

**LA NULLITÉ DE CESSION DES  
DROITS SOCIAUX**

# ABBREVIATIONS

AJDA : Actualité Juridique, Droit Administratif

Al : Alinéa d'un article

Ass.nat : Assemblée Nationale

Bibl : Bibliographie

BLD : Bulletin Législatif Dalloz

BRDA : Bulletin Rapide de Droit des Affaires (Francis Lefebvre)

Bull : Bulletin

Bull.civ : Bulletin Civil de la Cour de cassation

Bull.Joly : Bulletin mensuel Joly d'information des sociétés

CA : Cour d'appel

C. cass (1e, 2e et 3e) : Cour de cassation Chambre civile, première, deuxième et troisième

Cass.Com : Cour de cassation Chambre commerciale

C.civ : Code civil

C.com : Code de commerce

Cf : Consulter

Ch.Mixte : chambre mixte

Comm : Commentaire

Cons.Const : Conseil Constitutionnel

D : Recueil de jurisprudence Dalloz

Defrénois : Répertoire du notariat Defrénois

Dr.sociétés : Droit des Sociétés

Ed : Edition

EFE : Edition Formation Entreprise

Gaz.Pal : Gazette du Palais

GIE : Groupement d'Intérêt Economique

JCP : Juris-Classeur Périodique (Semaine juridique)

JCP E : Juris-Classeur Périodique édition Entreprise et affaires

J.O : Journal Officiel

Obs : Observations

Op.cit : Operecitato (Cité plus haut).

LGDJ : La Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence

P : Page (dans la citation d'un livre ou d'une revue)

Préc : Précité

PUF : Presses Universitaires de France

Rec : Recueil

Rép : Répertoire

Rép. Civ : Répertoire de droit civil Dalloz

Rép.Com : Répertoire de droit commercial Dalloz

Rép.Déf : Répertoire Defrénois

Rev : Revue

Rev. Soc : Revue des Sociétés Dalloz

RJC : Recueil de Jurisprudence Commerciale

RTD.civ : Revue Trimestrielle de Droit Civil (Sirey)

RTD.com : Revue Trimestrielle de Droit Commercial (Sirey)

S : Et suivants (après l'énonciation d'un article)

S.A : Société Anonyme

S.A.R.L : Société à Responsabilité Limitée

S.A.S : Société par Actions Simplifiée

S.A.S.U : Société par Actions Simplifiée Unipersonnelle

S.C.A : Société en Commandite par Actions

S.C.S : Société en Commandite Simple

S.N.C : Société en Nom Collectif

Trib : Tribunal

T.com : Tribunal de Commerce

TGI : Tribunal de Grande Instance

TI : Tribunal d'Instance

V : Voir

# SOMMAIRE

## Introduction

### **Première partie : Les causes de la nullité de cession de droits sociaux**

#### **Chapitre 1 : Les causes de nullité issues du droit commun des contrats, inadaptées aux opérations de cession de droits sociaux**

Section I - L'inadaptation des règles relatives à la formation du contrat à une opération sociétaire

Section II- l'inadaptation des règles relatives à la validité du contrat à une opération sociétaire

#### **Chapitre 2 : Le rééquilibrage opéré par le droit spécial**

Section I – Les causes de nullité issues du droit de la vente ajustées à la cession de droits sociaux

Section II - Les causes de nullité issues du droit des sociétés adaptées à la cession de droits sociaux

### **Deuxième partie : Les effets de la nullité de cession de droits sociaux**

#### **Chapitre 1 : Les alternatives à la constatation judiciaire de la nullité**

Section I : La préservation du lien contractuel, une alternative à la sanction de la nullité

Section II : La constatation amiable de la nullité, une alternative à la sanction judiciaire coûteuse en temps et en argent

#### **Chapitre 2 : La rétroactivité de la nullité, source d'insécurité juridique tant à l'égard des parties qu'à l'égard des tiers**

Section I : la rétroactivité de la nullité, source d'insécurité juridique à l'égard des parties

Section II : la rétroactivité, source d'insécurité juridique à l'égard des tiers

## **Conclusion générale**

# INTRODUCTION

« La cession d'une entreprise présente pour le juriste un problème analogue à celui du mouvement de la bicyclette pour le physicien. La pratique en est quotidienne mais la théorie d'une complexité redoutable »<sup>1</sup>.

Que ce soit pour une cession de contrôle, pour faire un investissement ou simplement pour se retirer du monde des affaires, la cession de droits sociaux constitue un noyau central des opérations économiques. Elle est également la source d'un contentieux abondant, au sein duquel les règles du droit des contrats sont largement sollicitées. L'on songe plus particulièrement à la multitude de litiges relatifs à la nullité de ces opérations.

Issue du latin *nullitas*<sup>2</sup>, désignant ce qui est nul, la nullité consiste dans « l'élimination », la « dissolution »<sup>3</sup>, la « disparition »<sup>4</sup>, « l'anéantissement »<sup>5</sup> ou encore la « destruction »<sup>6</sup>. La notion de nullité nécessite pour être mieux appréhendée, d'être distinguée de certaines notions voisines.

La notion de nullité doit tout d'abord être distinguée de la résiliation. Avant l'ordonnance du 10 février 2016, il était enseigné que la résiliation était une résolution non rétroactive, provoquant l'anéantissement du contrat pour l'avenir seulement s'agissant des contrats à exécution successive. Désormais, la résiliation est simplement un cas déterminé de résolution caractérisé par l'absence de restitution, concernant autant les contrats instantanés que les contrats à exécution successives.

---

<sup>1</sup> D. Danet, Cession de droits sociaux, information préalable ou garantie des vices », RTD com. 1992, p. 315

<sup>2</sup> De *nullus*, signifiant « nul », auquel s'adjoint le suffixe *-itas*, désignant largement « ce qui rend ».

<sup>3</sup> L. Jossierand, Cours de droit civil positif français, t. 2, Théorie générale des obligations, Les principaux contrats du droit civil, Les sûretés, 3<sup>e</sup> éd., Sirey, 1939, n°334

<sup>4</sup> S. Guinchard, Th. Debarb (dir), Lexique des termes juridiques 2013, 20<sup>e</sup> éd., Dalloz 2013, v° Nullité, P. 620, définissant la nullité comme « la sanction prononcée par le juge et consistant dans la disparition rétroactive de l'acte juridique qui ne remplit pas les conditions requises pour sa formation ».

<sup>5</sup> Association Henri Capitant, Vocabulaire juridique, sous la dir. De G. Cornu, 8<sup>e</sup> éd PUF, 2000, v° Nullité ; 1<sup>o</sup>. - F. Terré, Ph. Simler, Y. Droit civil, Les obligations, 11<sup>e</sup> éd., Dalloz, coll. Précis, 2013, n°81 : « Qu'elles soient absolues ou relatives, les nullités entraînent, en principe, les mêmes effets : l'anéantissement rétroactif du contrat »

<sup>6</sup> J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, Les obligations, 1. l'acte juridique, 15<sup>e</sup> éd., par E. Savaux, Sirey, coll. Sirey université, 2012, n°332 : « Quant aux effets qui lui sont attachés, elle ( la nullité) entraîne la destruction rétroactive du contrat : on comme si celui-ci n'avait jamais existé ».

La nullité doit ensuite être distinguée de la résolution qui désigne la sanction de l'inexécution de son obligation par le débiteur. « *Alors que la nullité sanctionne une irrégularité commise au moment de la formation du contrat, la résolution frappe un contrat, régulièrement conclu, en raison de la survenance postérieurement à sa formation de certains faits : inexécution de ses obligations par une partie, réalisation d'un événement que les parties avaient érigé en condition résolutoire du contrat* »<sup>7</sup>.

La nullité doit également être distinguée de la caducité. Elle peut être définie « *comme l'état de non-valeur auquel se trouve réduit un acte juridique initialement valable, du fait de la disparition de l'un de ses éléments constitutifs ou de la défaillance d'un élément extrinsèque auquel est subordonnée son efficacité* »<sup>8</sup>. Elle a en commun avec la résolution et en différence avec la nullité, que l'acte est initialement valable.

C'est ensuite de la déchéance que la nullité se distingue. La déchéance consiste en la perte d'un droit, soit à titre de sanction, soit en raison du non-respect de ses conditions d'exercice. Elle est notamment présente en matière de cautionnement, lorsque le créancier professionnel conclut un contrat de cautionnement manifestement disproportionné avec une caution personne physique. En ce cas, l'article L.341-4 du Code de la consommation, issu de la loi « Dutreil » du 1<sup>er</sup> août 2003 prévoit la déchéance du créancier du droit de poursuivre la caution s'il ne sollicite pas, lors de sa formation, un cautionnement proportionné. A la différence de la nullité, la déchéance n'a pas d'effet rétroactif puisqu'un retour à meilleur fortune permet de l'éviter. Une autre différence est à noter avec la nullité. La déchéance permet seulement d'éteindre le droit d'agir contre la caution, alors que le lien persiste. La nullité quant à elle est caractérisée par l'anéantissement rétroactif de l'acte juridique.

La nullité doit enfin être distinguée de l'inexistence. Elle se distingue principalement de la nullité en ce qu'elle ne requiert aucune intervention du juge alors que la nullité doit être déclarée par le juge. En d'autres termes, l'inexistence se constate alors que la nullité se prononce. Alors que la nullité suppose que l'acte juridique se soit formé mais sans respecter certaines conditions de validité, l'inexistence suppose que l'acte ne se soit jamais formé. Si la nullité considère que l'acte « n'a effectivement jamais existé », l'inexistence empêche la

---

<sup>7</sup>F.Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, Droit civil, les obligations.

<sup>8</sup> M.- E. Pancrazi, « la nullité et les autres sanctions de l'invalidité », ét. Préc., n° 261-53

naissance même de l'acte. La prescription ne court pas puisqu'aucune action en justice n'est nécessaire et l'acte n'est pas susceptible de confirmation puisqu'il n'a jamais existé.

Les nouvelles dispositions relatives à la nullité mettent fin à la théorie classique de la nullité. Rappelons que cette théorie analyse la nullité comme un « état de l'acte ». Cela signifie que l'acte juridique connaît trois états : Soit toutes les conditions nécessaires à la validité de l'acte sont présentes et dans ce cas, il est valide ; « *Soit il est entaché d'un vice grave et dans ce cas, l'acte est mort-né et ne nécessite aucune action pour disparaître puisqu'il n'a jamais existé* »<sup>9</sup>. Il s'agira alors d'une nullité absolue ; « *soit il est entaché d'un vice léger, l'acte est malade mais guérissable et peut survivre à sa maladie si un remède telle que l'action en justice lui est administré* »<sup>10</sup>. Il s'agira alors d'une nullité relative.

Cette théorie a été critiquée par René Japio<sup>11</sup>. Selon l'auteur, « *la nullité n'est pas un état de l'acte mais résulte de la confrontation entre lui et les règles de droit. La nullité est le droit de critiquer l'acte : elle lui est extérieure. Elle n'est pas in actu mais in personis* »<sup>12</sup>. Cette théorie moderne analyse la nullité non plus comme un état de l'acte mais en un « droit de critique », plus précisément un droit de critiquer l'acte vicié. La théorie consistant à distinguer les nullités en fonction de la gravité du vice a été abandonnée au profit de la théorie distinguant les nullités en fonction de l'intérêt protégé.

Le critère de l'intérêt protégé peut être défini comme le fondement permettant de déterminer le caractère absolu ou relatif de la nullité en fonction de l'intérêt protégé par la règle de droit : « *Si la règle de droit est d'intérêt général, tout intéressé peut agir en nullité, c'est une nullité absolue. Si la règle protège un intérêt particulier, le droit de critique n'appartient qu'à ceux que la loi protège, c'est une nullité relative.* »<sup>13</sup>

C'est ce critère de l'intérêt protégé mis en application par René Japio qui constitue le critère de distinction entre les nullités relatives et absolues. Bien qu'il soit celui qui a fait rayonner ce critère, il n'est pas celui qui l'a inventé. Presqu'un siècle avant, le traité de Perrain révélait : « *La nullité de droit privé ne touche le bien public que d'une manière*

---

<sup>9</sup>D.Sadi, essai sur un critère de distinction des nullités en droit privé, p.55

<sup>10</sup> Ibidem, p.69

<sup>11</sup> R. Japio, Des nullités en matière d'actes juridiques. Essai d'une théorie nouvelle, Thèse Dijon, A. Rousseau, Paris, 1909.

<sup>12</sup>M.Mignot.Commentaire article par article de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (IV)

<sup>13</sup> M.BOUDOT, « Nullité, annulation et validation des actes dans la doctrine française des 19<sup>e</sup> et 20<sup>e</sup> siècles », dans la théorie des nullités, Colloques des 23 et 24 mars 2007, sous la dir. De M.BOUDOT, P.-M.VECCHI, LGDJ, coll.Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, 2008, p.94 ; n°19.

*médiate et éloignée. Son but prochain et principal est l'intérêt des particuliers considérés individuellement.* »<sup>14</sup> Et l'auteur poursuivait : « *La nullité de droit public ou absolue est celle qui a été rétablie en vue de l'intérêt général de la société. Toutes les lois ont sans doute pour objet l'avantage des citoyens ; mais elles tendent à ce but de manière plus ou moins immédiate. Or, ce sont celles dont la destination embrasse plus particulièrement le bien de l'état, qui produisent des nullités absolues* ». <sup>15</sup> Perrin a donc mis en avant le critère de l'intérêt protégé qui a permis à Japiot d'élaborer le système des nullités.

Dans sa thèse, l'auteur explique que le système fondant la distinction entre les nullités relatives et les nullités absolues sur la gravité du vice doit être abandonné. Il s'agit selon lui que d'un faux-semblant qui « *séduit par son unité, son élégance, l'harmonie des parties qui le composent, le bel enchaînement de ses déductions (..)* » et qui « *a le mérite de la simplicité* »<sup>16</sup>. Selon l'auteur, la nullité « *n'affecte pas l'acte en lui-même ; elle affecte les effets de l'acte* »<sup>17</sup>. « *Seulement l'acte est affecté car en pratique, il n'existe que parce qu'il produit des effets* »<sup>18</sup>. D'où la métaphore selon laquelle « *l'acte est censé n'avoir jamais existé* ». Simplement, il ne faudrait pas conclure à son inexistence : « *l'acte n'est jamais un néant en ce qu'il bénéficiera d'une existence apparente que vainement la théorie prétendait méconnaître* »<sup>19</sup>.

La théorie dite moderne a connu un grand succès par la doctrine. Comme le souligne Monsieur Gout, « *l'accord est aujourd'hui presque unanime pour affirmer que lorsqu'une condition de validité n'est pas respectée, il n'y a pas lieu de s'interroger sur son caractère essentiel ou non. Dès l'instant, en effet, où elle est nécessaire pour que le contrat soit valable, elle est toujours indispensable, en ce sens qu'il n'y a pas de condition plus importante que d'autre* »<sup>20</sup>.

La théorie moderne a été consacrée par l'ordonnance du 10 février 2016. La théorie dite « *classique* » qui assimilait l'acte juridique à un organisme vivant est abandonnée au profit de la théorie dite « *moderne* » qui lui substitue le critère de l'intérêt protégé.

L'intérêt de la recherche d'un critère de distinction est justifié. Ainsi que le relève Madame Labarthe, la qualification est essentielle en ce qu'elle vise à « *dire dans quelle catégorie les*

---

<sup>14</sup> J.B. PERRIN, Traité des nullités de droit en matière civile, Lons-Le-Saunier et Gauthier-Neveu, 1816, p.58

<sup>15</sup> J.-B, Traité des nullités de droit en matière civile, op.cit., p.90

<sup>16</sup> R.Japiot, Des nullités en matière d'actes juridiques, op.cit., p.155

<sup>17</sup> Ibidem, p.169

<sup>18</sup> D.Sadi, essai sur un critère de distinction des nullités en droit privé

<sup>19</sup> R.JAPIOT, Des nullités en matière d'actes juridiques, op.cit., p.169

<sup>20</sup> O.Gout, Le juge et l'annulation du contrat, Le juge et l'annulation du contrat, thèse. Aix-Marseille 3, préf. P.Ancel, PUAM, coll. Institut de droit des affaires, 1999, n°5

*faits ou les actes vont être englobés, par conséquent à imposer un régime, donc une solution* »<sup>21</sup>. Les conséquences de la distinction entre la nullité relative et la nullité absolue ne concernent pas les effets de la nullité. Ceux-ci seront les mêmes que la nullité soit absolue ou relative. C'est le régime juridique de la nullité qui n'est pas le même. Si le contrat viole une règle de formation destinée à protéger l'intérêt général, alors la nullité est absolue ( art 1178) ; s'il viole une règle de formation destinée à protéger un intérêt particulier, alors la nullité est relative(art 1179). Quant au régime, il diffère en ce qui concerne les personnes susceptibles de soulever une cause de nullité. La nullité absolue peut être soulevée par toute personne intéressée ainsi que le ministère public ( art.1180, al. 1<sup>er</sup> ). La nullité relative en revanche, ne peut être soulevée que par la partie que la règle transgressée avait vocation à protéger ( art 1180, al. 1<sup>er</sup> ). C'est donc le régime de la nullité qui est également consacré par l'ordonnance du 10 février 2016.

Les droits sociaux sont les droits à prestations opposables par l'individu à la société dans laquelle il vit, autrement appelés «*droits-créances* », qui constituent « *l'un des éléments les plus essentiels de la construction démocratique* »<sup>22</sup>. Ils sont « *dans la société dont ils composent le capital, la déclinaison des droits des citoyens dans la société* »<sup>23</sup>. Les manuels de droit des sociétés font souvent la comparaison entre la société et une démocratie et partant, entre l'associé et un citoyen de la cité<sup>24</sup>. Dans le cadre de cette étude, il sera fréquent d'utiliser les termes de titres, de parts sociales, d'actions pour désigner les droits sociaux.

La cession peut quant à elle être définie comme la « *transmission entre vifs, du cédant au cessionnaire, d'un droit réel ou personnel, à titre onéreux ou gratuit* »<sup>25</sup>, ou encore comme le « *transfert à titre onéreux, à titre particulier, d'un bien* »<sup>26</sup>. L'opération de cession s'apparente très étroitement à la vente, définie par le Code civil comme la « *convention par laquelle l'un s'oblige à livrer une chose, et l'autre à la payer* » (C. civ. art. 1582, al. 1). Mais pourquoi ne pas parler d' « *une vente de droits sociaux* » ? Cela s'explique par le fait que la cession est considérée comme une vente dont l'objet est incorporel, ce qui est le cas des droits

---

<sup>21</sup> F. Labarthe, « Les conflits de qualifications : éléments de réflexion à partir de la distinction entre le contrat d'entreprise et d'autres contrats », dans Les droits et le droit, Mélanges dédiés à Bernard Bouloc, Dalloz, 2006, p.539, n°1.

<sup>22</sup> Dictionnaire de la culture juridique, dir. D. Alland et S. Rials, éd. Quadrige, Lamy, PUF, 2003 v° Droits sociaux, par M. Borgetto.

<sup>23</sup> M. Caffin-Moi, Cession de droits sociaux et droit des contrats, Thèse Paris II, 2007, p.11

<sup>24</sup> V. par ex. M. Cozian, A. Viandier et Fl. Deboissy, Droit des sociétés, Litec, 21<sup>e</sup> éd, 2008, n°256, p.130 : « De même que dans une démocratie le peuple désigne ses représentants, de même dans une société l'assemblée des associés désigne ses dirigeants ».

<sup>25</sup> G. Cornu, Vocabulaire juridique : PUF 2005 V° Cession

<sup>26</sup> H. Le Nabasque note sous Cass. com. 15-12-2009 n° 08-21.037 F-PB : Rev. sociétés 2010 p. 291

sociaux. Certains auteurs, notamment Madame Caffin-Moi considère que cette vision est extrêmement réductrice<sup>27</sup>. La question est de savoir en effet si la vente est un genre dont la cession est une espèce ou l'inverse. L'auteur relève que dans le titre consacré à la vente, figure un chapitre huitième intitulé « *Du transport de créances et autres droit incorporels* » alors que dans le même chapitre, le Code civil utilise les mots « *vente* » et « *vendre* » à propos de la cession d'une créance. L'auteur estime que cette confusion s'explique par le fait qu'à l'origine « *les seuls biens étaient les droits (droit de propriété et autres droits) et que progressivement, le droit de propriété a été confondu avec la chose sur laquelle il porte de sorte que l'on a fini par mettre d'un côté les choses et de l'autre les droits, alors qu'à l'origine on ne pouvait céder que des droits* »<sup>28</sup>. Historiquement, la cession serait donc le genre et la vente l'espèce. Elle ne pourrait ainsi être définie comme la vente d'un bien incorporel. Néanmoins, dans le cadre de cette étude, il sera fréquent d'utiliser le mot vente pour évoquer la cession.

Il existe plusieurs autres opérations qui entraînent le transfert de la propriété de parts ou d'actions mais qui ne sont pourtant pas des cessions.

Il en est ainsi tout d'abord de l'apport. C'est le contrat par lequel l'associé affecte un bien ou un droit à la société en contrepartie de la remise des titres sociaux (C.civ , art .1843-3). La Cour de cassation refuse d'assimiler l'apport à une cession<sup>29</sup>. En l'espèce, le litige portait sur l'application ou non d'une clause de préemption. Une convention a été conclue entre des actionnaires de plusieurs sociétés appartenant à un groupe par laquelle ils s'étaient consenti un droit de préemption mutuel « en cas de cession » de leurs actions. Des signataires ont effectué par la suite un apport en société de ces actions. La Cour de cassation a rejeté l'argumentation de la Cour d'appel selon laquelle « *l'apport qui avait consisté à transférer un élément de patrimoine personnel à une société en contrepartie de titres sociaux pour une valeur globale correspondant aux actifs apportés avait eu pour résultat un transfert à titre onéreux et constituait donc une cession soumise au droit de préemption* »<sup>30</sup>.

La cession doit ensuite être distinguée de la fusion qui est l'opération par laquelle la société en annexe une autre, l'annexant et l'annexée ne faisant plus qu'une seule et même société ; juridiquement, l'article L236-1 du Code de commerce décrit la fusion comme la transmission universelle de patrimoine d'une société à une autre. L'opération de fusion se

---

<sup>27</sup>M.Caffin-Moi, Cession de droits sociaux et droit des contrats, Thèse Paris II, 2007, p.12

<sup>28</sup>Ibidem,p.12

<sup>29</sup> (Cass. com. 15-12-2009 n° 08-21.037 F-PB, Le Boursicot c/ Parrain : RJDA 4/10 n° 377

<sup>30</sup> CA Versailles 30-10-2008 n° 07-4964 : RJDA 3/09 n° 229.

distingue principalement de la cession en ce qu'elle entraîne nécessairement dissolution en tout ou partie de la société absorbée (C.com. art. L236-3,I).

La cession doit être distinguée de la convention de portage. C'est la convention par laquelle une personne, le plus souvent un établissement financier (le porteur), acquiert des titres pour le compte d'un donneur d'ordre qui s'engage à les lui racheter à une date fixée et pour un prix minimal (promesse d'achat). Le porteur rend ainsi un service au donneur d'ordre (service de discrétion, service financier...) qui donne lieu à rémunération. En tant qu'investisseur financier, l'organisme n'est pas appelé à conserver les titres ou à assumer une quelconque responsabilité de gestionnaire ou d'administrateur. Pour bien distinguer cette convention de portage avec l'opération de cession, il convient de revenir sur la décision de la Cour de cassation du 23 janvier 2007<sup>31</sup>. En l'espèce, un conseil financier a conseillé à des particuliers d'acquérir des actions émises par une société auprès des dirigeants de celle-ci. Ces achats s'accompagnaient d'un rachat immédiat des actions par la société émettrice ou les cédants à un prix supérieur payable à terme. Cette opération a été considérée comme ne constituant pas un portage car les acquéreurs revendaient le jour même de leur acquisition les actions à la société émettrice ou à ses représentants sans qu'aucune stipulation ne vienne retarder le transfert de propriété, de telle sorte que les donneurs d'ordre ne perdaient pas la propriété des actions cédées et que les acquéreurs n'en devenaient pas propriétaires. La Cour a considéré que cette opération devait s'analyser comme un prêt dans la mesure où elle consistait en la mise à disposition immédiate de la société luxembourgeoise d'une somme à restituer à une échéance et moyennant une rémunération conventionnellement fixée.

La cession de droits sociaux est soumise à plusieurs règles issues notamment du droit de la vente, qui impose par exemple un accord sur la chose et sur le prix ; au droit des sociétés qui soumet dans certains cas la cession à l'agrément des autres associés ; et au droit commun des contrats qui exige que les parties doivent avoir la capacité et un consentement exempt de vices. L'ordonnance 2016-131 du 10 février 2016 qui réforme les règles du droit commun des contrats, du régime général des obligations et de leur preuve pose certaines règles concernant l'application dans le temps des contrats et qui intéressent les opérations de cession. Les nouvelles dispositions s'appliquent à tous les contrats conclus à compter du 1er octobre 2016 ; en revanche, les contrats conclus avant cette date demeurent en principe soumis à la loi ancienne (Ord. 2016-131 art. 9, al. 1 et 2). Toutefois, l'ordonnance prévoit quelques

---

<sup>31</sup> Cass. com. 23-1-2007 n° 05-15.652 F-PB, Sté Axa France IARD c/ Sté Documentation information conseil région Auvergne : RJDA 5/07 n° 492).

exceptions : « *Les dispositions des troisième et quatrième alinéa de l'article 1123 et celles des articles 1158 et 1183 sont applicables dès l'entrée en vigueur de la présente ordonnance.* » Il s'agit là des mesures qui instaurent des « *actions interrogatoires* » et qui seront applicables immédiatement.

L'opération de cession de droits sociaux est-elle un acte civil ou commercial ? La Cour d'appel de Rouen a considéré que la cession des titres constitue un acte civil. Toutefois, elle peut revêtir un caractère commercial lorsque le nombre des actions cédées assure à l'acquéreur le contrôle de la société ; lorsque la cession est l'accessoire d'opérations commerciales ou se rattache à la constitution ou au fonctionnement de la société ; lorsque la cession emporte des opérations commerciales ne pouvant pas être tenues pour des modalités accessoires de la cession<sup>32</sup>. Il ne s'agit pas d'une liste exhaustive. En effet, en application de l'article L110-1,2° du Code de commerce, l'achat de parts ou d'actions en vue de la revente constitue également un acte de commerce. Ainsi la Cour de cassation a considéré que si les opérations de bourse ne sont pas nécessairement par elles-mêmes des actes de commerce, « *elles peuvent revêtir ce caractère à raison des circonstances et du but dans lesquels elles ont eu lieu* »<sup>33</sup>. Lorsque l'acheteur et le vendeur de droits sociaux ont la qualité de commerçants, ce qui est notamment lorsqu'il s'agit de deux sociétés commerciales, l'opération sera analysée comme acte commercial.

Quant à la cession de contrôle, la Cour de Cassation a jugé que « *la convention qui a pour objet l'organisation de la société commerciale en transférant son contrôle ou en organisant le maintien à son titulaire* »<sup>34</sup> constitue un acte commercial. On connaît les enjeux de la distinction : compétence du Tribunal de commerce, solidarité, liberté de la preuve et validité de la clause compromissoire.

Opération centrale de la vie économique, la cession de droits sociaux est incontournable dans le monde des affaires. Elle constitue non seulement une partie très importante de l'activité des cabinets d'affaires au sein des départements fusions acquisitions, mais également des départements contentieux des mêmes cabinets. Le lecteur des revues et des chroniques de jurisprudence en droit des sociétés ne manquera pas de remarquer que les questions portant sur la cession de droits sociaux sont aussi diverses qu'inépuisables. Le

---

<sup>32</sup>CA Rouen 22-9-1983 n° 83-995, 2e ch. civ., Inquimbert c/ Delauney).

<sup>33</sup>Cass. com. 30-7-1912 : D. 1914 I p. 86

<sup>34</sup>(Cass. com. 26-3-1996 n° 673 P, de Fontgalland c/ Hales : RJDA 7/96 n° 931

lecteur est également saisi de la fréquence à laquelle reviennent les décisions portant aussi bien sur les causes de nullité de la cession que sur ses effets. Les raisons de l'explosion du contentieux relatif à ces opérations restent incertaines. Est-ce due à l'absence d'un régime propre, au manque de diligence des parties, à l'application combinée aussi bien des règles du droit des contrats que des règles issues du droit des sociétés ? Qu'elle qu'en soit la réponse, il faut toutes les combiner et l'explosion du contentieux relatif aux cessions de droits sociaux montre l'intérêt pratique du sujet. Cet intérêt se manifeste également par les conséquences attachées à la nullité d'une cession de droits sociaux. Prenons un exemple pour illustrer notre propos. Imaginons qu'une cession conclue entre deux parties soit annulée quelques années plus tard. L'effet de la nullité est la disparition rétroactive de l'acte de cession. Les parties doivent être remises dans l'état où elles étaient avant la conclusion de l'acte de cession. Cela signifie que le cédant est censé n'avoir jamais perdu la qualité d'associé, tandis que le cessionnaire est considéré comme n'ayant jamais été associé. Or, entre la conclusion de l'acte de cession et son annulation, l'acquéreur a participé activement à la vie de la société puisqu'il a pris part à des décisions collectives, voire cédé une partie de ses titres. Si la rétroactivité attachée à la nullité conduit à faire perdre rétroactivement la qualité d'associé à l'acquéreur, que deviennent alors les décisions collectives auxquelles il a pris part ? Que devient la cession conclue entre lui et le sous acquéreur ? Faut-il remettre en cause toutes ces décisions collectives ? Faut-il remettre en cause la cession conclue entre lui et le sous-acquéreur dans la mesure où la cession initiale entre lui et le cédant a été annulée ? On voit bien que le contentieux relatif aux opérations de cession des droits sociaux soulève des questions aussi diverses que complexes, ce qui montre l'intérêt pratique du sujet.

