution, et sauf à ce que la société réalise des pertes, l'associé dispose-t-il du droit de reprendre son apport. Dès lors, rien ne justifie que son départ anticipé, même forcé, lui fasse perdre ce droit. L'accord et l'indemnisation constituent des conditions cumulatives et le défaut de l'une d'elle rend illégitime l'atteinte au droit de propriété. Il n'est dès lors pas surprenant que la jurisprudence l'ait exigée de manière explicite sous peine de nullité de la décision⁹⁶⁴ et peu important que la sanction soit prononcée à titre de remède ou de

⁹⁶¹ E. Thaller, note sous Cass. civ., 30 mai 1893, *D.* 1893, p. 109 : faisant référence au changement des statuts apporté par l'assemblée générale, l'auteur affirme que « si la nature de ce changement est indiquée dans la convention primitive, avec attribution à la moitié du capital du droit de voter, la minorité s'est inclinée d'avance devant la décision de la majorité pars... Elle est régulière non parce que l'organe de la compagnie a statué à la majorité des voix, mais parce que le changement prend sa base sur l'unanimité du début, en dépit de l'opposition manifestée dans la suite ».

⁹⁶² En ce sens, v. T. com. Versailles, 2 mai 1989, *Bull. Joly soc.* 1989, p. 615, note Y. Sexer ; S. Dariosecq et N. Métais, « Les clauses d'exclusion, solution à la mésentente entre associés », *Bull. Joly soc.* 1998, § 286, p. 908, spéc. p. 912 ; M. Germain, « La renonciation aux droits propres des associés : illustrations », in *Mel. F. Terré, L'avenir du droit*, Dalloz, 1999, p. 401, spéc. p. 404 ; Y. Pagnerre, *L'extinction unilatérale des engagements*, éd. Panthéon-Assas, LGDJ, 2012, préf. B. Teyssié et J.-M. Olivier, n° 566, p. 638 ; J. Granotier, « L'exclusion d'un associé : vers de nouveaux équilibres ? », *D.* 2009, p. 1067, spéc. p. 1068 ; R. Mortier, *Le rachat par la société de ses droits sociaux*, Dalloz, 2003, préf. J.-J. Daigre, n° 143, p. 121 ; J.-P. Garçon, « L'exclusion d'un associé de société civile », A propos de Cass. com., 20 mars 2012, *JCP N* 2012, n° 1332, p. 43, spéc. p. 45 ; *Contra* : B. Caillaud, *L'exclusion d'un associé*, thèse Paris, 1966, p. 250 ; Y. Paclot, note sous Cass. com., 13 décembre 1994, *JCP E* 1995, 142 ; L. Grosclaude, *Le renouvellement des sanctions en droit des sociétés*, thèse Paris I, 1997, p. 316 : pour des raisons pragmatiques, l'auteur préconise l'adoption des clauses d'exclusion aux conditions de quorum et de majorité requises pour les modifications statutaires. L'exigence de l'unanimité aurait pour conséquence « de limiter la validité de ces clauses à des sociétés de petite taille ». De surcroît, il est toujours possible pour les associés minoritaires de se prévaloir d'un abus de majorité pour annuler la décision d'insertion de la clause d'exclusion.

⁹⁶³ E. Thaller, note sous Cass. civ., 30 mai 1893, *D.* 1893, p. 105 : l'associé « a un droit acquis à ne pas être exclu de la société quand les autres y restent ».

⁹⁶⁴ CA Paris, 7 juin 1988, *Bull. Joly soc.* 1988, p. 789, note L. Grynbaum ; *Rev. soc.* 1989, p. 246, note S. Dana-Desmaret.

sanction⁹⁶⁵. En effet, l'indemnisation garantit la pérennisation du droit de propriété, puisque « *plus qu'un droit sur la chose, la propriété est un droit à la valeur de la chose* »⁹⁶⁶. Ce qui importe c'est que l'associé perçoive une indemnité égale à la valeur de ses parts. En revanche, les associés sont libres dans la détermination des modalités de l'évaluation⁹⁶⁷. En toute logique, cependant, l'associé doit prétendre obtenir la valeur réelle de ses actions au moment de l'exclusion.

256. Il ne suffit cependant pas que l'accord des contractants soit donné pour admettre la validité de la clause résolutoire, il faut encore que celui-ci porte sur un objet déterminé.

b- Un objet déterminé

257. En droit commun des contrats, la validité de la clause résolutoire n'est pas subordonnée au seul consentement du contractant. De surcroît et par application de l'article 1129 du Code civil, il faut que la clause porte sur un objet déterminé ou tout du moins déterminable. Cela implique que la clause résolutoire doive être univoque et précise⁹⁶⁸. Il en résulte que les parties doivent mentionner rigoureusement les manquements susceptibles de conduire à l'extinction du contrat⁹⁶⁹. Le principe de liberté contractuelle est indissociable de celui de prévisibilité⁹⁷⁰. C'est ce qui permet à Madame Catherine Popineau-Dehaullon d'affirmer que si le

⁹⁶⁵ *Ibid.*

⁹⁶⁶ V. Allegaert, *Le droit des sociétés et les libertés et droits fondamentaux*, PUAM, 2005, préf. F.-X. Lucas, n° 111, p. 149.

⁹⁶⁷ *Ibid.* : le prix peut être fixé dans les statuts mais également, à défaut de clause contraire ou compromissaire, par recours à un expert ; en ce sens, v. L. Grosclaude, th. préc., p. 319 ; J.-P. Garçon, art. préc., spéc. p. 46 ; J. Granotier, art. préc., spéc. p. 1072-1073. La Cour de cassation semble conforter la position de la doctrine. V. Cass. com., 24 novembre 2009, pourvoi n° 08-21369 ; *JCP E* 2010, 1200, note M.-L. Coquelet ; *Bull. Joly soc.* 2010, p. 318, obs. P. Le Cannu et H. Mathez ; *Rev. soc.* 2010, p. 21, obs. J. Moury ; *Rev. soc.* 2011, p. 149, obs. H. Le Nabasque.

⁹⁶⁸ C. Popineau-Dehaullon, *Les remèdes de justice privée à l'inexécution du contrat étude comparative*, LGDJ, 2008, préf. M. Goré, n° 123, p. 73 ; C. Paulin, *La clause résolutoire*, LGDJ, 1996, préf. J. Devèze, n° 18, p. 26 ; Y.-M. Laithier, *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, LGDJ, 2004, préf. H. Muir Watt, n° 167, p. 241 ; v. par exemple Cass. civ. 1^{ère}, 25 novembre 1986, *Bull. civ. I*, n° 79 ; *RTD civ.* 1987, p. 313, obs. J. Mestre ; Cass. civ. 3^e, 7 décembre 1988, *Bull. civ. III*, n° 176 ; Cass. civ. 3^e, 12 octobre 1994, *Bull. civ. III*, n° 178.

⁹⁶⁹ C. Paulin, th. préc., n° 19, p. 29 : la Cour de cassation a toujours exigé que « *la clause réprime seulement la violation d'une obligation expresse du contrat* » ; v. par exemple Cass. civ. 3^e, 17 juillet 1986, *Bull. civ. III*, n° 115 ; *Rev. loyers* 1986, p. 433 ; Cass. civ. 3^e, 29 avril 1985, *Bull. civ. III*, n° 71 ; Cass. civ. 3^e, 9 décembre 1980, *Bull. civ. III*, n° 191 ; Cass. civ. 3^e, 3 avril 1973, *Bull. civ. III*, n° 249 ; Cass. civ. 3^e, 4 novembre 1971, *Bull. civ. III*, n° 534 ; Cass. civ. 3^e, 6 février 1969, *Bull. civ. III*, n° 115 ; Cass. civ. 2^e, 1^{er} juin 1961, *Bull. civ. II*, n° 403.

⁹⁷⁰ C. Paulin, th. préc., n° 19, p. 29 : « *Cette jurisprudence mérite, dans son principe, approbation. Elle contribue à l'information du débiteur à qui la clause est le plus souvent proposée* ».

créancier dispose d'un droit potestatif, il n'est cependant pas purement potestatif puisque dépendant de l'existence d'une inexécution prévue au contrat⁹⁷¹. L'exigence de précision est d'autant plus nécessaire en raison du caractère automatique de la sanction. En conséquence, les parties doivent non seulement accepter le principe de la sanction de la résolution mais également les manquements susceptibles d'aboutir à son prononcé.

En droit des sociétés, il en est *a priori* de même. L'exclusion *ad nutum* est majoritairement condamnée par la doctrine⁹⁷². Cette position est doublement justifiée. D'abord, l'exclusion *ad nutum* constituerait une expropriation injuste. Ensuite, et surtout, elle heurterait l'exigence de prévisibilité contractuelle⁹⁷³. Cette condition prend d'autant plus son sens dès lors que l'on assimile la clause d'exclusion à une augmentation des engagements des associés⁹⁷⁴. La détermination de ces faits objectifs permet au juge de contrôler la légitimité de la sanction⁹⁷⁵. Pour autant, les parties sont en droit d'introduire dans les statuts une clause prenant la forme d'un motif assez général. Mais, dans ce cas, l'exclusion échappe au régime de droit commun pour être soumise aux règles du pouvoir disciplinaire⁹⁷⁶. La détermination de faits précis pour déclencher la procédure d'exclusion réduit la marge de manœuvre du juge. Il se contente de vérifier que les conditions de la clause sont bien respectées, mais n'a pas le pouvoir d'apprécier l'opportunité de la décision⁹⁷⁷. En définitive, la nullité de la décision ne pourra être prononcée que pour vice de procédure⁹⁷⁸ ou pour défaut de qualité d'un des membres de l'organe collégial ayant voté l'exclusion. En d'autres termes, le contrôle du juge porte davantage sur les conditions de mise en oeuvre que sur les conditions de formation.

⁹⁷¹ C. Popineau-Dehaillon, th. préc., n° 120, p. 72.

⁹⁷² *Contra* : J. Lepargneur, *L'exclusion d'un associé*, *Journ. soc.* 1928, p. 1.

⁹⁷³ L. Grosclaude, *Le renouvellement des sanctions en droit des sociétés*, thèse Paris I, 1997, p. 317; S. Dariosecq et N. Métais, « Les clauses d'exclusion, solution à la mésentente entre associés », *Bull. Joly soc.* 1998, p. 908, § 286, spéc. p. 912; P. Hoang, « La sanction de l'inexécution du contrat-organisation par exclusion d'un membre », in *Mél. P. Didier*, *Economica*, 2008, p. 205, spéc. p. 210; G. Durant-Lépine, *L'exclusion des actionnaires dans les sociétés non cotées*, *LPA*, 24 juillet 1995, n° 88, p. 7, spéc. p. 11; en ce sens, v. Cass. com., 21 novembre 1989, pourvoi n° 87-15332; *Bull. Joly soc.* 1990, p. 91, § 18, note P. L. C.; Cass. civ. 1^{ère}, 15 mars 1910, *D.* 1913, 5, 30; Cass. civ. 1^{ère}, 16 mai 1972, *Bull. civ.* I, n° 127.

⁹⁷⁴ Cass. com., 13 février 2001, pourvoi n° 98-13059; *Droit et patr.* octobre 2001, p. 100, obs. D. Poracchia : « Pour être engagés, les associés doivent avoir accepté non seulement le principe d'une augmentation de leurs engagements, mais encore les modalités de cette augmentation, et qu'ils ne peuvent donc pas être condamnés à s'exécuter lorsque lesdites modalités demeurent indéterminées ou indéterminables ».

⁹⁷⁵ Il est impossible pour les parties de prévoir une clause de renonciation au droit d'agir en justice. Le juge doit pouvoir opérer son contrôle non seulement sur les motifs mais également sur le respect des droits de la défense. V. T. Bonneau, note sous Cass. com., 21 octobre 1997, *Dr. soc.* 1998, comm. 1.

⁹⁷⁶ V. *infra*, n° 267 et s.

⁹⁷⁷ J. Lepargneur, « L'exclusion d'un associé », *Journ. soc.* 1928, p. 1, spéc. p. 8.

⁹⁷⁸ V. not. Cass. civ. 1^{ère}, 28 mars 2000, *Bull. civ.* I, n° 109.

2- L'identité des conditions de mise en oeuvre de la clause résolutoire et de la clause d'exclusion

258. Outre les conditions de formation, les conditions de mise en oeuvre sont elles aussi comparables à celles du droit commun. La clause d'exclusion suppose une mise en oeuvre unilatérale (a) et extinctive (b).

a- Une mise en oeuvre unilatérale

259. Le caractère unilatéral de la décision. La résolution conventionnelle est incontestablement classée dans la catégorie des résolutions unilatérales⁹⁷⁹. Acte de justice privée mis en oeuvre par le créancier, il présente l'avantage d'être soustrait au contrôle judiciaire de son opportunité. Toutefois, à la différence de la véritable résiliation unilatérale, elle a son origine dans le contrat même. En droit des sociétés, l'exclusion statutaire s'apparente sans aucun doute à une résiliation unilatérale⁹⁸⁰ dès lors que la mise en oeuvre de la clause d'exclusion appartient, là aussi, à la seule société cocontractante⁹⁸¹.

260. Le choix de l'organe mandataire de la société. Cependant, à la différence des contrats traditionnels régis par le droit commun, la personne morale ne peut s'exprimer en tant que telle. Partant, quel est l'organe compétent pour décider l'exclusion ? A défaut de précision

⁹⁷⁹ C. Jamin, « Les sanctions unilatérales de l'inexécution du contrat : trois idéologies en concurrence », in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, dir. C. Jamin et D. Mazeaud, Economica, 1999, p. 71, spéc. p. 71 ; R. Encinas de Munagorri, *L'acte unilatéral entre les parties au contrat*, thèse Paris X, 1994, p. 122 : « La résolution conventionnelle s'oppose alors seulement à la résolution judiciaire, et non comme on le dit parfois, à la résolution unilatérale. Car le fait que la résolution repose sur le fondement d'une clause résolutoire ne lui retire en rien son caractère unilatéral. Autrement dit, il n'est pas exact d'opposer la résolution conventionnelle à la résolution unilatérale. Dans les deux cas, la résolution est unilatérale, au sens où elle est un acte de justice privé à l'initiative du seul créancier » ; Y. Pagnerre, *L'extinction unilatérale des engagements*, éd. Panthéon-Assas, LGDJ, 2012, préf. B. Teyssié et J.-M. Olivier, n° 205, p. 215-216.

⁹⁸⁰ P. Lokiec, *Contrat et pouvoir, essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, LGDJ, 2004, préf. A. Lyon-Caen, n° 555, p. 403 ; Y. Pagnerre, th. préc., n° 236, p. 250 : « L'exclusion d'un membre d'un groupement d'une personne morale (est) également un acte unilatéral extinctif à formation collégiale ».

⁹⁸¹ La société étant partie au contrat d'apport, c'est à elle que revient la décision de mise en oeuvre ; *Contra* : N. Perez, *L'exclusion d'un associé (Code de commerce de Panama)*, thèse Paris, 1959, p. 125 : « L'action d'exclusion n'appartient pas aux organes de la société, mais aux associés en tant que parties d'un contrat synallagmatique ». Cette affirmation n'est incontestable qu'autant que l'on nie l'existence du contrat d'apport.

légale⁹⁸², il semble possible de considérer que les parties sont libres de choisir l'organe décisionnel. La Cour de cassation a d'ailleurs récemment admis de manière explicite que la compétence décisionnelle puisse être conférée à un gérant unique⁹⁸³. Toutefois, en raison de la gravité de la décision, il semble souhaitable de désigner un organe collectif⁹⁸⁴ tel que le conseil d'administration ou l'assemblée générale⁹⁸⁵. En effet, la collégialité permet *a priori* de conférer un caractère moins subjectif à la décision d'exclusion⁹⁸⁶. Les associés peuvent d'ailleurs convenir d'une procédure plus complexe habilitant les deux organes⁹⁸⁷. Toutefois, si les associés requièrent une décision de l'assemblée générale, ils doivent encore préciser si la majorité suffit⁹⁸⁸

⁹⁸² Dans les sociétés à capital variable, la loi impose de conférer la compétence décisionnelle à l'assemblée : article L. 231-6, alinéa 2, du Code de commerce. A l'inverse, les articles 7 de la loi n° 47-1175 du 10 septembre 1947 et L. 227-16 du Code de commerce laissent toute latitude aux statuts des sociétés coopératives et des SAS pour choisir l'organe compétent. Des conflits de hiérarchie de normes peuvent cependant exister et il n'est pas toujours évident de savoir quelle est la disposition spéciale qui doit prévaloir. Quelle disposition doit s'appliquer en présence d'une SAS ou d'une coopérative à capital variable ? La jurisprudence semble encline à faire prévaloir les dispositions spéciales dérogeant à l'article L. 231-6, alinéa 2, du Code de commerce dans le cadre d'une société coopérative (Cass. com., 13 juillet 2010, pourvoi n° 09-16156 ; *Bull. civ.* 2010, IV, n° 129 ; Cass. com., 9 novembre 2010, pourvoi n° 10-10150). Toutefois, la solution serait-elle la même en matière de SAS à capital variable ? La réponse est plus qu'incertaine. V. J. Granotier, art. préc., spéc. p. 1068-1069.

⁹⁸³ Cass. com., 20 mars 2012, *Bull. civ.* IV, n° 60 ; *Rev. soc.* 2012, p. 435, note A. Couret, *RTD com.* 2012, p. 348, obs. A. Constantin : confirmant la décision d'appel, la Cour de cassation a validé la décision d'exclusion prise par le gérant sans consultation préalable de l'assemblée. Les statuts prévoyaient la mise en œuvre de l'exclusion en cas de perte de la qualité d'associé et la faculté dans cette hypothèse pour le gérant d'y procéder. En l'espèce, la mise en œuvre de l'exclusion par un organe individuel était d'autant moins gênante que « l'exclusion était non seulement objectivement mise en œuvre » et « procédait d'un effet quasi mécanique du licenciement ». En d'autres termes, ainsi que le souligne Monsieur Jean-Pierre Garçon, art. préc., spéc. p. 45 à 47 : « la compétence doit être appréciée en fonction du degré d'automatisme, ou plutôt d'objectivité du motif d'exclusion » ; en ce sens, v. M. Laroche, « Exclusion d'un associé de société civile : quelques réflexions sur les dernières précisions », note sous Cass. com., 20 mars 2012, *D.* 2012, p. 1585 spéc. p. 1587. Il y a fort à penser que la solution n'aurait pas été la même en présence d'un manquement non précisément indiqué dans les statuts, telle la référence à un juste motif d'exclusion, impliquant la mise en œuvre d'une procédure disciplinaire.

⁹⁸⁴ S. Dariosecq et N. Métais, « Les clauses d'exclusion, solution à la mésentente entre associés », *Bull. Joly soc.* 1998, § 286, p. 908, spéc. p. 914 ; CA Orléans, 26 septembre 1989, *RJDA* 1989, n° 67 ; S. Dana-Démaret, note sous CA Paris, 7 juin 1988, *Rev. soc.* 1989, p. 246, spéc. p. 252.

⁹⁸⁵ Les deux hypothèses ont été validées par la jurisprudence : pour la compétence du conseil d'administration, v. CA Rouen, 8 février 1974 ; pour la compétence de l'assemblée générale, v. CA Orléans, 26 septembre 1989.

⁹⁸⁶ J.-P. Garçon, art. préc., spéc. p. 47.

⁹⁸⁷ L. Grosclaude, *Le renouvellement des sanctions en droit des sociétés*, thèse Paris I, 1997, p. 319 : l'auteur souligne à cet effet que plusieurs combinaisons sont possibles. Soit, les parties peuvent décider de la compétence exclusive du conseil ou de l'assemblée pour déclencher la procédure, apprécier les motifs et régler les modalités. Ce système a le mérite de la simplicité. Soit, les parties peuvent convenir d'une compétence partagée (compétence du conseil pour la mise en œuvre de la procédure et compétence de l'assemblée pour la décision finale). Cette option confère davantage de légitimité à la décision prise. Soit, enfin, ils peuvent choisir de confier tous les pouvoirs au conseil mais subordonner la validité de l'exclusion à la ratification ultérieure de l'assemblée.

⁹⁸⁸ La majorité simple doit au minimum être requise. En ce sens, v. T. com. Versailles, 2 mai 1989, *RD banc. et bourse* 1989, n° 16, p. 214 ; *Bull. Joly soc.* 1989, § 222, p. 615, note comm. Y Sexer.

ou si tous les associés doivent consentir⁹⁸⁹. A défaut de précision légale, certains auteurs préconisent d'appliquer les conditions de majorité prévues pour les modifications statutaires⁹⁹⁰.

261. Le droit de vote de l'exclu membre de l'organe compétent. Se pose alors la difficulté de déterminer si l'associé fautif qui fait partie de l'organe compétent peut disposer du droit de vote sur sa décision d'exclusion. Une réponse négative semble en tout état de cause s'imposer. Admettre que l'associé puisse se prononcer sur la question de sa propre exclusion n'a *a priori* aucun sens. On ne peut pas demander à l'associé concerné par la procédure d'exclusion de faire preuve d'impartialité dans son vote. Partant, la solution aboutit à garantir l'immunité à un associé majoritaire⁹⁹¹. Or, corroborant le caractère absolu du droit de vote, la jurisprudence a cependant affirmé que celui-ci ne peut être supprimé par les statuts que dans les cas prévus par la loi⁹⁹². Plus encore, aux vises des articles 1844, alinéa 1, du Code civil et L. 227-16 du Code de commerce, la Cour de cassation a précisément annulé une décision d'exclusion de l'associé majoritaire d'une société par actions simplifiée car celui-ci n'avait pas pris part au vote⁹⁹³. La position de la jurisprudence sur la question est donc ferme. La solution jurisprudentielle se révèle d'autant plus sévère que les associés avaient en l'espèce expressément stipulé par une clause des statuts adoptée à l'unanimité que la décision d'exclusion serait réservée aux autres associés. Si la décision concernait une société par actions simplifiée, *a fortiori*, elle a vocation à s'appliquer aux autres sociétés plus institutionnelles. Le caractère d'ordre public de l'article 1844, alinéa 1, du Code civil inhibe la liberté contractuelle des associés. En conséquence, afin de remédier à la possible immunité conférée à l'associé défaillant, il est loisible, d'une part, de confier le vote à d'autres organes et, d'autre part, de minorer le droit de vote de l'associé à l'encontre de qui la décision est prise⁹⁹⁴. En effet, si le législateur et la jurisprudence prohibent la suppression du droit de vote, ils ne proscrivent pas pour autant tout aménagement. On peut très bien imaginer que les

⁹⁸⁹ J. Lepargneur, « L'exclusion d'un associé », *Journ. soc.* 1928, p. 1, spéc. p. 8.

⁹⁹⁰ L. Grosclaude, th. préc., p. 319.

⁹⁹¹ *Ibid.* : « L'associé doit assurément être exclu d'un vote le concernant au premier chef, même si la sauvegarde des droits de la défense commande qu'il soit présent lors de la décision ».

⁹⁹² Cass. com., 9 février 1999, Château d'Yquem, *Bull. civ.* IV, n° 44 ; *D. aff.* 1999, p. 593, note M. B ; *Defr.* 1999, p. 625, note H. Hovasse.

⁹⁹³ J.-J. Daigre, « La perte de la qualité d'actionnaire », *Rev. soc.* 1999, p. 535, spéc. 548 ; Cass. com., 23 octobre 2007, n° 06-16537, A. Albortchire, « Précisions sur le droit de vote de l'associé d'une SAS visé par une mesure d'exclusion », *LPA*, 22 janvier 2008, n° 16, p. 13.

⁹⁹⁴ M. Germain et P.-L. Périn, art. préc., spéc. p. 1022.

associés prévoient dans cette hypothèse précise de n'attribuer qu'une voix par associé⁹⁹⁵ et permettre ainsi à la société d'anéantir le contrat d'apport qui la lie à l'associé majoritaire. En effet, la clause résolutoire constitue un remède efficace puisque, dès lors que les conditions sont réunies, elle met fin de plein droit à la relation contractuelle.

b- Une mise en œuvre extinctive

262. Dichotomie entre extinction du contrat de société et extinction du contrat d'apport. En droit commun des contrats, la clause résolutoire a pour caractéristique de mettre fin à l'engagement qui lie les parties⁹⁹⁶. Là encore en résulte un paradoxe : destructrice du contrat, elle permet pourtant de remédier à l'atteinte portée à la force obligatoire du contrat. En matière sociétaire, la clause résolutoire constitue d'autant plus un instrument de préservation de la force obligatoire que son application a pour effet de rétablir la force obligatoire du contrat d'apport et de sauvegarder celle du contrat de société. Toutefois, réfutant toute assimilation entre clause résolutoire et clause d'exclusion, certains soulignent justement que la clause d'exclusion n'a pas pour effet d'anéantir le contrat de société⁹⁹⁷. Au vrai, c'est la reconnaissance d'un contrat

⁹⁹⁵ En ce sens, v. J. Granotier, art. préc., spéc. p. 1070.

