UNIVERSITÉ PARIS 1
PANTHÉON SORBONNE

ÉCOLE DE DROIT DE LA SORBONNE
ÉCOLE DOCTORALE DE DROIT DE LA SORBONNE

L'INÉGALITÉ ENTRE ASSOCIÉS

EN DROIT DES SOCIÉTÉS

Thèse pour le doctorat en droit privé

Présentée et soutenue publiquement le 5 Juillet 2017
par

Momath NDIAYE

Directeur de recherche : **M. Didier PORACCHIA**,
Professeur à l'école de droit de la Sorbonne (Paris I)

Suffragants : **M. Michel GERMAIN**, Rapporteur
Professeur émérite à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)
M. Pierre MOUSSERON, Rapporteur
Professeur à la faculté de droit de Montpellier
M. Alain COURET
Professeur à l'école de droit de la Sorbonne (Paris I)
M. François-Xavier LUCAS
Professeur à l'école de droit de la Sorbonne (Paris I)

La Faculté de droit n'entend donner aucune approbation, ni improbation aux opinions émises dans cette thèse : ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

À Ibrahima

À Omar

Remerciements

Au seuil de cette étude, c'est avec une immense joie que j'exprime ma profonde gratitude à Monsieur le Professeur Didier PORACCHIA pour avoir accepté la direction de cette thèse. Qu'il soit remercié pour sa grande disponibilité, sa bienveillance et ses conseils avisés tout au long de ce travail.

⁂

Ma reconnaissance la plus sincère revient également à Mon épouse pour sa patience et son précieux soutien.

⁂

Bien évidemment, je remercie, ma mère, mon père, mes frères El hadji Omar (alias Pape Ndiaye) et Oumar Ndiaye (alias Thione) et tous mes proches, qui ont su m'entourer de leur durant mon cursus scolaire et universitaire.

⁂

Enfin, mes remerciements vont à mes amis et camarades de l'Alliance pour la République, et particulièrement aux membres de la section d'Aix-en-Provence, pour leurs encouragements.

SOMMAIRE

PREMIÈRE PARTIE
LA RÉCEPTION DE L'INÉGALITE ENTRE ASSOCIÉS EN DROIT DES SOCIÉTÉS

Titre 1 – La remise en cause du principe d'égalité entre associés en droit des sociétés

Chapitre liminaire – Retour sur la notion d'égalité en droit des sociétés

Chapitre 1 – L'égalité entre associés, un faux principe du droit positif

Chapitre 2 – L'égalité entre associés, un faux principe du droit des sociétés

Titre 2 – La reconnaissance de l'inégalité entre associés en droit des sociétés

Chapitre 1 – La détermination de l'inégalité entre associés en droit des sociétés

Chapitre 2 – Le cadre juridique de l'inégalité entre associés en droit des sociétés

SECONDE PARTIE
L'ENCADREMENT DE L'INÉGALITE ENTRE ASSOCIÉS EN DROIT DES SOCIÉTÉS

Titre 1 – La matrice impérative d'associé

Chapitre 1 – L'inégalité limitée par la qualité d'associé

Chapitre 2 – L'inégalité limitée par la qualité d'organe de l'associé

Titre 2 – Une liberté résiduelle d'aménagement inégalitaire

Chapitre 1 – L'aménagement inégalitaire des droits des associés

Chapitre 2 – L'aménagement inégalitaire des obligations des associés

PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

Add.	Ajouter
AFIC	Association française des investisseurs
AFEP	Association française des entreprises privées
AJ	Actualité juridique
AJDA	Actualité juridique de droit administratif
AJP	Actualité juridique Pénal
al.	Alinéa
AMF	Autorité des marchés financiers
AN	Assemblée nationale
ANSA	Association nationale des sociétés par actions
Ann. dr. com.	Annales de droit commercial
Arch. phil. droit	Archives de philosophie du droit
art.	Article
art. cit.	Article cité précédemment
Ass.	Assemblée du Conseil d'État
Ass. nat.	Assemblée nationale
ass. pl.	assemblée plénière de la Cour de cassation
Banque	Revue Banque
Banque et droit	Revue Banque et droit
BRDA	Bulletin rapide de droit des affaires
Bull. Aix	Bulletin d'Aix
Bull. civ.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (Chambres civiles)
Bull. COB	Bulletin de la commission des opérations de bourse
Bull. CNCC	Bulletin compagnie nationale des commissaires aux comptes
Bull. Joly	Bulletin Joly sociétés
Bull. Joly Bourse	Bulletin Joly Bourse
c/	contre
CA	Cour d'appel
Cah. cons. Const.	Cahiers du Conseil constitutionnel
Cah. de philosophie juridique et politique	Cahiers de philosophie juridique et politique
Cah. dr. entr.	Cahiers du doit de l'entreprise
Cahiers FP	Cahiers des finances publiques
Cass.	Cour de cassation
Cass. civ.	Cour de cassation Chambre civile
Cass. civ. 1re	Cour cassation Première Chambre civile
Cass. civ. 2e	Cour cassation Deuxième Chambre civile
Cass. civ. 3e	Cour cassation Troisième Chambre civile
Cass. com.	Cour de cassation Chambre commerciale
Cass. crim.	Cour de cassation Chambre criminelle
Cass. req.	Cour de cassation Chambre des requêtes
Cass. soc.	Cour de cassation Chambre sociale
CE	Conseil d'Etat
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme

ch. réunies	Cour de cassation chambre réunies
Chron.	Chronique
CJCE	Cour de justice des communautés européennes
CJEU	Cour de justice de l'Union européenne
CNRS	Centre national de la recherche scientifique
COB	Commission des opérations de bourse
Coll.	Collection
comm.	commentaires
concl.	conclusion
Cons. const.	Conseil constitutionnel
contra	Solution ou opinion contraire
D.	Recueil Dalloz
DA	Dalloz analytique
D. affaires	Recueil Dalloz affaires
DH	Dalloz hebdomadaire
déc.	décision
Defrénois	Répertoire du notariat Defrénois
dir.	direction
Doctr.	Doctrine
DP	Recueil périodique Dalloz
Dr. Administratif	Revue Droit administratif
Dr. pénal	Droit pénal
Dr. de la famille	Droit de la famille
Droits	Revue Droits
Dr. soc.	Droit social
Dr. sociétés	Droit des sociétés
Dr. sociétés, actes pratiques	Droit des sociétés, actes pratiques
Dr. et patr.	Droit et patrimoine
éd.	édition
fasc.	fascicule
GADIP	Grands arrêts de droit interntional privé
GADT	Grandes décisions du droit du travail
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
GDCC	Grandes décisions du Conseil constitutionnel
Ibid	*ibidem* (au même endroit)
in	dans
infra	ci-dessous, plus bas
IRJS	Institut de recherche juridique de la sorbonne
J-Cl	Juris-classeur-Encyclopédies
JCP G, N, Immo, E, S	Juris-classeur (La semaine juridique) édition Générale, Notariale, Immobilière, Entreprise, Sociale
JO	Journal officiel de la République française
Journ. notarial	Journal notarial
Journ. sociétés	Journal des sociétés
Jurispr.	Jurisprudence
La vie française	Hebdomadaire économique La vie française (devenue La vie Financière)
Les nouveaux cah. du Cons. const.	Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel

LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
LPA	Les petites affiches
MEDEF	Mouvement des entreprises de France
n°	numéro
obs.	Observations
op.cit.	*opere citato (cité précédemment)*
p.	page
pan.	panorama
pp.	pages
préc.	précité
préf.	préface
PUAM	Presse universitaire d'Aix-Marseille
PUF	Presse universitaire française
Quot. jur.	Quotidien juridique
RA	Revue administrative
RDAI	Revue de droit des affaires international
RDB	Revue de droit bancaire
RDBB	Revue de droit bancaire et de la bourse
RDBF	Revue de droit bancaire et financier
RDC	Revue des contrats
RDI	Revue de droit immobilier
RDP	Revue de droit public
Rec. Leb.	Recueil Lebon
Rép.	Répertoire
Rép. min.	Réponse ministérielle
Rev. crit. DIP	Revue critique de droit international public
RFDA	Revue française de droit administratif
RFC	Revue française de comptabilité
RGDC	Revue générale de droit commercial
Rev. dr. ULB	Revue de la faculté de droit et de criminologie de l'université libre de Bruxelles
RG	Règlement général
RGDIP	Revue générale de droit international public
RIDC	Revue international de droit comparé
RJDA	Revue de jurisprudence de droit des affaires
RJ. com.	Revue de jurisprudence commerciale
RLDA	Revue Lamy Droit des affaires
Rev. sc. crim.	Revue de sciences criminelles
Rev. sociétés	Revue des sociétés
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD Com.	Revue trimestrielle de droit commercial
RTDF	Revue trimestrielle de droit financier
Rev. spéciale	Revue spéciale
RRJ	Revue de la recherche juridique
S.	Recueil Sirey
s.	suivant
Sem. sociale Lamy	Semaine sociale Lamy
somm.	sommaire
spéc.	spécialement
supra	ci-dessus ; plus haut

t.	tome
TA	Tribunal administratif
TC ou Trib. com.	Tribunal de commerce
T. civ.	Tribunal civil
TGI	Tribunal de grande instance
Trib. corr.	Tribunal correctionnel
th.	thèse
trad.	traduction ou traduit
v°	*verbo* : mot
vol.	volume

Introduction

1. Le thème de l'inégalité entre associés n'est, *a priori,* ni le plus passionnant, ni le plus évident du droit des sociétés. On pourrait même se demander s'il est réaliste d'entreprendre son étude dans la mesure où l'examen des textes et de la jurisprudence laisse apparaître que le droit positif, et en particulier le droit des sociétés, reste dominé par une exigence générale d'égalité[1]. Depuis la Grèce antique[2], l'égalité[3] est considérée comme un impératif majeur dans les systèmes démocratiques[4]. Montesquieu n'affirmait-il pas que « *l'amour de la démocratie est celui de l'égalité* »[5] ? La raison tient au fait que l'égalité est un « *sentiment passionné* »[6] ; « *une intuition exigeante aux limites sans cesse repoussées* »[7]. Bien que chacun lui donne un contenu différent[8], les individus ont toujours eu pour elle, « *une passion ardente, insatiable, éternelle, invincible* »[9].

2. En droit commun[10], l'exigence d'égalité est affirmée de manière générale dans l'article 1er de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 suivant lequel « *les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits* »[11]. Qualifiée de matrice de toutes les figures d'égalité[12], la règle posée dans ce texte a été reprise par de nombreuses autres dispositions constitutionnelles ou à valeur constitutionnelle. Tel est le cas des articles 6 et 13

[1] Cet impératif se traduit par l'établissement soit d'un principe d'égalité, soit d'une règle de non-discrimination ou d'égalité de traitement. Pour plus de détails, voir J. PORTA, « Non-discrimination, égalité et égalité de traitement. À propos des sens de l'égalité » in G. Borenfreund et I. Vacarie (dir. sous), *Le droit social, l'égalité et les discriminations*, éd. Dalloz, 2013, p. 9.

[2] G. CORNU, « Les notions d'égalité et de discrimination en droit civil *français »*, in *Travaux de l'association H. Capitant,* t. XIV, 1961-1962, éd. Dalloz, 1965, p. 87, spéc. pp. 88 et s. ; L. INGBER, « À propos de quelques étapes importantes dans le cheminement récent du processus égalitaire », in C. Perelman (dir. sous), *L'égalité*, Travaux du Centre de philosophie du droit de l'Université de Bruxelles, t. VIII, éd. Bruylant, Bruxelles, 1982, p. 6.

[3] Sur la notion en générale, L. SFEZ, *L'égalité*, éd. PUF, 1989.

[4] A. FOUCHARD, « L'égalité dans la cité grecque », *Cah. de philosophie juridique et politique*, 1985, n° 8, p. 33 ; L. SFEZ, L'égalité à Athènes, in *Leçons sur l'égalité*, éd. Presse de la fondation nationale des sciences politiques, 1984, pp. 39 et s. ; F. MELIN-SOUCRAMANIEN, *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du conseil constitutionnel*, th. Aix-Marseille, 1996, p. 13.

[5] MONTESQUIEU, *L'esprit des lois*, 1748, Première partie, Livre V, Chapitre III.

[6] J.-W. LAPIERRE, *Qu'est-ce qu'être citoyen ?*, éd. PUF, Coll. la politique éclatée, 2001, p. 7.

[7] G. VEDEL, « L'égalité », in C.-A. Colliard (dir. sous), *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789- ses origines, sa pérennité*, éd. Documentation Française, 1990, p. 171, spéc. p. 172.

[8] P. ROSANVALLON et J.-P. FITOUSSI, *Le nouvel âge des inégalités*, éd. Seuil, 1996, p. 97.

[9] A. de TOCQUEVELLE, *De la démocratie en Amérique*, éd. Folio, II, 1993, pp. 141 et 142.

[10] Pour une analyse générale de cette notion de droit commun, voir M. DELMAS-MARTY, « Réinventer le droit commun », *D*. 1995, Chron., p. 1 ; N. BALAT, *Essai sur le droit commun*, éd. LGDJ-Lextenso, 2016.

[11] Rappelons que cette affirmation de l'égalité a été précédée de l'abolition des privilèges qui étaient attribués au clergé et à la noblesse par l'ancien régime, sur ce point, v. M. GARAUD, « La révolution et l'égalité civile », *S*. 1953, p. 2, spéc. p. 8.

[12] V. LASSERRE-KIESOW, « L'égalité », *JCP* G, 2010, n°23, p. 643, spéc. n°4.

de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen qui imposent, respectivement, un traitement égalitaire des citoyens devant les emplois publics[13] et dans le partage des charges publiques[14].

De la même façon, le préambule de la constitution du 27 octobre 1946 renferme-t-il des dispositions visant l'égalité. Outre la confirmation de l'objectif d'égalité tel qu'inscrit dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, ce texte a institué de nouvelles formes d'égalité. Il en est ainsi de l'égalité homme/femme dans tous les domaines (al. 3), de l'égalité en matière de santé (al. 11), de celle devant les charges résultant des calamités naturelles (al. 12), de l'égal accès à l'instruction et à la culture (al. 13) et de l'égalité entre les populations de la métropole et les peuples d'outre-mer (al. 16 et 18)[15]. Aussi, la constitution du 4 octobre 1958 fait-elle de la notion d'égalité l'un des éléments de la devise de la République[16]. De plus, elle consacre l'égalité devant la loi (art. 1er), celle en matière électorale (art. 3)[17], celle entre les collectivités territoriales (art. 72-2)[18] et, enfin, l'égalité entre les populations d'outre-mer et celles de la métropole (art. 72-3). Il apparaît, *in fine*, que le bloc de constitutionnalité réserve une place significative à l'impératif d'égalité.

3. Pourtant, force est de noter que cette consécration par le constituant n'a pas suffi pour conférer à l'égalité une valeur juridique. Au contraire, pendant longtemps on a considéré que le souci d'égalité exprimé dans la loi fondamentale n'avait qu'une valeur ornementale, puisque la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen qui en constitue le socle originel n'était pas, elle-même, juridiquement proclamée[19]. Ainsi, estimait-on que ce texte n'avait fait qu'énoncer les « *principaux axiomes dégagés par les philosophes et les publicistes, comme*

[13] R. BRUNET, *Le principe d'égalité en droit français*, th. Paris, 1910, pp. 186 et s. Voir aussi, CC 153 DC 14 janvier 1983. Il semble que c'est ce texte qui a inspiré la plupart des règles de recrutement de la fonction publique et notamment la généralisation du procédé du concours par la loi du 19 octobre 1946 portant statuts général des fonctionnaires.

[14] Sur l'ensemble de la question, P. DEVOLVE, *Le principe d'égalité devant les charges publiques*, éd. LGDJ, 1969. On précisera que selon certains auteurs (F. P. BENOIT, « Le régime et le fondement de la responsabilité de la puissance publique », *JCP* 1954, I, 1178 ; J. PUISOYE « Le principe d'égalité devant les charges publiques comme fondement direct de la responsabilité de la puissance publique », *AJDA* 1964, p. 140), c'est cette règle qui fonde la responsabilité de l'administration au cas où celle-ci cause un préjudice à un citoyen. Cette opinion est toutefois remise en cause par d'autres (T. DEBARD, « L'égalité des citoyens devant les charges publiques », *D.* 1937, Chron. p. 157). C'est elle également qui impose l'indemnisation des citoyens dont les biens ont fait l'objet de réquisition ou d'expropriation, voir M. J. RIVERO, « Rapport sur les notions d'égalité et de discrimination en droit public français », in *Les notions d'égalité et de discrimination en droit interne et en droit international, Travaux de l'association H. Capitant,* éd. Dalloz, 1965, p. 343, spéc. n°11, pp. 347 et 348.

[15] Pour plus de détails sur ce sujet, voir J.-P. PASTOREL, « Le principe d'égalité en outre-mer », *Les nouveaux cah. du cons. const*., 1er avril 2012, n°35, p. 73.

[16] Art. 2.

[17] Art. 3.

[18] Pour une étude globale, A.-S. GORGE, *Le principe d'égalité entre collectivités territoriales*, éd. Dalloz, 2011.

[19] CE, *Rapport public sur le principe d'égalité*, éd. La documentation française, 1996, p. 26.

les fondements d'une organisation politique juste et rationnelle »[20]. De fait, l'égalité affirmée n'était qu'une « *simple promesse* »[21] ou une « *recommandation politique* »[22], dénuée de toute juridicité[23].

4. Il a fallu attendre l'intervention des magistrats pour que la force juridique de l'égalité soit reconnue. C'est dans l'arrêt *Roubeau*[24] que le Conseil d'État accepta pour la première fois de contrôler « *la conformité d'un acte réglementaire au regard du principe d'égalité de tous les citoyens devant les règlements* »[25]. Par cette décision, la Haute juridiction administrative reconnaissait « *le caractère juridique, obligatoire pour l'administration, du principe de l'égalité des citoyens devant la loi et les règlements* »[26]. Suite à cet arrêt, le juge administratif avait maintes fois confirmé sa jurisprudence. Il avait, par exemple, imposé l'égalité devant l'accès aux fonctions publiques[27], en matière fiscale[28], dans la répartition des charges publiques[29] ou encore devant les services publics[30]. Malgré ces multiples applications, rien dans cette jurisprudence ne permettait de s'assurer de la portée juridique exacte que les juridictions administratives attachaient à l'impératif égalitaire.

Cette incertitude n'a été dissipée que dans l'arrêt *Aramu*[31] par lequel le Conseil d'État se prononça sur ce point, en énonçant sans ambages que l'égalité appartient à la catégorie des « *principes généraux du droit applicables même en l'absence de texte* ». Cette solution

---

[20] A. ESMEIN, *Élément de droit constitutionnel français et comparé*, t. 1, 7e éd. Sirey, 1921, p. 553.
[21] A. ESMEIN, *Élément de droit constitutionnel français et comparé*, revue par N. NEZARD, t. 1, 8e éd. Sirey, 1927, p. 600, selon qui l'exercice d'un droit ou d'une liberté suppose *« une réglementation que doit en faire le législateur et tant que cette réglementation n'a pas eu lieu, le droit déposé, garanti dans la constitution, ne peut être exercé ; il reste là comme une simple promesse* ».
[22] R. CARRE de MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français*, t. 1, éd. Sirey, 1920, p. 298.
[23] M. HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, 2e éd. Sirey, 1929, p. 640.
[24] CE, 9 mai 1913, *Roubeau et autres, Rec. Lebon,* p. 521 ; *RDP* 1913, p. 685, note G. Jèze.
[25] F. MELIN-SOUCRAMANIEN, *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, éd. Économica-Aix-Marseille, 1997, n°40, p. 34.
[26] G. JÈZE, « Valeur juridique des 'déclarations des droits' et des 'Garanties des droits' », note sous CE, 9 mai 1913, *Roubeau et autres, RDP* 1913, p. 685, spéc. pp. 686 et 687.
[27] CE, 3 juillet 1936, n°43239 43240, *Demoiselle Bobard, Rec. lebon*, p. 721. A rapprocher, CE, Ass. pl., 6 janvier 1956, *Syndicat national autonome du cadre d'administration générale des colonies.*
[28] CE, 5 mai 1922, *Fontan, Rec. Lebon*, p. 386 ; CE, 23 novembre 1936, *Abdoulhoussen, Rec. Lebon*, p. 1015. Voir aussi, CE, 4 février 1944, *Guieysse*, *RDP*, 1944, p. 138, où le juge refuse à l'administration fiscale la possibilité d'accorder à un contribuable, en dehors des textes, des facilités refusées aux autres.
[29] CE, 30 novembre 1923, *Couitéas, Rec. Leb*., p. 789 ; CE, Ass. pl. 14 janvier 1938, *Société anonyme des* produits *laitiers La Fleurette, Rec. leb*., p. 25.
[30] CE, 1er juillet 1936, *Veyre*, *Rec. Leb*. p. 713 ; CE, 1er avril 1938, *Société l'alcool dénaturé de Coubert*. Sur l'ensemble de la question, voir J. SALOMON, *L'égalité de tous les individus devant le service public*, th. Grenoble, 1970 ; M. J. RIVERO, « Rapport sur les notions d'égalité et de discrimination en droit public français », in *Les notions d'égalité et de discrimination en droit interne et en droit international, Travaux de l'asso. H. Capitant,* éd. Dalloz, 1965, p. 343, spéc. n°9, pp. 346 et 347.
[31] CE, Ass., 26 octobre 1945, *Aramu et autres, Rec. Leb*., p. 213 ; *S*. 1946, III, p. 1, Concl. R. Odent ; *D*. 1946, p. 148, note G. Morange.

consacrait ainsi la naissance d'un principe juridique d'égalité[32] qui se situe hiérarchiquement entre la loi et les décrets[33]. Depuis, ce principe a connu « *une fortune considérable dans la jurisprudence des juridictions administratives qui l'ont décliné à peu près sous toutes les formes imaginables* »[34]. À titre d'illustration, on peut citer son application aux collaborateurs du service public[35], aux utilisateurs du domaine public[36], dans le déroulement de la carrière des fonctionnaires[37] et, de manière générale, dans tous les domaines du service public[38].

5. Mais l'égalité est en réalité bien plus qu'un simple principe général du droit positif. Elle est aussi et surtout, une norme constitutionnelle. En effet, à l'instar du juge administratif, le juge constitutionnel a contribué à sa juridisation en consacrant sa valeur constitutionnelle. Il en a été ainsi tout d'abord dans la décision dite « *Liberté d'association* »[39] par laquelle le Conseil constitutionnel a intégré la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen dans le bloc de constitutionalité. Cette décision a, ainsi, participé à hisser ce texte au rang des normes constitutionnelles. Toutefois, c'est dans la décision « *Taxation d'office* »[40] que le Conseil constitutionnel se réfère de manière plus franche au principe d'égalité. Saisis aux fins d'examiner la conformité de l'article 62 de la loi de finances pour l'année 1974 à la constitution[41], les juges de la constitutionnalité des lois avaient expressément déclaré que cette disposition était attentatoire « *au principe de l'égalité devant la loi contenu dans la*

---

[32] S. CAPORAL, *L'affirmation du principe d'égalité dans le droit public de la Révolution française (1789-1799)*, éd. Économica-PUAM, 1995, pp. 29 à 59 ; R. BRUNET, *Le principe d'égalité en droit français*, th. Paris, 1910 ; P. DANEY, *Le principe d'égalité*, th. Bordeaux, 1927.

[33] R. CHAPUS, « De la soumission au droit des règlements autonomes », *D*. 1960, Chron. XXII, spéc. p. 124 ; du même auteur, « De la valeur juridique des principes généraux du droit et des autres règles jurisprudentielles du droit administratif », *D*. 1966, Chron. p. 99. Contra : M. DONDOUX, concl. sous CE 8 décembre 1978, GISTI, Dr. social 1979, p. 57, pour qui les principes généraux du droit auraient acquis une valeur supra-législative depuis que le Conseil constitutionnel applique des principes similaires.

[34] F. MELIN-SOUCRAMANIEN, *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du conseil constitutionnel*, éd. Économica-Aix-Marseille, 1997, n° 42, p. 34.

[35] CE, 9 mars 1951, *Sociétés des concerts du conservatoire*, *Dr. social*, 1951, p. 368, concl. Letourneur, note M. J. Rivero.

[36] CE, 2 novembre 1956, *Biberon, Rec. Lebon*, p. 403. L'égalité postule ici que tous les citoyens ont un égal accès aux dépendances du domaine affecté à l'usage commun. Et, si l'utilisation revêt un caractère privatif, elle peut donner lieu au versement d'une taxe qui doit être la même pour tous.

[37] CE, 13 mai 1960, *Molina et Guidoux*, Rec. Leb. p. 324.

[38] Voir sur cette question, F. MELIN-SOUCRAMANIEN, *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, éd. Économica-Aix-Marseille, 1997, n°43, p. 35.

[39] Décision n°71-44 DC du 16 juillet 1971.

[40] Décision n°73-51 DC du 27 décembre 1973, *AJDA* 1974, I, p. 236, note P.-M. Gaudemet ; *D*. 1974, Chron. p. 83, note L. Hamon ; *JCP* 1974, II, 17691, note Nguyen Quoc Vinh ; *RDP* 1974, pp. 531 et 1099, note L. Philip.

[41] Cette disposition visait à modifier l'article 180 du Code général des impôts afin, d'une part, de permettre aux contribuables soumis à une taxation d'office au titre de l'impôt sur le revenu de se soustraire de cette procédure extrêmement lourde en ramenant la preuve que celle-ci avait été abusive et, d'autre part, de réserver cette possibilité de rapporter la preuve du caractère abusif, aux contribuables dont les bases d'imposition n'excèdent pas 50% de la limite de la dernière tranche du barème de l'imposition sur le revenu. Il s'agissait, en clair, d'introduire une discrimination entre les contribuables les plus fortunés et les autres.

Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et solennellement réaffirmé par le préambule de la constitution ». Pour la doctrine, cette décision a définitivement clôt le débat sur la valeur constitutionnelle de l'égalité[42]. Aujourd'hui, la règle de l'égalité se retrouve au centre de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, puisqu'elle y a fait l'objet de plusieurs centaines d'applications[43]. Tout récemment, elle a servi de soubassement à la loi ayant institué le mariage pour tous[44]. Les magistrats constitutionnels semblent désormais être si sûrs de leur jurisprudence qu'ils ne prennent parfois même plus le soin de viser un texte au soutien de leur décision[45].

6. Au terme de ces observations, il s'avère que, en droit positif, l'égalité est érigée à la fois en principe général du droit et en norme constitutionnelle[46]. Les lignes précédentes ont montré qu'elle irriguait tous les domaines du droit public. Elle s'applique aux personnes physiques et morales et, dans une certaine mesure, entre celles-ci et celles-là[47]. Mais en tant que principe « *le plus fécond et peut-être le plus important* »[48] du droit, l'égalité irradie, par-delà le droit public, l'ensemble des branches du droit[49]. Elle demeure ainsi un principe[50], une notion fondamentale[51] du droit privé. Bien que son exercice dans les relations horizontales puisse parfois susciter quelques difficultés[52], elle a investi le droit civil des personnes[53], le

[42] CE, *Rapport public sur le principe d'égalité*, éd. La documentation française, 1996, p. 29.
[43] GDCC, 18e éd. Dalloz, 2016, pp. 644 et s. ; L. FAVOREUX, *Objet et portée de la protection des droits fondamentaux, Débats*, in L. Favoreux (dir. sous), *Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux*, éd. Économica-PUAM, 1981, p. 399, spéc. p. 400 ; du même auteur, « Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel en France », in *La limitation des droits de l'homme en droit comparé*, colloque Université Mac. Gill. mai 1985, éd., Yvon Blais, 1986, p. 289 ; G. BRAIBANT, « Le principe d'égalité dans la jurisprudence du conseil constitutionnel et du conseil d'Etat », in *la déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence*, Colloque des 25 et 26 mai 1989, éd. PUF, 1989, p. 97.
[44] Décision n°2013-669 DC du 17 mai 2013, *GDDC*, 2016, p. 704, où le juge constitutionnel affirme que le principe d'égalité devant la justice est « *inclus dans le principe d'égalité devant la loi proclamé par la Déclaration des droits de l'homme de 1789* ».
[45] Ces situations sont qualifiées par le professeur Mélin-Soucramanien d'égalité indéterminée qu'il oppose à l'égalité déterminée, voir F. MELIN-SOUCRAMANIEN, *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du conseil constitutionnel*, éd. Économica-Aix-Marseille, 1997, nos125 et s.
[46] D. TRUCHET, *Droit administratif*, 6e éd. PUF, 2015, n°562.
[47] G. CORNU, « Les notions d'égalité et de discrimination en droit civil *français* », in *Travaux de l'association H. Capitant,* t. XIV, 1961-1962, éd. Dalloz, 1965, p. 87, spéc. pp. 125 et s.
[48] V. LASSERRE-KIESOW, « L'égalité », *JCP* G, 2010, n°23, p. 643, spéc. n°2.
[49] « L'égalité civile », in J.-C. Saint-Pau (dir. sous), *Droit de la personnalité,* éd. Lexis-Nexis, 2013, p. 191, spéc. n°326.
[50] P. MAZIERE, *le principe d'égalité en droit privé,* éd. PUAM, 2003.
[51] R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé*, 1911, éd. La mémoire du droit, 2001, p. 136.
[52] C. LEGUEVAQUES, « L'égalité des créanciers dans les procédures collectives : flux et reflux », *Gaz. pal*. 2002, 1, Doctr. p. 162, spéc. p. 165.
[53] Voir art. 8 du Code civil qui dispose que « *tout français jouira des droits civils* » et Cass. civ. 27 juillet 1948, *D*. 1948, p. 535 ; *GADIP*, 1987, n°18, p. 137 qui accorde ces mêmes droits aux étrangers (Sur cette question, H. BATIFFOL, « Rapport sur les notions d'égalité et de discrimination en droit international privé français », in *Les notions d'égalité et de discrimination en droit interne et en droit international, Travaux de l'asso. H. Capitant,* éd. Dalloz, 1965, p. 460), sauf dans les cas où la loi en dispose autrement. Art. 11 du Code civil qui attribue aux étrangers

droit des contrats[54] et celui du travail[55]. De même, « *le droit pénal n'ignore pas l'impératif égalitaire* »[56]. Avec l'exigence d'une égalité des armes entre les parties dans le procès[57],

---

tous les droits dont leur pays d'origine accorde aux Français en vertu des traités ou accords internationaux (cette règle concerne essentiellement les ressortissants communautaires. Voir TGI Orléans, 17 mai 1984, *Rev. crit. DIP*, 1986, p. 307, note F. Monéger qui affirme l'égalité entre les sexes. L'égalité est également prévue entre les membres du couple (voir en ce sens J.-J. LEMOULAND, « Le couple en droit civil », *Dr. de la famille*, n°7-8, juillet 2003, Chron. 22 ; Ph. JESTAZ, « L'égalité et l'avenir du droit de la famille », *in Autour du droit civil, Écrits dispersé, Idées convergentes,* éd. Dalloz, 2005, p. 289), notamment dans les matières relatives à l'établissement de la filiation (où pendant longtemps, il existait une inégalité entre la mère et le père, puisque si la première avait demandé à accoucher sous X, il était interdit à l'enfant de chercher à établir juridiquement la maternité, alors qu'aucune restriction n'était prévue pour la recherche de paternité. Cette inégalité a été remise en cause par la loi n°2009-61 du 16 janvier 2009. Désormais l'article 325 du Code civil autorise cette recherche de maternité même en cas d'accouchement sous X), à la contribution aux charges du foyer (art. 214 du Code civil), à l'administration des biens (art. 1421 du Code civil), la fixation du domicile (art. 215 alinéas1 et 2 du Code civil), au choix du nom des enfants (art. 311-21 du Code civil) ou encore à l'exercice de l'autorité parentale (art. 372 du Code civil). Les enfants restent également soumis à un traitement égal, eu égard non seulement à la preuve de leur filiation (art. 733 al. 1 du Code civil. Il faut noter que, sur ce point, il existait pendant longtemps une inégalité entre les enfants légitimes et ceux illégitims. Par exemple, l'enfant légitime devait simplement produire son acte de naissance pour prouver sa filiation maternelle, alors que l'enfant naturel avait besoin d'un acte de volonté délibérée, d'une reconnaissance. C'est ainsi que la loi n°72-3 du 3 janvier 1972 sur la filiation a posé un principe d'égalité entre les statuts d'enfants légitimes et d'enfants naturels (A. SÉRIAUX, « Légalité des filiations depuis la loi du 3 janvier 1972 », in *Mél. offerts à A. Colomer*, éd. Litec, 1993, p. 341) et l'ordonnance n°2005-759 du 4 juillet 2005 a définitivement supprimé ces distinctions entre filiation légitime et naturelle. On signalera, toutefois, que l'enfant incestueux n'a toujours droit qu'à une seule filiation (anc. art. 310-2 du Code civil), mais aussi aux droits et devoirs dans leurs rapports avec leurs parents (art. 310 du Code civil), y compris en matière successorale (Il faut noter que jusqu'à 2001, les enfants adultérins subissait un préjudice qui consistait à leur attribuer une demi-part dans l'héritage. Cependant, sous l'influence de l'arrêt *Mazurek* (CEDH, 1er février 2000, *D*. 2000, p. 332, note J. Thierry ; *LPA* 5 juillet 2000, n°133, p. 18, note J. Massip ; *JCP* G, 2000, II, 10826, note A. Gouttenoire-Cornut et F. Sudre) dans lequel la Cour européenne des droits de l'homme a estimé que cette inégalité n'avait aucune justification, la loi n°2001-1135 du 3 décembre 2001 a abrogé toute les dispositions ayant établi cette discrimination). Sur la question de manière générale, A. ELVINGER, « Rapport sur les notions d'égalité et de discrimination en droit civil français », in *Les notions d'égalité et de discrimination en droit interne et en droit international, Travaux de l'asso. H. Capitant,* éd. Dalloz, 1965, p. 87 ; L. MAYAUX, « L'égalité en droit civil », *JCP*, n°39, 1992, p. 385.

[54] Elle s'exprime de deux manières. D'une part, par une égalité des parties devant la loi contractuelle qui « *suppose que le consentement des parties soit pareillement libre et éclairé, lors de la conclusion du contrat* » (« L'égalité civile », in J.-C. Saint-Pau (dir. sous), *Droit de la personnalité,* éd. Lexis-Nexis, 2013, p. 191, spéc. n°329) et, d'autre part, par l'exigence d'une équivalence entre les prestations (art. 1108 du Code civil). Sur l'ensemble de la question, voir D. BERTHIAU, *Le principe d'égalité et le droit civil des contrats*, éd. LGDJ, 1999.

[55] Voir les articles 119 du Traité de Rome et L3221-1 et L3221-2 du Code du travail qui imposent une égalité de rémunération entre les hommes et les femmes ; L1132-1 du Code du travail qui prohibe les discriminations arbitraires (Sur cette question, A. MAZEAUD, « Rapport français », in *La discrimination, Travaux de l'ass. H. Capitant,* t. LI 2001, éd. Société de législation comparée (SLC), 2004, p. 351 ; loi *Roudy* du 13 juillet 1983 qui a transposé, en droit français, la directive européenne du 9 février 1976 et les articles L1141-1 et s. du Code du travail qui imposent de manière générale une égalité professionnelle entre les sexes. Voir aussi, Cass. soc. 24 septembre 2008, n°06-45.579, *Bull. civ*. V, n°175 où la Cour affirme que « *la règle 'à travail égal salaire égal' est sans application lorsque des salariés appartiennent à des entreprises différentes, peu important que ces salariés soient soumis à la même convention collective* ». De plus, on se souvient que dans l'arrêt *Ponsolle* (Cass. soc. 29 octobre 1996, *Dr. social* 1996, p. 1013, note A. Lyon-Caen ; *RJS* 12/96, n°1272), la Cour de cassation avait consacré l'égalité des rémunérations entre les sexes au motif qu'elle n'est que l'application du principe général « *à travail égal, salaire égal* ». Plus récemment la chambre sociale de la Cour de cassation a consacré un principe plus général d'égalité de traitement (Cass. soc. 30 janvier 2008, n°06-46.447, *JCP* S 2008, 1274, note J.-F. Césaro ; Cass. soc. 10 juin 2008, n°06-46.000, *Dr. soc*. 2008, 981, Chron. Ch. Radé ; GADT, 2008, p. 45. Add. O. BONIJOLY et F. RIQUOIR, « Retour sur la jurisprudence relative au principe d'égalité de traitement entre salariés : le principe à l'épreuve de la pratique », *Gaz. Pal*., 2011, n°253, p. 19) qui a vocation à s'appliquer au-delà des avantages salariaux.

[56] D. DECHENAUD, *L'égalité en matière pénale*, éd. LGDJ, 2008, n°444. Voir art. 225-1, 225-2, 432-7 du Code pénal qui répriment les discriminations pour motifs arbitraires ; art. 24 al. 6 de la Loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse sanctionnant la provocation à la discrimination. Voir aussi la jurisprudence, notamment

pénal[58], civil[59] ou administratif[60], le droit processuel demeure tout aussi marqué par le souci d'égalité. En outre, si elle n'est « *nulle part posée* expressis verbis *dans la législation des procédures collectives* »[61], l'égalité n'en reste pas moins un « *principe fondamental* »[62], une règle d'or[63], un principe de base[64], un principe d'ordre public interne[65] et international[66] du droit des entreprises en difficulté[67]. Lorsque l'on aborde le droit boursier, on s'aperçoit pareillement que l'égalité est une norme des marchés financiers qui encadre essentiellement les offres publiques[68] et la diffusion de l'information[69].

7. L'idée d'égalité demeure présente même au-delà du droit national. Ainsi, bien qu'elle « *ne figure pas dans les traités européens fondateurs* »[70], l'égalité n'en constitue pas moins un

---

Cons. const. 23 juillet 1975, *Juge unique, Rec. leb*. p. 22 ; *AJ* 1976, p. 44, note J. Rivero ; *D*. 1977, p. 629, note L. Hamon et G. Levasseur ; *JCP* 1977, 18200, note C. Franck ; *RDP* 1975, p. 1313, obs. L. Favoreux et L. Philip ; Cass. crim. 18 décembre 2007, *D*. 2008, act. jurispr. p. 416 ; p. 893, note S. Detraz ; *AJP* 2008, p. 140, note G. Roussel ; *Dr. pénal* 2008, comm. 41, obs. M. Véron ; Cass. crim. 22 mai 2012, n°10-88.315 ; Cass. crim. 20 janvier 2009, *Rev. sc. crim*. 2009, p. 589, obs. Y. Mayaud ; D. 2009, act. jurispr. p. 997, obs. S. Detraz ; *AJP* 2009, p. 180, obs. J. Lasserre Capdeville ; *Dr. pénal* 2009, Chron. 10, obs. M. Segonds.

[57] Evoqué dans la décision *Neumseister c/Autriche* (CEDH, 27 juin 1968, série A, n°8*),* le principe d'égalité des armes a été exprimé de façon claire pour la première fois par la Cour européenne des droits de l'homme dans l'arrêt *Delcourt c/ Belgique* (CEDH, 17 janvier 1970, série A, n°11). V. également, Cons. const. n°89-260 DC, 28 juillet 1989, sur *la loi relative à la sécurité et à la transparence du marché financier*, consid. 44, *RFDA* 1989, p. 681, obs. B. Genevois.

[58] Art. Préliminaire première partie code de procédure pénale.

[59] S. AMRANI MEKKI et Y. STRICKLER, *Procédure civile*, éd. PUF, 2014, n°208.

[60] Voir CE 20 avril 2005, *Karsenty*, *Rec. leb*. p.151 ; *AJ* 2005, p. 1732, note M. Lascombe ; *Cahiers FP* 2005, n°8, p. 33, concl. M. Guyomar ; *Dr. administratif* 2005, n°105, note M. Lombard ; *JCP* 2005, I, n°177, obs. L. Levoyer (n°22) ; *RFDA* 2005, p. 69, pour qui, il s'agit du principe selon lequel, « *dans un débat juridictionnel, aucune des parties ne doit être défavorisée par rapport aux autres* ».

[61] F. POLLAU-DULIAN, « Le principe d'égalité dans les procédures collectives », *JCP* G 1998, I, Doctr. 138, spéc. n°1.

[62] M.-J. REYMOND de GENTILE, *Le principe d'égalité entre les créanciers chirographaires et la loi du 13 juillet 1967*, Sirey, 1973, p. 4.

[63] J.-P. SORTAIS, note sous Cass. com. 17 novembre 1992, *D*. 1993, Jur. 241, spéc. n°5.

[64] J.-M. CALENDINI, « Le principe de proportionnalité en droit des procédures collectives », *LPA*, 30 septembre 1998, n°117, p. 51, spéc. n°4.

[65] Cass. com. 19 avril 1985, *Rev. Banque* 1985, n°453, p. 856, obs. J-L. Rives-Langes ; *JCP* E, 1986, I, 15331, n°14, obs. M. Cabrillac et M. Vivant.

[66] Cass. com. 4 février 1992, *D*. 1992, p. 181.

[67] Art. 2285 du Code civil ; L643-8 du Code de commerce ; Cass. com. 17 novembre 1992, *D*. 1993, Jur. 241, note J.-P. Sortais et Somm. 191, obs. A. Honorat ; *LPA* n°21, 17 février 1993, p. 23. Sur l'ensemble de la question, M. VASSEUR, *L'égalité entre les créanciers chirographaires dans la faillite*, éd. Rousseau & Cie, 1949 ; M.-J. REYMOND de GENTILE, *Le principe d'égalité entre les créanciers chirographaires et la loi du 13 juillet 1967*, Sirey, 1973 ; P. DELMOTTE, « L'égalité des créanciers dans les procédures collectives », in Rapp. Cour de cass. 2003, *L'égalité*, p. 125, spéc. 140.

[68] Articles 231-3, 231-7, 238-3 et 261-1 RG AMF. Sur la question en générale, voir E. WYMEERSCH, « L'offre publique d'achat obligatoire », *RDAI*, n°5, 1991, p. 265 ; A. PETITPIERRE-SAUVAIN, « L'égalité des actionnaires dans l'offre publique d'achat (OPA) », *RDAI* 1991, p. 645.

[69] J.-B. GALVIN, *Les conflits d'intérêt en droit financier*, éd. IRJS Editions, 2016, n° 939 ; J.-M. MOULIN, « Le principe d'égalité devant l'information dans le système répressif boursier. À propos de Cass. com. 5 octobre 1999, aff. Haddad », *Bull. Joly Bourse*, 2000 n°2, p. 117.

[70] CE, *Rapport public sur le principe d'égalité*, éd. La documentation française, 1996, pp. 35 et 36.

principe directeur du droit communautaire[71]. En droit international, on l'a retrouve également dans diverses matières comme le commerce[72], l'arbitrage[73], les mouvements des personnes[74] ou la protection des droits de l'homme[75]. Ce tour d'horizon a permis de constater que « *le dispositif protecteur de l'égalité est désormais en place, à tous les niveaux de l'ordre juridique* »[76], y compris donc en droit des sociétés

8. Il est vrai qu'il n'existe aucune disposition législative qui énonce de manière générale que les associés doivent demeurer égaux en droit. Toutefois, l'égalité est traitée en doctrine comme un principe général du droit des sociétés[77]. Certains auteurs vont même plus loin, la qualifiant de dogme fondamental[78] du contrat de société, de principe cardinal[79] ou encore de *« pierre angulaire »*[80] du droit des sociétés.

9. L'exigence d'égalité est parfois formellement exprimée dans les textes[81]. Tel est le cas des articles L225-204 et L823-11 du Code de commerce qui affirment successivement que l'égalité doit être observée en cas de réduction de capital[82] et que le commissaire aux comptes doit s'assurer, à la fin de chaque exercice, que celle-ci a bien été respectée. Cependant, dans la plupart des cas, le souci d'égalité n'est que sous-entendu dans la loi, n'apparaissant qu'en filigrane. L'affirmation se vérifie dans de nombreuses dispositions du Code civil. L'on peut

[71] Voir Titre III, art. 20 et 21 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ; art. 18 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne interdit de manière générale les discriminations fondées sur la nationalité. Voir également, CJCE, 17 décembre1959, *Sociétés des fonderies de Pont-à-Mousson*, *aff*. 14-59, p. 445 ; CJCE, 19 octobre 1977, *SA Moulins de Pont-à-Mousson c/O.N.I.C*., *aff*. 124-76 et 20-77.

[72] Cet idéal d'égalité est matérialisé par la mise en place de la clause de la nation la plus favorisée qui impose à un État qui accorde une faveur à un autre de conférer le même privilège à tous les autres membres de l'OMC, et de manière plus générale, par le principe de l'égalité de traitement posé par l'article III du Gatt qui impose de traiter pareillement les produits nationaux et étrangers.

[73] E. LOQUIN, « À la recherche du principe d'égalité des parties dans le droit de l'arbitrage », *Gaz. pal*. 2 juillet 2008, n°184, p. 5.

[74] *OIT n°97, 1949 et n°143 en 1975.*

[75] Voir articles 1 et 2 Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948 ; art. 3 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques ; art. 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950. Voir aussi, M. BOSSUYT, *L'interdiction de la discrimination dans le droit international des droits de l'homme*, éd. Bruylant, 1978, pp. 31 et s.

