



Dossier

Droit des obligations et droit des sociétés



4 Finance

Rencontres fiscales 2019
Loi de finances et actualité fiscale

6 Interview

Entretien avec Pierrick Le Goff
Directeur Juridique d'Alstom

8 Interprofessionnelle

Approche méthodologique des coûts
de la justice : « *La performance des
juridictions judiciaires s'est globalement
dégradée* » déclare la Cour des comptes

64 Étude

Actualité jurisprudentielle :
les sociétés et autres groupements

70 Fiche pratique

Actualités Droit des sociétés

Actualité

Finance

- 4 Rencontres fiscales 2019
Loi de finances et actualité fiscale

Interview

- 6 Entretien avec Pierrick Le Goff
Directeur Juridique d'Alstom

Interprofessionnelle

- 8 Approche méthodologique des coûts de la justice : « *La performance des juridictions judiciaires s'est globalement dégradée* » déclare la Cour des comptes

Étude

- 64 **Actualité jurisprudentielle : les sociétés et autres groupements**
Deen Gibirila
Professeur émérite (Université Toulouse 1 Capitole)

Fiches pratiques

- 70 **Actualité du Droit des sociétés**
Christine Lebel,
Maître de conférences HDR (CRJFC, EA 3225),
UFR SJEPG (Université de Franche-Comté)

Droit des obligations et droit des sociétés

- 11 **Propos introductifs**
Marie Rakotovahiny,
Maître de conférences-HDR, Université Toulouse III
- 13 **Le contrat de société : quelques observations en guise d'introduction**
Deen Gibirila,
Professeure émérite (Université Toulouse 1 Capitole)
- 22 **Avant-contrats et droit des sociétés**
Karine Rodriguez,
MCF HDR Université de Pau et des pays de l'Adour
- 29 **À la recherche de la capacité des personnes morales**
Sébastien Jambort,
Maître de conférences HDR en droit privé,
Université de Toulouse – UPS – LERASS
- 35 **La représentation et le droit des sociétés**
Christine Lebel,
Maître de conférences HDR (CRJFC, EA 3225),
UFR SJEPG (Université de Franche-Comté)
- 39 **Le clair-obscur de l'opposabilité des statuts de société**
Marie Rakotovahiny,
Maître de conférences-HDR, Université Toulouse III
- 44 **Les conséquences du nouveau droit des contrats sur les pactes d'associés/actionnaires : morceaux choisis**
Bastien Brignon,
Maître de conférences HDR à l'Université d'Aix-Marseille,
Membre du Centre de droit économique (EA 4224) et de l'Institut de droit des affaires (IDA),
Directeur du Master professionnel Ingénierie des sociétés
- 49 **La cession de droits sociaux : utiles précisions sur la fixation du prix**
Moussa Zio,
Docteur en droit, Avocat à la Cour
- 53 **Le devoir de loyauté et le droit des sociétés Retour sur les clair-obscur d'une notion**
Thierry Favario,
Maître de conférences,
Université Jean Moulin Lyon 3
- 58 **La société et les sanctions contractuelles**
Bee Receveur,
Maître de conférences, Droit privé, Université Toulouse
Jean Jaurès, Membre de l'IDP Toulouse Capitole



DROIT DES OBLIGATIONS ET DROIT DES SOCIÉTÉS

Le droit des obligations vient d'être renouvelé dans ses dispositions légales sous l'effet de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 et de la loi n° 2018-287 du 20 avril 2018 ratifiant l'ordonnance. Cette évolution du droit des obligations n'est pas sans conséquences sur le droit des sociétés. À travers un certain nombre de thèmes, une confrontation entre le droit des obligations, droit qui s'est modernisé et le droit des sociétés, droit en constant renouvellement est proposée.

11 Propos introductifs

Marie Rakotovahiny,
Maître de conférences-HDR, Université Toulouse III

13 Le contrat de société : quelques observations en guise d'introduction

Deen Gibirila,
Professeur émérite (Université Toulouse 1 Capitole)

22 Avant-contrats et droit des sociétés

Karine Rodriguez,
MCF HDR Université de Pau et des pays de l'Adour

29 À la recherche de la capacité des personnes morales

Sébastien Jambort,
Maître de conférences HDR en droit privé,
Université de Toulouse – UPS – LERASS

35 La représentation et le droit des sociétés

Christine Lebel,
Maître de conférences HDR (CRJFC, EA 3225),
UFR SJEPEG (Université de Franche-Comté)