⁹⁹⁶ C. Popineau-Dehaullon, *Les remèdes de justice privée à l'inexécution du contrat étude comparative*, LGDJ, 2008, préf. M. Goré, n° 128, p. 76 : « La clause résolutoire entraîne la destruction de l'intégralité du contrat. Ce dernier ne produit plus d'effet à l'égard des parties. La résolution ne peut entraîner une simple modification du contrat, elle constitue au contraire une rupture du lien contractuel ».

⁹⁹⁷ M. Germain et R. Vatinet, « Le pouvoir disciplinaire des personnes morales de droit privé », in *Mél. Y. Guyon, Aspects actuels du droit des affaires*, Dalloz, 2003, p. 397, spéc. p. 407 ; Y. Guyon, *Traité des contrats, les sociétés, Aménagements statutaires et conventions entre associés*, 5^e éd., LGDJ, 2002, n° 98 : « Certes la clause d'exclusion paraît s'apparenter à une clause résolutoire, qui serait valable par application de l'article 1184 du Code civil, dès lors qu'elle a été stipulée dans les statuts d'origine ou acceptée par tous les associés. Néanmoins l'analogie n'est indiscutable que si l'on estime que le lien contractuel unit uniquement la société à l'associé. Le second n'ayant pas exécuté ses obligations, la première peut demander la résolution. En revanche si un lien contractuel unit aussi les associés entre eux, l'exclusion n'est pas une résolution car elle ne met pas entièrement fin au contrat, puisque la société continue entre les autres associés » ; Y. Pagnerre, th. préc., n° 556, p. 624-625 : « Premièrement, il n'est pas adéquat de raisonner par analogie entre, d'un côté, un groupement né d'un contrat-organisation poursuivant une finalité propre détachée de la seule somme des intérêts de ses membres et, de l'autre, un contrat-échange poursuivant la satisfaction d'intérêts divergents. Deuxièmement, la clause vise seulement la rupture de l'engagement entre le membre et le groupement et non celle du contrat-organisation. Troisièmement, l'exercice de la clause d'exclusion-sanction est appréhendé, par les auteurs, à travers le concept de pouvoir disciplinaire qui s'éloigne par nature du simple droit de résolution offert par une clause résolutoire ». L'auteur, cependant, tout en niant l'existence d'un contrat d'apport et l'analogie avec les clauses résolutoires, reconnaît pour autant à l'exclusion la nature d'acte extinctif et la distingue ainsi d'une simple modification du contrat de société (n° 302, p. 317-318) ; M. Planiol, note sous CA Aix, 23 novembre 1904, *DH* 1905, 2, 121 : « l'exclusion d'un associé n'est pas autre chose que la résolution du contrat qui le lie à ses coassociés ».

d'apport superposé au contrat de société qui permet de rétablir l'analogie⁹⁹⁸. Si la mise en œuvre de la clause n'a pas d'effet extinctif concernant le contrat de société, elle anéantit cependant le contrat qui lie l'associé défaillant à la société. La mise en œuvre de la clause fait perdre à l'associé sa qualité de partie au contrat d'apport et par ricochet sa qualité de partie au contrat de société⁹⁹⁹.

263. Dichotomie entre extinction et cession du contrat d'apport. L'adéquation entre la clause résolutoire et la clause d'exclusion ne semble cependant pas pouvoir être établie lorsque les clauses stipulent le rachat des parts de l'associé défaillant et non l'anéantissement du contrat d'apport¹⁰⁰⁰. L'extinction du contrat d'apport suppose une absence de transfert de propriété des droits sociaux¹⁰⁰¹ et implique, donc, une annulation immédiate des parts de l'associé défaillant¹⁰⁰². La stipulation de telles clauses est expressément autorisée par le législateur au sein des sociétés par actions simplifiées¹⁰⁰³, des sociétés à capital variable¹⁰⁰⁴ et des groupements d'exploitation en commun¹⁰⁰⁵. En effet, si le législateur évoque dans ces dispositions l'existence d'un « rachat » par la société, celui-ci doit immédiatement être suivi d'une annulation des droits sociaux. Il semble donc bien que l'on soit en présence d'un anéantissement du contrat d'apport et

⁹⁹⁸ V. Allegaert, *Le droit des sociétés et les libertés et droits fondamentaux*, PUAM, 2005, préf. F.-X. Lucas, n° 104, p. 141.

⁹⁹⁹ N. Perez, *L'exclusion d'un associé (Code de commerce de Panama)*, thèse Paris, 1959, p. 187 : par la perte de sa qualité d'associé, l'exclu perd son droit aux bénéfices, son droit de vote, son droit de représenter la société ou de participer à l'administration du groupement, mais il n'est plus tenu à ses obligations. Il demeure cependant tenu à l'égard des tiers lorsque l'associé est tenu d'une obligation aux dettes.

¹⁰⁰⁰ En ce sens, v. M. Buchberger, *Le contrat d'apport, Essai sur la relation entre la société et son associé*, éd. Panthéon-Assas, 2011, préf. M. Germain, n° 382, p. 317 ; I. Sauget, *Le droit de retrait de l'associé*, Paris X, 1991, n° 225, p. 209 : l'auteur définit l'exclusion comme « le droit pour la société de contraindre l'un de ses associés à partir en reprenant ses apports ce qui entraîne une réduction du capital social, elle-même étant tenue d'acheter les parts sociales de son associé exclu ».

¹⁰⁰¹ M. Buchberger, th. préc., n° 367, p. 308-309 : l'auteur distingue, d'un côté, les titres rachetables qui suppose le rachat par la société, de l'autre côté, les titres remboursables qui n'emportent aucun transfert de propriété et fait disparaître le contrat d'apport.

¹⁰⁰² M. Buchberger, th. préc., n° 382, p. 317 : « lorsqu'est mise en œuvre une clause résolutoire ou de résiliation unilatérale aucun rachat n'a lieu. La relation contractuelle disparaît, et avec elle les titres qui ne faisaient que la constater. La réduction du capital n'est en vérité que la régularisation d'une situation temporaire, destinée à prendre en compte la disparition du contant d'apport ». Pour cet auteur, la qualification de clause d'exclusion doit être réservée à ces seules clauses véritablement extinctives. V. sa thèse n° 368 et s., p. 316 et s. ; en ce sens, v. Y. Guyon, *Traité des contrats, les sociétés, Aménagements statutaires et conventions entre associés*, 5^e éd., LGDJ, 2002, n° 49 : l'auteur propose de distinguer entre l'exclusion *stricto sensu* qui implique une disparition des droits de l'exclu et la cession forcée qui implique une substitution de titulaire.

¹⁰⁰³ Article L. 227-16, alinéa 1^{er}, du Code de commerce combiné à l'article L. 227-18 du Code de commerce.

¹⁰⁰⁴ Article L. 231-6, alinéa 2, du Code de commerce combiné à l'article L. 231-1, alinéa 1^{er}, du Code de commerce.

¹⁰⁰⁵ Article R. 323-38, alinéa 2 et 3, du Code rural.

non d'une cession¹⁰⁰⁶. En revanche, la validité de telles clauses est plus douteuse en l'absence d'habilitation légale. Dans les sociétés anonymes, les rachats d'actions sont rigoureusement prévus¹⁰⁰⁷. Or, ce rachat par la société n'est justement pas prévu en cas d'exclusion d'un associé. Dans les sociétés à responsabilité limitée, la loi prohibe tout simplement le rachat par la société de ses propres parts sociales hors procédure régulièrement menée de réduction du capital social¹⁰⁰⁸. Certains auteurs n'ont pas manqué de s'emparer de l'argument pour contester la validité des clauses d'exclusion dans ces sociétés¹⁰⁰⁹. En effet, la nécessaire réduction du capital social consécutive à l'annulation des parts de l'exclu¹⁰¹⁰ semble *a priori* condamner les véritables clauses d'exclusion dans ces sociétés à capital fixe¹⁰¹¹. La consécration légale des clauses d'exclusion dans les seules sociétés à capital variable semble également abonder en ce sens¹⁰¹².

264. Extinction du contrat d'apport et principe de fixité du capital social. Pourtant, et bien qu'il n'existe aucune disposition explicite, il n'est pas impossible de considérer que cette possibilité de rachat suivi d'une annulation immédiate soit également admise dans les sociétés à responsabilité limitée¹⁰¹³. Loin d'interdire la réduction de capital dans ces sociétés, le législateur l'autorise sous réserve de la préservation du fondement du principe de fixité¹⁰¹⁴. Dès lors que la protection des créanciers sociaux est assurée, il n'y a plus aucune raison de prohiber cette réduction¹⁰¹⁵. Or, un droit d'opposition des créanciers est justement prévu dans les sociétés à

¹⁰⁰⁶ Une particularité doit néanmoins être soulignée concernant la société par actions simplifiée. Le législateur a prévu une alternative à l'annulation des parts. Suite au rachat, la société a la possibilité également de conserver six mois et de procéder à leur revente à un ou plusieurs tiers. Dans ce cas, l'on peut refuser d'y voir une véritable clause résolutoire puisque le contrat d'apport se perpétue alors avec le tiers.

¹⁰⁰⁷ Article L. 225-206 et s. du Code de commerce.

¹⁰⁰⁸ Article L. 223-34, alinéa 4, du Code de commerce.

¹⁰⁰⁹ S. de Vendeuil, « Les conseils de Fidal, Les clauses d'exclusion strictement conventionnelles, stipulées dans les statuts d'une société anonyme à capital fixe, ne vont pas de soi... », *JCP E* 1993, pan. 326 ; S. Dariosecq et N. Métais, art. préc., spéc. p. 910.

¹⁰¹⁰ M. Buchberger, th. préc., n° 380, p. 316.

¹⁰¹¹ M. Germain, art. préc., spéc. p. 411 : pour l'auteur, l'exclusion implique nécessairement un rachat par un tiers des parts ; G. Durant-Lépine, art. préc., spéc. p. 13 ; R. Mortier, *Le rachat par la société de ses droits sociaux*, Dalloz, 2003, préf. J.-J. Daigre, n° 170-1, p. 142-143.

¹⁰¹² Article L. 231-6 du Code de commerce. Cette possibilité serait également ouverte aux sociétés civiles sur le fondement de l'article 1869 du Code civil qui consacre les clauses de retrait. V. M. Buchberger, th. préc., n° 379, p. 316.

¹⁰¹³ R. Mortier, th. préc., n° 170-2, p. 143.

¹⁰¹⁴ Son rôle doit désormais être relativisé. V. J.-P. Chiffaut-Moliard, « Plaidoyer pour un capital social négatif », *JCP E* 2003, 1626, p. 1860.

¹⁰¹⁵ En ce sens, v. R. Mortier, th. préc., n° 488, p. 377.

responsabilité limitée¹⁰¹⁶ et dans les sociétés anonymes¹⁰¹⁷. Par conséquent, sous réserve de l'existence d'une fraude, la réduction consécutive à l'exclusion doit être autorisée¹⁰¹⁸. En effet, les clauses résolutoires n'ont justement pas pour but de frauder les droits des créanciers mais d'assurer la pérennité de la société et de sanctionner l'associé défaillant¹⁰¹⁹. La jurisprudence semble d'ailleurs aller dans ce sens. La Cour de cassation¹⁰²⁰ a déjà validé la clause prévoyant à certaines conditions la perte de la qualité d'associé qui pourtant entraînait nécessairement la réduction du capital social.

Plus encore, une partie de la doctrine soutient que l'intégralité des règles édictées en matière de réduction du capital social non motivée par des pertes devrait être évincée. En principe, en effet, la réduction du capital est subordonnée au respect de trois règles. D'une part, la réduction doit être réalisée en conformité avec le principe d'égalité des associés lequel implique pour la société de proposer le rachat à chaque associé. Or, une telle exigence est dépourvue de sens concernant la mise en œuvre d'une clause résolutoire¹⁰²¹. D'autre part, conduisant à une modification des statuts, seule l'assemblée générale devrait être compétente. Or, outre le temps nécessairement requis pour réunir l'assemblée, cette exigence risquerait de paralyser la mise en œuvre de la clause dès lors que l'associé dont on souhaite l'exclusion est majoritaire¹⁰²². Enfin, on l'a dit, la réduction est en principe indissociable de l'existence d'un droit d'opposition des créanciers. Cependant, l'exercice de ce droit compromettrait la plupart du temps la mise en œuvre

¹⁰¹⁶ Article L. 223-34, alinéa 3, du Code de commerce.

¹⁰¹⁷ Article L. 225-205 du Code de commerce.

¹⁰¹⁸ J.-J. Daigre, « La perte de la qualité d'actionnaire », *Rev. soc.* 1999, p. 535, spéc. p. 538.

¹⁰¹⁹ En ce sens, v. M. Buchberger, *Le contrat d'apport, Essai sur la relation entre la société et son associé*, éd. Panthéon-Assas, préf. M. Germain, 2011, n° 394, p. 325.

¹⁰²⁰ Cass. com., 8 mars 2005, *Bull. civ.* IV, n° 47 ; *D.* 2005, p. 839, obs. A. Lienhard ; *Rev. soc.* 2005, p. 618, note D. Randoux ; *RTD com.* 2005, p. 599, obs. A. Martin-Serf ; *Bull. Joly soc.* 2005, p. 995, note P. Le Cannu.

¹⁰²¹ R. Mortier, th. préc., n° 134, p. 112 : « chaque fois qu'une société rachète ses propres actions suite à une exclusion, à un refus d'agrément ou à un retrait, l'égalité des associés est de fait préservée, le processus de désignation de l'associé bénéficiaire du rachat étant purement objectif. De plus, et en second lieu, si l'on appliquait la logique de l'offre publique, la société pourrait être amenée à racheter la totalité de ses propres droits sociaux. On imaginerait mal dans ces conditions, une société procéder à l'exclusion d'un associé ou refuser son agrément ».

¹⁰²² R. Mortier, th. préc., n° 135, p. 113 : « c'est ce caractère inéluctable de la réduction (du capital) qui emporte allègement du processus décisionnel qui l'entoure : en décidant le rachat, les dirigeants sociaux décident également de la réduction du capital qui lui est liée. Décider du contraire reviendrait soit à permettre aux associés de violer la loi (en refusant de voter la réduction obligatoire), soit à conférer à ces derniers un pouvoir de façade, ne tendant qu'à compliquer la gestion sociale » ; en ce sens, v. CA Paris, 12 janvier 1982, *JCP G* 1983, II, 19949, note A. Viandier : dans cet arrêt, la Cour d'appel a décidé que le retrait d'actionnaire qui « a pour résultat inéluctable la réduction du capital implique qu'il soit dérogé aux dispositions de l'article L. 225-204 du Code de commerce selon lesquelles la réduction est décidée par l'assemblée générale extraordinaire ». Certes, la décision a par suite été cassée par la Cour de cassation (Cass. civ. 3^e, 13 décembre 1983, *Bull. Joly soc.* 1984, p. 294) mais uniquement sur un moyen de pure procédure. Par analogie, la solution peut donc semble-t-il être appliquée à l'exclusion.

de la clause. Il est vrai qu'on ne peut trouver dans la loi un fondement suffisamment solide pour écarter ces règles. Pour autant, la réduction du capital ne constituant qu'une conséquence mécanique de l'exclusion, il devrait être permis d'en éluder l'application¹⁰²³. En somme, la volonté des parties de redistribuer les actifs de la société¹⁰²⁴ devrait constituer le critère d'application des règles relatives à la réduction du capital non motivée par des pertes. En effet, par la mise en œuvre de l'exclusion, les associés ne recherchent pas à appauvrir le patrimoine de la société mais à sanctionner l'associé défaillant. En définitive, dès lors que l'exclusion conventionnelle dépend d'un fait objectif, la réduction devrait s'opérer de manière inconditionnelle. La Cour de cassation semble abonder en ce sens. Sans pour autant conditionner l'annulation consécutive et automatique des droits sociaux de l'associé exclu au respect des règles relatives à la réduction du capital social, elle a en effet validé la décision d'exclusion d'un associé d'une société en nom collectif prise par application d'une clause statutaire¹⁰²⁵. Certes, il s'agissait en l'espèce d'une société à responsabilité illimitée qui tend de prime abord à relativiser fortement le principe de fixité du capital social. Toutefois, ainsi que le souligne Monsieur Matthieu Buchberger, la solution n'en est pas moins dangereuse pour les créanciers qui, par voie de conséquence, sont privés de tout recours contre l'associé sortant. Suite à cette décision, la Cour de cassation a d'ailleurs validé la clause insérée dans les statuts d'une société civile prévoyant le rachat imposé par la société de l'un des associés¹⁰²⁶. Nulle part dans sa solution elle ne fait référence aux règles applicables en matière de réduction du capital social, ce qui conforte l'idée que la réduction du capital consécutive à une exclusion serait dispensée de leur application.

¹⁰²³ A. Viandier, note sous CA Paris, 12 janvier 1982, *JCP G* 1983, II, 19949 : « *La motivation de la Cour de Paris pêche ici par excès, car il n'est pas utile ici, de justifier l'inapplication de l'article L. 225-204 du Code de commerce par la spécificité du retrait dans les sociétés d'attribution, il suffit de poser que le retrait d'un associé n'est pas une réduction du capital au sens juridique de cette expression... ce que vise la loi de 1966, c'est l'hypothèse dans laquelle les actionnaires ont résolu de porter atteinte à la fixité du capital social. En revanche, les dispositions de la loi de 1966 n'ont plus à s'appliquer dès lors que la réduction est la conséquence mécanique d'un fait ou d'une décision extérieure à la collectivité des associés* » ; *Contra* : R. Mortier, th. préc., n° 137, p. 116 : « *Il n'est pas exact d'affirmer que les réductions du capital, dès lors qu'elles seraient impliquées par un rachat, ne seraient précisément plus constitutives de réduction de capital. Une telle dénégation n'existe pas* ».

¹⁰²⁴ J.-J. Daigre, art. préc., spéc. 541 : doivent être distinguées les clauses d'exclusion et les promesses unilatérales de ventes car « *les premières ont pour objet premier d'exclure un associé, et pour effet second le rachat de ses titres ; les secondes ont pour objet premier la vente des titres et pour effet second le départ d'un associé* ».

¹⁰²⁵ Cass. com., 8 mars 2005, *Bull. civ. IV*, n° 47 ; *D.* 2005, p. 839, obs. A. Lienhard ; *Rev. soc.* 2005, p. 618, note D. Randoux ; *RTD com.* 2005, p. 599, obs. A. Martin-Serf ; *Bull. Joly soc.* 2005, p. 995, note P. Le Cannu.

¹⁰²⁶ Cass. com., 20 mars 2012, *Bull. civ. IV*, n° 60 ; *Rev. soc.* 2012, p. 435, note A. Couret, *RTD com.* 2012, p. 348, obs. A. Constantin.

En somme, la solution, admise dans ces sociétés, devrait être généralisée à toutes les sociétés à responsabilité illimitée ou non.

265. La date d’extinction du contrat d’apport. Enfin, en droit commun des contrats comme en droit des sociétés, la mise en œuvre de la clause résolutoire met fin pour l’avenir à la relation qui unit les contractants. En effet, le contrat d’apport étant un contrat successif, son extinction opère sans rétroactivité. Pour autant, le moment effectif de l’extinction se révèle différent en ces deux matières. En droit commun, le contrat prend fin lorsque le délai d’exécution indiqué dans la mise en demeure est écoulé. En droit des sociétés, si la clause revêt un caractère automatique, la jurisprudence a différé la date d’extinction au moment du remboursement de l’apport qui concrétise la perte de la qualité d’associé¹⁰²⁷. La détermination de la date exacte à laquelle prend effet l’anéantissement du contrat d’apport est essentielle puisqu’elle permet de connaître le moment où cessera l’exercice des droits pécuniaires et politiques et où s’éteindra l’obligation aux dettes sociales dans les sociétés de personnes¹⁰²⁸.

266. Par conséquent, l’analogie observée entre les conditions de la clause résolutoire et celles de la clause d’exclusion conforte l’idée que la liberté contractuelle constitue le fondement des clauses d’exclusion. Pour autant, elle ne semble pas en constituer le fondement unique.

B- LE POUVOIR DISCIPLINAIRE

267. Outre la liberté contractuelle, la validité des clauses d’exclusion repose également sur la reconnaissance d’un pouvoir disciplinaire de la société (1) dont le régime est spécifique (2).

¹⁰²⁷ Cass. com., 17 juin 2008, (2 arrêts), *Bull. civ.* IV, n° 125 et 126 ; *D.* 2008, p. 1818, note A. Lienhard ; *Bull. Joly soc.* 2008, p. 967, note F.-X. Lucas. Cette solution est la même que celle retenue à l’article 1860 du Code civil en matière d’exclusion légale d’un associé d’une société civile pour cause de faillite. La disposition légale est d’ordre public. V. déjà Cass. civ. 3^e, 9 décembre 1998, *Bull. civ.* 1998, III, n° 243 ; *JCP G* 1999, p. 1395, note J.-P. Garçon ; *JCP N* 1999, n° 17, p. 725 ; *D. aff.* 1999, p. 298, n° 13, note M. B. : « la perte d’actionnaire ne saurait être préalable au remboursement des droits sociaux ». Pour une critique de la solution légale retenue, v. F.-X. Lucas, « Elimination de l’associé de société civile failli ou déconfit », *Bull. Joly soc.* 1999, p. 436 ; M. Laroche, « Perte de la qualité d’associé : quelle date retenir ? », *D.* 2009, chron. p. 1772 : l’auteur propose de fixer la date d’extinction à « la date à laquelle se forme un accord entre l’associé exclu et ses coassociés, la société ou le tiers acquéreur sur le nombre de droits remis et leur valorisation, serait-ce par le recours à un expert désigné conformément aux dispositions de l’article 1843-4 du Code civil ».

¹⁰²⁸ J.-P. Garçon, art. préc., spéc. p. 46.

1- La reconnaissance d'un pouvoir disciplinaire

268. La reconnaissance d'un pouvoir disciplinaire à la société apparaît opportun (b) et puise sa légitimité dans le contrat lui-même (a).

a- Le fondement contractuel du pouvoir disciplinaire

269. **La reconnaissance d'un pouvoir disciplinaire.** Alors que certains auteurs évoquent la liberté contractuelle comme fondement des clauses d'exclusion, d'autres mettent en exergue l'existence d'un pouvoir disciplinaire. Or, une telle analyse ne va pas de soi. En effet, dès lors que ce pouvoir se caractérise par l'existence d'une subordination d'un contractant à l'égard de l'autre¹⁰²⁹, on comprend mal comment il ne vient pas heurter le principe d'égalité entre associés¹⁰³⁰. Pourtant, à la différence du contrat de société dans lequel les associés parties se trouvent dans un rapport d'égalité, les contractants du contrat d'apport ne sont pas placés sur un pied égal¹⁰³¹. En effet, la société dispose d'un pouvoir disciplinaire pour servir son propre intérêt. En somme, la supériorité de l'intérêt de la société sur celui de l'associé légitime la reconnaissance d'un pouvoir déséquilibrant¹⁰³². Pour certains auteurs, ce pouvoir disciplinaire

¹⁰²⁹ A. Fabre, *Le régime du pouvoir de l'employeur*, LGDJ, 2010, préf. A. Lyon-Caen, n° 41, p. 22 : l'auteur affirme que la jurisprudence a fait naître à la charge du salarié une obligation implicite de se soumettre à son employeur caractérisant ainsi un état de subordination du salarié vis-à-vis de son employeur. Il en résulte qu'à son obligation d'accomplir sa prestation de travail s'ajoute une obligation d'obéissance aux ordres et directives de l'employeur tout au long de la prestation.

¹⁰³⁰ A. Legal et J. Brethe de la Gressaye, *Le pouvoir disciplinaire dans les institutions privées*, Sirey, 1938, p. 17-18 ; J.-P. Storck, « La continuation de la société par l'élimination d'un associé », *Rev. soc.* 1982, p. 244 ; M. Germain et R. Vatinet, art. préc., spéc. p. 399 : « *L'exemple du pouvoir disciplinaire de l'employeur est le cas le plus emblématique d'un tel pouvoir, mais il ne doit être utilisé pour les besoins de la comparaison qu'avec prudence. Il est en effet l'expression d'une relation contractuelle de subordination, alors que le groupe promet une relation égalitaire* ». Dès lors que l'on prend en considération uniquement le contrat de société, on aboutit nécessairement à une telle conclusion. Seule l'existence du contrat d'apport permet d'établir ce rapport de subordination.