Malgré son importance dans le milieu économique, la cession de droits sociaux est inconnue du législateur. Le réflexe d'un juriste est de se tourner vers les régimes préexistants pour les transposer à cette opération. La cession de droits sociaux est une figure à double visage. *« Envisagée de manière structurelle, elle s'analyse comme un contrat translatif de propriété. Considérée de manière contextuelle, elle est une opération essentielle du droit des sociétés<sup>35</sup> »*.

Cette double dimension fait qu'elle est soumise aussi bien au droit des contrats qu'au droit des sociétés. Parce que la cession de droits sociaux s'analyse comme un contrat, elle se trouve largement soumise au droit commun des contrats. Mais c'est parce qu'elle est aussi une opération sociétaire qu'elle se trouve également soumise au droit des sociétés. Ainsi, le

---

<sup>35</sup>M.Caffin-Moi, Cession de droits sociaux et droit des contrats, Thèse Paris II, 2007, p.6

régime de la cause d'agrément<sup>36</sup> est régi par le droit des sociétés tandis que les conditions de validité de la cession sont régies par le droit commun des contrats. Ou encore, les causes et effets de la nullité peuvent émaner aussi bien du droit des obligations que du droit des sociétés. Cette double dimension ne manque pas de susciter des difficultés. En effet, certaines questions sont régies par les deux régimes. Tel est le cas par exemple de la prescription en matière de nullité lorsqu'il faudra se demander s'il faut faire application de la prescription de droit commun ou de la prescription triennale de l'article L235-9 du Code de commerce.

Pour circonscrire le sujet, il convient de préciser que nous ne traiterons pas de la cession sur les marchés réglementés. Il convient d'exclure également la cession internationale de droits sociaux. Il s'agit d'un sujet dont la difficulté consistera dans la détermination de la loi applicable. Il ne s'agit pas non plus d'évoquer toutes les clauses relatives aux opérations de cession et qui sont issues de la pratique, sauf si elles rentrent bien évidemment dans le cadre de notre sujet. Tel est par exemple le cas des clauses de garantie de passif. L'objet donc de cette étude ne sera pas de reprendre l'ensemble du droit applicable aux opérations de cession de droits sociaux. L'esprit de cette étude est en revanche de dresser un constat de l'absence d'un régime propre aux opérations de cession de droits sociaux. Il s'agira de s'interroger sur l'impact de l'application de la nullité et se demander plus particulièrement quel régime appliquer à ces opérations notamment en ce qui concerne la nullité. Le droit des contrats ? Le droit des sociétés ? Les deux à la fois ? Dans le cas d'une réponse positive, l'application de la nullité issue du droit commun des contrats est-elle satisfaisante ? Qu'en est-il de la nullité issue du droit des sociétés ? De ces interrogations découle le plan suivant :

### **Première partie : Les causes de nullité des cessions de droits sociaux**

### **Seconde partie : Les effets de nullité des cessions de droits sociaux**

---

<sup>36</sup> Procédure par laquelle les associés de certaines sociétés approuvent ou refusent la cession : Lexique des termes juridiques.

## **Partie I : les causes de nullité de cession de droits sociaux.**

Obtenir la nullité d'une opération de cession de droits sociaux en se fondant sur le droit commun des contrats est particulièrement difficile. L'étude démontre que ces causes de nullité sont inadaptées à ces opérations de cession (Chapitre I). Les cessionnaires déçus vont alors se tourner vers le droit spécial qui offre une meilleure protection (Chapitre II).

### **Chapitre 1 : Les causes de nullité issues du droit commun des contrats, inadaptées aux opérations de cession de droits sociaux**

Bien qu'il s'agisse d'une opération sociétaire, la cession de droits sociaux n'est pas soumise à un régime issu du droit des sociétés. Mais parce qu'elle est un contrat, elle se trouve largement soumise au droit des contrats. Or les règles issues du droit des contrats sont inadaptées aux opérations de cession de droits sociaux que ce soit aussi bien au stade de la formation du contrat (Section I) qu'au stade de sa validité (Section II).

#### **Section 1 : L'inadaptation des règles relatives à la formation du contrat à une opération sociétaire**

*« À tous ceux qui ne disposent pas des moyens propres à financer une acquisition immédiate, que la décision de vendre ou d'acheter angoisse encore, qui réfléchissent ou tergiversent (...), à tous ceux-là les contrats préparatoires apportent la satisfaction d'un premier pas et un avantage certain »<sup>37</sup>.*

Tous ceux qui ont à traiter des cessions de droits sociaux connaissent ces sentiments et les contrats préparatoires permettent d'atténuer leur crainte en leur assurant non seulement une sécurité juridique mais également une sorte de confort psychologique. Ces avant-contrats qui retiendront notre attention sont le pacte de préférence et la promesse unilatérale de vente. D'abord parce qu'ils sont répandus dans les cessions de droits sociaux. Ensuite parce qu'ils suscitent beaucoup de contentieux. Ces contrats sont largement ignorés par le droit des sociétés. C'est donc le droit des contrats qui se voit appliquer. Or l'application des règles issues du droit commun des contrats va se révéler inadaptée à la cession de droits sociaux aussi bien pour le pacte de préférence (§1) que pour la promesse unilatérale de vente (§2).

---

<sup>37</sup> F. Collart-Dutilleul, Les contrats préparatoires à la vente d'immeuble, Sirey, 1988, préf. J.-L. Aubert, p. 1, n° 1.

## **§1. L'inefficacité de la sanction de la nullité pour violation du pacte de préférence**

Il n'est pas certain que la consécration du pacte de préférence dans le Code civil sans une réelle évolution offrira la sécurité et la protection juridique tant attendues par les intéressés. Il apparaît en effet à lecture des nouvelles dispositions que réunir les conditions nécessaires à l'exercice de l'action en nullité par le bénéficiaire du pacte de préférence relèvera du parcours du combattant (A) . Bien que le législateur ait souhaité instaurer un certain équilibre par le biais de l'action interrogatoire, il semble bien que ce mécanisme soit mort-(B).

### **A. Des conditions restrictives quant à l'exercice de l'action en nullité pour violation du pacte de préférence**

L'article 1123 du Code civil définit le pacte de préférence comme le contrat par lequel une partie s'engage à proposer prioritairement à son bénéficiaire de traiter avec lui pour le cas où elle déciderait de contracter. Cette définition a le mérite d'être claire et précise, même si elle ne permet pas de trancher la question, dont l'importance pratique est relative, de la distinction entre les pactes de préférence, les droits de priorité et les droits de préemption. Il ne sera pas question de s'attarder sur cette querelle doctrinale dans la mesure où dans la pratique, elle n'a guère d'importance car les praticiens emploient les trois termes pour parler d'une seule et même notion. En revanche il sera question de s'interroger sur l'utilité du pacte de préférence et les sanctions de sa violation.

La clause d'agrément a eu pendant longtemps un angle mort<sup>38</sup>. En effet, elle ne pouvait s'appliquer dans les cessions entre actionnaires, lacune aujourd'hui comblée. Les praticiens ont mis en place un procédé afin de permettre de tels transferts. La clause de préférence consiste à ce que l'actionnaire qui désire céder ses actions se doit de les proposer prioritairement à ses coactionnaires. Outre sa fonction de blocage des nouveaux arrivants, elle joue un rôle stabilisateur dans la mesure où chaque associé peut acquérir les actions proposées à proportion de sa part dans le capital. Elle évite ainsi de creuser l'écart de participation des actionnaires dans la société. La validité de la clause de préférence est conditionnée par le respect de l'ordre public et de l'intérêt social. Ainsi, pour que la clause puisse être valable, celle-ci doit prévoir les modalités de répartition des titres préemptés lorsque plusieurs associés exercent leur droit de préemption. Plus précisément, la jurisprudence<sup>39</sup> enseigne que, pour assurer l'égalité des actionnaires et ne pas être contraire à

---

<sup>38</sup> Adde M. Cozian, A. Viandier et F. Deboissy, Droit des sociétés, LexisNexis 29<sup>e</sup> édition 2016-2017 n°994

<sup>39</sup> CA Paris, 14 mars 1990, préc.

l'article 1833 du Code civil, cette répartition des titres des actionnaires préempteurs doit être proportionnelle à leurs droits dans le capital. Par conséquent, lorsqu'une clause statutaire prévoit qu'en cas de cession, les parts devront être proposées par priorité aux autres associés, au prorata de leur participation, ladite clause ne souffre d'aucune irrégularité.

Quelle est la sanction de la violation du pacte de préférence ?

L'article 1123 alinéa 2 du Code civil dispose que « *lorsqu'un contrat est conclu avec un tiers en violation d'un pacte de préférence, le bénéficiaire peut obtenir la réparation du préjudice subi. Lorsque le tiers connaissait l'existence du pacte et l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir, ce dernier peut également agir en nullité ou demander au juge de le substituer au tiers dans le contrat conclu* ». Le nouvel article consacre donc les sanctions de la violation du pacte de préférence dans le Code civil, qui n'existaient qu'à travers la jurisprudence.

En effet, rappelons que la Cour de cassation avait considéré que la cession des actions à un tiers, effectuée en violation du pacte de préférence, n'exposait le débiteur du pacte qu'à des dommages et intérêts envers le créancier<sup>40</sup>. La sanction de la nullité était également possible si certaines conditions étaient réunies : « *Mais attendu que, si le bénéficiaire d'un pacte de préférence est en droit d'exiger l'annulation du contrat passé avec un tiers en méconnaissance de ses droits et d'obtenir sa substitution à l'acquéreur, c'est à la condition que ce tiers ait eu connaissance, lorsqu'il a contracté, de l'existence du pacte de préférence et de l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir*<sup>41</sup> ». Deux conditions étaient donc nécessaires pour obtenir la nullité : il fallait d'une part la connaissance par le tiers acquéreur de l'existence du pacte et, d'autre part, l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir. Une grande majorité d'auteurs considèrent depuis plusieurs années qu'il est impossible de démontrer l'élément intentionnel chez le tiers, ce qui était de nature à mettre en échec toutes les actions intentées par le bénéficiaire pour violation du pacte de préférence<sup>42</sup>. Là où le projet de réforme a assoupli la charge probatoire en supprimant la seconde condition, à savoir, l'intention du bénéficiaire de se prévaloir du pacte, le texte final a maintenu la double exigence posée la Chambre mixte de la Cour de cassation dans son arrêt du 26 mai 2006. L'ordonnance est sur ce point décevante car réunir les deux conditions pour demander l'annulation du contrat relèvera du parcours du combattant. En revanche, là où l'ordonnance

---

<sup>40</sup> Cass. com., 7 mars 1989, n° 87-71212 : Bull. civ. IV, n° 79 ; D. 1989, p. 231, concl. Jéol.

<sup>41</sup> Cass. ch. mixte, 26 mai 2006, n° 03-19376 : Bull. civ. IV, n° 4 ; BJS août 2006, n° 218, p. 1072, note Le Nabasque H. ; JCP E 2006, 2378, note Delebecque P. ; Rev. sociétés 2006, p. 808, note Barbiéri J.-F.

<sup>42</sup> V. en ce sens . M. Caffin-Moi, « Pacte de préférence et promesse unilatérale de contrat » :LEDC, mars 2016,p.3

innove, c'est dans les sanctions admises. La Cour de cassation avait considéré que la violation du pacte de préférence permettait au bénéficiaire d'obtenir l'annulation du contrat et sa substitution à l'acquéreur. Or si le contrat est annulé, c'est qu'il n'existe plus. Comment alors admettre une substitution dans un contrat qui n'existe plus ? La substitution avait donc peu de sens. L'ordonnance corrige la maladresse de la Cour de cassation et oppose désormais l'action en nullité à la substitution. Le bénéficiaire du pacte de préférence peut demander soit la nullité du contrat, soit sa substitution au tiers dans le contrat conclu. Il s'agit de deux actions autonomes et non cumulatives. Notons que la deuxième action sera exercée par le bénéficiaire du pacte de préférence à chaque fois que le contrat conclu avec le tiers est de même nature que celui qu'il comptait conclure. En revanche lorsque le contrat est différent, la voie de la nullité sera préférable. Il sera en effet parfois plus avantageux de demander l'annulation du contrat conclu en violation du pacte de préférence que sa substitution dans les droits du tiers. C'est par exemple le cas si le pacte de préférence porte sur un contrat de vente immobilière, qu'aucun prix n'est stipulé dans le pacte de préférence et que les prix de l'immobilier ont chuté depuis que le contrat de vente a été conclu avec le tiers. Le bénéficiaire du pacte n'a alors pas intérêt à demander sa substitution dans les droits du tiers acquéreur, car cela l'obligerait à payer un prix supérieur à celui du marché. En revanche, si le bénéficiaire obtient l'annulation du contrat de vente et que le promettant souhaite toujours vendre, il est probable que le promettant remette l'immeuble en vente à un prix inférieur pour s'aligner sur les prix du marché. Le promettant devra cette fois respecter le pacte de préférence (à défaut, il pourra de nouveau être sanctionné) ce qui permettra *in fine* au bénéficiaire du pacte d'acquérir l'immeuble à un prix moindre que celui convenu initialement avec le tiers. Cet exemple peut aussi bien être transposé pour les cessions de droits sociaux.

Reste comme il a été rappelé précédemment que les conditions nécessaires pour obtenir l'annulation de l'acte de cession restent très difficiles à réunir. Le législateur a tenté d'instaurer un équilibre par le mécanisme de l'action interrogatoire, mais qui malheureusement semble bien mort-né<sup>43</sup>.

---

<sup>43</sup> Mortier R, « Pacte de préférence :codification à droit constant et institution légale d'une action interrogatoire», Dr. sociétés avr. 2016,

## **B. L'action interrogatoire : un mécanisme mort-né**

Il a été indiqué précédemment que le bénéficiaire d'un pacte de préférence peut obtenir l'annulation du contrat de cession dès lors qu'il a été conclu en violation de ses droits. Cela permet ainsi de protéger le bénéficiaire lésé. En revanche le tiers cessionnaire se trouvera désormais dans une situation inconfortable du fait de l'annulation de son contrat. En effet, la cession des droits sociaux n'est pas une opération anodine. Elle nécessite beaucoup de travaux préparatoires qui engendrent à leur tour beaucoup de frais. L'annulation du contrat réduit à néant tous les efforts fournis dans le but d'aboutir à la conclusion du contrat. Pour permettre au tiers cessionnaire de sécuriser sa relation juridique avec le cédant, l'article 1123 alinéa 3 et 4 du Code civil dispose que « *le tiers peut demander par écrit au bénéficiaire de confirmer dans un délai qu'il fixe et qui doit être raisonnable, l'existence d'un pacte de préférence et s'il entend s'en prévaloir. L'écrit mentionne qu'à défaut de réponse dans ce délai, le bénéficiaire du pacte ne pourra plus solliciter sa substitution au contrat conclu avec le tiers ou la nullité du contrat.* » Cette action permet, selon le rapport remis au président de la République, de « *sécuriser* » la position du tiers acquéreur. Il s'agit donc d'une nouveauté qui vise à renforcer la sécurité juridique de celui qui soupçonnerait l'existence d'un pacte de préférence.

Il s'agit d'un texte intéressant et de bons sens. « *C'est toutefois mal connaître la rouerie qui prévaut quelques fois dans les acquisitions de droits sociaux, laquelle jure avec la naïveté extrême du texte* »<sup>44</sup>.

Concrètement comment cela va se passer ? Lorsque le tiers soupçonnera l'existence d'un pacte de préférence, il va demander au bénéficiaire de lui confirmer par écrit l'existence du pacte et s'il entend s'en prévaloir. Plusieurs hypothèses peuvent être envisagées :

En cas de réponse positive, le tiers sera considéré comme connaissant l'existence du pacte, ce qui permettra au bénéficiaire d'agir en nullité ou de demander au juge sa substitution. En cas de réponse négative, le tiers se trouvera dans une situation confortable puisqu'il pourra librement conclure le contrat.

---

<sup>44</sup> H. Le Nabasque, « Les avant-contrats » : Bull. Joly sociétés 2015, n°09

Il se peut que la réponse soit du type « *le bénéficiaire se réserve le droit de se prévaloir de sa priorité, ou non, le jour où le cédant lui adressera la notification qu'il est en droit d'attendre*<sup>45</sup> ». Il n'est pas certain que ce type de réponse soit considéré comme un défaut de réponse au sens de l'article 1123 du Code civil et qui serait de nature à priver le bénéficiaire du pacte de son droit de poursuivre la nullité de l'acte ou sa substitution. Dans cette hypothèse il est à craindre que l'action interrogatoire ne soit pas d'une grande utilité. Il se peut enfin que le bénéficiaire du pacte ne délivre aucune réponse. En principe, l'absence de réponse pourra laisser penser que le tiers n'encourt aucun risque de nullité puisqu'en application de l'alinéa 4, le bénéficiaire du pacte ne pourra plus exiger la nullité ou demander la substitution. Toutefois, il se peut que le silence gardé par le bénéficiaire ait pour origine une clause confidentialité insérée dans le pacte de préférence lui-même. En cette hypothèse, le bénéficiaire pourra conserver son action pour demander la nullité ou la substitution. Mais ce silence gardé par le bénéficiaire place le tiers dans une situation juridique incertaine car il ne peut conclure de manière sereine le contrat.

Cette situation juridique incertaine nous conduit à se demander si le silence du tiers n'est pas d'or. Autrement dit, on peut se demander si le tiers qui soupçonne l'existence d'un pacte de préférence aura véritablement intérêt à exercer cette action interrogatoire. En effet, le contrat conclu en violation du pacte de préférence échappe en principe à toute sanction si le tiers ne connaissait pas l'intention du bénéficiaire de se prévaloir du pacte. En revanche si le tiers exerce l'action interrogatoire et que le bénéficiaire du pacte lui répond qu'il a l'intention de s'en prévaloir, alors le tiers ne peut plus conclure le contrat avec le promettant. Le tiers peut donc avoir intérêt à rester volontairement dans l'ignorance et ne pas se mettre en position de mauvaise foi en posant la question. En gardant le silence, la preuve de sa double mauvaise foi doit être rapportée et il n'est pas certain qu'elle puisse se déduire du seul fait qu'il n'a pas usé de l'action interrogatoire. Or cette preuve de mauvaise foi est quasiment impossible à démontrer en pratique.

Au regard de tous ces éléments, le silence gardé par le tiers pourra lui faire gagner le bénéfice du contrat. En revanche, la question posée à l'interrogé par le biais de la lettre recommandée avec accusé de réception constitue la meilleure preuve de ce que le tiers connaissait bien l'existence du pacte et l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir, ce qui permettra pour le bénéficiaire d'obtenir ce qui était a priori impossible pour lui : la nullité du contrat, ou la

---

<sup>45</sup>Ibidem

substitution au tiers dans ce contrat. « *Quand on craint la réponse , le mieux est de ne rien demander* »<sup>46</sup>. Il paraît que l'action interrogatoire est bien mort-née.

Il apparaît donc que les conditions nécessaires pour obtenir l'annulation de la cession pour violation du pacte de préférence sont difficiles à réunir et l'instauration de l'action interrogatoire ne sera pas d'une grande utilité. Le bilan à tirer est que cette cause de nullité tirée du droit commun des contrats est inadaptée à l'opération de cession de droits sociaux. Qu'en est-il en revanche de la promesse unilatérale ?

## **§2. L'inefficacité de la sanction de la nullité pour violation de la promesse unilatérale**

Contrairement au pacte de préférence, les conditions pour obtenir l'annulation de la cession pour violation de la promesse unilatérale sont moins strictes. L'ordonnance est sur ce point satisfaisante (A). En revanche, là où l'ordonnance déçoit c'est qu'elle n'a pas prévu une action interrogatoire analogue à celle qui existe en matière de pacte de préférence, ce qui se révèle source d'insécurité juridique(B).

### **A. Des conditions moins strictes quant à l'exercice de l'action en nullité**

L'article 1124 du Code civil nouveau issu de l'ordonnance du 10 février 2016 est situé dans une sous-section consacrée au pacte de préférence et à la promesse unilatérale de contrat. Le Code civil nouveau consacre des dispositions aux avant-contrats et la spécificité c'est que la promesse unilatérale de contracter a eu les honneurs du législateur, à la différence de la promesse synallagmatique de vente absente du Code civil , sans doute à raison de la difficulté de la distinguer d'une vente à terme<sup>47</sup>.

Cette promesse unilatérale est dotée d'une définition dans l'alinéa 1 de l'article 1124 qui dispose que « *la promesse unilatérale est le contrat par lequel une partie, le promettant, accorde à l'autre, le bénéficiaire, le droit d'opter pour la conclusion d'un contrat dont les éléments essentiels sont déterminés, et pour la formation duquel ne manque que le consentement du bénéficiaire* ». Notons qu'à la lecture de cette définition, il ressort que le promettant confère au bénéficiaire un droit d'option pour la conclusion du contrat. Ce droit d'option a une nature juridique particulière même si le législateur n'en parle pas. En effet, l'option n'est ni un simple droit personnel, ni un droit de créance ni même un droit réel sur le

---

<sup>46</sup> Mortier R, « Pacte de préférence :codification à droit constant et institution légale d'une action interrogatoire», Dr. sociétés avr. 2016,

<sup>47</sup> V., sur ce point, Couret A. et Reygrobellet A., « Le projet de réforme du droit des contrats et des obligations : incidences sur le régime des cessions de droits sociaux

bien. Le bénéficiaire dispose d'un droit discrétionnaire d'opter pour la conclusion d'un contrat dont les éléments essentiels sont déterminés. C'est justement parce que l'option est le droit de former le contrat, que l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 1124 exige que les éléments essentiels du contrat doivent être déterminés, exigence que l'on ne retrouve pas pour le pacte de préférence puisqu'il est purement éventuel et ne porte pas encore le consentement du signataire. Les éléments essentiels du contrat doivent donc être déterminés tels que la chose et le prix parce que du point de vue du promettant, l'engagement et le consentement sont d'ores et déjà donnés et on en veut pour preuve l'alinéa premier du même article qui indique que « *pour la formation de la vente, ne manque que le consentement du bénéficiaire* ». A contrario donc, le promettant a déjà consenti à la vente et c'est évidemment le noyau dur de la promesse unilatérale. Concernant le prix, même si l'article 1124 exige que les éléments essentiels doivent être déterminés, il suffira en matière de cession de droits sociaux que le prix soit simplement déterminable<sup>48</sup>.

Pour confirmer cette analyse, il convient de se référer à l'article 1163 du Code civil relatif au contenu du contrat ( et la promesse est un contrat ) qui dispose que l'obligation doit être « *possible, déterminée ou déterminable* ». Il sera surprenant que le juge exige que le prix dans la vente puisse être déterminable mais qu'il ne le puisse pas dans la promesse de vente<sup>49</sup>. Reste désormais à s'interroger sur les sanctions de la violation de la promesse unilatérale.

Les sanctions de la violation de la promesse unilatérale sont abordées dans les deux alinéas suivants :« *La révocation de la promesse pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter n'empêche pas la formation du contrat promis. Le contrat conclu en violation de la promesse unilatérale avec un tiers qui en connaissait l'existence est nul* ».Seule cette seconde sanction nous intéresse. Cette règle n'est pas nouvelle puisque l'article 1124 codifie une jurisprudence ancienne rendue en matière de promesse de vente mais qui peut être transposée à la cession de droits sociaux<sup>50</sup>. Lorsque le promettant viole la promesse unilatérale en vendant non pas au bénéficiaire mais au tiers et que ce tiers était de mauvaise foi, au sens qu'il connaissait l'existence de la promesse unilatérale, la sanction sera la nullité. On remarquera ici qu'il est indiqué que le tiers connaissait seulement l'existence de la promesse et non pas l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir, ce qui constitue une différence avec l'article 1123 relatif au

---

<sup>48</sup> V., dans le même sens, Schlumberger E., « Les avant-contrats », in Le droit des sociétés et la réforme du droit des contrats, Actes prat. ing. sociétaire 2016, n° 147, dossier, n° 205.

<sup>49</sup> P. Puig, « La phase précontractuelle », Dr. et patr. n° 258, mai 2016, p. 52

<sup>50</sup> V. pour ex. Cass. req., 28 août 1940 : S. 1940, 1, 103 ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 24 janv. 1995, n° 92-17008 : Bull. civ. I, n° 53.

pacte de préférence qui est défini lui par deux éléments : connaissance non seulement de l'existence du pacte de préférence mais également l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir. Dans la promesse unilatérale, il est juste question de la connaissance de l'existence de la promesse, la notion de tiers de mauvaise foi étant plus large.

Les conditions de l'exercice de l'action en nullité pour violation de la promesse semblent moins strictes, ce qui laisse suggérer que son exercice sera plus aisé. Néanmoins, l'absence de l'action interrogatoire, analogue à celle applicable en matière de pacte de préférence conduit à une situation inconfortable pour le tiers.

## **B. Un vide juridique, source d'insécurité juridique**

Contrairement au pacte de préférence, aucune action interrogatoire n'est prévue pour la promesse unilatérale de vente. Là encore, plusieurs hypothèses peuvent être envisagées :

Si la promesse de cession est violée par cession des titres non pas au bénéficiaire mais au tiers alors que le bénéficiaire a levé son option, le cédant aura vendu *a non domino* , ce qui entraînera la nullité de la cession conclue en violation de la promesse.

Si le tiers est de bonne foi, c'est-à-dire qu'il ignorait l'existence de la promesse unilatérale, la cession sera maintenue et le bénéficiaire se trouve fragilisé puisqu'il devra se contenter auprès du promettant de simples dommages et intérêts à la hauteur du préjudice subi du fait de la violation de la promesse.

Si le tiers soupçonne simplement l'existence de la promesse unilatérale, il n'existe pas malheureusement comme en matière de pacte de préférence, l'action interrogatoire permettant de purger l'incertitude tenant à l'existence éventuelle d'une option de promesse unilatérale de cession au profit de tel ou tel bénéficiaire. Le tiers qui soupçonne l'existence d'une promesse unilatérale, mais qui n'est pas certain de son existence, demeurera donc dans une situation inconfortable.

S'il choisit de conclure le contrat et qu'il s'aperçoit par la suite qu'il existe une promesse unilatérale, il devra dans son intérêt plaider qu'il ne connaissait pas son existence. Il peut également décider d'envoyer une lettre recommandée avec avis de réception au bénéficiaire supposé pour lui demander de confirmer dans un délai raisonnable l'existence ou non de la promesse. Si le bénéficiaire lui répond qu'il existe bien une promesse unilatérale dont il entend se prévaloir, le tiers ne pourra plus conclure la cession au risque d'être annulée.

L'absence de réponse de la part du bénéficiaire permettra en revanche au tiers de conclure la cession et d'échapper à la nullité de l'article 1124 alinéa 3 en cas de contestation, car il aura démontré sa bonne foi.

Le tiers peut aussi choisir de rester volontairement dans l'ignorance en concluant la cession sans chercher à confirmer ou informer ses soupçons quant à l'existence d'une promesse unilatérale : en cas de litige, le tiers plaidera alors qu'il ne « *connaissait* » pas l'existence de la promesse, qu'il en « *soupçonnait* » tout au plus l'existence.

On voit bien que le tiers aura tout intérêt à rester dans le silence s'il ne veut pas s'exposer à la sanction de la nullité. De ce point de vue, le bénéficiaire devra doubler ses efforts pour démontrer la mauvaise du tiers, seule voie lui permettant d'obtenir la nullité.

On voit bien que le régime applicable aux avant-contrats n'a pas été conçu pour régir plus particulièrement les cessions de droits sociaux. L'étude révèle donc que les règles relatives à la formation du contrat sont inadaptées aux actes de cession. L'absence d'un régime propre aux cessions de droits sociaux est fort regrettable. Ce constat d'échec est d'autant plus poignant lorsqu'on confronte les règles relatives à la validité du contrat aux opérations de cessions.

## **Section 2 : L'inadaptation des règles relatives à la validité du contrat à une opération sociétaire**

Les règles du droit civil vont se révéler inadaptées à un double égard. D'une part parce que l'application des vices du consentement va se trouver limitée (§1). D'autre part, parce que les règles relatives à la capacité issues de l'ordonnance du 10 février 2016 posent plus de difficultés qu'elles n'en règlent (§2).

### **§ 1- L'application limitée des vices du consentement**

Les vices du consentement ne sont pas absents en matière de cession de droits sociaux mais leur application est limitée(A). En effet, seul le dol permet d'obtenir le plus souvent la nullité, contrairement à l'erreur et à la violence.(B).

#### **A. Les raisons du succès du dol**

Contrairement à l'erreur où le cocontractant s'est trompé, le dol suppose que le cocontractant ait été trompé. En vertu de l'ancien article 1109 du Code civil, le consentement

ne devait pas avoir été « *surpris par dol* ». L'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats n'a pas repris cette formule mais les nouvelles dispositions précisent désormais que le dol vicie le consentement (C. civ. art. 1130, al. 1 nouveau) et, comme c'était déjà le cas (ex-art. 1116), qu'il est en conséquence une cause de nullité du contrat (C. civ. art. 1131 nouveau). Le dol se traduit en pratique aussi bien par des manœuvres et des mensonges (1) que par la dissimulation d'une information déterminante (C. civ. art. 1137 nouveau) de la part d'un cocontractant ou d'une personne qui agit pour le compte de celui-ci ou de concert avec lui (art. 1338 nouveau) ( 2) .