[76] L. MAYAUX, « L'égalité en droit civil », *JCP*, G 1992, I, 3611, spéc. n°2.

[77] J. MESTRE, « L'égalité entre associés, (aspects de droit privé) », *Rev. Sociétés,* 1989, p. 399, spéc. p. 405.

[78] Voir E. THALLER, note sous Cass., 30 mai 1892, *D*. 1893, pp. 1 et 105 ; F. PELTIER, « L'attribution d'un dividende majoré à l'actionnaire stable », *Bull. Joly,* 1993, p. 55 ; D. SCHMIDT, *Les droits de la minorité dans la société anonyme*, éd. Sirey, 1970, n°208, p. 12.

[79] M. GERMAIN, « Les moyens de l'égalité des associés dans les sociétés par actions non cotées », in *Études de droit privé, Mél. Offerts à P. Didier*, éd. Économica, 2008, n°1, p. 189. Voir aussi du même auteur, « Les actions de préférence », *Rev*. *sociétés*, 3/2004, p. 597.

[80] M. E. DAILLY, *Rapport Sénat n°457 sur la proposition de loi, autorisant le versement de primes de fidélité*, p. 6.

[81] Ph. JESTAZ*,* « Le principe d'égalité des personnes en droit privé », *in Autour du droit civil, Écrits dispersé, Idées convergentes, op.cit.,* pp. 260 et s.

[82] À rapprocher aux articles L225-209-2 dernier alinéa et R225-153 du Code de commerce qui impose l'égalité dans les rachats d'actions.

citer l'article 1832 qui met à la charge de tout associé une obligation d'apport ; l'article 1843-2 aux termes duquel les droits de chaque associé dans le capital social sont proportionnels à ses apports ; l'article 1844-1 qui attribue à chaque associé une part dans les bénéfices et les pertes proportionnellement à son apport ; enfin, l'article 1844 selon lequel « *tout associé a le droit de participer aux décisions collectives* ». Outre ces dispositions du droit commun des sociétés[83], d'autres textes spéciaux semblent être inspirés par l'exigence d'égalité. Ainsi en est-il de ceux qui organisent la répartition du droit de vote[84] ou encore l'article 4 de la loi n°47-1775 du 10 septembre 1947 qui impose l'égalité entre associés dans la gestion des sociétés coopératives. Enfin, la mise en place des procédures de vérification des avantages particuliers[85] et des conventions réglementées[86] et l'interdiction faite à la société de cautionner certaines dettes personnelles des dirigeants[87], semblent se justifier par la volonté de préserver l'égalité entre associés[88], puisque ces dispositifs visent à prévenir, soit le conflit d'intérêt[89], soit l'inégalité de traitement.

10. Par-delà les textes, l'impératif d'égalité transparaît dans la jurisprudence. On peut évoquer la décision du Conseil constitutionnel du 7 janvier 1988[90] dans laquelle il avait été déclaré que l'article 15 de la loi de mutualisation de la Caisse nationale de crédit agricole était contraire à la constitution au motif qu'il privilégiait, dans l'administration des caisses régionales, certains sociétaires au détriment des autres[91]. La même remarque peut être déduite de la jurisprudence de la Cour de cassation relative aux abus du droit de vote. Puisque les juges y sanctionnent, outre la violation de l'intérêt social, les ruptures de l'égalité entre les

[83] Sur ce droit commun des sociétés, voir P. Le CANNU, « Existe-t-il une société de droit commun ? » in *Dialogues avec M. Jeantin*, éd. Dalloz, 1999, p. 247.
[84] Il en est ainsi notamment en matière de répartition des droits de vote. Certains de ces textes prévoient une égalité arithmétique : art. 1852 du Code civil concernant les sociétés civiles ; art. L221-6 al. 1 du Code de commerce pour les sociétés en nom collectif (SNC) et les sociétés en commandite simple (SCS) ; art. L251-10 du même code pour les groupements d'intérêt économique (GIE). D'autre en revanche instaurent une répartition proportionnelle : art. L223-21 al. 1 du Code de commerce pour les SARL ; art. L225-122 du même code pour les sociétés anonymes (SA) et les sociétés en commandite par actions (SCA).
[85] Articles L225-8 et L225-147 du Code de commerce.
[86] Art. L225-38 du Code de commerce.
[87] J. MESTRE, « L'égalité entre associés, aspects de droit privé », art. cit., p. 400.
[88] M. GERMAIN, « Les moyens de l'égalité des associés dans les sociétés par actions non cotées », art. cit., n°2, p. 189.
[89] Pour une étude globale sur la question, voir D. SCHMIDT, *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme*, nouvelle version, éd. Joly, 2004. Pour le conflit d'intérêt en droit public, J.-D. DREYFUS, « Le conflit d'intérêt en droit public (aspect non contentieux) », *LPA*, 17 juin 2002, p. 5.
[90] Cons. Constit., 7 janvier 1988, *Rev. sociétés*, 1988, p. 229, note Y. Guyon.
[91] On rappellera que ce texte prévoyait que la majorité des membres du conseil d'administration des caisses régionales de crédits agricoles mutuels (visées par l'ancien article 630 Code rural devenu l'article L512-4-34 du Code monétaire et financier) devaient être des membres des groupements visés au 1° et 7° de l'ancien article 617 du Code rural devenu R512-4 du Code monétaire et financier (en l'occurrence les sociétés coopératives agricoles, les exploitations agricoles à responsabilité limitée ou encore des sociétés civiles de personnes ayant pour objet l'exploitation en commun de biens agricoles et forestiers).

associés[92]. Enfin, selon une certaine doctrine[93], c'est le souci de préserver l'égalité qui a guidé les solutions jurisprudentielles ayant, d'une part, admis la validité des clauses de répartition des sièges ou d'alternance aux fonctions de direction[94] dans le cadre des filiales communes et, d'autre part, imposé l'attribution à chaque administrateur de la société anonyme d'un droit à l'information[95]. Au regard de ces éléments, l'égalité paraît être un impératif du droit des sociétés. On se souvient que d'anciens arrêts en faisaient même un principe d'ordre public de cette matière[96].

11. Dans ces conditions, il est permis de se demander si ce constat ne condamne pas toute étude sur l'inégalité entre associés. En tout état de cause, pour que la rupture d'égalité entre associés puisse être concevable en droit des sociétés, il faudra que l'égalité n'y soit pas conçue de manière absolue, sans quoi les sociétés seraient, en toutes circonstances, dans l'obligation d'accorder et d'imposer à chaque associé des droits et obligations strictement proportionnels au montant de son apport[97]. Aucun avantage ni désavantage ne pourraient et ce, pour quelque motif que ce soit, être octroyés ou mis à la charge d'un associé, sans qu'ils le soient pour les autres. Or, telle que décrite ci-dessus, l'égalité paraît si forte que l'on pourrait croire qu'elle soit une règle absolue du droit et du droit des sociétés en particulier.

12. Il est pourtant difficile de s'en tenir à une telle analyse car, à l'évidence, ce serait préparer le principe d'égalité *« à un déclin artificiel que de lui conférer une signification absolue* »[98]. Si cette règle domine tout le droit, un bon fonctionnement de la société doit nécessairement conduire à lui attribuer une portée relative. Cette remarque s'impose avec d'autant plus de force que « *l'égalité ne se laisse pas facilement saisir »*[99]. Il s'agit d'une « *notion extrêmement complexe, quelle que soit la manière dont on l'aborde, que ce soit sous un angle thématique ou conceptuel, que l'on s'attache à son contenu, à ses titulaires ou aux techniques qui permettent de le reconnaître et d'en assurer le respect* »[100]. Il semblerait même

[92] Voir *infra*, n° 115 et s.
[93] J. MESTRE, « L'égalité entre associés, aspects de droit privé », art. cit., p. 399, spéc. p. 403.
[94] Voir par exemple, Cass. com. 24 février 1987, *Bull. Joly* 1987, p. 223.
[95] Cass. com. 2 juillet 1985, *Cointreau*, *Rev. sociétés*, 1986, p. 231, note P. Le Cannu. On notera que cette hypothèse n'était pas prévue dans la loi.
[96] Voir par exemple, Req., 29 décembre 1896, *D*, 1897, I, p. 125.
[97] Contrairement à l'opinion de Monsieur de Cordt (Y. de CORDT, *L'égalité entre actionnaires*, éd. Bruylant, Bruxelles, 2004, n°212, p. 300, note 776), la conception absolue de l'égalité ne postule pas forcément l'obligation de donner des droits et obligations identiques à tous les copartageants.
[98] P. LAFFITE, *Le paradoxe de l'égalité*, éd. Librairie Hachette et Cie, 1887, p. 206 ; P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, éd. Panthéon Assas, LGDJ, 1999, n°575, p. 534.
[99] A. LYON-CAEN, « L'égalité et la loi en droit du travail », *Dr. social*, 1990, p. 68, spéc. n°2, p. 68.
[100] F. VALDÉS DAL-RÉ, « Conclusion », in G. Borenfreund et I. Vacarie (dir. sous), *Le droit social, l'égalité et les discriminations*, éd. Dalloz, 2013, p. 199, spéc. n°5.

qu'elle « *se dérobe à toute définition stable* »[101] puisque, au fond, « *jamais personne n'en a donné une définition assurée* »[102].

Cela s'explique sans doute par le fait que « *la notion d'égalité est susceptible de recevoir plusieurs acceptions notablement différentes* »[103]. Au-delà des distinctions généralement établies entre égalité commutative et égalité distributive, égalité des individus et égalité des groupes, égalité de droit et égalité de fait[104], égalité des chances et égalité des résultats[105], égalité-nombre et égalité-sentiment[106], l'égalité peut se concevoir devant, dans ou par la loi[107]. On constate, en dernière analyse, qu'il s'agit d'une notion énigmatique[108] qui se prête à diverses interprétations[109]. Cette ambigüité de l'égalité se vérifie également en droit des sociétés[110]. On se demande, dès lors, comment attribuer une portée absolue à une notion aussi fuyante et incertaine pour en faire un obstacle à la réception de l'inégalité entre associés.

13. Il est heureux de noter que, même en droit public, l'égalité ne se conçoit que de manière relative[111]. Il suffit d'analyser les textes et la jurisprudence pour s'en convaincre. En effet, s'il exige un traitement égal des citoyens, l'article 1er de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen n'écarte pas les distinctions[112] sociales fondées *« sur l'utilité commune »*. Dans la même veine, il est énoncé à l'article 6 dudit texte que les citoyens sont admissibles à toutes dignités, places et emplois publics *« selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents* ». De la conjonction de ces textes, il appert que l'égalité est une notion relative, susceptible d'être neutralisée chaque fois que la protection de l'intérêt général ou une différence de situations le justifient.

14. Cette relativité du principe est prise en compte par le législateur, puisque « *les exemples des inégalités (…) créées par la loi sont multiples et dans tous les domaines* »[113]. Elle est aussi exprimée dans la jurisprudence. Le Conseil d'État a très tôt affirmé, d'une part,

---

[101] V. LASSERRE-KIESOW, « L'égalité », *JCP* G, 2010, n°23, p. 643.
[102] G. VEDEL, « L'égalité », art. cit., p. 172.
[103] F. MELIN-SOUCRAMANIEN, *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du conseil constitutionnel*, éd. Économica-Aix-Marseille, 1997, n°10.
[104] R. BRUNET, *op.cit.,* p. 7.
[105] A. RENAUT, *Egalité et discrimination*, éd. Seuil, 2007, pp. 99 et s.
[106] L. SFEZ, *L'égalité*, *op.cit*., pp. 8 et s.
[107] G. PELLISSIER, *Le principe d'égalité en droit public*, éd. LGDJ, 1996, pp. 24 et s.
[108] G. VEDEL, « L'égalité », art. cit., p. 177.
[109] A. SUPIOT, « Principe d'égalité et limites du droit du travail », *Dr. social* 1992, p. 382.
[110] Voir *infra*, nos42 et s.
[111] J.-M. MOULIN, *Le principe d'égalité dans la société anonyme,* th. Aix-Marseille, 1999, n°15, p. 14.
[112] Sur la notion de distinction, voir M.-L. IZORCHE, « Réflexions sur la distinction », in *Mél. en l'honneur de C. Mouly*, t. 1, éd. Litec, 1998, p. 53.
[113] J. SAGOT, « L'inégalité par la loi », *LPA*, 28 novembre 2002, n°238, p. 9.

que des normes différentes pouvaient s'appliquer à des situations différentes[114] et, d'autre part, que l'égalité pouvait être remise en cause face à un motif d'intérêt général[115]. Les magistrats du Conseil constitutionnel se sont également rangés dans la même lignée, rappelant constamment que « *le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général* »[116].

15. Ainsi, existe-t-il de nombreux cas dans lesquels le Conseil a pu entériner des ruptures d'égalité pour des raisons d'intérêt général[117]. On évoquera la décision dite *Nationalisations I*[118] dans laquelle les sages, après avoir rappelé l'identité du statut juridique des banques dont le capital est majoritairement détenu par des personnes physiques ou morales étrangères et les autres structures bancaires, avaient jugé que les premières pouvaient néanmoins bénéficier d'un traitement spécifique, en raison des risques de difficultés que leur nationalisation pourrait entraîner sur le plan international et dont la réalisation pourrait compromettre « *l'intérêt général* » qui s'attache aux objectifs poursuivis par le législateur. D'autres décisions ont admis des distinctions sur la base de différences de situations[119]. À cet égard, on notera que selon la jurisprudence, la différence de situation doit être objective, rationnelle[120], suffisamment nette[121] et être en rapport avec l'objet et le but poursuivi[122]. On remarquera, enfin, que la Cour de justice de l'Union européenne adopte la même lecture de l'égalité dans la mesure où, selon elle, l'impératif d'égalité peut être battu en brèche chaque fois que la protection de l'intérêt général[123] ou une différence de situations objectives l'exige[124]. On retiendra finalement, pour reprendre la formule du Conseil constitutionnel, que « *le principe*

[114] CE 10 février 1928, *Chambre syndicale des propriétaires marseillais*, *Rec. leb*. p. 222.
[115] CE Ass. 19 juin 1964, *Sociétés des pétroles Shell-Berre et autres*, *Rec. leb.* p. 344 ; CE Ass. 10 mai 1974, *Denoyer et Chorques*.
[116] Cons. const. 11 janvier 1990, n°89-266 DC ; 20 janvier 1993, n°92-316 DC ; 6 mars 1998, n°98-397 DC, *loi relative au fonctionnement des conseils régionaux.*
[117] Pour plus de détails, voir F. MELIN-SOUCRAMANIEN, *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, éd. Économica-Aix-Marseille, 1997, n^{os}397 et s.
[118] Cons. constit., 16 janvier 1982, n°81-132 DC *Nationalisations I*, *JO* du 17 janvier 1982, p. 299 ; *Rev. sociétés*, 1982, p. 136.
[119] Sur ces exemples, voir B. GENEVOIS, *La jurisprudence du Conseil constitutionnel, principes directeurs*, éd. STH, 1988, n^{os}372 et s.
[120] Cons. const. n°83-164 DC du29 décembre 1983, *Perquisitions fiscales*, *Rec. leb*. p. 67 ; CE Ass. 13 juillet 1962, *Conseil national des ordres de médecins, Rec. leb*. p. 469 ; CJCE, 19 octobre 1977, *SA Moulins de Pont-à-Mousson c/O.N.I.C.*, *aff.* 124-76.
[121] CE Ass., 10 mai 1974, *Denoyer et Chorques.*
[122] Cons. Constit., 7 janvier 1988, *Rev. sociétés*, 1988, p. 229, note Y. Guyon ; CE, 31 octobre 1990, *Union des chambres syndicales de l'industrie du pétrole, Rec. leb*. p. 304.
[123] CJCE, 14 mai 1974, *Nold c/ Commission*, *aff.* 4-73, p. 491, où la Cour affirme que le principe d'égalité peut connaître « *certaines limites justifiées par les objectifs d'intérêt général poursuivis par la communauté, dès lors qu'il n'est pas porté atteinte à la substance de ces droits* ».
[124] CJCE, 24 octobre 1973, *Merkur c/Commission*, *aff.* 43-42, p. 1055.

d'égalité impose seulement qu'à des situations semblables soient appliquées les mêmes règles »[125] et n'interdit pas que des situations différentes soient traitées différemment ou identiquement.

16. À l'image du droit public[126], le droit des sociétés privilégie une acception relative de l'égalité[127]. C'est ce qu'exprime la doctrine lorsqu'elle affirme que l'égalité entre associés s'apprécie *in concreto* et non *in abstracto*[128]. Amplement démontrée par Jean-Marc Moulin dans sa thèse[129], cette relativité fait partie des rares sujets ayant fait l'unanimité en doctrine[130] ; tous les auteurs s'accordent sur ce point[131]. La loi sur les sociétés la confirme également, puisqu'elle a mis en place des mécanismes permettant d'instituer une inégalité de traitement des associés. L'on pense ici aux catégories de titres sociaux[132] et aux avantages particuliers[133]. L'établissement de ces dispositifs, d'essence inégalitaire, demeure largement accepté[134]. De plus, aucune règle n'impose de les accorder à tous les associés se trouvant dans des situations identiques[135]. Il s'en infère que les sociétés disposent d'une grande marge de liberté dans leur utilisation, même si, généralement, leur attribution repose sur une différence de situations[136] ou un souci de servir l'intérêt social[137], qui est dans les sociétés, ce qu'est l'intérêt général en droit public. Ainsi, la société peut, dans le but de stabiliser son actionnariat, récompenser les associés les plus fidèles en leur octroyant, par exemple, un droit de vote renforcé[138]. Elle peut également, en cas de difficultés financières, attirer des investisseurs[139] en leur offrant une

[125] Cons. const. 21 janvier 1981, n°80-128 DC, *Travail à temps partiel, Rec. leb*. p. 29.
[126] S. SCHILLER, « L'égalité en droit des sociétés », in *L'égalité*, *Arch. phil. dr*., t. 51, éd. Dalloz, 2008, p. 119, spéc. n°13, p. 125.
[127] S.TORK, « Le rachat par les sociétés cotées de leurs propres actions (article L225-209 du Code de commerce) et le principe d'égalité des actionnaires », *Bull. Joly Bourse*, 2002, p. 509, spéc. n°4.
[128] J. MESTRE, art. cit., p. 407.
[129] J.-M. MOULIN, *Le principe d'égalité dans la société anonyme, op.cit.*
[130] P. COPPENS, *L'abus de majorité dans les sociétés anonymes*, th. Paris, 1945, n°45, p. 69.
[131] J.-J. DAIGRE, « Actions privilégiées, catégories d'actions et avantages particuliers », in *prospectives du droit économique, Dialogues avec M. Jeantin*, éd., Dalloz, 1999, p. 213, spéc. pp. 213-214, qui parle de principe « plus que relatif » ; J. BELLET, *Des actions de priorité*, th. Paris, 1904, p. 62 ; A. VIANDIER, *La notion d'associé*, LGDJ, 1978, n°122, p. 122. P. CORDONNIER, *De l'égalité entre actionnaires*, *op.cit*., n°15, p. 50 ; Y. de CORDT, *L'égalité entre actionnaires*, *op.cit*., n°212, p. 300.
[132] Art. L 228-11 du Code commerce.
[133] Articles L225-8 et L225-147 du Code de commerce.
[134] Il suffit seulement de respecter la procédure dite de contrôle des avantages particuliers.
[135] S. SCHILLER, « L'égalité en droit des sociétés », in *L'égalité*, *Arch. phil. dr*., t. 51, éd. Dalloz, 2008, p. 119, spéc. n°15.
[136] P. CORDONNIER, *De l'égalité entre actionnaires*, *op.cit*., n°4, p. 19.
[137] *Ibid.* n°15, pp. 49 et 50.
[138] B. SOLLE, « Le domaine de la loi de la majorité dans les groupements de droit privé », in « La loi de la majorité », *RJ com*., 1991, p. 40.
[139] J.-J. DAIGRE, « Pacte d'actionnaires et capital-risque - Typologie et appréciation », *Bull. Joly* 1993, n°2, p. 157.

rentabilité plus significative[140].

17. Cette conception relative de l'égalité en droit des sociétés demeure aussi partagée en jurisprudence comme en témoigne un arrêt de la troisième chambre civile de la Cour de cassation du 24 mars 1971[141]. En l'espèce, le capital d'une société anonyme était divisé en deux catégories d'actions : des actions A et B. Les statuts avaient attaché plusieurs prérogatives aux secondes, à savoir un droit à la jouissance et à l'attribution en propriété lors de la liquidation de la société, un droit d'obtenir une fraction déterminée des immeubles sociaux, alors que les premières ne devaient ouvrir droit qu'au remboursement du montant non encore amorti de leur valeur nominale lors de la liquidation. Ayant estimé que cette combinaison remettait en cause le droit de participer aux bénéfices et au patrimoine social attachés aux actions A, un associé avait demandé en justice la nullité de la personne morale. La cour d'appel l'avait alors débouté et la Cour de cassation avait approuvé la décision des juges du fond, au motif qu'il n'est pas de l'essence d'une société anonyme, comme c'était le cas en l'espèce, de donner des droits absolument identiques à tous les associés, notamment en ce qui concerne le patrimoine social consécutif à la dissolution.

18. Un autre exemple nous est offert par un arrêt de la cour d'appel de Paris[142]. Dans cette espèce, les juges étaient invités à répondre à la question de savoir si le principe d'égalité entre les associés d'une société coopérative devait être envisagé de manière absolue ou, au contraire, de façon simplement relative. Sans surprise, les magistrats ont adopté la seconde hypothèse. Bien qu'elle ait été rendue dans le cadre d'une société coopérative, cette solution demeure, comme on l'a fait remarquer à juste titre[143], transposable aux autres sociétés. Vient, enfin, en appui à la démonstration du caractère relatif de l'égalité du droit des sociétés, la décision précitée de 1988, dans laquelle le Conseil constitutionnel avait considéré que des différences de traitement pouvaient être établies entre les sociétaires dans les caisses régionales de crédit agricole en raison, d'une part, des différences de situations qui existaient entre eux[144] et, d'autre part, de la volonté du législateur d'assurer le « *maintien d'un réseau bancaire homogène, appelé par sa structure, à préserver la vocation spécifique du Crédit*

[140] J. MESTRE, « La réforme des valeurs mobilières », *RLDA,* 2005, n°78, p. 11.
[141] Cass. civ. 3e, 24 mars 1971, n°70-10933, *Bull. civ*. III, n°210. A rapprocher Cass. com. 13 juin 1967, *Bull. civ*. III, n°241, p. 233 ; *RTD com*. 1967, p. 1083, note R. Houin.
[142] CA Paris, 23 sept. 1993, *RTD com.* 1994, p. 315*,* note E. Alfandari.
[143] E. ALFANDARI, « Sens du principe d'égalité entre coopérateurs », *RTD Com*. 1994, p. 315.
[144] Les sociétaires-agriculteurs avaient, contrairement aux autres, un intérêt personnel à la gestion des caisses.

agricole au service du monde agricole et rural »[145].

19. Au-delà de cette reconnaissance théorique de la relativité de l'égalité, on retrouve des exemples pratiques dans lesquels les magistrats ont admis des traitements inégalitaires entre associés sur la base de différences de situations ou de la sauvegarde de l'intérêt général. Sur le premier point, la Cour de cassation a pu valider une clause statutaire qui octroyait un droit de préemption à des associés qui s'étaient personnellement engagés au profit de la société[146]. Par ailleurs, parce qu'il occupe une position particulière au sein de la société et se trouve donc dans une situation spécifique, le majoritaire qui cède le contrôle[147] d'une société[148] peut, selon le Conseil constitutionnel[149] et la Cour de cassation[150], percevoir un prix de cession plus avantageux que celui qui serait offert aux minoritaires. Quant à la différence de traitement sous-tendue par la préservation de l'intérêt général, on s'en tiendra à l'exemple de la décision précitée de 1988, suivant lequel le Conseil constitutionnel avait admis une différenciation entre les membres des caisses régionales de crédit agricole au motif qu'elle se justifiait par la volonté du législateur d'assurer le « *maintien d'un réseau bancaire homogène, appelé par sa structure, à préserver la vocation spécifique du Crédit agricole au service du monde agricole et rural* »[151].

20. Finalement, un double constat découle de ces développements. D'une part, loin d'être absolue, l'égalité n'est qu'une règle relative, qu'elle soit abordée de manière générale ou dans le cadre plus réduit du droit des sociétés. Elle « *ne consiste pas à traiter toutes choses également, mais à traiter également toutes choses égales* »[152]. D'autre part, en dépit des apparences, l'inégalité de traitement des associés trouve bien une place dans la loi et la jurisprudence en droit des sociétés. Ce faisant, il ne semble plus exister d'obstacle qui empêche sa création dans les sociétés. Cette remarque permet de rendre sa logique à l'étude que nous nous proposons de mener et qui consistera, justement, à démontrer que la différence de traitement entre associés demeure largement admise en droit des sociétés.

---

[145] Cons. Constit., 7 janvier 1988, *Rev. sociétés*, 1988, p. 229, note Y. Guyon.
[146] Cass. com., 15 février 1994, *Bull. Joly*, 1994, p. 508, note D. Velardocchio.
[147] Pour une définition de la notion de contrôle, voir M. STORCK, « Définition légale du contrôle d'une société en droit français », *Rev. sociétés*, 1986, p. 385.
[148] Ainsi, en cas de cession de contrôle, des discriminations peuvent-elles être instaurées entre majoritaires et minoritaires, voir D. SCHMIDT, *Les droits de la minorité dans la société anonyme*, éd. Sirey, 1970, n°1.
[149] Cons. Const., déc. n°86-217 du 18 sept. 1986, *Rev. sociétés*, p. 606, note Y. Guyon.
[150] Cass. com. 2 février 1975, *Rev. sociétés*, 1976, p. 92, note B. Oppetit ; Cass. com. 12 mai 2004, *Bull. civ*. IV, n°94, p. 97.
[151] Cons. Constit., 7 janvier 1988, *Rev. sociétés*, 1988, p. 229, note Y. Guyon consid. 27.
[152] P. MAISTRE du CHAMBON, « Préface », de l'ouvrage de D. Dechenaud, *L'égalité en matière pénale*, éd. LGDJ, 2008, p. VII.

21. Cependant, cette recherche ne peut être correctement menée que si nous dessinons les contours de son champ, par une détermination et une explication de la définition qui sera retenue pour chacun des termes du sujet.

22. Dans cette perspective, l'expression « inégalité » est celle qui retiendra, en premier lieu, notre attention. Dans le langage usuel, ce terme signifie « *qualité de ce qui n'est pas égal* »[153] ou « *caractère, état de choses ou de personnes inégales entre elles* »[154]. Est inégal ce qui n'est pas de même quantité, dimension, nature, qualité ou valeur qu'une autre chose. Cette signification, dont l'utilisation en langue française remonte à 1290[155], est aussi d'usage en mathématiques renvoyant alors à l'expression dans laquelle sont comparées deux quantités inégales, notée par les signes ≠ (différent de), < (plus petit que) ou > (plus grand que)[156]. Il apparaît donc que le mot « inégalité » désigne initialement une différence[157], laquelle peut être d'ordre quantitatif, qualitatif ou de valeur[158]. Il reste que si elle suppose une différence, la rupture d'égalité ne se résume pas à cette dernière. Selon l'encyclopédie philosophique universelle, l'inégalité se définit en droit comme une relation hiérarchisée entre deux ou plusieurs termes, établie par référence à une échelle commune et sur un objet déterminé[159]. Si bien que *« la différence ne devient inégalité que située sur une échelle, rapportée à un critère de hiérarchisation, cette relation concerne un objet déterminé* »[160]. Il s'ensuit que l'inégalité entre associés peut être appréhendée comme un rapport hiérarchisé entre les associés (les termes) sur les droits et obligations (l'objet) dans la société (l'échelle commune).

23. Toutefois, le mot inégalité est souvent employé comme synonyme de discrimination. Or, on accorde généralement deux sens à cette dernière notion. Sur le plan étymologique, la « discrimination » est un terme neutre qui évoque l'action de distinguer, de séparer, de traiter différemment deux ou plusieurs éléments[161]. Dans son second sens, qui est d'ailleurs le plus répandu en pratique, le mot « discrimination » à une connotation péjorative et désigne une

[153] *Dictionnaire Littré,* (en ligne) sens 1.
[154] *Le Grand Larousse illustré*, 2014, sens 1.
[155] *Dictionnaire historique de la langue française, Le Robert,* 2010, v. égalité.
[156] *Le Petit Robert 2013*, sens I
[157] On se souvient que Jean-Jacques Rousseau affirmait que l'inégalité naturelle « *consiste dans la différence des âges, de la santé, des forces du corps, et des qualités de l'esprit, ou de l'âme »* et que l'inégalité morale ou politique *« consiste dans les différents privilèges, dont quelques-uns jouissent, au préjudice des autres, comme d'être plus riches, plus honorés, plus puissants qu'eux, ou même de s'en faire obéir* » B. BACHOFEN et B. BERNARDI, *ROUSSEAU, Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, éd. Flammarion, 2008, pp. 63 et 64.
[158] *Trésor de la langue française*, CNRS, 1983, t. 10, sens A. 2.
[159] *Encyclopédie philosophique universelle, Les notions philosophiques,* éd. PUF, 1998, t. 1*, v°* « inégalité ».
[160] *Ibid*.
[161] D. LOCHAK, « Loi du marché et discrimination », in D. Borillo (dir. sous), *Lutter contre les discriminations*, éd. La découverte, Paris, 2003, p. 15.

différenciation fondée sur des critères prohibés par la loi[162]. Aussi, seront-elles exclues du domaine de cette étude, toutes les situations qui se regroupent sous cette seconde acception de la notion, c'est-à-dire les discriminations arbitraires basées sur la race, l'origine, le sexe ou sur tout autre critère interdit par la loi. Sous cette réserve, les termes discrimination et inégalité seront indistinctement employés dans les développements qui suivront.

24. La deuxième expression sur laquelle nous devons nous arrêter est celle d'« associés », car selon les termes de notre sujet, la discrimination ne sera envisagée qu'autant qu'elle intervient entre ceux-ci. Or, comment établir une définition unique de la notion d'associé, sachant que « *le droit des sociétés affiche un panorama dominé par l'hétérogénéité des figures d'associés* »[163] ? Certes, la doctrine tente depuis longtemps de se forger une idée générale sur le sujet. On se souvient que le Professeur Viandier[164] avait retenu l'obligation d'apport et le droit d'intervention comme étant les critères de la notion d'associé. Mais si cette opinion est partagée par certains[165], d'autres la rejettent au profit d'autres définitions. On note, par exemple, que pour les Professeurs François-Xavier Lucas[166] et Alain Couret[167], est associé celui qui se considère comme tel[168]. D'autres auteurs estiment que l'associé est celui qui est membre de la société[169] ou encore le titulaire des titres sociaux[170]. Il apparaît que, en dépit des efforts doctrinaux, la notion d'associé demeure toujours en crise[171].

25. Pourtant, la définition qui subordonne la qualité d'associé à la propriété des titres de capital paraît plus satisfaisante. Aussi, c'est elle qui sera retenue pour les besoins de ce travail. La raison est simple : en l'état du droit positif, il n'existe pas d'exemples d'associés qui ne seraient pas titulaires de titres sociaux. Il est vrai qu'il existe des situations dans lesquelles l'identification du propriétaire des parts sociales ou actions ne relève pas de l'évidence. Il en est ainsi lorsque ces titres sont démembrés, prêtés, loués, en fiducie ou en indivision. De plus, dans les sociétés civiles professionnelles (SCP), l'article 24 de la loi du 29 novembre 1966

[162] D. COHEN, « Rapport français », in *La discrimination, Travaux de l'ass. H. Capitant, t. LI 2001*, éd. Société de législation comparée (SLC), 2004, p. 173.
[163] D. VELARDOCCHIO, « Propos conclusifs », in Dossier « Les figures de l'associé », *Dr. sociétés*, 2016, n°3, p. 59.
[164] A. VIANDIER, *La notion d'associé*, éd., LGDJ, 1978.
[165] A.-V. Le FUR, « Concilier l'inconciliable » : réflexions sur le droit de vote de l'actionnaire », *D.* 2008, p. 2015, spéc. 2016 et s. et pp. 2019 et s.
[166] F.-X. LUCAS, note sous Cass. civ. 3e, 29 novembre 2006, *Dr. sociétés* 2007, n°25.
[167] A. COURET, « ADR, EDR, nominees, trustees, partnerships, global custodians, etc. », *Rev. sociétés* 1999, p. 555, spéc. p. 567.
[168] Ces auteurs estiment qu'est associé celui qui en a « *la possession d'état* ».
[169] D. CHOLET, « La distinction des parties et des tiers appliquée aux sociétés », *D.* 2004, p. 1141, spéc. n°13.
[170] F. FORGUES, *L'actionnaire indirect*, th. Paris I, 2002, n°104.
[171] A. CONSTANTIN, « Recherche notion d'associé, désespérément ! », in Dossier « Les figures de l'associé », *Dr. sociétés*, n°3, mars 2016, p. 30.

précise que l'associé frappé d'interdiction d'exercer la profession perd la qualité d'associé à partir de la date de l'interdiction, c'est-à-dire avant la cession ou le remboursement de ses parts sociales. Il s'en déduit une dissociation des qualités d'associé et de propriétaire de titres.

26. Ces remarques ne doivent toutefois pas empêcher de souscrire à cette définition matérielle de l'associé. En réalité, dans la plupart des situations où un doute existe sur le propriétaire des droits sociaux, la loi, la jurisprudence ou la doctrine sont venues trancher ou apporter des éclairages permettant de le faire. Ainsi, en cas de démembrement de la propriété sur les titres, malgré la volonté de certains[172] de reconnaître la qualité d'associés à la fois à l'usufruitier et au nu-propriétaire, la loi réserve cette qualité exclusivement à ce dernier[173]. De la même manière, la doctrine a pu démontrer que, dans les cas de prêts à la consommation[174] de titres[175], l'emprunteur doit être considéré, le temps du contrat, comme étant le propriétaire des droits sociaux[176]. Le travail doctrinal montre également que dans les situations de fiducie de titres, la qualité de propriétaire revient au fiduciaire[177]. S'agissant des hypothèses de location de titres, l'article L239-3 du Code de commerce assimile expressément les locataires aux usufruitiers[178]. Concernant l'indivision, la Cour de cassation attribue formellement la qualité de propriétaire, et donc d'associé, à chaque indivisaire[179]. Il est vrai que pour les SCP la question semble plus délicate puisque, outre la règle posée par la loi du 29 novembre précitée, la jurisprudence reste balbutiante, associant tantôt la qualité d'associé à celle de propriétaire[180], dissociant tantôt les deux[181]. Nous pensons toutefois que ce cas reste marginal

[172] A. RABREAU, *L'usufruit des droits sociaux*, éd. Litec, 2006, pp. 183 et s., qui estime qu'il n'existe pas d'obstacle légal à l'attribution de la qualité d'associé à l'usufruitier de droits sociaux. Voir aussi, J. DERRUPPÉ, « Un associé méconnu : l'usufruitier de parts ou actions », *Defrénois*, 1994, 1134.

[173] Art. 578 et 1844-5 al. 2 du Code civil. Voir aussi, art. L225-140 al. 1 du Code de commerce qui dispose que « *Lorsque les titres de capital sont grevés d'un usufruit, le droit préférentiel de souscription qui leur est attaché appartient au nu-propriétaire* ». Or, on sait que cette prérogative est réservée aux actionnaires par l'article L225-132 du même code.

[174] Art. 1893 du Code civil.

[175] Il existe deux types de prêts d'actions, à savoir d'une part, celui de consommation où l'emprunteur devient associé et devra restituer au prêteur des titres de même nature, voir CA Angers, 8 novembre 1960, *JCP*, II, 1961, 11984, note P. E ; et, d'autre part, celui d'usage où ce dernier n'acquière pas la qualité d'associé et devra rendre les mêmes titres, voir HOUIN, obs. sous CA Nancy, 26 février 1975, *RTD com*. 1975, p. 109.

[176] A. VIANDIER, *La notion d'associé*, *op.cit*., p. 36, n°24 ; M. BUCHBERGER, *le contrat d'apport, essai sur la relation entre la société et son associé*, th. éd. Panthéon Assas, 2011, p. 25.

[177] A. COURET, « ADR, EDR, nominees, trustees, partnerships, global custodians, etc. », *Rev. sociétés* 1999, p. 555, spéc. n°18. Contra : F.-X. LUCAS, note sous Cass. com. 23 janvier 2007, *Bull. Joly* 2007, p. 610, spéc. p. 614.

[178] Cette solution semble transposable à toutes les sociétés, car, il est évident que le locataire n'acquière pas la propriété sur les droits sociaux.

[179] Cass. com. 21 janvier 2014, *D*. 2014, p. 647, note Borga ; *Dr. sociétés*, 2014, n°59, note Mortier ; *Bull. Joly*, 2014, p. 212, note D. Poracchia et Barbier.

[180] Voir par exemple, Cass. com., 22 mai 2007, *Bull. Joly*, IV, n°139 ; *D*. 2007, AJ, p. 1668 ; Cass. com. 17 juin 2008, *Bull. civ*. IV, n^{os}125 et 126 ; *D*. 2008, p. 1818, note A. Lienhard ; *JCP* E 2008, 1980 ; *Bull. Joly* 2008, p. 967, note F.-X. Lucas ; *Rev. sociétés* 2008, p. 826, note J.-F. Barbièri.

et ne devrait pas pouvoir faire échec à la liaison de la qualité d'associé à la propriété des titres.

27. Suivant donc la définition retenue, seront exclues de la qualification d'associés, toutes les personnes qui ne sont pas propriétaires des titres de la société, peu importe qu'elles soient liées de près ou de loin à cette dernière. Tel est le cas des salariés, des dirigeants non associés, des usufruitiers de droits sociaux, des emprunteurs à usage de titres, des locataires de parts ou d'actions, des créanciers nantis sur des parts sociales[182] et des croupiers. En revanche, il est permis d'hésiter concernant le donneur d'ordre dans une convention de portage. Nous savons que ce dernier bénéficie en pratique d'une promesse de vente en vertu de laquelle le porteur s'engage à lui rétrocéder les titres. Or, il est bien admis en droit positif que la promesse synallagmatique de vente vaut vente[183] et que, au regard du nouvel article 1124 du Code civil, la révocation d'une promesse unilatérale dans le délai d'option n'empêche pas la formation du contrat[184]. Par suite, il ne serait pas déraisonnable d'attribuer par anticipation (c'est-à-dire dès la conclusion) au bénéficiaire de ces avant-contrats, la qualité de propriétaire des titres[185]. Si ce raisonnement demeure séduisant, il semble difficile de retenir une telle solution. Car, le donneur d'ordre ne devient véritablement propriétaire des titres sociaux qu'à la date de conclusion du contrat principal puisque, si les titres venaient à disparaître entre-temps, ils le seraient aux risques et périls du promettant.

28. Quant au terme « droit », il renvoie ici au droit des sociétés dans son acception classique. Autrement dit, à cette branche du droit privé qui regroupe l'ensemble des règles législatives et jurisprudentielles qui gouvernent les associés pris comme tels. Cette remarque conduit à écarter toutes les autres dispositions qui s'appliquent à l'associé en vertu d'une autre qualité. L'on songe ici principalement au droit boursier qui ne s'exerce à l'associé qu'en vertu de la qualité d'investisseur de ce dernier sur le marché[186].

29. La circonscription du domaine de l'étude ne peut, cependant, être complète que si

---

[181] Cass. civ. 1re, 28 octobre 2010, *D*. 2010, p. 2577, note A. Lienhard ; *JCP* E 2011, 1000, n°5, note F. Deboissy et G. Wicker ; *Dr. sociétés* 2011, n°5, note H. Hovasse.

[182] Art. 1866 et s. du Code civil. Sur la validité de cette technique lorsque les titres font l'objet d'un engagement d'inaliénabilité temporaire, voir Cass. com. 30 septembre 2008, *RJDA*, 12/08, p. 1256, n°1311.

[183] Art. 1589 du Code civil.

[184] Ce nouveau texte remet en cause la solution jurisprudentielle qui consistait à refuser toute exécution forcée d'une promesse unilatérale, si le promettant se rétractait avant l'exercice de l'option : Cass. civ. 3e, 11 mai 2011, *D*. 2011, p. 1273, édito F. Rome ; p. 1457, note D. Mazeaud ; p. 1460, note D. Mainguy ; *JCP* G, 2011, 736, note Y. Paclot et E. Moreau ; *RDC*, 2011, p. 1133, note Y.-M. Laithier ; p. 1259, note crit. P. Brun ; *D*. 2012, p. 467, chron. S. et M. Mekki.

[185] D'autant plus que ces avant-contrats peuvent faire l'objet d'exécution forcée au cas où le porteur se soustrairait de ses engagements.

[186] Voir *infra,* nos89 et s.

nous précisons le sens qu'il convient d'assigner au mot « sociétés ». Classiquement, celui-ci désigne à la fois le contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent *« d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter »*[187] et la personne morale à laquelle ce contrat peut donner naissance[188]. C'est ce second sens de l'expression qui sera retenu dans le cadre de cette étude. En réalité, dans la société-contrat, les différences de traitements entre associés ne sont rien d'autre que le fruit de la liberté contractuelle qui s'exerce entre eux. Elles ne sauraient, dès lors, constituer des discriminations au sens juridique si chacun exprime un consentement individuel libre et éclairé. C'est uniquement lorsque la société a la possibilité d'accorder une différence de traitement à un ou certains associés par rapport aux autres, que l'on sera en présence d'une inégalité entre associés. Or, cela n'est possible que si celle-ci est dotée de la personnalité morale[189]. Finalement, telle que nous l'entendons, l'inégalité entre associés s'inscrit dans une relation tripartite où, entre les associés discriminés et les autres, s'interfère la personne morale. Donc, ce travail sera exclusivement mené dans les sociétés immatriculées. En creux, seront écartées, les groupements dépourvus de la personnalité morale[190], à savoir les sociétés en participation et celles créées de fait.

30. Ayant ainsi délimité le domaine de l'étude, notre propos consistera à démontrer que, malgré l'invocation incessante d'un principe d'égalité entre associés, la liberté contractuelle permet largement à la société, personne morale, d'avantager ou de désavantager certains associés par rapport aux autres. Sans doute, la question ne semble, à première vue, guère novatrice, dans la mesure où la liberté contractuelle en droit des sociétés a déjà fait l'objet de nombreuses analyses et par d'éminents auteurs[191]. De plus, la rupture d'égalité entre associés correspond parfois à des situations bien connues en droit des sociétés. On songe par exemple à l'octroi à certains associés de catégories de titres sociaux[192] ou d'avantages particuliers[193]. Les conditions et le régime d'attribution de ces privilèges ont largement été abordés par la

[187] Art. 1832 du Code civil.
[188] M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, 29e éd. Litec, 2016, n°9.
[189] Il est vrai qu'une personnalité juridique interne semble pouvoir être accordée aux sociétés en participation. Dans ce cas, les décisions seraient prises par l'assemblée générale. Mais en plus d'être discutée en doctrine, cette hypothèse reste exceptionnelle. Ainsi, sera-t-elle exclue du domaine de cette recherche.
[190] Sur ces groupements sans personnalité juridique, voir B. DONDERO, *Les groupements dépourvus de personnalité juridique en droit privé, contribution à la théorie de la personnalité morale*, éd. PUAM, 2006.
[191] P. MOUSSERON, *Les conventions sociétaires*, 2e éd. LGDJ, Lextenso, 2014 ; J.-P. BERTREL, « Liberté contractuelle et sociétés : essai d'une théorie du « juste milieu » en droit des sociétés », *RTD. com*. 1996, p. 595 ; Y. CHAPUT, « La liberté et les statuts », *Rev. sociétés*, 1989, p. 361.
[192] Voir l'abondante littérature sur les actions de préférence, *infra*, nos274 et s. ; L. GROSCLAUDE, « Les parts sociales catégorielles dans les sociétés civiles », *Dr. et patr*., 2011, no204, p. 30.
[193] H. BOSVIEUX, « De la notion d'avantage particulier », *Journ. sociétés*, 1927, p. 65.

doctrine.

31. En pareilles circonstances, il est permis de s'interroger sur la pertinence de consacrer à nouveau une étude à la liberté d'établir des traitements inégalitaires entre les associés. Il n'en est pourtant rien et plusieurs raisons justifient une nouvelle analyse. Tout d'abord, généralement traitée dans le cadre de sociétés particulières, comme la SAS[194], la liberté contractuelle en droit des sociétés est souvent envisagée dans les rapports horizontaux entre associés[195], mais très rarement dans ceux verticaux liant la société aux associés[196]. À cela, faut-il ajouter que la doctrine peine toujours à s'accorder, d'une part, sur la notion d'avantage particuliers[197] et, d'autre part, sur la démarcation entre celle-ci et les catégories de titres sociaux réservées[198]. Enfin, l'examen du droit positif a permis de constater qu'il n'existait aucune étude générale et approfondie de systématisation de l'inégalité entre associé.