¹⁰³¹ B. Oppetit, *Les rapports des personnes morales et de leurs membres*, thèse Paris, 1963, p. 117 et p. 120 « *on peut considérer que les actes d'adhésion au groupement des membres constituent un faisceau de contrats conclus entre la personne morale et ses membres ; on ne retrouve pas dans ces contrats l'égalité juridique des parties qui est de règle dans le droit commun des contrats, ce qui explique l'état de subordination dans lequel se trouvent les membres à l'égard de la personne morale* » ; Pour une analyse approchante, v. P. Hoang, « La sanction de l'inexécution du contrat-organisation par exclusion d'un membre », in *Mél. P. Didier*, *Economica*, 2008, p. 205, spéc. p. 207 : l'auteur fait référence à « *une soumission des parties au tout* » ; Y. Pagnerre, *L'extinction unilatérale des engagements*, éd. Panthéon-Assas, LGDJ, 2012, préf. B. Teyssié et J.-M. Olivier, n° 558, p. 629 : « *la clause d'exclusion révèle une situation de sujétion à laquelle se soumettent librement diverses personnes (les membres) au profit d'une autre (le groupement) et qui est inhérent à la nature d'une relation (contrat-organisation) où s'exprime un intérêt propre dépassant la somme des intérêts individuels (l'intérêt social/associatif/syndical)* ».

¹⁰³² V. Lasbordes, *Les contrats déséquilibrés*, PUAM, 2000, préf. C. Saint-Alary-Houin, n° 316, p. 292-293.

puise son fondement dans la théorie institutionnelle de la société qui fait prévaloir la supériorité de l'intérêt de l'institution sur celui de ses membres. Cependant, cette analyse procède d'un amalgame entre institution et pouvoir.

270. Le fondement du pouvoir disciplinaire. Loin de faire injure au contrat, la reconnaissance d'un pouvoir disciplinaire sert l'intérêt du contrat et a vocation à s'étendre à de nombreux rapports contractuels. Si l'institution a pu constituer une théorie commode¹⁰³³ pour expliquer l'existence d'un pouvoir déséquilibrant octroyé à un contractant¹⁰³⁴, elle demeure lacunaire¹⁰³⁵ et insuffisante à paralyser le fondement contractuel¹⁰³⁶.

En premier lieu, l'existence d'un pouvoir déséquilibrant peut exister indépendamment de l'existence d'une institution¹⁰³⁷. Partant, l'existence d'un pouvoir aux mains d'un contractant invite à une refonte de la théorie générale des contrats et à l'édification d'un régime autonome du pouvoir. L'octroi d'un tel pouvoir a en réalité pour fondement la réalisation du bien commun qui se concrétise par la satisfaction de l'intérêt contractuel¹⁰³⁸. Aussi, c'est la prééminence de l'intérêt

¹⁰³³ J. P. Bertrel, « Le débat sur la nature de la société », in *Mél. A. Sayag*, Litec, 1997, p. 131, spéc. p. 134 : la notion d'institution et son régime sont souvent dénoncés pour leur manque de précision. La notion n'apparaît que pour marquer les spécificités de la société par rapport au contrat de droit commun.

¹⁰³⁴ V. not. A. Legal et J. Brethe de la Gressaye, *op. cit.*, p. 34 et s. ; pour un exposé de la théorie de l'institution, fondement du pouvoir disciplinaire et de ses critiques, v. N. Perez, th. préc., p. 13 et s.

¹⁰³⁵ P. Lokiec, *Contrat et pouvoir, essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, LGDJ, 2004, préf. A. Lyon-Caen, n° 562, p. 408 : « Si la théorie de l'institution exerce une attraction certaine, non seulement sur la doctrine mais également sur les juges, il ne faut en aucun cas considérer qu'existe un lien nécessaire entre la formulation d'un standard sous la forme d'un intérêt commun (intérêt de l'entreprise, intérêt social) et la théorie institutionnelle » ; R. Encinas de Munagorri, *L'acte unilatéral entre les parties au contrat*, thèse Paris X, 1994, n° 152, p. 128 ; E. Gaillard, *Le pouvoir en droit privé*, Economica, 1985, n° 96 à 101, p. 66 à 69.

¹⁰³⁶ M. Germain et R. Vatinet, Le pouvoir disciplinaire des personnes morales de droit privé, in *Mél. Y. Guyon*, Aspects actuels du droit des affaires, Dalloz, 2003, p. 397, spéc. p. 398 : « il peut sembler paradoxal de rattacher ainsi le pouvoir disciplinaire au courant contractualiste alors que ce pouvoir est généralement relié de manière mécanique à l'institution. Cependant, la théorie institutionnelle n'a jamais pu fournir de clés explicatives ni de principes directeurs suffisants pour résoudre les problèmes juridiques liés au fonctionnement des groupements autres que par le recours au législateur. Elle doit sans doute son succès aux insuffisances de l'analyse de droit civil du contrat conçu non seulement sur le seul modèle de l'échange, mais aussi sur un modèle trop exclusivement individualiste, ignorant la convention qui lie une collectivité de personnes et donne naissance à un ensemble complexe de relations, organisées et durables. Or, précisément, l'évolution actuelle de l'analyse du contrat met en lumière des rapports spécifiques organisés par certains contrats, collectifs et successifs, et permet de situer le droit disciplinaire dans ce courant contractuel sans doute plus riche de potentialités et d'inventivité que celui de l'institution ne l'a jamais été ».

¹⁰³⁷ P. Lokiec, th. préc., n° 556, p. 405 : « pouvoir et institution ne se confondent pas. Non seulement le régime du pouvoir diffère du droit de l'institution, tel que l'avait envisagé Hauriou, mais encore le pouvoir n'épouse pas les frontières de l'institution ».

¹⁰³⁸ P. Lokiec, th. préc., n° 10, p. 7 : le bien commun est un concept générique permettant d'inclure l'utilité, l'efficacité du contrat, la conformité à l'intérêt social, à l'intérêt de l'entreprise, à l'intérêt général et se distingue par là de la volonté. Ce qui est voulu par les parties n'est pas (nécessairement) ce qui correspond au bien commun.

du contrat sur les intérêts individuels qui justifie l'octroi de ce pouvoir disciplinaire à la société¹⁰³⁹. Cependant, le contrat d'apport fait preuve d'originalité puisque l'intérêt de la société cocontractante se confond avec l'intérêt du contrat, ce qui légitime davantage encore l'attribution de ce pouvoir disciplinaire.

En second lieu, le pouvoir disciplinaire prend bien sa source dans le contrat. D'une part, la sanction d'exclusion ne peut être décidée par la société que si celle-ci est inscrite dans les statuts. Dès lors, ce sont les associés eux-mêmes qui ont octroyé à la société ce pouvoir déséquilibrant¹⁰⁴⁰. C'est donc parce que l'associé l'a acceptée que la sanction disciplinaire peut être prononcée¹⁰⁴¹. Là s'arrête justement l'analogie avec le contrat de travail pour lequel la Cour de cassation a admis que l'absence de sanction prévue dans le contrat ou dans le règlement intérieur ne suffisait pas à « priver le patron d'un pouvoir disciplinaire, inhérent à sa qualité et dont il a la faculté, en l'absence de règlement intérieur, de faire usage sous la seule réserve du contrôle de l'autorité judiciaire »¹⁰⁴².

D'autre part, l'associé ne peut être exclu qu'en raison de l'inexécution d'obligations qu'il a acceptées par la conclusion simultanée de son contrat d'apport et du contrat de société¹⁰⁴³. En effet, aux obligations propres au contrat de société s'ajoutent non seulement les obligations strictement conventionnelles mais également celles qui découlent des articles 1134 et 1135 du Code civil. Plus que dans tout autre contrat, l'associé est tenu d'une obligation de bonne foi dans

L'auteur précise p. 11 : l'intérêt social indique ce qui est bon pour la société et non nécessairement ce qui est voulu par la collectivité des associé.

¹⁰³⁹ V. Allegaert, *Le droit des sociétés et les libertés et droits fondamentaux*, PUAM, 2005, préf. F.-X. Lucas, n° 103, p. 140.

¹⁰⁴⁰ On peut contester ou du moins nuancer l'affirmation de Madame Victoire Lasbordes, *Les contrats déséquilibrés*, PUAM, 2000, préf. C. Saint-Alary-Houin, n° 316, p. 292, qui considère que « la clause d'exclusion confère un pouvoir déséquilibrant à l'assemblée générale extraordinaire dans la mesure où la résolution prise s'imposera à son destinataire, en dehors de toute manifestation de sa part », car l'associé a bien, là encore, consenti antérieurement au risque d'être exclu, ce qui rend conforme l'exclusion au droit de propriété.

¹⁰⁴¹ P. Lokiec, th. préc., n° 552, p. 401 : « Si, le salarié peut être unilatéralement exclu, étant donné le pouvoir de l'employeur, le droit des sociétés est en retrait dès lors qu'il limite l'exclusion à la présence d'une clause statutaire ».

¹⁰⁴² Cass. soc., 16 juin 1945, *Dr. social* 1946, p. 427, note P. Durand.

¹⁰⁴³ Certains auteurs remettent en cause le caractère conventionnel des obligations des associés qui ont leur source dans les statuts. V. L. Michoud, *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français, Seconde partie, La vie des personnes morales, leur suppression et ses conséquences*, LGDJ, 1932, n° 167 : « pour la société anonyme... l'adhésion donnée à la société par le bulletin de souscription n'entraîne pas en fait, de la part de l'actionnaire, connaissance réelle et acceptation consciente des statuts » ; R. Encinas de Munagorri, th. préc., n° 155, p. 131.

l'exécution de son contrat qui le contraint à respecter l'intérêt social et l'intérêt commun¹⁰⁴⁴. Dès lors, tout manquement à la discipline commune s'apparente en réalité à un manquement à l'obligation de bonne foi. Partant, le pouvoir disciplinaire ne sanctionne que l'inexécution d'obligations contractuelles¹⁰⁴⁵.

Par conséquent, même dans le cadre de l'exercice du pouvoir disciplinaire, l'exclusion prend non seulement sa source mais également son fait générateur dans le contrat. Cependant, la plus grande marge de liberté laissée aux parties dans la rédaction de la clause confère au pouvoir disciplinaire une utilité indéniable.

b- L'opportunité de la reconnaissance du pouvoir disciplinaire

271. Un fondement complémentaire. Pour la majorité des auteurs qui se prononcent sur la question relative aux fondements de la clause d'exclusion, on ne peut retenir une dualité de fondements. La reconnaissance d'un pouvoir disciplinaire écarte nécessairement le fondement de la liberté contractuelle¹⁰⁴⁶. Or, loin d'être antinomiques, les fondements semblent en réalité complémentaires. Le fondement du pouvoir disciplinaire vient suppléer le fondement de la liberté contractuelle lorsque les conditions de la clause résolutoire ne sont pas remplies. En définitive, le pouvoir disciplinaire a vocation à s'appliquer pour empêcher l'invalidité de la clause et celle de la

¹⁰⁴⁴ R. Encinas de Munagorri, th. préc., n° 155, p. 130 ; P. Hoang, art. préc., spéc. p. 211-212 ; L. Grosclaude, *Le renouvellement des sanctions en droit des sociétés*, thèse Paris I, 1997, p. 317 ; *Contra* : B. Oppetit, th. préc., p. 123 et 129 : l'auteur affirme que si, en principe, l'exclusion sanctionne la violation d'obligations acceptées par les parties, elle peut également sanctionner la violation d'obligations de la vie collective non prévues par les statuts. Or, on peut considérer que, même dans ce cas, les obligations ont bien une nature contractuelle puisque découlent des articles 1134, alinéa 3, et 1135 du Code civil.

¹⁰⁴⁵ N. Perez, th. préc., p. 19 : « *Les obligations qu'ont les membres d'un groupement privé sont le résultat de leur volonté contractuelle et non de la volonté souveraine et abstraite du groupement qui leur impose... La société ne réalise pas sa propre volonté souveraine, mais celle du législateur ou des contractants, qui constitue le véritable et dernier fondement de l'exclusion* » et p. 23 : « *Un associé a l'obligation d'apport et, en outre, l'obligation de collaboration. Cette dernière obligation a pour objet une prestation immatérielle, indéterminée dans son contenu. Collaborer ne signifie pas faire ceci ou cela de prédéterminé, mais tout ce qui sera nécessaire et opportun pour l'obtention d'un but commun. Elle est, comme l'apport, une obligation contractuelle. Sa violation produit une perturbation identique dans la réciprocité synallagmatique et elle est soumise aux mêmes sanctions* ».

¹⁰⁴⁶ Y. Pagnerre, th. préc., n° 556, p. 625 : « *Traditionnellement l'exercice de la clause d'exclusion est appréhendée, par les auteurs, à travers le concept de pouvoir disciplinaire qui s'éloigne par nature du simple droit de résolution offert par une clause résolutoire* » ; M. Germain et R. Vatinet, art. préc. ; M. Planiol, note sous CA Aix, 23 novembre 1904, *DH* 1905, 2, 121 ; *Contra* : P. Hoang, art. préc. : l'auteur semble faire cohabiter les deux fondements sans se prononcer sur leur articulation.

décision d'exclusion¹⁰⁴⁷. En effet, davantage marquée d'un caractère pénal, la sanction de l'exclusion peut être prononcée alors même que les manquements n'ont pas été clairement précisés par la clause¹⁰⁴⁸. La faute disciplinaire implique non pas la violation d'une obligation *stricto sensu* mais en réalité « *un fait violant les devoirs généraux et spéciaux s'imposant à tout membre d'un groupement tenu de respecter la poursuite de l'intérêt social* ». Ce qui importe c'est la préservation de l'intérêt social. Dès lors, à l'inverse du droit commun, les statuts peuvent se contenter de stipuler l'existence d'un motif grave sans plus de précision¹⁰⁴⁹. La reconnaissance d'un pouvoir disciplinaire permet de neutraliser un comportement fautif qui, bien que non prévu par les statuts, compromet la réalisation de l'objet social. Partant, toutes les obligations dérivées des articles 1134, alinéa 3, et 1135 du Code civil permettent la mise en œuvre du pouvoir disciplinaire de la société sans avoir à être précisément stipulées par la clause d'exclusion¹⁰⁵⁰. Les Professeurs Michel Germain et Raymonde Vatinet classent ces fautes disciplinaires en trois catégories. Les premières sont constituées de « *violations des règles relatives à la constitution ou au fonctionnement interne de la personne morale* ». Les deuxièmes sont constituées par la violation de la déontologie de l'actionnaire résultant de son *jus fraternitatis*¹⁰⁵¹. Cette deuxième catégorie semble toutefois se confondre avec la première. A ce titre et, située à la frontière de ces deux catégories, le manquement à une obligation de non-concurrence pourrait être constitutif d'une faute disciplinaire. Les troisièmes, enfin, sont constituées de la violation des obligations personnelles inhérentes à certaines sociétés, telle la violation des règles d'exercice de la

¹⁰⁴⁷ C. Paulin, *La clause résolutoire*, LGDJ, 1996, préf. J. Devèze, n° 20, p. 31 : l'auteur propose, de manière générale et sans avoir à recourir à la notion de pouvoir disciplinaire, d'admettre la possibilité d'utiliser une formule plus générale mais évocatrice lorsque l'on est en présence d'un contrat conclu par un professionnel et soumis à une réglementation impérative. Dans ce cas « *exiger... une stipulation expresse des obligations devient une lourdeur inutile qui oblige le rédacteur du contrat à en multiplier dans le souci de ne rien omettre* ».

¹⁰⁴⁸ Y. Pagnerre, th. préc., n° 570, p. 642-643 : l'auteur établit une distinction entre les clauses d'exclusion-remède et les clauses d'exclusion-sanction. « *Si pour les premières, un motif ne peut être général sous peine de ne pas déterminer à partir de quand joue la clause, ce qui aurait pour effet de paralyser l'activité des membres, pour les secondes, le renvoi à des motifs généraux est opportun afin d'éviter une paralysie du groupement* » ; B. Oppetit, th. préc., p. 124 : « *il serait anormal d'empêcher un groupement de sanctionner un de ses membres qui a commis une faute grave, sous prétexte que les statuts n'auraient pas désigné cette faute* » ; M. Germain et R. Vatinet, art. préc., spéc. p. 407.

¹⁰⁴⁹ P. Hoang, art. préc., spéc. p. 210.

¹⁰⁵⁰ M. Germain et R. Vatinet, art. préc., spéc. p. 401 : « *Une formulation souple et non exhaustive, par référence à un motif grave ou à la violation de l'obligation de loyauté, par exemple, permet seule l'exercice d'un véritable pouvoir disciplinaire, en laissant au groupe un pouvoir d'appréciation sur la nocivité de comportements qui, sur une longue durée, ne sont pas toujours prévisibles* » ; P. Hoang, art. préc., spéc. p. 211.

¹⁰⁵¹ En ce sens, v. M. Germain, « La renonciation aux droits propres des associés : illustrations », in *Mél. F. Terré, L'avenir du droit*, Dalloz, 1999, p. 401, spéc. p. 412 : « *si les statuts ne se réfèrent qu'à la faute de l'associé, sans autre précision, celle-ci devra, sans doute, être assimilée, comme autrefois pour la dissolution, à une atteinte au jus fraternitatis* ».

profession. Le respect de ces diverses obligations est d'autant plus important dans les contrats qui s'inscrivent dans la durée que leur pérennité appelle à une collaboration plus intense. En conséquence, le défaut d'exécution de telles obligations peut compromettre tant la pérennité du contrat d'apport que celui de société. Le pouvoir disciplinaire permet donc de combler les lacunes de la liberté contractuelle.

272. Conséquences sur l'office du juge. Le pouvoir disciplinaire permettant de sanctionner de manière plus large le manquement contractuel, il importe que le juge puisse se prononcer sur l'opportunité de la décision d'exclusion. Si la clause dresse une liste exhaustive de manquements, le juge est contraint à une interprétation stricte¹⁰⁵². Le juge est ainsi tenu par le principe de prévisibilité, pendant de la liberté contractuelle¹⁰⁵³. En conséquence, toute faute commise qui ne figure pas dans la liste ne peut conduire à l'exclusion. C'est alors le régime contractuel de la clause résolutoire qui s'applique. En revanche, en présence d'une formulation plus large du motif d'exclusion, le juge dispose d'une marge de manœuvre plus importante pour apprécier l'opportunité de la sanction. En effet, le juge a toute latitude pour déterminer le seuil de gravité de l'inexécution reprochée. Là encore, le droit commun des contrats fournit au juge des instruments précieux pour légitimer son contrôle : la bonne foi, la notion d'économie du contrat ou encore la loyauté auxquelles s'ajoute la recherche de la satisfaction de l'intérêt social¹⁰⁵⁴. Il en résulte nécessairement plus d'insécurité juridique pour les parties qui ne sont pas à l'abri de décisions contradictoires d'une juridiction à l'autre¹⁰⁵⁵. En définitive, si le pouvoir disciplinaire permet de pallier l'imprévision contractuelle, il se trouve soumis à un régime plus contraignant.

¹⁰⁵² V. par exemple Cass. civ., 15 mars 1910, *D.* 1973, 5, 30 ; Cass. civ. 1^{ère}, 16 mai 1972, *Bull. civ. I*, n° 127 ; *Contra* : Cass. civ. 1^{ère}, 18 février 1976, *Bull. civ. I*, n° 75 : si les statuts « prévoient trois cas dans lesquels le conseil d'administration peut prononcer l'exclusion d'un sociétaire, les juges du fond estiment que cette liste n'est pas limitative et que, s'il était prudent de viser ces trois éventualités, d'autres situations peuvent se présenter faisant apparaître des fautes éventuellement plus graves de nature à justifier l'exclusion ».

¹⁰⁵³ M. Germain et R. Vatinet, art. préc., spéc. p. 412 : « En présence d'une mesure disciplinaire prise en application de dispositions contractuelles précises (définissant les fautes, les sanctions ou/et la procédure à suivre), le juge contrôle le respect des termes du contrat. Son rôle s'inscrit alors dans un modèle traditionnel, celui où le juge est le garant de la force obligatoire du contrat ».

¹⁰⁵⁴ M. Germain et R. Vatinet, « Le pouvoir disciplinaire des personnes morales de droit privé », in *Mél. Y. Guyon, Aspects actuels du droit des affaires*, Dalloz, 2003, p. 397, spéc. p. 413.

¹⁰⁵⁵ P. Hoang, art. préc., spéc. p. 210.

2- Les conditions supplémentaires de mise en œuvre

273. Portant atteinte au principe de prévisibilité contractuelle, la clause d'exclusion fondée sur la reconnaissance d'un pouvoir disciplinaire ne doit pas sacrifier les intérêts de l'exclu.

Aussi, outre les conditions communes à toute clause résolutoire, la reconnaissance du pouvoir disciplinaire implique-t-elle tant un renforcement des conditions de fond (a) que de forme (b). Toute clause ou toute décision ne respectant pas ces conditions doit être considérée comme abusive et conduire en principe à l'annulation de la décision d'exclusion¹⁰⁵⁶.

a- Les conditions de fond

274. Le contrôle de la décision d'exclusion. Dès lors que l'on fonde l'exclusion sur le pouvoir disciplinaire de la société, le contrôle du juge s'exerce beaucoup moins sur le respect de la clause elle-même que sur la décision d'exclusion. Ainsi, davantage que la rédaction de la clause, l'accent est-il mis sur la mise en œuvre de l'exclusion qui doit répondre à certaines exigences. Là se situe la limite du pouvoir de la société.

275. La conformité à l'intérêt social. En premier lieu, consubstantielle du pouvoir disciplinaire, la sauvegarde de l'intérêt social doit fonder la décision d'exclusion¹⁰⁵⁷. Si l'on admet que le principe de prévisibilité soit sacrifié par la simple référence dans les statuts à une faute disciplinaire, il n'en demeure pas moins que le principe de spécialité doit être respecté¹⁰⁵⁸. La plus grande marge de liberté laissée aux parties a sa contrepartie dans ce contrôle du principe de spécialité¹⁰⁵⁹. Quoique différentes quant à leur fait générateur, l'exclusion-sanction et

¹⁰⁵⁶ V. par exemple en matière d'association CA Paris, 1^{er} avril 2003, Saé c/ Assoc. Nat. Des membres de l'Ordre du mérite, *Dr. soc.* 2003, comm. 164, note F.-X. Lucas ; CA Versailles, 8 juin 2001, Ecole Montessori bilingue c/ Steil, *Juris-Data* n° 2001-184137, *Dr. soc.* 2002, comm. 190, note F.-X. Lucas.

¹⁰⁵⁷ Cass. com., 8 mars 2005, *Bull. civ.* IV, n° 47 ; *D.* 2005, p. 839, obs. A. Lienhard ; *Rev. soc.* 2005, p. 618, note D. Randoux ; *RTD com.* 2005, p. 599, obs. A. Martin-Serf ; *Bull Joly soc.* 2005, p. 995, note P. Le Cannu : la Cour de cassation affirme que le motif doit être conforme à l'intérêt de la société et à l'ordre public.

¹⁰⁵⁸ Certains auteurs soulignent toutefois l'insuffisance de la condition relative à la satisfaction de l'intérêt social car elle est difficilement conciliable à elle seule avec une analyse objective. V. H. Le Nabasque, P. Elsen et P. Dunaud, « Les clauses de sortie dans les pactes d'actionnaires », *Dr. soc., Actes Pratiques*, 1992, n° 5, p. 10.

¹⁰⁵⁹ Pour certains auteurs, cependant, cette condition serait exigée quelle que soit la décision sociale. Elle ne serait donc pas spécifique au régime disciplinaire mais applicable également en présence d'une clause précise soumise au

l'exclusion-remède ont pour point commun l'objectif assigné à la clause : la préservation de l'intérêt social¹⁰⁶⁰.