### **1- Les manœuvres et les mensonges.**

Tout d'abord, le dol peut être retenu en cas manœuvres. On entend par manœuvres tous les agissements malhonnêtes qui ont pour but de surprendre une personne en vue de lui faire souscrire un engagement qu'elle n'aurait pas souscrit si on avait pas usé de la sorte envers elle<sup>51</sup>. Les manœuvres peuvent consister en une véritable mise en scène, en actes combinés en vue d'une tromperie<sup>52</sup>, en artifices<sup>53</sup>, telle la création d'une situation apparente de nature à inspirer confiance ou plus généralement, en toute espèce d'agissements tendant à créer une fausse apparence.

Le dol peut ensuite être retenu en cas de mensonges (C. civ. art. 1137, al. 1. Il n'est pas requis que le mensonge soit appuyé d'actes extérieurs<sup>54</sup>. (Le cas le plus patent est celui du cédant qui, pour faire croire à une situation parfaitement saine de la société, indique un chiffre d'affaires et des bénéfices supérieurs à ceux effectivement réalisés<sup>55</sup> .

### **2- La réticence dolosive**

L'article 1137, al 2 du Code civil précise que le dol peut être constitué par une « *dissimulation intentionnelle* ». Invention de la jurisprudence, la réticence dolosive est donc consacrée dans le Code civil, mais ses conditions évoluent (a). Cependant, l'imprécision de la rédaction laisse apparaître des incohérences lorsqu'on confronte la réticence dolosive à l'obligation précontractuelle d'information de l'article 1112-1 du Code civil (b).

#### **a- La consécration de la réticence dolosive.**

---

<sup>51</sup> CA Colmar 30-1-1970, Lang c/ Blum : D. 1970 p. 297 note E. Alfandari

<sup>52</sup> Cass. com. 18-3-1974 n° 72-12.383 : Bull. civ. IV n° 92

<sup>53</sup> Cass. com. 19-12-1961 : Bull. civ. IV n° 492 ; Cass. com. 10-7-1989 n° 87-19.426, Quentin c/ Edery

<sup>54</sup> Cass. 3e civ. 6-11-1970, Castiglione c/ Bernardine : JCP G 1971 II n° 16942 note J. Ghestin

<sup>55</sup> Cass. com. 9-6-2004 n° 908 F-D, Kratz c/ Mousselard

La réticence dolosive, invention de la jurisprudence, est consacrée dans le Code civil, mais ses conditions évoluent. En effet, l'article 1137 alinéa 2 du Code civil dispose que le dol peut être constitué par la « *dissimulation intentionnelle par l'un des contractants d'une information dont il sait le caractère déterminant pour l'autre partie* ». Il convient avant tout de souligner que la rédaction de cet article manque de précision. Certains auteurs ont effectivement relevé le caractère « *pléonastique* » de l'expression « *dissimulation intentionnelle* », une dissimulation étant nécessairement intentionnelle<sup>56</sup>. Relevons ensuite que la définition de la réticence dolosive peut être source de difficulté pour le cessionnaire. En effet, la réticence dolosive est définie comme la dissimulation d'une information dont l'auteur « *sait le caractère déterminant pour l'autre partie* ». Le risque étant que le cessionnaire ne puisse obtenir la nullité d'une cession de droits sociaux aux motifs que le cédant ne savait pas que le cessionnaire attachait une importance particulière à la surface du local dans lequel sera exploité le fonds de commerce. Il suffira alors au cédant de démontrer qu'il ne connaissait pas le caractère déterminant pour l'autre partie.

Au-delà de cette imperfection dans la rédaction, notons que les conditions de la réticence dolosive évoluent. La réticence dolosive nécessitait auparavant la preuve de la violation volontaire par une partie d'une obligation d'information dans l'intention de provoquer l'erreur chez son cocontractant. L'exigence de la violation d'une obligation d'information est abandonnée. Il peut donc y avoir réticence dolosive en l'absence de toute obligation d'information, l'accent étant désormais mis sur l'élément intentionnel : il faut démontrer que le contractant a sciemment dissimulé une information dont il connaissait le caractère déterminant pour l'autre partie. Le dol n'est ainsi caractérisé que si son auteur a eu par sa réticence, l'intention de tromper son partenaire pour le déterminer à conclure le contrat. Il doit dès lors avoir eu conscience du caractère déterminant de l'information recelée, lequel constitue ainsi une seconde condition. Le dol semble ainsi déconnecté de l'obligation précontractuelle d'information. La situation semble simple en apparence, néanmoins, les choses se compliquent lorsque l'on confronte la réticence dolosive avec l'obligation précontractuelle d'information.

#### **b- La confrontation de la réticence dolosive avec l'obligation précontractuelle d'information**

---

<sup>56</sup>G.Guerlin, Blog Dalloz, Réforme-obligations, 2015 v° Dol : LEDC avril 2016

La réforme du droit des contrats encadre la période précontractuelle. Les obligations précontractuelles d'information intègrent ainsi la théorie générale du contrat. Il est désormais imposé par l'ordonnance de transmettre à l'autre partie toute information que l'on sait déterminante de son consentement. Certains éléments sont toutefois exclus du champ de cette obligation. Il n'existe ainsi aucune obligation d'information sur la valeur. Cette position classique est issue de la jurisprudence dite *Baldus*<sup>57</sup>. Pour autant, confronter cette absence de devoir d'information sur la valeur avec les textes sur le dol conduit à une forme de contradiction<sup>58</sup>.

D'abord, l'article 1137, alinéa 2 précise que le dol peut être constitué par la dissimulation intentionnelle d'un élément déterminant du consentement, ce qui pourrait inclure la valeur. Ensuite, l'article 1139 conforte l'analyse puisqu'il dispose que « *l'erreur qui résulte d'un dol (...) est une cause de nullité alors même qu'elle porterait sur la valeur de la prestation* ». Autrement dit, l'erreur qui résulte d'une réticence dolosive entraîne la nullité quand bien même elle porte sur la valeur de la prestation. On aboutit alors à la situation suivante : si le cessionnaire s'arrête au seul stade de l'obligation précontractuelle d'information, il n'a pas à informer le cédant de la valeur des titres qu'il souhaite acquérir. Mais s'il se tait intentionnellement, il peut être sanctionné sur le terrain de la réticence dolosive. Que faut-il faire, « *se taire ou parler* » ?

La jurisprudence *Baldus* semble donc compromise. La Cour de cassation a en effet jugé que « *l'acquéreur, même professionnel, n'est pas tenu d'une obligation d'information au profit du vendeur sur la valeur du bien acquis* »<sup>59</sup>. Mais l'existence d'une obligation d'information a été abandonnée à propos de la réticence dolosive. Il peut donc y avoir réticence dolosive et donc nullité en l'absence de toute obligation d'information. On aboutit au résultat suivant : la nullité pour réticence dolosive peut être obtenue, quand bien même l'information dissimulée porte sur la valeur. Les nouveaux textes relatifs au dol consacrent donc une nouvelle obligation d'information beaucoup plus large que celle de l'article 1112-1.

Ainsi, dès lors qu'une partie n'a pas communiqué une information qu'elle savait déterminante pour le consentement de l'autre partie, ce qui inclut la valeur, le contrat peut être annulé sur le fondement de l'article 1137 alinéa 2. Cela oblige le contractant à transmettre l'information s'il ne veut pas s'exposer à un risque de nullité quand bien même cette information porterait sur la

---

<sup>57</sup> Cass. civ. 1re, 3 mai 2000, n° 98-11.381.

<sup>58</sup> M. Fabre-Magnan, « Le devoir d'information dans les contrats : essai de tableau général après la réforme », JCP G 2016, 706.

<sup>59</sup> Cass. civ. 3e, 17 janvier 2007, n° 06-10.442.

valeur et quand bien même l'erreur du cocontractant serait inexcusable. L'objectif poursuivi par l'ordonnance, à savoir, la sécurité juridique pour les contractants, semble d'ores et déjà compromis.

Il reste que le dol est que le seul vice du consentement qui présente une grande utilité en matière de cession de droits sociaux<sup>60</sup>. Ce qui n'est malheureusement pas le cas avec l'erreur et la violence.

## **B. Les raisons de l'insuccès de l'erreur et de la violence**

Si l'erreur sur les qualités substantielles est la forme d'erreur la plus invoquée, elle connaît peu de succès (1). Alors que le vice de violence est quasi absent (2).

### **1- Les raisons d'insuccès de l'erreur**

« *L'erreur est le plus grand vice des conventions* »<sup>61</sup>. Cette affirmation de Pothier n'est pas fautive puisque l'article 1130 du Code civil évoque tout d'abord l'erreur, puis le dol et la violence. C'est que l'erreur est le vice du consentement par excellence. Néanmoins, en matière de cession de droits sociaux, l'erreur s'est trouvée souvent délaissée au profit d'autres vices du consentement. En effet, les contraintes inhérentes à l'erreur conduisaient souvent le cessionnaire déçu à un cuisant échec(a). Mais les nouvelles évolutions pourraient laisser espérer que soit mis fin à une vision très restrictive de l'erreur (b).

#### **a- Les contraintes inhérentes à l'erreur**

Pour permettre l'annulation d'une cession de droits sociaux, l'erreur devait, au terme de l'ancien article 1110 du Code civil, porter sur les qualités substantielles de la chose objet de la convention, c'est-à-dire, les titres de la société. Or, en pratique, les cessionnaires se prévalaient non pas d'une erreur sur les qualités substantielles des titres, mais d'une erreur sur les qualités substantielles de la société. A cela s'ajoutait l'indifférence de l'erreur sur la valeur, et sur les motifs. Tous ces obstacles faisaient ainsi de l'erreur un vice secondaire.

L'erreur invoquée porte en effet le plus souvent non sur les titres mais sur la société dont les titres sont cédés. Cela conduisait la Cour de cassation à refuser toute sanction d'une erreur sur

---

<sup>60</sup> D. Gallois-Cochet, *Le dol et les vices du consentement*, *Gazette du Palais*, 20 mai 2010, n°140, p.21

<sup>61</sup> R.-J.Pothier, *Traité des obligations*, T.I,éd. Siffrein,n°17.

la substance dans les cessions de droits sociaux, dès lors que l'erreur invoquée portait non pas sur les titres eux-mêmes mais sur leur sous-jacent : la société cédée. Le fondement avancé repose sur l'article 5 de la loi du 24 juillet 1966, relatif à l'acquisition de la personnalité morale ( C. civ., actuel art.1842). Mais cette position stricte de la jurisprudence n'était pas favorable au cessionnaire déçu dans la mesure où toutes les actions fondées sur une erreur sur les qualités substantielles essuyaient un échec. Raison pour laquelle la Cour de cassation a assoupli sa position. Par un arrêt de principe, la chambre commerciale a accepté de sanctionner l'erreur sur les titres mais uniquement parce que la société cible était « *privée non seulement de l'essentiel de son actif mais surtout de la possibilité de réaliser l'objet social, d'avoir une activité économique et donc de toute rentabilité* »<sup>62</sup>. Il s'agit donc de la seule hypothèse qui permet aux juges de sanctionner une erreur sur les qualités substantielles des titres sans trop porter atteinte à la personnalité morale. Mais malgré cet infléchissement jurisprudentiel, il faut bien admettre que ça ne sera pas d'une grande utilité pour le cessionnaire déçu dans la mesure où la plupart des erreurs invoquées portent sur la société cible faisant ainsi de l'erreur sur les qualités substantielles un vice quasi absent dans les cessions de droits sociaux. A cette contrainte s'ajoute l'indifférence des erreurs sur la valeur et sur les motifs.

L'erreur sur la valeur du bien objet du contrat ne peut ouvrir droit à une action en nullité en raison du principe de la prohibition générale de la rescision pour lésion, consacrée à l'ancien article 1118 du Code civil. La seule réserve qu'avait introduite la jurisprudence, est la prise en compte de l'erreur sur la valeur si elle n'est qu'une conséquence d'une erreur sur les qualités substantielles.<sup>63</sup> Cela signifie que si l'erreur sur la valeur, par principe indifférente, résulte d'une erreur sur les potentialités des titres eux-mêmes, elle peut être sanctionnée. Prenons l'exemple d'un cessionnaire pensant acheter des actions ordinaires, alors que ce sont des actions de préférence sans droit de vote ou des actions traçantes alignées sur une branche d'activité peu rentables. Si l'erreur sur la valeur prend sa source dans de telles erreurs qui portent sur les qualités substantielles des titres, la nullité peut donc être prononcée. En dehors de ces cas uniques, aucune nullité ne devrait être prononcée.

---

<sup>62</sup> (Cass. com., 1er oct. 1991, n° 89-13.967 : JurisData n° 1991-002464 ; JCP E 1992, II, 277, note A. Viandier ; D. 1992, p. 190, note G. Virassamy ; Bull. Joly Sociétés 1991, p. 1004, note C. Roca ; RTD civ. 1992, p. 80, note J. Mestre ; RTD com. 1992, p. 186, obs. D. Danet et Cl. Champaud ; RTD com. 1992, p. 199, obs. Y. Reinhard ; Defrénois mai 1992, p. 578, note P. Le Cannu ; Rev. sociétés 1992, p. 497, note P. Didier ; Dr. sociétés 1992, comm. 13, note H. Le Nabasque)

<sup>63</sup> Cass.com., 12 février . 2008 : RDC , 2008, p.730, note Y.-M. Laithier

De la même manière, « *l'erreur fondée sur un motif du contrat extérieur à l'objet de celui-ci n'est pas une cause de nullité de la convention, quand bien même ce motif aurait été déterminant, à moins qu'une stipulation expresse ne l'ait fait entrer dans le champ contractuel en l'érigant en condition du contrat* »<sup>64</sup>. Cela signifie que si les cessionnaires veulent faire de la solvabilité de la société un motif entré dans le champ contractuel, ils devront en faire une condition de leur engagement par une stipulation expresse.

En raison de l'ensemble de ces obstacles, l'erreur ne constituait pas un terrain hospitalier pour le cessionnaire déçu. Reste à savoir si les changements opérés par l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations pourraient laisser espérer que soit mis à une vision restrictive de l'erreur.

#### **b- Vers la fin d'une conception restrictive relativement à l'erreur ?**

Les nouvelles dispositions issues de l'ordonnance du 10 février 2016 pourraient laisser espérer à ce que soit mis fin à une jurisprudence restrictive relative à l'erreur. En effet, l'article 1132 nouveau du Code civil dispose que l'erreur « (...) *est une cause de nullité du contrat lorsqu'elle porte sur les qualités essentielles de la prestation due(...)* ». Certains auteurs estiment que ce changement de vocabulaire pourrait conduire à une évolution du droit positif : « *le nouvel article 1131 pourrait rompre avec une vision aussi restrictive (...). L'erreur ne porte plus nécessairement sur la substance de la chose, mais aussi sur une prestation : la prestation est ici la transmission de l'entreprise représentée par les droits sociaux. On peut donc espérer que les juges profitent d'une rédaction qui est beaucoup plus accueillante pour la notion d'erreur* »<sup>65</sup>. D'autres auteurs estiment quant à eux que ce changement de vocabulaire devrait laisser le droit inchangé : « *Les qualités essentielles de la prestation due sont, comme dans le passé, les qualités essentielles du bien cédé, c'est-à-dire des droits sociaux, et non du sous-jacent qu'est la société. Or ce qui constitue l'essence des droits sociaux, comme ce qui constitue sa substance, ce sont bien les droits qu'ils confèrent dans et contre la société* »<sup>66</sup>. Il est probable que la jurisprudence penche en faveur de cette seconde interprétation dans la mesure où dans le cas d'une cession de droits sociaux, la

---

<sup>64</sup>V. par exemple, Cass.com, 11 avril 2012 : D.2013,394, note S. Amrani Mekki.

<sup>65</sup>V.A.Couret et A.Reygrobellet, Le projet de réforme du droit des obligations : incidences sur le régime des cessions de droits sociaux : Bull. Joly Sociétés 2015,n°5.

<sup>66</sup>M.Caffin-Moi ; « Le droit des sociétés et la réforme du droit des contrats » Actes Pratiques et Ingénierie Sociétaire n° 147, Mai 2016, dossier 3

prestation due consiste dans la transmission de la propriété des titres et non de la société. On en déduit que l'ensemble des solutions rendues sous l'empire de l'ancien article 1110 du Code civil et notamment la jurisprudence Quille<sup>67</sup>, seront reconduites.

On attendra que la jurisprudence se prononcera car rien n'est certain pour le moment. Ce qui est sûr, c'est que les plaideurs ne manqueront pas de profiter du flou entourant la notion de « prestation » pour espérer une évolution du droit positif.

## **2- La violence, un vice quasi absent en matière de cession de droits sociaux**

Si le vice de violence est quasi absent, c'est parce que les conditions posées par la jurisprudence sont très strictes. Ainsi dans un cas où le souscripteur de parts d'une société civile se trouvait être le salarié du fondateur de la société, il recherchait l'annulation de la souscription au motif que son employeur l'avait menacé de licenciement s'il ne souscrivait pas ; il est débouté au motif qu'étant une personne raisonnable, il n'avait pas pu être conduit à souscrire sous la pression du fondateur et que le chantage prétendu au licenciement n'est pas demandé.

On peut se demander si l'article 1143 nouveau du Code civil, n'a pas en matière de cession de droits sociaux un potentiel de développement ?

Selon cet article, « *il y a également violence lorsqu'une partie, abusant de l'état de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant, obtient de lui un engagement qu'il n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte et en tire un avantage manifestement excessif* ».

Il ne s'agit pas d'une nouveauté mais d'une reprise des solutions jurisprudentielles posées en des termes un peu différents : seule l'exploitation abusive d'une situation de dépendance économique, faite pour tirer profit de la crainte d'un mal menaçant directement les intérêts légitimes de la personne, peut vicier de violence son consentement<sup>68</sup>. Il s'agissait en l'espèce d'un salarié qui avait obtenu la nullité d'une cession de ses droits d'auteur au motif qu'il y avait consenti dans la crainte d'une compression du personnel. Une nouvelle forme de violence est consacrée dans le Code civil : l'abus de dépendance

Cette nouvelle forme de violence pourrait avoir un impact sur les cessions de droits sociaux. On songe par exemple à l'associé majoritaire qui, votant systématiquement la mise en réserve

---

<sup>67</sup> Cass.com., 1<sup>er</sup> oct.1991, préc.

<sup>68</sup> Cass. 1e civ. 3-4-2002 n° 00-12.932 FS-P : RJDA 8-9/02 n° 851

des bénéficiaires, contraindrait un associé minoritaire à lui revendre ses titres pour faire notamment face à sa charge d'ISF. On songe également au salarié détenteur de titres, qui souhaite céder sa participation aux actionnaires majoritaires. Dans ces hypothèses, « *la dépendance avérée est susceptible de contraindre la partie faible à consentir à la cession dans des conditions déséquilibrées. Dès lors, s'il en résulte un avantage manifestement excessif pour la partie dominante, ce nouveau vice du consentement pourrait avoir un certain succès* ». <sup>69</sup>

Toutefois, des conditions strictes sont nécessaires afin de caractériser cette nouvelle forme de violence : il ne suffit pas de prouver l'état de dépendance d'une partie, il faut également démontrer que le cocontractant a abusé de cet état. Pour ce faire, deux conditions cumulatives sont exigées : il faut prouver que le cocontractant a obtenu de la partie se trouvant dans un état de dépendance un engagement qu'elle n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte et qu'il en a tiré un avantage manifestement excessif. Il faut également démontrer que le cocontractant a abusé de cette situation en imposant des stipulations qui lui ont permis de retirer du contrat un « *avantage manifestement excessif* ».

Lorsqu'on envisage ce vice de consentement non pas isolément mais en rapport avec les autres vices, une forme de contradiction surgit comme l'a bien souligné un auteur <sup>70</sup>. En effet, l'article 1143 du Code civil précise que pour obtenir la nullité, il faut que la partie qui abuse de l'état de dépendance du contractant obtienne un engagement que la victime « *n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte* ». Ce texte n'assimile l'abus de dépendance à la violence que si en son absence, la victime n'aurait pas souscrit l'engagement. Il n'envisage pas l'hypothèse dans laquelle la victime aurait souscrit mais à des conditions différentes. Alors qu'aux termes de l'article 1130 du Code civil, « *l'erreur, le dol et la violence vicient le consentement lorsqu'ils sont de telle nature que, sans eux, l'une des parties n'aurait pas contracté ou aurait contracté à des conditions substantiellement différentes* ». Ce texte considère que le consentement est vicié, notamment en cas de violence non seulement lorsque la victime n'aurait pas contracté, où l'aurait fait à des conditions substantiellement différentes. Et c'est là où se niche la contradiction et il est clair qu'en matière de cession de droits sociaux, il y aura bien des hypothèses dans lesquelles le cédant ne pourra pas démontrer qu'il

---

<sup>69</sup> M. Cafin-Moi, Le droit des sociétés et la réforme du droit des contrats - La cession d'actions et de parts sociales : Actes pratiques et ingénieries sociétaires mai-juin 2016 p. 58 n° 256

<sup>70</sup> M. Cafin-Moi, Le droit des sociétés et la réforme du droit des contrats - La cession d'actions et de parts sociales, art. préc.

n'aurait pas consenti mais pourra seulement démontrer qu'il n'aurait pas souscrit aux mêmes conditions.

Comme il a été constaté, l'application des vices du consentement aux cessions de droits sociaux s'avère limitée. Seul le dol permet d'obtenir satisfaction contrairement à l'erreur et la violence qui sont quasi-absents. Le bilan à tirer est que les règles relatives à la validité du contrat sont inadaptées aux opérations sociétaires. Reste à se demander si les règles relatives à la capacité feront l'objet d'une exception.

## **§ 2. L'inutilité de la référence aux actes utiles à la réalisation de l'objet**

L'ordonnance du 10 février 2016 qui réforme le droit des contrats retient une nouvelle conception de la capacité qui pourrait générer un contentieux lourd de conséquences non prévu par le législateur. La référence aux actes utiles pourrait non seulement constituer une échappatoire à des cessions inopportunes(A) mais permettre également une immixtion du juge dans la relation contractuelle, ce qui ne correspond pas à la mission traditionnelle du juge en droit des sociétés (B).

### **A. La référence aux actes utiles à la réalisation de l'objet social, une échappatoire à des cessions inopportunes**

La capacité de jouissance des personnes morales est limitée par le principe dit de spécialité, principe qui leur impose de limiter leur activité à l'objet en vue duquel elles ont été créées. Les nouvelles règles issues de la réforme comportent désormais un texte qui gouverne spécialement la capacité des personnes morales. Il s'agit d'un texte dont la lecture ne manque pas d'inquiéter ceux qui s'intéressent au fonctionnement des personnes morales et des sociétés en particulier. L'article 1145 al 2 nous indique en effet que « *la capacité des personnes morales est limitée aux actes utiles à la réalisation de leur objet tel que défini par leurs statuts et aux actes qui leur sont accessoires, dans le respect des règles applicables à chacune d'entre elles* ».

Il s'agit d'une règle dangereuse si on considère le risque qu'elle recèle pour la sécurité des transactions. Une société n'aura pas la capacité juridique lorsque l'acte qu'elle envisage de contracter n'est pas utile à la réalisation de son objet. Cette référence à l'utilité pourrait générer un contentieux non prévu par le législateur alors que la conformité à l'objet social

semblait autrefois suffire<sup>71</sup>. D'autant plus que l'acte pourrait être remis en cause à défaut d'utilité pour la société. Par exemple, si des parts sociales doivent être cédées, l'acte ne sera utile à la société que s'il participe à la réalisation de son objet. Or cette vision est lourde de conséquences. La société qui estimerait avoir réalisé une mauvaise opération pourrait contester l'acte en considérant qu'il n'est pas utile. La référence aux actes utiles à la réalisation de l'objet social pourrait permettre ainsi d'échapper à des acquisitions ou à des cessions inopportunes. Mais, les difficultés ne s'arrêtent pas là.

### **B. L'immixtion du juge dans la relation contractuelle**

La validité de l'acte dépendra de l'appréciation qu'un juge pourra porter sur l'utilité. Cette appréciation sera portée rétrospectivement et il est bien évident que c'est toujours plus facile de réécrire l'histoire quand on connaît la fin, et il sera donc plus simple pour le juge d'estimer si l'acte était ou non utile à la société. Cette appréciation portée par un juge à la légitimité « incertaine » pourra déboucher sur l'annulation de l'acte de cession, dès lors qu'il a été considéré comme inutile. L'intervention du juge dans la relation contractuelle est aussi importante que préoccupante et on peut craindre que ce texte ne permette en définitive au Tribunal de se poser en censeur des contrats passés par une société en appréciant sa conformité à l'objet social ce qui ne paraît pas conforme à l'office traditionnel du juge en droit des sociétés<sup>72</sup>. On voit bien les risques qui découlent de ce nouveau texte. Il peut être avancé que le Cour de cassation s'est déjà engagée dans cette voie puisqu'elle a eu l'occasion d'annuler un cautionnement souscrit par une société civile contrairement à son intérêt social et ce quand bien même un vote unanime des associés. Mais cette immixtion du juge dans la relation contractuelle demeure circonscrite à la question de la validité d'une sûreté. Or, avec cette nouvelle disposition, on va au-delà puisque ce sont tous les actes conclus par la société qui demain pourraient devoir passer sous l'appréciation judiciaire de l'utilité de l'acte.

L'alinéa 2 de l'article 1145 est d'autant plus perturbant qu'il ne précise pas de quelle manière l'utilité de l'acte pourrait être appréciée<sup>73</sup> : est-ce un acte objectivement utile ou subjectivement utile selon les clauses statutaires ? Est-ce que l'utilité s'apprécie ex ante ou ex post ? certains auteurs ont fait observer qu'il est « *est en effet probable que le texte sera utilisé un jour ou l'autre pour plaider qu'une société n'est pas tenue d'exécuter tel contrat qu'elle a*

---

<sup>71</sup> P. Mousseron, Le nouveau régime de la capacité contractuelle des sociétés : la boussole de l'objet social, D. 2016. 906

<sup>72</sup>B. Dondero ; « Capacité et représentation des sociétés » ; Bull. Joly sociétés, 2016, n°09, p.510

<sup>73</sup> M. Mekki, Les incidences de la réforme du droit des obligations sur le droit des sociétés : rupture ou continuité? Les clauses, Rev. sociétés 2016. 563 et spéc. p. 567.

*certes signé, mais dont elle estime qu'il n'est pas utile dès lors qu'elle a signé un autre contrat similaire à de meilleures conditions*<sup>74</sup> ».

Le rapport remis au président de la République indique que cette règle a été introduite « *pour répondre aux demandes des milieux économiques* » et souligne à maintes reprises que la sécurité juridique est le premier objectif poursuivi par l'ordonnance. Il semble que cet objectif est d'ores et déjà compromis.

**Conclusion :** Les causes de nullité issues du droit commun des contrats sont particulièrement difficiles à appliquer aux opérations de cession de droits sociaux. Cela est d'autant plus préoccupant que ça devient source d'insécurité juridique pour les parties. Concernant tout d'abord les avant-contrats, bien qu'ils aient eu les honneurs du législateur, leur application en l'état actuel du droit ne permet pas d'aboutir à un résultat satisfaisant. Une évolution sera sans doute nécessaire pour permettre une adaptabilité aux opérations sociétaires et aux contrats en général. Assouplir les conditions relatives à la violation du pacte de préférence et l'instauration d'une action interrogatoire pour la promesse unilatérale rendrait sûrement plus efficaces ces avant-contrats.

Quant aux vices du consentement, seul le dol permet de voir les actions en nullité couronnées de succès. Les difficultés émanent toutefois de la confrontation de la réticence dolosive avec l'obligation précontractuelle d'information. Il faudra sans doute, pour éviter de mettre à la charge d'une des parties l'obligation de délivrance d'une information sur la valeur, relire l'article 1139 du Code civil, pour le limiter aux autres cas de dol que le dol par réticence et ainsi exclure le dol par réticence en l'absence de toute obligation d'information.

Concernant l'erreur, l'évolution pourrait émaner de l'interprétation que fera la jurisprudence de l'article 1131 du Code civil. En effet si elle considère que l'erreur ne porte plus nécessairement sur la substance de la chose, mais porte également sur la prestation, cette dernière consiste en la transmission de l'entreprise, cette interprétation pourrait permettre à l'erreur de jouer un rôle beaucoup plus important en matière de cession de droits sociaux. S'agissant cette fois de la capacité, il ne faudrait sans doute pas donner plus d'importance à ce nouveau texte plus qu'il en a. Rappelons en effet que les règles générales s'appliquent sous réserve des règles spéciales. Or ces règles spéciales qui régissent la capacité des personnes

---

<sup>74</sup> B. Dondero, La réforme du droit des contrats. - Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, JCP E 12 mai 2016, n° 19, 1283, spéc. n° 49.

morales existent bel est bien. L'article 10, 1, de la directive 2009/101/CE du 16 septembre 2009 dispose que « *la société est engagée vis-à-vis des tiers par les actes accomplis par ses organes, même si ces actes ne relèvent pas de l'objet social de cette société, à moins que lesdits actes n'excèdent les pouvoirs que la loi attribue ou permet d'attribuer à ces organes* ». L'objectif de cette directive est de limiter les cas de nullité des engagements pris au nom de la société afin de renforcer la sécurité juridique des tiers. Il n'est pas certain que l'ordonnance ait pour objectif de remettre en cause cette règle. Le rapport remis au président de la République plaide en faveur de cette seconde interprétation puisqu'il indique que ces nouvelles règles ont été instaurées en vue d'accroître la sécurité juridique. La portée de l'article 1145 du Code civil devra donc être relativement réduite.