39 Le clair-obscur de l'opposabilité des statuts de société

Marie Rakotovahiny,
Maître de conférences-HDR, Université Toulouse III

44 Les conséquences du nouveau droit des contrats sur les pactes d'associés/actionnaires : morceaux choisis

Bastien Brignon
Maître de conférences HDR à l'Université d'Aix-Marseille,
Membre du Centre de droit économique (EA 4224) et de l'Institut de droit des affaires (IDA)
Directeur du Master professionnel Ingénierie des sociétés

49 La cession de droits sociaux : utiles précisions sur la fixation du prix

Moussa Zio,
Docteur en droit, Avocat à la cour

53 Le devoir de loyauté et le droit des sociétés Retour sur les clair-obscur d'une notion

Thierry Favario,
Maître de conférences, Université Jean Moulin Lyon 3

58 La société et les sanctions contractuelles

Bee Receveur,
Maître de conférences, Droit privé,
Université Toulouse Jean Jaurès
Membre de l'IDP Toulouse Capitole



Marie Rakotovahiny,
Maître de conférences-HDR,
Université Toulouse III

Propos introductifs

« Modernisation du droit des obligations afin de faciliter son accessibilité et sa lisibilité, tout en conservant l'esprit du Code civil, à la fois favorable à un consensualisme propice aux échanges économiques et protecteur des plus faibles » (1), tels sont les effets promis de l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 et de la loi n° 2018-287 du 20 avril 2018 de ratification de l'ordonnance. Cette (r)évolution du droit des obligations dans le sens d'une modernisation, d'une adéquation du droit des obligations aux réalités sociales, sociétales a forcément des conséquences sur le droit des sociétés, outil juridique au service de l'entreprise. Plus malléable, adaptable aux évolutions jurisprudentielles incessantes qui le façonne, le droit des sociétés semble plus ancré dans les contextes juridique, sociétal et économique. La confrontation du droit des obligations « moderne » au droit des sociétés plus ouvert aux évolutions incessantes constitue un terrain d'expérimentations fort intéressant aux implications non négligeables.

L'étude du contrat de société constitue le point de départ nécessaire pour définir ce qu'est une société. À ce propos, l'article 1832 du Code civil présente la société comme le contrat par lequel plusieurs personnes apportent à une entreprise commune une partie de leur fortune ou de leur temps en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie susceptible d'en résulter. Pour obtenir des bénéfices ou des économies, le groupement sociétal doit en général développer une activité économique, ce qui implique de nouer des relations avec des tiers. Après la constitution de la société, les apports effectués par les associés rentreront parmi les ressources nécessaires pour mettre en œuvre l'activité déterminée. Lorsqu'elle contracte, la société se présente comme une entité autonome agissant sur la scène juridique. Elle apparaît alors comme une véritable personne juridique, c'est-à-dire comme un sujet de droit. Si de prime abord, l'analyse des éléments essentiels du contrat de société permet de mettre en exergue les principales caractéristiques des groupements sociétaux, une investigation plus profonde conduit à se demander si la société ne constitue pas un contrat spécial. Cette interrogation a notamment suscité une controverse doctrinale sur la nature juridique de la société : contrat ou institution ? Au regard des idées proposées par les différents auteurs, la société apparaît fondamentalement comme un groupement de personnes institué et organisé par

un contrat et/ou une personne morale. Après donc avoir identifié le contrat de société, il convient de le caractériser. C'est ce à quoi s'attache le premier article de la présente étude collective (2).

Terrain de prédilection des avant-contrats (3), le droit des sociétés a permis l'épanouissement des avant-contrats aussi bien au stade de la création de la société que lors de la cession de droits sociaux. En réalité, c'est l'application du droit commun des contrats, et en particulier de la liberté contractuelle, qui a permis la création de figures d'avant-contrats diverses et variées : pactes de préférences ou promesses qui s'accompagnent souvent de clauses de sorties (*tag along ; drag along ; buy or sell...*). En outre, le droit commun des contrats, grâce à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, a permis de renforcer l'efficacité des avant-contrats en matière de sociétés. Pour autant, les avant-contrats ne sont pas intégralement régis par le droit commun. Bien au contraire, ils ont dans le même temps été spécifiquement reçus par le droit des sociétés. En effet, non seulement le régime des promesses de sociétés bénéficie d'un régime quelque peu dérogatoire au regard de la spécificité de leur objet, mais les promesses de cessions ont également fait l'objet de règles spécifiques, notamment dans les sociétés cotées.