276. La gravité du manquement reproché. En second lieu, l'exclusion ne doit être prononcée que lorsque la gravité de la faute le justifie et il est impossible pour les parties de prévoir l'exclusion de ce contrôle de gravité sous peine de réputer la clause non-écrite¹⁰⁶¹. En effet, ce contrôle est là encore indissociable de la reconnaissance d'un pouvoir disciplinaire¹⁰⁶². Il ne suffit pas que les motifs invoqués soient avérés, encore faut-il qu'ils soient affectés d'une gravité suffisante pour légitimer la sanction. Le juge s'érige en arbitre et le contrôle de gravité devient le moyen d'opérer la conciliation entre l'intérêt individuel et l'intérêt social¹⁰⁶³. La condition de gravité constitue la contrepartie *sine qua non* du sacrifice du principe de prévisibilité appliqué à la seule clause résolutoire¹⁰⁶⁴. Cette exigence transparaît au travers de la vérification du caractère non abusif de l'exclusion¹⁰⁶⁵. Plus précisément, les juges du fond doivent vérifier « *si, conformément au pacte social librement accepté par les parties et qui leur tenait lieu de loi,*

régime de la clause résolutoire. V. M. Laroche, « Exclusion d'un associé de société civile : quelques réflexions sur les dernières précisions », note sous Cass. com., 20 mars 2012, *D.* 2012, 1585 spéc. 1586.

¹⁰⁶⁰ Y. Pagnerre, th. préc., n° 571, p. 645 ; J.-J. Daigre, « La perte de la qualité d'actionnaire », *Rev. soc.* 1999, p. 535, spéc. 547 : l'exclusion ne doit pas seulement être conforme à l'intérêt social mais également être nécessaire pour préserver celui-ci.

¹⁰⁶¹ Cass. civ. 1^{ère}, 8 novembre 1976, *Bull. civ.* I, n° 335 ; *Rev. soc.* 1977, p. 285, note C. Atias : la Cour de cassation a décidé « *qu'il ne suffisait pas à la Cour d'appel de rechercher si l'exclusion était régulière en la forme, mais qu'elle était encore tenue de constater si, conformément au pacte social accepté par les parties et qui leur tenait lieu de loi, l'exclusion du demandeur procédait d'un motif grave légitimant la mesure disciplinaire prise contre lui* » ; Cass. com., 21 octobre 1997, *Bull. civ.* IV, n° 281. On peut cependant s'étonner à première vue que la Cour de cassation ait rendu sa solution sous le visa de l'article 1382 du Code civil plutôt que sous celui de l'article 1134 du même Code. Cela semble témoigner de sa volonté générale de lutter contre l'abus et l'arbitraire. V. M. Germain et R. Vatinet, art. préc., spéc. p. 414.

¹⁰⁶² M. Germain et R. Vatinet, art. préc., spéc. p. 413 ; P. Hoang, « La sanction de l'inexécution du contrat-organisation par exclusion d'un membre », in *Mél. P. Didier*, Economica, 2008, p. 205, spéc. p. 218 : l'auteur opère une distinction entre le contrôle de gravité des motifs et le contrôle de proportionnalité qui va au-delà. Selon lui, « *le contrôle judiciaire ne peut aller jusqu'à l'appréciation de la proportionnalité de l'exclusion aux faits reprochés, car il n'appartient pas au juge, de manière générale, d'apprécier l'opportunité d'une décision prise par une instance sociale* ».

¹⁰⁶³ Le contrôle de gravité doit être renforcé dans les groupements à but lucratif, telles les sociétés, en raison du double préjudice, moral et pécuniaire, subi par l'exclu.

¹⁰⁶⁴ Ce contrôle de gravité n'existe pas dans le cadre de la mise en œuvre d'une clause résolutoire. Dans les deux espèces où la Cour de cassation a exigé ce contrôle de gravité, on se trouvait à chaque fois en présence de clause d'exclusion formulée en termes généraux.

¹⁰⁶⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 8 novembre 1976, *Bull. civ.* I, n° 335 ; *Rev. soc.* 1977, p. 286, note C. Atias ; Cass. civ. 1^{ère}, 16 juin 1993, *Bull. civ.* I, n° 222 ; *Rev. soc.* 1994, p. 295, note Y. Chartier ; Cass. civ. 1^{ère}, 14 mars 1995, *Bull. civ.* I, n° 127 ; *RJDA* 1995, p. 584.

l'exclusion du demandeur procède d'un motif légitimant la mesure disciplinaire »¹⁰⁶⁶. Pour cette raison, la clause d'exclusion fondée sur le pouvoir disciplinaire s'apparente davantage à une résiliation judiciaire qu'à une clause résolutoire¹⁰⁶⁷. En effet, affectée d'un fort caractère comminatoire, la clause résolutoire n'est subordonnée ni à l'existence d'un préjudice subi par le créancier, ni à l'existence d'une inexécution grave¹⁰⁶⁸. En revanche, fondée sur le pouvoir disciplinaire, la décision d'exclusion, même motivée, n'échappe pas à l'appréciation judiciaire.

277. L'invalidité d'une exclusion *ad nutum*. De ces conditions supplémentaires il résulte l'invalidité d'une exclusion *ad nutum*¹⁰⁶⁹. Contrairement à ce que prétendent certains auteurs¹⁰⁷⁰, l'exclusion arbitraire semble nécessairement être condamnée par ces deux exigences cumulatives¹⁰⁷¹. Preuve en est que dans le cadre de l'exercice du pouvoir disciplinaire, l'associé qui souffre d'une décision d'exclusion doit pouvoir se défendre. Or, l'admission d'une décision discrétionnaire remettrait sensiblement en cause l'utilité d'une telle faculté¹⁰⁷². En outre, le Professeur Michel Germain affirme que « *la légitimité du mécanisme social repose en effet sur le pouvoir de vote conféré à l'ensemble des associés. Comme l'exclusion ad nutum pourrait être un moyen d'empêcher le vote de ceux qui déplaisent, l'on peut penser qu'il a semblé anormal que la société puisse manipuler son propre mécanisme régulateur. En conséquence seule l'exclusion pour une faute ou pour un motif objectif précisé dans les statuts est admissible* »¹⁰⁷³.

¹⁰⁶⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 16 mai 1972, *Bull. civ. I*, n° 127, *RTD civ.* 1973, p. 144, note G. Cornu, *JCP G* 1972, II, 17285, note R. Lindon.

¹⁰⁶⁷ P. Hoang, art. préc., spéc. p. 218-219.

¹⁰⁶⁸ Y.-M. Laithier, *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, LGDJ, 2004, préf. H. Muir Watt, n° 108, p. 66.

¹⁰⁶⁹ M. Germain, art. préc., spéc. p. 412 : « *il était de tradition que l'article 1174 du Code civil qui annule l'obligation contractée sous une condition potestative fût écartée si la condition est résolutoire. L'on pouvait donc en déduire la validité d'une exclusion ad nutum, qui aurait été l'expression d'une condition résolutoire potestative. Cette solution n'est plus admise* ».

¹⁰⁷⁰ D. Randoux, « La liberté contractuelle réservée aux grandes entreprises : la SAS », *JCP N* 1994, doct. p. 69 ; J. Lepargneur, « L'exclusion d'un associé », *Journ. soc.* 1928, p. 1, spéc. p. 10. A suivre certains auteurs, cette possibilité serait limitée aux seules sociétés à capital variable.

¹⁰⁷¹ V. Allegaert, *Le droit des sociétés et les libertés et droits fondamentaux*, PUAM, 2005, préf. F.-X. Lucas, n° 109, p. 145 ; en ce sens, v. CA Pau, 1^{er} avril 2003, *Bull. des associations et fondations*, 3/04, Inf. 84. La solution est généralisable aux sociétés.

¹⁰⁷² L'argument n'est cependant pas décisif. En effet, on considère que la révocation *ad nutum* de l'administrateur n'empêche justement pas celui-ci de se prévaloir de son droit de présenter ses observations au nom précisément du respect du principe du contradictoire.

¹⁰⁷³ M. Germain, art. préc., spéc. p. 412 ; en ce sens, v. L. Grosclaude, th. préc., p. 299 : « *L'exclusion ad nutum n'est pas plus admissible dans les SAS que dans d'autres types de sociétés* ».

b- Les conditions de forme

278. La processualisation de l'exclusion. Comme en matière de contrat de travail, l'exclusion disciplinaire de l'associé s'inscrit dans le cadre d'une procédure¹⁰⁷⁴. Aussi, de la même manière qu'un salarié menacé du licenciement doit connaître les motifs de son licenciement et doit pouvoir s'expliquer, la jurisprudence impose-t-elle que l'associé connaisse les motifs de son exclusion¹⁰⁷⁵ et puisse s'en justifier. La processualisation de l'exclusion constitue la contrepartie du pouvoir disciplinaire. Si la suprématie de l'intérêt social est affirmée, cela ne peut être au mépris total des droits individuels¹⁰⁷⁶. Aussi la jurisprudence a-t-elle déjà montré sa volonté d'imposer le respect des droits de la défense et du principe du contradictoire lors de la mise en œuvre de l'exclusion¹⁰⁷⁷. Il importe peu que les parties aient pris le soin d'organiser cette protection dans les statuts¹⁰⁷⁸.

279. Les limites de la processualisation. Pour autant, deux limites sont à souligner s'agissant de ce mouvement de processualisation¹⁰⁷⁹.

D'une part, la jurisprudence ne va pas jusqu'à imposer le respect des garanties qui participent à un procès équitable reconnu par l'article 6 de la Convention européenne des droits

¹⁰⁷⁴ Sur la processualisation du droit des contrats, v. L. Cadiet, « Les jeux du contrat et du procès », in *Mél. G. Farjat*, éd. F. Roche, 1999, p. 22.

¹⁰⁷⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 19 mars 2002, *Bull. civ. I*, n° 95 ; *Rev. soc.* 2002, p. 333, obs. Y. Guyon. La communication des motifs à l'intéressé constitue également un préalable à la mise en œuvre de la clause résolutoire mais cette exigence est d'autant plus importante dans le cadre de l'exercice du pouvoir disciplinaire qu'elle va permettre à l'exclu de préparer sa défense.

¹⁰⁷⁶ P. Hoang, art. préc., spéc. p. 214 : « *Les parties à un contrat-organisation consentent à se soumettre à la discipline commune qu'impose leur participation ordonné à la poursuite de l'objet social, mais elles n'aliènent pas pour autant leur individualité et ne renoncent pas à leurs droits fondamentaux* ».

¹⁰⁷⁷ Pour une association, v. Cass. civ. 1^{ère}, 16 mai 1972, *Bull. civ. I*, n° 127 ; *RTD civ.* 1973, p. 144, note G. Cornu ; *JCP G* 1972, II, 17285, note R. Lindon ; Cass. civ. 1^{ère}, 13 juin 1979, *Bull. civ. I*, n° 176 ; Cass. civ. 1^{ère}, 29 mars 1989, *Bull. civ. I*, n° 141 ; Cass. civ. 1^{ère}, 16 avril 1996, *Bull. civ. I*, n° 179 ; Cass. civ. 1^{ère}, 22 avril 1997, *Bull. civ. I*, n° 120 ; *Dr. soc.* 1997, comm. 98, note T. Bonneau ; *Rev. soc.* 1997, p. 550, note Y. Guyon ; Cass. civ. 1^{ère}, 19 mars 2002, *Bull. civ. I*, n° 95 ; *Rev. soc.* 2002, p. 333, note Y. Guyon ; Cass. civ. 1^{ère}, 14 décembre 2004, *Bull. civ. I*, n° 308 ; *Dr. soc.* 2005, comm. 43, p. 13, note F.-X. Lucas ; pour un syndicat, v. Cass. civ. 1^{ère}, 22 janvier 1991, *Bull. civ. I*, n° 27 ; *Rev. soc.* 1991, p. 389, obs. Y. Guyon ; pour un GIE : Cass. com., 7 juillet 1992, *Bull. civ. IV*, n° 265 ; pour une société à capital variable, v. Cass. com., 21 octobre 1997, *Bull. civ. IV*, n° 281 ; *Rev. soc.* 1998, p. 99, note B. Saintourens ; *Dr. soc.* 1998, comm. 1, note T. Bonneau ; *Bull. Joly soc.* 1998, p. 40, §10, note P. Le Cannu ; *JCP G* 1998, II, 10047, note D. Velardocchio ; *D. aff.* 1997, p. 1474, note M. Boizard ; *RTD com.* 1998, p. 169, obs. B. Petit et Y. Reinhard.

¹⁰⁷⁸ Cass. req., 27 avril 1933, S. 1933, 1, p. 209, note H. Rousseau : le principe du contradictoire doit être respecté tant du fait d'une stipulation statutaire expresse « *que du principe général des droits de la défense* ».

¹⁰⁷⁹ J.-P. Sortais, « Le principe du contradictoire en dehors du prétoire ? », in *Etudes de procédure et d'arbitrage en l'honneur de J.-F. Poudret*, Lausanne, 1999, p. 246.

de l'homme. En effet, elle a eu l'occasion d'affirmer que les dispositions dudit article « *sont sans application aux conseils d'administration ou aux assemblées générales d'associations examinant la violation d'engagements contractuels* »¹⁰⁸⁰. La solution relève de l'évidence¹⁰⁸¹. Il est absurde d'imposer à un organe de la société d'être impartial. Etant partie au contrat d'apport, la société ne peut faire preuve d'impartialité¹⁰⁸². L'on peut s'étonner à juste titre d'une décision rendue par la Cour d'appel de Paris en matière d'association qui a exigé que la décision d'exclusion soit prise « *dans des conditions garantissant l'impartialité de l'organe de décision, le respect des intérêts de la défense, l'équité et la loyauté de la procédure* »¹⁰⁸³. Ainsi a-t-elle admis en l'espèce que la garantie d'impartialité imposait que les organes à l'origine de l'action diffèrent de ceux qui se prononcent sur la sanction. Or, critiquable d'un point de vue théorique, la solution l'est également d'un point de vue pratique. En effet, cette solution aboutit à condamner l'exclusion dans les groupements de taille modeste dans lesquels les organes de poursuite sont nécessairement les organes de décision¹⁰⁸⁴. Pour cette raison doit-on saluer la jurisprudence qui, depuis, a régulièrement écarté le droit à l'assistance d'un avocat¹⁰⁸⁵. Si certaines dispositions légales

¹⁰⁸⁰ Cass. civ., 14 décembre 2004, *Bull. civ. I*, n° 308 ; *Dr. soc.* 2005, comm. 43, note F.-X. Lucas.

¹⁰⁸¹ Pour une interprétation nuancée, v. N. Decoopman, « Conflits d'intérêts, impartialité, incompatibilités », in *Les conflits d'intérêts dans le monde des affaires, un Janus à combattre ?*, PUF, 2006, sous la dir. de V. Magnier, p. 119, spéc. p. 128 : la solution jurisprudentielle « *est à la fois évidente et discutable. Evidente dans la mesure où l'article 6 de la CESDH prônant le droit à un procès équitable ne s'applique qu'en matière processuelle et non en matière contractuelle ; discutable cependant, si à propos des contrats-organisations, on retient la théorie institutionnelle, l'exclusion d'un membre constitue une manifestation de pouvoir disciplinaire ; or la cour de cassation n'a pas hésité à appliquer le principe de l'impartialité aux commissions de discipline. Il est vrai qu'il s'agissait d'impartialité fonctionnelle* ».

¹⁰⁸² En ce sens, v. M. Buchberger, th. préc., n° 411, p. 342. Pour une vision approchante, v. P. Hoang, « La sanction de l'inexécution du contrat-organisation par exclusion d'un membre », in *Mél. P. Didier, Economica*, 2008, p. 205, spéc. p. 217 ; M. Germain et R. Vatinet, « Le pouvoir disciplinaire des personnes morales de droit privé », in *Mél. Y. Guyon, Aspects actuels du droit des affaires*, Dalloz, 2003, p. 397, spéc. p. 409 ; N. Decoopman, art. préc., spéc. p. 128 F.-X. Lucas, « Le principe du contradictoire en droit des sociétés », in *Libertés et droits fondamentaux*, sous la dir. de R. Cabrillac, M.-A. Frison-Roche et T. Revet, 2010, p. 741, spéc. p. 757 : « *l'organe qui se prononce sur une exclusion d'associé ou sur une révocation de dirigeant social n'a pas à être impartial. Non seulement il n'a pas à être impartial mais il est le plus souvent tout à fait partial et l'on ne voit pas comment il pourrait en être autrement... Si l'on se convainc de cette partialité de l'organe social compétent pour trancher, il faut conclure que le principe du contradictoire est hors de propos* ».

¹⁰⁸³ CA Paris, 17 mars 2004, Assoc. Nationale d'action sociale des personnels de la police nationale et du ministère de l'Intérieur c/ Brieu de, *Juris-Data* n° 2004-242360.

¹⁰⁸⁴ F.-X. Lucas, note sous CA Paris, 17 mars 2004, Assoc. Nationale d'action sociale des personnels de la police nationale et du ministère de l'Intérieur c/ Brieu de, *Dr. des soc.* 2004, n° 165, p. 14.

¹⁰⁸⁵ Pour une association, v. Cass. civ. 1^{ère}, 16 mars 2004, *Bull. civ. I*, n° 83 ; *Bull. Joly soc.* 2004, p. 1109, § 217, note E. Garaud ; *Dr. soc.* 2004, obs. 121, note F.-X. Lucas, *RDC* 2004, p. 1012, obs. F.-X. Lucas ; Cass. civ. 1^{ère}, 21 novembre 2006, pourvoi n° 05-14630 ; pour une coopérative : Cass. civ. 1^{ère}, 16 juin 1993, *Bull. civ. I*, n° 222 ; *Rev. soc.* 1994, p. 295, note Y. Chartier ; *Dr. soc.* 1994, comm. 156, note T. Bonneau ; *RTD com.* 1994, p. 71, n° 4, obs. E. Alfandari et M. Jeantin ; pour une société d'exercice libéral à responsabilité limitée, v. Cass. com., 10 mai 2006, *Bull. civ. IV*, n° 120 ; *Bull. Joly soc.* 2006, p. 1154, note J.-J. Daigre.

semblent semer la confusion¹⁰⁸⁶, ces décisions jurisprudentielles ont le mérite de conforter la scission opérée entre la procédure disciplinaire de nature contractuelle et la procédure disciplinaire de nature juridictionnelle et légale¹⁰⁸⁷. En effet, dénotant là encore de la nature contractuelle du pouvoir disciplinaire, la jurisprudence fonde en réalité le respect des droits de la défense et du principe de la contradiction sur des obligations contractuelles¹⁰⁸⁸ comme la bonne foi¹⁰⁸⁹ ou l'équité¹⁰⁹⁰, qui visent uniquement à renforcer la protection de l'associé cocontractant¹⁰⁹¹. Or, au cours d'un procès, ces principes sont assignés à un objectif différent : trouver la vérité afin que le juge, organe impartial¹⁰⁹², prenne sa décision. Partant, le détour à de tels principes dans la matière contractuelle est bien inutile. L'exigence de bonne foi dans la prise de décision et le respect des statuts suffisent à assurer une protection satisfaisante à celui qui est l'objet de la mesure répressive¹⁰⁹³. En effet, si le renforcement de la protection de l'associé est légitime lorsqu'est en jeu la mise en œuvre de la procédure disciplinaire, il apparaît inutile d'instrumentaliser les règles de la procédure dès lors que le droit des contrats permet de pourvoir à cet objectif.

D'autre part, la jurisprudence semble hésiter sur l'application du principe contradictoire. En effet, dans une décision relative à une coopérative, la Cour de cassation a décidé que viole l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme et le principe du respect des

¹⁰⁸⁶ L'article L. 124-10 du Code de commerce relatif aux sociétés coopératives de commerçants détaillants autorise en effet tout associé frappé d'une mesure d'exclusion à faire appel de la décision devant l'assemblée générale. Cette disposition contribue donc à faire de l'assemblée générale un organe juridictionnel.

¹⁰⁸⁷ M. Germain et R. Vatinet, art. préc., spéc. p. 411 ; Y. Pagnerre, th. préc., n° 892, p. 941 : l'amalgame entre le principe du contradictoire reconnu en droit processuel et celui reconnu en droit des groupements doit être évité car « l'exclusion n'est que la sanction de la violation de simples engagements contractuels de droit privé prononcée par des organes représentants des intérêts privés » ; en ce sens, v. P. Neau-Leduc, note sous Cass. 1^{ère} civ., 14 décembre 2004, n° 02-11127, *Bull. Joly soc.* 2005, n° 4, p. 515.

¹⁰⁸⁸ M. Buchberger, th. préc., n° 410, p. 341 ; F.-X. Lucas, art. préc., spéc. p. 761. Pour une appréciation analogue en matière d'association, v. Y. Chartier, « L'association, contrat, dans la jurisprudence récente de la Cour de cassation », in *Mél. Y. Guyon, Aspects actuels du droit des affaires*, Dalloz, 2003, p. 195, spéc. p. 206 : « le droit pour chacun de connaître les griefs qui lui sont faits, d'être convoqué à temps pour s'expliquer, en bref d'assurer sa défense en bénéficiant du bénéfice de contradiction, ressort en réalité ici du principe de loyauté qui doit précéder à l'exécution des contrats ».

¹⁰⁸⁹ V. le Rapport de la Cour de cassation, 2006 sous Cass. com., 11 juillet 2006, *Bull. civ. IV*, n° 182 ; v. également CA Rennes, 3 juillet 2007, publié par le service de documentation de la Cour de cassation.

¹⁰⁹⁰ Y. Pagnerre, th. préc., n° 894, p. 943 : que l'on fonde les droits de la défense sur l'article 1134 ou sur l'article 1135 du Code civil, ils se rattachent à la sphère contractuelle.

¹⁰⁹¹ Y. Pagnerre, th. préc., n° 893, p. 943 : « c'est la protection de la dignité du destinataire de l'acte qui est au cœur du développement de ces principes ».

¹⁰⁹² M.-A. Frison-Roche, « L'impartialité du juge », *D.* 1999, chron. p. 53.

¹⁰⁹³ F.-X. Lucas, art. préc., spéc. p. 755 : « L'irruption du contradictoire dans le fonctionnement des organes sociaux est le fruit d'une erreur de perspective sans doute imputable à des juges trop pétris de droit processuel, qui transportent les exigences du procès équitable hors du cadre du procès » ; M. Buchberger, th. préc., n° 411, p. 342.

droits de la défense la Cour d'appel qui fait application de ce texte et de ce principe, « *alors que n'est pas soumise au principe de la contradiction, la décision du conseil d'administration d'une coopérative qui, appliquant les dispositions des statuts, fixe le montant des pénalités dues par l'associé coopérateur se retirant avant la fin de son engagement* »¹⁰⁹⁴. Certes, l'espèce ne concernait pas une décision d'exclusion mais l'analogie peut être opérée. Cette solution laisse cependant cours à plusieurs interprétations.

La première, la plus restrictive, consiste à confiner sa portée aux seules coopératives. Cette interprétation semble difficilement justifiable en raison de la nature identique des groupements. Qu'il soit coopérateur ou non, l'associé est toujours engagé dans une double relation contractuelle. En conséquence, si la société refuse l'application du principe du contradictoire à la coopérative en raison de la nature contractuelle de la procédure disciplinaire, il n'y a pas de raison de limiter la portée de la solution à ces seules sociétés.

La deuxième, la plus radicale, consiste à affirmer l'abandon définitif du principe du contradictoire et des droits de la défense en matière de décision prise par une instance sociale dans l'ensemble des groupements de droit privé. En d'autres termes, la solution aurait vocation à renforcer la scission opérée entre procédure disciplinaire de nature contractuelle et procédure disciplinaire de nature juridictionnelle. Interprétation envisageable, elle postule l'existence suffisante d'un contrôle *a posteriori* du juge pour assurer la protection de l'exclu¹⁰⁹⁵. En outre, cette solution est d'autant plus concevable que l'absence du principe du contradictoire ne signifie pas absence de tout débat, particulièrement lorsque l'exclu fait partie de l'organe compétent pour décider l'exclusion¹⁰⁹⁶. Toutefois, c'est peut être accorder une portée trop importante à la solution. Aussi est-il possible de concevoir une troisième interprétation plus modérée.

La troisième, enfin, consiste à opérer une distinction selon que la clause indique précisément les motifs d'exclusion ou non. En effet, en l'espèce, la Cour de cassation a rejeté le principe du contradictoire en raison de l'absence de toute arbitraire laissé à l'instance sociale : le principe des pénalités dues par le membre était acquis en vertu du jeu des statuts et l'organe social s'est simplement contenté d'en liquider le montant. En d'autres termes, il conviendrait de distinguer selon que l'on se trouve en présence d'une véritable clause résolutoire pour laquelle le

¹⁰⁹⁴ Cass. com., 11 juillet 2006, *Bull. civ.* IV, n° 182 ; *Bull. Joly soc.* 2007, p. 138, note J.-F. Barbiéri ; *RTD com.* 2006, p. 846, note C. Champaud et D. Danet.