## **Chapitre 2 : Le rééquilibrage opéré par le droit spécial**

L'application du droit des contrats à une opération particulièrement sociétaire aboutit à un résultat insatisfaisant. Cela n'a pas pourtant empêché les acteurs économiques de recourir de plus en plus à ces actes. Il faut en remercier pour cela le droit spécial. En effet, aussi bien le droit de la vente (Section I) que le droit des sociétés (Section II) ont démontré qu'un droit propre aux opérations de cession de droits sociaux permettrait d'assurer la sécurité juridique des transactions.

### **Section 1 : Les causes de nullité issues du droit de la vente ajustées à la cession de droits sociaux**

Initialement, les exigences relatives au prix sont inapplicables à la cession de droits sociaux (§1). Des ajustements ont donc été opérés par la jurisprudence afin d'éviter que les cessions ne soient annulées pour indétermination du prix (§2).

#### **§ 1 - les critères nécessaires à la validité du prix**

Le prix doit être réel et sérieux. Mais comment expliquer la multiplication des cessions à prix symbolique ? (A). Le prix doit également être déterminé *ab initio*. Or si cette exigence s'adapte bien aux opérations de vente classiques, elle est inapplicable aux opérations de cession (B).

### **A. L'exigence d'un prix réel et sérieux et la contradiction avec les cessions à prix symbolique**

Pour qu'une cession de droits sociaux soit valablement conclue, il faut que le prix soit sérieux. Que signifie un prix sérieux ? Un prix sérieux ne doit pas correspondre nécessairement à la valeur de la chose<sup>75</sup>. On peut ainsi fixer un prix surévalué. En effet, La stipulation d'un prix supérieur à la valeur des titres ne peut en principe pas entraîner l'annulation de la cession ou la réduction du prix au profit de l'acquéreur. En l'état actuel de la jurisprudence, le prix excessif est un prix réel et sérieux même s'il est exorbitant, contrairement au prix dérisoire qui ne correspond pas au prix sérieux. La cession de droits sociaux consentie moyennant un prix inférieur à la valeur des titres ne peut en principe pas être annulée à la demande du cédant ou donner lieu à l'attribution en sa faveur d'un complément de prix. Le prix librement consenti et accepté s'impose aux parties en application de l'ancien article 1134 du Code civil devenu l'article 1103 issu de l'ordonnance du 10 février 2016.

Toutefois, les Tribunaux considèrent que la cession est nulle lorsque le prix est dérisoire ou vil. Avant le 1er octobre 2016, plusieurs décisions retenaient dans cette hypothèse l'absence de cause sur le fondement de l'ancien article 1131 du Code civil<sup>76</sup>.

Un prix sérieux est donc un prix qui n'est pas excessivement bas. Se pose alors la question de la conformité de l'exigence d'un prix sérieux par rapport à la cession à un prix symbolique. Le prix symbolique est certes un prix qui existe, qui est trop bas pour être vil et se situe, du moins lorsqu'il est la contrepartie d'un transfert de propriété de droits sociaux, en dehors du domaine de la lésion<sup>77</sup>. Mais un tel prix n'est-il pas dérisoire lorsqu'il est la contrepartie de droits sociaux ? Un risque de nullité rode autour de la cession conclue à prix symbolique dès lors que certaines conditions ne sont pas remplies. Le risque de nullité ne se limite pas aux cessions conclues à prix symbolique. De nombreuses opérations sont en effet annulées pour indétermination de prix.

### **B. L'exigence de détermination *ab initio* inapplicable aux opérations de cession de droits sociaux**

---

<sup>75</sup> V.F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, Droit civil, les obligations, Dalloz, 9<sup>e</sup> éd, 2005, n°340, p.349

<sup>76</sup> Cass. com. 22-3-2016 n° 14-14.218 FS-PB : RJDA 5/16 n° 359

<sup>77</sup> M. Caffin-Moi, Cession de droits sociaux et droits des contrats, Thèses Paris II, 2007, p.84

Conformément au droit commun des contrats qui impose la détermination de l'objet, le droit spécial de la vente impose la détermination du prix. En effet, tandis que l'article 1163 du Code civil dispose que l'obligation « *doit être possible et déterminée ou déterminable* », l'article 1591 énonce que « *le prix de la vente doit être déterminé et désigné par les parties* ».

La détermination du prix par les parties dans les contrats de vente ne pose pas de difficulté dans la mesure où le montant correspond au juste prix de l'objet vendu. Les choses sont différentes pour les cessions de droits sociaux qui sont des opérations qui se réalisent sur plusieurs mois, voire plusieurs années. Les parties peuvent déterminer *ab initio* un prix en se fondant sur les données comptables datant du dernier exercice. Or, si la cession définitive a lieu plusieurs mois après, il n'est pas certain que le prix fixé *ab initio* corresponde à la valeur réelle des titres cédés au jour de la cession.

Pareillement, permettre aux parties d'avoir recours à un tiers pour *déterminer* le prix suppose en effet *a fortiori* d'admettre que le prix puisse, au stade de la formation du contrat, n'être que déterminable selon des éléments indépendants avec la volonté des parties. Or l'article 1591 du Code civil exige que le prix soit déterminé. Là encore, on voit bien que l'exigence de détermination *ab initio* du prix est difficilement applicable pour les opérations de cession de droits sociaux.

La question donc de la détermination du prix est particulièrement sensible dans les cessions de droits sociaux dans lesquelles la contrainte de la détermination *ab initio* est difficile à respecter. Des ajustements ont été opérés par la jurisprudence. Elle a admis que le prix puisse être déterminable afin qu'il corresponde à la valeur des titres au jour de la cession. Toutefois des conditions sont posées par la jurisprudence : d'une part, les éléments de la détermination doivent être inclus de manière précise dans la clause de prix de sorte qu'aucun nouvel accord des parties ne soit nécessaire ; d'autre part, ces éléments ne doivent pas dépendre de la volonté de l'une ou l'autre des parties.

## **§ 2 - les ajustements opérés par la jurisprudence**

Malgré les atteintes qu'elle portent à la règle du sérieux du prix, les cessions à prix symbolique connaissent un grand succès dans la pratique (A). Par ailleurs, la détermination *ab initio* du prix est inadaptée aux opérations de cession . Cette exigence a donc été abandonnée par la jurisprudence(B).

### **A. La validité des cessions à prix symbolique**

Le contentieux relatif aux cessions à prix symbolique naît souvent de la différence entre le passif social escompté par les parties et le passif réel, soit que le cessionnaire l'ait pensé moins élevé, soit que le cédant l'ait cru plus élevé. Le premier regrette l'acquisition à prix symbolique, le second regrette d'avoir cédé à un prix si modique. Les deux sont tentés d'invoquer le caractère dérisoire du prix pour obtenir la nullité de la cession. En effet, la vente à prix symbolique contredit les exigences relatives au prix puisqu'il n'est pas certain d'une part, que le prix symbolique constitue réellement un prix et d'autre part que ce prix ait un caractère sérieux. Et pourtant cela a été admis par la jurisprudence.

Tout d'abord, elle a reconnu la validité des cessions à prix symbolique mais avec une autre contrepartie. C'est-à-dire que si le cédant d'actions abandonne sa société contre la remise d'un seul euro, sans aucun autre avantage, la nullité de la cession sera prononcée. En revanche, si l'acquéreur s'engage outre le versement de l'euro, à prendre en charge tout ou partie du passif de la société, ou à libérer le cédant des engagements de cautions souscrits en faveur des créanciers sociaux, il y a bien alors un prix payé par l'acquéreur qui dépasse l'euro justement qualifié de symbolique<sup>78</sup>. On peut donc bien acquérir une société à un euro symbolique dès lors que les contreparties obtenues par le vendeur ne se limitent pas à ce prix symbolique.

La jurisprudence a ensuite reconnu la validité de la cession à prix symbolique sans aucune contrepartie. Ainsi la chambre commerciale a estimé par exemple qu'« *une Cour d'appel ne peut déclarer nulle une promesse de vente d'actions pour défaut de prix, ce prix ayant été laissé à l'arbitrage d'un tiers qui l'avait fixé à un franc, en raison de ce qu'il considérait ces actions comme étant sans valeur* » et ce, à cause d'une perte sociale de plusieurs millions de francs<sup>79</sup>. La Chambre commerciale a également refusé d'annuler une cession pour absence de cause en considération des « *avantages personnels des cédants* » qui, notamment, voyaient dans la cession un moyen d'échapper au jugement d'ouverture d'une procédure collective<sup>80</sup>.

Il apparaît donc que l'exigence du prix sérieux dans les cessions de droits sociaux est malmenée dans la pratique. La complexité des règles dans les cessions de droits sociaux oblige à s'affranchir des règles relatives à la validité du prix. Outre cette question de validité du prix, se pose la question de la détermination du prix.

---

<sup>78</sup>J.Moury, *Du prix symbolique au prix négatif ou la divagation des qualifications en matière de vente* : D.2014,1950

<sup>79</sup> Com.3 janvier 1985, Rev. Sociétés 1985, note J.H. ; RTD com.1986,p.521, obs.CI. Pal.1982,I,173.

<sup>80</sup> V.Com.22 février 1983,Bull.civ.IV,n°72

## **B. L'abandon de l'exigence de détermination *ab initio* du prix**

Exiger que le prix soit déterminé *ab initio*, c'est exposer toutes les cessions à un risque de nullité pour indétermination du prix. L'exigence de détermination *ab initio* a été donc abandonnée par la jurisprudence au profit de la déterminabilité du prix. Aussi bien les parties (1) que les tiers (2) peuvent se contenter d'un prix simplement déterminable.

### **1- La détermination du prix par les parties**

La détermination du prix par les parties dans les contrats de vente ne pose pas de difficulté dans la mesure où le montant correspond au juste prix de l'objet vendu. Les choses sont différentes pour les cessions de droits sociaux qui sont des opérations qui se réalisent sur une longue période. Les parties peuvent déterminer *ab initio* un prix en se fondant sur les données comptables datant du dernier exercice. Or, si la cession définitive a lieu plusieurs mois après, il n'est pas certain que le prix fixé *ab initio* soit le prix définitif en raison du caractère évolutif de la valeur des titres. La jurisprudence a donc admis que le prix puisse être déterminable afin qu'il corresponde à la valeur des titres au jour de la cession. Toutefois des conditions sont posées par la jurisprudence : d'une part, les éléments de la détermination doivent être inclus de manière précise dans la clause de prix de sorte qu'aucun nouvel accord des parties ne soit nécessaire ; d'autre part, ces éléments ne doivent pas dépendre de la volonté de l'une ou l'autre des parties.

Les clauses relatives à la fixation du prix doivent donc être suffisamment précises, dans le cas contraire, le contrat peut être annulé pour indétermination du prix. Cela se manifeste particulièrement pour la clause de fixation de prix (a), la clause d'*earn out*(b) et la clause de révision de prix (c).

#### **a- La clause de fixation de prix**

La clause de fixation de prix a pour objectif de prévoir une méthode de calcul du prix de cession qui n'est définitivement fixée qu'au jour de la mise en œuvre de la clause. Elle indique précisément la manière dont le prix devra être déterminé. La difficulté pour les parties est d'établir une méthode de détermination autosuffisante, qui se suffit à elle-même<sup>81</sup>, à défaut, la clause sera considérée comme imprécise, le contrat pourra donc être annulé pour indétermination du prix.

---

<sup>81</sup> Com. 8 avril.2008, Dr. sociétés juillet 2008, p.11, obs. M.-L Coquelet

La Chambre commerciale a par exemple, par un arrêt du 23 janvier 1990<sup>82</sup>, fait droit à une demande en annulation d'une cession d'actions dans laquelle les parties s'étaient référées, pour la détermination du prix, non à un bilan approuvé par les actionnaires qui leur était opposable sans contestation possible, mais à une situation comptable qu'elles devaient elles-mêmes établir et qui était susceptible de donner lieu à contestation et c'est effectivement ce qui s'est produit en l'espèce.

### **b- La clause d'*earn out***

Le mécanisme de la clause *d'earn out* a été inspiré d'une technique anglo-américaine datant de la fin des années quatre-vingt. Elle a pour objet de prendre en compte dans la détermination du prix les performances de la société pendant une période déterminée, variée généralement d'une à cinq années, appelée « *période intermédiaire* ». L'expression *earn out* signifie que le cédant qui a abandonné le contrôle de la société-out- continue cependant à profiter *-earn-* des performances de celle-ci<sup>83</sup>. Plusieurs formules sont utilisées dans ces clauses. La première permet de payer une première partie du prix au comptant, et une seconde partie payable à terme et variable en fonction des résultats de la société. La seconde consiste à diviser la cession elle-même en plusieurs étapes : seule une partie des titres est acquise par le cessionnaire pour un prix d'ores et déjà connu et payé comptant, et le solde des titres, dont le prix sera fonction des performances de la société dans la période de référence, fait l'objet de promesses unilatérales croisées d'achat et de vente<sup>84</sup>.

Dans les deux cas, le cédant continue à collaborer avec le cessionnaire dans la société. Là encore, comme dans la clause de révision du prix, les éléments sur lesquels se fonde la clause d'*earn out* doivent être suffisamment précis. Dans le cas contraire, la cession sera nulle pour indétermination du prix.

### **c- La clause de révision de prix**

La technique de la révision du prix confère une garantie à l'acquéreur contre une baisse de la valeur des titres. C'est l'engagement par lequel le cédant s'engage à garantir l'acquéreur contre la baisse de valeur des parts ou actions cédées : soit du fait de l'apparition d'un passif nouveau dont l'origine est antérieure à une date déterminée, soit du fait de la diminution d'un

---

<sup>82</sup> Com.5 avril 2005, Juris Data n°028097

<sup>83</sup> F.-D.Poitral, « Cessions d'entreprise : les conventions d' *earn out* », Dr. Sociétés AP1998,n°39,p.5, spéc.n°1 ; JCP E1999,p.18.

<sup>84</sup> M. Caffin-Moi, Cession de droits sociaux et droits des contrats, Thèses Paris II, 2007,p.120

élément d'actif dont l'origine est antérieure à une date déterminée. Le problème ne se pose pas ici de la même manière que dans les clauses vues précédemment. Si les autres clauses ont pour objet de fixer les éléments nécessaires à la détermination du prix de cession, la clause de révision de prix, permet quant à elle de réviser un prix qui a déjà été fixé et déterminé. Elle doit donc prévoir de manière précise et objective non pas les éléments sur lesquels va se fonder le prix, mais les modalités d'application de la révision. Dans le cas contraire, la cession sera annulée pour indétermination du prix.

Qu'en est-il désormais de la détermination du prix par le tiers ?

## **2- La détermination du prix par le tiers**

S'il y a un domaine dans lequel le tiers joue un rôle fondamental, c'est celui de la détermination du prix dans les cessions de droits sociaux. Le tiers peut effectivement intervenir soit sur la base de l'article 1592 du Code civil qui dispose que « *le prix peut être laissé à l'estimation d'un tiers : si le tiers ne veut ou ne peut pas faire l'estimation, il n'y a point de vente* », soit sur la base de l'article 1843-4 du Code civil aux termes duquel « *dans les cas où la loi renvoie au présent article pour fixer les conditions de prix d'une cession des droits sociaux d'un associé, ou le rachat de ceux-ci par la société, la valeur de ces droits est déterminée, en cas de contestation, par un expert désigné, soit par les parties, soit à défaut d'accord entre elles, par ordonnance du président du tribunal statuant en la forme des référés et sans recours possible* ». Tandis que le premier texte vise toutes les ventes – donc également les cessions de droits sociaux – le second texte issu du droit des sociétés ne vise quant à lui que les cessions de droits sociaux. Pour ce qui nous concerne, on ne va s'intéresser qu'à l'article 1592 du Code civil dans la mesure où si le « *tiers ne veut pas ou ne peut pas faire l'estimation* » il y aura nullité pour indétermination du prix. Alors que l'intervention du tiers dans le cadre de l'article 1843-3 du Code civil l'oblige à procéder à l'évaluation des titres et donc de déterminer un prix. Dans cette hypothèse la nullité pour indétermination du prix est écartée.

Si le recours au tiers de l'article 1592 semble en apparence écarter le risque de nullité pour indétermination du prix, on constate en pratique que ce risque n'est jamais aussi loin. Lorsque les parties décident de faire appel à un tiers en application de l'article 1592, la désignation se fait par accord commun. Si les parties n'arrivent pas à désigner par commun accord le tiers chargé de fixer le prix, la cession est nulle pour indétermination du prix. En effet, le juge ne peut pas se substituer aux parties pour le désigner, à moins qu'elles n'aient

expressément prévu son intervention<sup>85</sup>. Une fois ce tiers désigné, il doit accepter sa mission. En effet, aux termes de l'article 1592 du Code civil, si le tiers ne veut ou ne peut faire l'estimation, il n'y a point de vente.

La mission confiée au tiers est de déterminer le prix de cession. En conséquence, en l'absence de clause renvoyant expressément à l'article 1592 du Code civil, les parties doivent faire apparaître clairement dans l'acte de cession que la mission confiée au tiers est bien la fixation du prix, à défaut de quoi le prix ne s'impose pas aux parties. Si le tiers ne détermine pas de façon précise le prix, la cession sera nulle pour indétermination du prix. Rien ne l'empêche d'estimer que les titres n'ont aucune valeur<sup>86</sup> ou fixer un prix symbolique<sup>87</sup>. En revanche, le tiers doit suivre la méthode d'évaluation fixée par les parties. Si les instructions délivrées ne sont pas assez précises, il appartient au tiers de les interpréter et de leur donner un sens<sup>88</sup>. Si malgré les efforts déployés par le tiers pour effectuer l'évaluation, il n'y arrive pas, la cession sera nulle pour indétermination du prix. L'article 1592 du Code civil précise en effet qu'il n'y a point de vente si le tiers ne peut pas faire l'estimation. Dans un cas où l'imprécision des règles, auxquelles l'expert chargé de fixer le prix devait se référer, aboutissait à une indétermination du prix de cession, il a été jugé que l'expert ne pouvait pas remplir sa mission et que la cession était nulle<sup>89</sup>.

Une fois le prix déterminé, il s'impose aux parties. En effet, en décidant de s'en remettre aux tiers, les parties ont fait de l'estimation leur loi. En revanche l'évaluation faite par le tiers n'a pas force obligatoire en cas d'erreur grossière<sup>90</sup> ou si conformément aux règles de droit commun du mandat, il a outrepassé ses pouvoirs.

L'étude révèle que la cession des droits sociaux est incompatible avec les cessions à prix symbolique qui se sont multipliées après la crise de 2008. En effet, comment imaginer qu'on puisse céder une société pour un euro sans que cette cession ne puisse être remise en cause. Pourtant, ont été jugées valides les cessions pour un euro symbolique dès lors que ces cessions étaient accompagnées de contreparties suffisantes. Il est apparu ensuite que

---

<sup>85</sup> Cass. civ. 25-4-1952, Chabreiron c/ Mouton : D. 1952 jur. p. 635 ; Cass. com. 23-1-1990, Alberto c/ Michon : n° 37120

<sup>86</sup> Cass. 1e civ. 12-12-1984 n° 1009, Ollagnon c/ Sté EngetelSiemephone : n° 37290

<sup>87</sup> Cass. com. 3-1-1985 n° 83-15.520, Sté des Maisons Florilège c/ Dupré : n° 37290

<sup>88</sup> (CA Paris 17-9-2004 n° 04-1049, 25e ch. B, Sté Panzani c/ Skalli : RJDA 5/05 n° 564

<sup>89</sup> Cass. com. 19-12-2006 n° 05-10.199 F-D, Sté coopérative d'approvisionnement Paris Est c/ Sté ITM Entreprises : n° 37160

<sup>90</sup> Cass. com. 6-6-1950 n° 38.918, Saillant c/ Martin : Bull. civ. III n° 205 ; Cass. com. 9-4-1991 n° 616, Robbe c/ Bellanger : RJDA 7/91 n° 561

l'exigence de détermination du prix *ab initio*, est particulièrement difficile à respecter en matière de cession de droits sociaux. Il a fallu attendre l'intervention de la jurisprudence pour assouplir cette exigence. Les ajustements opérés par la jurisprudence ont permis de passer d'un droit spécial inadapté aux opérations de cession de droits sociaux à un droit ajustable à ces mêmes opérations. Qu'en est-il désormais des règles issues du droit des sociétés ?

## **Section 2 : Les causes de nullité issues du droit des sociétés adaptées à la cession de droits sociaux**

S'il est apparu que les causes de nullité issues du droit commun des contrats s'accommodent mal avec les opérations de cession de droits sociaux, les causes de nullité issues du droit des sociétés s'adaptent parfaitement à ces opérations. La clause d'agrément (§1) ainsi que la clause d'inaliénabilité (§2) sont la démonstration qu'un régime propre aux opérations sociétaires est fortement souhaitable.

### **§ 1 : l'agrément, la démonstration de l'application parfaite d'un mécanisme sociétaire à une opération sociétaire**

Pensé particulièrement pour les cessions de droits sociaux, l'agrément est la démonstration parfaite qu'un régime propre à ces opérations renforcerait la sécurité juridique des transactions. En effet, l'existence d'un régime clairement défini aussi bien pour les conditions de mise en œuvre (A) que pour les sanctions (B), est de nature à chasser l'incertitude juridique.

#### **A. L'incertitude juridique chassée par la réglementation spéciale de la procédure d'agrément**

Le régime de la procédure d'agrément est clairement défini dans le Code de commerce à différents articles selon la forme de la société. Les nombreux articles relatifs à l'agrément témoignent de la volonté du législateur de prendre en compte l'ensemble des situations qui peuvent se présenter dans la pratique et qui peuvent notamment paralyser le fonctionnement de la société. Cela commence tout d'abord par l'existence même de cette procédure d'agrément.

L'agrément permet de contrôler l'entrée dans la société de nouveaux associés et d'écarter ceux dont la présence est jugée non souhaitable. L'objectif est de filtrer l'entrée de nouveaux associés car il est certain que la mésentente entre associés ne peut que mettre en péril l'existence même de la société. L'agrément peut être d'origine légale, statutaire ou extra statutaire. Il peut exister dans tous les types de sociétés mais les règles sont différentes selon

les types de sociétés.

En principe, la nature de la société anonyme, qui néglige l'*intuitu personae* permet à quiconque de devenir actionnaire à la suite d'une cession, sans avoir à solliciter l'accord des actionnaires en place. Tel est le principe de la liberté de cession entre vifs, ou de transmission à cause de mort.

Mais ce principe souffre d'un tempérament : Le Code de commerce autorise dans les sociétés non cotées, l'insertion dans les statuts d'une clause d'agrément qui soumet à l'appréciation de la société les transferts des titres. Pour que l'agrément puisse jouer, il doit d'abord être prévu par les statuts eux-mêmes ; une simple décision du conseil d'administration serait inopérante. La loi exige ensuite que les titres soient nominatifs, en vertu de la loi ou des statuts (C.com.,art L229-23).

Dans les SARL, l'*intuitu personae* interdit qu'un étranger puisse entrer dans la société sans l'accord d'une majorité qualifiée. L'agrément est obligatoire lorsque le cessionnaire est un tiers ; il est facultatif si le cessionnaire est un coassocié ou membre de la famille du cédant. Lorsque le cessionnaire est un tiers, tant le principe d'agrément que ses modalités sont d'ordre public<sup>91</sup>.

La cession à un tiers répond à une procédure spécifique. L'associé qui souhaite céder ses parts doit notifier son projet, par acte extrajudiciaire ou par lettre recommandée, à la société et à chacun des associés afin d'obtenir l'agrément ( C.com., art L/223-14, al2 et R.223-11) , à peine de nullité de la cession. En cas de refus d'agrément, l'associé peut obtenir le rachat de ses titres, soit auprès des associés ou d'un tiers, soit auprès de la société. La loi pose toutefois une limite : le rachat n'est dû que si le cédant détient ses parts depuis au moins deux ans, sauf si les titres ont été recueillis par succession, liquidation de communauté ou donation au profit d'un conjoint, ascendant ou descendant (C.com., art.L.223-14,al.6).

Les associés sont tenus d'acquérir ou de faire acquérir les parts du cédant dans les trois mois du refus. En cas de désaccord sur le prix, celui-ci est fixé par un tiers dans les conditions de l'article 1843-4 du Code civil.

Concernant l'agrément facultatif, les parts peuvent être librement cessibles entre associés ainsi entre les membres de la famille du cédant sous réserve toutefois de la fraude. La même règle s'applique dans les SA. L'article L.229-23, alinéa 3 du Code de commerce énonce que la clause d'agrément « *est écartée en cas de succession, de liquidation du régime*

---

<sup>91</sup> La Cour de cassation a refusé, faute de caractère sérieux, de transmettre au Conseil constitutionnel une question prioritaire de constitutionnalité querellant l'atteinte au principe d'égalité ( Cass.com ; 27 sept.2013,n°13-40.045 (QPC) : RJDA 3/2014,n°229).

*matrimonial ou de cession, soit à un conjoint, soit à un ascendant ou à un descendant* ». Une clause d'agrément ne saurait donc s'appliquer entre membres de la famille du cédant (conjoint, descendants, ascendants), quelle qu'en soit la nature : vente, donation, liquidation de communauté ou de succession.

On voit bien que dès lors que des règles ont été créées uniquement pour régir une opération sociétaire, la sécurité juridique se trouve renforcée et les risques liés à l'incertitude juridique se trouvent diminués. Reste à se demander maintenant si le même constat peut être livré à l'encontre de la sanction de la violation de la clause d'agrément.

### **B. L'incertitude juridique chassée par la réglementation spéciale de la sanction**

Le non-respect de la procédure d'agrément qu'elle soit d'origine légale ou statutaire, entraîne la nullité de la cession : (C. com. art. L 223-14, al. 7 et L 235-1 pour les SARL ; L 228-23, al. 4 pour les SA et les SCA ; L 221-13, al. 2 pour les SNC et, par identité de régime, pour les SCS et les SCA s'agissant de la cession des parts des associés commandités ; L 227-15 pour les SAS).

Quelques limites sont toutefois posées à la clause d'agrément : Cette clause ne saurait s'appliquer aux cessions entre membres de la famille du cédant (conjoint, descendant, ascendants), quelle qu'en soit la nature : vente, donation, liquidation de communauté ou de succession. De là des risques de fraude. Un arrêt de la Cour de cassation du 21 janvier 1997 nous en livre une illustration<sup>92</sup> : un frère souhaite céder ses actions à sa sœur en s'affranchissant de l'agrément requis par les statuts, lesquels exemptaient de l'agrément les cessions à ou par un ascendant ; pour cela, il commence par céder ses droits à sa mère, cession libre, laquelle les rétrocède aussitôt à sa fille, cession également libre ; le procédé a été jugé frauduleux.

Les formalités de la procédure d'agrément étant prescrites pour protéger les intérêts privés de la société et des associés, la nullité est relative. L'action en nullité est donc ouverte uniquement à la société et aux associés. Cette action est prescrite à l'expiration d'un délai de trois ans à compter du jour où la nullité est encourue (C.com. art.L235-9, al1) à défaut de disposition contraire.

Ce délai de prescription abrégé ne concerne que les actions fondées sur une irrégularité affectant une décision ou une délibération sociale. La Cour de cassation a jugé que l'action en nullité d'une cession de parts sociales pour inobservation de la procédure d'agrément se

---

<sup>92</sup> Cass.com.,21 janv.1997 : Rev.sociétés1997,p.349,Note D.Bureau ; Dr. Sociétés 1997,n°55,obs ; Th.Bonneau.

prescrit par trois ans en application de l'article L235-9 du Code de commerce<sup>93</sup>. En revanche, ce délai de prescription de trois ans n'est pas applicable à la demande d'annulation de l'acte de rachat par une société des parts d'un associé qui se retire de celle-ci fondée, non sur une irrégularité préexistante des assemblées ayant autorisé sa conclusion, mais sur un vice qui affecte l'acte lui-même (en l'espèce un vice du consentement)<sup>94</sup>. La troisième chambre civile de la Cour de cassation a apporté la même précision en matière d'agrément d'une cession de parts de société civile immobilière, estimant que la prescription abrégée de l'article 1844-14 du Code civil n'est applicable à l'action en annulation d'une cession de droits sociaux que dans la mesure où cette action est fondée sur une irrégularité affectant la décision sociale ayant accordé à l'acquéreur l'agrément exigé par la loi ou les statuts<sup>95</sup>.

La prescription triennale de l'article L 235-9 du Code de commerce s'applique-t-elle **en cas de fraude** ? La Cour de cassation a considéré que l'action en nullité des cessions de parts sociales étant exclusivement fondées sur la violation d'une clause statutaire d'agrément, elle est soumise comme l'action en nullité de délibérations sociales à la prescription triennale prévue par l'article 1844-14 du Code civil, applicable à toutes les actions en nullité visant les actes et délibérations postérieures à la constitution de la société, sans qu'il soit distingué selon le caractère relatif ou absolue de la nullité invoquée, peu important que l'irrégularité résulte d'une fraude, comme allégué en l'espèce.<sup>96</sup> Il résulte de cette décision que, même en cas de fraude, l'action en nullité est enfermée dans la prescription triennale.

Bien qu'aucun des textes précités ne réserve l'hypothèse d'un manquement frauduleux à la procédure d'agrément, la solution paraît contestable. En effet, il est toujours fait application du principe *Fraus omnia corrumpit* pour déroger à la prescription spéciale. C'est de ce principe général que l'associé pensait tirer profit pour éviter la prescription triennale menaçant son action en nullité qu'il entendait tenter à l'égard de cessions de droits sociaux et délibérations sociales.