Depuis l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, l'article 1145, alinéa 2, du Code civil traite spécifiquement de la capacité des personnes morales (4). La première rédaction de cet alinéa ayant suscité des craintes et des réserves en doctrine, la loi de ratification n° 2018-287 du 20 avril 2018 a préféré renvoyer la question de la capacité au droit spécial des personnes morales. Ce retour à la situation antérieure à l'ordonnance ne doit pas éclipser la recherche sur la capacité des personnes morales. Au contraire, il faut déterminer s'il existe un lien entre la notion de capacité des personnes morales et celle d'objet social. La capacité des personnes morales ne semble pas limitée par le « principe » de spécialité statutaire, car ce dernier est imprécis et confond capacité et pouvoir de représentation. La capacité des personnes morales paraît en réalité indépendante de l'objet social et ne connaît comme limites que l'objet légal et l'intérêt propre des personnes morales.

Les articles 1153 et suivants du Code civil énoncent un nouveau cadre légal visant la représentation légale, judiciaire et conventionnelle. Dans la mesure

1) Rapport au président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

2) - D. Gibirila, Le contrat de société : quelques observations en guise d'introduction : *Journ. sociétés* mars 2019.

3) K. Rodriguez, Avant contrats et droit des sociétés, *Journ. sociétés*, mars 2019.

4) S. Jambort, A la recherche de la capacité des personnes morales, *Journ. sociétés* mars 2019.

5) Ch. Lebel, La représentation et le droit des sociétés, *Journ. sociétés* mars 2019.

6) M. Rakotovahiny, Le clair-obscur de l'opposabilité des statuts, *Journ. sociétés* mars 2019.

7) B. Brignon, Les conséquences du nouveau droit des contrats sur les pactes d'associés/actionnaires : morceaux choisis, *Journ. sociétés* mars 2019.

8) M. Zio, La cession des droits sociaux : utiles précisions sur la fixation du prix, *Journ. sociétés* mars 2019.

9) Th. Favario, Le devoir de loyauté et le droit des sociétés (Retour sur les clair-obscur d'une notion), *Journ. sociétés* mars 2019.

10) B. Receveur, La société et les sanctions contractuelles, *Journ. sociétés* mars 2019.

où le droit des sociétés contient des règles propres à la représentation (5), il convient d'étudier dans quelles hypothèses le droit spécial, les règles du droit des sociétés continuent à s'appliquer, et dans quels autres cas le nouveau droit de la représentation du Code civil doit être mis en application, conformément à l'article 1105 du Code civil.

Instrumentum et *negotium*, les statuts sont l'ancrage nécessaire et indispensable de tout groupement sociétaire. Les statuts sont donc opposables à tous : parties et tiers (6). Mais cette opposabilité des statuts n'est pas si patente qu'il y paraît. Vacillant entre le clair et l'obscur, l'opposabilité aux tiers apparaît parfois, trop souvent, énigmatique au point d'en être étourdi. L'opposabilité statutaire n'est pas une situation qui se suffit à elle-même, elle requiert un certain nombre d'indicateurs pour qu'elle soit fondée. Mais au-delà, l'opposabilité statutaire poursuit un but de protection. Cette fonction définit des limites à l'opposabilité des statuts aux tiers. L'encadrement de l'opposabilité des statuts leur garantit une certaine sécurité juridique envisagée globalement mais également et précisément, au regard des clauses statutaires qui en assurent la cohérence. En effet, pour diverses raisons, certaines clauses statutaires sont opposables aux tiers alors que d'autres leur sont inopposables. Cette contradictoire cohérence contribue à renouveler le concept d'opposabilité tel qu'il est abordé par le droit des obligations.

De nature éminemment contractuelle, les pactes d'associés et d'actionnaires (7) sont hautement concernés par la réforme du droit des contrats de 2016 et la loi de ratification de 2018. Outre la question de l'entrée en vigueur de ces textes et celle de la modification des articles 1141 et 1165 du Code civil, l'objet de cet article est d'étudier certains points sensibles des conséquences précisément sur les pactes extra-statutaires du nouveau droit des contrats. Sont ainsi abordés le qualificatif possible de contrat d'adhésion, l'exécution forcée du pacte, le lien avec les promesses et *in fine* l'imprévision. L'article met en exergue également quelques jurisprudences récentes dont certaines renforcent les pactes.

L'importance économique de la cession de droits sociaux est indéniable (8), qu'elle tende à la prise de participation ou de contrôle de la société. Les enjeux financiers inhérents à cette opération peuvent se révéler particulièrement considérables. Pourtant, il s'agit d'une opération complexe qui implique la prise en compte et le maniement de diverses matières dont le droit des sociétés et le droit des obligations. C'est justement cette imbrication de ces différentes matières qui justifie dans le cadre de cette étude collective une analyse consacrée à cette opération, laquelle relève aussi bien de la cession de créance que de la vente. Comme toute vente, la cession de droits sociaux implique un prix. Or, le prix des droits sociaux est souvent difficile à établir. La détermination du prix des droits sociaux est fonction de la réalité économique et financière de la société, laquelle peut

se révéler très fluctuante. Ce contexte extrêmement fluctuant et partant les incertitudes inhérentes à la fixation du prix explique notamment le contentieux abondant en matière de cession droits sociaux. L'on comprend ainsi l'intérêt de ces précisions utiles sur la fixation du prix dans les opérations de cession de droits sociaux.