¹⁰⁹⁵ Y. Pagnerre, th. préc., n° 894, p. 943 : « *si ces principes étaient d'une absolue nécessité, il incombait au législateur de prévoir une règle spéciale de protection* ».

¹⁰⁹⁶ F.-X. Lucas, art. préc., spéc. p. 760 et 761.

principe n'a pas vocation à jouer ou en présence d'une clause d'exclusion fondée sur le pouvoir disciplinaire légitimant son application. Le rapport de la Cour de cassation semble conforter cette dichotomie.

Cette interprétation médiane semble la plus légitime. En effet, l'intérêt social étant consubstantiel du pouvoir disciplinaire, l'associé doit pouvoir expliquer en quoi son comportement est conforme à cet intérêt¹⁰⁹⁷. Ainsi que le soulignent les Professeurs Michel Germain et Raymonde Vatinet, « *les droits de la défense et le principe du contradictoire n'ont pas ici la même fonction que dans le droit du procès où il s'agit de permettre à chacune des deux parties de développer ses arguments devant un tiers impartial* »¹⁰⁹⁸. La contradiction permet en matière d'exclusion d'attribuer à la décision « *un caractère réfléchi* »¹⁰⁹⁹ et de pallier le risque d'arbitraire en s'assurant que la mesure prise est bien conforme à l'intérêt social et proportionnée. Ce contradictoire devient inutile en présence d'une véritable clause résolutoire puisque l'indication précise des manquements sanctionnés réduit le risque d'arbitraire et échappe à toute prise en considération du bien commun¹¹⁰⁰.

Quoi qu'il en soit, si la portée de cette solution n'est pas clairement établie, une décision ultérieure de la jurisprudence vient conforter l'affaiblissement du rôle du principe du contradictoire en matière sociétaire. En effet, la Cour de cassation a refusé de considérer que l'impossibilité pour l'exclu de venir s'expliquer devant l'organe décisionnel constitue une cause de nullité de la décision¹¹⁰¹. Seule peut être engagée la responsabilité de la société¹¹⁰².

¹⁰⁹⁷ En ce sens, v. J. Granotier, « L'exclusion d'un associé : vers de nouveaux équilibres ? », *D.* 2009, p. 1067, spéc. p. 1071.

¹⁰⁹⁸ M. Germain et R. Vatinet, art. préc., spéc. p. 410.

¹⁰⁹⁹ S. Dariosecq et N. Métais, « Les clauses d'exclusion, solution à la mésentente entre associés », *Bull. Joly soc.* 1998, p. 908, § 286, spéc. p. 915.

¹¹⁰⁰ En ce sens, v. Y. Chartier, art. préc., spéc. p. 206 ; J.-P. Garçon, « L'exclusion d'un associé de société civile », A propos de Cass. com., 20 mars 2012, *JCP N* 2012, n° 1332, p. 43, spéc. p. 47 : « *l'exigence systématique du respect du contradictoire est critiquable : à quoi bon discuter d'un fait indéniable ? ... le principe du contradictoire se conçoit en revanche lorsque l'exclusion dépend d'une qualification sujette à discussion* » ; R. Mortier, note sous Cass. com., 20 mars 2012, *JCP E* 2012, 1310 ; M. Germain et P.-L. Périn, « L'exclusion statutaire des associés de SAS », *Bull. Joly soc.* 2010, § 222, p. 1016, spéc. p. 1023 : « *lorsque l'exclusion est prononcée de plein droit, le non-respect des garanties procédurales serait sans incidence* » ; Cass. civ. 1^{ère}, 13 novembre 2008, pourvoi n° 06-12920, *Dr. soc.* 2009, comm. 25, note R. Mortier.

¹¹⁰¹ Cass. com., 13 juillet 2010, *Bull. civ.* IV, n°129 ; *D.* 2010, p. 1868, obs. A. Lienhard ; *D.* 2010, p. 2280, note B. Dondero ; *Dr. soc.* 2010, comm. 200, note H. Hovasse ; *JCP E* 2011, 1000, note G. Wicker et F. Deboissy ; *Bull. Joly soc.* 2010, p. 990, note P. Le Cannu : « *la nullité des actes ou délibérations des organes d'une société ne peut résulter que de la violation d'une disposition impérative du droit des sociétés ou des lois qui régissent les contrats et qu'en conséquence l'impossibilité pour l'associé exclu de venir s'expliquer devant l'organe décidant son exclusion n'est pas une cause de nullité de la délibération ayant prononcé l'exclusion* » ; pour une critique juridique de la solution, v. J. Granotier, art. préc., spéc. p. 1072.

280. En conséquence, l'influence du droit commun des contrats sur la société est indéniable. La société est en droit d'anéantir le contrat d'apport qui la lie à l'associé si celui-ci n'a pas correctement exécuté ses obligations. Cependant et à l'inverse du droit commun, la possibilité de résilier le lien contractuel doit nécessairement avoir été prévue par une clause des statuts. C'est dire que l'influence est imparfaite.

SECTION 2 UNE INFLUENCE PERFECTIBLE DU DROIT COMMUN DES CONTRATS

281. S'il apparaît peu opportun de prononcer la résiliation du contrat de société pour inexécution par un associé de ses obligations contractuelles, la résiliation judiciaire du contrat d'apport (§ 1) et sa résiliation unilatérale (§ 2) se révèlent, en revanche, être des remèdes prometteurs pour garantir la force obligatoire du double lien contractuel dans lequel est engagé l'associé. Partant, l'on ne peut que souhaiter leur consécration imminente.

§1 PLAIDOYER POUR LA RESILIATION JUDICIAIRE DU CONTRAT D'APPORT

282. Solution préférée à la résiliation du contrat de société, la résiliation du lien contractuel entre l'associé et la société n'a pourtant pas fait l'objet d'une consécration légale expresse. Aussi, en l'absence de disposition légale analogue à l'article 1844-7-5° du Code civil autorisant l'exclusion judiciaire de l'associé fautif, la jurisprudence se montre-t-elle réticente à l'admettre. Pourtant, il n'existe aucun obstacle juridique à sa reconnaissance (A) et ce, d'autant que l'opportunité de sa consécration ne fait aucun doute (B).

¹¹⁰² J.-P. Garçon, art. préc., spéc. p. 48 ; J. Granotier, art. préc., spéc. p. 1072 : l'action en responsabilité civile menée sur l'article 1382 du Code civil suppose de démontrer, outre l'existence d'une faute (ici caractérisée par la violation du principe du contradictoire), l'exigence d'un préjudice en principe direct et certain. Or, le préjudice de l'associé lié à la violation du principe du contradictoire est, sinon incertain, assimilable à une perte de chance difficile à évaluer. Il semble préférable que les associés agissent sur le terrain de l'abus de droit pour tenter de remettre en cause la décision sociale.

A- UNE CONSÉCRATION FONDÉE EN DROIT

283. En théorie, tout conduit à légitimer la validité de l'exclusion judiciaire. En effet, le droit commun lui fournit un fondement textuel : l'article 1184 du Code civil (1) dont l'application n'est entravée par aucun obstacle dirimant (2).

1- L'affiliation du contrat d'apport au domaine d'application de l'article 1184 du Code civil

284. Les raisons de l'absence de fondement légal. Si certains auteurs et la jurisprudence se montrent hostiles à la consécration de l'exclusion judiciaire, c'est avant tout en raison de l'absence de fondement textuel explicite¹¹⁰³. Pourtant, ce n'est pas parce que le législateur n'a pas pris soin de consacrer explicitement l'exclusion judiciaire qu'il a entendu la prohiber.

En premier lieu, cette absence de fondement explicite peut se justifier d'un point de vue historique. Appréhendée depuis l'époque romaine et médiévale comme un contrat affecté d'un fort *intuitus personae*, la société ne pouvait pas envisager de se séparer de l'un de ses membres. Le départ d'un associé constituait nécessairement une altération intolérable du lien contractuel. Dans la même veine ne concevait-on pas la réalisation d'une cession de droits sociaux ou d'une substitution d'associé¹¹⁰⁴. La disparition d'un contrat d'apport retentissait nécessairement sur le contrat de société dans son entier. Il en résultait une dépendance totale et réciproque entre le contrat d'apport et le contrat de société. Toute dissociation se révélant impossible en pratique, seul le système du tout ou rien était concevable. Partant, le législateur n'a pas estimé opportun de consacrer l'exclusion.

En deuxième lieu, la conception unitaire de l'engagement de l'associé peut dans une certaine mesure justifier cette lacune législative. L'apport étant considéré comme l'obligation

¹¹⁰³ Y. Guyon, *Traité des contrats, les sociétés, Aménagements statutaires et conventions entre associés*, 5^e éd., LGDJ, 2002, n° 49 : « Assez curieusement l'exclusion-sanction n'est prévue par aucun texte de portée générale. Bien au contraire elle semble écartée par l'article 1844-7-5° du Code civil qui prévoit que la société peut être judiciairement dissoute en cas d'inexécution de ses obligations par un associé ».

¹¹⁰⁴ V. N. Perez, *L'exclusion d'un associé (Code de commerce de Panama)*, thèse Paris, 1959, p. 2. « La seule atténuation que le droit romain tardif apporta à la rigueur de la discipline, fut la reconnaissance de la validité des pactes de non-dissolution en cas de mort d'un associé ».

principale, sinon la seule, de l'associé, l'exclusion se révèle *a priori* de moindre utilité¹¹⁰⁵. D'une part, l'inexécution de l'apport est souvent inconcevable en raison de l'intervention simultanée de la souscription et de la libération. D'autre part, lorsque tel n'est pas le cas, d'autres sanctions plus effectives peuvent être prononcées, telle l'exécution en bourse pour les sociétés anonymes ou l'exécution forcée en nature plus conforme à l'intérêt social dans les autres sociétés¹¹⁰⁶. Cela permet d'expliquer de façon cohérente que le législateur ait consacré explicitement l'exclusion dans les sociétés à capital variable puisque ces dernières sont souvent des coopératives génératrices d'obligations personnelles positives qui découlent de la qualité de coopérateur superposée à celle d'associé¹¹⁰⁷. Pour autant, l'exclusion-sanction se révèle également opportune dans les autres sociétés puisque, particulièrement dans les sociétés dotées d'un fort *intuitus personae*, les associés sont tenus d'une obligation de bonne foi intense dont l'inexécution peut compromettre le fonctionnement de la personne morale. En outre, les associés peuvent avoir stipulé d'autres obligations que celles prévues par le législateur, telle une obligation de non-concurrence. En somme, dès lors que l'on reconnaît l'existence de ces obligations conventionnelles, la force obligatoire commande de pouvoir les sanctionner par l'exclusion de l'associé qui est susceptible de mettre la société en péril.

En troisième lieu et surtout, sur un plan théorique, l'existence d'un fondement autonome en droit des sociétés se révèle inutile dès lors que le droit commun des contrats permet là encore de conférer un fondement solide à l'exclusion sans avoir à recourir à la reconnaissance d'un pouvoir disciplinaire à la société¹¹⁰⁸. En effet, si l'application du principe de la réparation la plus adéquate peut apparaître comme un fondement fragile, tel n'est pas le cas du recours à l'article 1184 du Code civil qui consacre la résiliation du contrat en droit commun. La jurisprudence n'a d'ailleurs pas hésité à en faire application à plusieurs reprises pour prononcer l'exclusion d'un membre dans plusieurs groupements de droit privé¹¹⁰⁹. En matière d'association, la Cour de cassation a en effet admis que le juge avait la possibilité de prononcer l'exclusion en dehors de toute prévision statutaire¹¹¹⁰. Egalement, en matière de coopérative, la Cour de cassation a

¹¹⁰⁵ En ce sens, v. G. Durant-Lépine, « L'exclusion des actionnaires dans les sociétés non cotées », *LPA*, 24 juillet 1995, n° 88, p. 7, spéc. p. 7.

¹¹⁰⁶ En ce sens, v. L. Grosclaude, th. préc., p. 309 : « la seule obligation formelle est celle de libération de l'apport, et elle possède déjà une sanction propre ».

¹¹⁰⁷ Y. Guyon, *op. cit.*, n° 49.

¹¹⁰⁸ M. Buchberger, th. préc., n° 528, p. 432.

¹¹⁰⁹ V. not. CA Rouen, 24 mai 1890, *S.* 1892, 2, 20 ; CA Aix, 23 novembre 1904, *D.* 1905, 2, 121, note M. Planiol.

¹¹¹⁰ T. civ. Seine-Inf., 4 avril 1927, *DP* 1927, 2, p. 164, note R. Beudant.

explicitement reconnu la possibilité de la prononcer sur le fondement de l'article 1184 du Code civil¹¹¹¹. Il n'y a alors aucune raison d'en restreindre l'application à ces seuls groupements de droit privé. Si la solution n'a pas encore suffisamment convaincu¹¹¹², elle a pourtant bien vocation à être généralisée à toutes les sociétés de personnes ou de capitaux¹¹¹³.

285. L'application de l'article 1184 du Code civil au contrat d'apport. Toutefois, si l'on considère que seul le contrat de société existe, il semble impossible sur le plan théorique de fonder l'exclusion-sanction sur l'article 1184 du Code civil¹¹¹⁴. D'une part, la résiliation a pour effet de mettre fin au contrat. Or, en principe, l'exclusion ne met pas fin au contrat de société. Pour cette raison, certains objectent qu'en présence d'un contrat pluripartite, la résolution fondée sur 1184 du Code civil ne peut être prononcée qu'à l'égard de la partie qui a violé ses engagements¹¹¹⁵. Cependant et bien que commode, cette justification souffre de l'absence de fondement solide¹¹¹⁶. Le principe d'une résolution seulement partielle d'un contrat pluripartite ne figure nulle part dans la loi. Cette justification n'est donc que pure supposition doctrinale. D'autre part et surtout, la disposition est inapplicable en raison de l'absence de rapport synallagmatique entre les associés¹¹¹⁷. La nature contrat-organisation du contrat de société

¹¹¹¹ Cass. civ., 11 mars 1925, *S.* 1926, I, p. 101 : la compétence statutaire n'est pas « exclusive de celle des tribunaux de droit commun » ; Cass. civ. 1^{ère}, 8 mars 1967, *Bull. civ.*, I, n° 93, p. 68 : la Cour de cassation affirme que les tribunaux peuvent « statuer sur la demande de la société coopérative tendant à la résolution judiciaire du contrat, par application de l'article 1184 du Code civil » ; en ce sens, v. Cass. civ. 1^{ère}, 13 décembre 2005, *Bull. civ.* I, n° 502 ; *Rev. soc.* 2006, p. 555, note B. Saintourens.

¹¹¹² Les arrêts qui ont admis l'exclusion judiciaire en matière de société sont rares. V. cependant CA Reims, 24 avril 1989, *Gaz. Pal.* 1989, 2, somm., p. 431, note P. de Fontbressin ; *RTD com.* 1989, p. 683, obs. Y. Reinhard ; *JCP E* 1990, II, 15677, note A. Viandier et J.-J. Causssain ; CA Caen, 11 avril 1927, *D.* 1928, 2, p. 65 ; TGI Poitiers, 29 juin 1975, *RTD com.* 1976, p. 795, obs. C. Champaud ; CA Grenoble, 16 septembre 2010, *Juris-Data* n° 2010-030228 ; *Dr. soc.* 2011, comm. p. 125, note M.-L. Coquelet ; *JCP E* 2011, 1267, note P. Mousseron ; *Contra* : CA Aix, 26 juin 1984, *D.* 1985, p. 372 ; CA Versailles, 17 octobre 1991, *Bull. Joly* 1992, p. 283 ; CA Paris, 7 juin 1988, *Rev. soc.* 1989, p. 247 ; Cass. com., 12 mars 1996, *Bull. civ.* IV, n° 86 ; *JCP E* 1996, II, 831, note Y. Paclot. Cet arrêt de la Cour de cassation n'est toutefois pas significatif dans la mesure où il s'agissait pour la Cour de cassation de se prononcer sur l'exclusion-remède et non sur l'exclusion-sanction de l'associé, ce qui relève d'une autre problématique. V. P. Hoang, « La sanction de l'inexécution du contrat-organisation par exclusion d'un membre », in *Mél. P. Didier*, *Economica*, 2008, p. 205, spéc. p. 213 : « La contradiction entre ces deux positions n'est qu'apparente. Dans le cas de la mésentente, aucun manquement grave et injustifié à ses obligations n'est reproché à cet associé. Il est même, par définition, celui qui n'est pas à l'origine du blocage de la société, en vertu d'une jurisprudence constante qui en fait la condition de recevabilité de l'action ».

¹¹¹³ *Contra* : Rép. Min. Question écrite n° 18263, *JO Déb. Ass. Nat.* 25 octobre 1979, p. 8915 ; *JCP G* 1980, IV, p. 141-142.

¹¹¹⁴ J. Granotier, art. préc., spéc. p. 1070.

¹¹¹⁵ J. Lepargneur, « L'exclusion d'un associé », *Journ. soc.* 1928, p. 1, spéc. p. 13.

¹¹¹⁶ M. Buchberger, th. préc., n° 529, p. 434.

¹¹¹⁷ L. Godon, *Les obligations des associés*, *Economica*, 1999, préf. Y. Guyon, n° 374, p. 242 ; en ce sens, v. T. Tilquin et V. Simonart, *Traité des sociétés*, vol. 1, Kluwer Editions Juridiques Belgique, 1996, n° 405 ; *Contra* :

empêche son application. En revanche, le recours au droit commun devient légitime dès lors qu'est considéré non plus le contrat de société mais le contrat d'apport. Société et associé sont tenus d'obligations réciproques¹¹¹⁸ et l'inexécution de l'une d'elles, à condition de revêtir une gravité suffisante appréciée souverainement par le juge, peut donc conduire à l'anéantissement du contrat d'apport par application de l'article 1184 du Code civil¹¹¹⁹.

286. La précision des modalités de mise en œuvre. Si l'article 1184 du Code civil dispense la consécration d'une disposition autonome, il n'en demeure pas moins que certaines modalités doivent être précisées par la jurisprudence eu égard aux spécificités du contrat d'apport. Certes, l'absence de précision légale sur l'évaluation des droits sociaux, l'organe compétent pour solliciter l'exclusion judiciaire ou encore les effets de l'exclusion ne fait pas obstacle à son application¹¹²⁰. Toutefois, la détermination de ces modalités se révèle nécessaire pour éviter le développement du contentieux. Les solutions retenues en matière d'exclusion conventionnelle semblent pouvoir être transposées.

En premier lieu, le juge doit définir les modalités d'évaluation de l'indemnité qui doit être versée à l'associé. A l'instar de ce qu'il en est dans les sociétés à capital variable, il est possible

J. Lepargneur, art. préc., spéc. p. 12 et s. : l'auteur justifie l'application de l'article 1184 du Code civil au contrat de société lui-même par le caractère synallagmatique qu'il lui octroie.

¹¹¹⁸ R. Encinas de Munagorri, *L'acte unilatéral entre les parties au contrat*, thèse Paris X, 1994, n° 155, p. 130 ; en ce sens, v. Cass. civ., 23 juillet 1935, *DP* 1938, 1, p. 16, note A. C. ; *Journ. soc.* 1936, 544, note H. Lecompte : « le contrat qui lie l'actionnaire à la société leur impose des obligations réciproques... le droit de l'actionnaire de toucher périodiquement des dividendes et de recevoir une part de l'actif à la dissolution à la société est corrélatif de l'obligation qu'il assume de verser intégralement le montant de son apport » ; v. note de J. Noirel sur cet arrêt, *Les grands arrêts de la jurisprudence commerciale*, 1962, p. 244, spéc. p. 245 : « Pour la Cour de cassation, et d'une manière générale pour toute la jurisprudence, la nature de la souscription d'actions ne fait pas de doute : c'est un contrat synallagmatique ».

¹¹¹⁹ F. Deboissy, « Le contrat de société », in *Le contrat, Le contrat, Travaux de l'Association Henri Capitant*, Société de législation comparée, 2005, p. 119, spéc. p. 143 ; M.-C. Monsallier, *L'aménagement contractuel du fonctionnement de la société anonyme*, LGDJ, 1998, préf. A. Viandier, n° 615, p. 256, note de bas de page n° 8 ; T. Bonneau, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 4 janvier 1995, *Dr. soc.* 1995, comm. 70 ; J. Julien, « Observations sur l'évolution jurisprudentielle du sort des associés dans les sociétés civiles », *RTD com.* 2001, p. 841, spéc. p. 861 ; G. Wicker, v° La personne morale, in *Rép. soc.*, Dalloz, 2008, n° 93 ; A. Couret, *Bull. Joly soc.* 1999, p. 1117, § 261, spéc. p. 1118 ; *Contra* : L. Grosclaude, th. préc., p. 311 : l'auteur considère néanmoins qu'il est impossible d'appliquer l'article 1184 du Code civil en raison de l'unicité du contrat de société ainsi que semble l'indiquer l'article 1832 du Code civil ; Y. Guyon, *Traité des contrats, les sociétés, Aménagements statutaires et conventions entre associés*, 5^e éd., LGDJ, 2002, n° 49.

¹¹²⁰ J. Lepargneur, art. préc., spéc. p. 14-15 : l'auteur relève que dans les législations qui prévoient la possibilité d'une exclusion judiciaire, certaines d'entre elles n'ont justement pas précisé les modalités de règlement des droits de l'exclu, ce qui ne remet pas pour autant en cause leur validité, tels les droits suisse ou japonais. De la même manière, en matière de société à capital variable, le législateur, s'il a expressément autorisé les clauses statutaires d'exclusion, n'en a pas non plus prévu les modalités ; N. Perez, th. préc., p. 8.

d'admettre que, dans les sociétés à capital fixe, l'associé « *a droit, non seulement à la reprise de son apport, mais aussi à la part qui revient dans l'actif social* »¹¹²¹. En outre, l'évaluation peut être facilitée par le recours à un expert¹¹²².

En deuxième lieu, le juge doit préciser la date d'extinction du contrat d'apport. Par analogie à la solution admise en matière de résiliation conventionnelle, on peut considérer que l'extinction du contrat d'apport se réalise non pas au moment du prononcé judiciaire de l'exclusion mais au moment de l'indemnisation effective de l'associé afin de renforcer la protection de l'exclu.

En troisième lieu, le juge doit spécifier les effets de l'exclusion. Il semble possible d'admettre que l'exclusion de l'associé conduise, comme en matière d'exclusion conventionnelle, à une annulation de ses parts et non à leur cession à un tiers ou aux autres associés. La réduction du capital social consécutive à l'annulation des parts sociales n'étant qu'une conséquence mécanique de l'exclusion judiciaire, elle doit non seulement être permise quelle que soit la société, à responsabilité illimitée ou non, mais également être soustraite à l'application des règles existantes en matière de réduction du capital non motivée par des pertes.

En quatrième et dernier lieu, le juge doit déterminer l'organe compétent pour ester en justice. Davantage encore que pour ce qu'il en est en matière de résiliation conventionnelle, il importe peu que l'organe à l'origine de la demande soit collectif ou non. Puisqu'il revient au juge d'apprécier l'opportunité de la résolution et que l'associé conserve l'intégralité de ses droits au sein de la société jusqu'au prononcé de la décision judiciaire, il n'y a pas de danger à admettre qu'un gérant unique puisse requérir l'exclusion judiciaire. L'urgence de la situation peut d'autant plus légitimer le recours à un organe individuel.

287. Par conséquent, appartenant au domaine de l'article 1184 du Code civil, le contrat d'apport peut être anéanti pour inexécution contractuelle, peu important que les modalités d'application ne soient pas encore clairement définies. L'application de la disposition de droit

¹¹²¹ J. Lepargneur, art. préc., spéc. p. 17.

¹¹²² Le recours à l'expert est explicitement prévu en matière de cession d'actions par l'article L. 227-18, alinéa 1^{er}, du Code de commerce dans les sociétés par actions simplifiées lorsque les parties n'en ont pas décidé autrement dans les statuts. Par une interprétation extensive, on peut considérer que l'article 1843-4 du Code civil relatif au recours à l'expert qui limite en principe son application aux « *cas où sont prévus la cession de droits sociaux d'un associé, ou le rachat de ceux-ci par la société* » peut s'appliquer dans l'hypothèse de l'exclusion. V. M. Buchberger, th. préc., n° 529, p. 433.

commun est d'autant plus légitime qu'elle se révèle conforme à tous les principes de droit privé classiquement évoqués pour l'enrayer.