On voit bien que l'existence de règles propres aux opérations de cessions de droits sociaux ne peut être que source de protection des intéressés. On reste étonné de voir que la cession de droits sociaux n'ait pas été prise pour cible par le législateur contrairement à sa voisine, la vente du fonds de commerce. Est-ce pour éviter d'entraver la liberté contractuelle laissée aux

---

<sup>93</sup> [Cass. com. 9-11-1993 n° 91-19.724, Barrault c/ Sté Créations JP Simart : RJDA 2/94 n° 175](#)

<sup>94</sup> [Cass. com. 20-3-2012 n° 11-13.534 FS-PB, Hauville c/ Sté La Sébierie : RJDA 6/12 n° 596](#).

<sup>95</sup> Cass. 3<sup>e</sup> civ. 6-10-2004 n° 01-00.896 FS-PB

<sup>96</sup> Cass. 3<sup>e</sup> civ. 15-10-2015 n° 14-17.517 F-D : RJDA 1/16 n° 32

parties ? Une question qui demeure sans réponse. Ce qui est certain, c'est que les causes de nullités issues du droit commun des contrats sont inadaptées aux opérations de cessions de droits sociaux tandis que les causes de nullité issues du droit des sociétés s'adaptent parfaitement et sont la preuve vivante qu'il faut désormais un régime propre aux actes de cessions à l'image de la vente du fonds de commerce. Cela fonctionne aussi bien pour la clause d'agrément que pour la clause d'inaliénabilité.

### **2§ : L'inaliénabilité, la démonstration de l'adaptation parfaite d'un mécanisme sociétaire à une opération sociétaire.**

Une des grandes innovations de la SAS est de permettre aux associés d'insérer dans les statuts des clauses d'inaliénabilité. Elle a pour objet d'interdire la cession des droits sociaux sur lesquels elle porte. Il s'agit de renforcer l'affectio societatis nécessaire au bon fonctionnement de la société. Les conditions de validité de ces clauses diffèrent selon qu'elles figurent ou non dans les statuts d'une SAS.

Lorsque ces clauses ne figurent pas dans les statuts de la SAS mais dans une convention extrastatutaire, elles peuvent être valablement stipulées dans un acte à titre onéreux dès lors qu'elles sont limitées dans le temps et justifiées par un intérêt sérieux et légitime<sup>97</sup>.

À quoi correspond l'intérêt légitime qui justifie l'interdiction pour un associé de céder ses parts ? Il peut correspondre à l'intérêt social, lequel peut « *postuler une certaine stabilité de l'actionnariat ; notamment dans les sociétés engagées dans des activités à long terme* »<sup>98</sup>.

L'engagement d'inaliénabilité peut également être valablement consenti par un associé majoritaire dans l'intérêt d'un créancier de la société. Un arrêt de la Cour d'appel nous en offre une illustration<sup>99</sup>. Une banque avait accordé un prêt à une filiale de la société. Cette dernière a pris un engagement de ne pas céder sa participation dans la filiale. Cet engagement a été déclaré valable car il n'était imposé que pour un temps limité à la durée du prêt et reposait sur un motif sérieux de la banque qui pouvait légitimement attacher intérêt à ce que les sociétés bénéficiant de ses concours financiers restent les filiales de certaines sociétés particulièrement importantes.

---

<sup>97</sup> Cass. 1e civ. 31-10-2007 n° 05-14.238 FS-PB, Gallienne c/ Crédit lyonnais : RJDA 4/08 n° 390).

<sup>98</sup> Y. Guyon : Traité des contrats - Les sociétés, aménagements statutaires et conventions entre associés, LGDJ 2002 n° 110

<sup>99</sup> CA Paris 4-5-1982, SA Groupement des industries de matériaux de construction Gimat c/ SA Rhône Poulenc Industries-Celogil-Resogil : Gaz. Pal. 1983 p. 152).

La durée d'inaliénabilité ne doit pas excéder un délai raisonnable. A été jugé par exemple raisonnable le délai de trois ans contenus dans un pacte extrastatutaire<sup>100</sup>.

Si cette fois les clauses d'inaliénabilité figurent dans les statuts, elles seront jugées valables dès lors que leur durée n'excède pas dix ans (article L 227-13 du Code de commerce). Les associés peuvent proroger la durée d'inaliénabilité si le délai fixé initialement est arrivé à terme à condition toutefois que cette nouvelle prorogation n'ait pas pour objet de dépasser le délai de dix ans fixés par la loi.

En principe, le point de départ du délai correspond à la date de la signature du pacte (lorsque la clause figure dans une convention extrastatutaire) ou des statuts (lorsque la clause est statutaire). Toutefois, les parties peuvent déroger à cette règle et fixer un autre point de départ : il peut s'agir, par exemple, de la date à laquelle la société a été immatriculée.

La conclusion de ce premier chapitre nous amène à se poser une interrogation. Comment se fait-il que malgré l'absence d'un régime propre aux opérations de cession et les lacunes du droit commun des contrats, les intéressés puissent encore faire appel à ces opérations de transmission de titres ? La réponse se trouve probablement avec l'application du droit commun de la vente et les garanties contractuelles.

En effet conformément au droit commun de la vente, le cédant est tenu d'une obligation de délivrance à l'égard de l'acquéreur. Le cédant doit donc remettre un bien conforme à ce qui a été convenu entre les parties<sup>101</sup>. Il doit également garantir au cédant la jouissance paisible du bien vendu (garantie d'éviction) et l'absence de défauts de ce bien (garantie des vices cachés). Ces garanties légales permettent ainsi de combler une partie des lacunes du droit des contrats. Mais une partie seulement. Car l'essentiel des garanties procède des garanties contractuelles.

En effet le caractère limité des garanties légales a conduit les acquéreurs à mettre en place des procédés destinés à leur assurer une meilleure protection. Ces procédés sont le fruit de l'imagination contractuelle. Les acquéreurs exigent souvent, lorsque la cession porte sur une fraction importante de droits sociaux, à souscrire des clauses de garantie portant sur les éléments d'actif et/ou du passif de la société dont les droits sont cédés. Ces clauses, très fréquentes en pratique, ont pour objet de protéger l'acquéreur contre l'apparition de certains événements qui se traduiraient par un accroissement du passif ou une diminution de l'actif. Le

---

<sup>100</sup> CA Poitiers 12-11-2002 n° 01-424, 2e ch. civ., Becquet c/ Brizard : RJDA 10/03 n° 966

<sup>101</sup>notamment Cass. 1e civ. 7-6-1997 n° 95-13.389 P, Sté garage Saurel SCAU c/ Hercher : RJDA 1/98 n° 31 rendu dans un cas de vente d'une automobile

cédant devra alors prendre en charge le passif social révélé après la cession. Ces garanties contractuelles sont très répandues en pratique et connaissent un grand succès car elles offrent la sécurité juridique recherchée par les acquéreurs et permet de les prémunir contre tous les risques qui viendraient impacter la valeur de leurs titres. C'est pourquoi le législateur devrait s'en inspirer pour élaborer peut-être, dans un futur proche, un régime propre aux opérations de cession.

Les difficultés tenant aux causes de nullité présentées, il convient désormais de s'intéresser aux effets de la nullité.

## **Partie 2 : La nullité, un exemple pathologique de l'inadaptation des règles du droit des contrats au droit des sociétés.**

La nullité issue du droit commun des contrats est inadaptée aux opérations de cession de droits sociaux car elle est porteuse de conséquences néfastes aussi bien à l'égard de la société qu'à l'égard des tiers. Le moyen trouvé par le législateur pour éviter les conséquences dévastatrices de la nullité est de mettre en place des mécanismes permettant d'éviter en amont le recours au juge. En effet, le recours au juge marque le début d'un calvaire judiciaire source d'insécurité juridique et coûteux en temps et en argent. Il peut donc être avancé que la nullité devient une sanction « adaptée » au droit des sociétés. Or l'étude de ces mécanismes dévoile qu'elle pourraient-elles mêmes être sources de contentieux (**Chapitre I**) .

Contrairement à la nullité de la société qui « *met fin, sans rétroactivité, à l'exécution du contrat* », la nullité issue du droit commun des contrats est caractérisée justement par la rétroactivité. Or la rétroactivité en droit des sociétés est source d'insécurité juridique tant à l'égard des parties qu'à l'égard des tiers. (**Chapitre II**).

### **Chapitre 1 : Les alternatives à la constatation judiciaire de la nullité**

La nullité du contrat n'est plus possible lorsqu'une loi de validation est intervenue pour le régulariser. En dehors de ce cas, il est possible d'éviter le recours au juge soit par la confirmation (Section I) soit par la constatation amiable de la nullité (Section II).

#### **Section I:La préservation du lien contractuel, une alternative à la sanction de la nullité**

En principe, dès lors que les conditions de l'annulation sont réunies, celle-ci doit être prononcée. Il en est ainsi lorsque la cession est affectée d'un vice du consentement. Toutefois, il est possible d'offrir une seconde chance à l'acte de cession en évitant la nullité par le biais des mécanismes de la confirmation et de l'action interrogatoire (§1). Présenté comme un nouvel instrument de sécurisation des contrats, cette dernière pourrait se révéler bien plus dangereuse qu'on ne le pensait (§2).

##### **§ 1 : l'évitement de la nullité**

Le nouveau mécanisme pourrait se révéler très utile en matière de cession de droits sociaux en ce qu'il pourra permettre d'éviter l'annulation. Néanmoins l'étude de ce mécanisme révèle que des incertitudes subsistent quant à son domaine d'application (A). Pour assurer son attractivité, une action interrogatoire a été mise en place mais dont les conditions d'exercice s'adaptent difficilement aux opérations de cession de droits sociaux (B).

## **A. Le domaine du mécanisme de la confirmation**

Confirmer un contrat signifie que l'on renonce à invoquer la nullité du contrat. La confirmation est l'acte juridique par lequel une personne considère comme valable un contrat qui pourrait être normalement annulé<sup>102</sup>. La confirmation viendrait donc rendre valable un contrat annulable. Il ne s'agit pas en revanche de créer un nouveau contrat qui viendrait remplacer le contrat initial entaché d'irrégularité. La confirmation ne doit pas être confondue avec des mécanismes voisins.

Confirmer un contrat ne signifie pas le refaire. Lorsque le contrat est confirmé, il n'est plus susceptible d'être annulé. C'est le contrat originaire qui produit ses effets. Il s'agit là de la principale distinction avec la réfection. La réfection consiste à substituer le nouveau contrat à celui qui était nul. Alors que la confirmation agit rétroactivement, la réfection n'a pas d'effet rétroactif. Le contrat refait existera à la date de la réfection sans rétroactivité. La confirmation se distingue également de la régularisation qui implique une intervention destinée à effacer le vice dont l'acte est atteint. Elle suppose de rajouter la condition qui faisait défaut afin d'empêcher la nullité du contrat.

La confirmation se distingue enfin de la déchéance qui n'est pas voulue comme la confirmation mais qui est subie à titre de sanction. Ainsi, la victime d'un vice du consentement qui ne s'est pas suffisamment informée ou le mineur qui a trompé son cocontractant sur son âge sont privés du droit d'attaquer l'acte : c'est là une sanction de la faute commise. Au contraire, la confirmation est une libre décision.

Selon la théorie classique, la confirmation est une façon de guérir l'acte, de réparer le vice : l'acte est ainsi régularisé. L'analyse moderne y voit en revanche une renonciation d'un contractant à son droit d'invoquer la nullité de l'acte, donc une renonciation à son droit de critique<sup>103</sup>.

Quant à son domaine, la théorie classique considérait que la confirmation n'était possible que lorsque le vice n'était pas trop grave, c'est-à-dire quand la nullité était relative<sup>104</sup>. Le principe demeure le même avec la théorie moderne puisque l'article 1180 du Code civil énonce que la nullité absolue « *ne peut être couverte par la confirmation du contrat* ». Selon l'article 1181, la nullité relative peut en revanche être couverte par la confirmation. La raison que l'on donne ala solution est que le droit d'invoquer la nullité absolue, parce qu'il « *s'agit par elle de*

---

<sup>102</sup>C.Larroumet, Traité de droit civil ; 8<sup>e</sup> éd,p.542

<sup>103</sup>A.Lecourt ; l'impact de la réforme du droit des contrats sur le droit des sociétés : aspects théories et pratiques ; RTD Com. 2016,p.767.

<sup>104</sup> Com., 2 juin 2004, n°03-10741 ; RTD civ.2004,505, obs.J.Mestres et B.Fages

*sanctionner une méconnaissance de certains principes fondamentaux qui régissent notre organisation sociale, est un droit qui serait indisponible de la part de ceux auxquels il est attribué* »<sup>105</sup>. Il est clair qu'on ne peut renoncer à un droit si on ne peut disposer de ce droit. Parce que le contrat porte atteinte à l'intérêt général, non seulement on ouvre l'action à tous les intéressés, mais encore de façon que cet intérêt ne soit pas méconnu, il importe de ne point faire produire effet à la confirmation.<sup>106</sup>

Quant à la nullité relative, celle-ci est instaurée pour protéger les intérêts particuliers, il doit donc être admis que le bénéficiaire de la protection légale puisse renoncer à celle-ci. La nullité relative confère donc un droit à une personne pour protéger son seul intérêt. Ce droit lui permet soit d'exercer une action en agissant pour la défense de son seul intérêt, soit de refuser de le faire valoir à condition toutefois que ce droit soit né à son profit. Il n'est pas effectivement possible d'admettre une renonciation anticipée à un droit qui n'est pas encore né au profit de son titulaire, ce qui explique qu'un contractant ne pourrait renoncer par avance, par une stipulation du contrat nul, au droit d'invoquer la nullité<sup>107</sup>.

L'action n'est donc ouverte que dans les cas de nullité relative. Ce n'est pas parce que la confirmation est exclue en cas de nullité absolue que le champ de la nullité relative est restreint. La nullité absolue laisse de plus en plus de place à l'intervention de la nullité relative. La Cour de cassation a considéré par exemple que le prix dérisoire dans un contrat de vente ne devait plus être traité comme une cause de nullité absolue invocable par les deux contractants, mais comme une cause de nullité relative, protégeant le seul intérêt du vendeur<sup>108</sup>.

Afin de renforcer le mécanisme de la confirmation en évitant que le titulaire de l'action demeure dans le doute de l'irrégularité de l'acte, une action interrogatoire a été mise en place.

---

<sup>105</sup>C.Larroumet, *Traité de droit civil* ; 8<sup>e</sup> éd., p.545

<sup>106</sup> P. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, *Droit civil* : Defrénois, 6<sup>e</sup> éd. 2016

<sup>107</sup> S. Sana-Chaillé de Néré, « Contrats et obligations - Confirmation des actes nuls - Régime juridique », *J.-Cl. Civ. Code*, fasc. 20, n° 8 ; F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations*, 11<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2016, n° 700.

<sup>108</sup> V., en ce sens, *Civ. 3e*, 24 oct. 2012, n° 11-21.980, *AJDI* 2013. 137, et 540, obs. S. Porcheron ; *Civ. 1re*, 29 sept. 2004, n° 03-10.766, *Bull. civ. I*, n° 216 ; *D.* 2004. 2690 ; *AJ fam.* 2004. 458, obs. F. Bicheron ; *Com.* 22 mars 2016, n° 14-14.218, *D.* 2016. 704, et 1037, *chron. S. Tréard* ; *RTD civ.* 2016. 343, obs. H. Barbier

## **B. Les difficultés posées par les conditions de l'exercice de l'action interrogatoire**

L'article 1183 du Code civil dispose qu' « *une partie peut demander par écrit à celle qui pourrait se prévaloir de la nullité soit de confirmer le contrat soit d'agir en nullité dans un délai de six mois à peine de forclusion. La cause de la nullité doit avoir cessé* ».

L'exercice de cette action est restreint par cette phrase de l'alinéa 1<sup>er</sup> selon laquelle « *la cause de nullité doit avoir cessé* ». La condition tenant à la cessation de la nullité pourrait poser de nombreuses difficultés. En effet, l'action interrogatoire ne pourra être exercée tant que la cause de nullité demeure. Or cette cause de nullité peut perdurer dans le temps. Il en est ainsi du contrat annulable en raison de la minorité du contractant au moment de la conclusion du contrat. La forclusion qui découle de l'absence de réponse à l'écrit interrogatoire dans un délai de six mois ne pourra intervenir que si, au moment de l'interpellation, le mineur est arrivé à majorité<sup>109</sup>. Qu'est-ce en t-il en cas de cession à prix dérisoire ? si on considère que le caractère dérisoire du prix a vocation à perdurer dans le temps et donc la cause de la nullité ne cessera pas, le recours à l'action interrogatoire ne sera pas possible, sauf à ce que le contrat se soit rééquilibré par la suite par exemple, dans le cas d'une baisse de valeur des titres redonnant a posteriori sa validité au prix initial.

Pour exercer la confirmation, il est évident qu'il faut d'abord avoir le droit d'agir en nullité ; Il faut connaître ensuite la cause de nullité ; enfin il faut vouloir renoncer à cette nullité. Cette confirmation peut être de deux sortes. Il peut s'agir tout d'abord d'une confirmation expresse. C'est une confirmation constatée par écrit et précisant que le titulaire de l'action en nullité renonce à se prévaloir de la nullité. Il peut s'agir ensuite d'une confirmation tacite, c'est-à-dire que la confirmation résultera du comportement du titulaire de l'action en nullité qui sera interprétée comme valant confirmation<sup>110</sup>.

Surmonter les obstacles tenant aux conditions de mise en œuvre de ces mécanismes ne suffit pas à résoudre toutes les difficultés. Présentée comme un nouvel instrument de sécurisation des contrats, l'action interrogatoire pourrait se révéler finalement source de contentieux.

---

<sup>109</sup> S. Lequette, Réflexions sur la durée du pacte de préférence, RTD civ. 2013. 491 ,spéc. n° 10 ; J. Rochfeld, Les droits potestatifs accordés par le contrat, in Le contrat au début du XXI<sup>e</sup> siècle, Études offertes à J. Ghestin, LGDJ, 2001, p. 747 s., n° 7 ; S. Valory, La potestativité dans les relations contractuelles, préf. J. Mestre, PUAM 1999, n° 242 s. ; I. Najjar, Le droit d'option, Contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral, préf. P. Raynaud, LGDJ, 1967, n° 146

<sup>110</sup> C'est la solution affirmée par l'article 1182 al.3 du Code civil, qui mentionne à l'exécution volontaire de l'obligation à un moment où la confirmation est possible.

## **§ 2 : L'action interrogatoire, un nouvel instrument de sécurisation des contrats ?**

Présentée comme un nouvel instrument de sécurisation des contrats, le recours à l'action interrogatoire pourrait se révéler bien plus dangereux qu'on le pensait (A). A cette difficulté s'ajoute le délai relativement court dans lequel doit s'exercer cette action (B).

### **A. Les dangers du recours à l'action interrogatoire.**

L'article 1183 du Code civil dispose qu' « *une partie peut demander par écrit à celle qui pourrait se prévaloir de la nullité soit de confirmer le contrat soit d'agir en nullité dans un délai de six mois à peine de forclusion. La cause de la nullité doit avoir cessé* ». Cette action interrogatoire est sans doute bénéfique pour la partie qui décidera d'en user puisqu'elle a pour objet de « *purger le contrat de ses vices potentiels et de limiter le contentieux* » selon le rapport remis au président de la République<sup>111</sup>. Avant l'instauration de ce mécanisme, le contractant pouvait demeurer longtemps dans le doute, craignant que le cocontractant n'agisse en nullité, une crainte pouvant durer jusqu'à cinq, délai au terme duquel l'action sera prescrite.

Avec ce nouveau mécanisme, une partie peut dissiper le doute en demandant par écrit à l'autre partie qui pourrait se prévaloir de la nullité soit de confirmer le contrat soit d'agir en nullité dans un délai de six mois à peine de forclusion. L'action interrogatoire se révèle donc très intéressante. Néanmoins, l'exercice de cette action peut s'avérer parfois moins intéressant, voire dangereux pour la personne qui l'exerce.

Concrètement, le bénéficiaire de l'action interrogatoire va demander à son destinataire soit de confirmer la nullité, soit d'agir en nullité. Or pour exercer cette action, le bénéficiaire devra nécessairement préciser dans l'écrit quel élément est susceptible d'affecter la validité du contrat car aucune confirmation n'est possible sans connaissance du vice. Il va donc révéler au destinataire le vice supposé affecter la validité de l'acte. Or il est possible dans certaines hypothèses que le destinataire ne soit pas au courant du vice en question. Le bénéficiaire de l'action interrogatoire va donc révéler un vice ignoré par son destinataire et être ainsi à l'origine d'une action en nullité intentée par ce dernier.

---

<sup>111</sup> Rapport au président de la République du 10 février 2016, JO 11 févr.

Deux options s'offrent au destinataire : soit il confirme le contrat, soit il exerce une action en nullité. Dans cette seconde hypothèse, la question est de savoir si le bénéficiaire de l'action interrogatoire ne se trouve pas désormais avec une défense fragilisée dans la mesure où ce sera plus difficile de démontrer l'absence de cause de nullité alors qu'il est celui qui est à l'origine de la révélation de cette cause de nullité. Le destinataire de la lettre quant à lui va se trouver dans une situation confortable car il aura été porté à sa connaissance les éléments permettant de déceler les éventuels vices et dont il va se servir contre le bénéficiaire. Ce dernier pourra toujours contester les faits, mais comment alors convaincre le juge, après avoir exercé une action interrogatoire fondée sur un vice de violence ou de dol, de son absence d'intention dolosive et ou de pression envers son cocontractant<sup>112</sup> ?

La tâche sera donc ardue et il faut donc bien réfléchir à l'exercice de cette action interrogatoire qui est bien utile mais pas sans risque. Une fois exercée, le destinataire peut soit confirmer le contrat, soit exercer une action en nullité mais dans un délai qui reste relativement court.

### **B- Les incertitudes tenant au délai de forclusion**

L'article 1183 du Code civil énonce que le contractant dispose d'un délai de six mois pour agir en nullité, à défaut il sera forclus. La "forclusion" est la sanction civile qui, en raison de l'échéance du délai qui lui était légalement imparti pour faire valoir ses droits en justice, éteint l'action dont disposait une personne pour le faire reconnaître. Ce délai soulève plusieurs interrogations ? N'est-il pas contraire à l'article 2254 du Code civil ? Dans le cas d'une réponse négative, quel est son point de départ ? Ce délai est-il intangible ? Une demande introductive d'instance est-elle suffisante ?

L'article 2254 dispose que « *la durée de la prescription peut être abrégée ou allongée par accord des parties. Elle ne peut toutefois être réduite à moins d'un an ni étendue à plus de dix ans.* » Serait donc interdite la clause qui réduit le délai de prescription en dessous d'un an<sup>113</sup>. Or ici, le contractant dispose d'un délai de six mois pour agir en nullité. On peut donc s'interroger sur le fait de savoir si l'article 1183 n'entre-t-il pas en contradiction avec l'article 2254 du code civil. Le juge devrait intervenir pour lever l'incertitude.

---

<sup>112</sup> L. Veyre, « *L'action interrogatoire en matière de nullité : personnes intéressées, soyez vigilantes* » AJ. Contrat 2017, p. 74.

<sup>113</sup> M. Mekki, La réforme du droit des contrats et le monde des affaires : une nouvelle version du principe *comply or explain*, Gaz. Pal. 2016, n° 1, p. 20

Par ailleurs, le régime de l'action interrogatoire n'est pas tout à fait clair. Rappelons tout d'abord qu'à la différence des délais de prescription, les délais de forclusion ne sont, en principe, pas susceptibles d'être interrompus ou suspendus<sup>114</sup>. Néanmoins, la Cour de cassation a assoupli l'intangibilité des délais préfix ou de forclusion en cas de force majeure en les soumettant à *l'adage contra non valentem agere non currit*<sup>115</sup>. Le délai de forclusion n'aura pas donc couru si le destinataire démontre qu'il était dans l'impossibilité de prendre connaissance du courrier<sup>116</sup>. En l'absence d'un envoi d'un courrier recommandé avec accusé de réception, le bénéficiaire pensera à tort échapper à une action en nullité à l'expiration du délai de six mois.

Les juges devront par ailleurs préciser à quel moment le délai de forclusion sera interrompu. Est-ce qu'une simple demande en justice suffira-t-elle ? Qu'en est-il d'une demande auprès d'une juridiction incompétente ? Qu'en est-il de l'action en justice annulée pour vice de procédure ?

Autant d'incertitudes et d'interrogations autour de l'action interrogatoire qui pourraient impacter son attractivité.

Et si le mécanisme d'action interrogatoire était contraire à l'article 6, § 1, de la Convention européenne des droits de l'homme ? Il semble en effet que ce mécanisme porte atteinte au principe de la liberté d'agir. En effet, les actions sont comme les droits dans le patrimoine de celui qui en est le bénéficiaire : c'est dans son intérêt exclusif et non dans l'intérêt de son adversaire qu'elles lui ont été accordées<sup>117</sup>. C'est donc à chacun de choisir le moment souhaité pour exercer une action en justice et nul ne doit contraindre autrui à agir. L'action est une prérogative juridique dont l'exercice est libre et facultatif<sup>118</sup>.

Pourtant le nouveau mécanisme de l'action interrogatoire paraît s'attaquer à ce principe. L'article 1183 dispose qu'« *une partie peut demander par écrit à celle qui pourrait se prévaloir de la nullité soit de confirmer le contrat soit d'agir en nullité dans un délai de six mois à peine de forclusion.* »

---

<sup>114</sup>Rép. civ., v° « Prescription extinctive », par A. Hontebeyrie, 2016, nos 49 s.

<sup>115</sup> Req. 25 nov. 1946, D. 1948. 321, note D. Holleaux. Sur cet adage, v. H. Roland et L. Boyer, Adages du droit français, 4e éd., Litec, 1999, n° 60.

<sup>117</sup> E. Valabrègue, De la loi diffamari, ou de l'action de jactance en droit romain et en droit français, RCLJ 1888. 15, spéc. n° 4.

<sup>118</sup> V. Orléans, 15 mars 1889 (saisie comme cour de renvoi par l'arrêt de cassation du 14 mars 1888), D. 1889. 188 (2e partie) ; Douai, 13 juill. 1900, D. 1903. 148 (2e partie).

Il est possible pour l'auteur d'un dol d'interpeller son contractant pour le contraindre à agir dans un délai court ou pour qu'il renonce à son action. La victime du dol par exemple se trouvera face à deux options : soit exercer une action dans un délai de six mois qui semble être relativement court en matière de cession de droits sociaux, soit, seconde option, renoncer à agir. La victime du dol qui était initialement titulaire d'un droit discrétionnaire lui permettant d'exercer une action en justice quand elle le souhaitait, se trouve désormais contrainte d'agir. Certains plaideurs ne manqueront donc pas de soulever la conformité de ce mécanisme au regard de l'article 6,§1, de la convention européenne des droits de l'homme. Toutefois, ce mécanisme de l'action interrogatoire peut compter sur un soutien important pour éviter sa remise en cause : la bonne administration de la justice<sup>119</sup>.

Quel bilan tirer de la consécration du mécanisme de l'action interrogatoire par l'ordonnance du 10 février 2016 ? L'action interrogatoire a été introduite afin de sécuriser les relations contractuelles et de désengorger les tribunaux en évitant la nullité. Or il s'avère en pratique que ce mécanisme va être à l'origine d'un contentieux non prévu par le législateur.

## **Section II : la constatation amiable de la nullité, une alternative à la sanction judiciaire coûteuse en temps et en argent**

Si l'objectif de la nullité conventionnelle est d'éviter le recours au juge, les incertitudes subsistantes quant aux conditions de mises en œuvre du procédé pourraient conduire à un retour à la case départ, c'est-à-dire devant le juge (§1). Les incertitudes ne se limitent pas aux conditions mais touchent également les effets de la nullité, ce qui pourrait réduire considérablement l'attractivité du procédé (§2).

### **§ 1- l'éviction du juge par la porte, le risque d'un retour par la fenêtre**

La nullité consensuelle étant un contrat, les parties doivent être très vigilantes quant aux conditions de validité (A) si elles veulent éviter un risque de développement d'une nullité dans la nullité (B).

#### **A. Les incertitudes quant aux conditions de validité**

Depuis le 1<sup>er</sup> octobre 2016, les parties peuvent constater la nullité de celle-ci d'un commun accord. L'article 1178 alinéa 1 dispose en effet qu'« *un contrat qui ne remplit pas les conditions requises pour sa validité est nul. La nullité doit être prononcée par le juge, à moins que les parties ne la constatent d'un commun accord.* »

---

M. De Fontmichel ; « les nouvelles actions interrogatoires » D.2016. p1665

L'annulation amiable de la cession suppose « *un commun accord* » des parties. Comme tout accord de volonté entraînant des effets de droit, ici éteignant des obligations, cet accord correspond à un contrat. Il doit donc remplir les conditions de validité du contrat (consentement et capacité de contracter des parties, contenu certain et licite de l'accord). Concernant le consentement, les parties doivent clairement exprimer leur volonté quant à la qualification et la portée de l'accord d'annulation afin d'éviter sa remise en cause. Il faudra ensuite être vigilant quant aux questions de représentation et de capacité et plus particulièrement pour les sociétés car les nouvelles règles pourraient accentuer le risque de nullité.

L'accord devra ensuite exister et être déterminé. L'article 1163 du Code civil précise que « *l'obligation a pour objet une prestation présente ou future. Celle-ci doit être possible et déterminée ou déterminable* ». Il faut noter que l'accord étant dépourvu de prestations, il faut néanmoins un objet. « *Cela semble postuler, d'une part, que les parties ne prétendent pas invalider, sur le fondement de l'article 1178, alinéa 1er, un contrat valable et, d'autre part, que le vice entachant l'acte considéré comme nul soit suffisamment spécifié ou identifiable* »<sup>120</sup>, car si la nouvelle convention a pour objet d'anéantir le précédent contrat valablement conclu, la nullité ne saurait être en cause<sup>121</sup>.