32. Il sera donc question ici tout d'abord de démontrer la validité générale de l'inégalité entre associés en droit des sociétés. Dans cette perspective, après avoir mis en évidence l'absence d'un principe d'égalité entre associés, nous procèderons à un examen des caractères et du cadre juridique de l'inégalité entre associés. Il convient cependant de noter qu'une validité de la discrimination ne saurait autoriser tout. Il est des dispositions du droit des sociétés qui interdisent la suppression et, parfois la réduction, de certains droits et obligations de l'associé. Ces règles viennent ainsi réduire les possibilités de discriminer entre associés. Partant, il sera nécessaire de s'interroger sur la composition de ces prérogatives et obligations. Cette opération permettra de déterminer dans quelle mesure l'inégalité entre associés peut être instituée au sein des sociétés. L'étude sera donc menée conformément au plan suivant :

- **Première partie : La réception de l'inégalité entre associés en droit des sociétés**
- **Seconde partie : L'encadrement de l'inégalité entre associés en droit des sociétés**

[194] D. PORACCHIA et L. GODON, « L'associé à l'épreuve de la liberté contractuelle », in « Dossier les 20 ans de la SAS », *Journ. sociétés*, janvier 2015, n°126, p. 28.
[195] Y. GUYON, « Liberté contractuelle et droit des sociétés », *RJ com.* n°4, avril 2003, p. 147.
[196] Les peu d'études sur cette question abordent la liberté contractuelle dans sa conception large et non appliquée uniquement à la discrimination entre associés, voir par exemple, M. BUCHBERGER, *le contrat d'apport, essai sur la relation entre la société et son associé*, éd. Panthéon Assas, 2011, qui, s'il aborde la liberté de la personne morale de traiter différemment certains associés, consacre sa thèse à la relation contractuelle entre la société et son associé.
[197] T. GRANIER, « Définition des avantages particuliers », *Dr. sociétés*, 2003, repères 12, p. 3 ; P. REIGNE et T. DELORME, « La nature nécessairement pécuniaire des avantages particuliers », *Bull. Joly* 2002, p. 1117.
[198] Pour plus de détails, voir *infra*, n^{os}336 et s.

PREMIERE PARTIE

La réception de l'inégalité entre associés en droit des sociétés

34. Annoncer la réception de l'inégalité entre associés en droit des sociétés doit être considéré comme le point de départ de notre analyse et non comme l'aboutissement de celle-ci. Aussi, la véracité de cette déclaration doit-elle être démontrée. À première vue, l'exercice ne semble guère difficile puisque l'observation du monde des sociétés permet de constater que celui-ci demeure le théâtre d'inégalités les plus variées entre les parties au contrat de société. À cela s'ajoute le fait que la législation sur les sociétés affiche une grande flexibilité[1], ne cessant de multiplier les possibilités[2] de créer de telles discriminations. Cette souplesse législative, accompagnée parfois d'une jurisprudence très libérale[3], semble donc postuler une liberté de discriminer entre les associés.

35. Pourtant, l'inégalité entre associés a toujours été appréhendée par la doctrine comme une simple dérogation[4] au principe inverse. Dans ce schéma, elle ne peut évidemment tirer sa validité que d'une autorisation législative[5]. Cette approche classique est devenue, somme toute, difficilement soutenable, car bien que quelques règles subsistent, imposant un traitement égal entre les associés dans certaines circonstances, force est de reconnaître que l'égalité, en tant que principe général du droit des sociétés, n'est aujourd'hui que prétendue. Par conséquent, il sera logiquement remis en cause (Titre 1).

36. Or, parallèlement à cette déliquescence du principe, l'analyse du droit positif montre qu'un accueil favorable y est réservé à l'inégalité de traitement entre associés. Ainsi, plusieurs interrogations viennent-elles à l'esprit : que renferme la notion d'inégalité entre associés ? Quels sont ses fondements en droit des sociétés ? Quelles sont les conditions de sa création et de sa disparition ? Les réponses à ces différentes questions seront apportées à travers l'étude d'un second titre consacré à l'analyse de la reconnaissance de l'inégalité entre associés (Titre 2).

---

[1] Sur la flexibilité du droit des sociétés en général, voir B. SAINTOURENS, « La flexibilité du droit des sociétés », *RTD com.* 1987, p. 457.

[2] La création des actions de préférence en est le dernier exemple en date, voir ordonnance n°2004-604 du 24 juin 2004, portant réforme des valeurs mobilières émises par les sociétés commerciales, *JO*, du 26 juin 2004.

[3] Notamment la jurisprudence sur les avantages particuliers accordés aux associés bailleurs de fonds ou aux nouveaux apporteurs de fonds propres.

[4] C'est ce qui explique l'emploi des termes comme, « *reste* » du principe – voir M. GERMAIN, art. cit., p. 189 – ou « *d'insignifiants vestiges* » – voir P. CORDONNIER, *De l'égalité entre actionnaires*, th. Paris, 1924, p. 6.

[5] Voir P. CORDONNIER, « L'égalité entre actionnaires avant et depuis la loi du 22 novembre 1913 », *Journ. Sociétés*, 1924, n^{os}9-10, p. 418, spéc. n°9, p. 430, dans lequel article l'auteur affirmait que seules les dérogations expressément prévues étaient possibles.

TITRE 1

La remise en cause du principe d'égalité entre associés en droit des sociétés

37. Remettre en question l'existence du principe d'égalité entre associés, n'est-ce pas verser dans la provocation ? On aurait, sans doute, tort de répondre par l'affirmative car, en droit des sociétés, la réalité de cette règle ne s'est jamais imposée comme une évidence. Si un relatif consensus[1] sur son existence a semblé prévaloir dans le passé, ce consensus a depuis longtemps été supplanté par des questionnements, voire de sérieuses contestations[2]. Alors que Paul Cordonnier se demandait, il y a presque un siècle, si l'égalité en droit des sociétés n'était pas devenue « *une règle surannée dont il ne resterait plus que d'insignifiants vestiges* »[3], d'autres posent aujourd'hui la question de savoir si elle n'est pas réductible à un simple mythe[4]. Soulever ces questions, n'est-ce pas y répondre ?

Quoi qu'il en soit, de plus en plus de voix se lèvent pour affirmer son inexistence[5]. Seuls les auteurs les plus pondérés se contentent encore de le qualifier de principe « *douteux* »[6] ou de « *règle plus que relative* »[7]. Il est évident que ces controverses doctrinales ont fait planer le doute sur la réalité du principe étudié.

---

[1] Ce consensus a existé jusqu'à la loi du 22 novembre 1913 qui a instauré la possibilité pour l'assemblée générale des associés de modifier les statuts dans toutes leurs dispositions, voir P. COPPENS, *L'abus de majorité dans les sociétés anonymes*, th. Paris, 1945, n°46, p. 69.

[2] Après la loi de 1913, certains auteurs ont considéré que l'égalité avait cessé d'exister ; sur ce débat doctrinal, voir P. COPPENS, *L'abus de majorité dans les sociétés anonymes*, *op.cit*., n°46, p. 69.

[3] P. CORDONNIER, *De l'égalité entre actionnaires*, *op.cit*., p. 6. Voir aussi, P. LE CANNU et B. DONDERO, *Droit des sociétés*, 6e éd. LGDJ-Lextenso, 2015, n°931, qui se demandent s'il joue toujours le rôle de principe général.

[4] P. DIDIER, « Rapport », in « L'égalité des actionnaires : mythe ou réalité ? », *JCP* E 1994, *Cah. dr. ent*., 1994/5, p. 18.

[5] D. SCHMIDT, « Libres propos sur l'égalité des actionnaires en cas de cession de contrôle », *Bull. Joly Bourse*, 2010, n°1, p. 34, spéc. p. 37, qui affirme qu'*« un principe général d'égalité entre associés n'existe pas d'avantage en droit français des sociétés qu'en droit communautaire »* ; S. SCHILLER, « L'égalité en droit des sociétés », in *L'égalité*, *Arch. philo. dr*., t. 51, éd. Dalloz, 2008, p. 119, spéc. n°22, p. 131, qui, à la question posée par Paul Didier qui consistait à savoir si l'égalité des associés était un mythe ou une réalité, répondit quatorze ans après, qu'il s'agissait bien d'un mythe ; P. MOUSSERON, *op. cit*., p. 47, n°60, qui affirme que pareil principe est fort contestable dans les sociétés non cotées. Voir aussi J.-M. MOULIN, *Le principe d'égalité dans la société anonyme,* th. Aix-Marseille, 1999, qui, en démontrant l'extrême relativité du principe, ne faisait que dévoiler son inexistence en tant que norme juridique.

[6] C. CHAMPAUD, « Catégories d'actions ou sortes d'actionnaires », in *prospectives du droit économique, Dialogues avec M. Jeantin*, éd. Dalloz, 1999, p. 161, spéc. p. 165.

[7] J.-J. DAIGRE, « Actions privilégiées, catégories d'actions et avantages particuliers », in *prospectives du droit économique, Dialogues avec M. Jeantin*, éd. Dalloz, 1999, p. 213, spéc. pp. 213 et 214.

De plus, comme l'a fait remarquer un auteur, ce principe n'est ni formulé comme tel dans les dispositions légales qui gouvernent les sociétés, ni une réalité perceptible dans la pratique des sociétés[8]. Ces éléments suffisent-ils pour autant pour admettre son irréalité ? Une réponse positive serait sans doute précipitée, car le droit positif englobe de multiples normes générales non écrites et sans support textuel[9]. Ne s'accorde-t-on pas d'ailleurs à admettre que la caractéristique naturelle d'un principe général du droit réside dans son oralité ?

38. On l'aura compris, la preuve du caractère supposé du principe d'égalité entre associés doit être recherchée ailleurs. Dans cette perspective, il nous a semblé naturel de vérifier, dans un premier temps, s'il remplissait les conditions d'existence des principes généraux du droit positif car, tout compte fait, si celui-ci existe il doit nécessairement faire partie de la catégorie juridique de ceux-là. Pourtant, à la lumière de nos investigations, il apparaît qu'il n'en est rien. Ce constat conduit donc logiquement à conclure qu'il n'est qu'un faux principe général du droit positif (Chapitre 1).

39. Toutefois, au risque de se révéler partielle, la recherche d'une preuve de la disparition ou de l'inexistence du principe d'égalité entre associés ne pouvait se borner à confronter ce dernier aux principes généraux du droit positif. Elle devait, de surcroît, nous amener à examiner le droit des sociétés en tant que droit spécial, pour voir si cette prétendue règle n'y trouvait pas des fondements. Seulement, là encore, nos recherches nous ont convaincus du contraire, nous obligeant ainsi à retenir que l'égalité entre associés n'est qu'un faux principe du droit des sociétés (Chapitre 2). Avant d'exposer plus en détails ces deux points, un retour sur les contours de cette notion d'égalité nous paraît nécessaire (Chapitre liminaire).

[8] P. DIDIER, art. cit., p. 18, spéc. p.20.
[9] J.-P. GRIDEL, « La Cour de cassation française et les principes généraux du droit privé », *D*. 2002, p. 228, spéc. 229.

CHAPITRE LIMINAIRE – Retour sur la notion d'égalité en droit des sociétés

40. Le sujet de l'égalité entre associés n'a jamais fait l'objet d'un traitement simple et accessible de la part du législateur[1]. Outre son abstention de définir la notion[2], ce dernier a ajouté à la confusion, employant tantôt le terme d'égalité[3], tantôt celui de proportionnalité[4]. De plus, au-delà de la confusion qu'elle nourrit fréquemment entre l'étude de la notion et celle des atteintes qui lui sont portées[5], la doctrine se trouve partagée entre une égalité des associés et une égalité des titres sociaux. Quant à la jurisprudence, elle se limite généralement à donner une simple description de la notion.

41. Il s'ensuit que l'égalité entre associés est souvent traitée comme une « *auberge espagnole* » dans laquelle chacun apporte ce qu'il veut y trouver. De fait, malgré son ancienneté dans la loi[6], l'équivoque règne sur ses confins et sur la place qu'elle tient ou devrait tenir sur l'échiquier juridique. Pour autant, il ne sera pas question de chercher à éclaircir toutes les obscurités qui l'entourent. Une telle tâche serait trop ambitieuse. Il s'agira, ici, plus modestement, d'essayer de lever, d'une part, quelques confusions sur ses contours (Section 1) et, d'autre part, de dégager sa signification qui nous semble la plus exacte (Section 2).

Section 1. La délimitation des contours de l'égalité en droit des sociétés

42. Le délinéament du périmètre de l'égalité entre associés se fera à travers une démarche double. Dans une première phase, sera identifié son domaine d'application (§ 1). L'exercice consistera à répondre à la question de savoir si l'égalité doit être confinée aux rapports entre associés à l'intérieur d'une même société ou si elle peut s'appliquer en dehors du cadre sociétaire. Sur ce point, il existe un certain flou en doctrine. C'est donc une fois cette étape franchie, que nous nous interrogerons, dans un second temps, sur les termes entre lesquels cette égalité devra s'exercer (§ 2).

[1] M. GERMAIN, art. cit., p. 189.
[2] Y. de CORDT, *L'égalité entre actionnaires*, Préf. par Guy Horsmans, éd. Bruylant, Bruxelles, 2004, n°189, p. 251.
[3] Par exemple, voir art. L 225-204 du Code commerce.
[4] Voir par exemple les articles 1843-2 et 1844-1 du Code civil qui parlent de proportionnalité des droits au montant de l'apport.
[5] Sur ce point, voir R. CONTIN, *Contrôle de la gestion des sociétés anonymes*, éd., Litec, 1975, n°315, p. 217.
[6] En droit des sociétés, l'égalité est mentionnée pour la première fois dans l'article 34 de la loi du 16 novembre 1903, voir C. CHAMPAUD, *Le pouvoir de concentration de la société par actions*, éd. Sirey, 1962, n°27, p. 27.

§ 1. Le domaine de l'égalité en droit des sociétés

43. À travers nos recherches, nous avons pu noter que certains auteurs semblent admettre l'idée que l'égalité entre associés puisse s'étendre au-delà de l'échelle d'une société. Il suffit de citer quelques cas pour illustrer le propos. Par exemple, un auteur[7] a estimé que la décision *Nationalisation I*, rendue par le Conseil constitutionnel le 16 janvier 1982, ne faisait qu'affirmer le principe d'égalité entre associés. Rappelons que les magistrats constitutionnels avaient déclaré dans cette affaire que « *le principe d'égalité n'est pas moins applicable entre les personnes morales qu'entre les personnes physiques, car, les personnes morales étant des groupements de personnes physiques, la méconnaissance du principe d'égalité entre celles-là équivaudrait nécessairement à une méconnaissance de l'égalité entre celles-ci* »[8]. Dans la même veine, la jurisprudence sur les abus[9] de bien sociaux dans les groupes de sociétés, initiée par l'arrêt *Rozenblum* du 4 février 1985[10], a pu être interprétée comme mettant en exercice le principe d'égalité entre associés[11]. Enfin, dans leurs études relatives à l'égalité entre associés, les auteurs soulignent fréquemment le fossé qui peut exister entre les petites et les grandes sociétés[12].

44. Force est d'admettre que, dans ces différentes hypothèses, l'égalité est envisagée entre des personnes qui ne partagent ni les droits ni les obligations au sein d'une même société. Aussi, nous pensons que cette extension du champ de l'égalité demeure contestable. En effet, l'égalité du droit des sociétés se confine rigoureusement à l'intérieur de la sphère d'une société. Elle est censée unir les associés qui exercent leurs droits tout en contribuant au fonctionnement régulier de la personne morale[13]. Or dans les exemples cités, les sociétés ne sont ni cocontractantes ni copartageantes des prérogatives et charges d'une même société. Ainsi, seule l'égalité devant la loi a-t-elle vocation à régir leurs relations. Il n'était donc pas question, dans cette décision du Conseil constitutionnel, de l'égalité du droit des sociétés,

---

[7] J. MESTRE, art. cit., p. 404 ; voir également, A.-L. CHAMPETIER de RIBES-JUSTEAU, *Les abus de majorité, de minorité et d'égalité. Études comparative des droits français et américain des sociétés*, préf. J.-J. Daigre, éd. Dalloz, 2010, n°287, p. 209.

[8] Cons. constit., 16 janvier 1982, n°81-132 DC *Nationalisations I*, *JO* du 17 janvier 1982, p. 299 ; *Rev. sociétés*, 1982, p. 136.

[9] Ces abus consistent généralement en des avances sans contrepartie consentis par certaines sociétés du groupe à d'autres. Pour plus de détails la question, voir M. COZIAN, « Les avances sans intérêts », *JCP* E, 1995, n°48, p. 474.

[10] Cass. crim., 4 février 1985, *Rozenblum et Allouche, D.* 1985, p. 478, note D. Ohl ; *Rev. sociétés*. 1985, p. 648, note B. Bouloc.

[11] J. MESTRE, art. cit., p. 404.

[12] S. SCHILLER, art. cit., n°1, p. 119.

[13] Y. de CORDT, *op.cit.,* n°212, p. 298.

mais plutôt de celle devant la loi[14] prévue par l'article premier de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen[15]. Les magistrats n'ont, en l'occurrence, fait que mettre en œuvre la conception formelle de l'égalité du droit public qui exigeait que les sociétés bancaires, et par ricochet leurs associés, considérés ici comme des citoyens, soient également traités devant la loi, étant donné que leurs situations étaient identiques[16]. Ce raisonnement est également valable en ce qui concerne l'arrêt *Rozenblum*. Les sociétés d'un groupe ont simplement un intérêt commun qui est celui d'obtenir un enrichissement global supérieur à la somme des profits qu'auraient pu réaliser chacune d'elles prise isolément[17]. Il s'en déduit que seule l'égalité devant la loi peut trouver à s'appliquer à leurs rapports.

45. Nous signalerons, enfin, que l'égalité étudiée ne s'applique pas, non plus, aux relations entre les associés et les tiers[18]. C'est pour cette raison que la jurisprudence refuse d'appliquer l'égalité de prix entre majoritaires et minoritaires, prévue en droit financier en cas de cession contrôle, lorsqu'il s'agit de société non cotée[19]. Finalement, en droit des sociétés, l'égalité doit être comprise comme s'exerçant strictement entre des associés se trouvant dans le cadre d'une seule et même société relativement aux droits et obligations qu'ils y détiennent[20]. Ces éclairages ne permettent pas, pour autant, de dissiper toute les incertitudes qui entourent la notion.

46. En vérité, même au sein d'une société, les situations des associés peuvent recouvrer des réalités factuelles et juridiques très variées et profondément différentes. Dans une étude bien connue, Philippe Bissara se demandait, à juste titre, s'il était pertinent de s'interroger sur l'égalité des associés dont *« les objectifs, les modes d'accès à la détention du capital, l'importance des investissements ou l'attachement à la société sont extrêmement variés et en voie de diversification croissante »*[21] ? En pratique, il arrive souvent que dans les sociétés,

---

[14] Voir en ce sens, ALLEGAERT, *Le droit des sociétés et les libertés et droits fondamentaux*, éd. PUAM, 2005, n°61, p. 92.

[15] Selon lequel, « *Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune* ».

[16] Pour un point de vue similaire, voir R. VATINET, « Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit des sociétés », *LPA*, 1998, n°117, p. 58, note 2.

[17] D. OHL, note sous Cass. crim. 4 février 1985, *D.* 1985, p. 478, spéc. p. 480.

[18] S. SCHILLER, art. cit., n°9, p. 124. Voir également D. SCHMIDT, « Quelques remarques sur les droits de la minorité dans les cessions de contrôle », *D*. 1972, chron., p. 223.

[19] Cass.com. 12 mai 2004, *Bull. civ*. 2004, IV, n°94, p. 97.

[20] D. SCHMIDT, « Quelques remarques sur les droits de la minorité dans les cessions de contrôle », art. cit., n°6, p. 224 ; Y. de CORDT, *op.cit*., n°212, p. 298.

[21] P. BISSARA, « L'égalité des actionnaires : Mythe ou réalité », *JCP E*, 1994, *Cah. dr. l'ent*., 1994/5, p. 18. Voir également M.GERMAIN et V. MAGNIER, *Traité de droit des affaires*, *les sociétés commerciales*, t. 2, 21e éd. LGDJ-Lextenso, 2014, n°2070, p. 364.

cohabitent des associés individuels, des investisseurs institutionnels[22], des organisations intermédiaires d'investisseurs[23], des associés « bailleurs de fonds »[24] ou « consommateurs de produits financiers », des « associés de contrôle » ou politiques[25], des associés salariés[26], des « associés professionnels »[27], des apporteurs personnes physiques ou morales, voire des personnes dépositaires de la puissance publique. À ces différences viennent s'adjoindre celles relatives à l'âge, l'état de santé, la situation matrimoniale ou professionnelle, la culture, la nationalité, etc. Au regard de ces différences de profils[28], les associés se révèlent tous uniques et donc différents. Entre eux se creuse le fossé de la pluralité. Or, étant entendu qu'il n'y a pas d'identité pour soi sans diversité par rapport aux autres, l'égalité devient paradoxale dans la mesure où la pluralité affecte l'identité[29].

47. Ainsi, sans évoquer le fait que la satisfaction de l'intérêt de la société s'accommode parfois difficilement d'un traitement égalitaire des associés[30], l'idée d'égalité en droit des sociétés se confronte à plusieurs types de facteurs : l'hétérogénéité des situations des associés, la multiplicité des variables en fonction desquelles elle peut être appréciée[31], la nécessité d'une protection des intérêts des associés, etc. La question est alors de savoir comment le droit des sociétés, réputé pour être fondé sur la raison[32], peut-il soumettre des situations aussi différentes à un traitement égal ? Peut-on assimiler « *la veuve de Carpentras, les salariés actionnaires, les associations d'actionnaires et l'État actionnaire* »[33] ? Les règles juridiques

[22] F. MANIN, *Les investisseurs institutionnels*, th. Paris I, 1996.
[23] L. DUMOULIN-MAUDUIT, *Les organisations intermédiaires d'investisseurs : contribution à l'étude de la dimension collective du capitalisme en France*, th. Clermont-Ferrand I, éd. Université d'Auvergne, LGDJ, 2001.
[24] Qui ne font qu'un simple placement financier avec l'espoir d'en tirer un rendement dans des délais relativement courts. Pour une étude approfondie, voir F.-X LUCAS, *Les transferts temporaires de valeurs mobilières, pour une fiducie de valeurs mobilières*, éd. LGDJ, 1997, pp. 152 et s., spéc. n°327 : il distingue les actionnaires et les associés. Ne sont pas associés, selon lui, « *les actionnaires pour lesquels seule la créance importe dans l'action et qui négligent le pouvoir qu'elle peut conférer* ».
[25] Qui cherchent à exercer le pouvoir. On dit habituellement qu'ils sont plus attachés à la société.
[26] F.T'. KINT et Y. de CORDT, « La participation des travailleurs au capital : aspects de droit des sociétés », in *La participation financière des travailleurs*, éd. Bruylant, Bruxelles, 1998, pp. 149 à 185 ; J. MALHERBE et Y. de CORDT, « La participation des travailleurs au capital et aux bénéfices des sociétés : aspects de droit des sociétés », in *La participation des travailleurs au capital et aux bénéfices des sociétés – Commentaires de la loi du 22 mai 2001*, éd. Bruylant, Bruxelles, 2001, pp. 205 à 293.
[27] P. BISSARA, « L'influence de la professionnalisation de l'actionnariat des sociétés cotées » in *Mél. en l'honneur de M. Vasseur*, éd. Banque, 2000, p. 11 ; du même auteur « Les mutations de l'actionnariat et le fonctionnement des sociétés cotées », in *Mél. offerts à D. Schmidt, Joly*, 2005, p. 61.
[28] P. MOUSSERON, *op.cit.*, n°76.
[29] J. LOCKE, *Essai*, chap. II, 22, *Of Identity and Diversity*, cite par R. NEMEDEU, « Le principe d'égalité des créanciers: vers une double mutation conceptuelle (étude à la lumière du droit français et Ohada des entreprises en difficulté) », *RTD com*. 2008, p. 241, spéc. note 18.
[30] D. SCHMIDT, « De l'intérêt commun des associés », *JCP* E*,* 1994, I, n°404, p. 535.
[31] A. SEN, *Repenser l'inégalité*, éd. Seuil, Paris, 2000, p. 9, spéc. p. 17.
[32] G. LAGARDE, « Le droit des affaires, droit sentimental ? », in *Mél. offerts à R. Savatier*, éd. Dalloz, 1965, p. 491, spéc. p. 510.
[33] C. MALECKI, « Attribution d'actions de préférence aux dirigeants », *Bull. Joly*, 2006, n°11, p. 1275, spéc. n°26.

ne se fondent-elles pas nécessairement sur des différentiations ? Y aurait-il règle de droit *« sans cet effort de l'intelligence qui conduit à réserver un sort différent à deux personnes ou à deux situations objectivement distinctes »*[34] ? C'est pourquoi, Waline avait estimé que la consécration constitutionnelle de l'égalité était une *« solennelle sottise prudhommesque »*[35].

Quoi qu'il en soit, face à l'évidente difficulté de la question, eu égard à cette diversité économique et juridique[36], certains[37] se sont demandés s'il ne fallait pas réduire l'égalité en droit des sociétés à une simple égalité entre les titres[38] sociaux. Cette question renvoie à celle de l'identification des termes du rapport d'égalité.

§ 2. Les termes du rapport d'égalité en droit des sociétés

48. Égalité entre associés ou entre titres sociaux[39] ? Quelle que soit la matière dans laquelle elle est envisagée, l'égalité repose sur une comparaison[40] entre deux ou plusieurs termes[41] et s'opère par le biais d'un jugement subjectif[42]. Par conséquent, toute étude l'ayant pour objet requiert que l'on s'accorde au préalable sur ceux qui seront retenus. En droit des sociétés, la détermination des termes du rapport d'égalité conduit à trancher entre une égalité entre associés et une autre entre titres sociaux. Or, cette question divise la doctrine depuis très longtemps.

49. Tout est parti de l'affirmation de Paul Cordonnier[43] suivant laquelle « *l'expression 'égalité entre actionnaires' traduit imparfaitement la situation juridique qu'elle tend à définir* ». Pour l'éminent auteur, « *il serait plus exact de dire 'égalité entre actions' car, en réalité ce que l'expression consacrée prétend mettre en lumière, c'est l'égalité des droits et obligations attachés à chacune des actions dont l'ensemble forme le capital social, ou à chacune des*

[34] F.-X. LUCAS, « Éditorial. Vive la discrimination ! », *Bull. Joly*, 2009, n°5, p. 445.
[35] Voir M. WALINE, *L'individualisme et le droit*, 2e éd. Montchrestien, 1949 ; éd. Dalloz, 2007, p. 395.
[36] Y. de CORDT, *L'égalité entre actionnaires*, *op.cit*., n°212, p. 298.
[37] P. CORDONNIER, *De l'égalité entre actionnaires*, *op.cit*., n°14, pp. 48 et 49. Voir également, Y. de CORDT, *L'égalité entre actionnaires*, *op.cit*., n°212, p. 297, qui retient une définition identique.
[38] Sur la notion de titre, voir F.G. TREBULLE, *L'émission de valeurs mobilières*, préf. Y. Guyon, éd. Économica, 2002, pp. 373 et s.
[39] Le terme « titres sociaux » désigne ici à la fois les actions et les parts sociales.
[40] P. MAZIERE, *le principe d'égalité en droit privé, op.cit*., n°340, p. 208 ; F. DUBET*, Injustices, l'expérience des inégalités au travail*, éd. Seuil, Paris, 2006, p. 45.
[41] ARISTOTE, *Ethique à Nicomaque*, trad. J. Barthélemy Saint-Hilaire, Paris, éd. Le livre de poche, 1992, liv. V, chap. III, § 3, p. 200.
[42] Y. de CORDT, *L'égalité entre actionnaires*, *op.cit*., n°2, p. 1.
[43] P. CORDONNIER, *De l'égalité entre actionnaires*, *op.cit*., n°14, pp. 48 et 49.

actions d'une même catégorie[44]*, et non le traitement égal des actionnaires* »[45]. Cette opinion a eu un écho favorable chez la plupart des auteurs[46]. Pour justifier sa pensée, le précurseur de cette thèse arguait du fait qu'en tant que sujets du droit, les associés pouvaient bénéficier, outre les prérogatives découlant de leur qualité d'associés, de droits ne prenant pas leur source dans la possession de titres de capital[47]. Or, selon lui[48], ces deux catégories de droits sont souvent inextricables, de sorte que l'égalité entre associés devient plus fuyante que celle entre des titres ayant chacun une mesure précise[49].

50. Cette position n'a pourtant pas fait l'unanimité au sein de la doctrine. D'autres auteurs ont, au contraire, considéré que les associés devaient être retenus comme les termes entre lesquels s'exerce l'égalité. Dans cet ordre d'idées, on a fait remarquer qu'assimiler l'égalité en droit des sociétés à une simple égalité entre titres sociaux, conduit à réduire l'associé à un simple propriétaire de titres, alors que ce dernier doit être considéré comme partie à un contrat avec tous les droits et obligations qui en résultent[50].

51. Sans exprimer une préférence pour l'une ou l'autre opinion, une autre partie de la doctrine s'est contentée d'affirmer que les deux types d'égalités doivent être distingués[51]. Pour ce faire, le critère de distinction résiderait dans le principe de proportionnalité[52]. En d'autres termes, si le partage concerne les droits dont l'étendue est déterminée au prorata de la participation dans le capital social, ce sera l'égalité entre titres sociaux qui devra être retenue, en revanche, s'il s'agit d'un droit dont la répartition est déconnectée de la mise de l'associé,

---

[44] Marguerite Neunreuther parle d'« *égalités à la carte* », voir M. NEUNREUTHER *Permanence et renouvellement du principe d'égalité entre actionnaire dans les sociétés anonymes*, th. Aix-Marseille, 1994, n°369, p. 251.

[45] Aussi, par commodité de langage, les auteurs préfèrent-ils généralement employer le syntagme « égalité entre associés » ou « égalité entre actionnaires », voir par exemple P. CORDONNIER, *De l'égalité entre actionnaires*, *op.cit*., n°14, p. 49 ; J.-M. MOULIN, *Le principe d'égalité dans la société anonyme, op.cit*., n°10, p. 11 ; Y. de CORDT, *L'égalité entre actionnaires, op.cit.,* n°212, pp. 297 et 298.

[46] M.GERMAIN et V. MAGNIER, *op.cit.*, n°2070, qui estiment que ce type d'égalité doit être retenu dans les sociétés par actions ; PH. MERLE (avec la collaboration de A. FAUCHON), *Droit commercial, sociétés commerciales*, 20e éd. Dalloz, 2017, n°653, p. 737 ; R. TUNC, *Des avantages particuliers dans les sociétés par actions*, th. Paris, 1936, n°2-3, p. 10 ; M. De JUGLART, et B. IPPOLITO, *Cours de droit commercial*, vol. II, 8e éd. Montchrestien, 1988, n°755, p. 553 ; J. HAMEL, G. LAGARDE et A. JAUFFRET, *Droit commercial*, t. 1, vol. II, 2e éd. Dalloz, 1980, n°530, p. 243, par G. LAGARDE ; E. SCHLUMBERGER, *Les contrats préparatoires à l'acquisition de droits sociaux*, éd. Dalloz, 2013, n°412, p. 358 ; Y. de CORDT, *L'égalité entre actionnaires*, *op.cit*., n°212, p. 297.

[47] L'auteur donne l'exemple des parts bénéficiaires et des droits que l'associé peut bénéficier de la qualité d'administrateur, voir P. CORDONNIER, *De l'égalité entre actionnaires*, *op.cit*., n°14, p. 49. En ce sens, voir Y. de CORDT, *L'égalité entre actionnaires*, *op.cit*., n°212, p. 298.

[48] P. CORDONNIER, *De l'égalité entre actionnaires*, *op.cit*., n°14, p. 49.

[49] Y. de CORDT, *L'égalité entre actionnaires*, *op.cit*., n°212, p. 298.

[50] P. MILLET, *Les avantages particuliers dans les sociétés par actions*, th. Paris, 1931, p. 8.

[51] Voir D. SCHMIDT, « Libres propos sur l'égalité des actionnaires en cas de cession de contrôle », préc., note 6 ; J. HAMEL, F. TERRE et P. MABILAT, *Sociétés commerciales*, t. 2, éd. Dalloz, 1974, n°358, p. 311.

[52] J.-M. MOULIN, *Le principe d'égalité dans la société anonyme, op.cit.,* n°10, pp. 10-11.

l'égalité entre associés devra alors être préférée. Ces divergences doctrinales ne peuvent que susciter l'embarras.

52. Il semble pourtant plus exact de retenir les associés comme étant les termes du rapport d'égalité. Malgré leur autorité incontestable, les arguments avancés par les tenants de l'égalité entre les titres s'avèrent insuffisants pour emporter notre adhésion. Certes, comme le souligne Monsieur Cordonnier, des situations peuvent se présenter dans lesquelles les associés détiennent, en plus des droits reçus en rémunération de leurs apports, des prérogatives d'une autre origine. De plus, la distinction de ces différentes prérogatives peut, parfois, s'avérer délicate. Pour autant, peut-on retenir une égalité des titres sous le seul prétexte que les associés pourraient bénéficier de certains droits non conférés par la qualité d'associé ?

53. À vrai dire, la solution préconisée manque de pertinence et demeure contestable au regard de la rigueur du raisonnement juridique. En réalité, l'égalité n'est que la relation de correspondance entre les associés, eu égard aux droits et obligations résultant du contrat de société, quelles que soient par ailleurs leurs différences[53]. Elle s'applique étroitement aux prérogatives et obligations attachées à la qualité d'associé[54]. En conséquence, l'argument tiré de la possibilité que les associés puissent détenir des droits provenant d'autres sources ne saurait prospérer. Mais qu'en est-il de l'article 1851[55] du Code civil qui dispose que « *le capital est divisé en parts égales* » ? N'est-ce pas la consécration d'une égalité entre les droits sociaux ? Il ne le semble pas car il n'est plus à démontrer que cette disposition ne vise qu'une égalité de valeur nominale[56].

54. Au regard de ces éléments, les associés doivent être considérés comme les termes du rapport d'égalité en droit des sociétés. C'est en tout cas la solution que semble préconiser le droit positif[57] dans la mesure où la loi n'emploie que la formule « égalité entre actionnaires » et la jurisprudence ne sanctionne jamais les discriminations entre les titres s'il n'en résulte pas une inégalité entre les associés. Il en va ainsi, par exemple, lorsque des associés renoncent librement à souscrire à une catégorie de titres ouverte à tous. Dans ce cas, la disparité entre les titres ne sera pas réprouvée puisqu'elle n'entraine aucune discrimination entre associés. Reste

[53] Y. de CORDT, *L'égalité entre actionnaires, op.cit*., p. 15.
[54] C'est ce qui explique d'ailleurs qu'il ne puisse jamais y avoir ni égalité ni inégalité entre les associés et les tiers sur les avantages que procure la société, voir en ce sens, Y. GUYON, « le principe de l'égalité des actionnaires et ses conséquences selon le conseil constitutionnel », *Rev. sociétés*, 1988, p. 234, spéc. p. 235.
[55] À rapprocher de l'article L223-2 du Code de commerce pour les SARL.
[56] T. GRANIER, « Titres de capital, titres donnant accès au capital », in *Ingénierie financière, fiscale et juridique*, 2e éd. Dalloz, 2009, n°11.32.
[57] Contra : J.-M. MOULIN, *Le principe d'égalité dans la société anonyme, op.cit*., p. 10.

maintenant à savoir ce que signifie réellement l'égalité en droit des sociétés. À quel type d'égalité correspond-elle ? Les prochains développements permettront d'y répondre.

Section 2. La signification de l'égalité en droit des sociétés

55. Certains auteurs considèrent que l'égalité est une simple modalité[58] d'exercice des droits des associés pendant que d'autres pensent qu'elle constitue un droit[59] pour ces derniers. Ces définitions qui s'attachent à la nature de la notion demeurent toutefois insatisfaisantes. Partant, une autre définition doit être trouvée. Or, nous avons pu voir que l'égalité était, de manière générale, caractérisée par une ambigüité qui lui a valu d'être catégorisée comme une notion à contenu variable[60]. Paul Valéry[61] ne disait-il pas qu'elle figure parmi les formules qui ont plus de valeur que de sens ? Bien qu'elle soit invoquée sans fin[62], elle demeure difficile à cerner[63]. Cette remarque s'applique sans aucun doute à l'égalité entre associés. Cependant, comme toute égalité, cette dernière est un « *facteur de justice sociale* »[64], puisqu'elle s'avère consubstantiellement liée à la notion de justice[65]. Pour la domestiquer, il suffit donc de préciser à quel type de justice elle se rapporte et ce sur quoi elle s'exerce[66].

56. Depuis Aristote, on distingue deux formes de justice: d'une part, celle commutative ou réparatrice et, d'autre part, celle distributive. Alors que la première gouverne les échanges[67], la seconde régit les partages et la redistribution des biens communs entre les membres d'une société[68]. Quand bien même les deux justices postulent l'égalité, force est de noter qu'elles ne

---

[58] A. VIANDIER, *La notion d'associé*, *op.cit*., n°122, p. 121 ; Y. de CORDT, *L'égalité entre actionnaires*, *op.cit*., n°212, p. 299.
[59] M. GERMAIN, « L'intérêt commun des actionnaires », *JCP* E*, Cah. dr. l'ent*., 4/1996, p. 13, spéc. p. 14, qui pense que « *l'égalité est un droit propre de l'actionnaire* ».
[60] C. STARCK, « L'égalité en tant que mesure de droit », in *Les notions à contenu variables en droit*, éd. Bruylant, Bruxelles, 1984, p. 180.
[61] Voltaire, *Dictionnaire philosophique*, éd. GF-Flammarion, p. 173.
[62] Elle a récemment été invoquée pour contester la réforme des retraites et le ministre chargé des affaires de la femme, en fait son cheval de bataille. Pour plus d'exemples, voir V. LASSERRE-KIESOW, « L'égalité », *JCP G*, 2010, n°23, p. 643.
[63] Sur l'ambigueté de la notion, voir *supra*, n°12.
[64] Y. de CORDT, *L'égalité entre actionnaires*, *op.cit*., n°212, p. 299.
[65] J. PATARIN, « L'impossible perfection, ou les vicissitudes de l'égalité dans le partage », in *Mél. offerts à A. Colomer*, éd. Litec, 1993, p. 335. Voir aussi, R. DEMOOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé*, *Essai critique*, 1911, réimpr. éd. La Mémoire du droit, 2001, p. 119, selon qui la justice « *recouvre certainement une idée d'égalité entre ceux qui sont dans une situation identique (…) et on peut toujours dire que finalement, dans la justice, il y a l'égalité que symbolise la balance traditionnelle* ».
[66] La question de l'égalité est toujours celle « de l'égalité de quelque chose », voir en ce sens, A. SEN, *op.cit.*, p. 9.
[67] P. DIDIER, art. cit., p. 21.
[68] ARISTOTE, *op.cit.,* liv. V, chap. III, § 5, p. 201 ; J.-M. MOULIN, *Le principe d'égalité dans la société anonyme, op.cit.,* n°12, p.12.

retiennent pas la même égalité[69].

57. Sous son acception commutative ou corrective, la justice met en présence deux individus face à un même bien[70]. Elle a pour but d'instaurer la rectitude dans les transactions privées. L'objectif est de maintenir un équilibre entre deux patrimoines dans des relations volontaires ou involontaires. C'est ainsi qu'en matière contractuelle l'échange sera juste et l'égalité respectée, si les parties en sont convenues, l'une et l'autre, avec une égale liberté[71]. Mais l'égalité commutative peut aussi avoir pour dessein de rétablir un équilibre rompu. Tel est le cas en matière de responsabilité civile où la victime doit obtenir réparation de son préjudice car *« la loi n'a d'égard qu'au caractère distinctif du tort causé »*[72].

58. En revanche, sous sa forme dite distributive, la justice ne tend plus à maintenir l'équilibre entre deux patrimoines, mais plutôt à répartir les biens et charges communs entre les membres de la société[73]. Dans ce schéma, l'égalité sera préservée si chacun reçoit ce qui lui est dû. Cette répartition peut s'effectuer en fonction de deux clés :

- elle peut s'opérer par part virile[74]. Il s'agit, dans ce cas, de donner à chacun la même part quels que soient ses mérites ou ses qualités personnelles[75] ;

- elle peut aussi se réaliser suivant les mérites ou qualités spécifiques de chacun. Dans cette hypothèse, chaque copartageant sera appelé à participer à la distribution d'après des règles générales valables pour tous, mais qui prennent en considération les mérites, les besoins ou les qualités personnelles[76].

59. Comme l'a souligné Aristote, tous les hommes admettent que la justice dans la distribution puisse se fonder sur un mérite relatif aux rivaux[77]. Cependant, l'auteur faisait remarquer que tout le monde ne vise pas le même mérite : pour les démocrates, il réside dans une condition libre ; pour les partisans de l'oligarchie, il repose sur la richesse ou la

[69] P. DIDIER, art. cit., p. 21
[70] C'est le cas par exemple de l'indivision, sur ce point, voir J. PATARIN, art. cit., p. 335.
[71] J.-M. MOULIN, *Le principe d'égalité dans la société anonyme, op.cit*., n°12, p. 12.
[72] ARISTOTE, *op.cit.,* liv. V, chap. IV, § 3, p. 204.
[73] J.-M. MOULIN, *Le principe d'égalité dans la société anonyme, op.cit*., n°12, p. 12.
[74] P. CORDONNIER, *De l'égalité entre actionnaires*, *op.cit*., n°4, p. 22.
[75] P. DIDIER, art. cit., p. 21.
[76] J. DABIN, *La philosophie de l'ordre juridique positif*, éd. Sirey, 1929, p. 339.
[77] ARISTOTE, *op.cit.,* liv. V, chap. III, § 6, p. 201.

naissance ; et enfin, pour les défenseurs de l'aristocratie, il correspond à la vertu[78].

60. L'égalité en droit des sociétés renvoie à la justice distributive[79]. Créée dans l'intérêt commun des associés[80], la société est un contrat[81] de partage[82] de droits, d'obligations[83], de pouvoirs, de responsabilité[84], etc. En fonction des droits et des obligations, la distribution s'effectue de manière proportionnelle ou arithmétique[85].

61. Fondée sur l'idée qu'un contrat n'est pas juste si chacune des parties ne reçoit pas l'équivalent de ce qu'elle donne[86], l'égalité proportionnelle demeure le principal[87] mode de répartition des droits et des obligations entre les associés. Suivant l'article 1843-2 du Code civil, chaque associé doit, en principe, recevoir des droits relativement à la quotité qu'il détient dans le capital[88] social[89]. En clair, cela concerne le nombre de titres sociaux[90], les bénéfices[91] et le boni de liquidation[92]. En conséquence, l'associé qui aura la plus importante

---

[78] *Ibid*.
[79] P. DIDIER, art. cit., p. 21.
[80] Art. 1833 du Code civil.
[81] J. MESTRE, « La société est bien encore un contrat… », in *Mélanges Christian MOULY*, éd. Litec, 1998, p. 131 ; D. RANDOUX, « Le droit des sociétés à la recherche d'un nécessaire équilibre », *Rev. sociétés*, 2000, p. 105 ; voir aussi T. FAVARIO, « Regards civilistes sur le contrat de société », *Rev. sociétés*, 2008, p. 53 ; F.-X. LUCAS, « Du contrat de société au contrat d'investissement », *RDC*, 2005, n°2, p. 396 ; R. LIBCHABER, « La société, contrat spécial », in *Dialogues avec M. JEANTIN*, éd. Dalloz 1999, p. 281.
[82] D. SCHMIDT, « Rapport de synthèse », *JCP* E*, Cah. dr. l'entr*., 4/1996, p. 25. Sur la notion de partage, voir M. BUCHBERGER, *le contrat d'apport, essai sur la relation entre la société et son associé*, th. éd. Panthéon-Assas, 2011, p. 65, n°49.
[83] P. DIDIER, art. cit., p. 21.
[84] S. SYLVESTRE, « Validité de la promesse de rachat consentie par la société émettrice au souscripteur des titres qu'elle a émis », *Bull. Joly*, 2004, p. 179, spéc. p. 187.
[85] P. CORDONNIER, *De l'égalité entre actionnaires*, *op.cit*., n°4, p. 23. Signalons qu'au départ, il semblait que c'est cette forme d'égalité qui était visée par les rédacteurs du Code civil puisqu'ils choisissaient de faire figurer l'expression « chaque associé » au début de chaque article consacré aux prérogatives des associés, voir sur ce point, S. SCHILLER, art. cit., spéc. n°4, p. 121.
[86] Y. GUYON, « Le principe de proportionnalité en droit commercial », in *Mél. en l'honneur de M. Vasseur*, Banque éditeur, p. 75, spéc. p. 76, n°3. Voir aussi, F. TERRE, « La proportionnalité comme principe ? », *JCP* G, n°25, 2009, p. 31.
[87] Voir P. DIDIER, art. cit., p. 20 ; J.-M. MOULIN, *Le principe d'égalité dans la société anonyme, op.cit.,* n°33, p. 27.
[88] Sur cette la notion, voir F. GORE, « La notion de capital social », in *Etudes offertes à R. Rodière*, éd. Dalloz, 1981, p. 85.
[89] C'est pourquoi on dit que le capital social joue la fonction de clé de répartition des pouvoirs et des obligations des associés, voir Y. GUYON, *Droit des affaires, Droit commercial général et sociétés*, t. 1, 12e éd. Économica, 2003, n°110.
[90] Voir M. RAKOTOVAHINY, « La contrepartie des apports », *Journ. sociétés*, septembre 2013, n°111, p. 58, spéc. p. 62, qui estime que les titres sociaux sont la contrepartie directe des apports. Cette opinion nous paraît contestable. En réalité, les titres sociaux renferment les droits et obligations des associés qui constituent la contrepartie de ce que ces derniers donnent ou reçoivent de la société. À noter cependant que pour J.-M. MOULIN, *Le principe d'égalité dans la société anonyme, op.cit*., p. 10 et Y. De CORDT, *L'égalité entre actionnaires*, *op.cit*., n°212, p. 300, les titres ne renferment que les prérogatives de l'associé qui sont connectées à sa participation dans le capital social, les autres étant attachées à la personne de l'associé.
[91] Art. 1844-1 du Code civil.
[92] Art. 1844-9 du Code civil.

participation dans le capital recevra, sauf renonciation[93] de sa part, la plus grande part dans ces prérogatives.