2- L'absence d'obstacle théorique à l'application de l'article 1184 du Code civil

288. Une fois la légitimité de l'application de l'article 1184 du Code civil au contrat d'apport reconnue, encore faut-il justifier sa conciliation avec le droit de l'associé de demeurer dans la société (a) et avec l'adage *specialia generalibus derogant* (b).

a- La conformité au droit de demeurer associé

289. Le droit de l'associé de demeurer dans la société repose sur un double fondement, le droit commun des contrats et le droit des biens, qui semble condamner de prime abord la possibilité d'exclure un associé. Pourtant, à bien y regarder, l'exclusion se conforme tant au principe d'irrévocabilité qu'au droit de propriété.

290. Conformité au principe d'irrévocabilité. En premier lieu, le droit de rester associé, considéré comme droit intangible de l'associé, est souvent invoqué par la doctrine pour interdire l'exclusion de l'associé. Ce droit a pour fondement le droit commun des contrats. L'article 1134, alinéa 2, du Code civil interdit qu'une partie puisse par sa volonté unilatérale éteindre le contrat. Pour autant, on admet que ce principe d'irrévocabilité cesse de recevoir application dès lors qu'une partie au contrat a commis une faute grave dans l'exécution de son contrat. En effet, le principe d'irrévocabilité constitue le corollaire de la force obligatoire du contrat. Dès lors, si une partie a manqué gravement à ses obligations contractuelles, elle porte irrémédiablement atteinte à la force obligatoire du contrat et, par voie de conséquence, remet en cause l'application du principe d'irrévocabilité à l'égard de l'autre partie. La résiliation du contrat permet de restituer au contrat sa force obligatoire. Partant, si droit de rester associé il y a, celui-ci est subordonné, à l'instar de tout contrat, à l'absence d'inexécution contractuelle grave. L'exclusion-sanction ne heurte donc pas de front le principe de la force obligatoire mais en constitue un instrument de préservation.

291. Conformité au droit de propriété. En second lieu, le droit des biens refuse qu'un associé puisse être exproprié contre son gré. Or, à la différence de la clause d'exclusion, l'associé n'a pas donné son accord à l'éventualité d'être exclu¹¹²³. Pour cette raison, pour certains auteurs, l'inconstitutionnalité de l'exclusion judiciaire ne fait aucun doute : il s'agit d'une privation de la propriété de l'actionnaire contre son gré intolérable au regard des articles 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et 545 du Code civil¹¹²⁴. Cependant, pas davantage que la résolution d'un contrat de vente, la résolution du contrat d'apport ne constitue une atteinte à l'article 545 du Code civil¹¹²⁵. En effet, s'il est inconcevable que l'exclusion se produise *ad nutum* au regard du principe d'irrévocabilité contractuelle¹¹²⁶ et du droit de propriété, l'article 545 du Code civil ne s'oppose pas à l'exclusion judiciaire pour faute. L'associé est avant tout un contractant avant d'être un propriétaire¹¹²⁷. En effet, il ne faut pas perdre de vue que la propriété des droits sociaux résulte de l'acquisition de sa qualité de partie au contrat de société et au contrat d'apport. De sorte que de la même manière qu'un acquéreur s'expose à la perte de propriété de la chose objet du contrat de vente en cas d'inexécution de ses obligations (non paiement ou paiement partiel de la chose par exemple), l'associé s'expose à la perte de la propriété de ses droits sociaux en cas d'inexécution contractuelle grave¹¹²⁸.

¹¹²³ V. Cuisinier, *L'affectio societatis*, Litec, 2008, préf. A. Martin-Serf, n° 326, p. 289.

¹¹²⁴ N. Molfessis, *Le conseil constitutionnel et le droit privé*, LGDJ, 1997, préf. M. Gobert, n° 530 et s., p. 420 et s. ; Y. Pagnerre, *L'extinction unilatérale des engagements*, éd. Panthéon-Assas, LGDJ, 2012, préf. B. Teyssié et J.-M. Olivier, n° 557, p. 627.

¹¹²⁵ M. Buchberger, th. préc., n° 528, p. 432 : l'article 1184 du Code civil « ne réalise pas davantage une expropriation qu'en ce qui concerne tout autre contrat qu'un contrat d'apport ».

¹¹²⁶ J. Lepargneur, art. préc., spéc. p. 10-11 : « il est évident qu'une rupture du contrat ne peut être imposée à un associé qui n'a pas commis de faute, alors que ses coassociés ont pris envers lui un engagement ferme jusqu'à une date déterminée ». Cependant, si l'affirmation est pertinente, il semble que ce soit d'abord et surtout la société qui ait pris cet engagement d'irrévocabilité à l'égard de l'associé par la conclusion du contrat d'apport.

¹¹²⁷ M. Germain et P.-L. Périn, « L'exclusion statutaire des associés de SAS », *Bull. Joly soc.* 2010, § 222, p. 1016, spéc. p. 1017 : « L'on peut penser après d'autres que l'associé est vu moins comme le propriétaire ou le titulaire de l'action, mais comme une partie au contrat de société ». Pour une contestation radicale de l'attribution de la qualité de propriétaire à l'associé, v. R. Poésy, « Bref retour sur une question controversée : l'exclusion judiciaire de l'associé d'une société non cotée », *RJC* 2001, p. 159, spéc. p. 162 : « Parler ici de droit de propriété peut être discuté. En effet, l'associé est bénéficiaire d'un droit de créance sur la société. Or, le titulaire d'une créance n'a qu'un droit indirect sur la chose, il n'a pas de droit réel, donc il n'a pas la propriété de celle-ci. Mais comme le législateur qui utilise une acceptation large de la propriété, les juges évoquent ici le droit de propriété » ; v. également G. Durant-Lépine, « L'exclusion des actionnaires dans les sociétés non cotées », *LPA*, 24 juillet 1995, n° 88, p. 7, spéc. p. 7 : « On doit reconnaître en effet à l'actionnaire un droit de propriété sur son titre. Cependant l'emploi d'une telle formule constitue un abus de langage dans la mesure dans la mesure où la dématérialisation des valeurs mobilières a imposé la représentation des titres par de simples inscriptions en compte. Par la même, la nature du droit des associés sur les nouvelles valeurs scripturales a subi une profonde altération. Toutefois, ceux-ci conservent sur leurs actions, un droit qui se rattache à la catégorie des droits réels » ;

¹¹²⁸ J.-J. Daigre, « La perte de la qualité d'actionnaire », *Rev. soc.* 1999, p. 535, spéc. p. 543 : « La qualité d'actionnaire ne se définit pas et ne se réduit pas à celle de titulaire d'actions. Quand il est exclu de la société, il

Le droit européen conforte d'ailleurs la validité de l'exclusion-sanction judiciaire¹¹²⁹. En effet, l'article 1^{er} du Protocole additionnel n° 1 de la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'homme et des libertés fondamentales subordonne la privation de propriété à quatre conditions : l'existence d'une loi, un but d'utilité publique, une proportionnalité entre la mesure et son objectif et, enfin, une compensation pécuniaire. En ce qui concerne l'existence d'une loi, la jurisprudence de la Cour de Strasbourg l'apprécie souplesment. Pour cette raison, on peut considérer l'exigence remplie dès lors que le droit français admet que le juge peut y procéder. Pour ce qui est d'un but d'utilité publique, la condition semble, là encore, satisfaite puisque le prononcé de l'exclusion peut permettre de préserver les nombreux intérêts mis en péril par le maintien de l'associé fautif au sein de la société¹¹³⁰. Ce n'est pas seulement l'intérêt des autres créanciers mais également l'intérêt général qui se trouvent sauvegardés par la mesure d'exclusion. Pour ce qui est de la proportionnalité, l'exigence peut être considérée comme respectée dès lors que le prononcé de la sanction permet de sauver la société d'une issue fatale¹¹³¹. En d'autres termes, l'exclusion doit se justifier à l'aune de l'intérêt social. Il en résulte que seule l'inexécution d'une obligation principale peut en principe permettre le retrait forcé de l'associé¹¹³². Enfin, on l'a vu, l'indemnisation est une condition également requise par le droit français quelle que soit la nature de l'exclusion. L'exclusion judiciaire, comme l'exclusion conventionnelle, ne devient légitime au regard du droit de propriété qu'à la condition d'une indemnisation effective de l'associé. Le fait qu'il soit fautif ne lui fait pas perdre ce droit.

292. Néanmoins, après avoir légitimé l'atteinte portée au droit de rester associé, il faut encore s'assurer de la possible conciliation entre l'article 1184 du Code civil et l'article 1844-7-5° du même Code.

n'est exproprié de ses titres que par voie de conséquence ; il perd la qualité d'actionnaire avant celle de propriétaire ».

¹¹²⁹ J.-J. Daigre, art. préc., spéc. p. 544.

¹¹³⁰ *Ibid.* : « la société est le plus souvent le réceptacle d'une série d'intérêts collectifs chacun digne de protection, qu'il s'agisse de celui des actionnaires, de celui des salariés, de celui des fournisseurs, de celui des clients et de celui de la Nation au travers de l'économie nationale, de l'emploi et des finances publiques » ; *Contra* : M. Buchberger, th. préc., n° 387, p. 321.

¹¹³¹ En ce sens, v. N. Perez, th. préc., p. 62-63.

¹¹³² *Ibid.*

b- La conformité à l'adage *specialia generalibus derogant*

293. Complémentarité des dispositions. Certains auteurs ont fait valoir que l'article 1844-7-5° du Code civil n'étant que l'application spécifique de l'article 1184 du Code civil aux sociétés, le principe *Specialia generalibus derogant* aboutit à écarter ce dernier¹¹³³. Pourtant, bien qu'animées d'un même esprit, la finalité de ces deux dispositions est distincte. Alors que l'application de l'article 1844-7-5° du Code civil a pour effet d'anéantir le contrat de société dans son entier, la mise en œuvre de l'article 1184 du même Code ne génère que sa résiliation partielle¹¹³⁴. En réalité et plus encore, l'objet même de ces deux dispositions diffère¹¹³⁵. Si l'article 1844-7-5° du Code civil porte sur la résiliation du contrat de société, l'article 1184 du même Code a vocation à s'appliquer au contrat d'apport. Au vrai, le principe *Specialia generalibus derogant* ne constitue un obstacle à la mise en œuvre de l'article 1184 du Code civil en matière sociétaire que si l'on souhaite appliquer la disposition au contrat de société¹¹³⁶. La reconnaissance d'un contrat d'apport entre l'associé et la société rend inopérante l'invocation dudit principe. En somme, le droit commun ne vient qu'en complément du droit des sociétés¹¹³⁷.

294. Articulation des dispositions. Surgit alors la question de l'articulation des deux dispositions. La société et les associés peuvent-ils à leur guise choisir de se fonder sur le droit commun ou sont-ils contraints par la disposition spéciale ? Si c'est la société qui n'exécute pas ses obligations à l'égard de l'associé, le conflit de normes est alors inexistant puisque la société

¹¹³³ R. Poésy, art. préc., spéc. p. 163 ; J. Granotier, « L'exclusion d'un associé : vers de nouveaux équilibres ? », *D.* 2009, p. 1067, spéc. p. 1070.

¹¹³⁴ J. Lepargneur, art. préc., spéc. p. 14 : « Ces deux articles malgré l'idée commune qui les inspire, sont, en réalité, indépendants ». L'auteur s'inspire de la comparaison avec le contrat de mariage pour lequel on admet tout autant la séparation de corps que le divorce ; N. Perez, th. préc., p. 129 : « Les effets de l'exclusion et de la disparition totale sont opposés et les assimiler constitue une grave erreur ».

¹¹³⁵ M. Buchberger, th. préc., n° 530, p. 435 : « L'existence de l'article 1844-7-5° du Code civil ne peut en aucun cas être un obstacle, car il concerne le contrat de société, et non le contrat d'apport. L'adage *specialia generalibus derogant* est par conséquent sans objet, puisque l'article 1184, appliqué au seul contrat d'apport, n'entre pas en conflit avec cette disposition ».

¹¹³⁶ A supposer néanmoins que l'adage soit applicable. La doctrine s'accorde en effet à exclure la règle *Specialia generalibus derogant* de la résolution des concours d'actions. V. H. Roland et L. Boyer, *Adages du droit français*, Litec, v° *Specialia generalibus derogant* ; F. Terré et Y. Lequette, *Grands arrêts de la jurisprudence civile*, T. 2, Dalloz, 12^e éd., 2008, n° 267-268 ; P.-H. Antonmattei et J. Raynard, *Contrats spéciaux*, Litec, 7^e éd., 2013, n° 203 ; J. Carbonnier, note sous Cass. civ. 1^{re}, 19 juill. 1960, *RTD civ.* 1961, p. 332. « Lorsque le droit positif met deux moyens juridiques à la disposition du même individu, le sens le plus élémentaire de ce double don est le cumul. Si le législateur a agi délibérément, que sa volonté soit faite ».

¹¹³⁷ M. Buchberger, th. préc., n° 527, p. 431.

n'est partie qu'aux seuls contrats d'apport. Dans ce cas, seule l'application de l'article 1184 du Code civil est envisageable et permettra à l'associé de résilier son contrat d'apport. En revanche, le conflit de normes existe dès lors que c'est un associé qui n'exécute pas ses obligations puisque celui-ci est partie tant au contrat de société qu'au contrat d'apport et que ces deux contrats connaissent un même contenu obligationnel. Dans ce cas, chacun des deux contrats est susceptible d'être résilié respectivement sur les fondements des articles 1844-7-5° et 1184 du Code civil. Certes, les demandeurs à l'action ne seront pas les mêmes selon l'action envisagée. Alors que l'article 1844-7-5° du Code civil devra impérativement être mis en œuvre par les associés, l'article 1184 du Code civil devra en principe être invoqué par la société. Toutefois, étant donné l'identité du fait générateur pour les deux actions en résiliation judiciaire (l'inexécution d'une obligation présente dans les deux contrats), aucun fondement ne semble *a priori* l'emporter sur l'autre.

De prime abord, cependant, en raison de la pluralité des intérêts mis en jeu par le contrat de société, il conviendrait de privilégier la résiliation du contrat d'apport¹¹³⁸. Toutefois, l'anéantissement du contrat de société apparaît parfois inévitable. En réalité, le choix du fondement va dépendre de l'importance de l'obligation inexécutée et des conséquences de l'inexécution sur la société¹¹³⁹. Si l'on est en présence d'une inexécution de prestation substantielle pour la réalisation de son objet, le contrat de société doit être intégralement anéanti¹¹⁴⁰. Il doit en être de même lorsque la perturbation est d'origine collective ou impersonnelle ou lorsqu'il existe une véritable mésentente suite à l'inexécution contractuelle¹¹⁴¹. En revanche, si l'inexécution contractuelle n'empêche pas la société de continuer à fonctionner normalement, seul le contrat d'apport doit être anéanti. Il n'y a alors aucune raison de faire peser les conséquences de l'inexécution d'une obligation contractuelle par un associé sur l'ensemble de

¹¹³⁸ En ce sens, v. M. Buchberger, th. préc., n° 540, p. 443 : « *il est tout aussi souhaitable que logique d'estimer que le juge pourrait refuser de faire droit à la demande de dissolution et imposer la résolution du contrat d'apport* ».

¹¹³⁹ T. Tilquin et V. Simonart, *Traité des sociétés*, vol. 1, Kluwer Editions Juridiques Belgique, 1996, n° 405.

¹¹⁴⁰ *Ibid.* : ces auteurs donnent en exemple plusieurs prestations qui peuvent être considérées comme substantielles telles que la compétence particulière de la partie dans le domaine faisant l'objet du contrat, les lignes de crédit dont elle dispose et la détention par elle d'une autorisation, d'une agrégation de brevet nécessaire à la réalisation de l'opération faisant objet du contrat.

¹¹⁴¹ N. Perez, th. préc., p. 63.

ses coassociés. Cependant, simple en théorie, la distinction se révèle délicate en pratique puisqu'il n'est pas toujours aisé d'identifier le caractère substantiel ou non de la prestation¹¹⁴².

Quoi qu'il en soit, le principe doit être celui de la résiliation du contrat d'apport et l'exception celle de la résiliation du contrat de société¹¹⁴³. L'infime probabilité de sauver la société doit permettre de sacrifier l'intérêt individuel et confiner la portée de la sanction au seul associé fautif. Partant, concevable sur le plan juridique, l'exclusion judiciaire doit d'autant plus être consacrée qu'elle se révèle opportune en pratique.

B- UNE CONSÉCRATION FONDÉE EN PRATIQUE

295. Une sanction plus effective que les remèdes légaux. Loin d'être une « *monstruosité juridique* »¹¹⁴⁴, l'exclusion-sanction présente une double utilité par rapport aux remèdes légaux.

En premier lieu, l'exclusion-sanction constitue un remède préventif effectif. D'une part, les enjeux sont souvent tels que la menace de verser des dommages et intérêts ne dissuade pas l'associé de commettre un manquement¹¹⁴⁵. D'autre part, si la société est prospère, l'associé ne sera pas non plus intimidé par la menace d'une dissolution pour inexécution eu égard aux inconvénients majeurs que génère la reconstitution d'une société entre les autres associés. En définitive, insuffisamment comminatoires, les sanctions légales existantes ne préservent qu'imparfaitement la force obligatoire du contrat. Seule la conscience de pouvoir être exclu de la société peut réellement empêcher l'associé d'adopter un comportement fautif.

En second lieu, l'exclusion-sanction constitue un remède curatif efficace. L'exclusion-sanction conduit seulement à l'anéantissement du contrat d'apport qui lie l'associé à la société laissant subsister le contrat de société lui-même. Si l'associé exclu peut être enclin dans un esprit de vengeance à entamer des actions en justice contre la société, la société évite cependant un

¹¹⁴² T. Tilquin et V. Simonart, *op. cit.*, n° 405 : « L'analyse de la volonté des parties et du caractère substantiel ou non de la prestation de la partie défaillante peut assurément donner lieu à des contestations, mais ces difficultés pratiques sont inhérentes à la résolution tacite et peuvent d'ailleurs être prévenues dans une large mesure par une rédaction judiciaire du contrat pluripartite ».

¹¹⁴³ N. Perez, th. préc., p. 75 : « L'exclusion sera l'effet normal de l'inexécution car une telle solution permet aux associés diligents la continuation du contrat et de l'entreprise et l'exclu obtiendra la liquidation de ses droits ».

¹¹⁴⁴ Terminologie employée par R. Rodière, note sous CA Rouen, 8 février 1974, *Rev. soc.* 1974, p. 507.

¹¹⁴⁵ T. Bonneau, note sous Cass. 1^{ère} civ., 4 janvier 1995, *Dr. soc.* 1995, comm. 70.

trouble certain de le maintenir en son sein¹¹⁴⁶. L'exclusion-sanction doit pour cette raison être privilégiée dès lors qu'elle concourt à la préservation de l'intérêt de la société elle-même¹¹⁴⁷.

296. Une sanction complémentaire de l'exclusion conventionnelle. A l'instar de la clause résolutoire, le caractère automatique de la clause d'exclusion lui confère une efficacité certaine. Néanmoins, là est sa faiblesse, l'exclusion ne peut être prononcée que si les parties en ont prévu au moins le principe dans les statuts. En effet, si en raison de la reconnaissance d'un pouvoir disciplinaire les parties ne doivent pas nécessairement mentionner avec précision les manquements objet de l'exclusion, elles doivent toutefois expressément stipuler la possibilité d'exclure. Or, si la clause ne figure pas *ab initio* dans les statuts, son introduction ultérieure se révèle compromise puisque suppose de réunir l'unanimité ou du moins la majorité qualifiée des voix. Partant, dans les sociétés de grande taille, il devient impossible en pratique de pallier cette omission. Seule l'admission de l'exclusion judiciaire peut alors assurer la protection de la force obligatoire du contrat de société et des autres contrats d'apport¹¹⁴⁸. Pour autant, à l'inverse de ce qu'il en est en matière de clause résolutoire, le prononcé de l'exclusion est conditionné par la gravité de l'inexécution appréciée souverainement par le juge, ce qui contribue à la rapprocher de l'exclusion prononcée à titre de sanction disciplinaire. En somme, l'exclusion judiciaire et l'exclusion conventionnelle sont complémentaires.

¹¹⁴⁶ J.-J. Daigre, « La perte de la qualité d'actionnaire », *Rev. soc.* 1999, p. 535, spéc. p. 542 : « en cas de crise grave entre les actionnaires, l'unique solution résiderait dans la dissolution de la société, ce qui conduirait à une exclusion de tous les actionnaires, pour le plus grand dommage de chacun, de la société et de l'entreprise à laquelle elle donne corps. Face à cela, l'exclusion judiciaire est un moindre mal » ; M.-C. Monsallier, *L'aménagement contractuel du fonctionnement de la société anonyme*, LGDJ, 1998, préf. A. Viandier, n° 618, p. 258.

¹¹⁴⁷ CA Rouen, 8 février 1974, *Rev. soc.* 1974, p. 507, obs. R. Rodière ; *RTD com.* 1974, p. 290, obs. R. Houin et R. Saint-Alary : « si la pérennité d'une société exige que l'introduction de nouveaux actionnaires soit soumise à l'agrément, il est incontestable qu'elle peut également exiger que la société puisse exclure les associés dont la présence apporte, par suite d'une modification importante de leur situation économique ou juridique, un risque sérieux de voir la société détournée de son but ou placée dans l'incapacité de le poursuivre ». J.-J. Daigre, art. préc., spéc. 544 : l'auteur affirme néanmoins que l'exclusion ne doit être ordonnée que s'il y va de la pérennité de la société.

¹¹⁴⁸ J. Julien, « Observations sur l'évolution jurisprudentielle du sort des associés dans les sociétés civiles », *RTD com.* 2001, p. 841, spéc. p. 861 : « Il ne faudrait pas que la société fût contrainte de conserver en son sein un associé n'étant visiblement plus animé des mêmes sentiments vis-à-vis du groupement sous prétexte de l'absence d'une clause statutaire le prévoyant » et p. 860 « l'attitude de celui-ci est susceptible de jeter le discrédit sur le groupement ou plus simplement de lui être défavorable ».

297. L'admission de l'exclusion judiciaire s'inscrirait dans l'évolution actuelle du rôle du juge qui devient véritablement le serviteur de la pérennité du contrat¹¹⁴⁹ et légitime son immixtion dans la sphère contractuelle¹¹⁵⁰. Il n'est donc pas étonnant que beaucoup de législations étrangères l'aient déjà consacrée¹¹⁵¹. Remède effectif, sa consécration est souhaitable, d'autant que le droit commun lui fournit un fondement solide et que les arguments érigés à sa rencontre ne sont pas rédhibitoires. Pour autant, la longueur et le coût de la procédure judiciaire tendent à affaiblir son efficacité. En conséquence, par-delà la résolution judiciaire, c'est la consécration de la résolution unilatérale du contrat d'apport qui est espérée.

§2 PLAIDOYER POUR LA RÉSILIATION EXTRA-JUDICIAIRE DU CONTRAT D'APPORT

298. Davantage encore que la consécration de la résiliation judiciaire du contrat, se pose la question de l'opportunité de la reconnaissance d'une résiliation extra-judiciaire, c'est-à-dire unilatérale, en droit des sociétés. Procédure pragmatique qui pallie les lenteurs du système judiciaire, elle s'est définitivement imposée récemment en droit commun des contrats comme concurrente de la résiliation judiciaire. Pour cette même raison, elle doit pouvoir être admise concernant le contrat d'apport (A) et être subordonnée au régime de droit commun des contrats (B).

A- LE CHAMP D'APPLICATION : LES CONTRATS D'APPORT

299. De par sa mise en œuvre rapide et peu onéreuse, la résiliation extra-judiciaire du lien contractuel qui unit un associé à la société peut permettre de sauver le contrat de société d'un péril imminent. Son application doit, pour cette raison, être généralisée à tous les contrats d'apport (1). Toutefois, la dangerosité de la sanction tenant à son caractère unilatéral conduit, en revanche, à en refuser l'application au contrat de société lui-même (2).

¹¹⁴⁹ J.-J. Daigre, art. préc., spéc. p. 542 : pour l'auteur, l'admission de l'exclusion judiciaire ne ferait que conforter l'évolution du rôle du juge en droit des sociétés comme en droit des contrats. V. *infra*, n° 534 et s.

¹¹⁵⁰ P. Hoang, « La sanction de l'inexécution du contrat-organisation par exclusion d'un membre », in *Mél. P. Didier, Economica*, 2008, p. 205, spéc. p. 213 : l'intervention du juge dans les affaires privées demeure une question controversée en doctrine.