Le législateur demeure silencieux sur la forme probatoire à respecter. De toute évidence, pour des considérations de sécurité juridique, la constatation amiable de la nullité doit revêtir une expression écrite ne serait-ce que pour consigner la cause, l'ampleur et la portée de l'annulation<sup>122</sup>.

Les parties devront donc être très vigilantes quant à la mise en œuvre du procédé et on peut se demander finalement si les parties n'ont-elles pas intérêt à épuiser en une fois le contentieux plutôt que de conclure une convention sur la nullité dont la validité pourra faire l'objet d'une contestation.

---

<sup>120</sup> Serinet Y.-M., « La constatation de la nullité par les parties : une entorse limitée au caractère judiciaire de la nullité », JCP G 2016,

845, spéc. n° 29.

<sup>121</sup> Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, *Droit civil, Les obligations : LGDJ, 2015, 7e éd., n° 697*

<sup>122</sup> B. Mercadal, *Réforme du droit des contrats, Dossier pratique : Francis Lefebvre, 2016, n° 521*

## **B. Un risque de développement d'une nullité dans la nullité**

L'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 1178 du Code civil énonce qu'un contrat qui ne remplit pas les conditions requises pour sa validité est nul. En réalité, l'acte n'est pas nul mais annulable<sup>123</sup>. La nullité est conçue judiciairement, elle doit être prononcée par le juge. Le recours au juge s'avère donc indispensable pour assurer la sanction de la violation des règles de formation du contrat, son intervention permet de passer de l'état d'un acte annulable à celui d'acte annulé. Néanmoins, les parties peuvent se passer du juge pour constater le vice originel de la convention et faire disparaître les effets de l'acte nul. La jurisprudence a déjà admis ce type d'accord révocatoire<sup>124</sup>.

Si la nullité consensuelle permet d'éviter le recours au juge, c'est dans un souci de déjudiciarisation. Les auteurs de l'ordonnance ont insisté sur leur souhait de « *prévenir le contentieux ou le résoudre sans nécessairement recourir au juge* »<sup>125</sup>. Néanmoins, l'évitement du juge n'est possible que si les parties manient avec précaution le nouveau procédé. Les incertitudes entourant les conditions de validité pourraient conduire à un risque de développement d'un contentieux à retardement. La convention qui a pour objet de constater la nullité pourra elle-même être annulée. Chasser le juge par la porte, il reviendra immanquablement par la fenêtre. Si les choses venaient à s'envenimer, seul le juge pourrait intervenir pour constater la régularité de la nullité constatée et en fixer les effets entre les parties ou à l'égard des tiers. L'attractivité de ce procédé se trouve donc fragilisée car il pourrait à tout moment être contesté. Peut-être, faudrait-il encourager pour en renforcer la pérennité, la conclusion d'une nullité conventionnelle notariée qui lui conférerait date certaine, une force probante renforcée et force exécutoire.

Si la constatation de la nullité d'un commun accord permet selon les termes du rapport remis au président de la République non seulement « *d'éviter dans les cas les plus simples la saisine d'un juge* » mais également pour des raisons de simplicité et d'efficacité, il n'est pas certain que cet objectif soit atteint en raison des incertitudes qui entourent encore ce mécanisme. D'autant plus que des interrogations demeurent quant à ses effets.

---

<sup>123</sup> M. Mignot, Commentaire article par article de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : LPA 20 mars 2016, p. 6

<sup>124</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 14 mai 1952 : Bull. civ. 1952, I, n° 166. - Cass. com., 22 oct. 1996, n° 94-14.570 : JurisData n°1996-004078

<sup>125</sup> L. Aynès, Le juge et le contrat, nouveaux rôles ? in Réforme du droit des contrats : quelles innovations ? : RDC 2016, hors-série, p.14

## **§ 2- une fragilité quant aux effets de la nullité consensuelle**

Une fois la nullité constatée, des incertitudes demeurent quant à ses effets tant à l'égard des parties (A) qu'à l'égard des tiers (B).

### **A. Les incertitudes quant à la portée de la nullité à l'égard des parties**

Lorsque la nullité conventionnelle a été constatée par les parties, elle n'a de force obligatoire que dans la limite de ce que les parties ont voulu. Mais des interrogations demeurent quant à l'étendue de cette constatation. S'agit-il par exemple toujours de nullité lorsque les parties auront constaté d'un commun accord la disparition du contrat tout entier alors que la nullité n'affecte qu'une clause non déterminante de l'engagement des parties ? Quelle sera la valeur du contrat qui a pour objet de faire disparaître intégralement le contrat alors que la loi répute seulement la clause non écrite ? Autant d'incertitudes qui fragilisent le recours au procédé.

### **B. Les incertitudes quant à la portée de la nullité à l'égard des tiers**

En raison de l'effet relatif du contrat, l'accord amiable n'a pas de conséquences à l'égard des tiers. En effet, ceux qui ne sont ni parties ni représentés n'auront pas à subir les effets de l'accord amiable constatant la nullité s'il advenait qu'il modifie leur propre situation juridique. Cela se justifie par un risque de fraude aux droits des tiers. Car rien de plus facile en effet de simuler une erreur, cause de nullité, pour remettre en cause les droits acquis par un tiers sur le bien. Donc cette règle vaut spécialement pour les tiers qui auraient acquis des droits sur le bien à restituer. Le droit fiscal quant à lui ne tient pas compte de la nullité conventionnelle pour restituer les droits perçus. Seule la nullité judiciaire permet à l'administration fiscale de restituer les droits perçus. Ce qui n'est pas de nature à favoriser le recours à la nullité conventionnelle.

## **Chapitre (II) : La rétroactivité de la nullité, source d'insécurité juridique tant à l'égard des parties qu'à l'égard des tiers.**

L'effet de la nullité est la disparition rétroactive de l'acte de cession. Cette disparition rétroactive est due au fait que le contrat n'ait pu jamais exister en raison d'un défaut et de l'imperfection d'une de ses conditions de formation. Cette disparition rétroactive se révèle source d'insécurité juridique tant à l'égard des parties (Section I) qu'à l'égard des tiers (Section II).

### **Section I : la rétroactivité de la nullité, source d'insécurité juridique à l'égard des parties.**

Compte tenu du caractère rétroactif de l'annulation de la cession, les parties doivent être remises dans l'état où elles se trouvaient avant la conclusion de l'acte de cession. Cela implique que des restitutions doivent avoir lieu. Cependant, ces restitutions soulèvent de nombreuses difficultés dans la pratique qui font de la rétroactivité de la nullité, une sanction inadaptée (§1), raison pour laquelle certaines atténuations sont apportées à la disparition rétroactive de l'acte de cession (§2).

#### **§1 - La rétroactivité de la nullité, une sanction inadaptée en cas de restitutions consécutives à l'annulation d'une cession de droits sociaux**

En principe, l'annulation de l'acte de cession requiert de rétablir le *statu quo ante*, c'est-à-dire de faire comme si le contrat n'avait jamais existé. Or il est parfois difficile de faire en sorte qu'aucun contrat n'a été conclu car des obligations ont été déjà exécutées, ce qui rend difficile le retour au *statu quo ante* (A). Ce retour est d'autant plus difficile lorsqu'il faut procéder à des restitutions (B).

##### **A. Le difficile retour au statu quo ante**

L'annulation d'une cession de parts sociales ou d'actions entraîne l'anéantissement rétroactif de tous les effets que cette cession a produits dans les rapports entre les parties (*quod nullum est nullum producit effectum*) ; selon une formule de la Cour de cassation, « *ce qui est nul est réputé n'avoir jamais existé* »<sup>126</sup>. En effet, ce qui est nul ne peut produire aucun effet et n'a pu en produire aucun. Les effets de la nullité seront les mêmes sans distinguer selon qu'il s'agisse de la nullité relative ou absolue. Cette disparition rétroactive est due au fait que le contrat n'a pu jamais exister en raison d'un défaut et de l'imperfection d'une de ses conditions de formation. Cette disparition rétroactive se révèle source d'insécurité juridique à l'égard des parties.

---

<sup>126</sup> Civ.1<sup>e</sup>, 14 mai 2001, n°99-20597 RTD civ.2003, 284, J.Mestre et B.Fages

L'annulation de la cession a pour effet d'anéantir intégralement l'acte de cession. Aucun contrat de cession n'est censé avoir été conclu entre les parties. La question s'est posée de savoir s'il est possible d'éviter l'annulation totale de la cession en annulant seulement la clause illicite ou en la réputant non écrite. Tout dépendra de la volonté des parties. Mais que la nullité soit totale ou partielle, ce qui est nul est censé n'avoir jamais existé. Par conséquent, si des obligations ont été exécutées sur le fondement d'une cession nulle ou sur le fondement d'une clause de la cession, il faudra procéder à des restitutions.

Ce principe qui régit la nullité peut donc être lourd de conséquences en ce qu'il nuit aux intérêts de l'une des parties qui n'est pas responsable du vice à l'origine de la nullité. Cette difficulté peut être réglée lorsqu'il s'agit seulement de nullité partielle de la cession. En revanche la nullité totale pose quant à elle plus de difficultés.

Parfois la nullité totale est inévitable. Il est en ainsi lorsque l'une des conditions de formation fait défaut. On conçoit mal que la cession puisse être maintenue totalement ou partiellement lorsqu'il y a absence de consentement ou vice du consentement. La cession est intégralement anéantie sans qu'il soit distingué entre ce qui serait valable et ce qui ne le serait pas. Ainsi, aucune clause de l'acte de cession annulé ne peut recevoir application, comme par exemple la clause de dédit<sup>127</sup> ou la clause pénale<sup>128</sup>. Un arrêt de la Cour de cassation nous en offre une illustration<sup>129</sup>. Un propriétaire avait cédé un fonds de commerce en violation d'une promesse de vente qu'il avait consenti à un tiers. Une clause insérée dans l'acte de cession précisait que le cédant déclare assumer seul la responsabilité et les conséquences de l'acte de la cession de telle sorte que l'acquéreur ne soit pas inquiété. La Chambre commerciale a jugé que la clause ne pouvait plus recevoir application après l'annulation de l'acte de cession. Par exception, la clause d'arbitrage (ou clause compromissoire) présente, par rapport au contrat dans lequel elle s'insère, une autonomie juridique qui exclut, sauf clause contraire, qu'elle puisse être affectée par la nullité du contrat<sup>130</sup>.

Avant la réforme de 2016, la jurisprudence considérait que lorsqu'un acte de cession contenait une stipulation illicite, la nullité de la stipulation n'entraînait la nullité de l'acte de cession que si elle constituait la cause du contrat. Dans le cas contraire, c'est-à-dire dans l'hypothèse où la clause en question n'a aucune influence sur la détermination et

---

<sup>127</sup> Cass. 1e civ. 27-6-1978, Pourtoy c/ Brandissou : Bull. civ. I n° 241

<sup>128</sup> Cass. com. 20-7-1983 n° 82-12.145 P, Pradier c/ SA Total Compagnie française de distribution : Bull. civ. IV n° 230 ; Cass. 1e civ. 20-3-2007 n° 06-12.770 F-D, Pauchou c/ Matignon : RJDA 7/08 n° 783)

<sup>129</sup> Cass. com. 10-9-2013 n° 12-21.678 F-D

<sup>130</sup> Cass. 2e civ. 4-4-2002 n° 356 FS-PBR, Sté Barbot CM c/ Sté Bouygues bâtiment

l'engagement des parties, l'acte de cession est maintenu. La cause ayant disparu du droit des contrats, le législateur a repris dans l'article 1184, al. 1<sup>er</sup> du Code civil l'idée qui inspirait la jurisprudence antérieure. En cas d'annulation d'une de ses clauses, la cession n'est nulle en son entier que si cette clause a constitué un élément déterminant de l'engagement des parties ou de l'une d'elles. A défaut, la cession est maintenue, amputée de la clause. Or dans ce dernier cas il apparaît difficile de maintenir l'acte de cession amputé de la clause, lorsque cette dernière constitue non pas la raison d'être de l'acte, mais l'une des raisons essentielles. La cession sera également maintenue si une clause est réputée non écrite, par exemple la clause privant de sa substance l'obligation essentielle d'une des parties (article 1170 du Code civil).

Il est bien évident que la question du retour au *statu quo ante* ne pose pas les mêmes difficultés selon qu'il s'agit de nullité partielle ou de nullité totale. Lorsqu'il s'agira de nullité partielle, il sera toujours possible de maintenir le contrat avec tous ses effets et d'éviter donc un retour au *statu quo ante*. Lorsqu'il s'agira en revanche de nullité totale, le retour au *statu quo ante* pose beaucoup plus de difficultés. En matière de cession de droits sociaux, cela signifie que l'acquéreur est devenu propriétaire des titres, devenant ainsi associé ou actionnaire. Cette qualité lui donne ainsi le droit de prendre part à des décisions collectives, de voter des augmentations de capital, d'engager des actions en justice, de céder une partie de ses titres. On voit bien que les tâches qu'a pu accomplir un associé sont aussi diverses que variées rendant difficile le retour *au statu quo ante*. En effet, comment admettre par exemple la remise en cause de certaines décisions collectives prises il y a des dizaines d'années ? Comment admettre la remise en cause d'une cession de droits sociaux qu'il a pu conclure avec un tiers ? Les difficultés ne s'arrêtent pas là. Comment imaginer un retour *un statu quo ante* si le cessionnaire n'est plus propriétaire de ses titres car ils ont fait l'objet d'une cession. Il est clair que s'il y a un domaine dans lequel le *retour au statu quo ante* est aussi difficile que compliqué, c'est celui des droits sociaux. Ce retour est encore plus difficile lorsqu'il faut envisager la question des restitutions consécutives à l'annulation d'une cession.

## **B- Les difficultés posées par les restitutions**

Parce ce qui est nul ne peut produire aucun effet, la nullité d'un contrat doit opérer rétroactivement<sup>131</sup>. L'acte de cession rétroactivement annulé, conduit à des restitutions. Cependant, dans un souci de sécurité juridique, il est admis des dérogations à la rétroactivité en cas de restitution.

L'ordonnance innove en régissant les restitutions, quelles que soient leur cause : résolution, nullité, caducité. Ces nouvelles dispositions figurant aux articles 1352 à 1352-9 du Code civil, vont avoir une incidence non négligeable sur les cessions de droits sociaux. Selon l'article 1352 du Code civil, « *la restitution d'une chose autre que d'une somme d'argent a lieu en nature ou, lorsque cela est impossible, en valeur, estimée au jour de la restitution* ». Sont ainsi clairement distinguées les restitutions de somme d'argent et les restitutions des choses autres qu'une somme d'argent.

Concrètement comme cela va se passer ? En principe, l'annulation du contrat requiert de rétablir le *statu quo ante*, c'est-à-dire de faire comme si le contrat n'avait jamais existé. Si des obligations ont été exécutées, il convient d'effacer cette exécution et procéder à des restitutions. Chacune des parties qui aura exécuté sa prestation pourra donc en solliciter la répétition de la part de l'autre. L'annulation de la cession emporte, pour chacune des parties, une obligation de restituer ce qui a pu être échangé avant l'annulation : restitution du prix par le cédant, restitution des droits sociaux, en nature ou en valeur, par l'acquéreur. Cette action en justice n'est pas contractuelle puisqu'il n'y a pas de contrat. Elle est envisagée comme une conséquence normale de la nullité.

Du point de vue du cédant, ce nouveau texte ne va rien changer<sup>132</sup>. Il doit restituer la somme perçue. Il doit restituer le montant nominal de la somme qu'il a perçue de l'acquéreur<sup>133</sup> et non la valeur des droits sociaux<sup>134</sup>. En l'espèce, la Cour de cassation a cassé la décision d'une Cour d'appel qui, après anéantissement rétroactif d'une cession d'actions, avait ordonné à l'acquéreur de restituer les actions au cédant et à ce dernier de rendre « *le prix des actions, selon leur valeur estimée par expertise* ». Cette règle n'est pas sans conséquences sur le cédant.

En effet, conformément au principe du nominalisme monétaire, cette règle lui sera défavorable lorsque lui seront restitués en nature des titres qui auront perdu de la valeur. Le cédant doit ensuite restituer « *les intérêts au taux légal et les taxes acquittées entre les*

---

<sup>131</sup> Com.12 octobre 1993, RJDA 1994,n°51.

<sup>132</sup> Cass.1<sup>er</sup> civ, 19 mars 1996 : Bull.civ 1996, I,n°139 ;

<sup>133</sup> Cass. 1<sup>er</sup> civ. 7-4-1998 n° 96-18.790 P : RJDA 8-9/98 n° 946

<sup>134</sup> Cass. 1<sup>er</sup> civ. 19-3-1996 n° 94-12.760 P : RJDA 7/96 n° 883

*mains de celui qui l'a reçue* » en application de l'article 1352-6. Il doit ces intérêts à compter du paiement s'il a perçu le prix de mauvaise foi ou, dans le cas contraire, à compter de la demande.

La question s'est posée de savoir si le cédant est tenu de restituer le profit tiré du placement des sommes versées à la conclusion de la cession. L'article 1352-6 spécifique à la restitution d'une somme d'argent est silencieux sur ce point, contrairement à l'article 1352-7 qui lui, envisage le sort des fruits ou de la valeur de la jouissance procurée par un bien. Il n'est toutefois pas exclu que la Cour de cassation transpose les règles régissant les biens aux restitutions de somme d'argent. Ce qui signifie que le cédant pourra conserver les profits s'il est de bonne foi.

Concernant cette fois les restitutions à la charge du cessionnaire, elles soulèvent bien plus d'interrogations. Il conviendra de distinguer les problématiques propres aux restitutions en nature, en valeur et la question de la restitution des fruits et de la valeur de la jouissance que la chose a procurée.

Si le cessionnaire est toujours titulaire des titres, il doit les restituer en nature (article 1352 du Code civil). La question se pose parfois si les titres se trouvent encore en nature. Deux exemples : Serait-il possible de restituer des actions à place de parts sociales ? Il a été jugé que lorsqu'une cession de parts de SARL a été annulée après la transformation de cette société en SA, la remise, nombre pour nombre, des actions substituées aux parts constitue une restitution en nature valable<sup>135</sup>. Il a été également jugé que les titres d'une société en cours de dissolution peuvent être restitués en nature<sup>136</sup>.

Lorsqu'il s'agit des restitutions en nature, l'article 1352-4 précise que « *pour fixer le montant des restitutions, il est tenu compte à celui qui doit restituer des dépenses nécessaires à la conservation de la chose et de celles qui en ont augmenté la valeur, dans la limite de la plus-value estimée au jour de la restitution* ». Le cessionnaire aura donc droit à une somme supplémentaire pour l'indemniser des frais engagés, sans que cette somme puisse dépasser la plus-value apportée au bien. S'est toutefois posée la question de savoir si le cessionnaire aura droit à une indemnité pour la plus-value que sa gestion a apportée aux titres restitués. L'investissement personnel de l'acquéreur dans la gestion ne saurait être assimilé à une

---

<sup>135</sup> CA Besançon 25-2-1982 : Bull. Joly 1983 p. 370

<sup>136</sup> CA. Toulouse, 25 mai 1993 : Bull. Joly Sociétés 1993, p.875, note A. Couret.

dépense au sens de l'article 1352-5<sup>137</sup>. Il ne pourrait donc pas profiter de la plus-value apportée à la société.

La rétroactivité attachée à l'annulation d'une cession de droits sociaux pose de nombreuses difficultés lorsqu'il faut revenir sur des actes juridiques. Elle devient pure synonyme d'insécurité juridique à l'égard des parties ce qui nous fait dire qu'elle est une sanction inadaptée pour les opérations de cession de droits sociaux. Toutefois, conscients des dégâts qu'elle peut causer, les juges n'hésitent plus à l'écartier poursuivant par la même occasion le mouvement qui tend à limiter les causes de nullité en droit des sociétés.

## **§ 2 - Les rares exceptions à la rétroactivité en cas de restitution**

Compte tenu du caractère rétroactif de l'annulation de la cession, les parties doivent être remises dans l'état où elles se trouvaient avant la conclusion de la cession. En effet, ce qui est nul ne peut produire aucun effet. Néanmoins, dans un souci de sécurité juridique, des dérogations sont admises. La rétroactivité se trouve ainsi bloquée par l'impossibilité de restitution à l'identique (A) et par la bonne foi du possesseur des fruits (B).

### **A. La rétroactivité bloquée par l'impossibilité de restitution à l'identique.**

Lorsque la restitution en nature des droits sociaux est impossible, ce qui peut advenir par exemple s'ils ont été annulés dans le cadre d'une réduction de capital, elle a alors lieu en valeur. La restitution en valeur suppose d'arrêter une date d'évaluation. La Cour de cassation avait, au nom de l'effet rétroactif de la nullité, posé le principe d'évaluation au jour de la restitution<sup>138</sup>. Cette solution n'est pas exempte de critiques. Retenir comme date d'évaluation le jour de la restitution conduit à ce que le cessionnaire restitue le profit qu'il a pu dégager par ses propres efforts, ou à l'exempter de pertes qu'il a pu générer. Raison pour laquelle la jurisprudence a opéré un revirement en considérant cette fois-ci que la valeur des titres doit être appréciée au jour de l'acte annulé<sup>139</sup>. Or cette solution est également critiquable. Elle porte atteinte au principe de la rétroactivité car elle se fonde sur la date de la conclusion d'un contrat réputé n'avoir jamais existé. Quant au cédant, il était privé de la plus-value constatée depuis l'acte de cession, ou échappait au contraire à la dépréciation des titres depuis cette date. L'article 1352 du Code civil revient à la solution initiale en considérant qu'en cas de restitution en valeur, le bien est évalué au jour de la restitution et non au jour de l'acte annulé.

---

<sup>137</sup> S. tetard Les restitutions dans le nouvel article 1352-4 du code civil . D 2017, p.777

<sup>138</sup> Cass. com., 29 mars 1994, n° 92-14.245, P, Lagarde c/ Mauve : Dr. sociétés 1994, comm. 116

<sup>139</sup> Cass. com., 14 juin 2005, n° 03-12.339, FS-P+B, SA Thésée / Pirotte : JurisData n° 2005-028950 ; Dr. sociétés 2005, comm. 158, note H. Hovasse ; Bull. civ. 2005, IV, n° 30

L'article 1352 pose donc une limite à la rétroactivité. Il dispose que « *la restitution d'une chose autre que d'une somme d'argent a lieu en nature ou, lorsque cela est impossible, en valeur, estimée au jour de la restitution* ». En principe, la rétroactivité doit conduire à retenir comme date d'évaluation le jour de l'acte annulé et non le jour de la restitution. La restitution s'opère donc par rapport à la valeur au jour du contrat annulé (et qui peut être différente du prix de cession) et non par rapport à la valeur actuelle du bien dont la cession a été annulée. Bien que cette solution soit contestable d'un point de vue pratique dans la mesure où la somme d'argent versée par équivalent devrait correspondre à la valeur du bien qu'elle remplace tout en prenant en compte les variations ayant affecté ce bien, cette solution est logique d'un point de vue juridique car la rétroactivité attachée à la nullité de la cession implique que les choses soient remises en l'état où elles se trouvaient au moment de la formation de l'acte, comme si l'acte n'avait jamais existé.

Néanmoins, le législateur privilégie la solution pratique en prenant comme date d'évaluation le jour de la restitution, posant ainsi par là même une limite à la rétroactivité. Conscient des difficultés que peut poser la rétroactivité en matière de restitution, le législateur met en place une seconde limite à la rétroactivité.

### **B. La rétroactivité bloquée par la bonne foi ou mauvaise foi**

La rétroactivité peut être bloquée par la mauvaise foi de l'acquéreur. Lorsque la restitution en nature des droits sociaux est impossible, ce qui peut advenir par exemple s'ils ont été annulés dans le cadre d'une réduction de capital, ou ont été revendus, elle a alors lieu en valeur. Lorsque la restitution en valeur s'impose pour cause de revente du bien, il faut distinguer selon que le revendeur aura reçu le bien de bonne ou de mauvaise foi. Il existe ainsi une exception à la règle de la rétroactivité et qui dépend de la bonne ou mauvaise foi du revendeur.

La bonne foi permet de ne restituer que le prix de la vente en application de l'article 1352-2. En revanche, lorsque l'acquéreur est de mauvaise foi, l'acquéreur étant celui qui a acquis les titres sociaux et qu'il les a revendus, il doit restituer la valeur au jour de la restitution. Sera de mauvaise foi celui qui revend en ayant connaissance du vice affectant la première cession. La mauvaise foi permettra au cédant de percevoir le montant le plus élevé entre le prix de la vente et la valeur des parts sociales au jour de la restitution.

Là encore, la rétroactivité doit conduire en principe à ne restituer que le prix de la vente.

Néanmoins, la mauvaise foi permet de déroger à la règle afin de protéger le cédant pour qu'il lui soit restitué le montant le plus élevé entre le prix de la vente et la valeur des parts sociales au jour de la restitution. Si la valeur des parts sociales au jour de la restitution est plus élevée que celle au jour de la vente, il lui sera restitué un prix correspondant à la valeur des parts sociales au jour de la restitution. Si en revanche, la valeur des parts sociales au jour de la restitution est moins importante que celle au jour de la vente, il lui sera restitué un prix correspondant à la valeur des parts sociales correspondant au jour de la vente. En clair, la mauvaise foi du revendeur constitue une limite à la rétroactivité.

Parmi ensuite les obstacles à la rétroactivité attachée à l'annulation d'un contrat, c'est la bonne foi cette fois ci et non la mauvaise foi qui constitue un obstacle redoutable. A ce titre, il faut rappeler la solution apportée par la jurisprudence<sup>140</sup>. Il a été jugé que « *si la restitution consécutive à l'annulation d'une cession de droits sociaux a lieu en valeur, cette circonstance ne fait pas obstacle à la restitution au cédant des fruits produits par les parts sociales litigieuses, à condition qu'ils aient été perçus en connaissance du vice affectant l'acte annulé par celui qui est tenu à restitution* ».

Selon cette jurisprudence, le cessionnaire de mauvaise foi doit restituer les fruits produits par les parts sociales litigieuses. La Cour de cassation avait déjà affirmé la même solution<sup>141</sup>. Elle a considéré que « *la circonstance que la restitution consécutive à l'annulation d'une cession de droits sociaux a lieu en valeur ne fait pas obstacle à la restitution au cédant des fruit produits par les parts sociales litigieuses et perçus en connaissance du vice affectant l'acte annulé par celui qui est tenu à restitution* ». L'idée est de remettre les choses en l'état comme si la cession annulée n'avait jamais existé. Le propriétaire initial doit par conséquent récupérer les dividendes versés.

Une lecture à contrario de ces deux décisions pourrait laisser penser que le cessionnaire de bonne foi peut conserver les fruits. Or si on envisage cette hypothèse, elle semble contradictoire avec l'article 1352-3 qui impose une restitution sans distinguer selon que le cessionnaire soit de bonne ou de mauvaise foi. Or Cet article ne doit pas être lu isolément mais plutôt avec l'article 1352-7 du Code civil. Rappelons en effet tout d'abord que la Cour de cassation a précisé que, si selon l'article 549 du Code civil, la bonne foi évite d'avoir à restituer les fruits, ce n'est que pour ceux qui ont été perçus avant la date de la demande<sup>142</sup>. La

---

<sup>140</sup> Cass. com., 2 févr. 2016, n° 14-19.278, F-D, Gauvan c/ Napoléon : JurisData n° 2016-001

<sup>141</sup> Cass.com,14 mai 2013,n°12-17637

<sup>142</sup> Cass. 1° civ, 19 avr.1977, n°75-14.889

bonne foi n'interdit donc pas toute restitution des fruits ; elle permet de reporter la date à partir de laquelle les fruits doivent être restitués. Telle est la solution si on combine l'article 1352-3 avec l'article 1352-7. Le premier de ces textes impose la restitution des fruits sans distinguer selon la bonne ou mauvaise foi, tandis que le second texte énonce que « *celui qui a reçu de mauvaise foi doit les intérêts, les fruits qu'il a perçus ou la valeur de la jouissance à compter du paiement. Celui qui a reçu de bonne foi ne les doit qu'à compter du jour de la demande* ». Cela signifie que si le cessionnaire est de mauvaise foi, il doit restituer les fruits et les intérêts à compter du « paiement ». En revanche, s'il est de bonne foi, il ne doit restituer les fruits perçus qu'à compter du « jour de la demande » en nullité. Cette règle trouve sa source dans le droit des biens et plus particulièrement dans l'article 549 du Code civil qui dispose que « *le simple possesseur ne fait les fruits siens que dans le cas où il possède de bonne foi(...)* ». Est de bonne foi selon les termes de l'article 550 du Code civil, celui qui a possédé les fruits « *comme un propriétaire et a ignoré les vices qui affectent son titretranslatif* ».

Les fruits quant à eux qui doivent être restitués correspondent aux dividendes. Il faudrait alors restituer non seulement les dividendes mais également les réserves qui sont assimilées par la Cour de cassation à des fruits<sup>143</sup>.

La bonne foi constitue donc un obstacle redoutable à la rétroactivité. En effet si le possesseur des fruits est de bonne foi, il ne doit restituer les fruits qu'à compter du jour de la demande, alors que la rétroactivité conduit en principe à restituer les fruits perçus à compter du paiement.