62. Aussi, comme on a pu le faire remarquer, « *le principe de proportionnalité est bien le principe cardinal de l'attribution du droit de vote* »[94] dans les sociétés à responsabilité limitée (SARL)[95], les sociétés anonymes (SA) et les sociétés en commandite par actions (SCA)[96]. Par sa mise en œuvre, chaque associé devra bénéficier d'autant de voix qu'il dispose de titres, étant entendu que chaque titre donne, en principe[97], droit à une voix. On notera que dans les sociétés par actions simplifiées (SAS)[98], le partage des voix relève des statuts, sauf dans l'hypothèse où la société recourt au *crowdfunding*[99] ou financement participatif. Dans ce cas, la répartition du droit de vote demeure gouvernée par l'article L225-122 du Code de commerce au même titre que les SA[100]. Il apparaît que dans l'ensemble de ces sociétés, l'associé qui aura pris davantage de risques, en faisant plus d'efforts, aura une influence plus forte sur les décisions collectives. Il peut même arriver qu'il exerce un contrôle absolu ou quasi-absolu sur la société[101]. C'est dire que la règle « un citoyen-une voix », connue dans nos démocraties politiques, est bien étrangère à ces groupements d'essence capitalistique[102] dominés par la ploutocratie[103].

63. Outre les droits, l'égalité proportionnelle régit la répartition des charges et obligations entre les associés[104]. Au-delà de l'obligation d'effectuer un apport, chaque associé devra

---

[93] Sur la renonciation, voir M. GERMAIN, « La renonciation aux droits propres des associés : illustrations », in *L'avenir du droit*, *Mél. en hommage de F. Terré*, éd. Dalloz, 1999, p. 401.
[94] P. LEDOUX, *Le droit de vote des actionnaires*, éd LGDJ, 2002, n°18, p. 32.
[95] Art. L223-28 du Code de commerce.
[96] Art. L225-122 du Code de commerce ; CA Douai, 24 mai 1962, *D*. 1962, p. 688, note Dalsace ; *S*. 1962, p. 297, note Autesserre.
[97] Car, en vertu de l'article L228-11 du Code de commerce, il est possible de créer des actions de préférence à droit de vote double ou même sans droit de vote. Concernant les parts sociales, si la doctrine refuse toute suppression du droit de vote, elle ne semble s'opposer à ce que cette prérogative puisse être renforcée, voir sur cette question, J.-M. de BERMOND de VAULX, « Les parts sociales privilégiées », *JCP E*, n°45, 1993, p. 294 ; L. GROSCLAUDE, « Les parts sociales catégorielles dans les sociétés civiles », art. cit.
[98] Art. L227-9 du Code de commerce.
[99] Sur le régime de cette nouvelle technique de financement, voir P. DIDIER et N. MARTIAL-BRAZ, « Certitudes et incertitudes en matières de *crowdfunding », D.* 2016, p. 267.
[100] Art. L227-2-1, I, 1 du Code de commerce.
[101] P. DIDIER, art. cit., p. 20.
[102] Monsieur Guyon pense néanmoins que la société anonyme qui est l'archétype des sociétés par actions est une démocratie parfaite en ce sens que le pouvoir y est exercé par les actionnaires et pour les actionnaires, voir Y. GUYON, « La société anonyme, une démocratie parfaite ! », in *Aspects actuels du droit commercial français, Études dédiées à R. Roblot*, éd. LGDJ, 1984, p. 133, spéc. pp. 136 à 146.
[103] P. A. FORIERS, « Égalité des actionnaires : droit des sociétés, *corporate governance*…», in *Le droit des affaires en évolution. L'égalité de traitement dans le monde de l'entreprise*, éd. Bruylant, Bruxelles, 2009, p. 117, spéc. n°2, p. 120.
[104] J. BUSSY, *Droit des affaires*, 2e éd. Presses de Science Po, Dalloz, 2004, p. 165.

contribuer aux pertes[105] et, dans certains cas aux dettes sociales[106], proportionnellement à l'étendue de sa participation dans l'entreprise.

64. Quant à l'égalité arithmétique, elle régit, en premier lieu, la distribution des droits de vote dans les sociétés d'intérêt. Par son application, chaque associé dispose d'une seule voix et ce, quel que soit le nombre de parts en sa possession. On parle alors de vote par tête. Cette règle trouve son terrain de prédilection dans les sociétés coopératives[107], les sociétés en nom collectif (SNC)[108], les sociétés civiles[109] et les groupements d'intérêt économique (GIE)[110]. Par-delà cette hypothèse, l'égalité arithmétique s'applique, mais cette fois-ci dans toutes les sociétés, au partage des droits des associés qui sont, par leur nature, réfractaires à une distribution proportionnelle. En clair, il s'agit du droit à l'information[111], de celui de participer aux décisions collectives[112], de celui de ne pas voir ses engagements augmentés[113], de celui de se retirer ou de rester dans la société[114], etc.

65. Il appert des lignes précédentes que l'égalité en droit des sociétés est une notion protéiforme[115] qui s'exerce principalement de manière proportionnelle[116]. Ce constat soulève l'épineuse question de la répartition des droits et obligations en l'absence de capital social[117]

---

[105] Art. 1844-1 du Code civil. Pour plus d'éléments sur la notion, voir P. CARCREFF, « La notion de pertes sociales et l'obligation pour les associés d'y contribuer », *Gaz. pal*., 1973, p. 569.

[106] Cette obligation aux dettes n'est de mise que dans les sociétés civiles, en nom collectif et dans les sociétés en commandites. Mais dans ce dernier cas, elle ne concerne que les commandités.

[107] Ici la règle est impérative, voir P. LE CANNU et B. DONDERO, *op.cit.* n°18, p. 27 ; M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *op.cit.,* n°28, p. 19. Sur l'ensemble de la question, voir P. VIDAL-PAPON, *L'associé-coopérateur*, th. Limoges, 1998, pp. 158 et s.

[108] M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *op.cit*., n°1477.

[109] *Ibid.,* n°1543.

[110] Art. L 251-10 du Code de commerce.

[111] Voir par exemple, les articles R225-88 et R225-89 du Code de commerce qui emploient l'expression « tout actionnaire » et qui énoncent les documents qui doivent leur être remis avant les assemblées générales ou qui sont mis à leur disposition à tout moment de l'année. Voir aussi, art. 1855 du Code civil pour les sociétés civiles.

[112] Voir Art. 1844 al. 1 du Code civil qui dispose que « *tout associé a le droit de participer aux décisions collectives* ». Cette prérogative constitue le seul droit politique qui est attribué en respect d'une parfaite égalité puisqu'il est d'ordre public, voir Cass. com. 4 janvier 1994, *Bull. civ*. IV, n°10 ; *Rev. sociétés*, 1994, p. 278, note Lecène-Marénaud ; *Defrénois*, 1994, art. 35786, n°2, note P. Le Cannu ; art. 35894, note J. Derruppé ; *Dr. sociétés*, 1994, p. 45, note T. Bonneau ; *RTD civ*. 1994, p. 644, obs. F. Zénati ; *Bull. Joly*, 1994, p. 249, note, J.-J. Daigre ; *JCP* E, 1994, I, p. 374, obs. M. Cozian ; *JCP* Notarial, 1995, I, p.269, obs. J.-P. Garçon.

[113] Art. 1836 du Code civil.

[114] Signalons que ce droit n'existe que dans les sociétés civiles, les sociétés à capital variable et les GIE.

[115] A. FAYE, « L'égalité entre associés (Acte uniforme sur le droit des sociétés et du G.I.E) », p. 2, http://www.ohada.com/doctrine/ohadata/D-04-10.html.

[116] J.-M. MOULIN, *Le principe d'égalité dans la société anonyme, op.cit.,* n°33, p. 27.

[117] Le caractère indispensable de l'apport est fortement remis en cause, v. en ce sens A. COURET, « L'apport en société entre permanence et précarité », *Bull. Joly*, 2009, n°15 et s. p. 1199 ; voir également, J.-P. BERTREL, « La reprise des apports dans les montages sociétaires et la variabilité du capital social », *Bull. Joly*, 2009, p. 1191.

et donc d'apport[118]. Nous savons que « *les sociétés sans apports se multiplient. Soit parce qu'aucun capital minimum n'est exigé*[119]*- les plus précautionneux écrivent alors un euro dans la clause 'capital social', soit parce que la fourniture des apports peut avoir lieu aux calendes grecques, comme c'est le cas depuis toujours dans les sociétés de personnes* »[120]. Pour résoudre cette question, il convient de distinguer deux hypothèses. Soit les associés ont pris le soin de régler les modes de partage dans les statuts[121], auquel cas, les règles établies devront être respectées. Soit les statuts sont muets sur ce point. Et dans cette situation, la solution qui nous paraît la plus équitable et la plus convenable est d'attribuer et d'imposer à chaque associé des droits et des obligations identiques[122], quitte à établir des inégalités par la suite. L'on considérera qu'en s'abstenant de fixer l'étendue des prérogatives et obligations de chacun d'eux, les associés ont entendu s'engager sur un strict pied d'égalité[123].

Conclusion du chapitre liminaire

66. L'égalité entre associés apparaît *in fine* comme une notion contrastée[124]. Telle que conçue par les textes, elle n'est synonyme ni d'uniformité ni d'identité[125]. Mis à part les droits dont la répartition échappe à la proportionnalité, elle ne consiste ni à donner ou imposer des droits ou obligations identiques à tous les associés ni à corriger les inégalités naturelles entre ces derniers[126]. Elle suppose seulement que l'ensemble des prérogatives et engagements inégaux qui leur sont reconnus puissent être exercés dans le respect de la proportion établie en fonction de l'apport de chacun[127]. Et là encore, nous avons vu que la société a la possibilité d'introduire des discriminations fondées sur des différences de situations ou la satisfaction de l'intérêt social[128]. Il apparaît ainsi que les sociétés demeurent structurellement inégalitaires[129],

---

[118] Sur cette question, v. T. MASSART, « La société sans apport », in *Etudes de droit privé, Mél. offerts à P. Didier*, éd. Économica, 2008, p. 289 ; P. ETAIN, « Du zéro comme capital social », *LPA*, 2011, n°186, p. 4.
[119] Voir par exemple, art. L251-3 alinéa 1er du Code de commerce qui dispose que « *Le groupement d'intérêt économique peut être constitué sans capital* ».
[120] P. Le CANNU, « Monsieur de Saint-Janvier ou le dépouillement de l'article 1832 du Code civil », *Bull. Joly*, 2012, n°9, p. 67, spéc. n°14.
[121] Ils devront évidemment respecter toutes les règles d'ordre public notamment l'interdiction des clauses léonines.
[122] Cette solution est appliquée pour les titres de quotité, c'est-à-dire celle dont la valeur nominale n'est pas fixée dans les statuts, voir sur ce point, J.-P. BOUERE, « De l'Euro aux actions sans mention de valeur nominale », *JCP* E, 1998, I, p. 112.
[123] Voir par exemple, Cass. com. 12 juillet 1993, *Bull. Joly*, 1993, § 294, note P. Le Cannu.
[124] J.-M. MOULIN, *Le principe d'égalité dans la société anonyme, op. cit*. p. 347.
[125] M. COZIAN, A. VIANDIER, et F. DEBOISSY, *op.cit*., n°439.
[126] J.-M. MOULIN, *Le principe d'égalité dans la société anonyme, op. cit.,* n°32, p. 27.
[127] Y. de CORDT, *L'égalité entre actionnaires*, *op.cit*., n°214, p.303.
[128] Voir s*upra*, nos 16 et s.

puisque certains associés seront plus égaux que d'autres[130].

67. Il se pose alors la question de savoir si l'on peut voir dans cette notion d'égalité, la marque d'un principe général du droit positif. S'agirait-il, comme le prétendent certains, d'une norme juridique s'imposant aux associés et aux dirigeants ? À défaut de s'y conformer, ces derniers engagent-ils leur responsabilité ? Le maintien d'un principe d'égalité peut-il s'accommoder de la multiplication croissante des possibilités de le remettre en cause ? Les prochains développements permettront de répondre à ces interrogations. Mais on peut d'ores et déjà affirmer que l'égalité entre associés n'est qu'un faux principe général du droit.

[129] C. CHAMPAUD, « Catégories d'actions ou sortes d'actionnaires », art. cit., p. 163.
[130] A. PIROVANO, « La boussole » de la société. Intérêt commun, intérêt social, intérêt de l'entreprise ? », *D.* 1977, p. 189, spéc. 194, note 97 bis.

CHAPITRE 1 – L'égalité entre associés, un faux principe général du droit positif

68. Dans son acception large, le droit positif peut être défini comme « *l'ensemble des règles ayant pour objet de règlementer les rapports entre des individus à un moment donné et un lieu donné* »[1]. Il s'agit, en clair, de toutes les normes juridiques, écrites ou non, en vigueur, c'est-à-dire valablement reçues[2], dans un État à un moment donné[3] et ce, quelles que soient leurs sources. De fait, pour s'assurer de l'existence ou de l'inexistence d'une norme juridique, il suffit de vérifier si celle-ci figure parmi les composantes de cet ordre juridique positif. Ainsi, un premier élément de preuve de la fausseté du principe d'égalité entre associés peut-il s'inférer du fait que ce dernier soit effectivement introuvable parmi les principes généraux du droit positif (Section 1).

De plus, à supposer même qu'il ait été affirmé, ce principe ne remplit plus les caractères distinctifs des principes généraux du droit. Ce qui conduit à l'exclure de la catégorie juridique[4] de ces derniers (Section 2).

Section 1. Un principe introuvable parmi les principes généraux du droit positif

69. Contrairement à l'opinion de certains auteurs[5], les principes généraux du droit ne relèvent pas du droit spontané, ni du droit naturel[6], mais de celui délibéré. Ils ne peuvent exister qu'autant qu'ils sont expressément posés (§ 1).

70. Or, bien qu'étant une référence fréquemment utilisée par la doctrine, le principe d'égalité entre associés n'est, aujourd'hui, nulle part consacré en droit positif (§ 2).

---

[1] N. CATELAN, « Les principes et le droit (ou le droit a-t-il encore des principes ?) », in J.-M. Pontier (dir. sous), *Les principes et le droit*, éd. PUAM, 2007, p. 171.
[2] R. LIBCHABER, *L'ordre juridique et le discours du droit. Essai sur les limites de la connaissance du droit*, éd. LGDJ, Lextenso, 2013, n°53, p. 60.
[3] G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, éd. PUF, 2016, *v°* mot « positif ».
[4] Contra : J.-M. MOULIN, *Le principe d'égalité dans la société anonyme, op.cit*., n°2, p. 2.
[5] G. SCELLE, « Essai sur les sources formelles du droit international », in *Mél. offerts à F. Gény*, t. 3, éd. Sirey, 1934, p. 400, spéc. 424, l'auteur estime que les principes généraux du droit appartiennent à la catégorie des règles spontanées. Voir également en ce sens la doctrine marxiste, notamment B. VITANTYI, « Les positions doctrinales concernant le sens de la notion de 'principes généraux' de droit reconnus par les nations civilisées » *RGDIP*, 1982, p. 48, spéc. pp. 61 à 63.
[6] G. VEDEL et P. DELVOLVE, *Droit administratif*, éd. PUF, coll. « Thémis », 1980, p. 378.

§ 1. La consécration des principes généraux en droit positif

71. Pour faire office de règle juridique positive, une norme doit nécessairement être consacrée par une personne bénéficiant « *d'une habilitation conférée par l'État à l'exercice d'un pouvoir normatif* »[7]. En tant que « *signification d'un acte de volonté* »[8], elle ne peut devenir réalité que par *« la décision d'une autorité qui la pose et l'impose comme une vérité objective* »[9]. C'est dans cet acte de volonté que la norme trouve son existence[10]. D'évidence, l'affirmation vaut pour les principes généraux du droit. À l'image des autres règles du droit délibéré, ces derniers ne pourront intégrer le royaume du droit positif que si les juges ou le législateur procèdent à leur consécration[11]. Pouvant s'effectuer selon différentes formules[12], cette consécration marque leur naissance et leur accorde une positivité[13].

72. Pour s'en convaincre, il suffit de rappeler l'exemple des principes généraux du droit administratif. C'est depuis l'arrêt *Aramu et autres*[14] dans lequel le Conseil d'État affirmait, sans ambages, qu'il existait des *« principes généraux du droit applicables mêmes en l'absence de texte »,* que ces derniers ont commencé à être officiellement considérés comme des normes juridiques positives[15]. Pourtant, la déclaration contenue dans cette décision[16] n'a été que l'occasion d'officialiser une démarche restée longtemps secrète[17] puisque, conscient du fait « *qu'il est au-dessus de la prévoyance humaine de tout embrasser dans les lois »*[18]*,* le Conseil d'État faisait recours aux principes bien avant cet arrêt.

73. Ceci étant dit, l'hypothèse la plus simple est lorsque les principes sont formulés dans

---

[7] D. de BECHILLON, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?,* éd. Odile Jacob, Paris, 1997, p. 254.
[8] H. KELSEN, *Théorie générale des normes*, traduit de l'allemand par O. Beaud et F. Malkani, éd. Léviathan, PUF, 1996, pp. 2 et 3.
[9] C. ATIAS, « Quelle positivité ? Quelle notion de droit ? », in *Arch. phil. dr.*, t. XXVII, p. 209, spéc. n°18.
[10] H. KELSEN, *op.cit.,* chap. 58, p. 315. Voir également, E. MILLARD, « Qu'est-ce qu'une norme juridique ? », *Cah. cons. Const*. n°21/2006, p. 59, spéc. p. 60.
[11] P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, *op.cit*., n°355, p. 310.
[12] Sur les différentes formules utilisées par les juges, voir P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, *op.cit*., n°356, p. 311.
[13] H. KELSEN, *op.cit.,* chap. 1, p. 5.
[14] CE, Ass., 26 oct. 1945, préc. Aujourd'hui, les principes généraux du droit sont bien établis en droit public et font même l'objet d'une théorie qui porte le même nom et les juges n'hésitent pas à en recourir, voir sur ce point, B. OPPETIT, « L'ascension des principes généraux : l'exemple du droit international », in *Droit et économie*, éd., PUF, 1998, p. 83, spéc. p. 85.
[15] P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, *op.cit*., n°355, p. 310.
[16] On a pu l'analyser comme une réaction aux multiples remises en cause des principes fondamentaux durant la deuxième guerre mondiale, voir J.-M. MAILLOT, *La théorie administrativiste des principes généraux du droit, continuité et modernité*, th. Montpellier I, 2003, éd. Nouvelle Bibliothèque de Thèse, n°3, p.3.
[17] Voir par exemple, les arrêts *Roubeau* rendus par le Conseil d'État les 7 mars 1911 et 9 mai 1913 qui avaient implicitement consacré ces principes du droit. add. G. MORANGE, « Valeur juridique des principes contenus dans les déclarations des droits », *RDP*, 1945, pp. 229 et s.
[18] J.-J. de CAMBACERES, *Projet de Code civil*, *Corps législatif, 1795-1814-Conseil des Cinq –Cents*, éd. Librairie Edouard Duchemin, Paris, 1977, p. 408.

la loi[19]. Toutefois, la réalité révèle qu'ils sont rarement inscrits en toutes lettres dans des textes[20], mais prospèrent le plus souvent sans support textuel direct[21]. Il s'en déduit que leur affirmation demeure généralement l'œuvre des magistrats[22]. D'où la question qui s'est posée en doctrine de savoir s'ils sont créés par le juge ou simplement découverts par ce dernier, sachant que dans la seconde hypothèse, ils n'auraient aucune autonomie par rapport au texte et donc aucune existence réelle en droit privé.

74. Cette question divise la doctrine depuis très longtemps. D'aucuns, que l'on peut qualifier d'adeptes de la thèse romantique ou néo-jus naturaliste ou encore positiviste y voient une simple émanation de la loi[23], le fruit d'un raisonnement par induction au terme duquel le juge dégagerait le principe d'un ou plusieurs texte(s)[24]. Monsieur Carbonnier affirmait que *« la doctrine et la jurisprudence ont formulé* (les) *principes généraux. Mais elles ne les ont pas créés. Elles les ont trouvés en suspensions dans l'esprit de notre droit, tel que semblaient le leur révéler certains textes fragmentaires »*[25]. Il ressort de cette opinion que les principes seraient inscrits dans le système juridique, mais se fondraient à lui[26]. Ils préexistent à leur découverte et le juge, quelques fois aidé par la doctrine, ne fait que les extraire, soit des textes de droit positif, soit des décisions de justice, ou encore de la coutume. Sous cette conception, les principes ne sont qu'une « *catégorie vaine et prétentieuse* »[27] qui ne désigne rien de précis en droit privé français[28]. De ce fait, ils n'auraient aucune existence réelle[29]. Cette position

[19] G. DEL VECCHIO, « Les principes généraux du droit », *in, Recueil d'études sur les sources du droit, Les sources générales des systèmes juridiques actuels, Mél. en l'honneur de F. Gény,* t.2*,* éd. Liechtenstein, Topos Verlag AG Vaduz, Librairie Edouard Duchemin, Paris, 1977, p. 1, spéc. p. 6.
[20] J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, 5e éd. Dalloz, 2012. Contra : M. De BECHILLON, *La notion de principe général en droit privé,* th. Pau, 1996, p. 7.
[21] R. CABRILLAC, *Introduction général au droit privé*, éd. Eyrolles, 1993, n°94.
[22] Cependant, toutes les règles que le juge applique « sans texte » ne sont pas des principes généraux du droit. Beaucoup ne sont que des solutions qu'il formule pour pallier les silences, les obscurités et contradictions de la loi, voir en ce sens, J.-L. BERGEL, *op.cit*., n°74, p. 104.
[23] J. BOULANGER, « Principes généraux du droit et droit positif », in *Le droit privé français au milieu du XXe siècle, Études offertes à G. Ripert*, t. 1, éd. LGDJ, 1950, p. 51, spéc. p. 63.
[24] J. GHESTIN, G. GOUBEAUX et M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil*. *Introduction générale*, 4e éd. LGDJ, 1994, n°449 ; G. MORANGE, « Une catégorie juridique ambiguë : les principes généraux du droit », *RDP*, 1977, p. 761, spéc. p. 763 ; W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, « Propos sur le texte de la loi et les principes généraux du droit », *Jour. des tribunaux*, 1970, p. 566.
[25] J. CARBONNIER, *Droit civil, Introduction*, 1re éd. PUF-Thémis, 1955, n°29, p. 101 ; J.-L. BERGEL, *op.cit.,* n°76, p. 105.
[26] S. BELLIER, « De l'art de découvrir des principes : le Conseil d'État entre sécurité juridique et confiance légitime », in J.-M. Pontier (dir. sous)*, Les principes et le droit*, éd. PUAM, 2007, p. 79.
[27] R. RODIERE, « Les principes généraux en droit privé français »*, RIDC,* 1990, p. 366.
[28] M. de BECHILLON, *op.cit*., p. 7.
[29] Voir R. RODIERE, « Les principes généraux du droit privé français »*,* in *Journées de la Société de législation comparée*, 1980, vol. II, p. 309, spéc. p. 317, l'auteur précisait que « la catégorie des *'principes généraux n'existe pas en droit privé' ».* Il justifiait son opinion par le fait qu'en droit privé, ces derniers étaient, non seulement d'un nombre très limité, mais aussi que leur constitutionnalisation rendait inutile leur existence ; voir également, M. de BECHILLON, *op.cit*., p. 40, qui déclare que les principes généraux ne constituent, ni une source formelle du droit

s'inscrit dans la droite ligne de ceux qui combattent le gouvernement des juges.

75. Cependant, d'autres[30] estiment que les principes généraux ont bel et bien une existence autonome[31], puisqu'ils ne sont qu'une pure création de la jurisprudence[32]. Cette création peut s'appuyer sur un texte, mais la plupart du temps elle s'opère sans aucun fondement textuel[33]. Entre ces deux positions, certains proposent de changer de démarche. Pour Monsieur Molfessis, ce débat existe parce que l'autonomie des principes est recherchée à l'aune des sources formelles du droit. L'auteur propose de poser le débat sous l'angle des sources réelles. En application de sa thèse, pour vérifier l'existence d'un principe, il suffira d'établir l'ordre chronologique entre celui-ci et sa source[34]. Si le principe précède sa source, il sera considéré comme existant.

76. À vrai dire, nous ne souscrivons à aucune des opinions exposées. Nous nous rallierons plutôt à une autre solution proposée par un auteur qui estime que les principes généraux du droit ne sont ni créés ni découverts, mais inventés dans le double sens du terme, c'est-à-dire *« l'action de trouver quelque chose de nouveau mais aussi de trouver ou découvrir une chose qui existe mais jusque-là inconnue »*[35]. Selon cette thèse, *« l'invention d'un principe peut donc aussi bien signifier la création de ce principe que sa découverte sans se réduire pourtant à l'une ou l'autre signification »*[36]. Cette affirmation est d'autant plus exacte, que même le recours à un texte n'altère en rien l'indépendance intellectuelle du juge. Ce dernier pourra

---

privé, encore moins une espèce particulière de norme juridique. Elle ajoute que l'emploi d'un vocabulaire hétérogène et non spécifique pour les désigner montre que le juge ne leur accorde aucun sens précis en droit privé. Sur la polysémie du terme « principe », voir A. JEAMMAUD, « De la polysémie du terme principe dans les langages du droit et des juristes », in S. Caudal (dir. sous), *Les principes en droit, Coll. études juridiques*, éd. Économica, 2008, p. 49.

[30] Selon Monsieur Morvan, les postulats selon lesquels le principe préexiste à sa découverte, qu'il n'est pas créé par le juge, que sa fonction est d'harmoniser le droit, que sa généralité est essentielle, « sont l'héritage arbitraire de cette vision spiritualiste », voir P. MORVAN, « Les principes généraux du droit et la technique des visas dans les arrêts de la cour de cassation », http://www.courdecassation.fr/IMG/File/intervention_morvan.pdf, n°11, p. 7 (consulté le 9 juin 2015) ; voir également du même auteur *Le principe de droit privé*, *op.cit*., n°512, p. 473. Un autre auteur, considérant que les partisans de la thèse romantique vivent sur un nuage, les invite à redescendre sur terre, voir M. PUECH, « les principes généraux du droit (aspect pénal) », *RIDC*, 1980, n° spéc., p. 337, spéc. 338.

[31] Voir F. ZENATI-CASTAING, « Les principes généraux en droit privé », in S. Caudal (dir. sous), *Les principes en droit, Coll. études juridiques*, éd. Économica, 2008, p. 257, spéc. p. 258, qui estime que si les principes généraux ont une importance méconnue en droit privé, toujours est-il, qu'« *ils constituent sa base »*.

[32] A.-S. MESCHERIAKOFF, « La notion de principes généraux du droit dans la jurisprudence récente », *AJDA*, 1976, p. 596 ; S. BELAID, *Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge*, éd. LGDJ, 1974, p. 308 ; P. de MONTALIVET, « Principes généraux du droit », *J-Cl. Administratif*, Fasc. 38, juillet 2016, n°22 et s.

[33] P. MORVAN, « Les principes généraux du droit et la technique des visas dans les arrêts de la cour de cassation », art. cit., n°11, p. 7.

[34] N. MOLFESSIS, « La notion de principe dans la jurisprudence de la Cour de cassation », *RTD Civ*. 2001, p. 699, spéc. 705.

[35] E. MAULIN, « L'invention des principes », in S. Caudal (dir. sous), *Les principes en droit, Coll. études juridiques*, éd. Économica, 2008, p. 23, spéc. p. 26.

[36] *Ibid*.

toujours choisir d'étendre la portée du principe à d'autres domaines qui n'étaient pas initialement prévus par le support textuel. De surcroît, la Cour de cassation semble confirmer cette approche. Dans certains cas, elle semble créer les principes. Il en va ainsi, par exemple, du principe de la dénonciation des engagements unilatéraux[37] ou encore de celui selon lequel les frais engagés par le salarié à l'occasion de l'exécution de son travail doivent être supportés par l'employeur[38]. Ces principes ne sont qu'une manifestation du pouvoir créateur de la jurisprudence[39]. Dans d'autres cas, elle ne fait que les dégager. Il en est ainsi du principe selon lequel celui qui réclame le bénéfice d'un droit doit justifier de ses conditions d'application[40]. Il convient donc d'admettre que, mentionnés dans de nombreux textes[41], les principes généraux ont une existence réelle, qu'ils soient créés *ab initio* ou déduits d'un texte. Ils sont même devenus un véritable mode de construction[42] et de fécondation du droit privé[43].

77. En tout état de cause, ils ne peuvent faire partie du droit positif que lorsqu'ils sont consacrés, soit par le législateur, soit par le juge. Tant que cet acte n'intervient pas, ils sont comme « *une pluie en suspension dans les nuages et qui ne se voit pas* »[44]. Pour qu'ils deviennent réalité, ils doivent, à l'instar de cette dernière, tomber à un moment précis et à un endroit déterminé[45]. Malgré cette remarque, le prétendu principe d'égalité entre associés n'est pas consacré en droit positif.

§ 2. L'absence de consécration du principe d'égalité entre associés en droit positif

78. À la lumière des lignes précédentes, pour être reconnu comme une norme du droit positif, un principe général doit impérativement être édicté par le législateur ou le juge. Cette assertion est encore plus vraie pour l'égalité[46] qui, contrairement à la pensée des naturalistes[47],

[37] Cass. soc. 20 juin 2000, *Bull. civ*. V, n°237, p. 186
[38] Cass. soc. 9 janvier 2001, *Bull. civ*. V, n°237, p. 186.
[39] N. MOLFESSIS, art. cit., p. 703.
[40] Cass. civ. 1re, 17 octobre 2000, *Bull. civ*. I, n°249, p. 163, la Cour généralise la règle énoncée à l'article 1315 du Code civil (nouvel art. 1353 du même code), selon laquelle celui qui réclame l'exécution d'une obligation ou qui prétend en être libéré, doit en apporter la preuve.
[41] Plusieurs textes mentionnent clairement le mot principe ou le syntagme « principes généraux », voir par exemple les articles 1584 et 1842 du Code civil qui évoquent respectivement « les principes généraux des conventions » et « les principes généraux du droit applicables aux contrats et aux obligations » ; art. 1803 du Code civil qui évoque le mot « principes ».
[42] B. OPPETIT, « Les principes généraux du droit en droit international privé », in *Arch. phil. droit*, t. 32, 1987, p. 179, spéc. p. 181
[43] J. BOULANGER, art. cit., n°17, p. 63.
[44] M. GOBERT, « Des ouvrages sur le droit civil et ouvrages auxiliaires », *RTD civ*, 1992, p. 329, spéc. 330.
[45] *Ibid*., p. 330.
[46] Contrairement à la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression, l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ne fait pas de l'égalité un droit naturel et imprescriptible de l'homme.

n'est pas immanente et ne procède guère de la nature des choses[48]. Elle repose, au contraire, nécessairement sur un acte de volonté politique, une disposition de la loi ou une décision du magistrat[49]. Le principe d'égalité entre associés n'échappe pas à cette règle.

Il n'est pourtant affirmé ni dans la législation (A) ni par la jurisprudence (B) actuelles.

A. Un principe nulle part affirmé dans la législation positive

79. De prime abord, l'absence d'affirmation du principe d'égalité entre associés ne devrait être démontrée que dans le droit national (I). Mais ce serait réduire à tort le champ des investigations puisque la réglementation sur les sociétés n'est pas l'apanage du droit interne. Des pans entiers de cette matière relèvent du droit communautaire[50]. Donc, pour s'assurer de l'absence de consécration de ce principe en droit positif, nous devrons aussi examiner les enseignements que livre le droit de l'Union européenne (II).

I. Les enseignements du droit national

80. Lorsque l'on parcourt les écrits sur l'égalité entre associés, il est curieux de constater que la quasi-totalité des auteurs emploient l'expression « principe » pour la qualifier[51]. S'agit-il d'une simple commodité de langage[52] ou d'une utilisation du terme « principe » comme une sorte de médication qui cacherait mal un manque d'imagination[53] ? La question mérite d'être posée car, en vérité, l'évocation de ce principe n'est qu'un moyen facile et peu convaincant de

---

[47] T. HOBBES, *Léviathan*, partie II, chapitre XXX « De la fonction du représentant souverain », croit que l'égalité existe entre les hommes à l'état de nature et il y voit la source des maux auxquels le contrat social apporte des remèdes. Rousseau quant à lui distingue les inégalités naturelles ou physiques qui règnent dans l'état de nature, et les inégalités morales ou politiques qui prévalent dans l'état de société, B. BACHOFEN et B. BERNARDI, *ROUSSEAU, Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, *op. cit*., pp. 63 et 64.

[48] Y. de CORDT, *L'égalité entre actionnaires*, *op.cit*., n°189, p. 251.

[49] J.-M. MOULIN, *Le principe d'égalité dans la société anonyme, op.cit*., n°21, p. 19.

[50] Pour plus de détails sur la législation européenne des sociétés, voir ASS. H. CAPITANT, *La construction européenne en droit des affaires*, éd. LGDJ-Lextenso, 2016, p. 29 et s. ; P. MOUSSERON, *op.cit*., pp. 16 et s.

[51] M.GERMAIN et V. MAGNIER, *op.cit.*, n°2070 ; P. Le CANNU et B. DONDERO, *op.cit.* n°931. Voir également P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, *op.cit.,* p. 290, note 795, précisant que « *le principe n'a jamais été mentionné qu'en doctrine* ».

[52] Monsieur Pontier faisait remarquer que l'on ne parle que du principe d'égalité, jamais de la règle d'égalité, voir J.-M. PONTIER, « Introduction », in J.-M. Pontier (dir. sous), *les principes et le droit*, éd. PUAM, 2007, p. 17.

[53] F. DELPEREE, « La place des principes non écrits dans les avis et les décisions des conseils d'État », *RA*, 1999, n° spéc. 4, p. 122.

masquer l'absence d'arguments sérieux[54]. En effet, c'est en vain que l'on chercherait dans la législation sur les sociétés, l'affirmation d'un principe d'égalité entre associés[55]. Aucun texte du droit positif ne le formule de façon expresse et générale. S'il est vrai que le législateur a établi un certain nombre de règles qui exigent un traitement égal des associés, il est tout aussi avéré que celles-ci restent ponctuelles[56] et ne concernent que des hypothèses bien précises.

81. L'égalité entre associés n'est expressément évoquée en droit des sociétés que dans deux dispositions du Code de commerce. Le premier est l'article L225-204[57] qui dispose, à propos de la réduction de capital, que l'assemblée générale ne peut en aucun cas *« porter atteinte à l'égalité des actionnaires »*. Schématiquement, cette prescription signifie qu'en cas de diminution du capital, chaque associé devra la subir proportionnellement à sa mise[58] dans l'entreprise commune. Peu importe que la réduction s'opère par diminution de la valeur nominale des titres ou par restriction du nombre de titres[59] ou qu'elle porte sur l'intégralité du capital[60], l'égalité doit être respectée. À noter que si la diminution n'est pas motivée par des pertes sociales (l'on songe par exemple à l'hypothèse où le capital social ne correspond plus aux besoins réels de l'aventure sociale) ou lorsqu'elle entre dans les possibilités de rachat de leurs propres actions offertes aux sociétés par la loi[61], la jurisprudence[62] exige seulement que l'offre de rachat soit présentée à l'ensemble des associés[63]. Il n'est pas obligatoire que tous y participent, elle peut bénéficier seulement à ceux qui le souhaitent[64]. Cette réduction peut

[54] P. MOUSSERON, p. 48, n°60.
[55] Contra : voir J. MESTRE, « L'égalité entre associés, (aspects de droit privé) », art. cit., p. 400, pour qui le principe a été progressivement affirmé en droit positif. Voir également, P. FEUILLET, « Rapport sur l'atteinte à l'intérêt collectif apprécié à partir de la rupture d'égalité entre les actionnaires », in *L'expertise judiciaire en matière d'abus du droit de majorité, rapports présentés au XVII^e^ congrès national de la compagnie nationale des experts judiciaires en comptabilité*, *Rev. sociétés,* 1979, p. 26, spéc. p. 702.
[56] J. MESTRE, « L'égalité entre associés, (aspects de droit privé) », art. cit., p. 399, spéc. p. 403.
[57] À rapprocher de l'article L223-34 du Code de commerce à propos de la réduction de capital. Il faut remarquer d'ailleurs que la quasi-totalité des travaux qui portent sur l'égalité en droit des sociétés sont élaborés dans le cadre des sociétés anonymes. Pourtant on a pu affirmer que *« la règle d'égalité entre associés demeure étrangère aux sociétés dominées par l'*intuitus pecuniae rei *»,* voir M. Jeantin et A. Sayag (dir. sous) *L'endettement, mode de financement des entreprises,* Études du CREDA., éd. Litec, 1996, n°140, pp. 87 et 88.
[58] P. Le CANNU, B. DONDERO, *op.cit.*, n°1223, p. 783.
[59] A. FAYE, « L'égalité entre associés (Acte uniforme sur le droit des sociétés et du GIE) », http://www.ohada.com/doctrine/ohadata/D-04-10.html, p. 5.
[60] M. BOIZARD, « La réduction du capital social à zéro », *Rev. sociétés*, 1999, p. 735, spéc. n^os^4 et s.
[61] Voir par exemple, les articles L225-207 et s. du Code de commerce.
[62] C'est ainsi qu'une promesse de rachat d'actions faite à un actionnaire dans l'hypothèse où les actions de la société ne seraient pas introduites en Bourse a été annulée car l'offre de rachat n'a pas été adressée à tous les actionnaires, voir CA Paris, 21 février 2003, *Bull. Joly*, 2004, p. 262, note S. Sylvestre ; *RJDA*, 2003, n°1187.
[63] Art. R225-153 Code de commerce.
[64] CA Paris, 21 mars 2000, *Douchez c/ SA Francomet et autres*, *Bull. Joly*, 2000, p. 960, note P. Le CANNU.

même être réservée à certains associés seulement[65] ou à une catégorie d'entre eux[66].

82. Ceci étant dit, l'objectif fixé à travers cet article est d'éviter qu'un associé soit arbitrairement exclu de la société[67] ou que son droit de propriété sur ses titres soit injustement atteint[68]. La pratique a montré que c'est souvent lors des opérations de restriction de capital que les associés tentent de se débarrasser de ceux parmi eux qui sont devenus indésirables[69]. Ainsi, au nom du droit de propriété et de celui de rester dans la société[70], chaque associé doit-il être protégé. Toutefois, il convient de noter que, quand bien même l'article L225-204 demeure un texte impératif dont l'inobservation est pénalement sanctionnée[71], l'égalité qu'il prescrit se confine strictement à l'opération de réduction et ne saurait s'étendre par-delà cette hypothèse.

83. Le second texte ayant fait allusion à l'égalité entre associés est l'article L823-11 du même code qui précise que « *les commissaires aux comptes s'assurent que l'égalité a été respectée entre les actionnaires, associés ou membres de l'organe compétent* »[72]. Cette disposition semble, à première vue, plus troublante, car la formulation peut prêter à confusion. Mais la doctrine s'accorde à admettre qu'elle ne consacre qu'une égalité relative[73] qui exige juste que le commissaire aux comptes vérifie au terme de chaque exercice, qu'aucun associé n'a été victime de décisions discriminatoires, que chacun a effectivement reçu sa part dans les bénéfices et qu'aucun n'a été exclu des assemblées alors qu'il avait le droit d'y participer et voter[74]. En somme, le commissaire doit s'assurer que, conformément à l'équilibre inégalitaire fixé dans les statuts, il n'y a pas eu de discrimination illégales, auquel cas, il devra les déceler[75]. Il apparaît que, en dépit de l'ambiguïté de sa rédaction, ce texte n'interdit que les inégalités injustes. Or, cette non-discrimination est bien différente « *du principe d'égalité qui*

[65] Pour plus de détails sur ces cas, H. LE NABASQUE, « Le rachat par une société de ses propres actions : le rachat réservé à certains actionnaires », *LPA*, 2001, n°89, p. 25.
[66] S.TORK, « Le rachat par les sociétés cotées de leurs propres actions (article L225-209 du Code de commerce) et le principe d'égalité des actionnaires », art. cit. n°13, p. 520.
[67] Lamy *Sociétés commerciales*, éd. 2016, n°4079.
[68] Articles 544 et 545 du Code civil ; art. 1 protocole 1 de la CEDH.
[69] P. CORDONNIER, *De l'égalité entre actionnaires*, *op.cit*., n°184, p. 346.
[70] Appelé aussi droit de ne pas être exclu de la société, ce droit est propre à l'associé, de sorte que l'assemblée ne peut le supprimer qu'avec l'accord de ce dernier, voir par exemple, Cass. com. 26 mars 1996, *Rev. sociétés*, 1996, p. 793, note L. Godon.
[71] L'article L242-23 al. 1 du Code de commerce édicte une amende de 30 000 euros.
[72] Sur ce contrôle du commissaire, voir E. DU PONTAVICE, « Les tâches du commissaire aux comptes depuis la loi du 24 juillet 1966, les décrets des 23 mars et 6 juin 1967 et l'ordonnance du 23 septembre 1967 », *Rev. Sociétés*, 1968, p. 3 ; J. TRIAL, « Le statut et les tâches des commissaires aux comptes », *RFC*., 1967, p. 277.
[73] A.-L. CHAMPETIER de RIBES-JUSTEAU, *op.cit.*, n°287, p. 210, note 95.
[74] P. DIDIER, art. cit., p. 20.
[75] Voir par exemple CA Paris 21 février 2003, préc.

conduit à aller au fond des choses, dans la réalité et dans la diversité quotidiennes des intérêts des associés »[76]. Finalement, ces articles du Code de commerce ne sont que des dispositions mineures[77] qui visent des cas particuliers[78]. Il s'en déduit qu'elles ne posent aucune règle générale d'égalité en droit des sociétés.

84. En dehors de ces hypothèses, l'égalité entre associés n'est sous-entendue qu'à travers quelques dispositions éparses[79] et sporadiques n'ayant qu'une portée ponctuelle[80]. L'égalité qu'elles préconisent doit simplement être perçue comme le trait qui leur est commun sans pouvoir être étendue au-delà de leurs limites.

À la lumière de cette analyse, le principe d'égalité entre associés ne semble bénéficier d'aucune affirmation expresse de la part du législateur national. Est-ce à dire qu'il n'est pas du tout consacré dans la législative actuelle ? Il est tentant de répondre par l'affirmative. Pourtant, une telle réponse serait assurément hâtive. Ne doit-on pas admettre une consécration implicite du principe dont l'émergence dans ces diverses règles écrites n'épuise pas toutes les applications ? En clair, ne pourrait-on pas le déduire ou le reconstituer à partir des règles parcellaires qui viennent d'être exposées ?

85. Selon « *la doctrine prédominante*[81]*, la méthode à employer pour rechercher et découvrir les principes généraux du droit, consisterait à partir des dispositions particulières de la loi et à s'élever par voie d'abstraction à des notions plus compréhensives, en procédant dans cette 'généralisation croissante' autant qu'il serait nécessaire pour comprendre le cas douteux dans la sphère du droit positif* »[82]. Cette méthode dite de l'induction amplifiante, éprouvée en jurisprudence[83], peut-elle prospérer dans le cas étudié ? Il est permis d'en douter.