¹¹⁵¹ J. Lepargneur, « L'exclusion d'un associé », *Journ. soc.* 1928, p. 1, spéc. p. 11 : l'auteur cite notamment les droits allemand, suisse, italien, espagnol, autrichien, hongrois, roumain, mexicain, chinois, japonais ou encore argentin.

1- La généralisation de la résiliation extra-judiciaire à tous les contrats d'apport

300. Consécration légale de la résiliation extra-judiciaire en droit des sociétés. De manière surprenante, si le législateur n'a pas admis en droit des sociétés la possibilité pour le juge de prononcer l'exclusion judiciaire de l'associé, il a consacré dans certaines sociétés la faculté pour la société d'exclure un de ses membres pour inexécution contractuelle sans passer préalablement par le juge et sans que la sanction n'ait été prévue par les statuts. Plus exactement dénommée « exécution en bourse »¹¹⁵², cette technique consiste à autoriser la société cocontractante, après mise en demeure de l'associé, à vendre ses titres en bourse ou aux enchères publiques (respectivement si les titres sont cotés ou non). Le procédé s'apparente bien à une « résiliation » puisque, par la vente des titres à une tierce personne¹¹⁵³, la société met fin pour l'avenir au lien contractuel qui l'unit à l'associé¹¹⁵⁴. Pourtant, tout bien considéré, il ne s'agit pas d'un anéantissement *stricto sensu* mais d'une cession puisque le contrat d'apport se perpétue avec l'acquéreur futur des titres. Il n'en demeure pas moins que peut être constatée une rupture des liens contractuels entre l'exclu et la société, ce qui permet de retenir la dénomination, bien qu'impropre, de résiliation.

Le procédé s'apparente en outre bien à une résiliation « unilatérale » puisque la société procède à la mise en vente des titres sans intervention préalable du juge¹¹⁵⁵. L'exclusion n'est subordonnée qu'à la seule mise en demeure de l'associé défaillant par la société. A l'origine, sa

¹¹⁵² M. Bernard, « Etudes sur l'exécution en bourse d'actions ou d'obligations non libérées », *Annales de droit commercial*, 1904, p. 145 ; C. Houpin, « De la nature de la clause d'exécution en bourse d'actions non libérées et de ses effets en cas de faillite de l'actionnaire défaillant », *Journ. soc.* 1931, p. 385 ; C. Houpin et Bouvieux, *Traité général des sociétés civiles et commerciales*, T. 1, Sirey, 7^e éd., 1935, n° 423 ; M. Pallu, *De l'exécution en bourse pour non-versé sur des actions ou des obligations non libérées*, thèse Bordeaux, 1907, p. 94 ; A. Foncin, *De l'exécution en bourse des actions ou obligations non encore libérées*, thèse Dijon, 1907, p. 80.

¹¹⁵³ La résiliation ne prend effet qu'au moment de la vente. V. J. Noirel, note sous Civ., 23 juillet 1935, *Les grands arrêts de la jurisprudence commerciale*, 1962, p. 244, spéc. p. 247.

¹¹⁵⁴ N. Perez, *L'exclusion d'un associé (Code de commerce de Panama)*, thèse Paris, 1959, p. 173 ; B. Oppetit, *Les rapports des personnes morales et de leurs membres*, thèse Paris, 1963, p. 126 : l'exécution en bourse « apparaît donc comme une application du principe général édicté par l'article 1184 du Code civil et comme la résolution des obligations réciproques de la société et de l'actionnaire, si elle n'était pas totalement dépourvue de procédure judiciaire » ; *Contra* : A. Mignon-Colombet, *L'exécution forcée en droit des sociétés*, Economica, 2004, préf. Y. Guyon, n° 39, p. 40 : l'auteur rattache davantage l'exécution en bourse à une voie privée d'exécution, « une sorte de saisie et de vente de titres sans intervention de justice », qu'à une résolution ; A. Legal et J. Brethe de la Gressaye, *Le pouvoir disciplinaire dans les institutions privées*, Sirey, 1938, p. 214 : pour ces auteurs, l'exécution en bourse doit s'analyser en « une mesure administrative d'ordre intérieur destinée à assurer la bonne marche de l'institution » ; M. Bernard, « Etudes sur l'exécution en bourse d'actions ou d'obligations non libérées », *Annales de droit commercial*, 1904, p. 134-135.

¹¹⁵⁵ La mise en œuvre de l'exécution en bourse n'est subordonnée ni à une autorisation judiciaire ni à l'accomplissement de formalités de saisie. V. A. Mignon-Colombet, th. préc., n° 39, p. 39.

mise en œuvre supposait d'avoir été expressément prévue par les associés, ce qui apparentait davantage la technique de l'exécution en bourse à une clause résolutoire¹¹⁵⁶. Devenu progressivement une clause de style¹¹⁵⁷, ce remède de justice privée a été consacré finalement par le législateur et n'a donc plus besoin d'être stipulé dans les statuts.

Partant, par la consécration de l'exécution en bourse, le droit des sociétés cotées connaît, comme le droit commun, la résiliation extra-judiciaire.

301. Dichotomie entre droit commun et droit des sociétés. En revanche, à la différence du droit commun des contrats, la résiliation extra-judiciaire en droit des sociétés connaît un domaine plus limité sur un double plan.

En premier lieu, elle est cantonnée à certaines sociétés seulement. En effet, alors qu'en droit commun la jurisprudence semble faire de la résiliation unilatérale un mode général d'extinction du contrat, en droit des sociétés, le législateur ne l'admet que pour certains contrats d'apport seulement. Il en est ainsi tout d'abord en matière de société de construction¹¹⁵⁸, il en est également ainsi en matière de société anonyme¹¹⁵⁹.

En second lieu, la résiliation extra-judiciaire est subordonnée à l'inexécution de l'obligation principale du contrat d'apport. Alors qu'en droit commun la résolution unilatérale peut être mise en œuvre par le créancier quelle que soit l'obligation inexécutée, dès lors que l'inexécution revêt une gravité suffisante¹¹⁶⁰, le droit des sociétés cantonne la technique de l'exécution en bourse à l'inexécution de l'obligation d'apport. Si la solution satisfait le principe de prévisibilité contractuelle et, donc, sauvegarde mieux l'intérêt individuel de l'associé, la solution n'est pas suffisamment protectrice de l'intérêt social. D'autres manquements contractuels sont en effet susceptibles d'entraver le bon fonctionnement de la société, en particulier l'inexécution de l'obligation de coopération. En réalité, circonscrite à l'inexécution de l'obligation d'apport, la résiliation unilatérale se révèle peu utile. En effet, pour que cette dernière soit efficace, le titre doit avoir conservé sa valeur. Or, si tel est justement le cas, l'actionnaire sera

¹¹⁵⁶ J. Noirel, note préc., spéc. p. 247.

¹¹⁵⁷ V. par exemple Cass. civ., 23 juillet 1935, *DP* 1938, 1, p. 16, note A. C. ; *Journ. soc.* 1936, 544, note H. Lecomte : « *Est licite, même à l'égard de la faillite du souscripteur d'actions, la clause des statuts d'une société stipulant que le contrat intervenu entre la société et le souscripteur sera résolu de plein droit si celui-ci ne satisfait pas, quand il en sera requis, à l'obligation de libérer ses titres* ».

¹¹⁵⁸ Articles L. 211-3 et L. 212-3 du Code de la construction et de l'habitation.

¹¹⁵⁹ Article L. 228-27 du Code de commerce.

¹¹⁶⁰ V. *infra*, n° 308.

plus enclin à procéder lui-même à sa vente. A l'inverse, si le titre ne vaut plus sa valeur nominale, il y a fort à penser que sa vente ne se réalisera pas et donc que la société n'agira pas¹¹⁶¹. Par conséquent, la consécration sélective de la résolution unilatérale est loin d'être satisfaisante et demanderait à être généralisée non seulement à toutes les sociétés mais surtout à d'autres manquements que l'obligation d'apport.

302. L'intérêt d'une généralisation. Davantage que pour les autres contrats, la reconnaissance de la résolution unilatérale se révélerait opportune en matière sociétaire. En effet, si les contrats d'apport sont nécessaires au bon fonctionnement du contrat de société, leur mauvaise exécution peut tout aussi contribuer au dépérissement de ce dernier. Pour cette raison, mieux vaut sacrifier une branche de l'arbre plutôt que de risquer la contagion ! Il faut couper la mauvaise branche tant qu'il en est encore temps, rompre le contrat d'apport défaillant tant que l'associé n'a pas encore répandu la léthargie de son *affectio societatis* sur le contrat de société¹¹⁶². Si tant soit peu l'on puisse considérer la mesure comme humiliante, elle est nécessaire pour préserver l'intérêt de la société et par-delà tous les intérêts extérieurs connexes. Si l'associé subit un préjudice certain par la décision d'exclusion, lequel se trouve privé ultérieurement des bénéfices que continueront à se partager les membres restants, le préjudice de la société serait bien plus grand à laisser en son sein un membre défaillant. Par conséquent, dès lors que l'intérêt social est en jeu, la société doit avoir la possibilité de mettre un terme au contrat d'apport mal exécuté avant que la situation ne dégénère et ne devienne irréversible¹¹⁶³. En raison de son efficacité économique, la résiliation unilatérale doit donc être consacrée en matière de contrat d'apport¹¹⁶⁴.

303. La voie ouverte par la jurisprudence. De premier sentiment, cependant, une telle généralisation semble être condamnée. Si l'absence de fondement légal constitue un obstacle à

¹¹⁶¹ A. Mignon-Colombet, th. préc., n° 39-40, p. 39-40.

¹¹⁶² En ce sens, v. V. Cuisinier, *L'affectio societatis*, Litec, 2008, préf. A. Martin-Serf, n° 328, p. 290-291.

¹¹⁶³ P. Hoang, « La sanction de l'inexécution du contrat-organisation par exclusion d'un membre », in *Mél. P. Didier*, *Economica*, 2008, p. 205, spéc. p. 212 : « bien qu'une exclusion non expressément prévue dans les statuts puisse apparaître comme une sorte d'acte d'exécution privée du contrat-organisation, cet acte, à la fois fondé et légitime, contribuerait au respect par les parties de leurs obligations essentielles découlant de leur appartenance volontaire à l'organisation ».

¹¹⁶⁴ D. Bakouche, « Observations relatives à la résiliation unilatérale des contrats », *Lexbase Hebdo*, éd. *Affaires*, 2002, n° 29.

l'admission de la résiliation judiciaire du contrat d'apport, *a fortiori*, elle empêche la consécration de la résiliation unilatérale dudit contrat. En effet, le caractère dangereux de la résiliation unilatérale ne plaide pas en faveur de sa généralisation. Pourtant, en droit commun des contrats, l'absence de fondement textuel¹¹⁶⁵ n'a pas empêché la jurisprudence d'affirmer à plusieurs reprises que « *la gravité du comportement d'une partie à un contrat peut justifier que l'autre y mette fin unilatéralement, à ses risques et périls, sans intervention judiciaire préalable*¹¹⁶⁶. Or, étant donné la généralité des termes employés, rien ne justifie *a priori* de l'exclure du champ de cette émancipation jurisprudentielle¹¹⁶⁷. La Cour de cassation a d'ailleurs déjà fait preuve d'audace et reconnu son application en matière sociétaire. En l'espèce, trois masseurs kinésithérapeutes ont constitué une société civile de moyens dont les statuts proscrivent l'exercice de l'activité professionnelle en dehors de la société. Or, l'un des associés a violé cette obligation. Aussi les autres ont-ils décidé son exclusion. Si l'interprétation stricte de la clause suffisait à légitimer la sanction prononcée, la Cour de cassation a cependant profité de l'occasion pour affirmer que l'exclusion d'un associé d'une société civile de moyens était licite « *que M. Weil, en exerçant dans un cabinet extérieur, avait commis une infraction grave de nature à justifier son exclusion et ce indépendamment même de la clause des statuts prévoyant cette sanction* »¹¹⁶⁸. En outre, sensible aux avantages de la solution, le Rapport annuel de la Cour de cassation a corroboré cette possibilité de résiliation unilatérale¹¹⁶⁹. La Cour de cassation avait

¹¹⁶⁵ Davantage encore qu'une absence de fondement textuel, ce serait pour certains auteurs la contrariété avec l'article 1184 du Code civil qui en empêcherait l'admission. V. 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. 112 ; *Contra* : C. Jamin, « Le renouveau des sanctions contractuelles : pot pourri introductif », in *Le renouveau de sanctions contractuelles*, sous la dir. de F. Collart-Dutilleul et C. Coulon, Economica, 2007, p. 3, spéc. p. 8 : l'auteur affirme une erreur d'interprétation de l'article 1184 du Code civil. L'intervention du juge ne serait nécessaire que lorsque l'octroi d'un délai est encore possible et utile.

¹¹⁶⁶ V. par exemple Cass. civ. 1^{ère}, 13 octobre 1998, *Bull. civ. I*, n° 300 ; *D.* 1999, 197, note C. Jamin ; *D.* 1999, somm. p. 115, obs. P. Delebecque ; *Defr.* 1999, 374, obs. D. Mazeaud ; *RTD. civ.* 1999, 394, obs. J. Mestre ; Cass. civ. 1^{ère}, 20 février 2001, *Bull. civ. I*, n° 40 ; *D.* 2001, 1568, note C. Jamin ; *D.* 2001, somm. p. 3239, obs. D. Mazeaud ; *Defr.* 2001, 705, obs. E. Savaux ; *RTD. civ.* 2001, 363, obs. J. Mestre et B. Fages : la Cour de cassation précise dans cet arrêt que la résolution unilatérale peut s'appliquer peu important que le contrat soit à durée déterminée ou non.

¹¹⁶⁷ En ce sens, v. F. Deboissy, « Le contrat de société », in *Le contrat, Le contrat, Travaux de l'Association Henri Capitant*, Société de législation comparée, 2005, p. 119, spéc. p. 143.

¹¹⁶⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 4 janvier 1995, *Bull. civ. I*, n° 12 ; *Rev. soc.* 1995, p. 525, note M. Jeantin ; *Dr. soc.* 1995, comm. 70, obs. T. Bonneau.

¹¹⁶⁹ Rapport annuel de la Cour de cassation, 1995, p. 282.

également admis l'exclusion d'un membre d'une association en raison du caractère unanime de la décision¹¹⁷⁰.

304. Une généralisation propice aux sociétés de personnes. Cependant, si la résiliation unilatérale doit être généralisée quel que soit le contrat d'apport, il semble que les sociétés de personnes en constituent sa terre d'élection. En effet, la résiliation quelle soit unilatérale ou judiciaire ne doit être prononcée que pour inexécution grave, lorsque l'inexécution rend impossible la collaboration et génère un risque d'anéantissement de la société. Une telle hypothèse suppose donc que la collaboration soit essentielle à l'exécution du contrat de société. Or, l'obligation de collaboration étant largement atténuée en principe dans les sociétés de capitaux¹¹⁷¹, il est rare que le manquement d'un associé (autre que le défaut d'apport) soit suffisamment grave pour mettre en péril la société. L'exclusion n'étant alors pas nécessaire pour sauvegarder l'intérêt social, d'autres sanctions doivent être favorisées (l'exécution forcée ou les dommages et intérêts). Par conséquent, paradoxalement, ce sont dans les sociétés de personnes dont l'*intuitus personae* est le plus marqué que la résiliation unilatérale a vocation à s'épanouir. Alors qu'initialement c'est l'*intuitus personae* qui empêchait le développement de l'exclusion, le nécessaire rétablissement du lien de confiance entre les autres associés légitime désormais son application. Certes, la considération de la personne conduit à restreindre les cas de substitution d'associé. Pour autant, l'exclusion se révèle bénéfique puisque la séparation de la société, noyau dur, de l'un de ses atomes défectueux favorise la consolidation des autres liens sociaux. Il ne semble toutefois pas opportun de restreindre la consécration de la résiliation unilatérale aux seules sociétés de personnes¹¹⁷². L'inexécution répétée de l'obligation de coopération peut

¹¹⁷⁰ Cass. req., 22 décembre 1920, S. 1922, 1, p. 369, note R. Morel.

¹¹⁷¹ N. Perez, *L'exclusion d'un associé (Code de commerce de Panama)*, thèse Paris, 1959, p. 119 : « l'obligation de collaboration est atténuée, même si elle ne disparaît pas totalement, dans la société de capital. Positivement, elle se traduit par l'obligation d'intervenir aux assemblées sociales, et elle est sanctionnée par le fait que l'associé n'exerce pas son influence sur l'action sociale et reste soumis à la décision prise ; négativement, elle se traduit par l'obligation de ne pas poursuivre des intérêts extrasociaux dans la délibération, devoir sanctionné par la responsabilité ordinaire et la possibilité d'annuler la délibération avec laquelle les buts extrasociaux ou antisociaux ont été poursuivis ». Cela justifie que l'inexécution de l'obligation de collaboration ne donne pas droit à l'exclusion dans le Code de Panama et cela justifie au moins pour partie que le droit français ait lui aussi limité la résiliation unilatérale à l'obligation d'apport considérée comme principale dans les sociétés anonymes.

¹¹⁷² L. Grosclaude, *Le renouvellement des sanctions en droit des sociétés*, thèse Paris I, 1997, p. 303 : « une idée reçue veut que dans les sociétés dotées d'une forte dose d'intuitus personae cette sanction (exclusion) soit admissible, même sans clause particulière (civ. 1^{ère} 4 janvier 1995). Ce poncif juridique est tout à fait contestable d'après nous. Pourquoi le principe général énonçant l'intangibilité du droit de rester associé, pourquoi l'article 544 du Code civil n'auraient-ils pas vocation à s'appliquer à l'égard de toute société, fût-elle civile ? La résistance est

également aboutir à fragiliser le fonctionnement d'une société de capitaux. L'exclusion devrait par exemple être prononcée lorsque l'actionnaire vote systématiquement à l'encontre de l'intérêt social.

305. Si la résiliation unilatérale doit ainsi être admise quel que soit le contrat d'apport, il n'apparaît pour autant pas opportun d'étendre son application au contrat de société lui-même.

2- Une consécration circonscrite au seul contrat d'apport

306. Le rejet de la résiliation unilatérale du contrat de société. Alors qu'elle poursuit son ascension et concurrence fortement la résiliation judiciaire en droit commun, la résiliation unilatérale ne doit pas pouvoir être appliquée au contrat de société lui-même. Deux raisons justifient de maintenir le prononcé judiciaire de la résolution.

En premier lieu, l'intervention *a priori* du juge permet de garantir l'opportunité du choix de la sanction. En effet, la pluralité des intérêts mis en cause par la société justifie de ne prononcer qu'exceptionnellement sa dissolution¹¹⁷³. L'impératif de pérennité contractuelle définit la ligne de conduite du juge. Dès lors que le contrat de société peut être sauvé, le juge écarte la résiliation au profit d'autres sanctions¹¹⁷⁴. Ce n'est que lorsque le fonctionnement de la société est trop fortement altéré, qu'il opte pour la dissolution¹¹⁷⁵. L'extension jurisprudentielle de l'exigence d'une paralysie de la société à tous les justes motifs de dissolution en constitue la preuve. Or, admettre la résiliation extra-judiciaire du contrat de société, c'est prendre le risque que, du fait d'une mauvaise appréciation du créancier, la personne morale disparaisse pour des raisons illégitimes, soit que le manquement évoqué n'existe pas, soit que l'inexécution avérée soit

manifestement ailleurs que dans ces principes, et tient vraisemblablement au caractère spécifique des sociétés de capitaux ? »

¹¹⁷³ En ce sens, v. A. Brès, *La résolution du contrat par dénonciation unilatérale*, Litec, 2009, préf. J. Raynard, n° 855, p. 574 : « Outre les intérêts des différents associés au fonctionnement de la société, et l'intérêt autonome de la personne morale, l'activité de la société peut être source de dynamisme, d'innovation et d'emploi, et participer à la satisfaction des besoins des consommateurs. La société peut aussi constituer un partenaire économique indispensable pour d'autres entreprises. La protection du lien sociétaire revêt à ce titre une importance particulière » ; C. Popineau-Dehaillon, *Les remèdes de justice privée à l'inexécution du contrat étude comparative*, LGDJ, 2008, préf. M. Goré, n° 688, p. 370.

¹¹⁷⁴ C. Popineau-Dehaillon, th. préc., p. 375 : « le recours préalable du juge permet de faire intervenir un tiers neutre pour arbitrer le différend qui oppose les associés afin d'apprécier l'opportunité de la résolution. Le juge pourra alors obliger les associés à exécuter leurs obligations ».

¹¹⁷⁵ A. Brès, th. préc., n° 855, p. 574 : le contrôle *a priori* du juge offre « une garantie d'impartialité dans la détermination de la gravité de l'inexécution ».

dérisoire et, donc, qu'il existe un décalage manifeste entre le manquement dénoncé et la sanction adoptée. En effet, l'intérêt social et l'intérêt général commandent de prendre en considération les conséquences de la destruction du contrat¹¹⁷⁶ et de sacrifier au besoin les intérêts individuels¹¹⁷⁷. Seul le juge, acteur impartial, est donc à même d'arbitrer les différents intérêts. Admettre qu'une partie puisse mettre fin à un contrat à la fois à exécution successive de longue durée¹¹⁷⁸ et pluripartite¹¹⁷⁹, c'est multiplier les risques d'excès de pouvoir. Ce point de vue est conforté par la disparition de l'ancien article 1869 du Code civil qui consacrait d'antan la dénonciation unilatérale du contrat de société. L'intervention en amont du juge est d'autant plus nécessaire qu'un contrôle *a posteriori* ne permettrait pas de réparer les conséquences néfastes générées par la disparition de l'être moral¹¹⁸⁰.

En second lieu, même si la résolution se révèle inévitable, l'intervention judiciaire *a priori* est indispensable plus que dans tout autre contrat pour organiser les conséquences de la dissolution, non seulement dans les rapports entre associés, mais, surtout, dans ceux des tiers¹¹⁸¹.

Ces deux séries de raisons justifient que même dans les systèmes juridiques étrangers qui ont légalement consacré le principe de la résolution unilatérale le contrat de société se trouve soustrait de son champ¹¹⁸². Cependant, même appliquée au contrat d'apport, la résiliation extrajudiciaire doit respecter les conditions exigées par le droit commun des contrats afin de protéger l'associé d'une exclusion abusive.

¹¹⁷⁶ En ce sens, v. T. Genicon, *La résolution du contrat pour inexécution*, LGDJ, 2007, préf. L. Leveneur, n° 247 et s., p. 184 et s., spéc. n° 250, p. 186.

¹¹⁷⁷ A. Brès, th. préc., Litec, 2009, préf. J. Raynard, n° 856, p. 575 : « *La dissolution de la société constituerait effectivement une mesure excessive lorsque les manquements reprochés à un associé portent atteinte uniquement aux intérêts particuliers d'un ou plusieurs coassociés* ».

¹¹⁷⁸ C. Popineau-Dehaullon, th. préc., n° 697, p. 376 et n° 696, p. 375 : « *Le contrat de société est fondé sur une certaine stabilité : l'éventuelle inexécution d'un associé ne doit pas servir de prétexte à la résiliation d'un contrat dont l'exécution est, par hypothèse, largement successive et s'étire sur une longue durée, afin de réaliser l'objet social prévu dans les statuts* ».

¹¹⁷⁹ A. Brès, th. préc., n° 857, p. 575.

¹¹⁸⁰ C. Popineau-Dehaullon, th. préc., n° 696, p. 375 : « *« Le contrôle judiciaire a posteriori ne permettrait sans doute pas de faire renaître la société, de réembaucher des salariés ou de renouer des relations contractuelles avec des fournisseurs. En ce sens, la modalité unilatérale de la résolution serait trop brutale pour les tiers. L'intervention du juge a priori permet au contraire de préserver leurs intérêts, dans la mesure du possible, sans que la simple décision unilatérale d'un associé n'ait d'effets irréparables sur leur situation* ».

¹¹⁸¹ C. Popineau-Dehaullon, th. préc., n° 696, p. 375.

¹¹⁸² C. Popineau-Dehaullon, th. préc., n° 689 et s., p. 370 : l'auteur cite notamment les droits néerlandais et anglo-saxon.

B- LA TRANSPOSITION SOUHAITABLE DES CONDITIONS DE DROIT COMMUN DES CONTRATS

307. Outre les modalités spécifiques que législateur et jurisprudence seraient, là encore, amenés à déterminer comme en matière d'exclusion judiciaire ou conventionnelle concernant le montant de l'indemnisation, le choix de l'organe ou encore le rachat consécutif à l'exclusion¹¹⁸³, il convient d'encadrer la résiliation unilatérale pour éviter la commission d'abus.