**Conclusion de la section.** L'absence de rétroactivité de la nullité est l'un des traits caractérisant le régime des nullités en droit des sociétés. Alors qu'en droit commun des contrats, la nullité est justement caractérisée par son effet rétroactif. Cette rétroactivité pose un lot de difficultés car elle conduit à faire en sorte comme si l'acte de cession n'a jamais existé. Or en matière de cession de droits sociaux, le cédant a transféré le titre au cessionnaire qui lui, a payé un prix. Entre le moment de la conclusion de la cession et son annulation, la bonne ou mauvaise gestion de la société a permis soit l'augmentation, soit la perte de la valeur des titres. S'est posée alors la question de la date de l'appréciation de la valeur des titres. En principe la rétroactivité doit conduire à prendre en compte comme date d'évaluation le jour de l'acte. Néanmoins, une limite à la rétroactivité a été posée au profit du cessionnaire de bonne foi et qui tend à prendre en compte comme date d'évaluation le jour de la restitution. Un

---

<sup>143</sup> Cass.com., 27 mai 2015, n°14-16246,FSPBRI :D.2015,p.1752,note Rabreau

certain équilibre a donc été trouvé entre la rétroactivité qui pour objet de rendre plus efficace la sanction de la nullité, et la protection des acquéreurs de bonne foi pour qui la rétroactivité ne joue pas. Il convient désormais se demander si ce même équilibre a été trouvé lorsqu'il s'agit cette fois-ci des tiers.

## **Section II : la rétroactivité, source d'insécurité juridique à l'égard des tiers**

L'effet rétroactif attaché à l'annulation de la cession n'est pas sans conséquences à l'égard des tiers. Ainsi, dans la mesure où l'annulation rétroactive d'une cession fait que le cessionnaire est considéré comme n'ayant jamais été propriétaire, les droits qu'il a consentis sur le bien tombent aussi. On a une combinaison ici de la rétroactivité avec la règle selon laquelle nul ne peut transférer à autrui plus de droits qu'il n'en a lui-même (*nemo plus iuris transferre potest ad alium quam ipse habet*). La rétroactivité devient alors source de nullités en cascade (§1). Conscient du fait que cet enchaînement de nullités peut causer des dégâts considérables, le législateur et la jurisprudence ont posé des limites à la rétroactivité (§2).

### **§1- La rétroactivité, source de nullités en cascade**

Du fait de l'annulation de la cession, le cessionnaire a perdu rétroactivement la qualité d'associé de sorte que non seulement toutes les décisions collectives auxquelles il a participé peuvent être remises en cause (A) mais également les cessions qu'il a pu conclure avec le sous-acquéreur (B).

#### **A- L'impact de la perte de la qualité d'associé sur la société**

L'annulation de la cession de droits sociaux a pour effet de faire perdre à l'acquéreur la qualité d'associé et de réintégrer le cédant dans cette même qualité. En application de la règle ce qui est nul n'a produit aucun effet, le cédant est censé n'avoir jamais perdu cette qualité tandis que le cessionnaire est considéré comme ne l'ayant jamais acquise. Or, entre la conclusion de l'acte de cession et son annulation, le cessionnaire a pris part à des décisions collectives alors qu'il n'avait pas la qualité d'associé tandis que le cédant initial n'a pas pris part à ces mêmes décisions alors qu'il est censé n'avoir jamais perdu la qualité d'associé. Les deux questions qui se posent est de savoir quel est le sort des délibérations auxquelles n'a pas participé un associé ou auxquelles a participé un non-associé.

Concernant les délibérations auxquelles n'a pas participé un associé. L'article 1844, alinéa 1<sup>er</sup> dispose que « *tout associé a le droit de participer aux décisions collectives* ». Cela signifie que l'associé doit pouvoir participer aux assemblées et exprimer un vote. Ces prérogatives sont d'ordre public. Il résulte de l'article 1844 alinéa 1<sup>er</sup> que tout associé ayant le droit de participer aux décisions collectives et de voter, les statuts sont autorisés à déroger à ces dispositions dans les seuls cas prévus par la loi. Les statuts ne peuvent donc déroger à ces dispositions en privant certains associés du droit de vote dans un cas non prévu par la loi.

Se pose alors la question du sort de l'assemblée générale tenue sans la présence d'un associé. La réponse nous est fournie par un arrêt de la troisième Chambre civile de la Cour de cassation<sup>144</sup>. En l'espèce, deux cessions de parts de société civile avaient été annulées. Le cédant initial était réintégré rétroactivement dans ses droits d'associé. Se posait la question alors de la validité des assemblées tenues et auxquelles il n'a pas participé. C'est donc en raison de la rétroactivité de l'annulation des cessions que le problème de la validité des assemblées se posait ; il s'agit d'un cas d'annulation par voie de conséquence, ou d'annulation d'actes subséquents. Ce mode d'annulation en droit des sociétés suscite bien des difficultés<sup>145</sup>. L'arrêt est important en ce qu'il dit de la nullité des décisions d'assemblées. Il confirme tout d'abord que le défaut de convocation d'un associé est une cause de nullité. Le fondement de cette décision repose sur la combinaison des articles 1844 et 1844-10 alinéa 3. Le premier texte dispose que « *tout associé a le droit de participer aux décisions collective* », le second quant à lui énonce que « *la nullité des actes ou délibérations des organes de la société ne peut résulter que de la violation d'une disposition impérative du présent titre ou de l'une des causes de nullité des contrats en général* ». L'arrêt va encore plus loin puisqu'il précise que tout associé peut se prévaloir de la nullité, même celui qui avait été régulièrement convoqué. Cette décision semble surprenante dans la mesure où la participation aux décisions collectives est un droit propre à chaque associé. Par conséquent seul ce dernier doit pouvoir agir en nullité<sup>146</sup>. Mais en décidant ainsi, la Cour de cassation semble estimer que ce qui est protégé « *n'est pas simplement la prérogative qui est reconnue à l'associé mais le mécanisme institutionnel de la délibération* <sup>147</sup> ». Elle range également le défaut de convocation d'un associé dans la catégorie des nullités

---

<sup>144</sup> Cass. 3e civ. 21 octobre 1998, deux arrêts : n° 1257 PF, Angeli c/ SCI Domaine de Grignon

<sup>145</sup> J. Moury ; Les nullités « en cascade » en droit des sociétés – Rev. sociétés 2013. 599

<sup>146</sup> M. Cozian, A. Viandier et Fl ; Deboissy, Droit des sociétés, Lexinexis, 28e éd, 2016, p.200

<sup>147</sup> J. Claude Hallouin, De l'action en nullité d'une assemblée générale pour défaut de convocation d'un associé, D.2000.232

absolues. Toute personne justifiant d'un intérêt légitime pourra agir en nullité et la possibilité de la confirmation sera exclue.

Quoi qu'il en soit, l'intérêt de l'arrêt réside dans ce qu'il considère que le défaut de convocation d'un associé constitue une cause de nullité des délibérations. En droit des sociétés, cela est particulièrement délicat car il va s'agir de remettre en cause des décisions ayant déjà produit des effets. Si tout associé a donc le droit de participer aux décisions collectives, l'inverse est également vrai : seul un associé peut participer aux décisions collectives. La question sous-jacente est de savoir quel est le sort des délibérations auxquelles a participé un non-associé ? Là encore, la réponse nous est fournie par un arrêt de la troisième Chambre civile de la Cour de cassation<sup>148</sup>. En l'espèce, à la suite du décès du gérant associé d'une SIC, une assemblée générale avait été convoquée en vue de procéder à la nomination d'un nouveau gérant. Alors même qu'ils n'avaient pas été agréés, les héritiers de l'associé décédé avaient pris part à l'assemblée générale au cours de laquelle l'un d'entre eux avait été élu gérant. Cette assemblée forma un pourvoi qui fut rejeté au motif « *qu'il résulte de l'article 1844 du Code civil que seuls les associés ont le droit de participer aux décisions collectives de la société* ». Ainsi, la qualité d'associé constitue une condition de la participation aux décisions collectives et donc, de la régularité même de ces décisions.

Cette solution est justifiée car seuls les associés ont le droit de participer aux décisions collectives. Cette prérogative constitue un « *droit fondamental*<sup>149</sup> » dont tout associé est titulaire et ne saurait être reconnu à une personne qui n'est pas partie au contrat. De la même manière qu'est sanctionné le défaut de participation d'un associé à une décision collective, doit être également sanctionnée la participation d'un non-associé.

La Cour de cassation tire comme conséquence de la participation d'un non associé l'annulation de l'assemblée générale irrégulièrement convoquée. En effet, la participation d'un non-associé à une décision sociale, en ce qu'elle constitue une violation de la disposition

---

<sup>148</sup> Cass.3<sup>e</sup> civ. 8 juillet 2015,n°13-27.248

<sup>149</sup>Civ. 2 e , 13 juill. 2005, n° 02-15.904, Roquelaure, Bull. civ. II, n° 114 ; D. 2005. 2950 , obs. J.-C. Hallouin et E. Lamazerolles ; ibid. 3050, obs. T. Clay ; Bull. Joly 2006. 217, note P. Le Cannu ; Dr. et patr. 2005, p. 89, obs. D. Poracchia ; RJCom. 2006, p. 37, obs. L. Grosclaude. Cet arrêt classe expressément le droit de participer aux décisions collectives parmi les « droits fondamentaux d'associé » dont le nu-propriétaire de parts sociales ne saurait par conséquent être privé, contrairement au droit de vote qui peut être intégralement attribué à l'usufruitier dont la qualité d'associé n'est pas reconnue.

impérative de l'article 1844 du Code civil, doit être sanctionnée par la nullité conformément à ce que prévoit l'article 1844-10 du Code civil.

Pour résumer, l'annulation de l'acte de cession ne se limite pas à anéantir l'acte en question mais s'étend à toutes les décisions prises sur le fondement de cet acte. Des nullités en cascade qui s'enchaînent et sont sources d'insécurité juridique non seulement à l'égard de la société mais également à l'égard du sous-acquéreur.

### **B- L'impact de la perte de la qualité d'associé sur le sous-acquéreur**

La nullité d'une cession de parts n'est pas sans conséquences sur les cessions ultérieures. Un risque de nullité en cascade peut être provoqué. En effet, la rétroactivité attachée à l'annulation d'une cession n'épargne pas les sous-acquéreurs. Dans la mesure où la première cession est annulée, les cessions subséquentes doivent également être annulées. En effet, du fait de l'annulation de la première cession, l'acquéreur se trouve rétroactivement privé de tout droit sur les parts ou actions concernées, de sorte que toute revente par lui de ces parts ou actions doit, elle aussi, être rétroactivement annulée. Les maximes *Nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet* et *Resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis* justifient pleinement cette solution. Le premier acquéreur étant sans droit sur les titres à la suite de l'annulation de la première cession, aucun droit de propriété sur ces titres ne peut être transmis aux sous acquéreur successifs. Le cédant est resté associé alors que le cessionnaire est censé n'avoir jamais acquis cette qualité. Il est évident que toutes les assemblées tenues entre la date de la cession et la date d'annulation peuvent être remises en cause. Sachant que tout associé peut se prévaloir de la nullité, même celui qui a été régulièrement convoqué.

Le sous-acquéreur ne peut donc pas, en principe, conserver ni les titres ni les dividendes perçus, même s'il est de bonne foi. Il doit restituer ses titres. Il peut éventuellement se retourner contre son propre cédant pour obtenir le remboursement du prix versé.

Toutefois, la nullité d'une cession de parts originelles ne remet pas en cause la validité de cessions ultérieures lorsque ces cessions ont fait l'objet d'une insertion sur le registre des transferts de la société ce qui aux termes de l'ex-article 265, al. 2 de la loi du 24 juillet 1966 (abrogé par la loi 83-1 du 3-1-1983), permettait aux tiers et à la société de s'en prévaloir<sup>150</sup>.

---

<sup>150</sup> CA Paris, 25e ch. B, 21 avr.1989, Lagarde c/ Mauve : JurisData n° 1990-021480 ; Bull. Joly 1989, § 221, p. 610, note Y. Streiff

La Cour fait l'application en l'espèce de la théorie de l'apparence<sup>151</sup>. Selon Y. Streiff, pour que cette théorie puisse trouver application, il faut réunir trois éléments : il faut un élément matériel, fondement de cette apparence. Cette apparence peut être établie par l'inscription en compte. Il faut ensuite un élément psychologique, c'est-à-dire la présence d'une erreur légitime et l'absence de faute. Il faut enfin que le sous-cessionnaire soit de bonne foi. Il faut en effet que ce dernier croit à la réalité de la situation apparente, à la propriété des actions au cessionnaire apparent. Condition essentielle sans laquelle l'apparence ne saurait être créatrice de droit. Dès lors que tous ces éléments sont réunis, il peut être fait application de la théorie de l'apparence.

En droit commun des contrats, l'acte dont la nullité a été prononcée ne produit aucun effet. Par conséquent, l'ensemble des actes qui sont pris sur le fondement de l'acte initial annulé doivent disparaître. Le vice originaire « *contamine* » à son tour les actes et délibérations postérieurs<sup>152</sup>. Ces conséquences s'étendent aussi bien sur la société que sur le sous-acquéreur et provoquent des dégâts considérables. Il est donc primordial de poser des limites à la rétroactivité afin de concilier d'une part le principe de la rétroactivité attaché à la nullité et d'autre part la protection des tiers.

## **§2- les rares exceptions à la rétroactivité**

En principe la nullité est obligatoire pour le juge qui doit la prononcer dès lors que certaines conditions sont remplies. Néanmoins, dans un souci de sécurité juridique le législateur a institué quelques hypothèses de nullités facultatives. Ainsi, le caractère simplement facultatif de l'annulation des délibérations sociales (A), et la bonne foi du tiers acquéreur et la théorie du vote utile (B), permettent au juge de limiter les conséquences attachées à la rétroactivité de l'annulation.

### **A. La rétroactivité bloquée par le caractère simplement facultatif de l'annulation des délibérations sociales.**

Lorsque la nullité est obligatoire pour le juge, il doit annuler l'acte et motiver sa décision. Tel est le cas par exemple en matière de vices du consentement qui obligent le juge à annuler la convention s'il constate un vice. Lorsque la nullité est facultative, le pouvoir discrétionnaire permet au juge de ne pas annuler un acte même si les conditions en sont réunies et sans

---

<sup>151</sup> Y. Streiff, Conséquences pour les sous-cessionnaires de bonne foi, de la nullité pour défaut de prix, d'une cession d'actions portée aux registres de la société, Bull. Joly 1989, §221, p.610

<sup>152</sup> P. Le Cannu, La canalisation des nullités subséquentes en droit des sociétés, mélanges P. Bézard : LPA-Montchrestien 2002, p. 113 s., spéc. n° 1, p. 114

donner d'explications<sup>153</sup>. Le pouvoir souverain conduit à la même solution mais le juge devrait motiver sa décision. Certains auteurs estiment que toutes les décisions de justice doivent être motivées, qu'il s'agisse aussi bien de nullité obligatoire que de nullité facultative, simplement dans ce dernier cas, la motivation sera le principal rempart contre l'arbitraire<sup>154</sup>.

Le principe de la nullité facultative laissé au pouvoir du juge permet de concilier les intérêts en présence, le juge pouvant considérer la bonne ou mauvaise foi des parties, la gravité de la faute, les conséquences de la nullité d'une décision sociale. « *Le juge commercial peut alors procéder, comme en droit administratif, à un état des lieux et à un bilan coût-avantage pour rejeter la nullité alors même que la violation des normes a causé un grief à un demandeur*<sup>155</sup> ».

MM. Champaud et Danet remarquent de même que la légalité cède parfois « *le pas à l'opportunité au terme d'un bilan comparatif que le juge dresse, en partie double, des avantages de deux solutions qui s'offrent à lui*<sup>156</sup> ».

L'annulation d'une assemblée tenue en l'absence de convocation d'un associé est-elle une obligation pour le juge ou une simple faculté ? En raison des conséquences que peut produire l'annulation, le juge dispose d'une faculté lui permettant d'apprécier s'il doit ou non annuler une assemblée irrégulièrement tenue. La nullité de plein droit doit être écartée. En effet, l'article L 225-104, al. 2 du Code de commerce dispose que « *toute assemblée générale d'actionnaires irrégulièrement convoquée peut être annulée* ». La faculté laissée au juge doit être appréciée au regard de l'intérêt social. S'il apparaît que l'annulation de décisions collectives produira beaucoup plus de conséquences sur la société que sur l'associé, l'intérêt social primera sur l'intérêt individuel. Un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 5 janvier 2016 illustre parfaitement ce point<sup>157</sup>. Vingt-sept ans après avoir cédé ses cent parts sociales, représentant 3,3 % du capital d'une SARL, l'associé cédant avait obtenu en justice l'annulation de la cession. Une assemblée de la SARL l'avait alors rétabli dans ses droits d'associé à hauteur des cent parts vendues ce qui représentait désormais moins d'un cent millièmes des parts sociales. Espérant obtenir sa réintégration à hauteur de 3,3 % du capital ainsi que les dividendes attachés à cette fraction, l'associé avait à nouveau saisi la justice pour demander l'annulation de l'ensemble des décisions prises par la SARL depuis la cession annulée. Il

---

<sup>153</sup> J. et L. Boré, La cassation en matière civile : Dalloz-Action 2009-2010, n°66.35

<sup>154</sup> J.-P. Chazal et Y. Reinhard : RTD com. 2002, spéc.p.694

<sup>155</sup> P. Rubellin, Les nullités facultatives, Études offertes au doyen Ph. Simler : Dalloz-LexisNexis SA, 2006, n° 13.p.713

<sup>156</sup> C. Champaud et D. Danet : RTD com. 2001, p. 446

<sup>157</sup> CA Paris 5-1-2016 n° 14/21649 : RJDA 4/16 n° 293

faisait valoir qu'il n'avait pas été convoqué aux assemblées générales et qu'il n'avait pas pu participer aux augmentations de capital successives, ce qui avait entraîné une forte dilution de sa participation au capital. La Cour d'appel rejette les demandes d'annulation des assemblées tenues depuis la cession en considérant que l'article L 223-27 du Code de commerce exclut toute nullité automatique des assemblées irrégulièrement convoquées et confère au juge un pouvoir d'appréciation en fonction de l'atteinte à l'intérêt social. Or en l'espèce, l'associé ne démontrait pas que les décisions prises étaient contraires à l'intérêt social. Bien au contraire, les décisions prises ont permis un développement considérable de la société. S'appuyant donc sur le caractère facultatif des nullités d'actes et délibérations sociales des SARL en vertu de l'article L. 223-27 du code de commerce, ils ont préféré maintenir les délibérations sociales passées, aux motifs qu'il n'était pas établi que les décisions votées au cours des assemblées générales irrégulièrement tenues étaient contraires à l'intérêt social. Fort heureusement qu'une telle faculté est reconnue aux juges. En l'espèce, ce sont les décisions collectives sur une période de près de trente ans qui étaient remises en cause. La primauté de l'intérêt social ne constitue pas le seul obstacle à la rétroactivité. Il faut ajouter à cela la théorie du vote utile et la bonne foi.

### **B. La rétroactivité bloquée par la théorie du vote utile et par la bonne foi**

La rétroactivité attachée à l'annulation d'une décision sociale soulève de nombreuses difficultés. Tous les actes pris sur le fondement de l'acte initial annulé, doivent à leur tour être annulés conformément à l'adage « *ce qui est nul, ne produit aucun effet* ». Ainsi lorsqu'une assemblée a été irrégulièrement convoquée, les décisions arrêtées lors de celle-ci sont atteintes de nullité.

Est-il possible d'éviter que la nullité de l'assemblée et des résolutions adoptées soit prononcée ? Autrement dit, la question se pose au regard de la théorie dite « *du vote utile* », qui conduit à écarter la demande de nullité émanant d'un associé lorsqu'il apparaît que sa participation n'aurait pas permis d'exercer une influence sur le résultat du vote litigieux. Le juge évite de prononcer la nullité de la délibération lorsque le résultat aurait été identique en décomptant le nombre de voix en surnombre<sup>158</sup>. La Cour de cassation<sup>159</sup> a ainsi décidé que « *l'intrusion dans une assemblée d'actionnaires de personnes sans qualité pour y prendre part n'est pas une cause de nullité quand, défalcation faite des suffrages irrégulièrement émis, il*

---

<sup>158</sup> Cass. req., 17 déc. 1894 : S. 1895, 1, p. 272. – Cass. req., 20 juin 1898 : DP 1899, I, 233. – Cass. req., 31 déc. 1906 : DP 1908, I, 513, note J. Percerou. – T. com. Paris, 16 nov. 1970, 1re ch. : JCP G 1971, II, 16826, note N. Bernard

<sup>159</sup> Cass. civ., 31 déc. 1913 : DP 1917, I, 143

*subsiste une majorité pour le maintien de la délibération* ». Lorsque cette fois ci le nombre de voix dont dispose la personne qui n'a pas voté n'est pas suffisant pour renverser le résultat obtenu, la nullité sera écartée<sup>160</sup>. L'application de cette théorie de vote utile semble conforme au mouvement qui tend à limiter les cas de nullité en droit des sociétés. Il s'agit d'un raisonnement mathématique. Si le résultat final, n'est pas modifié, la nullité est exclue<sup>161</sup>.

Ainsi dans une hypothèse de successions où l'un des héritiers associé qui a poursuivi l'annulation d'une délibération pour défaut de convocation, la Cour de cassation a rejeté sa demande en considérant que le nombre d'actions dont il dispose ne lui permettait pas de disposer d'une minorité de blocage aux assemblées<sup>162</sup>.

L'absence de rétroactivité de la nullité est l'une des caractéristiques caractérisant le régime des nullités en droit des sociétés. La question est de savoir si l'absence de rétroactivité doit être étendue aux délibérations sociales. Monsieur Le Cannu considère qu'une nullité « *sans effet n'a guère de sens*<sup>163</sup> ». La difficulté c'est que l'annulation d'une délibération sociale peut porter préjudice à des tiers de bonne foi. Raison pour laquelle le législateur a institué une limite à la rétroactivité.

Aux termes des articles L.235-12 du Code de commerce et 1844-16 du Code civil, ni la société ni les tiers ne peuvent se prévaloir d'une nullité à l'égard des tiers de bonne foi. Cette règle de protection s'applique aussi bien à la nullité de la société elle-même qu'à celle des décisions sociales. Les tiers sont donc protégés des effets de la nullité d'une délibération ou d'un acte social. Toutefois, la loi prévoit une exception. La nullité résultant d'un vice du consentement ou d'une incapacité peut être opposée aux tiers, même de bonne foi. Il a été jugé par exemple « *que la victime d'un dol est en droit d'invoquer la nullité du contrat contre le tiers qui se prévaut du contrat et, dès lors que le dol est constitué, la convention est réputée ne jamais avoir existé ; il s'ensuit que si le vendeur d'une automobile est victime d'un dol, son assureur ne peut pas, pour refuser sa garantie, invoquer les dispositions de l'article L 121-11 du Code des assurances qui prévoient la suspension de la police d'assurance à compter de la vente du véhicule*<sup>164</sup> »

---

<sup>160</sup> (CA Paris, 3e ch. A, 15 nov. 1988, Mantel c/ Hansen : JurisData n° 1988-026092 ; JCP E 1989, I, 15562

<sup>161</sup> D. Schmidt, Les droits de la minorité et la SA : Sirey, 1970, n° 160 s. p. 117 s

<sup>162</sup> Paris 27 mars 2001, SA Éditions du Témoignage chrétien, Juris-Data n° 149-860 ; Bull. Joly 2002. 89, note H. Le Nabasque ; Dr. sociétés 2002, comm. n° 14, note F.-X. Lucas.

<sup>163</sup> P. Le Cannu, La canalisation des nullités subséquentes en droit des sociétés, méf. P. Bézard : Montchrestien, 2002, p. 113 s., spéc. n° 16

<sup>164</sup> Cass. 1e civ. 21-2-1995 n° 344 PF, Cie d'assurances La Concorde c/ Borges : RJDA 6/95 n° 678

En revanche cette exception ne peut être étendue en dehors des cas visés, c'est-à-dire celle de l'incapacité ou d'un vice du consentement affectant un associé<sup>165</sup>. En l'espèce, une assemblée générale avait été appelée à délibérer sur la vente d'un immeuble appartenant à la société. L'un des associés n'est pas convoqué volontairement. L'assemblée approuve la vente qui est ensuite réalisée au profit d'un tiers. L'associé demande l'annulation de l'assemblée, ainsi que la vente réalisée au profit du tiers. Les juges du fond avaient prononcé la nullité de la décision sociale ainsi que la nullité de l'aliénation subséquente en considérant que le consentement de la société avait été vicié. La décision est censurée. La Cour de cassation a considéré que l'exception ne peut être étendue en dehors des cas visés, c'est-à-dire l'incapacité ou d'un vice du consentement affectant un associé. Or, l'irrégularité liée à l'absence de convocation de l'un des associés ne constitue pas un vice du consentement. Par conséquent, la nullité de la délibération sociale est inopposable au tiers acquéreur.

L'étude des effets de la nullité a permis de mesurer l'impact que peut avoir la rétroactivité sur les tiers et les dégâts qu'elle est susceptible de causer. L'annulation de l'acte initial emporte l'anéantissement de tous les actes pris sur son fondement. Des réactions en nullité qui s'enchaînent et qui s'avèrent être sources d'insécurité juridique. Fort heureusement que certaines limites à la rétroactivité ont été instituées et qui permettent d'atténuer ses conséquences. De fait, un certain équilibre a été trouvé entre l'application du principe de la rétroactivité attachée à l'annulation et la protection des parties à l'acte et les tiers. Il reste néanmoins que la rétroactivité de la nullité, issue du droit commun des contrats reste une sanction inadaptée à une opération particulièrement sociétaire. Elle constitue une menace pour toute une économie nationale dans la mesure où l'attractivité du droit français se trouve remise en cause. Un régime propre aux opérations de cession de droits sociaux est souhaitable et offrira la sécurité juridique tant attendues par les investisseurs.

---

<sup>165</sup> (Cass. 3e civ., 21 oct. 1998, n° 96-19.646, P + B, Girard c/ Sté Cecico financement : JurisData n° 1998-003938

## CONCLUSION GÉNÉRALE

Il résulte de cette étude que l'application du droit commun des contrats, qu'il s'agisse aussi bien des causes de nullité que de ses effets, sont inadaptées aux opérations de cession de droits sociaux. En effet, obtenir la nullité relève du parcours du combattant. Au stade de la formation du contrat, la promesse unilatérale de vente et le pacte de préférence se sont révélés inefficaces. Alors qu'au stade de sa validité, seul le dol permet d'obtenir le plus souvent la nullité. Les cessionnaires déçus vont délaisser le droit commun des contrats pour se tourner vers le droit spécial qui offre une protection plus efficace.

S'il est apparu que le droit de la vente est inadapté aux opérations de cession, des ajustements ont été opérés par la jurisprudence. Ainsi la détermination *ab initio* du prix a été abandonnée au profit d'un prix simplement déterminable et les cessions à prix symboliques ont été jugées valides dès lors qu'elles s'accompagnaient de contreparties suffisantes. S'agissant du droit spécial des sociétés, il s'est révélé dès le départ adapté puisqu'il s'agit d'un droit qui a été pensé et créé pour régir une opération sociétaire. On reste ainsi étonné de voir que la cession de droits sociaux n'ait pas été prise pour cible par le législateur contrairement à sa voisine, la vente du fonds de commerce.

Dès lors que les conditions de la nullité sont remplies, celle-ci doit être prononcée par le juge. Or le recours au juge marque le début d'un calvaire judiciaire interminable. Le législateur a donc mis en place des mécanismes permettant d'éviter la voie judiciaire. Mais l'étude de ces mécanismes que sont la constatation amiable de la nullité et la confirmation révèle qu'ils vont non pas éviter un contentieux, mais en créer un nouveau. Il n'est pas certain que l'objectif que leur a été assigné par le législateur soit atteint.

S'agissant de ses effets, la nullité issue du droit commun des contrats est caractérisée par la rétroactivité contrairement à la nullité de la société qui « *met fin, sans rétroactivité, à l'exécution du contrat* ». Or la rétroactivité en droit des sociétés est source d'insécurité juridique tant à l'égard des parties qu'à l'égard des tiers. Raison pour laquelle le législateur a

posé des limites à la rétroactivité. La bonne foi, l'intérêt social et la théorie du vote utile constituent ainsi un obstacle redoutable à la rétroactivité.

Il reste que toutes ces dérogations aux effets de la nullité demeurent insuffisantes. Il convient toutefois de rappeler que la protection des parties à l'acte de cession est organisée par le contrat de cession. En effet le caractère limité des garanties légales a conduit les acquéreurs à mettre en place des procédés destinés à assurer une meilleure protection. Il en est ainsi par exemple des clauses de garantie portant sur les éléments d'actif et/ou du passif de la société dont les droits sont cédés. Ces clauses ont pour objet de protéger l'acquéreur contre l'apparition de certains événements qui se traduiraient par un accroissement du passif ou une diminution de l'actif. Ces garanties contractuelles sont très répandues en pratique et connaissent un grand succès car elles offrent la sécurité juridique recherchée par les acquéreurs et permet de les prémunir contre tous les risques qui viendraient impacter la valeur de leurs titres. C'est pourquoi le législateur devrait s'en inspirer pour élaborer peut-être, dans un futur proche, un régime propre aux opérations de cession.