86. En effet, dans son ouvrage consacré au principe de droit privé, le professeur Morvan a démontré de façon particulièrement pénétrante les insuffisances inhérentes à cette technique de l'induction. D'après lui, cette démarche trouve une limite de taille dans le fait que les

[76] G. PARLEANI, « Absence, en droit de l'Union européenne, d'un principe autonome d'égalité entre actionnaires », *Rev. sociétés*, 2010, p. 45, spéc. n°6, p. 49 ; F. LEMAIRE, « La 'notion' de non-discrimination dans le droit français : un principe constitutionnel qui nous manque ? », *RFDA*, 2010, p. 301.
[77] P. DIDIER, art. cit., p. 20.
[78] P. BISSSARA, « L'intérêt social », *Rev. sociétés*, 1999, p. 5, spéc. p. 29.
[79] Voir *supra,* n°9.
[80] J. MESTRE, « L'égalité entre associés, aspects de droit privé », art. cit., p. 403.
[81] J.-P. GRIDEL, *Introduction au droit et au droit français*, 2e éd. Dalloz, 1994, p. 307 ; G. MARTY, P. RAYNAUD, *Introduction générale à l'étude du droit*, 2e éd. Sirey, 1972, n°126, p. 234.
[82] G. DEL VECCHIO, art. cit., p. 1.
[83] Elle a été utilisée pour dégager les principes de l'enrichissement sans cause et celui de « *infans conceptus* », sur ces exemples voir P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, *op.cit.,* n°423, p. 370.

textes sont grevés d'une constante équivoque dans la mesure où ils contiennent souvent simultanément des applications et des censures des principes. Il s'en déduit que « *l'interprète, embarrassé, postulera l'existence du principe puis, n'invoquant que ses prétendues applications, reconstituera a postériori un simulacre de raisonnement inductif conduisant de celles-ci à celui-là* »[84].

Une telle ambiguïté affecte incontestablement la législation sur l'égalité en droits des sociétés car, dans le même temps que le législateur établit des règles d'égalité dans le partage des droits et des obligations entre les associés, celui-ci multiplie les dérogations à ces dispositions[85]. Quelques exemples suffisent pour corroborer le propos. Ainsi, si la loi pose l'égalité dans la répartition des bénéfices et des pertes[86], elle permet parallèlement aux associés de choisir un partage inégal[87]. Pareillement, l'égalité dans le droit de vote[88] ne s'oppose pas, selon les textes[89], à un aménagement inégalitaire de cette prérogative. Cette ambivalence de la démarche législative se vérifie dans le partage de la quasi-totalité des droits et obligations des associés[90].

87. Or, comme le souligne l'auteur, cette situation met l'interprète face à un dilemme : « *il peut 'soit appliquer le raisonnement a contrario qui conduit à refuser toute généralisation et à considérer que l'énumération légale prouve chez le législateur la volonté de maintenir un principe contraire en lui ménageant seulement des exceptions, soit employer, à l'inverse, le raisonnement(...)' par induction-déduction qui permet de dégager un principe général, en l'induisant d'applications particulières* », sachant que « *chaque argumentation est également concevable et nulle branche ne prévaut a priori sur l'autre. L'intention du législateur ou la volonté de l'interprète seront seules déterminantes du choix final* »[91]. C'est pour ces raisons qu'il affirmait que la technique de l'induction est *« impuissante à forger, par elle-même, une conviction objective* »[92] sur l'existence des principes, puisqu'elle ne permet pas de construire

[84] P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, *op.cit*., n°426, p. 373.
[85] M. BUCHBERGER, *op.cit.,* p. 279, n°319.
[86] Art. 1844-1 al. 1 du Code civil.
[87] Art. 1844-1 al. 1 du Code civil.
[88] Art. L225-122 du Code de commerce.
[89] Art. L228-11 du Code de commerce.
[90] Voir *infra*, n[os]353 et s.
[91] P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, *op.cit*., n°426, pp. 374-375, qui donne l'exemple du principe de la responsabilité non contractuelle du fait d'autrui qui a été accueilli par une partie de la doctrine par application d'un raisonnement inductif et qui a été récusé par une autre partie ayant appliqué le raisonnement *a contrario*.
[92] P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, *op.cit.,* 1999, n°426, p. 374.

leur régime juridique à partir de lois particulières[93].

88. Force est d'admettre que ces observations se vérifient concernant l'égalité en droit des sociétés. D'une part, les égalités prévues dans les textes particuliers n'ont souvent ni la même forme ni la même portée. Par exemple, l'égalité dans l'information est arithmétique et relative, alors que celle prévue en cas de réduction de capitale est à la fois proportionnelle et absolue. Cela étant, laquelle des deux devra être utilisée pour servir de base à la construction d'un régime juridique homogène ? Peut-on se fonder sur les deux alors qu'elles sont fondamentalement différentes ? D'autre part, l'énumération simultanée des règles d'égalité et des possibilités d'y déroger ne permet guère d'établir avec certitude l'existence du principe étudié. Car, à supposer qu'il soit possible de déduire ou d'induire un principe de textes éclatés, c'est à condition qu'il y ait un contexte social favorable[94] et une cohérence entre ces textes qui serait conforme à l'orientation suivie dans la matière concernée.

Or, outre l'absence de cohérence entre les dispositions sur l'égalité entre associés, l'observation du droit des sociétés montre qu'un principe général d'égalité n'est conforme ni à la logique sociétaire qui s'appuie sur des rapports de force[95], ni à l'aspiration des associés qui consiste à vouloir toujours davantage de droits. Si ces derniers s'efforcent de saluer respectueusement l'égalité, ils cherchent incessamment à la contourner[96]. Monsieur Ripert avait brillamment démontré que les associés ont d'autres obsessions que de vouloir l'égalité et qu'ils ne tenaient pas plus que cela à l'exercice de leur souveraineté, car ils savent qu'un gouvernement démocratique direct ne saurait convenir à la gestion de leurs intérêts respectifs et que c'est en vain qu'on les pousserait à se défendre[97]. Ne doit-on pas, dès lors, reconnaître que l'« *on ne peut utilement protéger ceux qui ne veulent pas se protéger eux-mêmes* »[98] ?

Ces diverses observations amènent à conclure que l'égalité n'étant « *pas l'âme du contrat de sociétés* »[99], en faire un principe général du droit des sociétés par déduction à partir

[93] Pour tous les principes, voir P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, *op.cit.,* n°429, p. 377. L'auteur donne l'exemple de l'action *in rem verso* dont le régime abonderait, selon lui, d'exigences minutieuses qu'aucune disposition légale n'a jamais inspirées au juge et dont il est l'auteur exclusif, voir le n°425, p. 373 du même ouvrage.
[94] D. HOUTCIEFF, *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, t. 1, éd. PUAM, 2001, n°17, p. 29.
[95] F. PASQUALINI, « Les conventions extra-statutaires, outils de modulation de la rémunération des associés », *Rev. sociétés*, 2010, p. 79.
[96] A. COURET, « Le retour du débat sur le droit de vote double », *JCP* E, 2013, n°39, p. 1518
[97] G. RIPERT, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, 2e éd. LGDJ, 1952, pp. 92 et s.
[98] J. PERROUD, « La condition de l'actionnaire », in *Le droit privé français au milieu du XXe siècle. Études offertes à G. Ripert*, t. 2, éd. LGDJ, 1950, pp. 319 et s.
[99] J.-M. DE BERMOND, « Les parts sociales privilégiées », *JCP* E, I, 1993, p. 294.

des règles spécifiques, reviendrait à établir un principe « bricolé » et « artificiel »[100].

89. Qu'en est-il de l'égalité boursière ? Nous ne pouvons clore cette démonstration du défaut d'affirmation du principe d'égalité dans la loi interne sans évoquer cette égalité externe prévue en droit financier, tellement il est rare de consulter les études sur l'égalité en droit des sociétés sans y trouver ses traces[101]. Confinée aux sociétés cotées[102] et relevant de l'ordre public financier[103], elle postule que tous « *les investisseurs doivent bénéficier d'une égalité de traitement* »[104]. Il s'agit donc d'une égalité *« devant le marché qui est instaurée au bénéfice de tous ceux qui en sont les partenaires financiers au moyen de titres de capital ou de titres donnant accès au capital ou aux droits de vote »*[105]. La question se pose alors de savoir si elle n'est pas l'application d'un principe général d'égalité entre associés. Il ne le semble pas et il suffit de prendre deux exemples pour s'en rendre compte. Le premier concerne l'égalité de prix qui oblige l'acquéreur des titres sociaux dans les opérations d'offres publiques[106] d'attribuer un prix identique aux majoritaires et aux minoritaires[107] ; le second est relatif à l'égalité dans l'information qui impose aux dirigeants de divulguer simultanément l'information[108] à tous les intervenants sur le marché, qu'ils soient ou non associés de la société concernée[109].

---

[100] V. ALLEGAERT, *Le droit des sociétés et les libertés et droits fondamentaux*, Préf. F.-X. Lucas, éd. PUAM, 2005, n°83, p. 116.

[101] Voir J. MESTRE, « L'égalité entre associés, (aspects de droit privé) », art. cit., p. 408, qui estime que l'égalité externe n'est rien d'autre que le prolongement de celle entre associés ; J.-M. MOULIN, *Le principe d'égalité dans la société anonyme, op.cit*., p. 347, qui qualifie cette égalité de branche absolue du principe d'égalité entre associés.

[102] Sur la distinction entre les sociétés cotées et celles non cotées, voir M.-A. FRISON-ROCHE, « La distinction entre sociétés cotées et sociétés non cotées », in *Mél. offerts à AEDBF*, éd. Banque Ed., 1997, p. 189.

[103] J. MÉADEL, *Les marchés financiers et l'ordre public*, éd. LGDJ, 2007, p. 16.

[104] T. BONNEAU et F. DRUMMOND, *Droit des marchés financiers*, éd. Économica, 2010, n°25.

[105] J.-F. BIARD, J.-P. MATTOUT, « Les offres publiques d'acquisition : l'émergence de principes directeurs de droit boursier », *Rev. Banque et droit,* n°28, 1993, pp. 3 et s

[106] Sur la question en générale, voir E. WYMEERSCH, « L'offre publique d'achat obligatoire », *RDAI* n°5, 1991, p. 265 ; A. PETITPIERRE-SAUVAIN, « L'égalité des actionnaires dans l'offre publique d'achat (OPA) », art. cit.

[107] Voir A. VIANDIER, *OPA-OPE et autres offres publiques*, 5e éd. Francis Lefebvre, 2014, n° 944 et 1872. Ce caractère impératif de l'égalité doit tout de même être nuancé puisque l'égalité demeure relative quels que soient les efforts du législateur dans la mesure où, s'il est vrai que la société est légalement tenue de fournir à chaque investisseur des informations identiques, la loi ne parviendra jamais à combler l'écart séparant l'investisseur professionnel de l'épargnant que les progrès de la technique creusent toujours davantage.

[108] On notera que, en droit boursier, l'information se subdivise en deux. Il y a, d'une part, une égalité interne qui concerne l'information que les dirigeants doivent à leurs actionnaires en tant que mandataires et une autre tournée vers l'extérieur de la sphère sociale et qui porte sur l'information que la société doit au public intervenant sur le marché. Seule cette dernière relève de l'égalité boursière, sur ce point, voir P. DIDIER, « Rapport », in « L'égalité des actionnaires : mythe ou réalité ? », *JCP E*, 1994, *Cah. dr. l'ent*., 1994/5, p. 18, spéc. p. 21. Sur l'information des actionnaires en général, voir C. HEURTEUX, *L'information des actionnaires et des épargnants en droit français et comparé*, éd. Sirey, 1961.

[109] S'il s'agit d'une information privilégiée, le non-respect de l'égalité est constitutif d'un délit d'initié, voir art. L465-1 du Code monétaire et financier qui punit l'auteur de cette infraction de deux ans d'emprisonnement et

90. Dans les deux cas, tout comme dans les autres domaines de l'égalité boursière, les associés ne sont pas appréhendés comme tels, mais plutôt comme des investisseurs sur le marché des valeurs mobilières. En obligeant la société à fournir une information exacte, précise, sincère[110] à tous ceux qui interviennent sur le marché[111], le législateur souhaite permettre aux investisseurs de prendre des décisions parfaitement éclairées[112] et sur un strict pied d'égalité. Cela est logique car, lorsqu'une personne achète des actions, elle prend en considération non seulement la situation économique, financière et les perspectives de la société, mais aussi l'environnement du marché[113]. Par conséquent, tout événement ayant une incidence importante sur celui-ci peut affecter la clause du contrat d'investissement[114]. On remarquera que dans le droit des sociétés classique, il n'existe guère de prescription, ni de révéler l'information de façon simultanée, ni de la produire, sauf cas exceptionnels[115], à des non-associés. Il apparaît donc que cette égalité dans le savoir est une notion structurelle du marché destinée à promouvoir son efficacité et son dynamisme[116].

91. Par ailleurs, c'est seulement parce que l'actionnaire est perçu, soit comme offreur, soit comme demandeur sur le marché et non comme associé, que l'égalité des prix[117] est imposée. L'objectif est d'assurer un prix unique[118] qui résultera de la rencontre entre l'offre et la demande[119] puisqu'il ne saurait y avoir simultanément deux prix, l'un étant le cours coté et

---

d'une amende de 1 500 000 euros, montant qui peut être porté jusqu'au décuplé du profit éventuellement réalisé. Pour des études sur l'ensemble de la question, voir A.-A. PIETRANCOSTA, *Le droit des sociétés sous l'effet des impératifs financiers et boursiers*, th. Paris Panthéon-Sorbonne, 1999, n°1444 ; J. MÉADEL, *Les marchés financiers et l'ordre public*, éd. LGDJ, 2007, pp. 84 et s. ; D. GEWINNER, « Les procédures de *data room* à l'épreuve du délit d'initié et du manquement d'initié », in *Mél. en honneur de D. Schmidt*, éd. Joly, 2005, p. 273 ; J. M. BARDY, « L'information privilégiée », in *Les Entretiens de la COB*, 28 novembre 1992, *Bull. COB,* 1992*,* suppl. « L'information et l'épargnant », n°254.

[110] Art. 223-1, RG AMF.

[111] Articles 17 et 18 de la Directive 2004/109/CE ; Art. 223-10-1, RG AMF ; voir également, T. BONNEAU et F. DRUMMOND, *Droit des marchés financiers*, 3e éd. Économica, 2010, n°432, p. 620 ; C. BAJ, « Le principe de loyauté et le prix de marché », in *Mél. En honneur de D. Schmidt*, éd. Joly, 2005, p. 1, spéc. p. 21.

[112] F. PELTIER, « L'inégalité dans les offres publiques », *RDBF*, 2003, p. 244.

[113] D. SCHMID, « Libres propos sur l'égalité des actionnaires en cas de cession de contrôle », art. cit.

[114] COB, Rapport annuel 1988, p. 89. Sur le contrat d'investissement et le principe d'égalité, voir J.-F. BIARD, J.-P. MATTOUT, « Les offres publiques d'acquisition : l'émergence de principes directeurs de droit boursier » : *Banque et droit,* n°28, mars-avr. 1993, p. 3.

[115] Comme le cas du commissaire au compte et, dans une certaine mesure, les représentants du personnel.

[116] Sur la définition du marché financier, voir VAUPLANE, « Les notions de marché », *RDBB*, n°36, 1993, p. 62 ; J.-P. BORNET, « La notion de marché dans la directive européenne sur les marchés d'instruments financiers-'AMF'- du 21 avril 2004 » in *Mél. en honneur de D. Schmidt*, éd. Joly, 2005, p. 77, spéc. p. 84.

[117] Cette égalité *« externe »* semble forcée, voire artificielle, puisque, dans le cours normal des affaires, elle est constamment affectée par des variables exogènes. Autrement dit, si en dehors des hypothèses légales de prises de contrôle, des tiers offrent exclusivement à certains actionnaires un prix avantageux pour leurs actions, il n'y a là, en principe, rien de répréhensible puisqu'il s'agit de marchés extérieurs à la société et gouvernés par des pouvoirs de négociation d'intensités diverses.

[118] Sur ce prix unique, voir M.-C. De NAYER, « L'unicité de prix », *bull. Joly Bourse*, 1993, p. 267.

[119] En ce sens, voir A. RABUT, *Le droit des bourses et des agents de change*, éd. Litec, 1983, p. 24.

l'autre le prix du contrôle. Qualifiée d'ordre public[120] et fondée, selon certains sur l'équité[121], cette *« égalité de sortie »* s'avère paradoxale car, en imposant le même prix de cession aux actions, alors même que celles du majoritaire sont *a priori* plus utiles au cessionnaire[122], elle crée une inégalité entre les associés[123]. De toute façon, malgré le souhait des pouvoirs publics[124], la doctrine[125] et la jurisprudence[126] refusent de l'appliquer dans le cadre des sociétés non cotées. Est-ce à dire qu'en droit des sociétés, le prix de cession des titres des majoritaires et des minoritaires ne peut jamais être identique ? La réponse est évidemment négative, car le cessionnaire peut toujours volontairement accepter d'offrir le même prix, sans toutefois pouvoir y être obligé.

92. Il apparaît que l'égalité boursière relève de la stratégie et du pragmatisme[127]. Elle vise simplement à assurer une saine application des principes de transparence et de protection des investisseurs[128], indispensables au bon fonctionnement[129] du marché. Elle ne s'applique pas

[120] Voir *Bull.COB*, avr. 1995, p. 17 ; CA Paris, 3 mai 2001, *JCP* G, 2001, II, p. 10456, note J-J Daigre ; *JCP E*, 2001, p. 1046, obs. A. Viandier ; *RTD com*., 2001, p. 727, obs. C. Goyet et N. Rontchevsky ; *Dr. sociétés*, 2001, comm. n°119, obs. H. Hovasse; *RD banc. et fin*. 2001, p. 242, comm. n°172, obs. M. Germain et A. Frison-Roche ; *RJDA*, 2001, p. 803, note A. Couret. Voir également N. RONTCHEVSKY, « La liberté contractuelle et la transaction à l'épreuve de la règlementation boursière », *RTD civ*. 1996, p. 151, qui affirme que cette égalité ne saurait être écartée par une clause contractuelle.

[121] Voir par exemple, J.-F. BIARD, J.-P. MATTOUT, « Les offres publiques d'acquisition : l'émergence de principes directeurs de droit boursier », *Rev. Banque et droit,* n°28, 1993, pp. 3 et s. Sur la notion d'équité, voir C. ALBIGES, *De l'équité en droit privé*, éd. LGDJ, 2000 ; E. AGOSTINI, « L'équité », *D.*, 1978, Chron. II ; M. S. ZAKI, « Définir l'équité », *Arch. phil. dr.* tome 35 ; voir H. MAZEAUD, « Les notions de 'droit', de 'justice'et d''équité' », in *Mél. offerts à A. Simonius*, éd. Verlag Helbing & Lichtenhahn Basel, 1955, p. 229, spéc. p. 231 ; F. TERRE, « Réflexion sur un couple instable : égalité et équité », in *Arch. Phil. du droit*, t. 51, Dalloz, 2008, p. 21.

[122] Puisqu'elles lui offrent le contrôle de la société. Sur la cession de contrôle, v. NECTOUX, *Les prises de contrôle dans les sociétés commerciales*, th. Toulouse, 1974 ; J. PAILLUSSEAU et R. CONTIN, « La cession de contrôle d'une société », *JCP*, 1969, I, 2287 ; C. CHAMPAUD, « Présentation de la cession de contrôle » in *Nouvelles techniques de concentration*, éd. Litec, 1972, pp. 140 et s. ; B. OPPETIT, « La prise de contrôle d'une société au moyen d'une cession d'actions », *JCP*, 1970, I, 2366.

[123] Car, entre les majoritaires et les minoritaires, il existe une différence de situations, les titres des premiers étant plus utiles pour le cessionnaire, voir F. PELTIER, « L'inégalité dans les offres publiques », art. cit., p. 245.

[124] Voir Rép. Min. économie et finances, *JO*, déb. Ass. nat., 6 octobre 1973, p. 4166 ; Avis de la COB, *JO*, 17 mars 1973.

[125] S. SCHILLIER, « L'égalité en droit des sociétés », art. cit., spéc. n°9, p. 123. Voir aussi, D. SCHMIDT, « Libres propos sur l'égalité des actionnaires en cas de cession de contrôle », *Bull. Joly Bourse*, 2010, n°1, p. 34, spéc. note 6.

[126] Voir par exemple, Cass. com. 21 janv. 1970, *JCP* 1970, II.16541, note B. Oppetit ; *RTD com*. 1970, p. 738, obs. Houin, où la chambre commerciale de la Cour de cassation s'est gardée de retenir l'abus de majorité invoqué par les minoritaires dont les titres n'avaient pas été rachetés dans les mêmes conditions ; Cass. com., 24 févr. 1975, *Rev. sociétés*, 1976, p. 92, note B. Oppetit, en l'espèce, après avoir relevé que le cessionnaire avait accordé la même offre à tous les associés, la Cour de cassation valida la cession qui était intervenue ; Cons. Const., déc. n°86-217 du 18 sept. 1986, préc., où le Conseil constitutionnel considère que *« le prix d'acquisition d'un ensemble d'actions donnant à un groupe d'acquéreurs le contrôle de la société doit être fixé en tenant compte de cet avantage spécifique »*.

[127] Sur le pragmatisme du droit financier, voir N. PONTCHEVSKY, J.-P. STORCK, M. STORCK, « Le réalisme du droit des marchés financiers », in *Mél. en l'honneur de D. Schmidt,* éd. JOLY, 2005, p. 425.

[128] T. BONNEAU et F. DRUMMOND, *op.cit*., n°457, p. 658 ; E. WYMEERSCH, art. cit., spéc. n°27, p. 640

entre des associés considérés comme tels et les obligations qu'elle implique ne sauraient se fonder sur l'égalité entre associés[130]. En conséquence, « *il convient de souligner avec force que l'égalité de traitement des épargnants en droit boursier ne résulte nullement de l'application du principe d'égalité des associés* »[131].

93. Au total, il est permis d'affirmer que la loi interne ne consacre ni expressément ni implicitement un principe général d'égalité entre associés. Les dispositions spéciales existant en la matière ne permettent pas, non plus, de reconstituer un tel principe. Ce constat se dégage-t-il du droit communautaire ?

II. Les enseignements du droit communautaire

94. « *Le droit communautaire ne contient pas de principe général de droit selon lequel les actionnaires minoritaires sont protégés par l'obligation de l'actionnaire dominant acquérant ou exerçant le contrôle d'une société d'offrir à ceux-ci de racheter leurs actions aux mêmes conditions que celles convenues lors de l'acquisition d'une participation conférant ou renforçant le contrôle de l'actionnaire dominant* ». L'affirmation est de la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE)[132], devenue Cour de justice de l'Union européenne (CJEU).

95. C'est dans une affaire portant sur une opération de changement de contrôle d'une société, que les juges européens ont tenu cette déclaration, somme toute, logique. En l'espèce, un actionnaire minoritaire d'une société luxembourgeoise dont le contrôle avait changé s'était vu refusé la possibilité de céder sa participation à des conditions identiques à celles offertes aux majoritaires. Le droit luxembourgeois qui était applicable aux faits ne contenait aucune disposition faisant naître, à la charge des nouveaux « contrôlaires », l'obligation d'acquérir les titres aux conditions qui avaient été offertes aux cédants. Débouté en première instance et en appel, le minoritaire obtint néanmoins de la Cour de cassation luxembourgeoise qu'elle interroge la Cour de justice sur l'existence d'un principe général communautaire d'égalité des

---

[129] A. PETITPIERRE-SAUVAIN, art. cit., spéc. p. 646 ; P. LAMBRECHT, « Le point à propos du délit d'initié », *Rev. dr. ULB*, 1997, pp. 85 et s. Voir également, du même auteur, « Brèves considérations à propos du délit d'initié en Europe et aux États-Unis », in *Liber amicorum Lucient Simont*, éd. Bruylant, 2002, pp. 811 et s.
[130] S. SCHILLER, art. cit., p. 129.
[131] T. MASSART, « L'obligation d'information du dirigeant : suite » *Bull. Joly*, 2006, n°5, p. 632, n°6.
[132] CJCE, 15 octobre 2009, *Audiolux c/ Groupe Bruxelles Lambert (GBL) et Bertelsman*, *Rev. sociétés*, 2010, p. 45, note G. Parleani; *Bull. Joly*, 2010, p. 371, note J.-M. Moulin ; *Bull. Joly Bourse*, 2010, p. 34, note D. Schmidt.

actionnaires.

Après un examen attentif des dispositions législatives communautaires relatives à l'égalité entre associés, la Cour a répondu qu'un principe général autonome d'égalité était non seulement inexistant, mais aussi difficilement envisageable en l'état actuel du droit. D'après les juges, ni le droit primaire écrit, ni celui dérivé ne pouvaient fonder un tel principe. Si l'affirmation paraissait évidente en ce qui concerne le droit primaire, en ce sens que « *ni les objectifs de la communauté énumérés à l'article 3 du traité CE (devenu l'article 8 du traité UE) ni les dispositions relatives aux capitaux et aux paiements qui figurent aux articles 56 et suivants du même traité (devenus l'article 63 du traité UE)* »[133] ne consacrent un principe autonome d'égalité, elle l'était moins au regard du droit dérivé.

96. En effet, les dispositions du droit dérivé qui visent l'égalité entre associés sont relativement nombreuses. On peut citer la directive n°2004/25 du 21 avril 2004 qui précise en son article 3 que, en matière d'offre publique, tous les détenteurs de titres de la société cible qui appartiennent à la même catégorie doivent être soumis au même traitement[134]. Peut également être rangé dans la même enseigne, le Code de conduite européen[135] relatif aux transactions sur les valeurs mobilières. On a, d'ailleurs, pu affirmer que les dispositions de ce code étaient assez troublantes[136] et qu'elles pouvaient conduire la Cour à reconnaître l'existence du principe en cause. On constate ainsi qu'à l'instar du droit national, le droit dérivé communautaire contient de nombreux textes éclatés[137] qui prévoient un traitement égalitaire entre les associés.

Dès lors, la Cour ne pouvait-elle pas en déduire l'existence du principe recherché ? La réponse a finalement été négative puisque les magistrats européens ont estimé que toutes ces dispositions n'avaient qu'« *un champ d'application très spécifique (...) et cantonnent l'application du principe d'égalité dont elles traitent aux seules opérations qu'elles réglementent* »[138]. En d'autres termes, si l'égalité est visée dans toutes ces dispositions, « *aucune ne peut être présentée comme l'application spéciale d'un principe général supérieur*

[133] J.-M. MOULIN, note sous CJCE, 15 octobre 2009, *Bull. Joly*, 2010, p. 371, spéc. 379.
[134] À rapprocher de l'article L433-1 du Code monétaire et financier.
[135] *JO* des Communautés européennes L212 du 20 août 1977.
[136] G. PARLEANI, art. cit., n°13, p. 50.
[137] En ce sens, voir E. SCHLUMBERGER, *Les contrats préparatoires à l'acquisition de droits sociaux*, éd. Dalloz, 2013, n°279, p. 241.
[138] J.-M. MOULIN, note préc. p. 379.

et autonome »[139]. Les magistrats européens ajoutent que ce principe se révèle impraticable en l'état actuel du droit dans la mesure où il n'est doté d'aucun contenu précis[140]. Cette décision doit être approuvée, car, comme on a pu le faire remarquer, en plus d'être morcelé, le droit dérivé communautaire est un droit de marché[141] qui ne poursuit guère un objectif d'égalité entre associés[142].

Cette attitude des magistrats communautaires s'observe-t-elle chez leurs homologues français ?

B. Un principe non consacré par la jurisprudence actuelle

97. Dans les développements antérieurs, nous avons pu constater que le principe d'égalité entre associés n'avait fait l'objet d'aucune affirmation légale. Mais, ne bénéficie-t-il pas pour autant d'une consécration prétorienne ? Autrement dit, la jurisprudence ne l'appliquerait ou ne le sanctionnerait-elle pas même en dehors des hypothèses expressément prévues par la loi ? Une partie de la doctrine penche pour une réponse positive, estimant que s'il est possible de parler de principe général d'égalité entre associés, c'est bien grâce au rôle joué par les juges[143]. Ainsi, à travers leur jurisprudence, ces derniers auraient fait émerger un « *principe à efficacité contentieuse* » et à valeur constitutionnelle qui s'impose à tous, y compris au législateur[144].

Nous verrons qu'une telle déclaration ne se vérifie ni dans la jurisprudence judiciaire (I) ni dans celle constitutionnelle (II).

I. La réticence du juge judiciaire à appliquer ou à sanctionner le principe

98. Avant la loi du 22 novembre 1913, ayant reconnu à l'assemblée générale des associés le pouvoir de modifier les statuts dans toutes leurs dispositions[145], il semble que la

[139] G. PARLEANI, art. cit., p. 49.
[140] *Ibid*., n°2, p. 48.
[141] *Ibid*., n°15, p. 50.
[142] Voir en sens, G. PARLEANI, art. cit., n^{os}11 et 12, p. 49.
[143] Sur la justice judiciaire, voir L. CADIET, « *Droit judiciaire privé* », *JCP G*, 1994, I, 3755 ; *JCP* G, 1992, I, 3587.
[144] J. MESTRE, « L'égalité entre associés, (aspects de droit privé) », art. cit., p. 406.
[145] J. PERCEROU, « Du pouvoir modificateur de l'assemblée générale extraordinaire dans les sociétés par actions à l'effet de modifier les statuts envisagé spécialement du point de vue de la loi du 16 novembre 1903 sur les actions de priorité », *Journ. Sociétés*, 1907, pp. 5, 49, 97 et s. ; M. BOURCART, « De l'influence de la loi du

jurisprudence avait toujours proclamé l'existence d'un principe d'égalité entre associés ainsi que son caractère inviolable[146]. Après cette loi, l'atteinte portée à l'égalité était si forte[147], que l'on a pu écrire que « *le principe d'égalité n'existe plus* »[148]. Cette affirmation s'est confirmée au fil des années puisque, hormis les cas dans lesquels le législateur a expressément formulé une prohibition pour l'assemblée générale de discriminer entre les associés[149], la jurisprudence actuelle ne sanctionne plus de façon intrinsèque la rupture d'égalité entre ceux-ci. Dans les rares cas où la discrimination est condamnée, les juges subordonnent cette sanction à une autre condition. Cette impossibilité de fonder un recours au juge sur la seule violation du principe montre que celui-ci ne constitue plus une norme juridique positive.

99. L'absence de sanction systématique de l'atteinte à l'égalité apparaît, au premier chef, dans la jurisprudence relative aux abus du droit de vote. Il est vrai que, selon une doctrine autorisée[150] proche de l'école de Strasbourg, la construction jurisprudentielle de la théorie des abus du droit de vote demeure la sanction la plus remarquable de l'égalité entre associés. D'après elle, en sanctionnant ces déloyautés, la jurisprudence viserait avant tout à réprimer les ruptures d'égalité[151] et, d'une certaine façon, à affirmer l'existence du principe opposé. Cette opinion ne résiste guère à l'analyse car, à la vérité, la rupture de l'égalité ne constitue pas le critère exclusif des abus du droit vote, loin s'en faut.

100. Rappelons qu'il existe trois types d'abus de la prérogative de vote : celui de majorité, de minorité[152] et d'égalité. Alors que le premier a été défini dans l'arrêt *Picquard*[153] comme le

---

16 novembre 1903 sur les pouvoirs des assemblées générales extraordinaires pour la modification des statuts », *Journ. Sociétés*, 1906, p. 97.

[146] Voir par exemple, Req., 29 décembre 1896, préc. Pour plus de détails sur cette jurisprudence, voir P. CORDONNIER, « L'égalité entre actionnaires avant et depuis la loi du 22 novembre 1913 », art. cit., p. 418, spéc. n°9, pp. 432 et 433.

[147] E. THALLER, « Des divers emplois possibles d'actions de priorité », *Journ. Sociétés*, 1912, pp. 385 et s.

[148] A. WAHL, « Commentaire de la loi de 1913 modifiant le régime des sociétés par actions », *Journ. Sociétés*, 1914, p. 4, spéc. n°39, p. 84.

[149] Tels qu'en cas de réduction de capital ou en ce qui concerne les droits d'ordre public comme le droit de participer aux décisions collectives et celui de ne pas voir ses engagements augmentés. Et là aussi, force est de noter que des aménagements discriminatoires sont possibles si les associés l'acceptent.

[150] D. SCHMIDT, *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme*, nouvelle version, *op.cit*., n°325, p. 319 ; A. LYON-CAEN, *Le contrôle de la croissance des entreprises par les autorités publiques,* th. Paris II, 1975, pp. 733 et s. ; J. MESTRE, « L'égalité entre associés, (aspects de droit privé) », art. cit., p. 404 ; C. PRIETO, *La société contractante*, préf. J. Mestre, éd. PUAM, 1994, n°236, p. 157.

[151] Lamy *Sociétés commerciales*, *op.cit*., n°2773 ; P. BISSSARA, « L'intérêt social », *Rev. sociétés*, 1999, p. 5, spéc. p. 29 ; R. KADDOUCH, *Le droit de vote de l'associé*, th. Aix-Marseille, 2001, p. 86.

[152] Sur la sanction de cet abus, voir J.-F. BARBIERI, « Retour sur les sanctions de l'abus de minorité », in *Mél. offerts à D. Schmidt*, éd. Joly, 2005, p. 51.

[153] Cass. com., 18 avril 1961, *D*. 1961, p. 661, S. 1961, p. 257, note Dalsace ; *JCP* 1961, II, 12164, note Bastian; *RTD com*., 1961, p. 634, obs. R. Houin, cassant Paris, 28 février 1959, *JCP G*, 1959, II, 11175, note D.B. ; S. 1959, jur., 134, note A. Dalsace ; *D*. 1959, p. 353, note E.N. Martine ; *RTD com*. 1960, p. 99, obs. J. Rault.

fait pour les majoritaires d'adopter une résolution « *contrairement à l'intérêt général de la société et dans l'unique dessein de favoriser* (leurs intérêts) *au détriment* (de ceux) *de la minorité* »[154], le deuxième est constitué, selon la Cour de cassation, chaque fois que les minoritaires bloquent[155] une décision collective au détriment de l'intérêt social et des intérêts des majoritaires et dans le dessein exclusif de favoriser leurs intérêts personnels[156]. Quant au troisième, il n'est qu'une variante du précédent[157], même s'il tend progressivement à se singulariser[158]. Au regard de ces définitions traditionnelles, il semblait bien établi que chacun des aspects de l'abus du droit de vote exigeait la réunion de deux conditions[159] : une rupture de l'égalité entre associés et une atteinte à l'intérêt social[160].

101. Pourtant, une jurisprudence est venue conforter l'opinion doctrinale évoquée ci-dessus, en consacrant l'unicité du critère des abus en faveur de l'entorse à l'égalité entre associés. L'arrêt *Cambier* du 16 octobre 1963 est la première décision à s'inscrire dans ce registre. Dans cette affaire, la Cour de cassation avait approuvé une cour d'appel d'avoir considéré *« que, s'ils n'ont pas à se substituer à l'assemblée générale dans la gestion du patrimoine social, les juges n'en doivent pas moins contrôler les décisions de cette assemblée*

---

add. *Les grandes décisions de la jurisprudence*, *Les sociétés*, par Y. CHARTIER et J. MESTRE, éd. PUF, 1988, n°12, p. 52.

[154] Sur l'ensemble de la question, voir P. COPPENS, *L'abus de majorité dans les sociétés anonymes,* th. Paris, 1945 ; NEUBERGER, *Le détournement de pouvoir dans la société anonyme,* th. Paris, 1936 ; J. L. RIVES-LANGE, « L'abus de majorité », *RJ C*om. 1991, n° spécial « La loi de la majorité », p. 65 ; D. TRICOT, « Abus de droit dans les sociétés : abus de majorité et abus de minorité », *RTD com*. 1994, p. 617 ; CORDELIER, *L'abus en droit des sociétés*, th. Toulouse I, 2002 ; N. LESOURD, « L'annulation pour abus de droit des délibérations d'assemblées générales », *RTD. com*. 1962, p. 1.

[155] L'abus de minorité peut aussi se traduire par une décision sociale obtenue par surprise, voir PH. MERLE et A. FAUCHON, *op.cit*., n°665 ; ou par une action en justice abusive intentée par un ou plusieurs minoritaires, voir sur ce point, P. Le CANNU, « L'abus de minorité », *Bull. Joly*, 1986, p. 429, spéc. p. 430.

[156] Voir Cass. com. 14 janvier 1992, *D*. 1992, Jur. 337, note Bousquet; *JCP* E, 1992, II, n°302, p. 125, note A. Viandier ; *RTD com*. 1992, p. 636, obs. Y. Reinhard ; *Rev. sociétés*, 1992, p. 44, note Ph. Merle ; *Bull. Joly*, 1992, p. 273, note P. Le Cannu. À rapprocher, Cass. com., 15 juillet 1992, arrêt six, *Bull. Joly*, 1992, p. 1083, note Paul Le Cannu ; *JCP* E*,* II, 1992, p. 375, note Y. Guyon ; *JCP* G, II, 1992, p. 21944, note BARBIERI ; *Rev. sociétés*. 1993, p. 400, note Ph. Merle. Sur l'ensemble de la question, voir P. Le CANNU, « L'abus de minorité », art. cit*.,* p. 429 ; D. SCHMIDT, *Les droit de la minorité dans la société anonyme*, *op.cit*., 1970 ; PH. MERLE, « L'abus de minorité », *RJ C*om. 1991, n° spécial « La loi de la majorité », p. 81 ; M. BOIZARD, « L'abus de minorité », *Rev. sociétés*, 1988, p. 365.

[157] Cass. com. 8 juillet 1997, *Bull. Joly*, 1997, p. 980, note E. Lepoutre ; Cass. com. 24 janvier 1995, *Bull. civ*. IV, n°27 ; *Rev. sociétés*, 1995, p. 46, note M. Jeantin. Add. LAMY, *Sociétés commerciales*, *op.cit*., n°2832.

[158] E. LEPOUTRE, « Vers une singularisation de l'abus d'égalité ? », *Bull*. *Joly*, 1997, p. 980.

[159] Voir D. TRICOT, « Abus de droit dans les sociétés : abus de majorité et abus de minorité », *RTD com*. 1994, pp. 622 et 223 ; P. Le CANNU, « Le minoritaire inerte (Observations sous l'arrêt Flandin) » *Bull. Joly*, 1993, p. 537, spéc. 538.

[160] Sur ce dernier critère, Monsieur Cabrillac faisait remarquer que, malgré la similitude des formules employées par les juges pour définir les deux types d'abus, ce serait une erreur que de se référer aux solutions dégagées en matière d'abus de majorité pour apprécier cette condition dans l'hypothèse de l'abus de minorité, voir M. CABRILLAC, « De quelques handicaps dans la construction de l'abus de minorité », *Mélanges offerts à A. Colomer,* éd. Litec, 1993, p. 109, spéc. n°20, p. 116. Voir également sur ce point, A. DANA, « L'expression dualiste de la méconnaissance de l'intérêt collectif des associés », *Rev. sociétés*, 1979, p. 715, spéc. p. 725, qui pense que l'abus de minorité n'est pas le contraire de celui de majorité.

acquise dans des conditions qui risquent de fausser, au profit de quelques actionnaires les règles établies(…) pour la protection de tous »[161]. Cette décision s'appuyait visiblement sur l'unique rupture d'égalité[162]. Dans le même esprit, on peut citer un arrêt du 6 juin 1990 dans lequel les hauts magistrats de l'ordre judiciaire avaient confirmé une décision d'une cour d'appel qui avait retenu un abus de majorité, au motif que *« l'affectation systématique des bénéfices aux réserves*[163] (n'avait) *répondu ni à l'objet ni aux intérêts de la société Huber et que ces décisions ont favorisé les associés majoritaires au détriment des associés minoritaires* »[164].

102. Peut également être évoqué, un arrêt de la cour d'appel de Paris dans lequel les juges avaient précisé que « *les décisions des assemblées générales des sociétés peuvent être annulées pour abus de droit, lorsqu'elles ont été prises sans égard pour l'intérêt de la société, mais uniquement en vue de favoriser l'intérêt d'un associé ou d'un groupe d'associés majoritaires au détriment des membres de la minorité* »[165]. Dans les commentaires de cette décision, un auteur a fait remarquer que l'emploi de la conjonction de coordination « mais » par la cour d'appel devait être interprété comme synonyme de « c'est-à-dire »[166]. Autrement dit, les magistrats auraient estimé que « *pour échapper à toute critique, il ne suffit pas que les décisions prises par l'assemblée ne méconnaissent pas l'intérêt social ; mais qu'elles doivent encore n'avoir pas été prises uniquement dans l'intérêt de la majorité ou de l'un de ses membres au détriment des associés minoritaires* »[167].

103. Par ces différentes décisions, les juges sont donc venus appuyer les défenseurs de la rupture de l'égalité entre associés comme unique critère des déloyautés dans l'exercice du

[161] Cass. com. 16 octobre 1963, *Bull. civ*. III, n°423 ; *D*.1964, Jur. 431-432 ; *JCP*, 1964. II. 13459, pp. 431 et 432, note P.L. ; *Rev. sociétés*, 1964, p. 37, note J. Autesserre.
[162] Voir par exemple, P. FEUILLET, « Rapport sur l'atteinte à l'intérêt collectif apprécié à partir de la rupture d'égalité entre les actionnaires », art. cit, p. 706. Contra : voir R. CONTIN, *Le contrôle de la gestion des sociétés anonymes*, *op.cit.,* n°686, pp. 465 et s., qui pense que cet arrêt retient non pas une seule mais les deux conditions de l'abus du droit de vote.
[163] Sur l'ensemble de la question, E. MASSIN, L'absence abusive de distribution de bénéfices, *RJ com*. 1978, p. 197 ; E. LEPOUTRE, « Autofinancement des entreprises et abus de majorité », *Bull. Joly*, 1996, p. 189.
[164] Cass. com. 6 juin 1990, *SARL Huber et Cic. c. Lamps, Bull. Joly,* 1990, p. 782, note P. Le Cannu ; *Rev. sociétés,* 1990, p. 606, note Y. Chartier. Avec une motivation différente, voir Cass. civ. 1re, 13 avril 1983, *Société civile de gestion Vendôme c. Monot*, *Bull. Joly*, 1983, p. 512 ; *Gaz. Pal*. p. 1983, panorama, 239, note J. Dupichot ; *RTD com*. 1984, 202, obs. E. Alfandari et M. Jeantin, cassant Paris, 25 nov. 1981, *Defrénois*, 1983, p. 574, obs. J. Honorat.
[165] CA Paris, 7 novembre 1972, *Assael c/ Société Union Hôtelière parisienne*, *JCP*, 1973, II, 17448, note Y. Guyon.
[166] G. SOUSI, *L'intérêt social dans le droit français des sociétés commerciales*, th. Lyon III, 1974, n°326, p. 316.
[167] A.-L. CHAMPETIER de RIBES-JUSTEAU, *op.cit.*, n°284, p. 207.

droit de vote[168]. Selon Dominique Schmidt, « *on ne peut convenir que la rupture d'égalité constitue le 'deuxième élément' caractéristique de l'abus* (de majorité) *: elle en est et ne peut en être que le seul* »[169] et que l'abus de minorité serait « *une notion insaisissable si l'on tente de l'expliquer autrement que par la rupture d'égalité* »[170]. Signalons que la rupture d'égalité comporte un critère objectif et un autre subjectif. Le premier existe lorsque la société refuse un avantage à certains associés alors qu'elle l'attribue aux autres[171] ou leur impose exclusivement un désavantage[172] ou une charge collective[173]. Le second, qui était traditionnellement assimilé à l'intention de nuire[174], semble désormais réduit à une simple conscience de s'avantager personnellement[175].

104. Cette précision étant faite, encore faut-il signaler que, conscient du fait que le critère de la rupture d'égalité manque de précision, puisque la notion d'égalité entre actionnaires s'est elle-même délitée[176], le chef de file de l'école de Strasbourg lui a substitué celui de l'atteinte à l'intérêt commun[177]. Selon lui, en tant que simple contrat ou « nœud de contrats »[178], la société ne saurait être « *constituée en vue de satisfaire un autre intérêt que celui des associés, qui ont seuls vocation à partager entre eux le bénéfice social* »[179]. De ce fait, l'abus du droit de vote est constitué dès lors que la résolution ou la décision de ne pas voter est prise dans l'unique dessein de favoriser certains associés car, dans ce cas, elle sera nécessairement contraire à l'intérêt commun[180] ; d'où l'inutilité, d'après lui[181], de la référence à l'intérêt social. Pour l'auteur, la référence à l'intérêt social manque de pertinence et demeure

---

[168] D. SCHMIDT, *Les droits de la minorité dans la société anonyme*, *op.cit*., n°202 ; A. PIROVANO, art. cit., p. 189 ; M. GERMAIN, « L'intérêt commun des actionnaires », art. cit., p. 13 ; D. SCHMIDT, « De l'intérêt commun des associés », *JCP,* 1994, I, n°3793 ; du même auteur, « Considération des intérêts des actionnaires dans les prises de décisions et le contrôle du juge », *RJ com*. 1997 p. 257 ; Th. HASSLER, « L'intérêt commun », *RTD com*. 1984, p. 581 ; B. SAINTOURENS, note sous CA Paris, 3 décembre 1993, *Bull. Joly*, 1994, n°79, p. 299.

[169] D. SCHMIDT, note sous Cass. com. 22 avril 1976*, Rev. sociétés*, 1976, p. 483.

[170] D. SCHMIDT, *Les droits de la minorité dans la société anonyme*, *op.cit*., n°208, p. 155.

[171] Cass. com. 29 mai 1972, *JCP*, 1973, II, 17337, note Y. Guyon.