En effet, même cantonnée aux contrats d'apport, la consécration de la résiliation unilatérale ne doit pas se réaliser au détriment de l'intérêt individuel. Aussi convient-il de soumettre le contrat d'apport aux conditions de droit commun des contrats.

A l'aune du droit commun, deux conditions se révèlent nécessaires pour légitimer la résiliation extra-judiciaire : un comportement grave (1) et le contrôle *a posteriori* du juge sur l'opportunité de la mesure (2). Garanties d'une utilisation raisonnable dudit remède, ces deux conditions méritent d'être transposées en matière de société.

1- Un manquement grave

308. En droit commun et à l'instar de la résolution judiciaire, la jurisprudence subordonne expressément la résolution unilatérale au critère de gravité¹¹⁸⁴. Pour autant, à la différence de la résolution judiciaire, la première chambre civile de la Cour de cassation ne fait pas référence à la gravité du manquement mais à la gravité du comportement¹¹⁸⁵. La notion n'est donc pas dépourvue d'équivoque. Deux interprétations sont alors possibles.

La première consiste à examiner la gravité par rapport au comportement du débiteur. Là encore l'incertitude persiste. Comment apprécier cette gravité ? En fonction de la durée de

¹¹⁸³ Les modalités proposées dans le cadre de la résolution judiciaire sont susceptibles également d'être retranscrites en la matière.

¹¹⁸⁴ Y.-M. Laithier, *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, LGDJ, 2004, préf. H. Muir Watt, n° 198, p. 280 : « Condition accidentelle, l'exigence d'un manquement suffisamment grave est légitime car respectueuse de la politique juridique favorable à la préservation du lien contractuel utile, ce qui, nous l'avons vu, est le moyen de concilier la résolution unilatérale avec les dispositions de l'article 1184 du Code civil » ; v. Cass. civ. 1^{ère}, 28 octobre 2003, *Bull. civ. I*, n° 211 ; *JCP G* 2004, II, 10108, note C. Lachière, *Def.* 2004, p. 378, obs. R. Libchaber, *Defr.* 2004, p. 381, obs. J.-L. Aubert, *RTD civ.* 2004, p. 89, obs. J. Mestre et B. Fages ; *RDC* 2004, p. 273, obs. L. Aynès ; *RDC* 2004, p. 277, obs. D. Mazeaud : la Cour de cassation a censuré la décision des juges du fond au motif qu'ils n'avaient pas recherché si le comportement du débiteur revêtait une gravité suffisante pour justifier la rupture unilatérale.

¹¹⁸⁵ V.-D. Do et M. Chang, « La résolution unilatérale du contrat en droit français : vers une harmonisation au sein de la Cour de cassation », *LPA*, 9 avril 2004, n° 72, p. 3 et s.

l'inexécution ? En fonction du caractère principal ou accessoire de l'obligation ? Doit-on adopter une appréciation *in concreto* ou *in abstracto* ? Partant, l'incertitude qui affecte cette première interprétation la rend peu souhaitable.

La seconde consiste à examiner la gravité du comportement par rapport aux conséquences de l'inexécution sur le créancier. Cela revient à se demander si le contrat conserve une utilité pour lui. Plus que la promesse d'une prestation, le contrat implique « *une promesse d'un comportement en lien avec la réalisation du projet constituant le champ contractuel* »¹¹⁸⁶. L'attente du créancier ruinée doit pouvoir être sanctionnée par une rupture unilatérale.

En droit commun des contrats, la jurisprudence ne semble pas définitivement fixée et semble exploiter alternativement ou cumulativement ces deux conceptions. Tout dépend de la nature du contrat et du contexte de l'inexécution.

Pour autant, concernant le contrat d'apport, il semble plus opportun de favoriser la deuxième conception. En effet, plus que dans tout autre contrat, la société cocontractante attend de l'associé un comportement de bonne foi pour réaliser l'objet du contrat d'apport et celui du contrat de société. Dès lors que l'attitude de l'associé compromet la réalisation de l'objectif contractuel commun, il doit être mis fin le plus rapidement possible à la relation pour limiter les séquelles de l'inexécution. Au final, l'appréciation de la gravité se révèle analogue à celle utilisée dans le cadre de la résolution judiciaire. Cela n'étonne pas. Pourquoi ne pas admettre que le créancier puisse mettre fin dans une situation où le juge aurait fait de même ?

Partant, quelle que soit la matière, en droit commun des contrats ou en droit des sociétés, l'appréciation de la gravité devrait être uniforme¹¹⁸⁷. La gravité devrait être caractérisée dès lors que le comportement de l'associé défaillant aboutit à perturber trop gravement la relation de confiance entre les associés empêchant par suite la société de fonctionner normalement. Si la jurisprudence avait déjà admis que la présence de la clause n'était pas nécessaire pour prononcer l'exclusion de l'associé, c'est qu'en réalité, par delà la violation de l'obligation d'exercer l'activité, existait une violation de l'obligation de bonne foi qui paralysait la poursuite de la

¹¹⁸⁶ L. Aynès, « Rupture unilatérale du contrat », note sous Cass. 1^{ère}, 28 octobre 2003, *RDC* 2004, p. 273.

¹¹⁸⁷ D. Mazeaud, « Rupture unilatérale du contrat », note sous Cass. 1^{ère}, 28 octobre 2003, *RDC* 2004, p. 273 ; *Contra* : C.-E. Bucher, *L'inexécution du contrat de droit privé et du contrat administratif, Etude de droit comparé interne*, Dalloz, 2011, préf. L. Leveneur, n° 375, p. 314 : « *les termes employés par la Cour de cassation gravité du comportement montrent que les conditions de la résolution unilatérale ne sauraient être identiques à celles de la résolution judiciaire ce qui, dans le cas contraire, reviendrait à vider de sens la règle de l'article 1184 al. 3 du Code civil. Dès lors, un degré supplémentaire doit être atteint... L'expression gravité du comportement doit être entendue de manière purement subjective en tant que manquement à l'obligation de bonne foi* ».

coopération entre les autres associés¹¹⁸⁸ et donc mettait en péril la société. C'est donc bien en considération des conséquences de l'inexécution sur la société créancière que la jurisprudence serait amenée à se prononcer.

Plus que dans tout autre contrat, les conséquences d'une mauvaise exécution du contrat d'apport peuvent se révéler graves puisque susceptibles de rejaillir sur le contrat de société lui-même. Il faut donc permettre au créancier d'agir au plus vite en lui offrant la faculté d'évaluer lui-même la gravité. L'exclu sera cependant protégé d'une mauvaise évaluation grâce au contrôle *a posteriori* du juge.

2- Un contrôle *a posteriori* du juge

309. La nécessité du maintien d'un contrôle judiciaire. La rupture est certes unilatérale, c'est-à-dire prononcée par le créancier lui-même, elle n'échappe pour autant pas au contrôle du juge. Opérant le passage d'une intervention *a priori* à une intervention *a posteriori*, la formule « *à ses risques et périls* » indique bien la potentielle désapprobation ultérieure de la décision d'exclusion par le juge. Le maintien de ce contrôle en aval met à l'abri l'exclu d'une décision arbitraire de sa cocontractante et permet de s'assurer aussi bien de la finalité de l'exclusion, sanctionner l'associé fautif, que de son opportunité, sauvegarder l'intérêt social. En conséquence, cette condition est indissociable de la première et constitue sa résultante : exiger la gravité du manquement implique qu'un acteur impartial en vérifie la teneur. Le pouvoir du juge est donc comparable à celui qu'il a dans la mise en œuvre du pouvoir disciplinaire : l'appréciation de la proportionnalité de la mesure prise à la faute commise et la nécessité de la prononcer au regard de l'intérêt social. Cela remet au goût du jour l'obligation de motivation qui est consubstantielle de l'essor de l'unilatéralisme dans le contrat.

310. Les inconvénients d'un contrôle *a posteriori*. Si la question de la nécessité d'un maintien du contrôle judiciaire n'appelle aucune difficulté, en revanche, celle des conséquences de ce contrôle se révèle plus complexe. Quelles sanctions doivent être adoptées en cas de rupture abusive ? En droit commun des contrats, la réponse suscite encore la polémique. Lorsque le

¹¹⁸⁸ Pour une vision approchante, v. M. Germain et R. Vatinet, « Le pouvoir disciplinaire des personnes morales de droit privé », in *Mél. Y. Guyon, Aspects actuels du droit des affaires*, Dalloz, 2003, p. 397, spéc. p. 408 : « *il s'agit en premier d'une faute au regard des exigences de solidarité qu'impose la notion même de groupement* ».

défaut de proportionnalité entre la mesure prise et la faute est avéré, autrement dit lorsque la gravité du comportement n'est pas caractérisée, deux mesures sont envisageables. La première qui ne génère aucune difficulté tant sur le plan théorique que pratique consiste dans l'octroi de dommages et intérêts à l'associé exclu abusivement. Toutefois, davantage sujette à controverse, la question porte sur un éventuel maintien forcé du contrat rompu abusivement par le juge¹¹⁸⁹. Le maintien forcé du contrat implique la prolongation du contrat, soit jusqu'à la fin du terme pour les contrats à durée déterminée, soit pour un temps préservant toutefois la faculté de résiliation unilatérale moyennant respect du préavis pour les contrats à durée indéterminée¹¹⁹⁰. Mesure plus conforme à la force obligatoire dans sa conception traditionnelle¹¹⁹¹ et sans aucun doute plus équitable pour l'exclu, elle pallie également les inconvénients d'une évaluation discrétionnaire du préjudice¹¹⁹². Pour cette raison, elle doit *a priori* être favorisée comme en matière de clause résolutoire¹¹⁹³. Pour autant, cette solution n'est cependant pas sans poser d'importants inconvénients pratiques. En effet, hormis les hypothèses dans lesquelles le maintien forcé se révèle matériellement ou physiquement impossible, le maintien forcé du contrat se révèle la plupart du temps peu concevable en pratique. En effet, la rupture a pour conséquence d'ébranler

¹¹⁸⁹ D. Mazeaud, *D.* 2001, somm. comm. p. 3240 ; D. Mazeaud, obs. sous Cass. civ. 1^{ère}, 7 novembre 2000, *D.* 2001, p. 1137 ; S. Amarani-Mekki, « La résiliation unilatérale des contrats à durée déterminée », *Deffr.* 2003, p. 369, spéc. p. 390 ; M. Heraïl, « L'influence du droit européen 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. 63, spéc. p. 73.

¹¹⁹⁰ C. Popineau-Dehaullon, th. préc., n° 985, p. 519.

¹¹⁹¹ L. Weiller, « Processualisation et force obligatoire du contrat », in *Regards comparatistes sur le phénomène contractuel*, PUAM, 2009, p. 157, spéc. p. 162 ; C. Popineau-Dehaullon, th. préc., n° 991, p. 524 : « l'exécution forcée en nature assure la sécurité juridique alors que les dommages et intérêts sont conçus comme une simple exécution par équivalent qui ne peut satisfaire pleinement le créancier. Or, si les dommages et intérêts sont le seul remède possible de l'abus du droit de rompre unilatéralement le contrat, ils permettent au créancier de se soustraire facilement à la force obligatoire du contrat ». Toutefois, l'auteur nuance sa position, n° 992, p. 524 : « les dommages et intérêts peuvent tout aussi efficacement assurer la sanction du créancier. Tout dépend de l'intérêt que la victime de l'inexécution (de la rupture abusive) conserve à l'exécution ».

¹¹⁹² C. Popineau-Dehaullon, th. préc., n° 990, p. 523.

¹¹⁹³ F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations*, 11^e éd., Dalloz, 2013, n° 661 ; D. Mazeaud, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 20 février 2001, *D.* 2001, p. 3239 : « Pour dissuader le créancier de se faire trop systématiquement justice à lui-même, il semblerait particulièrement opportun d'accorder au juge, lorsque cela n'est pas contraire à l'intérêt du débiteur et à un certain réalisme dont le juge ne peut faire abstraction, le droit de décider, comme dans l'exercice de son contrôle sur la mise en œuvre d'une clause résolutoire expresse, le maintien du contrat abusivement résolu, plutôt que de lui reconnaître le seul pouvoir de réparer le dommage subi par le débiteur » ; M.-E. Pancrazi-Tian, *La protection judiciaire du lien contractuel*, PUAM, 1996, n° 267 et s., p. 226 et s., spéc. n° 267 ; P. Ancel, « Critères et sanctions de l'abus de droit en matière contractuelle », *JCP E, Cah. dr. ent.* 1998/6, p. 30, spéc. p. 36 : « l'exercice abusif d'un droit équivaut à un comportement sans droit, qui devrait à ce titre être privé des effets juridiques qu'il devrait normalement produire » ; A. Marais, « Le maintien forcé du contrat », *LPA*, 2 octobre 2002, n° 197, p. 7.

le lien de confiance nécessaire à la poursuite de la relation contractuelle et, pour cette raison, ne semble pas pouvoir être prononcée s'agissant des contrats à exécution successive¹¹⁹⁴.

En droit des sociétés, de prime abord et par analogie au droit commun des contrats, cette réintégration de l'associé dans la société est impossible si les parts ou actions ont été cédées à un tiers de bonne foi. Dans cette hypothèse, seule la sanction par équivalent est alors concevable. En revanche, la cession à un tiers de mauvaise foi ou l'absence de toute cession rend envisageable en théorie la mesure de réparation en nature¹¹⁹⁵. Toutefois, elle pose de toute évidence d'importants inconvénients en pratique.

D'une part, maintenir l'associé dans la société contre la volonté des autres peut perturber le fonctionnement de la personne morale. En effet, d'une manière générale, la société est considérée comme un contrat pourvu d'un fort *intuitus personae*. Il s'ensuit que sa pérennité suppose, plus que tout autre contrat, une collaboration intense des parties. Or, cette volonté de collaborer sera nécessairement affectée par la réintégration du maillon exclu et donc susceptible d'entraver le succès de l'objectif commun poursuivi. Pour cette raison, il apparaît fort difficile de concevoir la réintégration de l'associé comme du salarié en cas d'exclusion abusive¹¹⁹⁶. Eventuellement peut-on alors envisager la réintégration de l'associé dans les sociétés affectées d'un faible *intuitus personae*. C'est ainsi que la mesure trouverait davantage à s'appliquer dans les sociétés de capitaux que dans les sociétés de personnes.

D'autre part, la nature pluripartite du contrat de société complexifie encore davantage les conséquences de la réintégration ultérieure de l'associé. En effet, la qualité d'associé étant restituée à l'exclu, qu'advient-il des éventuelles décisions prises en son absence ? En toute logique, le prononcé de la nullité impose en principe une remise en l'état initial de la situation : l'associé est considéré ne jamais avoir quitté la société, par voie de conséquence, toutes les délibérations prises en son absence doivent être annulées¹¹⁹⁷. En effet, l'associé n'ayant pas eu la possibilité de participer à la délibération, son consentement fait défaut. Il en résulte qu'une

¹¹⁹⁴ E. Bazin, « La résolution unilatérale du contrat », *RRJ* 2000-4, p. 1381.

¹¹⁹⁵ S. de Verdeuil, « Les clauses d'exclusion strictement conventionnelles, stipulées dans les statuts d'une société anonyme à capital fixe, ne vont pas de soi... », *JCP E* 1993, pan. 326.

¹¹⁹⁶ C. Jamin, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 13 octobre 1998, *D.* 1999, jurisp. p. 197 ; C. Popineau-Dehaullon, th. préc., n° 988, p. 521 : si le législateur a prévu expressément la possibilité de réintégrer le salarié en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse (art. L. 122-14-4 du Code du travail), « le fort *intuitus personae* du contrat de travail empêche en pratique la poursuite d'un contrat après le litige qu'ont traversé les parties ».

¹¹⁹⁷ Y. Guyon, *Traité des contrats, les sociétés, Aménagements statutaires et conventions entre associés*, 5^e éd., LGDJ, 2002, n° 99. La jurisprudence est constante. V. Cass. req., 23 novembre 1926, *DH* 1926, p. 561 ; S. 1927, p. 81 ; *Gaz. Pal.* 1927, 1, p. 226 ; Cass. civ., 17 janvier 1933, *S.* 1933, p. 124.

disposition impérative du droit des contrats n'a pas été respectée et donc justifie l'annulation de la délibération. Or, la remise en cause des décisions collectives risque de fragiliser le fonctionnement normal de la société et de provoquer à terme sa dissolution. Partant, afin de pallier de tels inconvénients, plusieurs solutions peuvent être envisagées.

311. Les solutions envisageables. Il est d'abord possible de concevoir, outre une mise en demeure et notification de l'associé comme cela est suggéré en droit commun des contrats¹¹⁹⁸, un préalable à l'exclusion qui consisterait en une suspension des droits de l'associé. En d'autres termes, la société exercerait une sorte d'exception d'inexécution en attendant la décision définitive du juge. Si cette mesure préalable présente l'avantage d'être facile de mise en œuvre puisque n'exige aucune attitude positive de l'associé¹¹⁹⁹, elle ne semble pas résoudre le problème. En effet, qu'advient-il des délibérations prises pendant la suspension qualifiée postérieurement par le juge d'abusives ? Là encore, l'associé dont la suspension a été considérée comme abusive par le juge pourrait se prévaloir du défaut de son consentement aux assemblées.

Une autre solution préconisée en droit commun des contrats consisterait à recourir au juge des référés afin d'ordonner le maintien provisoire du contrat. Toutefois, bien qu'efficace pour contrer les inconvénients d'un contrôle *a posteriori*¹²⁰⁰, cette mesure reviendrait en réalité à annihiler l'utilité de la résolution unilatérale. En effet, le prononcé du maintien provisoire du contrat d'apport a pour conséquence de neutraliser les effets de l'exclusion jusqu'à ce qu'une décision sur le fond soit rendue. C'est pour cette raison que le droit commun subordonne la décision de maintien forcé temporaire non seulement à la condition d'un dommage imminent mais également et, surtout, à une contestation sérieuse de la licéité de la rupture unilatérale¹²⁰¹. Cette dernière condition semble également devoir être requise en matière sociétaire. En effet, il est à craindre qu'en l'absence de cette exigence les demandes de maintien forcé du contrat

¹¹⁹⁸ Y.-M. Laithier, *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, LGDJ, 2004, préf. H. Muir Watt, n° 205 et s., p. 287 et s.

¹¹⁹⁹ L. Grosclaude, *Le renouvellement des sanctions en droit des sociétés*, thèse Paris I, 1997, p. 300.

¹²⁰⁰ S. Amarani-Mekki, art. préc., spéc. p. 390 ; T. Genicon, *La résolution du contrat pour inexécution*, LGDJ, 2007, préf. L. Leveneur, n° 621, p. 444.

¹²⁰¹ C. Popineau-Dehaullon, th. préc., n° 1012 et s., p. 536 et s., spéc. n° 1013, p. 537 : « *Les articles 808 et 872 posent le principe d'une contestation sérieuse ou l'existence d'un différend pour fonder en principe la compétence du juge des référés. Le doute sérieux sur la licéité de la dénonciation du contrat paraît, en effet, être un élément constitutif du dommage imminent au sens des articles 809 et 873 du NCPC, l'une des conditions de l'intervention du juge des référés* ».

d'apport soient accordées quasi automatiquement et remettent de la sorte en cause l'efficacité de la rupture unilatérale.

En définitive, la seule solution acceptable au regard de l'intérêt individuel de l'associé, tout en donnant plein effet à la résolution unilatérale, serait de limiter les nullités des délibérations subséquentes à la réintégration de l'associé. Devraient être soustraites à la nullité les délibérations pour lesquelles le vote de l'associé n'aurait de toute façon exercé aucune influence sur leur issue. *A contrario*, toutes les fois où le vote de l'associé aurait pu affecter le résultat de la délibération, soit que la décision aurait été adoptée soit qu'elle ne l'aurait pas été, la nullité devrait être prononcée. Il en résulte que toutes les décisions qui exigent un consentement unanime de l'associé devraient, quel que soit le statut de l'associé (minoritaire ou majoritaire), être annulées. Tel serait le cas des décisions ayant pour conséquence d'augmenter les engagements des associés. En revanche, la décision de ne pas augmenter les engagements suite à l'opposition d'un ou plusieurs autres associés ne serait quant à elle pas remise en cause puisque le vote de l'associé exclu abusivement n'aurait en tout état de cause exercé aucune influence sur l'issue de la délibération. Egalement, devraient être annulées les décisions qui exigent une majorité simple ou qualifiée dès lors que l'associé exclu aurait pu empêcher la prise de décision (en constituant une minorité de blocage) ou aurait pu permettre la prise de décision (en constituant la majorité requise). Il ne devrait y alors pas avoir de distinction selon que la majorité exigée soit d'origine légale ou statutaire. Cette solution n'est toutefois pas satisfaisante. Bon nombre de délibérations devront en principe être remises en cause suite à la réintégration de la société, ce qui perturbera nécessairement le fonctionnement de la société et entraînera des complications certaines concernant les relations de la société avec l'extérieur.

312. Dès lors, compte tenu des inconvénients inhérents à l'éventuelle réintégration de l'associé dans la société, il apparaît plus judicieux de se contenter d'une sanction par équivalent en cas d'exclusion abusive. Toutefois, afin de préserver les intérêts individuels de l'exclu, il appartient au juge d'octroyer des indemnités suffisamment importantes à l'associé pour

compenser son préjudice et dissuader les autres et la société de recourir abusivement à l'exclusion¹²⁰².

¹²⁰² P. Ancel, art. préc., spéc. p. 114 : de manière générale, pour dissuader les parties de commettre une rupture unilatérale abusive, il faut non seulement élaborer des conditions strictes de forme et de délai, mais, également, prononcer des dommages et intérêts suffisamment conséquents.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

313. Bien que consacrée explicitement par le législateur, la résiliation judiciaire du contrat de société se révèle en pratique peu utile et remet d'autant plus en cause l'opportunité de l'avoir prévue par une disposition spéciale. La résiliation du contrat de société étant peu sollicitée par les parties et peu prononcée par le juge qui cherche par tous moyens à préserver l'existence de la société, la jurisprudence s'est orientée vers une autre voie pour renforcer la protection de la force obligatoire du contrat de société et celle du contrat d'apport.

En effet, devant l'inertie du législateur, la jurisprudence a progressivement généralisé l'admission des clauses d'exclusion dans les statuts. Légitimées à la fois par la liberté contractuelle et la reconnaissance d'un pouvoir disciplinaire à la société, les clauses d'exclusion bénéficient d'un succès incontesté. Cette dualité de fondements garantit aux associés une plus grande liberté de rédaction de la clause. Toutefois, à l'instar du droit commun des contrats, les clauses d'exclusion ne sont valables que si le principe même de la sanction a été stipulé dans le contrat. Cela justifie qu'en l'absence de toute prévision contractuelle, le juge soit peu enclin à prononcer l'exclusion quand bien même il y va de l'intérêt de la société.

Partant, afin de préserver davantage la force obligatoire du contrat de société et du contrat d'apport, il conviendrait d'élargir les possibilités d'exclusion.

D'une part, il serait opportun de consacrer l'exclusion judiciaire. En effet, d'une utilité pratique incontestable car non subordonnée au principe de prévisibilité contractuelle, elle se trouve fondée sur le plan juridique. L'article 1184 du Code civil a sans aucun doute vocation à s'appliquer au contrat d'apport d'autant qu'aucun obstacle théorique n'entrave sa mise en œuvre. Ni le droit de rester associé ni la règle *specialia generalibus derogant* n'empêche l'admission de la résiliation judiciaire du contrat d'apport.

D'autre part et plus encore, il serait souhaitable de généraliser l'exclusion extra-judiciaire. Admise désormais en droit commun des contrats, la résiliation unilatérale devrait en effet pouvoir être admise pour tout contrat d'apport. Parfois nécessaire pour la survie du contrat de société, elle suppose néanmoins de respecter l'intérêt individuel de l'exclu. Pour cette raison, il conviendrait de soumettre l'exclusion de l'associé aux conditions de droit commun, ce qui n'est cependant pas sans générer certaines difficultés et incertitudes. En effet, non seulement il conviendrait de fixer

le mode d'appréciation de la gravité du comportement susceptible de légitimer l'exclusion mais également de déterminer avec précision les conséquences d'une exclusion abusive. Si la réintégration de l'associé serait de toute évidence la solution la plus équitable, elle engendrerait d'importants inconvénients pratiques qui conduiraient à lui préférer une sanction par équivalent.