Le sujet de la « loyauté en droit des sociétés » (9) est faussement rassurant. De prime abord, c'est une évidence : le statut du dirigeant social l'impose là où l'*affectio societatis* la suggère dans les relations entre associés. À y regarder attentivement, la situation est plus nuancée. Le dirigeant social est certes tenu d'un devoir de loyauté à l'égard de la société et des associés. Les racines de ce devoir puisent, ce n'est pas anodin, dans le droit commun des obligations. Mais les conséquences concrètes déduites par le juge n'ont pas toujours la portée espérée et la déception peut guetter le justiciable. Sauf à « contractualiser » la loyauté du dirigeant. Quant à la loyauté de l'associé, elle peine à s'affirmer pleinement. Loyauté envers la société ? Les différentes facettes de cette loyauté renvoient à des questions vertigineuses : la loyauté de l'associé impose-t-elle, par exemple, l'obligation de soutenir financièrement la société en difficulté ? Vaste débat. Loyauté entre associés ? Celle-ci va de soi... nonobstant, une jurisprudence étonnamment pusillanime sur le sujet. Sauf, là encore, à soutenir que le juge entend favoriser une contractualisation de la loyauté de l'associé.

La société est un contrat dont l'atypisme attise pour le moins la fougue doctrinale. Contrat-organisation, elle s'accommode mal des règles contractuelles communes et la réforme, pourtant porteuse d'espoir, n'a guère favorisé sa réhabilitation. Cela transparaît ainsi derrière l'étude des sanctions contractuelles (10). D'abord, l'absence de réciprocité des obligations des associés rend peu opérantes les sanctions pour inexécution. Ensuite, le rayonnement particulier de la société justifie la restriction des actions tendant à sa disparition, ainsi celles en nullité et en résolution. Encore que, si l'application des sanctions contractuelles à la société engendre un certain nombre d'aménagements, ce n'est en rien pour autant le cas du contrat-échange d'apport qui lui est sous-jacent.

Par ailleurs, et paradoxalement, si la société s'émancipe du droit commun, l'analyse de celui-ci révèle que la société est à l'origine de certaines dispositions innovantes. En effet, à l'aune du solidarisme et du libéralisme dont s'imprègne la société, naît une compréhension renouvelée du contrat qui permet de repenser certaines sanctions contractuelles. D'une part, on assiste à l'essor d'une obligation de coopération à la charge des contractants comme des associés qui est sanctionnée aux stades de la formation et de l'exécution. D'autre part, parce que le législateur prend conscience que d'autres contrats que la société aspirent à durer, il admet l'évolution de leur contenu obligationnel sous la conduite d'une partie qui, investie de leur intérêt commun, ne peut trahir les intérêts de son cocontractant sous peine de sanction.



BULLETIN D'ABONNEMENT



Je désire m'abonner et recevoir le *Journal des Sociétés* tous les mois à l'adresse suivante :

Madame Mademoiselle Monsieur Maître

NOM : PRÉNOM :

SOCIÉTÉ :

ADRESSE :

CODE POSTAL : VILLE :

TÉL MOBILE : TÉL PRO :

FAX : MAIL :

ABONNEMENT D'UN AN

ABONNEMENT NUMÉRIQUE (PDF+ visionneuse en ligne) <i>en France métropolitaine</i>	<input type="checkbox"/> 99,00 € TTC (96,96 € HT)
---	---

FACTURATION

NOM : PRÉNOM :

ADRESSE :

CODE POSTAL : VILLE :

RÈGLEMENT

CHÈQUE A L'ORDRE DE SPPS – JOURNAL DES SOCIÉTÉS
 VIREMENT : S'ABONNER SUR NOTRE SITE WWW.JSS.FR

Journal des Sociétés – Service abonnement 8, rue saint Augustin, 75080 PARIS cedex 02 Tél : 01 47 03 10 10 – Fax : 01 47 03 99 31 Mail : abo@jss.fr	DATE / CACHET / SIGNATURE
---	---------------------------

Les abonnements souscrits à nos publications sont à leur échéance reconduits tacitement. Néanmoins, l'abonné peut y mettre un terme par mail : abo@jss.fr selon l'art.L.136-1 du Code de commerce.