[172] Cass. com. 24 janvier 1995, *Bull. Joly*, 1995, pp. 321 et 303, note P. Le Cannu.

[173] J.-M. MOULIN, *Le principe d'égalité dans la société anonyme, op.cit*., n°1060, p. 550.

[174] Cass. com. 6 févier 1957, *JCP*, 1957, II, 10325, note D.B.

[175] J. HÉMARD, F. TERRÉ et P. MABILAT, *Sociétés commerciales*, *op.cit*., n°388, p. 332.

[176] D. SCHMIDT, *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme*, *op.cit*., n°325, p. 319.

[177] Voir art. 1833 du Code civil qui dispose que « *Toute société doit avoir un objet licite et être constituée dans l'intérêt commun des associés* ». Pour une définition jurisprudentielle de l'intérêt commun, voir Cass. com. 10 octobre 2000, *Dr. sociétés*, 2001, comm. n°20, obs. Th. Bonneau.

[178] A. COURET, « Les apports de la théorie micro-économique moderne à l'analyse du droit des sociétés », *Rev. Sociétés,* 1984, p. 243.

[179] D. SCHMIDT, « De l'intérêt social », *JCP* E, 1995, p. 361 ; « De l'intérêt commun des associés », art. cit., p. 204.

[180] D. SCHMIDT, *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme*, *op.cit*., n°325, p. 319.

[181] D. SCHMIDT, note sous, Cass. com. 30 mai 1980, *Dame Picard, Rev. sociétés,* 1981, p. 313 *;* note sous Cass. com. 20 mars 2007, *Société Hexagone c/ La Roseraie*, *Bull. Joly*, 2007, p. 745 ; D. SCHMIDT, *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme*, 2004, n°325, p. 319.

inopportune, étant donné qu'elle favoriserait l'immixtion des juges dans la gestion de la société[182]. Il reconnaît toutefois que toutes les ruptures d'égalité n'emportent pas une violation de l'intérêt commun[183]. Il en est ainsi de l'octroi d'avantages particuliers à certains associés ou encore de la suppression du droit préférentiel de souscription[184] au profit d'actuels ou de futurs associés. Ces opérations ne font que servir cet intérêt commun et les intéressés ne participent pas au vote[185]. Quoi qu'il en soit, cette opinion est combattue par une autre partie de la doctrine.

105. Suivant un autre courant doctrinal, proche de l'école de Rennes[186], la jurisprudence sur les abus du droit de vote repose sur la seule atteinte à l'intérêt social. Sous cette conception, la rupture d'égalité devient superfétatoire[187] et ne joue aucun rôle dans la détermination des abus. Nous verrons que la notion d'intérêt social reste controversée et renvoie selon les auteurs à l'intérêt général[188], l'intérêt de l'entreprise[189], à une notion analysée par référence à la réalisation de l'objet social[190], à une notion variable[191] ou encore à l'actif social[192]. Au reste, à l'image de la thèse précédente, cette opinion a pu bénéficier d'un certain soutien jurisprudentiel.

106. À ce propos l'arrêt *Fruehauf c/ Massardy*[193] rendu par la cour d'appel de Paris est l'exemple classique le plus cité. En l'espèce, la société *Fruehauf* France, qui travaillait sous licence américaine et dont le capital social était détenu à hauteur de 60% par le groupe américain *Greyhound,* spécialisé dans la construction d'autocars, avait conclu en 1964 un important contrat avec la société des Automobiles Berliet, portant sur la fourniture de semi-

[182] D. SCHMIDT, *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme*, *op.cit*., n°325, p. 319.
[183] D. SCHMIDT, « De l'intérêt commun des associés », art. cit., n°48, p. 404.
[184] Pour une étude générale de cette prérogative, voir A. COURET, *Le droit préférentiel de souscription de l'actionnaire*, th. Toulouse, 1978. Voir aussi *infra*, n[os]522 et s.
[185] D. SCHMIDT, « De l'intérêt commun des associés », art. cit., pp. 535 et 536.
[186] J. PAILLUSSEAU, *La société anonyme, technique d'organisation de l'entreprise,* éd., Sirey, 1967, pp. 86 et 196 et s. ; C. CHAMPAUD, *Le pouvoir de concentration de la société par actions*, *op.cit.* ; R. CONTIN, *Le contrôle de la gestion des sociétés anonymes*, *op.cit*., n°684, pp. 464 et s.
[187] A.-L. CHAMPETIER de RIBES-JUSTEAU, *op.cit.*, n°276, p. 198.
[188] B. SAINTOURENS, note sous CA Paris, 3 décembre 1993 *Serfati c/ Chriqui ès-esqualités et autres, Bull. Joly*, 1994, p. 299, spéc. p. 307 ; C. CHAMPAUD, « Contribution à la définition du droit économique », *D*. 1967, Chron., p. 215.
[189] R. CONTIN, *Le contrôle de la gestion des sociétés anonymes*, *op.cit*., n°686.
[190] M. GERMAIN et V. MAGNIER, *op.cit*., n°2130.
[191] D. PORACCHIA, *La réception juridique des montages conçus par les professionnels*, *op.cit.,* n°617, p. 361.
[192] J.-M. MOULIN, *Le principe d'égalité dans la société anonyme, op.cit*., n°123, p. 81.
[193] CA Paris, 22 mai 1965, *Société Fruehauf-Corporation c/Massardy*, *D*. 1968, Jur. 147-150, note R. Contin ; *JCP*, 1965, II, 14274 bis ; *Gaz. Pal*. 18 Août 1965, Jur. 86-90 ; *RTD com*. 1965, 619-620, n°2, obs. R. Rodière. add. M. BOUCHON, « Rapport sur l'atteinte portée à l'intérêt collectif appréciée à partir de la méconnaissance de l'intérêt social » in *L'expertise judiciaire en matière d'abus du droit de majorité, rapports présentés au XVII[e] congrès national de la compagnie nationale des experts judiciaires en comptabilité*, *Rev. soc., Journ. Soc*. 1979, p. 26, spéc. p. 692.

remorques destinées à la Chine communiste. Cet accord assurait un plan de charges important pour les usines françaises de *Fruehauf*. Ayant estimé que ce contrat était contraire à l'intérêt national des États-Unis et de leur politique de blocus contre la Chine, le groupe américain majoritaire s'était opposé à la réalisation de ce marché. Le groupe français minoritaire s'était alors rebellé, car la résiliation de ce contrat allait entrainer des conséquences sociales, juridiques et économiques dramatiques pour la société *Fruehauf*. Saisi d'une demande de nomination d'un administrateur dont la mission devait consister à faire exécuter le contrat avec le concours des usines Berliet, le tribunal de commerce de Corbeil accepta cette demande dans un jugement du 16 février 1965 et la cour d'appel de Paris confirma leur décision. Dans cet arrêt, les juges du second degré se sont exclusivement fondés sur l'intérêt social perçu comme celui de l'entreprise pour retenir « *un abus de domination du patrimoine social commis par les administrateurs majoritaires* »[194].

107. Un autre arrêt de la Chambre commerciale rendu le 22 avril 1976[195] s'inscrit dans ce sillage. En l'occurrence, la Cour de cassation avait retenu le grief d'abus de majorité au motif que « *l'affectation systématique de la totalité des bénéfices à la réserve extraordinaire n'a répondu ni à l'objet, ni aux intérêts de la société, la cour d'appel a relevé le premier élément dont l'existence est nécessaire, sinon suffisante pour caractériser l'abus du droit de majorité ; en constatant que les décisions litigieuses favorisaient les deux associés majoritaires et nuisaient au contraire à [l'associé minoritaire], la Cour d'appel a relevé le deuxième élément caractéristique de l'abus du droit de majorité* ». Cette décision consacre la violation de l'intérêt social comme élément prépondérant[196], sinon unique, de l'abus du droit de vote puisque la Cour de cassation ne vise que le préjudice de la société[197].

108. L'arrêt SARL *Contact sécurité* c/ *Sté Delattre-Levivier* du 21 janvier 1997[198] est un

[194] R. CONTIN, note sous CA Paris, 22 mai 1965, *Société Fruehauf-Corporation c/Massardy*, *D*. 1968, Jur. p. 149.
[195] Cass. com. 22 avril 1976, *D*. 1977, pp. 4-7, note J.-Cl. Bousquet. add., M. GERMAIN, « L'abus du droit de majorité. À propos de l'arrêt du 22 avril 1976 de la Cour de cassation », art. cit., p. 157 ; *Rev. sociétés*, 1976, p. 479, note D. Schmidt ; A. DANA, « Rapport sur l'expression dualiste de la méconnaissance de l'intérêt collectif des associés », art. cit. ; *RJ com.* 1977, pp. 93-96, note Ph. Merle. Sur la même affaire, Trib. com. Paris 14 mai. 1973, *Rev. Sociétés,* 1974, p. 71, note E. Du Pontavice ; *RJ com*. 1973, p. 260 ; CA Paris, 21 novembre 1974, *Rev. Sociétés*, 1975, p. 466 ; *RJ com*. 1975, p. 60.
[196] PH. MERLE, *RJ com*. 1977, p. 93 - plus hésitant, M. GERMAIN, « L'abus du droit de majorité. À propos de l'arrêt du 22 avril 1976 de la Cour de cassation », art. cit. ; Contra : A. DANA, « Rapport sur l'expression dualiste de la méconnaissance de l'intérêt collectif des associés », art. cit., 722, pour qui cette décision consacre l'exigence des deux critères.
[197] D. PORACCHIA, *La réception juridique des montages conçus par les professionnels*, *op.cit.,* n°317, p. 362, note 389.
[198] Cass. com. 21 janvier 1997, *SARL Contact sécurité c/ Sté Delattre-Levivier, Bull. civ.* IV, n°26 ; *Bull. Joly*, 1997, p. 312, note P. Le cannu ; *D*. 1998, Jur., p. 64, note I. Krimmer ; *D*. 1998, somm. p. 181, obs. J.-Cl. Hallouin ; *D. Affaires*, 1997, p. 292 ; *Dr. et patr*. 1997, p. 76, n°1636, note J.-P. Bertrel ; *JCP*, 1997, II, 22960,

autre exemple significatif. Dans cette décision, la Haute juridiction précise que « *le gérant de la société avait vocation à agir au nom de la société, sur le fondement des pouvoirs légaux qui lui sont conférés, pour faire constater par la juridiction compétente la nullité des conventions litigieuses et l'atteinte portée à l'intérêt social par les agissements de son ancien gérant [...], constitutifs d'abus de majorité* »[199]. Selon les magistrats, l'abus de majorité est constitué dès lors que l'atteinte à l'intérêt social est caractérisée. Ce type de déloyauté vise, dans ces conditions uniquement, à protéger la société, il peut donc être invoqué par celle-ci. Même si un auteur[200] a retenu que cette décision ne tranche qu'une question d'ordre procédural, à savoir la qualité pour agir du dirigeant, force est d'admettre que l'analyse contractuelle sort ébranlée de cet arrêt[201], puisque, c'est en tant que gardien de l'intérêt social, que le gérant s'est vu reconnaître la qualité pour agir[202].

109. Cette tendance à réduire l'abus à la seule méconnaissance de l'intérêt social se retrouve encore dans une autre décision rendue par la cour d'appel de Paris[203]. Ici, après avoir énoncé sans autre précision, que les décisions litigieuses rompaient l'égalité entre associés, les juges ont estimé que : « *Il est nécessairement contraire à l'intérêt social que les futurs gérants soient choisis non pas pour leurs compétences mais parce qu'ils appartiennent chacun au clan actuellement majoritaire au sein d'une hoirie ; l'intérêt social exige que les dirigeants soient parfaitement libres à l'égard des associés, ce qui n'est pas le cas lorsqu'ils ne constituent que l'émanation d'un associé et que le droit d'exercer leurs fonctions est subordonné à une décision de cet associé* ». Aussi discutable soit cette motivation[204], il n'en demeure pas moins que l'annulation est fondée exclusivement sur l'atteinte à l'intérêt social, car la mention faite de la rupture d'égalité n'est que purement formelle.

110. La Cour de cassation a semblé également retenir une unicité des critères en faveur de l'atteinte à l'intérêt social en matière d'abus de minorité. Dans un arrêt du 27 mai 1997, elle a affirmé que « *le refus par un actionnaire minoritaire de voter une augmentation de capital peut constituer un abus de minorité dans le cas où cette augmentation est nécessaire à la*

---

p. 535, note F.-X. Lucas ; *JCP* E, 1997,II, 965, p. 145, note J.-J. Daigre ; *RJ com.* 1998, p. 23, note E. Putman ; *RJDA*, 1997, n°525, p. 331 ; *Rev. Sociétés*, 1997, p. 527, note B. Saintourens.

[199] Cet arrêt étend la théorie de l'abus de majorité aux conventions conclues entre la société et ses dirigeants. Pour une critique de cette extension. Voir B. SAINTOURENS, *Rev. Sociétés* 1997, p. 528.

[200] J.-J. DAIGRE, *JCP* E, 1997, II, Jur., n°965, spéc. n°6, p. 146.

[201] J. MESTRE, *RTD civ*. 1997, p. 921, spéc. n°6, p. 930. À rapprocher, D. SCHMIDT, *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme*, *op.cit*., n^{os}212 et s.

[202] F. LUCAS, *JCP,* 1997, II, n°22960.

[203] CA Paris, 27 février 1997, *JCP* E, 1997, II, n°982, note A. Viandier ; *Dr. et patr*. nov. 1997 p. 85, obs. J.-P. Bertrel. Add. C. CHAMPAUD, « Clan et hoirie, société et entreprise », *Dr. et patr*. 1997, p. 64.

[204] A. VIANDIER, *JCP* E, 1997, n°982; contra, C. CHAMPAUD, « Clan et hoirie, société et entreprise », art. cit.

survie de la société »[205]. La Cour ne fait pas référence, ici, à « *l'unique dessein de l'associé minoritaire de favoriser ses propres intérêts au détriment de l'ensemble des autres associés* ». On constate, à la lumière de ces éléments, que plusieurs décisions prétoriennes retiennent l'atteinte à l'intérêt social comme le seul critère des abus du droit de vote, renforçant ainsi les auteurs qui défendent cette position.

111. Ces opinions qui militent en faveur de l'unicité du critère des abus du droit de vote sont, certes, respectables, mais doivent être repoussées[206]. La thèse de la rupture de l'égalité entre associés ou de l'intérêt commun revient nécessairement à limiter la sanction des abus à la protection d'intérêts égoïstes tout en négligeant l'intérêt de la société ou de l'entreprise qui se profilent au-delà[207]. Or, il n'est plus à démontrer que la société est une réalité économique, juridique et sociologique que l'on ne peut ignorer. Elle est le carrefour d'intérêts divers et variés qui dépassent largement ceux des associés[208]. Il s'y ajoute que lorsqu'elle est immatriculée, elle devient une personne juridique dotée d'un « *intérêt distinct de celui de ses associés* »[209].

112. Au-delà de ces limites, force est de reconnaître que la crainte exprimée par les tenants de cette thèse, à savoir le risque d'une substitution d'un gouvernement des juges[210] à celui des assemblées, reste négligeable. Car, en exigeant une rupture d'égalité, « *le juge s'est en quelque sorte autolimité pour faire face, sauf exceptions, au pouvoir discrétionnaire de la majorité* »[211]. Autrement dit, c'est pour pallier ce risque d'immixtion dans la gestion, que la Cour de cassation oblige les magistrats qui statuent sur ces cas d'abus, à « *scruter les consciences pour savoir si le but du vote* »[212] ou de l'abstention était uniquement de satisfaire les intérêts personnels des auteurs. Enfin, comme certains ont pu le faire remarquer, les arrêts

[205] Cass. com. 27 mai 1997, n°95-15690 ; H. HOVASSE, *Defrénois,* 1997, p. 1279. A rapprocher, Trib. com. Paris, 31 oct. 2000, *JCP* E, 2001 p. 398 ; *Dr. Sociétés,* 2001 n°83, note F.-X. LUCAS. En l'espèce, les juges consulaires font référence uniquement à l'opération essentielle pour la survie de la société, pour caractériser l'abus de minorité.
[206] En ce sens, voir J.-M. MOULIN, *Le principe d'égalité dans la société anonyme, op.cit*., n°1078, p. 556.
[207] J.-L. RIVES-LANGES, « L'abus de majorité », art. cit., p. 71.
[208] C. CHAMPAUD, « Le contrat de société existe-t-il encore ? », in *Le droit contemporain des contrats*, éd. Économica, 1987, p. 150.
[209] D. PORACCHIA, *La réception juridique des montages conçus par les professionnels,* éd. PUAM, 1998, n°616, p. 360.
[210] Sur les pouvoirs du juge, voir J. MESTRE, « Réflexions sur les pouvoirs du juge dans la vie de sociétés », *RJ com.* 1985, p. 81.
[211] M. GERMAIN, « L'abus du droit de majorité : à propos de l'arrêt du 22 avril 1976 de la cour de cassation », *Gaz. pal*., II, 1977, Doctr., p. 157, spéc. p. 158.
[212] D. PORACCHIA, *La réception juridique des montages conçus par les professionnels*, *op.cit.,* n°620, p. 363.

qui soutiennent cette thèse n'édictent que des solutions ponctuelles[213] et de portée relative[214].

113. De la même façon, il est difficile de retenir la violation de l'intérêt social comme le seul élément des abus du droit de vote. Par-delà le caractère tendancieux[215] des décisions qui la fondent, une telle conception donnerait au juge le pouvoir de se prononcer sur l'opportunité de la politique sociétale[216]. Or, la jurisprudence a affirmé très tôt que les magistrats ne doivent user de leur pouvoir « *qu'avec prudence et circonspection, de façon à ne pas entraver la politique financière des sociétés(…) de manière à ne pas restreindre en dehors du cas où ces abus sont nettement invoqués et clairement démontrés, les pouvoirs généraux concédés aux assemblées générales* »[217]. Il leur appartient, comme on a pu justement le souligner, « *de juger et non de gouverner les sociétés en modifiant, corrigeant ou rectifiant une politique décidée ou approuvée par un groupe majoritaire en assemblée* »[218]. D'ailleurs, cette doctrine peut conduire à confondre faute de gestion et abus de majorité, alors qu'à la différence du premier, le second exige un élément intentionnel[219]. Mieux, on a fait remarquer qu'elle est contradictoire dans la mesure où elle permet de censurer l'appréciation de la majorité alors que c'est elle qui détient le pouvoir légal de définir l'intérêt social[220].

114. Finalement, si les abus du droit de vote ne se résument pas à la rupture d'égalité entre associés, ils ne sauraient non plus l'être à la simple atteinte à l'intérêt social[221]. Ils ne peuvent être constitués que lorsque les deux éléments sont réunis[222]. La rupture d'égalité ne suffit, car non seulement elle réduit la société à une simple propriété des associés, mais peut être

---

[213] A.-L. CHAMPETIER de RIBES-JUSTEAU, *op.cit.*, n°277 et 286 ; M. GERMAIN, « Les moyens de l'égalité des associés dans les sociétés par actions non cotées », art. cit., n°13, p. 198.
[214] P. Le CANNU, note sous Cass. com. 18 mai 1982, *Dame Despert c/ SARL Asiatrading et mauvoisin*, *Rev. Sociétés*, 1982, p. 804, spéc. p. 807. Voir également, J.-L. RIVES-LANGE, « La loi de la majorité », art. cit., p. 65.
[215] A.-L. CHAMPETIER de RIBES-JUSTEAU, *op.cit.*, n°276, p. 198. On a aussi fait remarquer que l'arrêt *Fruehauf* n'est qu'un arrêt d'appel qui ne fait pas la jurisprudence, voir J. HEMARD, F. TERRE et P. MABILAT, *op.cit.,* n°387, p. 330.
[216] A.-L. CHAMPETIER de RIBES-JUSTEAU, *op.cit.*, n°278, p. 202.
[217] CA Paris, 17 juillet 1917, *D.* 1918, pp. 2 et 9.
[218] D. SCHMIDT, note sous Cass. com. 22 avril 1976, préc. p. 483.
[219] A. DANA, « L'expression dualiste de la méconnaissance de l'intérêt collectif des associés », art. cit., p. 723.
[220] J.-L. RIVES-LANGE, « L'abus de majorité », art. cit., p. 70.
[221] R. HOUIN, *RTD com*. 1961, n°8, p. 635.
[222] M.GERMAIN et V. MAGNIER, *op.cit.* n°2141 ; M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *op.cit.*, n^{os}501 et 507 ; Y. GUYON, *Droit des affaires, Droit commercial général et sociétés*, *op.cit.*, n^{os}443 et 456, pp. 484 et 498. Plus nuancés, P. DIDIER et Ph. DIDIER, *Droit commercial*, *Les sociétés commerciales*, t. 2, éd. Économica, 2011, pp. 311 et s. ; J. HEMARD, F. TERRE et P. MABILAT, *op.cit.,* n°390, p. 333 ; B. SAINTOURENS, note sous CA Paris, 3 décembre 1993, préc. p. 299 ; C. CHAMPAUD et D. DANET, obs. sous CA Versailles, 1er février 2001, *Mieral c/ Podia France, RTD com*. 2001, p. 711 ; J.-M. MOULIN, *Le principe d'égalité dans la société anonyme, op.cit*., n°1052, p. 547.

conforme à l'intérêt de la société[223]. La violation de l'intérêt social ne suffit pas non plus car, elle conduit à donner au juge la mission d'apprécier l'opportunité des orientations de la politique sociétale[224]. C'est pour limiter ce pouvoir que doit être exigé l'établissement d'un traitement inégal des associés[225].

Même dans les cas où l'un des critères semble *a priori* « *impraticable* »[226], un examen attentif permet toujours de le déceler. Par exemple, dans la fusion-absorption, l'exigence d'une atteinte à l'intérêt de la société absorbée pourrait apparaître comme une simple clause de style[227]. Pourtant, on peut la trouver dans l'absence d'équité dans les termes de la fusion[228]. De la même façon, le critère de la rupture d'égalité est écarté par une certaine doctrine[229] dans le cadre des abus de minorité négatifs. Là encore, force est de reconnaître qu'un minoritaire peut s'abstenir de façon égoïste. Il en serait ainsi si une opposition à une augmentation de capital justifiée par l'intérêt social est motivée par la volonté du minoritaire de ne pas voir sa participation diluée[230].

115. Par ailleurs, malgré les errements notés dans la jurisprudence, la position de la Cour de cassation n'a pratiquement pas varié sur la nécessité des deux conditions pour caractériser les abus du droit de vote[231]. En témoignent des arrêts récents. Dans une décision du 18 juin 1997[232], la troisième Chambre civile de la Haute juridiction avait censuré une cour d'appel pour avoir annulé une délibération d'agrément, avantageant un associé, « *sans rechercher en quoi la résolution était contraire à l'intérêt de la société* »[233]. D'autres exemples peuvent être

[223] En ce sens, voir F. MANSUY, « Assemblées d'actionnaires.-Règles communes à toutes les assemblées.-Tenue de l'assemblée », *J-Cl. Sociétés Traité*, Fasc. 136-35, décembre 2015, n°180.
[224] A.-L. CHAMPETIER de RIBES-JUSTEAU, *op.cit.*, n°278, p. 202.
[225] D. PORACCHIA, *La réception juridique des montages conçus par les professionnels*, *op.cit.,* n°621, p. 364 ; M. GERMAIN, « Les moyens de l'égalité des associés dans les sociétés par actions non cotées », art. cit., spéc., n°13, p. 199.
[226] D. SCHMIDT, *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme*, *op.cit*., n°325, p. 319, qui évoque l'impraticabilité du critère de l'intérêt social dans l'hypothèse d'une fusion-absorption notamment pour la société absorbée.
[227] CHOLEY-COMBE, note sous Cass. com., 6 juin 1990, *D.*1992, jur., p. 56.
[228] A.-L. CHAMPETIER de RIBES-JUSTEAU, *op.cit.*, n°286, p. 208.
[229] Voir ici C. KOERING, *La règle une action-une voix*, *op.cit*., n°216 ; P. LE CANNU, « L'abus de minorité », art. cit., p. 429 ; M. CABRILLAC, « De quelques handicaps dans la construction de l'abus de minorité », art. cit., n°11 ; D. VIDAL, *RJ com.,* 1988, p. 89. Contra : D. SCHMIDT, *Les droits de la minorité dans la société anonyme*, *op.cit*., n°208.
[230] Voir par exemple, CA Lyon 20 décembre 1984, *D.* 1986 p. 506, note Y. Reinhard ; CA Paris 18 décembre 1985, *RJ com.* 1988 p. 89, note D. Vidal.
[231] J. HEMARD, F. TERRE, P. MABILAT, *Sociétés commerciales*, *op.cit.,* n°388, p. 331.
[232] Cass. civ 3e, 18 juin 1997, *Bull. Joly,* 1997, p. 968, note P. Le Cannu ; *D. affaires,* 1997 p. 1011 ; *BRDA* 14/1997 p. 3, sur renvoi : CA Dijon 30 juin 1998, *Rev. Sociétés,* 1999, p. 196, obs. Y. Guyon. Voir aussi, Cass. com. 22 janvier 1991, *Société Pyrénées Diesel c/ François Grenet*, *Defrénois*, 199, p. 885, note P. Le Cannu.
[233] CA Lyon, 6 avril 1995, *D.* 1996, p. 216, note Y. Reinhard.

trouvés dans la jurisprudence rendue en matière d'ingénierie sociétaire[234]. Dans un arrêt daté du 30 novembre 2004[235], la Cour de cassation, en réitérant une position précédente[236], avait désavoué une cour d'appel pour avoir écarté un abus de majorité. En l'espèce, suite à l'interposition d'une société entre une mère et sa fille, la première était devenue « une coque vide » et les associés minoritaires n'avaient aucune influence ou contrôle sur les décisions des gérants statutaires de la société interposée. Ainsi, par cette combinaison, l'associé majoritaire de la mère commandait-il les orientations données à la filiale et pouvait empêcher toute remontée des bénéfices vers la mère, si bien que grâce aux caractéristiques propres de la forme sociale interposée (SCA), ce dernier s'était assuré une complète liberté de manœuvre. Contrairement à ce que l'on a pu penser[237], ces décisions maintiennent les deux conditions pour caractériser l'abus de majorité.

116. Plus récemment, la Chambre commerciale a censuré un arrêt d'une cour d'appel à travers un attendu ainsi formulé : « *Attendu qu'en se déterminant ainsi, sans expliquer en quoi la délibération ayant arrêté la rémunération litigieuse, considérée en elle-même, avait été prise contrairement à l'intérêt social et dans l'unique dessein de favoriser les membres de la majorité au détriment de la minorité, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision* »[238]. Dans la même dynamique, on peut mentionner un autre arrêt de la cour d'appel de Paris dans lequel les juges du fond avaient décidé que l'affectation des bénéfices à un fonds réservé, décidée par l'assemblée générale d'une SCI, ne constituait pas un abus de majorité, dès lors qu'il n'était pas établi qu'elle était contraire à l'intérêt social et prise dans

[234] Sur l'ensemble de la question, Voir D. PORACCHIA, *La réception juridique des montages conçus par les professionnels*, *op.cit.* ; A. COURET, « L'ingénierie patrimoniale abusive », *Dr. et patr.* 1996, p. 46 ; D. COHEN, « La légitimité des montages en droit des sociétés », in *Mél. F. Terré, L'avenir du droit*, éd. Dalloz, Litec, PUF, 1999, p. 261.

[235] Cass. com. 30 novembre 2004, *Y. c/ SA Giesler et autres, Bull. Joly*, février 2005, p. 241, note P. Le Cannu.

[236] Cass. com. 24 janv. 1995, n°185 P, Marret c/ SA Champagne Giesler et autres, *Bull. Joly*, 1995, n°4, p. 321 ; M. JEANTIN, *Rev. sociétés*, 1995, p. 46. Voir aussi, D. PORACCHIA, *La réception juridique des montages conçus par les professionnels*, *op.cit.*, n^{os}631 et s., qui considère que la rupture d'égalité n'est pas suffisante pour caractériser l'abus. Toutefois, ce qui a été décisif en l'espèce, c'est le préjudice subi par la société. Selon lui, si celle-ci souffre d'un dommage du fait de la diminution de son chiffre d'affaires, tous les actionnaires seront lésés, à l'exception du majoritaire qui retire un avantage de la situation. Il y a donc bien un préjudice des minoritaires qui conditionne la qualification d'abus.

[237] Voir par exemple, P. LE CANNU, « La sous-filialisation abusive », *Bull. Joly*, 1995, n°4, p. 303, spéc. n°14, qui pense que dans le premier arrêt de 1995, la Cour de cassation avait entendu sanctionner l'absence de remontée des bénéfices et non le fait que la société mère ait été devenue une « coque vide ». Donc, c'est la vampirisation de la sous-filiale au seul bénéfice de l'actionnaire majoritaire de la société mère qui avait justifié l'abus. Voir également, P. KADDOUCH, *op.cit.,* p. 94, qui considère que le seul critère qui était retenu dans cet arrêt était la rupture d'égalité.

[238] Cass. com. 4 octobre 2011, S*ARL Novaxess technology, Bull. Joly*, 2011, n°12, p. 968, note B. Dondero.

l'unique dessein de favoriser les actionnaires majoritaires au détriment des minoritaires[239].

117. Ce retour à la solution classique se vérifie également en matière d'abus de minorité. Il en est ainsi depuis l'arrêt *Flandin*. On se souvient que, en l'espèce, les hauts magistrats avaient reproché à une cour d'appel d'avoir retenu un abus de minorité sans avoir établi en quoi l'attitude du minoritaire qui s'était abstenu de voter une seconde augmentation de capital, « *avait été contraire à l'intérêt général de la société en ce qu'il aurait interdit la réalisation d'une opération essentielle pour celle-ci, et dans l'unique dessein de favoriser ses propres intérêts au détriment de l'ensemble des autres associés* »[240]. Depuis cette décision, la jurisprudence n'a pas fluctué en la matière[241]. Ces illustrations jurisprudentielles prouvent à suffisance que les abus du droit de vote ne sont admis en droit positif que s'il y'a atteinte à la fois à l'égalité entre associés et à l'intérêt social. Ainsi, les deux conditions étant cumulatives, il suffit que l'une fasse défaut pour que l'abus ne soit pas caractérisé. C'est d'ailleurs pour cela que la jurisprudence sur les abus du droit de vote a un faible rendement[242].

118. Il apparaît finalement que la jurisprudence sur les abus du droit de vote ne sanctionne pas seulement une méconnaissance de l'égalité entre associés. Il s'y ajoute que, en dehors de ces hypothèses d'abus, le principe d'égalité n'est plus appliqué de manière autonome.

119. L'égalité entre associés n'est plus que rarement appliquée. Et lorsqu'elle l'est, c'est presque toujours au moyen de quelque chose. Il suffit de prendre quelques exemples pour s'en rendre compte. En validant les clauses de répartition des sièges, souvent insérées dans les contrats de filiales communes, les magistrats étaient venus au secours des associés en mettant en mouvement l'égalité entre eux[243]. Seulement, cette égalité n'a pu être imposée ici que par le détour du contrat. En d'autres termes, c'est parce qu'elle était contractualisée et qu'elle

[239] CA Paris, 12 avril 2012, n°11/01678, *Bull. Joly*, 2012, n°6, p. 481.
[240] Cass. com. 9 mars 1993, *D.* 1993, Jur. 363, note Y. Guyon ; *JCP* G, 1993, 22107, note Paclot ; *JCP* E, 1993, II, n°448, p. 141, note A. Viandier ; *Rev. sociétés*, 1993, p. 403, obs. Ph. Merle. À rapprocher, Cass. com. 5 mai 1998, *JCP* E, 1998 p. 1303, note A. Viandier, J.-J. CAUSSAIN ; *Bull. Joly,* 1998, p. 755, note L. Godon ; *Dr. sociétés* 1998, n°129, obs. D. Vidal ; *RTD com.* 1998, p. 619, note C. Champaud et D. Danet ; *RJDA,* 1998, n°862 ; *LPA*, 22 février 1999, p. 10, note S. Almaseanu ; *RDBB,* 1998, p. 15, note F.-X. Lucas.
[241] Contrairement à ce que l'on pourrait croire, l'arrêt du 20 mars 2007 n'est pas revenu sur cette définition, (voir sur ce point, H. LECUYER, *Dr. sociétés,* 2007, comm. 87), puisque dans cette décision, la Cour de cassation a écarté un abus de minorité au motif que le minoritaire ne disposait pas d'informations suffisantes pour se prononcer en toute connaissance de cause, voir Cass. com. 20 mars 2007, *D.* 2007, p. 952, note A. Lienhard ; *JCP* E, 2007, I, 1755, p. 20, note A. Viandier; *JCP* E, 2007, II, 1877, p. 30; *Bull. Joly*, 2007, p. 745, note D. Schmidt.
[242] J. MESTRE, « Rapport de synthèse », *RJ com.* 1991, n° spéc. « La loi de la majorité », p. 144.
[243] J. MESTRE, « L'égalité entre associés, aspects de droit privé », art. cit., p. 399, spéc. p. 403.

était devenue la loi[244] des parties[245], que les juges avaient exigé son respect. Il apparaît que l'application du principe a été liée à celle de la volonté des parties[246] qui consistait à conserver l'équilibre fondamental dans le contrôle, nonobstant l'inégalité des apports[247].

On se souvient également que dans un arrêt du 2 juillet 1985[248], la Cour de cassation avait reconnu aux administrateurs de la société anonyme un droit à l'information. La doctrine a pu considérer que les juges s'étaient fondés sur le principe d'égalité, puisque cette hypothèse n'était pas prévue dans la loi[249]. Faut-il rappeler que l'objectif visé était de permettre à chaque administrateur de remplir sa mission en toute connaissance de cause[250]. Ceci étant dit, il apparaît que l'égalité n'a pu être mise en œuvre que par le truchement de « *la conception d'ensemble de la place et des attributions du conseil d'administration* »[251]. Autrement dit, c'est la qualité et les fonctions d'administrateur qui ont permis la mise en exercice du principe d'égalité.

120. Au terme de cette analyse, nous constatons que le principe d'égalité entre associés n'est plus appliqué par le juge judiciaire de façon indépendante et sa violation n'est plus sanctionnée de façon intrinsèque par ce dernier. Or, « *le droit sans sanction*, (n'est-il pas que) *du bavardage* »[252] ? En tout cas, le principe recherché ne trouve aucune consécration dans la jurisprudence judiciaire actuelle. Ce constat démontre, dans une large mesure, qu'il n'a pas aujourd'hui la force d'une norme juridique et, donc, d'un principe général du droit, qui s'appliquerait en dehors des cas où il est strictement imposé. Cette affirmation se confirme davantage lorsque l'on examine le travail du juge constitutionnel.

II. L'ambiguïté de la jurisprudence constitutionnelle

121. Pour certains auteurs, le Conseil constitutionnel a joué un rôle significatif dans la

[244] Sur cette notion de loi des parties, voir J.-P. CHAZAL, « De la signification du mot loi dans l'article 1134, alinéa 1er du Code civil », *RTD civ*. 2001, p. 265.
[245] G. RIPERT, « L'ordre économique et la liberté contractuelle », in *Recueil d'études sur les sources du droit*, *Les sources générales des systèmes juridiques actuels*, *Mél. en l'honneur de F. Gény*, t. 2, éd. Verlag AG Vaduz Topos, Liechtenstein, Librairie Edouard Duchemin, Paris, 1977.
[246] T. R. IONASCO, « De la volonté dans la formation des contrats », in *Recueil d'études sur les sources du droit*, t. 2, *Les sources générales des systèmes juridiques actuels*, *Mél. en l'honneur de F. Gény*, Liechtenstein, Topos Verlag AG Vaduz, Paris, Librairie Edouard Duchemin, 1977.
[247] B. OPPETIT, note sous TC Paris, 1er août 1974, *Rev. sociétés*, 1974, p. 685, spéc. pp. 703 et 704.
[248] Cass. com. 2 juillet 1985, préc.
[249] J. MESTRE, « L'égalité entre associés, aspects de droit privé », art. cit., p. 399, spéc. p. 403.
[250] P. LE CANNU, note sous Cass. com. 2 juillet 1985, *Rev. sociétés*, 1986, p. 231, spéc. 232.
[251] *Ibid*., p. 234.
[252] H. HOVASSE, « L'exclusion d'un associé d'une société coopérative », *Dr. sociétés*, 2013, n°3, p. 24, spéc. p. 25.

construction du principe d'égalité entre associés[253]. À travers sa jurisprudence, celui-ci aurait non seulement affirmé l'existence de ce principe, mais l'aurait, de surcroit, doté d'une valeur constitutionnelle[254]. Le propos sonne comme une évidence. Il n'en demeure pas moins qu'il doit être nuancé car, en plus d'être peu fournie, la jurisprudence du Conseil constitutionnel est teintée d'une ambigüité qui ne permet en aucune manière d'en déduire une volonté claire de consacrer le principe étudié.

122. L'œuvre des magistrats constitutionnels reste très pauvre en allusions au principe d'égalité entre associés. Dans l'absolu, une seule décision semble le viser directement, en l'occurrence celle rendue le 7 janvier 1988[255] à propos du texte qui allait devenir la loi de mutualisation de la Caisse nationale de crédit agricole du 18 janvier 1988. En l'espèce, l'article 15 de ladite loi prévoyait que la majorité, au moins, des membres du conseil d'administration de ces caisses devaient être choisis parmi les collectivités énumérées par l'article 617 du Code rural, c'est-à-dire des organismes agricoles. Afin d'assurer cette répartition des sièges, l'article 16 de cette même loi ajoutait que l'assemblée générale des associés procèderait à deux votes : l'un pour élire les administrateurs remplissant les conditions prévues par l'article susvisé, l'autre pour pourvoir les sièges restant. Le Conseil avait déclaré cet article 15 contraire à la constitution.

123. À première vue, cette décision semble affirmer l'existence du principe d'égalité entre associés et sa valeur constitutionnelle. Il faut toutefois se garder de toute conclusion hâtive car un examen plus approfondi montre que la démarche des juges est tellement confuse qu'elle enlève toute portée à ladite décision. En vérité, à la lecture de cette décision, il est difficile de savoir sur quelle égalité se fondent les juges. S'agit-il du principe d'égalité constitutionnel ou de celui supposé du droit des sociétés ? La question appelle une réponse. Or, force est de constater que dans ses développements, le Conseil fait référence simultanément aux deux égalités. Dans un considérant, les juges précisent que « *pour déroger ainsi à <u>l'égalité entre les sociétaires</u>, le législateur s'est fondé d'une part sur le fait que certains des services que les caisses mettent à la disposition de leurs sociétaires sont réservés aux seuls agriculteurs qui se trouvent ainsi dans une situation différente de celle des autres sociétaires quant à l'intérêt personnel qu'ils ont à la gestion des caisses, d'autre part sur l'intérêt général qui s'attache à*

[253] Y. GUYON, « L'application du principe constitutionnel d'égalité aux personnes morales (Conseil constitutionnel *Décision 89.254 DC du 4 juillet 1989) »*, *Rev. sociétés*, 1990, p. 27, spéc. p. 29.
[254] J. MESTRE, « L'égalité entre associés, (aspects de droit privé) », art. cit., p. 405. Voir également, Lamy *Sociétés commerciales*, *op. cit*., n°879.
[255] Cons. constit., 7 janvier 1988, préc.

ce que les caisses régionales, en dépit de leurs activités débordant le monde strictement agricole, demeurent fidèles à l'orientation générale qui est celle du crédit agricole ». Plus loin dans un autre considérant, les hauts juges s'expriment ainsi : « *considérant que la prise en compte de telles considérations n'est pas contraire au principe constitutionnel d'égalité* ». Et pour conclure, le conseil se contente d'énoncer que l'article 15 apporte au principe d'égalité une atteinte excessive, sans préciser laquelle des égalités.

Deux interprétations sont ici envisageables :

- Soit on estime que le Conseil vise les deux égalités : constitutionnelle et celle du droit des sociétés. Mais suivant ce raisonnement, la formule serait redondante puisqu'il aurait suffi de se référer au principe d'égalité entre associés, sachant que celui-ci est supposé être conforme à celui constitutionnel.

- Soit on considère que l'égalité entre associés ne peut s'affirmer isolément du principe général d'égalité des administrés[256]. Dans ce cas, le Conseil lui aurait dénié tout caractère autonome. Cette dernière interprétation semble pourtant mieux traduire le sens de cette décision.

Quoi qu'il en soit, l'ambiguïté qui caractérise cette décision du Conseil rend difficile sa lecture. Il devient ainsi douteux que l'on puisse y voir l'affirmation d'un principe d'égalité entre associés.

124. Pour le reste, les décisions des juges constitutionnels ne visent que l'égalité entre les personnes morales[257]. Nous pouvons citer celle rendue le 16 janvier 1982[258] à propos des nationalisations. L'autre décision concernait le texte qui allait devenir la loi du 10 juillet 1989[259] portant « *dénoyautage* » des sociétés privatisées. En l'espèce, les auteurs de la saisine faisaient valoir, entre autres moyens, que cette loi était contraire au principe d'égalité devant la loi dans la mesure où elle soumettait l'acquisition et les cessions d'actions des sociétés privatisées à un régime particulier, plus contraignant que celui applicable aux sociétés de pur droit privé. Mais, ici, les juges du Palais-Royal avaient admis la constitutionnalité de cette loi

[256] Y. JEGOUZO, « L'égalité : Aspect de droit public (égalité des sociétés du secteur public et du secteur privé) », *Rev. sociétés* 1989, p. 411.
[257] Sur l'égalité entre les personnes morales de droit privé et celles de droit public, voir Y. JEGOUZO, art. cit., p. 411.
[258] Cons. constit. 16 janvier 1982, préc. À rapprocher, Cons. Constit. 27 juillet 1982 cité par Y. JEGOUZO, « L'égalité : Aspect de droit public (égalité des sociétés du secteur public et du secteur privé) », *Rev. sociétés* 1989, p. 411.
[259] Cons. Constit., *4 juillet 1989, Rev. sociétés*, 1990, p. 27, note Y. Guyon.

car, selon eux, l'originalité de la situation des sociétés privatisées justifiait cette différence de traitement.

De toute façon, nous avons démontré que, si elles ne sont pas coassociés, les sociétés voient leurs rapports régis par l'égalité du droit public[260]. Il est donc inutile de s'attarder plus longuement sur ces cas. Au final, ces décisions du Conseil constitutionnel « *ne sont qu'autant d'illustrations des modalités d'applications du principe plus général d'égalité devant la loi* »[261]. La seule qui semblait consacrer le principe d'égalité entre associés s'est révélée très floue, conduisant à la conclusion que l'œuvre des juges constitutionnels ne contient aucune affirmation claire de ce principe.

125. Au total, ni affirmé dans les dispositions législatives en vigueur, ni consacré dans la jurisprudence contemporaine, le principe d'égalité entre associés demeure introuvable dans le droit positif. Ce constat ne lève pas pour autant toutes les difficultés, car nous avons vu que pour certains son existence ne fait aucun doute. Dans ces conditions, il convient de pousser le raisonnement en démontrant qu'il ne remplit plus les caractères des principes généraux du droit.

Section 2. Un principe exclu de la qualification de principe général du droit

126. Technique fondamentale du raisonnement juridique[262], la qualification juridique[263] est l'opération intellectuelle qui consiste, à partir des éléments qui les caractérisent, à ranger des concepts ou des situations inconnus dans des notions ou des catégories juridiques connues. C'est uniquement lorsque celle-ci est réalisée, que les règles de droit correspondant à cette catégorie pourront être mises en exercice[264]. On en déduit que pour classer ou écarter un concept de telle ou telle catégorie, il suffit de confronter celui-ci à celle-là. Évidemment, pareille opération ne sera possible que lorsque les éléments caractéristiques de cette catégorie

[260] Voir *supra,* n°44 et s.
[261] R. VATINET, art. cit., note 2.
[262] B. AUDIT, « Qualification et droit privé international », *Droits*, 1993, n°18, p. 55.
[263] Pour une analyse approfondie de la notion, voir F. TERRE, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, th. Paris, 1956 ; O. CAYLA, « Ouverture : La qualification, ou la vérité du droit », *Droits*, 1993, n°18, p. 3 ; D. LABETOULLE, « La qualification et le juge administratif : quelques remarques », *Droits*, 1993, n°18, p. 31 ; P. JESTAZ, « La qualification en droit civil », *Droits*, 1993, n°18, p. 45 ; B. AUDIT, art. cit., p. 55. Un auteur qualifie les problèmes de qualification de « pain quotidien des juristes », voir A. De BISSY « L'indemnité d'immobilisation », *RDI*, 2000, p. 287 ; Actes de colloque, M. NICOD (dir. sous), *Les affres de la qualification juridique*, éd. LGDJ, Lextenso, Presse de l'univ. Toulouse 1 Capitole, 2015.
[264] J.-L. AUBERT, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, 9e éd. A. Colin, 2002, n°73, p. 59.

sont identifiés.

Il apparaît, dès lors, que pour disqualifier l'égalité entre associés de la catégorie des principes généraux du droit, nous devons auparavant déterminer ce que signifie la notion de principe général du droit (§). C'est à partir des éclaircissements qui résulteront de cette étape, que nous pourrons appliquer la seconde à la première (§ 2).