# BIBLIOGRAPHIE

## I- Ouvrages

**Bénabent (A)**, Droit des obligations , Lextenso, 15<sup>e</sup> édition , 2018  
**Cozian (M), Viandier ( A), Deboissy ( FL)**, Droit des sociétés , Lexisnexis, 29<sup>e</sup> édition  
**Dondero (B)**, Droit des sociétés, Dalloz,4<sup>e</sup> édition 2015  
**Ghestin (J)**,Traité droit civil , Les obligations , la formation du contrat  
**Larroumet (CH)**, Les obligations, Le contrat  
**Le Cannu (P)**, Droit des sociétés ,Lextenso, 6<sup>e</sup> édition 2018  
**Malaurie (Ph)**, Droit des obligations, Lextenso, 8<sup>e</sup> édition 2018  
**Lefebvre (F)** , Mémento Pratique, Sociétés commerciales, 2018  
**Lefebvre (F)** , Mémento Pratique Cessions de parts et actions, 2017

## II- Thèses

**Caffin-Moi (M)**, Cession de droits sociaux et droit des contrats, Thèse Paris II, 2007  
**Guebidiang A Tchoyi-Doumbe (H)**, La cession de droits sociaux de l'associé minoritaire, Thèses Paris-Descartes,2010  
**Labarthe (F)**, Essai sur un critère de distinction des nullités en droit privé, Thèse Paris Sud,2013

## III- Articles et Chroniques

**Aynès (L)** Le juge et le contrat, nouveaux rôles ? in Réforme du droit des contrats : quelles innovations ? : RDC 2016, hors-série, p.14  
**Bénabent (A)**, « Les nouveaux mécanismes », RDC 2016, n° Hors-série d'avril 2016, p. 17.  
**Bernheim-Desvaux (S)**, « Les négociations », Blog Réforme du droit des obligations, dir. G. Chantepie et M. Latina, billet du 19 mars 2015, <http://reforme-obligations.dalloz.fr/2015/03/19/les-negociations/>  
**BOUDOT(M)**, « Nullité, annulation et validation des actes dans la doctrine française des 19e et 20e siècles », dans la théorie des nullités, Colloques des 23 et 24 mars 2007, sous la dir. De M.BOUDOT, P.-M.VECCHI, LGDJ,coll.Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers,2008,p.94 ;n°19.  
**Boré (L)**, La cassation en matière civile : Dalloz-Action 2009-2010, n°66.35  
**Caffin-Moi (M)** ; « Le droit des sociétés et la réforme du droit des contrats » Actes Pratiques et Ingénierie Sociétaire n° 147, Mai 2016, dossier 3  
**Caffin-Moi (M)**, « Pacte de préférence et promesse unilatérale de contrat » :LEDC, mars

2016,p.3

**Cerati-Gauthier (A)**, Nullité d'une cession de parts sociales pour défaut de qualité du mandataire , Bull. Joly Sociétés 2014, n°07-08- p.443

**Chantepie (G)**, « Le pacte de préférence », Blog Réforme du droit des obligations, dir. G. Chantepie et M. Latina, billet du 13 avr. 2015, <http://réformeobligations.dalloz.fr/2015/04/13/le-pacte-de-preference/>

**Chauviré (Ph)**, « La conclusion du contrat – Négociation, offre et conditions générales : principes et clauses contractuelles », JCP N 2016, 1111.

**Chazal (J.-P) et Reinhard (Y)**: RTD com. 2002, spéc.p.694

**Claude Halloui (J)** , De l'action en nullité d'une assemblée générale pour défaut de convocation d'un associé,D.2000.232

**Collart-Dutilleul(F)** Les contrats préparatoires à la vente d'immeuble, Sirey, 1988, préf. J.-L. Aubert, CA Paris, 14 mars 1990, préc.

**Couret (A) et Reygrobellet (A)**, Le projet de réforme du droit des obligations : incidences sur le régime des cessions de droits sociaux : Bull. Joly Sociétés 2015,n°5.

**Cozian (M), Viandier (A) et Deboissy(Fl)**, Droit des sociétés, Lexinexis, 28e éd, 2016,p.200

**De Fontmichel (M)** « les nouvelles actions interrogatoires » D.2016. p1665

**Dondero(B)**, La réforme du droit des contrats. - Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, JCP E 12 mai

**Dondero (B)**; « Capacité et représentation des sociétés » ;Bull. Joly sociétés ,2016,n°09,p.510

**Etienney-de Sainte Marie (A)**« Les nullités », Dr. et patr. n° 258, mai 2016, p. 64

**Fages (B)**, « Le processus de formation du contrat (Rapport français) », La réforme du droit des obligations en France, 5e journées franco-allemandes, dir. R. Schulze et alii, Société de législation comparée, 2015, p. 41, spéc. p. 47-48.

**Fabre-Magnan (M)** « Le devoir d'information dans les contrats : essai de tableau général après la réforme », JCP G 2016, 706.

**Flour,(J) Aubert (J-L), Savaux,(E)** Les obligations, 1 .l'acte juridique, 15e éd. , par E. Savaux, Sirey, coll. Sirey université, 2012, n°332 : « Quant aux effets qui lui sont attachés , elle ( la nullité) entraîne la destruction rétroactive du contrat : on comme si celui-ci n'avait jamais existé ».

**Gallois-Cochet(D)**, Le dol et les vices du consentement, Gazette du Palais, 20 mai 2010, n°140, p.21

**Gout (O)**, Le juge et l'annulation du contrat, Le juge et l'annulation du contrat, thèse. Aix-Marseille 3, préf. P.Ancel, PUAM, coll. Institut de droit des affaires, 1999 , n°5

**Grimaldi (C)**, « Quand une obligation d'information en cache une autre : inquiétudes à l'horizon... », D. 2016, p. 1009.

**Guerlin (G)**, « Le dol (définition) », Blog Réforme du droit des obligations, dir. G. Chantepie et M. Latina, billet du 8 avr. 2015, <http://reforme-obligations.dalloz.fr/2015/04/08/le-dol-definition/> [consulté le 03/06/2016].

**Guerlin (G)**,Blog Dalloz, Réforme-obligations,2015 v° Dol : LEDC avril 2016

**Guinchard (S)**, Th. Debard (dir), Lexique des termes juridiques 2013, 20e éd., Dalloz 2013, v° Nullité,. P. 620 , définissant la nullité comme « la sanction prononcée par le juge et consistant dans la disparition rétroactive de l'acte juridique qui ne remplit pas les conditions requises pour sa formation».

**Guyon (Y)**: Traité des contrats - Les sociétés, aménagements statutaires et conventions entre

associés, LGDJ 2002 n° 110

**Hamelin (J.-F)**, « L'erreur sur les motifs », Blog Réforme du droit des obligations, dir. G. Chantepie et M. Latina, billet du 14 avr. 2015, <http://reforme-obligations.dalloz.fr/2015/04/14/lerreur-sur-les-motifs/>

**Hamelin (J.-F)**, « Les devoirs de se renseigner et d'information », Blog Réforme du droit des obligations, dir. G. Chantepie et M. Latina, billet du 9 avr. 2015, <http://reforme-obligations.dalloz.fr/2015/04/09/les-devoirs-de-se-re renseigner-et-dinformation/>

**Japiot (R)**, Des nullités en matière d'actes juridiques. Essai d'une théorie nouvelle, Thèse Dijon, A. Rousseau, Paris, 1909.

**Josserand (L)**, Cours de droit civil positif français, t. 2, Théorie générale des obligations, Les principaux contrats du droit civil, Les sûretés, 3e éd. , Sirey, 1939, n°334

**Labarthe (F)**, « Les conflits de qualifications : éléments de réflexion à partir de la distinction entre le contrat d'entreprise et d'autres contrats », dans Les droits et le droit, Mélanges dédiés à Bernard Bouloc, Dalloz, 2006,p.539,n°1

**Larroumet (C)** , Traité de droit civil ; 8e éd,p.545

**Le Cannu (P)**, La canalisation des nullités subséquentes en droit des sociétés, mélanges P. Bézard: Montchrestien, 2002, p. 113 s., spéc. n° 16

**Lecourt (A)** ; l'impact de la réforme du droit des contrats sur le droit des sociétés : aspects théoriques et pratiques ; RTD Com. 2016,p.767.

**Le Nabasque (H)** note sous Cass. com. 15-12-2009 n° 08-21.037 F-PB : Rev. sociétés 2010 p. 291

**Le Nabasque (H)** , « Les avant-contrats » : Bull. Joly sociétés 2015 ,n°09

**Le Nabasque(H.)** ; JCP E 2006, 2378, note Delebecque P. ; Rev. sociétés 2006, p. 808, note Barbiéri (J.-F)

**Lequette (S)**, Réflexions sur la durée du pacte de préférence, RTD civ. 2013. 491 ,spéc. n° 10 ; J. Rochfeld, Les droits potestatifs accordés par le contrat, in Le contrat au début du XXIe siècle, Études offertes à J. Ghestin, LGDJ, 2001, p. 747 s., n° 7 ; S. Valory, La potestativité dans les relations contractuelles, préf. J. Mestre, PUAM 1999, n° 242 s. ; I. Najjar, Le droit d'option, Contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral, préf. P. Raynaud, LGDJ, 1967, n° 146

**Le Nabasque (H)** , « Les avant-contrats » : Bull. Joly sociétés 2015 ,n°09

**Malaurie (Ph), Aynès (L), Stoffel-Munck (Ph)**, Droit civil, Les obligations : LGDJ, 2015, 7e éd., n° 697

**Malaurie (P), Aynès (L), Stoffel-Munck (Ph)**, Droit civil : Defrénois, 6e éd.2016

**Mekki (M)**, Les incidences de la réforme du droit des obligations sur le droit des sociétés : rupture ou continuité? Les clauses, Rev. sociétés 2016. 563 et spéc. p. 567

**Mekki (M)**, La réforme du droit des contrats et le monde des affaires : une nouvelle version du principe comply or explain, Gaz. Pal. 2016, n° 1, p. 20

**Mignot (M)**.Commentaire article par article de l'ordonnance du 10 février 2016portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (IV)

**Mignot (M)**, Commentaire article par article de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : LPA 20 mars 2016, p. 6

**Mercadal (B)**, Réforme du droit des contrats, Dossier pratique :Francis Lefebvre, 2016, n° 521

**Mortier (R)**, « Pacte de préférence :codification à droit constant et institution légale d'une action interrogatoire», Dr. sociétés avr. 2016,

**Mortier(R)**, « Renforcement légal de l'efficacité de la promesse unilatérale de contrat », Dr. sociétés 2016, comm. 54 (n° 4, p. 26).  
**Moury (J)** ; Les nullités « en cascade » en droit des sociétés – Rev. sociétés 2013. 599  
**Moury (J)**, Du prix symbolique au prix négatif ou la divagation des qualifications en matière de vente : D.2014,1950  
**Mousseron (P)**, Le nouveau régime de la capacité contractuelle des sociétés : la boussole de l'objet social, D.2016. 906  
**PERRIN (B.-J)**, Traité des nullités de droit en matière civile, Lons-Le-Saunier et Gauthier-Neveu,1816,p.58  
**Pancrazi, (M.-E)** « la nullité et les autres sanctions de l'invalidité », ét. Préc., n° 261-53  
**Puig(P)**, « La phase précontractuelle », Dr. et patr. n° 258, mai 2016, p. 52  
**Ancel (P)**, Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat : RTD civ. 1999, p. 771, spéc. n° 14  
**Pothier(R.-J)**, Traité des obligations, T.I,éd. Siffrein,n°17  
**Poitrinal (F.-D)**, « Cessions d'entreprise : les conventions d'earn out », Dr. Sociétés AP1998,n°39,p.5, spéc.n°1 ; JCP E1999,p.18.  
**Sadi (D)**, essai sur un critère de distinction des nullités en droit privé, p.55  
**Serinet (Y.-M.)**, « La constatation de la nullité par les parties : une entorse limitée au caractère judiciaire de la nullité », JCP G 2016, 845, spéc. n° 29.  
**Streiff (Y)**, Conséquences pour les sous-cessionnaires de bonne foi, de la nullité pour défaut de prix, d'une cession d'actions portée aux registres de la société, Bull. Joly 1989,§221,p.610  
**Schlumberger (E)**, « Les avant-contrats », in Le droit des sociétés et la réformedu droit des contrats , Actes prat. ing. sociétaire 2016, n° 147, dossier, n° 205.  
**Schmidt (D)**, Les droits de la minorité et la SA : Sirey, 1970, n° 160 s. p. 117 s  
**Sana-Chaillé de Néré (S)**, « Contrats et obligations - Confirmation des actes nuls - Régime juridique », J.-Cl. Civ. Code, fasc. 20, n° 8 ; F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, Droit civil, Les obligations, 11e éd., Dalloz, 2016, n° 700.

**Ringler (S)**, « La promesse unilatérale », Blog Réforme du droit des obligations, dir. G. Chantepie et M. Latina, billet du 20 avr. 2015, <http://reforme-obligations.dalloz.fr/2015/04/20/la-promesse-unilaterale/>

**Rubellin (P)**, Les nullités facultatives, Études offertes au doyen Ph. Simler : Dalloz-LexisNexis SA, 2006, n° 13.p.713

**Terré (F)**, Simler (Ph), Lequette (Y), Droit civil , les obligations, 11e éd., Dalloz, coll. Précis, 2013

**Terré (V.-F)**, **Simler (PH)** et **Lequette(Y)**, Droit civil , les obligations , Dalloz, 9e éd, 2005, n°340, p.349

**Veyre (L)**, « *L'action interrogatoire en matière de nullité :personnes intéressées , soyez vigilantes* » AJ. Contrat 2017, p. 74.

**Valabrègue (E)** De la loi diffamari, ou de l'action de jactance en droit romain et en droit français, RCLJ 1888. 15, spéc. n° 4.

#### **IV- Arrêts cités**

Cass. req., 17 déc. 1894 : S. 1895, 1, p. 272. – Cass. req., 20 juin 1898 : DP 1899, I, 233. – Cass. req., 31 déc. 1906 : DP 1908, I, 513, note J. Percerou. – T. com. Paris, 16 nov. 1970, 1re ch. : JCP G 1971, II, 16826, note N. Bernard  
Cass. com. 30-7-1912 : D. 1914 I p. 86

Cass. civ., 31 déc. 1913 : DP 1917, I, 143  
Cass. req., 28 août 1940 : S. 1940, 1, 103 ; Cass. 1re civ., 24 janv. 1995, n° 92-17008 : Bull. civ. I,

Req. 25 nov. 1946, D. 1948. 321, note D. Holleaux. Sur cet adage, v. H. Roland et L. Boyer, Adages du droitfrançais, 4e éd., Litec, 1999, n° 60.  
Cass. com. 6-6-1950 n° 38.918, Saillant c/ Martin : Bull. civ. III n° 205 ; Cass. com. 9-4-1991 n° 616, Robbe c/ Bellanger : RJDA 7/91 n° 561  
Cass. civ. 25-4-1952, Chabreiron c/ Mouton : D. 1952 jur. p. 635 ; Cass. com. 23-1-1990, Alberto c/ Michon : n° 37120  
Cass. 1re civ., 14 mai 1952 : Bull. civ. 1952, I, n° 166. - Cass. com., 22 oct. 1996, n° 94-14.570 : JurisData n°1996-004078  
Cass. 1re civ., 14 mai 1952 : Bull. civ. 1952, I, n° 166. - Cass. com., 22 oct. 1996, n° 94-14.570 : JurisData n°1996-004078  
Cass. com. 19-12-1961 : Bull. civ. IV n° 492 ; Cass. com. 10-7-1989 n° 87-19.426, Quentin c/ Edery

CA Colmar 30-1-1970, Lang c/ Blum : D. 1970 p. 297 note E. Alfandari  
Cass. 3e civ. 6-11-1970, Castiglione c/ Bernardine : JCP G 1971 II n° 16942 note J. Ghestin  
Cass. com. 18-3-1974 n° 72-12.383 : Bull. civ. IV n° 92  
Cass. 1e civ. 27-6-1978, Pourtoy c/ Brandissou : Bull. civ. I n° 241  
CA Besançon 25-2-1982 : Bull. Joly 1983 p. 370  
CA Paris 4-5-1982, SA Groupement des industries de matériaux de construction Gimat c/ SA Rhône Poulenc Industries-Celogil-Resogil : Gaz. Pal. 1983 p. 152).  
Com.22 février 1983,Bull.civ.IV,n°72  
Cass. com. 20-7-1983 n° 82-12.145 P, Pradier c/ SA Total Compagnie française de distribution : Bull. civ. IV n° 230 ; Cass. 1e civ. 20-3-2007 n° 06-12.770 F-D, Pauchou c/ Matignon : RJDA 7/08 n° 783)  
CA Rouen 22-9-1983 n° 83-995, 2e ch. civ., Inquimbart c/ Delauney).  
Cass. 1e civ. 12-12-1984 n° 1009, Ollagnon c/ Sté EngetelSiemephone : n° 37290  
Cass. com. 3-1-1985 n° 83-15.520, Sté des Maisons Florilège c/ Dupré : n° 37290  
Com.3 janvier 1985, Rev. Sociétés 1985, note J.H. ; RTD com.1986,p.521, obs.CI. Pal.1982,I,173.

CA Paris, 3e ch. A, 15 nov. 1988, Mantel c/ Hansen : JurisData n° 1988-026092 ; JCP E 1989, I, 15562  
Cass. com., 7 mars 1989, n° 87-71212 : Bull. civ. IV, n° 79 ; D. 1989, p. 231, concl. Jéol.  
Cass. com., 29 mars 1994, n° 92-14.245, P, Lagarde c/ Mauve : Dr. sociétés 1994, comm. 116  
Cass. com., 29 mars 1994, n° 92-14.245, P, Lagarde c/ Mauve : Dr. sociétés 1994, comm. 116  
CA. Toulouse, 25 mai 1993 : Bull. Joly Sociétés 1993,p.875, note A. Couret.  
Cass. com., 1er oct. 1991, n° 89-13.967 : JurisData n° 1991-002464 ; JCP E 1992, II, 277, note A. Viandier ; D. 1992, p. 190, note G. Virassamy ; Bull. Joly Sociétés 1991, p. 1004, note C. Roca ; RTD civ. 1992, p. 80, note J. Mestre ; RTD com. 1992, p. 186, obs. D. Danet et Cl. Champaud ; RTD com. 1992, p. 199, obs. Y. Reinhard ; Defrénois mai 1992, p. 578, note P. Le Cannu ; Rev. sociétés 1992, p. 497, note P. Didier ; Dr. sociétés 1992, comm. 13, note H. Le Nabasque)  
Cass. com. 9-11-1993 n° 91-19.724, Barrault c/ Sté Créations JP Simart : RJDA 2/94 n° 175  
Com.12 octobre 1993, RJDA 1994,n°51.  
Cass. 1e civ. 21-2-1995 n° 344 PF, Cie d'assurances La Concorde c/ Borges : RJDA 6/95

n°678

Cass.1e civ, 19 mars 1996 : Bull.civ 1996, I,n°139 ;  
Cass. 1e civ. 19-3-1996 n° 94-12.760 P : RJDA 7/96 n° 883

(Cass. com. 26-3-1996 n° 673 P, de Fontgalland c/ Hales : RJDA 7/96 n° 931  
Cass.com.,21 janv.1997 : Rev.sociétés1997,p.349,Note D.Bureau ; Dr. Sociétés  
1997,n°55,obs ; Th.Bonneau.

Cass. 1e civ. 7-4-1998 n° 96-18.790 P : RJDA 8-9/98 n° 946  
Cass. 3e civ., 21 oct. 1998, n° 96-19.646, P + B, Girard c/ Sté Cecico financement : JurisData  
n° 1998-003938

Cass. civ. 1re, 3 mai 2000, n° 98-11.381.  
Civ.1° , 14 mai 2001, n°99-20597 RTD civ.2003, 284, J.Mestre et B.Fages

Cass. 2e civ. 4-4-2002 n° 356 FS-PBR, Sté Barbot CM c/ Sté Bouygues bâtiment  
Cass. com. 9-6-2004 n° 908 F-D, Kratz c/ Mousselard

Com., 2 juin 2004, n°03-10741 ; RTD civ.2004,505, obs.J.Mestres et B.Fages  
CA Paris 17-9-2004 n° 04-1049, 25e ch. B, Sté Panzani c/ Skalli : RJDA 5/05 n° 564

Cass. 3e civ. 6-10-2004 n° 01-00.896 FS-PB  
CA Poitiers 12-11-2002 n° 01-424, 2e ch. civ., Becquet c/ Brizard : RJDA 10/03 n° 966

Com.5 avril 2005, Juris Data n°028097  
Cass. com., 14 juin 2005, n° 03-12.339, FS-P+B, SA Thésée / Pirotte : JurisData n° 2005-

028950 ; Dr. sociétés 2005, comm. 158, note H. Hovasse ; Bull. civ. 2005, IV, n° 302016, n°  
19, 1283, spéc. n° 49.

Civ. 2 e , 13 juill. 2005, n° 02-15.904, Roquelaure, Bull. civ. II, n° 114 ; D. 2005. 2950 , obs.  
J.-C. Hallouin et E. Lamazerolles ; ibid. 3050, obs. T. Clay ; Bull. Joly 2006. 217, note P. Le

Cannu ; Dr. et patr. 2005, p. 89, obs. D.Poracchia ; RJCom. 2006, p. 37, obs. L. Grosclaude.  
Cass. ch. mixte, 26 mai 2006, n° 03-19376 : Bull. civ. IV, n° 4 ; BJS août 2006, n° 218, p.

1072, note  
Cass. com. 19-12-2006 n° 05-10.199 F-D, Sté coopérative d'approvisionnement Paris Est c/  
Sté ITM Entreprises : n° 37160

Cass. com. 23-1-2007 n° 05-15.652 F-PB, Sté Axa France IARD c/ Sté Documentation  
information conseil région Auvergne : RJDA 5/07 n° 492

Cass. civ. 3e, 17 janvier 2007, n° 06-10.442.  
Cass. 1e civ. 31-10-2007 n° 05-14.238 FS-PB, Gallienne c/ Crédit lyonnais : RJDA 4/08 n°

390).  
Cass.com., 12 février . 2008 : RDC , 2008, p.730, note Y.-M. Laithier

Com. 8 avril.2008, Dr. sociétés juillet 2008, p.11, obs. M.-L Coquelet  
CA Versailles 30-10-2008 n° 07-4964 : RJDA 3/09 n° 229.

Cass. com. 15-12-2009 n° 08-21.037 F-PB, Le Boursicot c/ Parrain : RJDA 4/10 n° 377  
Cass. com. 20-3-2012 n° 11-13.534 FS-PB, Hauville c/ Sté La Sébirerie : RJDA 6/12 n°

596).  
Civ. 3e, 24 oct. 2012, n° 11-21.980, AJDI 2013. 137 , et 540 , obs. S. Porcheron ; Civ. 1re, 29

sept. 2004, n° 03-10.766, Bull. civ. I, n° 216 ; D. 2004. 2690 ; AJ fam. 2004. 458, obs. F.  
Bicheron ; Com. 22 mars 2016, n° 14-14.218, D. 2016. 704 , et 1037, chron. S. Tréard ; RTD

civ. 2016. 343, obs. H. Barbier  
Cass.com, 11 avril 2012 : D.2013,394, note S. Amrani Mekki.

Cass. com. 10-9-2013 n° 12-21.678 F-D  
Cass.com., 27 mai 2015, n°14-16246,FSPBRI :D.2015,p.1752,note Rabreau

Cass.3e civ. 8 juillet 2015,n°13-27.248  
Cass. 3e civ. 15-10-2015 n° 14-17.517 F-D : RJDA 1/16 n° 32  
Cass. com., 2 févr. 2016, n° 14-19.278, F-D, Gauvan c/ Napoléon : JurisData n° 2016-001  
Cass. com. 22-3-2016 n° 14-14.218 FS-PB : RJDA 5/16 n° 359

## **TABLES DES MATIÈRES**

<b>REMERCIEMENTS.....</b>	<b>II</b>
<b>ABRÉVIATIONS UTILISÉES.....</b>	<b>II</b>
<b>SOMMAIRE.....</b>	<b>VI</b>
<b>INTRODUCTION.....</b>	<b>1</b>
<b>Première partie : Les causes de nullité de cession de droits sociaux.....</b>	<b>11</b>
<b>Chapitre 1 : Les causes de nullité issues du droit commun des contrats, inadaptées aux opérations de cession de droits sociaux.....</b>	<b>11</b>
Section I - L'inadaptation des règles relatives à la formation du contrat à une opération sociétaire.....	11

§1. L'inefficacité de la sanction de la nullité pour violation du pacte de préférence.....	12
A. Des conditions restrictives quant à l'exercice de l'action en nullité pour violation du pacte de préférence.....	12
B. L'action interrogatoire : un mécanisme mort-né.....	15
§2. L'inefficacité de la sanction de la nullité pour violation de la promesse unilatérale...	17
A. Des conditions moins strictes quant à l'exercice de l'action en nullité.....	17
B. Un vide juridique, source d'insécurité juridique.....	19
Section II- l'inadaptation des règles relatives à la validité du contrat à une opération sociétaire.....	<b>20</b>
§ 1- L'application limitée des vices du consentement.....	20
A. Les raisons du succès du dol.....	20
1- Les manœuvres et les mensonges.....	21
2- La réticence dolosive.....	21
a- La consécration de la réticence dolosive.....	22
b- La confrontation de la réticence dolosive avec l'obligation précontractuelle d'information.....	23
B. Les raisons de l'insuccès de l'erreur et de la violence.....	24
1- Les raisons d'insuccès de l'erreur.....	24
a- Les contraintes inhérentes à l'erreur.....	24
b- Vers la fin d'une conception restrictive relativement à l'erreur ?.....	26
2- La violence, un vice quasi absent en matière de cession de droits sociaux?.....	27
§ 2. L'inutilité de la référence aux actes utiles à la réalisation de l'objet.....	29
A. La référence aux actes utiles à la réalisation de l'objet social, une échappatoire à des cessions inopportunes.....	29
B. L'immixtion du juge dans la relation contractuelle.....	30
<b>Chapitre 2 : Le rééquilibrage opéré par le droit spécial.....</b>	<b>32</b>
Section I – Les causes de nullité issues du droit de la vente ajustées à la cession de droits sociaux.....	32
§ 1 - les critères nécessaires à la validité du prix.....	32

A. L'exigence d'un prix réel et sérieux et la contradiction avec les cessions à prix symbolique.....	33
B. L'exigence de détermination <i>ab initio</i> inapplicable aux opérations de cession de droits sociaux.....	33
§ 2 - les ajustements opérés par la jurisprudence.....	34
A. La validité des cessions à prix symbolique.....	34
B. L'abandon de l'exigence de détermination <i>ab initio</i> du prix.....	35
1- La détermination du prix par les parties.....	35
a- La clause de fixation de prix.....	35
b- La clause d'earn out.....	36
c- La clause de révision de prix.....	37
2- La détermination du prix par le tiers.....	38
Section II - Les causes de nullité issues du droit des sociétés adaptées à la cession de droits sociaux.....	40
§ 1 : l'agrément, la démonstration de l'application parfaite d'un mécanisme sociétaire à une opération sociétaire.....	40
A. L'incertitude juridique chassée par la réglementation spéciale de la procédure d'agrément.....	40
B. L'incertitude juridique chassée par la réglementation spéciale de la sanction .....	42
2§ : L'inaliénabilité, la démonstration de l'adaptation parfaite d'un mécanisme sociétaire à une opération sociétaire.....	44

**Deuxième partie : Les effets de la nullité de cession de droits sociaux .....47**

**Chapitre 1 : Les alternatives à la constatation judiciaire de la nullité.....47**

Section I : La préservation du lien contractuel, une alternative à la sanction de la nullité	
§ 1 : l'évitement de la nullité .....	47
A. Le domaine du mécanisme de la confirmation.....	48
B. Les difficultés par les conditions de l'exercice de l'action interrogatoire.....	50
§ 2 : L'action interrogatoire, un nouvel instrument de sécurisation des contrats ?.....	51
A. Les dangers du recours à l'action interrogatoire.....	51
B. Les incertitudes tenant au délai de forclusion .....	52

Section II : La constatation amiable de la nullité, une alternative à la sanction judiciaire coûteuse en temps et en argent.....	54
§ 1- l'éviction du juge par la porte, le risque d'un retour par la fenêtre.....	54
A- Les incertitudes quant aux conditions de validité.....	54
B- Un risque de développement d'une nullité dans la nullité.....	56
§ 2- une fragilité quant aux effets de la nullité consensuelle.....	57
A. Les incertitudes quant à la portée de la nullité à l'égard des parties.....	57
B. Les incertitudes quant à la portée de la nullité à l'égard des tiers.....	57
<b>Chapitre 2 : La rétroactivité de la nullité, source d'insécurité juridique tant à l'égard des parties qu'à l'égard des tiers.....</b>	<b>58</b>
Section I : la rétroactivité de la nullité, source d'insécurité juridique à l'égard des parties.....	<b>58</b>
§1 - La rétroactivité de la nullité, une sanction inadaptée en cas de restitutions consécutives à l'annulation d'une cession de droits sociaux.....	58
A. Le difficile retour au statu quo ante.....	58
B. Les difficultés posées par les restitutions.....	61
§ 2 - Les rares exceptions à la rétroactivité en cas de restitution.....	63
A. La rétroactivité bloquée par l'impossibilité de restitution à l'identique.....	63
B. La rétroactivité bloquée par la bonne foi ou mauvaise foi.....	64
Section II : la rétroactivité, source d'insécurité juridique à l'égard des tiers.....	67
§1- La rétroactivité, source de nullités en cascade.....	67
A- L'impact de la perte de la qualité d'associé sur la société.....	67
B- L'impact de la perte de la qualité d'associé sur le sous-acquéreur.....	70
§2- les rares exceptions à la rétroactivité.....	71
A. La rétroactivité bloquée par le caractère simplement facultatif de l'annulation des délibérations sociales.....	71
B. La rétroactivité bloquée par la théorie du vote utile et par la bonne foi .....	73