§ 1. La notion de principe général du droit

127. Dans le langage courant, les principes *« sont* (souvent) *abondamment mis à contribution pour ne rien exprimer, asservis à la rhétorique* »[265]. Chacun les utilise comme il l'entend[266]. N'affirme-t-on pas souvent que certaines personnes sont « à principes » ou « à cheval sur les principes » ? N'emploie-t-on pas fréquemment les formules « en principe » ou « position de principe »[267] ? Aussi, toutes les disciplines sont-elles irriguées par les principes. Il existe des principes juridiques, politiques, économiques, sociaux, philosophiques, moraux, etc. Et, dans chacun de ces domaines, on note une avalanche de ces principes[268]. Il s'ensuit qu'aucune recension exhaustive n'est possible. De toute façon, cela n'est guère l'objectif de cette étude. C'est pourquoi, malgré l'abondante littérature[269] qui leur est consacrée, nous nous en tiendrons seulement aux principes qui sont à l'intérieur du système juridique et plus particulièrement[270] aux principes généraux.

128. Alors que faut-il entendre par principe général du droit ? La réponse à cette interrogation est difficile car, ni la loi[271] ni la jurisprudence[272] n'apportent des éléments de définition. Pourtant, les juristes parlent bien souvent des principes généraux *« comme d'une notion bien connue et se dispensent ainsi de l'analyser »*[273]. Ils se persuadent aisément d'en

[265] P. MORVAN, voir « Principes » in S. Rials et D. Alland, (dir. sous), *Dictionnaire de la culture juridique*, éd. PUF-Lamy, 2003, p. 1201.
[266] J.-M. PONTIER, art. cit., p. 13.
[267] *Ibid*., pp. 9-10.
[268] *Ibid*., p. 10.
[269] Certains pensent qu'à travers cette littérature, le concept entretient une ambiguïté croissante, voir G. MORANGE, « Une catégorie juridique ambiguë : les principes généraux du droit », art. cit., pp. 761 et s.
[270] Sur le plan juridique, il existe des principes généraux, fondamentaux et constitutionnels (voir Sur les principes constitutionnels, M. VERPEAUX, « Les principes en droit constitutionnel », in S. Caudal (dir. sous), *Les principes en droit, Coll. études juridiques*, éd. Economica, 2008, p. 149).
[271] M. De BECHILLON, *op.cit*., p. 8.
[272] Au contraire, les juges entretiennent la polysémie du terme, voir N. MOLFESSIS, art. cit., p. 699, spéc. p. 700 ; A. JEAMMAUD, « De la polysémie du terme principe dans les langages du droit et des juristes », art. cit.
[273] G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, éd. LGDJ, 1955, § 132.

maîtriser le sens[274]. Cette assurance affichée des hommes de droit contraste avec une notion ambigüe[275], polysémique[276] et qui semble être rebelle à toute définition rigoureuse[277]. Monsieur Moderne ne faisait-il pas remarquer que « *le terme principe est redoutable et que l'adjonction de l'adjectif 'généraux' qui étend la portée ne facilite guère l'analyse* »[278] ? En vérité, la notion n'éveille souvent dans l'esprit de ceux qui l'évoquent, que des représentations assez confuses[279]. Il suffit de parcourir les innombrables travaux qui lui sont consacrés pour se convaincre que les opinions les plus diverses se sont faites jour sur le sens qu'il faut lui accorder. Dès lors, il ne saurait être question dans le cadre de cette étude de résoudre toutes les difficultés liées à la définition de la notion, mais simplement de dégager les principaux éléments qui semblent mieux la caractériser.

129. Étymologiquement, le terme principe est issu du mot latin *precipium*, lui-même dérivé du mot *princeps* qui se réfère à une origine, une cause première, une matrice dont découle des règles de comportement[280]. Toutefois, selon les romanistes, le principe n'est pas nécessairement un commencement, mais un résultat, une conséquence « *que l'on extrait soit des textes de droit positif, soit des décisions de justice, soit de la coutume, soit de la doctrine* »[281]. Au fond, le terme emprunte aux deux sens puisque les principes peuvent, certes, être « *des propositions directrices dont les règles découlent »*[282]*,* mais ils peuvent aussi puiser leurs sources dans les textes existants[283].

130. Dans son essai consacré aux principes généraux, Jean Boulanger[284] précisait que dans le domaine du droit, le terme principe est utilisé pour désigner cinq choses :

- des notions philosophiques ou théologiques transcendantes, comme les principes du droit naturel ;
- les caractères essentiels d'une législation positive à travers son évolution, tel l'esprit de la législation française ;
- les idées forces servant d'armature à une présentation doctrinale des institutions

[274] J. BOULANGER, art. cit., p. 51.
[275] G. MORANGE, « Une catégorie juridique ambigüe : les principes généraux du droit », art. cit., p. 761.
[276] J.-P. GRIDEL, « La cour de cassation française et les principes généraux du droit privé », art. cit., p. 228.
[277] M. PUECH, art. cit., n°2, p.337.
[278] F. MODERNE, « Actualité des principes généraux du droit », *RFDA*, 1998, p. 495.
[279] J. BOULANGER, art. cit., p. 51.
[280] F. MODERNE, « Légitimité des principes généraux et théorie du droit », *RFDA*, 1999, p. 722, spéc. p. 723.
[281] F. MODERNE, « Actualité des principes généraux du droit », art. cit., p. 495, spéc. 496.
[282] J. BOULANGER, art. cit., p. 57.
[283] J.-M. MAILLOT, *op.cit.,* n°14, p. 11.
[284] J. BOULANGER, art. cit., pp. 52 et s.

juridiques ;

- un ensemble systématique de règles auquel d'autres dispositions renvoient, comme l'article 1584 du Code civil selon lequel l'effet de la vente est réglé par les principes généraux des conventions ;
- des propositions d'une généralité très étendue auxquelles se trouvent subordonnées des séries de solutions positives.

131. Parmi ces différentes significations, la dernière sera retenue ici. Considérés comme « *des garde-fous aux excès du droit* »[285], les principes du droit constituent des normes dotées d'une force juridique suffisante pour qu'ils puissent être considérés comme normatifs, c'est-à-dire produire des effets de droit et s'inscrire dans une hiérarchie des normes[286]. Ils correspondent à des règles particulièrement importantes[287], capables de fonder des solutions de droit positif. Selon un auteur, ils sont des règles « *de conduite dont le contenu doit être prohibitif ou permissif* »[288]. Pour le professeur Moderne, il s'agit d'énoncés « *normatifs*[289] *ou prescriptifs, qui ordonnent les comportements sociaux dans un système juridique déterminé* »[290]. Dans la jurisprudence de la Cour de cassation, les principes sont considérés comme « *des axiomes à prétention normative, assis sur ces sources matérielles du droit que sont tantôt la tradition ou l'ordre social, tantôt la raison ou l'équité, sans lien nécessaire avec un texte précis* »[291]. Il ressort de cette analyse que les principes juridiques désignent d'abord des normes[292] du droit positif[293] qui peuvent être écrites ou non. Donc, à l'instar des règles de droit, ils sont avant tout des normes juridiques[294].

132. Globalement, il existe deux grandes définitions des normes juridiques. La première dominante et « déontique » les assimile à des règles de conduite dont le contenu doit être prescriptif, prohibitif ou permissif[295]. En vertu de cette conception, la norme est un

[285] P. SARGOS, « Les principes généraux du droit privé dans la jurisprudence de la cour de cassation. Les garde-fous des excès du droit », *JCP G*, I, n°12, 21 mars 2001, p. 306, spéc. n°26.
[286] Dans l'arrêt Koné du 3 juillet 1996, le Conseil d'État précise clairement que les principes généraux du droit ont une valeur infra-législative, voir CE ass. 3 juillet 1996, *RFDA*, 1996, p. 882, note L. Favoreux ; p. 870, note J.-M. Delarue ; p. 885, note P. Gaïa ; p. 891, note H. Labayle ; p. 908, note P. Devolvé.
[287] E. MAULIN, art. cit., p. 23.
[288] S. CAUDAL, « Rapport introductif », art. cit., p. 4.
[289] J.-L. BERGEL, *op. cit.,* n°74, p. 104.
[290] F. MODERNE, « Légitimité des principes généraux et théorie du droit », art. cit*.,* p. 724.
[291] J.-P. GRIDEL, « La Cour de cassation française et les principes généraux du droit privé », art. cit., p. 229.
[292] B. OPPETIT, « Les 'principes généraux' dans la jurisprudence de cassation », *JCP* E*, cah. dr. l'ent.* suppl. n°5 *entretiens de Nanterre* (17 et 18 mars 1989), p. 12, spéc. p. 14.
[293] M. De BECHILLON, *op.cit*., p. 33.
[294] S. CAUDAL, art. cit., p. 3.
[295] Sur cette définition traditionnelle, voir KALINOWSKI (G), *Introduction à la logique juridique*, éd. LGDJ, 1965.

commandement adressé à un sujet de droit[296]. La seconde, plus récente, relève d'une conception fonctionnelle et qui fait de la norme juridique « *un modèle de conduite ou de tout autre objet* »[297] qui doit servir de référence pour déterminer comment les choses doivent être[298]. Il peut s'agir de modèles simples ou complexes, mais doivent permettre *« l'évaluation de situations, rapports, actes, actions conduites, ou d'autres objets encore, c'est-à-dire de déterminer comment ils doivent être, devront être ou auraient dû être du point de vue du système auquel appartient cette norme* »[299]. Sans revenir sur la sous-distinction entre normes primaires et normes secondaires[300], ce qui ne serait pas inutile, mais nous éloignerait sans doute de notre sujet, nous nous rallierons à la définition fonctionnelle. La thèse déontique est trop restrictive[301] et ne rend pas suffisamment compte de la complexité du système juridique actuel[302]. Certes, les systèmes juridiques modernes sont dominés par des normes qui imposent une conduite, un comportement[303], mais ils contiennent souvent aussi d'autres types de normes qui ne font qu'organiser la vie sociale[304]. Finalement, nous retiendrons qu'une norme juridique est un modèle, une référence dont le contenu peut consister en une autorisation, une permission, une interdiction ou une obligation[305]. L'étymologie du terme *norma* renvoie d'ailleurs, à un instrument de mesure indiquant une direction et, par extension, à un modèle abstrait qui s'offre pour être imité.

133. Traditionnellement, les auteurs estiment que les normes juridiques doivent être « *dotées d'un caractère obligatoire*[306]*, d'une force contraignante obligeant ceux qui en sont les destinataires à se conformer à leurs prescriptions* »[307]. Selon Monsieur Rivero[308], « *la*

---

[296] J.-L. BERGEL, *op.cit.,* n[os]33 et 34, pp. 45 et 46 ; C. GROULIER, « La distinction de la force contraignante et de la force obligatoire des normes juridiques : pour une approche duale de la force normative », in C. Thibierge (dir. sous), *La force normative- naissance d'un concept,* éd. LGDJ et Bruylant, 2009, p. 199.

[297] A. JEAMMAUD, « La règle de droit comme modèle », art. cit., n°13, p. 204 ; voir également, P. AMSELEK, *Perspectives critiques d'une réflexion épistémologique sur la théorie du droit,* éd. LGDJ, 1964, p. 81.

[298] A. JEAMMAUD, « La règle de droit comme modèle », art. cit., n°10, p. 203.

[299] *Ibid*.

[300] Sur cette distinction, voir N. BOBBIO, « Nouvelles réflexions sur les normes primaires et secondaires », in Ch. Perelman (dir), *La règle de droit*, éd. Bruylant, Bruxelles, 1971, p. 104.

[301] E. MILLARD, art. cit., p. 59.

[302] Sur cette critique, voir C. GROULIER, art. cit., pp. 199 et 200.

[303] F. TERRE, « Forces et faiblesses de la norme », in C. Thibierge (dir. sous), *La force normative- naissance d'un concept,* éd. LGDJ, Bruylant, 2009, p. 19.

[304] Il en est ainsi des normes interprétatives qui jouent un rôle important dans le travail du juge, voir en ce sens, S. CAUDAL, art. cit., p. 4 ; ou encore celles investissant des autorités à produire de nouvelles normes, voir sur ce point, E. MILLARD (E), art. cit., p. 59. Pour une distinction entre les normes de structure et celles de conduite, voir N. ALIPRANTIS, *La place de la convention collective dans la hiérarchie des normes*, éd. LGDJ, 1980.

[305] E. MILLARD, art. cit., p. 61.

[306] Selon Monsieur Jeammaud, cette obligatoriété se rapporte à l'usage des normes et non à leur contenu, voir A. JEAMMAUD, « La règle de droit comme modèle », art. cit., n°13, p. 204.

[307] P. AMSELEK, « Autopsie de la contrainte associée aux normes juridiques », in C. Thibierge (dir. sous), *La force normative- naissance d'un concept,* éd. LGDJ, Bruylant, 2009, p. 3.

règle de droit, c'est dans la conception dominante, et aussi dans l'opinion, la règle dont la violation appelle l'intervention du juge[309] *; de cette intervention, elle tire son efficacité pratique* ». C'est ainsi que, pendant longtemps, la possibilité d'une sanction[310] ou d'une contrainte par l'autorité publique[311] était considérée comme le critère unique de la juridicité[312]. Cette sanction[313], socialement organisée[314], peut se matérialiser par une réparation par exécution forcée, en nature ou par équivalent[315]. Elle peut également consister en une répression sous forme de peine, d'amende, d'expulsion, de destruction d'un édifice ou encore d'annulation d'un acte juridique[316].

134. Toutefois, le développement de ce que l'on a appelé le « *droit mou* »[317] ou « *droit à l'état gazeux* »[318], constitué de règles incitatives et non-obligatoires, a conduit à repenser les critères de la juridicité[319]. En excipant de cette *soft law*[320], certains auteurs[321] ont mis en évidence les insuffisances du critère classique de la sanction ou de la contrainte. On a fait remarquer en ce sens que « *la juridicité ne peut être subordonnée à l'existence d'une sanction coercitive sous peine de se confondre avec la force : il est des règles non sanctionnées ou ineffectives, en droit international, en droit constitutionnel ou même en droit privé, qui restent néanmoins des règles de droit* »[322]. Dans ce même ordre d'idées, un auteur pense que si la contrainte « *peut faire défaut dans certains secteurs du droit, c'est qu'elle n'est pas inhérente à la règle de droit, mais extérieure à elle* »[323]. François Terré se demandait d'ailleurs : « *Pendant combien de temps faudra-t-il répéter qu'une règle n'est pas juridique parce qu'elle*

---

[308] J. RIVERO, « Sanction juridictionnelle et règle de droit », in *Études juridiques offertes à L. Julliot de La Morandière*, éd. Dalloz, 1964, p. 457.
[309] J.-L. BERGEL, *op.cit*., n[os]33 et 34, p. 45 et 46 ; C. GROULIER, art. cit., p. 199.
[310] I. PARIENTE-BUTTERLIN, *Le droit, la norme et le réel,* éd. PUF, 2005, p. 46.
[311] C. THIBIERGE*,* « Le droit souple. Réflexion sur les textures du droit », *RTD civ.* 2003, p. 59*,* spéc. p. 625.
[312] Voir P. JESTAZ, « La sanction ou l'inconnue du droit », *D.* 1986, Chron., p. 197, qui considère toutefois que la sanction est le critère de la juridicité seulement s'il existe virtuellement un juge pour faire droit à une prétention fondée sur la règle violée.
[313] Peut être comprise autrement que la contrainte exercée par l'État, voir C. THIBIERGE, art. cit., 605.
[314] J.-L. BERGEL, *op.cit.,* n°34, p. 46.
[315] Sur la notion d'indemnité, voir C. LE GALLOU, *La notion d'indemnité en droit privé*, préf. A. Sériaux, éd. LGDJ, Biblio. de dr. privé, 2007.
[316] A. JEAMMAUD, « La règle de droit comme modèle », art. cit., n°22, p. 207.
[317] M. DELMAS-MARTY, *Le flou du droit*, éd. PUF, 1986.
[318] CE, *De la sécurité juridique,* éd. La documentation française, 1992, n°43, p. 15, spéc. p. 32.
[319] Pour une anlyse de l'ensemble de la question, voir C. THIBIERGE*, op.cit*. ; voir également, C. Thibierge (dir. sous), *La force normative- naissance d'un concept,* éd. LGDJ*,* Bruylant, 2009.
[320] On a fait remarquer que le droit international public n'était pas assorti de sanctions directes et qu'il arrivait même que les droits nationaux contemporains consacrent volontairement des règles dépourvues de sanctions. L'obligation de la femme divorcée d'observer un délai de viduité avant de se remarier en est un, voir A. LECA, *La genèse du droit (Essai d'introduction historique au droit),* 2[e] éd. 2000, éd. PUAM, n°3, p. 26.
[321] Les auteurs qui remettent en cause le critère sont de plus en plus nombreux. Pour plus de détails sur cette doctrine, P. DEUMIER, *Le droit spontané,* éd. Économica, 2002, p. 263, note 2.
[322] B. OPPETIT, « Le droit hors de la loi », *Droits*, n°10, 1989, p. 47, spéc. p. 49.
[323] P. JESTAZ, « La sanction ou l'inconnue du droit », art. cit., p. 200.

est sanctionnée, mais sanctionnée parce qu'elle est juridique »[324]. En définitive, selon ces opinions, si la sanction judiciaire est l'élément le plus plébiscité des normes juridiques, elle ne permet pas de rendre compte de la réalité de toutes les règles de droit[325].

135. Aussi, d'autres critères ont-ils été proposés en doctrine pour expliquer la juridicité d'une norme. Pour certains, c'est l'effectivité[326] de la norme, c'est-à-dire l'importance du nombre d'adhésions[327], pour d'autres c'est la simple appartenance de la norme au système juridique[328]. Sans faire primer un critère sur les autres, nous verrons que quelle que soit la thèse appliquée, on aboutira à la même conclusion : le principe d'égalité entre associés ne bénéficie aujourd'hui d'aucune juridicité.

136. Auparavant, examinons le second critère des principes généraux du droit. En effet, à la différence des simples règles[329], ces derniers se caractérisent aussi par leur généralité[330]. On a pu dire qu'ils « *sont des règles générales, abstraites* »[331], des normes non écrites qui s'imposent par leur généralité, leur rationalité et leur équité[332]. Jean-Pierre Gridel soulignait que le principe est *« fertile en virtualités d'applications* »[333]. Cette fécondité des principes signifie qu'ils doivent être aptes à recevoir un nombre indéterminé d'applications[334]. Mais comment distinguer les principes des simples règles, sachant que toute règle de droit est par nature générale[335] ? La généralité d'un principe n'apparaît pas, *prima facie*[336] et le terme

[324] F. TERRE, « Pitié pour les juristes », *RTD civ*. 2002, p. 247, spéc. p. 248.
[325] P. DEUMIER, *op.cit.,* n°279, p. 261. Voir aussi, M. VIRALLY, « Le phénomène juridique », *RDP*, 1966, p. 5 spéc. p. 20, qui affirme qu'*« un tel critère exige, en effet, que trois conditions soient réunies : que toute norme juridique le présente, qu'il n'apparaisse jamais dans une norme non juridique et qu'il puisse être défini sans référence à d'autres particularités de l'objet qu'il est censé caractériser* ».
[326] C. CHATELIN-ERTUR et S. ONNEE, « Des forces normatives des Codes de gouvernance des entreprises à la puissance normative du paradigme en économie organisationnelle », in C. Thibierge (dir. sous), *La force normative. Naissance d'un concept,* éd. LGDJ, Bruylant, 2009, p. 649, spéc. p. 657.
[327] En vertu de ce critère, plus le nombre de destinataires qui adhèrent à la norme est important, plus celle-ci est susceptible d'exister. La difficulté c'est que les défenseurs de cette opinion ne fixent aucun seuil pour que la norme puisse être considérée comme juridique.
[328] D. de BECHILLON, *op.cit.,* p. 254.
[329] À noter cependant que principes et règles peuvent parfois se confondre, voir sur ce point, N. MOLFESSIS, art. cit., spéc. 701.
[330] J. BOULANGER, art. cit., J.-L. BERGEL, *op.cit.,* n°75, p. 104 ; A. JEAMMAUD, « Les principes dans le droit français du travail », art. cit., n°10, p. 623 ; D. BUREAU, *Les sources informelles du droit dans les relations privées internationales*, th. Paris II, 1992, pp. 60 et s. ; B. JEANNEAU, *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative*, éd. Sirey, 1954, p. 242. Voir également, F. MODERNE, « Le recours par le juge administratif aux 'principes dont s'inspire le Code civil' (autour de l'arrêt d'assemblée du Conseil d'État du 8 juillet 2005, Sté Alusuisse-Lonza-France) », in *Juger l'administration, administrer la justice, Mél. offerts à D. Labetoulle*, éd. Dalloz, 2007, p. 659, selon lui « *tout principe a vocation naturelle à la généralité, même si son degré de généralité est éminemment variable* ».
[331] S. BELLIER, art. cit., p. 79.
[332] P. SARGOS, art. cit., n°12, p. 306.
[333] J.-P. GRIDEL, « La Cour de cassation française et les principes généraux du droit privé », art. cit., p. 229.
[334] Voir D. de BECHILLON, *op.cit*., p. 36.
[335] A. JEAMMAUD, « La règle de droit comme modèle », art. cit., p. 206. Contra : D. De BECHILLON, *op.cit*., p. 20.

« général » est polysémique[337]. Néanmoins, un premier indice peut être tiré du fait que tous les auteurs s'accordent à admettre que cette généralité n'est que relative[338]. Autrement dit, le principe peut être doté d'une étroite spécificité[339] et se cantonner, ainsi, au sein soit d'une matière déterminée, soit d'une branche. De la sorte, certains principes deviennent-ils plus généraux que d'autres[340]. Se pose alors une deuxième question, à savoir à partir de quel degré de généralité un principe mérite-t-il la dénomination de principe général ?

137. À cette question, il n'existe aujourd'hui aucune réponse. Monsieur Ripert avait, d'ailleurs, proposé de ne plus recourir à ce critère pour distinguer les règles et les principes. Selon lui, si « *le principe a été formulé par le législateur, il est une règle juridique d'une large portée d'application, mais qui est de même nature que les autres, donc n'a pas de supériorité sur telle autre loi positive. S'il n'a pas été formulé, il est découvert par l'analyse des règles qui en procèdent, il ne peut donc être supérieur à ces règles puisqu'il découle d'elles* »[341]. L'auteur poursuivait en affirmant qu'« *en réalité ce sont les techniciens qui créent les principes si on les entend dans le sens de règles générales* »[342]. Dans son sillage, d'autres auteurs ont également écarté la généralité pour départager règles et principes. Alors que selon Dworkin, les principes et les règles ne se différencient ni par leur force ni par leur champs juridiques, mais par leur mode d'application[343], Patrick Morvan déclarait que « *la généralité ne saurait en aucun cas constituer le critère de définition des principes* »[344] permettant de les distinguer des règles. Il proposait plutôt de le remplacer par celui de « *rayonnement* »[345] qui, selon lui, serait composé de « *l'extériorité du principe au droit écrit* » et de la « *capacité du principe à se déambuler* » dans d'autres branches du droit[346].

138. À vrai dire, ces opinions n'emportent pas notre adhésion. En réalité, entre une règle

---

[336] F. MODERNE, « Légitimité des principes généraux et théorie du droit », art. cit. p. 723.
[337] J.-M. MAILLOT, *op.cit.,* n°14, p. 11.
[338] F. MODERNE, « Le recours par le juge administratif aux 'principes dont l'inspire le Code civil' », art. cit., p. 659. Voir également, N. BOBBIO, « Principi generali di diritto », in *contributi ad un dizionario giuridico, Giuffrè*, Milan, 1994, cité par F. MODERNE, « Principes fondamentaux, principes généraux, actualité des principes généraux du droit », art. cit., p. 495, spéc. p. 496.
[339] P. MORVAN, « Les principes généraux du droit et la technique des visas dans les arrêts de la cour de cassation », art. cit., n°17, p. 10.
[340] S. CAUDAL, art. cit., p. 7.
[341] G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, *op.cit*., Chap. VI, n°134, pp. 329 et 330.
[342] *Ibid*.
[343] R. DWORKIN, *Prendre les droits aux sérieux*, éd. PUF, Coll. Léviathan, 1977, pp. 82 et 83
[344] P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, *op.cit*., n°322, p. 288.
[345] *Ibid*., n°409, p. 358
[346] Nous ne souscrivons pas à cette opinion car ce n'est pas parce qu'un principe est contenu dans le droit écrit qu'il n'en est pas un. Il est aujourd'hui bien établi que le législateur formule lui-même des principes. Or, étant donné que dans la définition proposée par l'auteur *l'extériorité du principe au droit écrit* et sa *capacité à se déambuler* sont cumulatives, il suffit que l'une fasse défaut pour que la condition du *rayonnement* ne soit pas remplie.

et un principe, il existe non seulement une inégalité d'importance, mais aussi une différence de nature[347]. Autrement dit, la généralité d'un principe n'est pas la même que celle d'une règle[348]. Monsieur Boulanger faisait remarquer, à juste titre, qu'« *une règle juridique est générale en ce qu''elle est établie pour un nombre indéterminé d'actes ou de faits'. Mais, sous un certain rapport, elle est spéciale, en ce qu'elle ne régit que tels actes ou faits ; elle est édictée en vue d'une situation juridique déterminée. Un principe, au contraire, est général en ce qu'il comporte une série indéfinie d'applications* »[349]. Pour illustrer son propos, l'auteur opposait l'ancien article 726 du Code civil, devenu l'article 725, qui déclarait « *capables de succéder les personnes qui sont simplement conçues* », à la thèse générale selon laquelle « *une personne simplement conçue doit être considérée comme existante, toute les fois que son intérêt est en jeu* ». Il concluait que l'article 726 n'était qu'une simple règle puisqu'il « *était uniquement destiné à trancher une question de dévolution successorale,* (alors que la thèse, elle, était un principe en ce sens qu'elle) *donne réponse à l'ensemble des questions, connues ou non, qui concernent le commencement de la personnalité* »[350]. Cette analyse doit être approuvée car, à l'inverse des simples règles, un principe trouve à être mis en œuvre à travers des types de situations juridiques parfois forts différents sans qu'il figure nécessairement dans un texte qui lui soit propre[351]. Donc, malgré son ambigüité, le critère de la généralité semble le plus approprié, en l'état actuel du droit, pour distinguer les principes juridiques des simples règles.

139. En somme, un principe général du droit est une norme juridique, écrite ou non, dotée d'une généralité qui lui permet de recevoir application dans des situations juridiques parfois très hétérogènes. Cette définition étant établie, la notion de principe général du droit doit maintenant être confrontée au prétendu principe d'égalité entre associés.

§ 2. L'application de la notion de principe général du droit à l'égalité entre associés

140. Nous avons montré qu'un principe général du droit était constitué de deux éléments cumulatifs : la juridicité et la généralité. Dès lors, le défaut de l'un constitue un obstacle

[347] J. BOULANGER, art. cit., p. 55.
[348] J.-L. BERGEL, *op.cit.,* n°75, p. 105.
[349] J. BOULANGER, art. cit., n°5, p. 56. Voir également, H. BATIFFOL, « Analogie et relations entre raisonnements sur les principes et raisonnements sur les fins », in *Mél. offerts à R. Vander Elst*, éd., Némésis, t. 1, 1986, p. 43, spéc. n°24, p. 57.
[350] J. BOULANGER, art. cit., n°6, p. 56.
[351] J.-G. GRIDEL, « La Cour de cassation française et les principes généraux du droit privé », art. cit., p. 229.

dirimant à l'accès à cette qualification. Or, la comparaison du prétendu principe d'égalité entre associés à la notion de principe général du droit a permis de s'apercevoir que le premier n'était doté d'aucune juridicité (A). Ce constat rend inutile l'examen du critère de la généralité (B).

A. L'égalité entre associés n'est pas une norme juridique

141. Pour accéder au pallier des normes juridiques, les modèles doivent, avant tout, être dotés d'un contenu suffisamment précis. Si cette exigence de clarté et de concision n'est pas satisfaite, ces derniers ne sauront être enveloppés de la juridicité. Cela étant, la démarche à suivre consistera, dans une première étape, à démontrer que le principe d'égalité entre associés n'a aucun contenu précis (I). Par conséquent, il ne saurait constituer une norme juridique. Mais pour vérifier la justesse du propos, il sera nécessaire, dans une seconde phase, de le confronter tour à tour aux différents critères de la juridicité retenus en doctrine (II).

I. L'absence de contenu du principe d'égalité entre associés

142. Pour être érigé en norme juridique et donc invocable devant le juge, un principe du droit ne doit pas être associé à un concept trop abstrait[352]. Au contraire, il doit être revêtu d'« *un caractère de précision suffisant pour qu'un plaideur puisse formuler une prétention sur son fondement* »[353]. Ce caractère précis peut « *s'exprimer en des notions rigoureuses définies de manière objective, en des formulations précises, en des exigences formelles, ne laissant que des marges d'application, d'appréciation et d'interprétation limitées* »[354]. Mais, comment exiger une précision et une fermeté pour des principes qui sont généralement perçus comme des normes structurellement indéterminées[355] ou vagues ? Il est vrai que, selon un auteur, « *ce n'est qu'une illusion formaliste que de supposer que seuls les principes sont indéterminés, tandis que les 'règles', c'est-à-dire la plupart des normes, ont un contenu clair et distinct qu'on peut aisément saisir au moyen de l'interprétation* »[356]. Quoi qu'il en soit, pour accéder à la qualification de norme juridique, un principe doit être caractérisé par un minimum de fermeté.

[352] P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, *op.cit*., n° 327, p. 291.
[353] P. JESTAZ, « La sanction ou l'inconnue du droit », art. cit., p. 197.
[354] C. THIBIERGE, art. cit., p. 615.
[355] R. GUASTINI, « Les principes de droit en tant que source de perplexité théorique », in S. Caudal (dir. sous), *Les principes en droit, Coll. études juridiques*, éd. Économica, 2008, p. 113, spéc. pp. 114 et 115.
[356] R. GUASTINI, art. cit., p. 114.

143. Appliqué au principe d'égalité entre associés, cet impératif de précision signifie que, en dehors des hypothèses expressément prévues par la loi, des obligations précises puissent être mises à la charge de certains associés pour la seule considération qu'il y aurait une rupture d'égalité entre eux et leurs coassociés[357]. C'est uniquement lorsque ces obligations sont identifiables à l'avance que le principe d'égalité pourra prétendre à la normativité. Il se trouve pourtant que ces contraintes ne sont guère identifiables en l'état actuel du droit des sociétés. Mises à part les hypothèses où l'égalité est ponctuellement prévue par la loi[358], aucune obligation ne peut être imposée à un ou certains associés vis-à-vis des autres sous le seul alibi qu'il y aurait une entorse à l'égalité[359]. Il découle de ce constat qu'il s'agit d'un principe trop abstrait inéligible à la juridicité.

II. L'a-juridicité du principe d'égalité entre associés

144. Annoncer l'a-juridicité du supposé principe d'égalité entre associés ne suffit pas. Aussi apparaît-il nécessaire de démontrer le propos. Pour y parvenir, la démarche consistera à montrer que ce prétendu principe ne remplit ni le critère classique de la sanction (a) ni celui de l'effectivité (b) ni celui de l'appartenance au système juridique (d).

a. Principe d'égalité entre associés et critère de la sanction

145. Pendant longtemps, la doctrine majoritaire liait la juridicité d'une norme à l'existence d'une sanction étatique[360]. François Gény affirmait que les règles de droit positif se distinguent des autres règles de la vie sociale *« en ce que les préceptes qui les contiennent sont susceptibles d'une sanction extérieure, au besoin coercitive, émanant de l'autorité sociale, et obtiennent ou tendent à recevoir cette sanction »*[361]. L'auteur reconnaissait toutefois qu'il n'est pas absolument indispensable que la règle comporte actuellement la contrainte effective du pouvoir social ; il suffit simplement que sa nature n'y résiste pas. À sa suite, d'autres ont pu soutenir que la norme juridique se distingue des autres règles sociales

[357] J.-M. MOULIN, note sous CJCE, 15 octobre 2009, préc. p. 380.
[358] Il s'agit des différentes règles qui prévoient des égalités ponctuelles. Elles ont été exposées plus haut.
[359] Il est vrai qu'en cas d'abus du droit de vote, la responsabilité des majoritaires ou des minoritaires pourra être engagée. Mais nous avons pu voir que cette sanction ne peut intervenir que s'il y a, en plus de la rupture d'égalité, une atteinte à l'intérêt social.
[360] A. LECA, *op.cit.,* n°3, p. 25.
[361] F. GENY, *Sciences et technique en droit privé positif*, t. 1, éd. Sirey, 1913, pp. 47 et 48, selon l'auteur « *pour qu'une règle de conduite appartienne à l'ordre juridique, il n'est pas absolument indispensable qu'elle comporte actuellement la contrainte effective du pouvoir social ; mais, du moins faut-il que sa nature n'y résiste pas* ».

comme les mœurs, les usages, les convenances, par le fait « *qu'elle est susceptible de sanctions sociales au besoin coercitives* »[362].

Monsieur Ripert formulait également la même opinion lorsqu'il précisait qu'« *il n'y a en réalité entre la règle morale et la règle juridique aucune différence de domaine, de nature de but (…). Mais il y a une différence de caractère. La règle morale devient règle juridique grâce à une sanction plus énergique et à une sanction extérieure nécessaire pour le but à atteindre* »[363]. D'autres auteurs plus contemporains s'inscrivent dans cette lignée. Ainsi, a-t-on pu affirmer que ce qui différencie le droit de la morale, c'est que « *les règles de droit sont sanctionnées physiquement par l'intervention de l'autorité publique et de la force publique dont elles disposent* »[364]. Cette conception de la juridicité est partagée même chez certains publicistes. Carré de Malberg n'affirmait-il pas que « *l'essence même de la règle de droit est d'être sanctionnée par des moyens de coercition immédiate* »[365] ?

146. À la lumière de ces opinions, l'égalité entre associés ne peut prétendre accéder au royaume des normes juridiques que si sa violation est susceptible d'être sanctionnée par le juge. Il est vrai qu'il y a des règles d'égalité entre associés qui sont effectivement assorties de sanction étatique. L'égalité en cas de réduction de capital et celle dans le droit de participer aux décisions collectives en sont des exemples, si ce ne sont pas les seuls[366]. Dans ces hypothèses, la seule violation entraîne une sanction[367]. Mais, il ne s'agit là que de règles spécifiques dépourvues de la généralité d'un principe. Du reste, l'examen de la jurisprudence, notamment sur les abus du droit de vote, a permis de se convaincre que, en réalité, les juges ne sanctionnent la rupture d'égalité que lorsqu'elle n'est pas justifiée par l'intérêt social. Il en ressort que la violation du principe n'appelle pas à elle seule une intervention du juge. Par conséquent, suivant ce critère de la sanction, le principe étudié ne constitue pas une norme de droit. Cette conclusion est également valable quand on examine le critère de l'effectivité.

[362] AULAGNON, « Aperçu sur la force dans la règle de droit », in *Mél. en l'honneur de P. Roubier*, t. 1, éd. Dalloz & Sirey, 1961, p. 29.
[363] G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, 2e éd. LGDJ, 1927, n°6.
[364] M. GUIHO, *Cours de droit civil. Introduction générale*, éd. L'Hermès, Lyon, 1978, p. 10.
[365] C. de MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, éd. Sirey, 1920, réédition CNRS, 1962, p. 57.
[366] Madame Schiller le pense, voir S. SCHILLER, art. cit., nos 8 et 12.
[367] Pour un exemple de sanction d'une rupture d'égalité dans le cadre d'une réduction de capital, voir CA Paris 21 fév. 2003, préc.

b. Principe d'égalité entre associés et critère de l'effectivité

147. Récusant le critère de la sanction, des auteurs ont estimé que la norme juridique se définit par son effectivité. Selon eux, celle-ci ne doit son existence qu'à l'importance de l'adhésion[368]. De ce fait, si le nombre de destinataires qui adhèrent à la règle est faible, celle-ci ne saurait être considérée comme ayant un caractère juridique. Ces auteurs pensent toutefois que ce critère peut remplacer[369] ou compléter celui de la sanction. Il s'agit donc, ici, d'une acception extensive[370] de la notion de normativité.

148. Sans s'attarder sur les limites d'une telle conception, son application signifierait que l'égalité entre associés ne puisse être traitée comme une norme juridique que si les associés s'y conforment massivement. Deux hypothèses doivent être distinguées. Si, en se mettant ensemble, les associés sont mus par un besoin de sécurité, alors on peut présumer qu'ils adhèreront naturellement à l'égalité[371]. Car, dans cette hypothèse, seule une règle qui oblige à les traiter tous comme des égaux vis-à-vis de la société permet d'atteindre cette sécurité. Si toutefois, c'est la volonté de rechercher le profit qui prime, il va de soi que l'égalité ne sera pas leur préoccupation première[372], car chaque associé aura tendance à exiger des droits plus substantiels par rapport aux autres.

149. À la lecture de l'article 1832 du Code civil, cette dernière hypothèse doit être privilégiée. Le but principal d'un associé est de chercher à s'enrichir. C'est d'ailleurs cette recherche du lucre qui différencie la société des structures voisines telle que l'association. Aussi, la pratique montre que les associés ont une incessante propension à contourner l'égalité[373]. Il s'ensuit que l'application du critère de l'effectivité ou de l'adhésion ne permet pas d'attribuer au principe d'égalité la qualité d'une norme juridique. En ira-t-il ainsi si l'on aborde le critère de l'appartenance à l'ordre juridique étatique ?

c. Principe d'égalité entre associés et critère de l'insertion au système juridique

150. Selon une autre partie de la doctrine, le critère de la juridicité n'est ni la sanction ni

[368] C. CHATELIN-ERTUR et S. ONNEE*,* art. cit., p. 657.
[369] P. FORIERS, « Règles de droit. Essai d'une problématique » in Ch. Perelman (dir. sous), *La règle de droit,* éd. Bruylant, 1971, n°19.
[370] P. DEUMIER*, op.cit.,* n°279, p. 261.
[371] A. FAYE, art. cit., p. 2.
[372] *Ibid*.
[373] A. COURET, « Le retour du débat sur le droit de vote double », art. cit., n°39, p. 1518.

l'adhésion des destinataires, mais l'appartenance de la norme à l'ordre juridique étatique[374]. Dans cet ordre d'idées, Denys de Béchillon affirmait qu'« *il importe peu que les règles juridiques soient sanctionnées ou sanctionnables, effectives ou non, qu'elles s'expriment en des formes ou en des procédures spécifiques, selon tel degré de généralité, etc. Seule compte leur appartenance au système de l'État* »[375]. Pour déterminer cette propriété, l'auteur estime que la norme doit être posée par l'État ou par un auteur ayant reçu l'habilitation à exercer un pouvoir normatif[376]. Ainsi, le rôle de l'auteur dans la juridicité d'une norme s'expliquerait non pas parce que celui-ci est le garant de la sanction, mais parce qu'il est l'auteur compétent pour l'édicter[377] en l'énonçant personnellement ou en procédant par délégation. De ce fait, le droit mou traduirait simplement un changement dans la forme d'expression de la norme, l'auteur choisissant d'inciter, d'orienter les comportements, au lieu de formuler des interdictions.

151. Cette thèse accorde une primauté à la légitimité de l'auteur à exercer un pouvoir normatif sur la forme de l'expression de la norme. Par conséquent, « *toute norme dont il est possible de fonder le caractère obligatoire dans une autre norme édictée elle-même par un organe de l'État pourra (…) être dite juridique* »[378]. Sous cette opinion, les recommandations d'une autorité administrative indépendante ou les avis de la Cour de cassation peuvent accéder à la juridicité tout autant qu'un règlement ou un arrêt. Ces entités étant habilitées à énoncer des normes juridiques, la forme souple et incitative de l'énoncé ne changerait pas fondamentalement la nature de la règle édictée par elles.

152. Sous le prisme de ce critère, le principe d'égalité entre associés ne saurait constituer une norme juridique que s'il a été inséré dans le système juridique étatique par un auteur qui dispose de la légitimé nécessaire. Or, il appert des développements précédents que ce principe n'a reçu aucune consécration, ni légale ni jurisprudentielle. Ce faisant, il ne saurait être considéré comme une composante du système juridique actuel. À l'instar des autres critères, celui de l'appartenance au système juridique laisse voir que l'égalité entre associés n'est pas une norme juridique.

153. En définitive, l'étude des différents critères de la juridicité dégagés par la doctrine a abouti au constat que l'égalité entre associés ne remplit pas la première condition d'existence

[374] A. JEAMMAUD, « La règle de droit comme modèle », art. cit., n°18, p. 206 ; E. MILLARD, art. cit., p. 62.
[375] D. de BECHILLON, *op.cit.,* p. 250.
[376] *Ibid*., p. 254.
[377] P. DEUMIER, *op.cit.,* n°279, p. 262.
[378] D. de BECHILLON, *op.cit.,* p. 255.

des principes généraux, en l'occurrence la juridicité. Cette situation rend inutile l'examen du second élément des principes juridiques qu'est la généralité.

B. L'inutilité du détour par le critère de la généralité

154. Il n'est pas nécessaire d'examiner l'exigence de généralité car avant d'être général, un principe juridique doit satisfaire aux caractères des normes juridiques. Or, il a été vu que celui de l'égalité entre associés n'avait aucune normativité au regard des critères existant en droit positif. Partant, il devient superfétatoire de s'interroger sur sa généralité.

Conclusion du chapitre 1

155. N'étant pas consacré dans le droit positif et ne satisfaisant point aux caractères des principes généraux du droit, le principe d'égalité entre associés n'est en réalité que prétendu. Il reste que certains auteurs estiment qu'il trouve ses racines dans le droit des sociétés. Il faut donc, pour parachever la réfutation de ce principe, démontrer qu'aucune règle du droit des sociétés ne lui sert de soubassement.

CHAPITRE 2 – L'égalité entre associés, un faux principe du droit des sociétés

156. Jusqu'à ce stade de l'étude, nous nous sommes attachés à démontrer que le soi-disant principe d'égalité entre associés était non seulement introuvable dans le droit positif, mais aussi exclu de la catégorie des principes généraux du droit. Ce constat suffit-il pour convaincre ses défenseurs à l'abandonner définitivement ? Cela n'est pas si sûr, d'autant que ces derniers estiment que ses fondements ne se trouvent nulle part ailleurs que dans le droit des sociétés[1]. Cela étant, ce travail de déconstruction ne s'achèvera que lorsque nous aurons examiné ces supposés soubassements pour en déceler les limites.

Dans cette perspective, une analyse attentive du droit des sociétés a permis de s'apercevoir, d'une part, que ce principe n'entretient aucun lien avec le contrat de société (Section 1) et, d'autre part, que la personnalité morale permet de le remettre en cause (section 2).

Section 1. L'introuvable lien entre principe d'égalité entre associés et contrat de société

157. Y aurait-il une attache entre principe d'égalité entre associés et contrat de société ? Autrement dit, cette prétendue norme juridique trouve-t-elle une base dans les règles qui régissent le contrat spécial de société ? Voilà une interrogation à laquelle certains ont répondu par l'affirmative[2].

Pourtant, ni les conditions d'existence du contrat de société (§ 1) ni l'intérêt commun des associés (§ 2) n'offrent des fondements à ce principe.

§ 1. Égalité entre associés et éléments constitutifs du contrat de société

158. Lorsque l'on entreprend d'étudier les conditions d'existence du contrat de société, le réflexe le plus naturel est de se tourner vers l'article 1832 du Code civil. Aux termes de cette

[1] Monsieur Cordonnier affirmait « *que le droit civil contient en germe le principe de l'égalité entre actionnaires* ». En réalité, l'auteur faisait allusion au droit commun des sociétés contenu dans le Code civil, voir P. CORDONNIER, *De l'égalité entre actionnaires*, *op.cit*., n°4, p. 23. Voir également en ce sens, Y. de CORDT, *L'égalité entre actionnaires*, *op.cit*., n°188, p. 251.
[2] P. CORDONNIER, *De l'égalité entre actionnaires*, *op.cit*., n°1, p. 13.

disposition, la validité du contrat de société nécessite de la part des associés une obligation d'effectuer un apport et une volonté de participer aux fruits[3] et aux pertes susceptibles de résulter de l'activité sociale. Toutefois, si ces éléments sont nécessaires, ils sont, somme toute, insuffisants. Aussi, est-il établi depuis longtemps que le pacte social ne peut être valablement formé que si les associés sont également animés d'une *affectio societatis*.

Pour démontrer l'absence de corrélation entre principe d'égalité et contrat de société, il conviendra de confronter le premier successivement à l'obligation d'apport (A), à la vocation aux fruits et aux pertes (B) et à l'*affectio societatis* (C).

A. Égalité entre associés et apport

159. Avant d'établir l'absence de relation entre la mise en commun des apports et le principe d'égalité (II), il paraît important d'exposer le contenu de l'obligation d'apport (I).

I. Notion d'apport

160. L'apport[4] est un concept « *facile à définir* »[5]. Il désigne à la fois « *le bien ou le service promis (à la société) et l'opération juridique visant à attribuer des prérogatives d'associés à raison de l'affectation de ce bien ou de ce service* »[6]. Les apports peuvent être d'inégale importance et de nature différente[7]. Ils peuvent être effectués en numéraire, en nature[8] ou en industrie. Alors que dans le premier cas, la mise consiste au versement d'une somme d'argent, dans le second, elle a pour objet un bien, autre que de l'argent. Sous la troisième forme, l'apporteur met à la disposition de la société son savoir-faire[9]. Lorsqu'il est en nature, l'apport peut porter sur un bien[10] propre[11] ou commun, meuble ou immeuble,

[3] Ce terme désigne ici à la fois les bénéfices et l'économie.
[4] Sur l'ensemble de la question, voir H. BLAISE, *L'apport en société*, éd. Sirey, 1955 ; M. J. CAMBASSEDES, « La nature et le régime juridique de l'opération d'apport », *Rev. sociétés*, 1976, p. 431 ; M. GENINET, « Les quasi-apports en société », *Rev. sociétés*, 1987, p. 25.
[5] M. GERMAIN, « Les apports : entre passé et avenir », *Bull. Joly*, 2009, suppl. thématique *: l'apport en société dans tous ses états*, p. 1148.
[6] T. MASSART, art. cit., p. 298 ; P. Le CANNU et B. DONDERO, *op.cit.,* n°199.
[7] P. Le CANNU et B. DONDERO, *op.cit.,* n°202.
[8] Pour une classification des apports en nature, voir N. BINCTIN, « La classification juridique des apports en nature », *Rev. sociétés*, 2009, p. 517.
[9] T. MASSART, « Les apports de savoir-faire dans la SAS », *Bull. Joly*, 2009, suppl. thématique : *l'apport en société dans tous ses états,* p. 1154. Nous préciserons au passage que ce type d'apport est interdit aux associés des sociétés anonymes (Code de commerce art. L225-8) et aux commanditaires dans les sociétés en commandites.
[10] Sur la notion de bien, voir P. BERLIOZ, *La notion de bien*, préf. Laurent Aynès, éd. LGDJ, DL, 2007.

corporel ou incorporel[12]. Il peut également s'effectuer en jouissance[13] ou en pleine propriété[14], en usufruit[15] ou en nue-propriété[16]. La valeur du bien devra être évaluée[17] par les associés ou par un commissaire aux apports[18]. Dans les SA et les SCA, l'évaluation se fait en application de la procédure spéciale dite de vérification des avantages particuliers[19]. La société ne sera constituée que lorsque l'apporteur accepte la valeur arrêtée[20]. Concernant les apports en industrie, l'évaluation est forfaitaire puisque la loi accorde à leurs auteurs des droits et obligations équivalents à ceux de l'associé qui a le moins apporté en capital[21]. On notera que l'ensemble des apports en capital forme le patrimoine initial de la société[22].

161. Condition d'existence de la société[23], l'obligation d'apport est considérée comme un élément du critère d'associé[24] et une manifestation de l'*affectio societatis*[25]. Elle s'impose à toute personne désirant intégrer une société[26]. Lorsqu'il est souscrit, l'engagement d'apport doit être exécuté ou libéré. En d'autres termes, l'apporteur doit transférer à la personne morale le bien ou le service promis même au cas où cette dernière se retrouve entretemps en liquidation judiciaire[27]. Si la mise est en nature, la libération s'effectue de manière

---

[11] Cass. civ.1re, 27 mai 2010, *F-D, Romeo c/ Roure, D. sociétés*, 2010, n°11, comm. 195, note M.-L. Coquelet.
[12] Par exemple un fonds de commerce, voir Cass. com. 3 décembre 1991, *Bliaut c/ Née*, *Rev. sociétés* 1992, p. 52, note Y. Guyon ; *D. sociétés*, 1992, n°2, obs. T. Bonneau.
[13] Dans ce cas, la propriété du bien n'est pas transférée à la société. Sur la nature de cet apport, voir N. PETERKA « Réflexions sur la nature juridique de l'apport en jouissance », *Bull. Joly*, 2000, n°4, p. 361.
[14] N. BINCTIN, art. cit., p. 517. Il faut signaler, par ailleurs, que l'associé qui effectue l'apport a l'obligation de garantir le bien, soit comme un bailleur s'il s'agit d'un apport en jouissance, soit comme un vendeur en cas d'apport en pleine propriété, voir l'article 1843-3 du Code civil.
[15] E. THALLER, *Traité élémentaire de droit commercial à l'exclusion du droit maritime*, 6e éd. Librairie Arthur Rousseau, Paris, 1922, n°234, p. 184, par J. Percerou.
[16] R. GENTILHOMME « Apports de titres et démembrement de propriété », *JCP N et Immo.*, 1994, n°21, p. 2989.
[17] J.-J. DAIGRE, J. TUROT et M. AIMÉ, « L'évaluation des apports en nature à une société de capitaux », *Actes pratiques*, 1995, n°19, p. 1.
[18] M. PETITJEAN, « Le rapport du commissaire aux apports », *JCP E*, 2004, n°48, p. 1737. Pour autant, les associés ne sont pas obligés de respecter l'évaluation du commissaire. Mais ils seront, dans ce cas, responsables d'une éventuelle surévaluation ou sous-évaluation de la valeur du bien.
[19] Art. L225-8 du code de commerce. Voir aussi, H. LÉCUYER, « Surévaluation d'apports en nature et recevabilité de l'action individuelle d'un actionnaire », *Dr. sociétés*, 2005, n°12, comm. 209.
[20] Art. L225-8 du Code de commerce.
[21] Par exemple pour les bénéfices, v. art. 1844-1 du Code civil.
[22] M.GERMAIN et V. MAGNIER, *op. cit.,* n°1549.
[23] CE, 23 novembre 2001, *Min. Éco. et Fin. c/ SA Cogedac, Bulletin Joly,* 2002, n°4, p. 489, où le conseil décide que « *La convention de répartition des bénéfices et des pertes conclue entre une filiale et sa société-mère (qui reçoit 90% des bénéfices) ne constitue pas une convention de société en participation dès lors qu'il n'y a pas de mise en commun de biens ou d'industrie* ». Voir aussi M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *op.cit.,* nos125 et 126 ; D. SCHMIDT, « Les lois du 1er août 2003 et le droit des sociétés », *D.* 2003, p. 2619 ; H. BLAISE, *L'apport en société, op.cit.,* n°7, p. 15.
[24] A. VIANDIER, *La notion d'associé*, *op.cit.,* n°152, p. 151.
[25] PH. MERLE et A. FAUCHON, *op.cit.,* n°38, p. 50 ; H. BLAISE, *L'apport en société*, *op.cit*. Pour une opinion contraire, voir T. MASSART, « La société sans apport », art. cit., pp. 292 à 294.
[26] L. GODON, *Les obligations des associés*, préf. Y. Guyon, Economica, 1999, n°21, p. 23 ; M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *op.cit.,* n°125.
[27] Cass. com. 9 mai 1995, *Defrénois*, 1995 n°15-16, p. 961, note P. Le Cannu.

instantanée. Si, toutefois, elle est en numéraire, l'exécution peut s'effectuer en une ou en plusieurs fois[28]. Elle peut aussi se réaliser par compensation si les statuts ne s'y opposent pas[29]. Enfin, s'agissant de l'apport est en industrie, l'exécution s'opère au fur et à mesure que l'apporteur travaille pour la société.

162. Cette obligation de libération est tellement forte que l'associé qui refuse de l'exécuter, peut y être obligé à tout moment[30]. Si l'apport est en numéraire, il peut se voir contraint, en cas de retard, de verser des intérêts[31], au taux légal ou statutaire[32], à compter du jour où l'exécution devait intervenir. Dans tous les cas, le défaut d'exécution de l'apport peut conduire à la condamnation de l'associé à verser des dommages et intérêts à la société. Depuis la loi NRE[33], si un appel de fonds n'a pas été fait dans le délai légal, tout intéressé peut demander au président du tribunal statuant en référé, soit d'enjoindre sous astreinte aux dirigeants de procéder à ces appels, soit de désigner un mandataire chargé d'effectuer cette formalité[34]. Lorsqu'il s'acquitte de son obligation d'apport, l'associé sera rémunéré par des droits incorporés dans des actions ou des parts sociales selon le type de société concerné[35].

Tout compte fait, du point de vue de l'apport « *tous les associés sont placés sur le même pied d'égalité* »[36]. N'existerait-il pas alors un lien entre cette contrainte théorique faite à tous les associés et le principe d'égalité ? Il convient de répondre à cette question.

II. Présentation critique du fondement de l'obligation d'apport

163. Le rattachement du principe d'égalité entre associés à l'apport obéirait à une certaine logique. En effet, obliger tous les associés à fournir un apport et reconnaître à chacun des prérogatives proportionnelles à l'étendue de cette participation, n'est-ce pas consacrer une obligation de les traiter également en toutes circonstances ? Comment ne pas considérer l'apport comme la base d'un principe général d'égalité entre associés alors qu'il est à la fois

[28] Par exemple pour les SARL, seul 1/5 du montant doit immédiatement libéré et le reste dans une durée ne pouvant dépasser 5 ans, art. L 223-7 du code de commerce.
[29] Cass. civ. 3e, 28 novembre 2001, *Bull. Joly*, 2002, n°93, p. 427, note N. Pétrerka ; *Dr. sociétés*, 2002, n°34, note T. Bonneau ; *D.* 2002, p. 215, note M. Boizard.
[30] P. CORDONNIER, *De l'égalité entre actionnaires*, *op.cit*., n°4, p. 15.
[31] Nous pensons que cette contrainte ne peut s'exercer que concernant les apports en espèces.
[32] PH. MERLE et A. FAUCHON, *op.cit*., n°39, p. 51.
[33] Art. 1843-3, al. 5 du Code civil.
[34] Pour un exemple, voir Cass. com. 7 juillet 2009, *Bull. Joly*, 2009, n°211, p. 1053, note R. Mortier ; *RTD com*. 2009, p. 743, note C. Champaud et D. Danet.
[35] Y. REINHARD et F. PASSOT, « Tout apport en société mérite rémunération... », *Bull. Joly*, 2005, n°1, p. 42.
[36] P. CORDONNIER, *De l'égalité entre actionnaires*, *op.cit*., n°4, p. 15.

une obligation commune à tous les associés et la mesure des droits et obligations de chacun d'eux ? *A priori* tout paraît pousser à admettre un lien entre les deux notions.

164. Aussi séduisante qu'elle puisse paraître, cette solution est pourtant difficilement admissible. Trois objections se dressent devant elle. Tout d'abord, parce que l'obligation d'apport n'est qu'une exigence théorique, il existe des associés n'ayant effectué aucun apport au sens strict du terme[37]. Deux exemples suffisent pour justifier le propos. On songe d'abord à la possibilité offerte par la loi[38] aux sociétés par actions d'attribuer gratuitement des actions aux mandataires sociaux ou aux salariés[39] dans le cadre d'un plan d'épargne entreprise[40]. Techniquement, l'émission de ces titres gratuits résulte d'une incorporation des réserves dans le capital[41] ou d'un rachat[42] par la société de ses propres actions en vue de les distribuer[43]. Or, bien qu'ils deviennent des actionnaires à part entière[44], au terme d'une période d'acquisition de deux à quatre ans, les bénéficiaires de ces droits sociaux[45] ne réalisent aucun apport.

165. Sans doute, certains considèrent que ces actions ne sont pas dépourvues de toute contrepartie. On a pu affirmer que l'apport se trouvait dans les prestations fournies dans le passé par les bénéficiaires[46], de sorte que les titres gratuits devaient être analysés comme une rémunération soumise à un régime spécial. Pourtant, il a été démontré que cette analyse ne concordait pas avec les régimes fiscal[47] et social[48] de ces plus-values[49]. D'autres ont suggéré de chercher l'apport dans les flux futurs que contribueront à dégager les attributaires des actions[50]. Cette approche n'emporte pas non plus notre adhésion, car elle ferait de l'apport

[37] T. MASSART, « La société sans apport », art. cit., p. 291.
[38] Du 30 décembre 2006 « pour le développement de la participation et de l'actionnariat salarié », les SA, SCA et les SAS peuvent accorder des actions gratuites à leurs salariés et mandataires sociaux.
[39] Articles L 225-197-1, L225-197-2, L225-197-3, L225-197-4 et L225-197-5 du Code de commerce.
[40] T. BONNEAU, « L'acquisition de la qualité d'actionnaire par le salarié dans le plan d'épargne entreprise » *Bull. Joly*, 2005, n° spéc. *Le salarié, sujet de droit des sociétés*, p. 29. Sur la souscription en général des salariés et mandataires sociaux, voir « La souscription ou l'acquisition de droits sociaux par les salariés ou dirigeants de PME », in *Dix ans de droit de l'entreprise*, éd. Litec, 1978, p. 543.
[41] Pour une position contraire, voir F. M. LAPRADE, « Apport et contrepartie », *Bull. Joly*, 2009, suppl. thématique *: l'apport en société dans tous ses états,* p. 1170.
[42] Sur l'achat par une société de ses actions, voir J.-C. COVIAUX, « L'achat par une sociétés de ses propres actions », in *Dix ans de droit de l'entreprise*, Litec, 1978, p. 187.
[43] Articles L225-208 et L225-177 du Code de commerce.
[44] M. GERMAIN, « Les apports : entre passé et avenir », art. cit., p. 1153.
[45] Ces actions sont incessibles pendant une période dite de conservation qui ne peut être inférieure à deux ans.
[46] Telle était l'interprétation donnée par la COB et l'AMF avant la loi du 30 décembre 2004, voir sur ce point, M. GERMAIN, « Les apports : entre passé et avenir », art. cit., p. 1153.
[47] Pour le régime fiscal de ces actions, voir art. 80 *quaterdecies* et 200 A 6 bis du Code général des impôts.
[48] Pour le régime social, voir article L242-1, dernier alinéa, du Code de la sécurité sociale.
[49] A. LIENHARD, *D.* 2005, p. 138.
[50] Voir par exemple, BASDEVANT, PELTIER et MARTIN, *Dr. sociétés*, Actes pratiques, avril 2005.

une condition aléatoire, un élément « *gazeux* »[51], puisque la richesse que créeraient les bénéficiaires n'est qu'éventuelle. .

166. Nous admettrons donc qu'il s'agit bien, dans ces hypothèses, d'associés sans apport d'autant que ces derniers ne procèdent à aucun versement effectif[52]. Il s'agit d'une véritable discrimination positive en leur faveur[53]. Compte tenu de ces éléments, rattacher le principe d'égalité à l'exigence d'apport, reviendrait inéluctablement à exclure ces associés de son champ d'application.

167. Ensuite, l'analyse des groupements de droit privé laisse voir que l'apport n'est pas l'apanage du monde des sociétés. Les membres d'autres structures peuvent être contraints d'en fournir. En vertu de l'article 1er de la loi du 1er juillet 1901, « *l'association est la convention par laquelle deux ou plusieurs personnes mettent en commun, d'une façon permanente, leurs connaissances ou leur activité dans un but autre que de partager des bénéfices* ». Il ressort de cette disposition que les sociétaires effectuent bien des apports, ne serait-ce qu'en industrie, puisqu'ils doivent mettre en commun de façon permanente leurs connaissances ou leur activité. De plus, les cotisations qu'ils sont obligés de verser peuvent, dans une certaine mesure, être analysées comme des apports[54]. Plus encore, la jurisprudence leur permet de mettre leurs biens à la disposition de l'association[55]. Il est vrai que dans ce dernier cas, à la différence des associés, ils pourront reprendre ces biens[56] à la dissolution de l'association, puisque ceux-ci n'auront pas intégré le patrimoine de celle-là. Mais tout compte fait, force est d'admettre que le système associatif n'exclut pas l'idée d'apport. Pourtant, il n'existe aucun principe général d'égalité entre sociétaires[57].

168. Enfin, il y a lieu de relever que l'obligation d'apport ne serait qu'un fondement bien fragile puisqu'elle tend elle-même à s'effriter. Au-delà de la possibilité de reprendre les

[51] Le terme est emprunté à Michel Germain, M. GERMAIN, « Les apports : entre passé et avenir », art. cit.
[52] F. M. LAPRADE, « Apport et contrepartie », art. cit., p. 1170 ; P. Le CANNU, « Monsieur de Saint-Janvier ou le dépouillement de l'article 1832 du Code civil », *art. cit.,* n°14.
[53] Y. De CORDT, *L'égalité entre actionnaires*, *op.cit*., n°242, p. 356.
[54] T. MASSART, « La société sans apport », art. cit., p. 292.
[55] Cass. civ 1re, 4 novembre 1982, *Rev. sociétés*, 1983, p. 826, note G. Sousi ; *RTD com*. p. 572, obs. E. Alfandari et M. Jeantin ; Cass. civ 1re 17 octobre 1978, *Rev. sociétés*, 1979, p. 565, note R. Plaisant ; *RTD com*. 1979, p. 767, obs. E. Alfandari et M. Jeantin.
[56] Cass. civ 1re, 17 octobre 1978, *Rev. sociétés*, 1979, p. 565, note R. Plaisant ; *RTD com*. 1979, p. 767, obs. E. Alfandari et M. Jeantin. add. F. LEMEUNIER, *Associations : constitution, gestion, évolution*, 11e éd., Delmas, 2005, n°205, p. 16.
[57] Contra : voir A. VIANDIER, *La notion d'associé*, *op.cit*., n°81, p. 83.

apports grâce à certains mécanismes, comme l'amortissement du capital[58] ou sa variabilité, de plus en plus de voix s'élèvent pour remettre en question l'utilité du capital social. On a d'ailleurs pu affirmer qu'« *au fond, une idée désabusée se dégage : le capital ne sert à rien, mais il n'est pas gênant, et c'est pour cela qu'on le garde* »[59]. Et on sait que le capital n'est rien d'autre que la somme des apports en nature et en numéraire. Cela étant, si l'exigence d'un capital disparaît, elle emportera le devoir d'apport, considéré aujourd'hui comme une « *contrainte inutile pour devenir associé* »[60]. Ainsi, s'écroulera le principe d'égalité, puisque celui n'aura plus de support.

169. Finalement, aucun lien solide n'a pu être trouvé entre l'obligation de tout associé d'effectuer un apport et le principe d'égalité entre associés. *Quid* des rapports entre ce supposé principe et la volonté de participer aux résultats sociaux ?

B. Égalité entre associés et participation aux résultats

170. À la différence des autres contrats[61], l'une des spécificités du contrat de société est qu'il ne peut être valable que si les cocontractants s'engagent à participer aux fruits et aux pertes de l'activité sociale[62]. Chaque associé doit courir les chances sociales, bonnes et mauvaises, car l'aléa[63] social demeure impliqué par la qualité d'associé[64]. Ce partage des chances doit, en principe[65], se faire proportionnellement à la quotité que chacun détient dans le capital social[66]. C'est sous ce rapport que certains auteurs ont tenté d'établir une corrélation entre la participation aux résultats et le principe d'égalité entre associés. Mais quelle est la portée de cette opinion ?

Avant de répondre à cette interrogation (II), nous devons préciser en quoi consiste cette notion de participation aux résultats (I).

---

[58] P. CORDONNIER, *De l'égalité entre actionnaires*, *op.cit.,* n°228, p. 412. Cet amortissement doit cependant s'appliquer à tous les associés proportionnellement à leurs apports.
[59] G. PARLEANI, « Réflexion sur l'utilité de la notion de capital social et son avenir », *Rev. sociétés*, 2005, p. 19.
[60] T. MASSART, « La société sans apport », art. cit., p. 292.
[61] Tel que l'association qui, selon l'article 1er de la loi de 1901, est créée dans un but autre que de réaliser des bénéfices.
[62] Art. 1832 du Code civil.
[63] Sur la notion d'aléa, V. LASSERRE-KIESOW, « L'aléa », JCP G n°31-35, 27 juillet 2009, 182.
[64] B. RAYNAUD, *Droit de l'ingénierie sociétaire,* éd. Joly, Lextenso, 2014, n°12.
[65] Puisque l'article 1844-1 du code civil ne s'oppose pas à une répartition inégalitaire.
[66] Art. 1844-1 du Code civil. À noter cependant que ce texte attribue à l'associé qui n'a apporté que son industrie une part égale à celle de l'associé qui a le moins apporté en capital.

I. Notion de participation aux résultats

171. L'article 1832 du Code civil est explicite : la société est instituée en vue de partager les fruits et de contribuer aux pertes[67] qui résultent de l'activité exercée. Schématiquement, la participation aux résultats comporte deux volets.

172. Elle s'applique d'abord aux fruits sociaux. Avant la loi du 4 janvier 1978 ayant réformé le Code civil, le produit social était conçu de façon restrictive. Il se cantonnait à la notion de bénéfices qui s'entendait, selon la Cour de cassation, d'un « *gain pécuniaire ou… matériel qui venait ajouter à la fortune des associés* »[68]. Mais cette acception de la notion de bénéfices n'était guère satisfaisante, car elle ne rendait pas compte de toute la réalité. C'est pourquoi, même après l'arrêt « Manigod », plusieurs décisions de justice avaient admis l'idée que les bénéfices puissent s'étendre à la simple limitation des dépenses, c'est-à-dire à une économie. Ainsi, « *la location d'appartements consentie à des prix avantageux aux actionnaires* »[69] avait pu être considérée comme participant de la notion de bénéfices. De même, la cour d'appel d'Angers avait décidé à propos d'une société coopérative que pour qu'il y ait recherche de bénéfices, il suffisait que « *l'avantage envisagé par les contractants soit susceptible d'estimation pécuniaire, quand bien même cet avantage consisterait non dans un accroissement de patrimoine, mais seulement dans une suppression ou une atténuation de pertes* »[70]. On notera également que « *les praticiens ne respectaient pas la jurisprudence Manigod, et bâtissaient des sociétés dont les associés recherchaient seulement des économies* »[71].

173. C'est sous cette influence conjuguée de la jurisprudence et de la pratique, que l'article 1832 du Code civil fut réécrit par la loi de 1978 qui y ajouta un second volet, à savoir la recherche d'économie. Cette réforme a consacré une conception extensive de la notion de bénéfices. Depuis, il n'y a pas eu de variation sur ce point. Ce faisant, en droit positif, les fruits sociaux doivent être compris comme l'accroissement matériel de la richesse des

[67] Sur l'ensemble de la question, voir F. KENDERIAN, « La contribution aux pertes sociales », *Rev. sociétés*, 2003, p. 617.
[68] Cass. ch. Réunies, 14 mars 1914, *Manigod*, *D.* 1914, 1, p. 257, note L. SARRUT. Voir dans le même sens, Trib. Civ. Seine, 19 janvier 1927, *D*. 1928, 2, p. 60.
[69] Cass. req. 21 décembre 1931, *Journ. sociétés*, 1932, p. 543, note P. Cordonnier.
[70] CA Angers, 22 octobre 1935, *Gaz. pal*. 1935, 2, p. 874. À rapprocher, CA Nîmes, 19 mars 1975, *RJ com*. 1976, p. 89.
[71] A. VIANDIER, *La notion d'associé*, *op.cit*., n°46, p. 52.

associés[72] ou la limitation des charges ou des pertes[73] résultant de l'activité sociale[74].

174. Considérée comme la cause du contrat de société[75], cette participation aux fruits est une condition impérieuse de validité du contrat de société. Sans elle, il ne saurait point y avoir de société[76]. La Cour de cassation a pu décider, à propos d'une société civile professionnelle d'huissiers, que l'associé conserve cette vocation aux bénéfices jusqu'au remboursement total de ses titres, quand bien même il se serait retiré, entre temps, de la société[77]. On peut légitimement considérer que cette solution s'appliquera à toutes les sociétés chaque fois que la date de retrait ne coïncide pas avec celle du remboursement de la valeur des titres. Aussi, selon la Cour de cassation, les héritiers ou légataires conservent ce droit aux bénéfices jusqu'à la cession ou le rachat des parts de leur auteur[78]. C'est dire le caractère fondamental de cette prérogative. Hormis le cas de l'apporteur en industrie qui ne reçoit que l'équivalent de la part de l'associé qui a le moins apporté en capital, cette participation s'opère suivant la règle de la proportionnalité[79]. Chaque associé devra recevoir une part tributaire du montant de sa mise dans l'aventure commune[80]. Les statuts peuvent toutefois prévoir une répartition inégale[81], sans pouvoir ni accorder la totalité du produit social à un ou certains associés ni les priver de tout bénéfice[82].

175. Ce concours des associés se traduit concrètement par la perception de dividendes. Toutefois, cet encaissement n'est pas automatique[83]. La Cour de cassation affirme de façon constante que les dividendes « *n'ont pas d'existence juridique avant la constatation de l'existence de sommes distribuables par l'organe social compétent et la détermination de la part attribuée à chaque associé* »[84]. Cette solution est logique car à la clôture de l'exercice et

[72] Cette richesse comprend les bénéfices que les associés ont décidé de distribuer sous forme de dividendes, les réserves et le boni de liquidation.
[73] Monsieur Viandier parle « d'avantage négatif » qu'il oppose à l'avantage positif qu'est le gain qui ajoute à la fortune des associés, voir A. VIANDIER, *La notion d'associé*, *op.cit*., n°49, p. 56.
[74] On remarquera que cette nouvelle définition a davantage rapproché la société et l'association puisque cette dernière peut permettre à ses membres de faire des économies.
[75] J. SCHAPIRA, « L'intérêt social et le fonctionnement de la société anonyme », *RTD com*. 1971, p. 957, spéc. n°2, p. 958.
[76] Cass. com., 30 mai 2000, *Consorts Addis c/ Savio*, *Bull. Joly*, 2000, n°11, p. 1094, note P. Scholer qui confirme CA Aix-en-Provence, 26 septembre 1997, *Bull. Joly*, 1998, p. 262, note E. Lepoutre.
[77] Cass. civ. 1re, 28 octobre 2010, n°09-68135.
[78] Cass. civ. 1re, 12 juillet 2012, *D*. 2012. p. 2786, obs. A. Lienhard.
[79] Art. 1844-1 al. 1 du Code civil.
[80] D. SCHMIDT, *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme*, *op.cit*., n°3, p. 2.
[81] Art. 1844-1 al. 1 du Code civil.
[82] Art. 1844-1 du Code civil.
[83] V. COPER-ROYER et Fils, *Traité des sociétés, Principes généraux et de leur application à la matière des sociétés*, t. 2, éd. Sirey, 1939, p. 702.
[84] Cass. com. 19 septembre 2006, n°03-19416 ; Cass. com. 28 novembre 2006, n°04-17486 ; Cass. com. 10

en cas d'existence de bénéfices[85], l'assemblée générale ordinaire peut bel et bien décider de les mettre en réserves[86]. Cette absence d'automaticité de la naissance des dividendes a conduit les hauts magistrats à juger que l'associé qui participe à la modification de la répartition des droits de chaque associé dans les bénéfices d'une société, n'effectue pas une donation ayant pour objet un élément de son patrimoine[87].

176. Outre les bénéfices, la participation aux résultats suppose que les associés s'engagent à contribuer aux pertes sociales. La société étant un contrat aléatoire, il peut arriver que les résultats affichent des pertes. D'après un auteur, cette contribution aux pertes constitue le seul critère de définition de l'associé[88]. Il arrive cependant que, durant son existence, une société ne connaisse jamais de pertes auxquelles les associés auraient dû participer. Comment, dès lors, prouver l'existence de cette volonté d'y participer ? La Cour de cassation a répondu à cette interrogation en estimant, avec raison, que l'engagement de participer aux pertes pouvait se déduire de la participation systématique de l'associé aux bénéfices[89].

177. Considérées par la jurisprudence comme tout manque à gagner[90], les pertes visées sont celles juridiques et non comptables. En clair, il s'agit de celles définitivement constatées à la dissolution de la personne morale et non celles accumulées à la fin des exercices annuels. Cette règle est, somme toute, logique car, tant que la société fonctionne, elle pourra toujours réaliser des résultats bénéficiaires qui permettraient d'absorber les pertes antérieurement accumulées[91]. C'est donc seulement à la fin de l'aventure sociale, que l'on pourra mesurer l'étendue du déficit auquel le groupement n'a pas pu faire face[92]. La contribution aux pertes s'apprécie donc à la dissolution de la société[93]. On constate ainsi qu'il n'existe pas de

---

février 2009, n°07-21806 ; Cass com. 31 mars 2009, n°08-14053 ; Cass. com. 14 décembre 2010, n°09-72267 ; Cass. com. 18 décembre 2012, *Bull. Joly*, 2013, p. 176, note D. Poracchia et J. Gasbaoui.

[85] Voir art. L232-11 du Code de commerce qui précise que « *le bénéfice distribuable est constitué par le bénéfice de l'exercice, diminué des pertes antérieures, ainsi que des sommes à porter en réserve en application de la loi ou des statuts, et augmenté du report bénéficiaire* ».

[86] Cependant, la mise en réserve systématique des bénéfices qui ne répond à aucune politique d'investissement de la société est considérée par la jurisprudence comme étant abusive, voir Cass. com. 6 juin 1990, préc.

[87] Cass. com. 18 décembre 2012, préc.

[88] J. LEDAN, « Nouveau regard sur la notion d'associé », *Dr. sociétés*, 2010, n°11, étude 14, p. 7, spéc. n°15.

[89] Cass. com., 16 juin 1998, *Buffard-Roidor c/ Roidor*, *Bull. Joly*, 1998, n°12, p. 1279, note S. Noémie ; *Defrénois*, 1999, n°7, p. 415, note D. GIBIRILA ; *Bull. civ*. IV, n°203, p. 168

[90] Cass. com. 31 janvier 1917, *Gaz. pal*. 1916 et 1917, p. 886 ; *Journ. sociétés*, 1918, p. 158 ; *Rev. sociétés*, 1918, 1, p. 163 ; CA Basse-Terre, 14 mai 1973, *RTD com*. 1974, p. 98, n°4, obs. C. Champaud. Voir cependant, M. CAFFIN-MOI, « Pour un cantonnement de l'exigence de contribution aux pertes », in *Liber amicorum, Mél. en l'honneur de Ph. Merle*, éd. Dalloz, 2013, p. 101, spéc. n°23, p. 116, pour qui le manque à gagner n'est pas une contribution aux pertes.

[91] P. CARCREFF, art. cit., p. 569.

[92] Car, il ne peut y avoir pertes que si le capital social est entamé.

[93] Cass. com. 31 mars 2004, *Société Alstom hydraulique et sociétés cessionnaires c/ société Jeumont industrie,*

parallélisme entre la vocation aux fruits et la contribution aux pertes[94]. Il existe toutefois des situations dans lesquelles la loi a exceptionnellement prévu une contribution anticipée[95]. De plus, les statuts ou l'assemblée générale des associés[96] peuvent parfois prévoir une telle possibilité. En dehors de ces hypothèses, l'associé pourra refuser de répondre à tout appel de fonds en cours de vie sociale[97], car cela équivaudrait à une aggravation de ses engagements[98]. Enfin, la participation au déficit peut intervenir même après la clôture de la liquidation[99]. Mais, cela n'est possible que si les associés ont reçu un boni de liquidation, à moins qu'ils soient indéfiniment responsables.

178. À l'instar de la répartition des fruits, le partage des pertes obéit-il, sauf en ce qui concerne l'apporteur en savoir-faire[100], à la règle de la proportionnalité[101]. Matériellement, chaque associé devra supporter une part calculée au prorata de son apport. L'étendue de la contribution se circonscrit en principe au montant de cette mise. Mais ici encore, les statuts peuvent retenir un partage discriminatoire, sous réserve de ne pas libérer un ou certains associés de l'intégralité de leur engagement. Le devoir de concourir aux pertes s'inscrit dans la relation entre les associés et la société et s'impose dans toutes les formes sociales. Elle doit être distinguée de l'obligation aux dettes qui concerne les rapports entre les associés et les créanciers sociaux[102] et s'exerce exclusivement au sein des sociétés à risque illimité[103]. Pouvant être indéfinie et solidaire[104] ou indéfinie et conjointe[105], cette dernière obligation peut

---

LPA, 2006, n°30, p. 13, note P. Dutilleul-Francoeur.

[94] D. RANDOUX, « Les modalités de la contribution aux pertes », note sous Cass. com. 13 novembre 2003, *Rev. sociétés*, 2/2004, p. 365, spéc. 367.

[95] Il en est ainsi lorsqu'une société par actions cumule des pertes ramenant le capital social en dessous de la moitié des capitaux propres et que les actionnaires décident de continuer l'aventure.

[96] Tel sera le cas si après avoir constaté l'existence de pertes, l'assemblée générale décide de recourir à la technique du coup d'accordéon. Dans cette hypothèse, le capital est réduit à zéro, de sorte que tous les associés participent aux pertes en cours de vie sociale.

[97] Cass. com., 10 juillet 2012, *SARL OPIM c/ Sté Caulet et a., Bull. Joly*, 2012, n 10, p. 693, note B. Dondero. Pour les sociétés civiles, voir Cass. com. 5 mai 2009, *Geissler c/ SCI Villevieille*, *Dr. sociétés 2009*, comm. 181, note R. Mortier.

[98] Art. 1836 al. 2 du Code civil.

[99] Cass. com. 8 octobre 2013, *M. X et SARL Prim c/ Sté de la Prée, L'essentiel Droit des contrats*, 2013, n°11, p. 6, note M. Caffin-Moi.

[100] Comme pour les bénéfices, sa part dans les pertes est égale à celle du plus petit apporteur en capital.

[101] Art. 1844-1 du Code civil.

[102] Sur cette distinction, voir H. HOVASSE « Contribution aux pertes d'une société civile en liquidation judiciaire », *Dr. sociétés*, 2011, n°12, comm. 212.

[103] Il s'agit des sociétés en nom collectif (art. L221-1 du Code de commerce), des sociétés civiles et les associés commandités (articles L222-1 et L226-1 du Code de commerce).

[104] Dans ce cas, le créancier impayé peut se retourner contre un associé de son choix. Il lui suffira au préalable de mettre en demeure la société. Toutefois, l'associé poursuivi pourra se retourner contre ses coassociés par le biais de l'action récursoire pour obtenir remboursement de la partie de la dette que ces derniers devaient supporter. C'est la solution retenue pour les SNC et pour les associés commandités.

être mise en œuvre à n'importe qu'elle période de la vie sociale.

179. Au terme de cette analyse, on s'aperçoit que les associés sont liés de façon égale « *au sort heureux ou malheureux de l'entreprise* »[106]. Pour autant, peut-on établir une relation entre cette volonté de participer aux résultats sociaux et le principe d'égalité entre associés ? Nous ne le pensons pas.

II. Présentation critique du fondement de la vocation aux résultats

180. À en croire certains auteurs, il existe un lien étroit entre la répartition des résultats sociaux et le principe d'égalité entre associés. En ce sens, on a pu affirmer que « *c'est en réglementant le mode de répartition des bénéfices ou des pertes entre les associés que le Code civil tranche la question de leur égalité de traitement* »[107]. De la même façon, certains ont estimé qu'en dépit du traitement inégalitaire réservé à l'apporteur en industrie et de la possibilité accordée aux associés d'établir une répartition inégalitaire des résultats sociaux, « *le législateur a (…) considéré qu'il est de la nature du contrat de société que les parties soient soumises, quant au règlement de leurs intérêts pécuniaires, à un traitement uniforme, exclusif de tout privilège au profit de l'un ou l'autre des contractants* »[108].

181. Ces affirmations sont discutables. En réalité, le partage des bénéfices et des pertes entre les parties au contrat de société semble obéir davantage à l'équité qu'à l'égalité[109]. Lorsqu'ils s'engagent en société, les associés espèrent s'enrichir tout en prenant des risques. Ainsi, certains prennent des engagements plus importants que d'autres. Il est dès lors juste d'accorder à chacun une part dans les résultats de l'aventure sociale proportionnellement à la grandeur du péril encouru[110]. Seulement, cette justice se réalise par le truchement non pas de l'égalité, mais de l'équité[111], car « *l'équitable est juste aussi* »[112].

Comme l'a fait remarquer Dominique Schmidt, l'égalité dans la répartition des

---

[105] Ici, le créancier impayé est obligé d'éclater ses poursuites. Il devra, après avoir vainement poursuivi la société, se tourner vers chaque associé pour obtenir le versement d'une part proportionnelle à son apport. Cette solution prévaut dans les sociétés civiles.
[106] P. CORDONNIER, *De l'égalité entre actionnaires*, *op.cit*., n°4, p. 20.
[107] *Ibid*., n°4, p. 16.
[108] P. CORDONNIER, *De l'égalité entre actionnaires*, *op.cit*., n°4, p. 17.
[109] Sur la distinction entre égalité et équité, voir F. TERRE, « Réflexion sur un couple instable : égalité et équité », art. cit.
[110] P. MILLET, *op.cit*., p. 42.
[111] En ce sens, voir D. SCHMIDT, *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme*, *op.cit*., n°3, p. 2.
[112] ARISTOTE, *op.cit.*, liv. V, chap. X, § 5, p. 230.

résultats n'est rien d'autre que l'équité[113]. En effet, sans évoquer l'impossible égalité entre l'associé majoritaire et celui qui ne détiendrait qu'une seule part ou action, c'est parce que le partage des résultats se fait équitablement que bien des inégalités sont possibles. On sait qu'en vertu de l'article 1844-1 du Code civil, les associés peuvent adopter une distribution inégalitaire en accordant à certains d'entre eux, qui auraient rendu des services à la société, une part plus importante de droits aux bénéfices que celle qu'ils devaient recevoir en vertu de leur apport. La seule limite à cette faculté réside dans l'interdiction des clauses léonines. Or, la proportionnalité établie par la loi étant générale, elle ne saurait prévoir ces situations d'exception dans lesquelles se trouverait un associé. Aristote disait que c'est l'équité qui permet lorsque *« la loi dispose d'une manière générale, et que, dans les cas particuliers, il y a quelque chose d'exceptionnel alors, on fait bien, là où le législateur est en défaut, et où il s'est trompé parce qu'il parlait en termes absolus, de redresser et de suppléer son silence et de prononcer à sa place, comme il prononcerait lui-même s'il était là ; c'est-à-dire, en faisant la loi comme il l'aurait faite, s'il avait pu connaître le cas particulier dont il s'agit »*[114]. Il semble donc que c'est l'équité qui permet de prendre en compte le respect des droits et intérêts de chacun pour préserver un juste équilibre.

Dans ces conditions, il n'est pas sûr que le principe d'égalité entre associés puisse être accolé à la vocation aux résultats. Alors, qu'en est-il de l'*affectio societatis* ?

C. Égalité entre associés et affectio societatis

182. Absente de la liste des éléments constitutifs du contrat de société prévus par le code civil, l'*affectio societatis*[115] est combattue par certains auteurs[116] qui estiment qu'elle n'aurait aucune utilité dans la définition du contrat de société[117]. Pourtant, la doctrine majoritaire[118]

[113] D. SCHMIDT, *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme*, *op.cit*., n°3, p. 2.
[114] ARISTOTE, *op.cit.,* liv. V, chap. X, § 6, p. 230.
[115] Sur l'ensemble de la question, voir CUISINIER, L'*affectio societatis*, th. Dijon, 2006 ; I. TCHOTOURIAN, *Vers une définition de l'affectio societatis lors de la constitution de la société*, éd. LGDJ, 2011.
[116] Voir M. WAHL, *Précis de droit commercial*, n°469, p. 154 cité par N. REBOULE, « Remarques sur une notion conceptuelle et fonctionnelle : l'*affectio societatis* », *Rev. sociétés*, 2000, note 9, qui propose de rayer *l'affectio societatis* de la définition de la société. Voir aussi, P. DIDIER, *Droit commercial*, 2e éd. PUF, 1997, p. 49, qui semble douter de la réalité de la notion ; C. KOERING, « La notion d'actionnaire », http://www.revuegeneraledudroit.eu/wp-content/uploads/er20010115koerin.pdf, p. 18, pour qui l'*affectio societatis* est un vain élément constitutif du contrat de société.
[117] Voir A. VIANDIER, *La notion d'associé*, *op.cit*., n°79, p. 80, qui estime que la notion complique inutilement les choses. Voir également, J. HAMEL, G. LAGARDE et A. JAUFFRET, *Droit commercial, Sociétés, groupements d'intérêts économiques, entreprise publique*, *op.cit*., n°124, pp. 124 et s., par G. LAGARDE.

ainsi que la jurisprudence[119], jusqu'à récemment[120], estiment que cet élément intentionnel[121] constitue une condition de validité du contrat de société[122], qui doit exister non seulement lors de la constitution de la société[123], mais aussi tout au long de la vie sociale[124].

Mieux, selon certains[125], elle constitue un élément saillant du contrat de société auquel se rattache le principe d'égalité des associés. L'exactitude de ce propos mérite d'être vérifiée (II). Mais auparavant, interrogeons-nous sur ce que renferme cette locution latine (I).

I. *Notion d'*affectio societatis

183. Considérée comme le reflet d'une certaine « fraternité »[126] entre associés, la notion d'*affectio societatis* est très ancienne. Il semblerait qu'elle remonte à l'époque romaine[127] avant de disparaître au Moyen Âge, pour réapparaître après le Code civil[128]. Nonobstant cette ancienneté, la notion est toujours entourée d'un voile de mystère[129], tant l'incertitude règne sur le sens qu'il faut lui accorder[130]. Nulle part mentionnée dans l'article 1832 du Code civil[131], l'*affectio societatis* doit son existence à une longue tradition[132]. De ce fait, elle n'a fait

---

[118] Y. GUYON, *v°* « *Affectio societatis* », *J-Cl. Sociétés Traité,* Fasc. n°20-10, septembre 2016, n^{os}2 et s. ; C. CHAMPAUD et D. DANET, *RTD civ*. 1993, p. 516, pour qui l'*affectio societatis* n'est pas une vieille lune juridique.

[119] Cass. com. 10 juin 1953, *JCP*, 1954, II, p. 7908, note Bastian ; Cass. com. 19 novembre 1962, *Bull. civ*. III, n°463 ; Cass. civ. 3^{e}, 22 juin 1976, *D*. 1977, p. 619, note P. Diener ; CA Paris, 6 avril 1999, *Bull. Joly*, 1999, p. 1168, note B. Saintourens ; CA Paris, 2 avril 1999, *RTD civ*. 1999, p. 881 ; Cass. com. 9 avril 1999, *Dr. sociétés*, n°67 ; Cass. com. 16 juin 1998, *Defrénois*, 1999, p. 415, note D. Gibirila ; Cass. com. 21 janvier 1997, *Bull. Joly*, 1997, p. 466, note P. Le Cannu ; *RDBB*, 1997, n°60, p. 69, obs. M. Germain et M.-A. Frison-Roche ; *Rev. sociétés*, 1997, p. 349, note D. Bureau ; *RJDA* 4/1997, n°521.

[120] Nous verrons qu'en assimilant désormais l'*affectio societatis* au consentement au contrat de société, la Cour de cassation écarte purement et simplement l'exigence de cette condition.

[121] A. AMIAUD, « L'*affectio societatis* », in *Mél. offerts à A. Simonius*, Verlag Helbing & Lichtenhahn Basel, 1955, p. 1.

[122] N. REBOULE, art. cit., n°2, p. 427.

[123] Voir Cass. com. 9 juin 2009, *Bull. Joly*, 2009, p. 958, note B. Dondero.

[124] Voir par exemple, Cass. civ. 1re, 20 novembre 2001, *D*. 2002, somm. p. 3260, obs. J.-C. Hallouin ; *JCP E*, 2002, n°5, p. 225, note A. Viandier ; *Dr. sociétés*, 2002, n°21, note T. Bonneau ; *Dr. et pat*. 2002, p. 103, obs. D. Paracchia ; *JCP G*, 2002, II, 10148, note Matsopoulou ; *Rev. sociétés*, 2002, p. 683, note N. Reboul-Maupin ; CA Paris, 10 mai 1995, *JCP E*, 1995, I, p. 505, n°1, obs. A. Viandier et J.-J. Caussain.

[125] P. CORDONNIER, *De l'égalité entre actionnaires*, th. Paris, 1924, n^{os}3 et 4, pp. 14 et 23.

[126] Y. GUYON, « La fraternité dans le droit des sociétés », *Rev. sociétés*, 1989, p. 439.

[127] La notion a été utilisée pour la première fois par Ulpien pour distinguer une simple communauté du contrat société, voir le cas pratique d'Ulpien, Digeste XVII, 2, *pro socio*, p. 44.

[128] D. ESKINAZI, *La qualité d'associé*, th. Cergy-Pontoise, 2005, n°33, p. 27.

[129] C. B., « Nul besoin d'*affectio societatis* pour acquérir des actions », *Gaz. pal*. 2013, p. 3004.

[130] Voir par exemple, COPER-ROYER, *Rev. sociétés*, 1938, p. 593 où l'auteur affirme l'*affectio societatis* est une « *notion archaïque qu'il est peu scientifique d'avoir conservé dans le droit moderne* » ; ou encore, P. PIC, « De l'élément intentionnel dans le contrat de société », *Annales de droit commercial*, t. XX, 1906, I, p. 153 qui dit qu'« *en elle-même, cette expression classique d'*affectio societatis*, dont la majorité des auteurs s'accommode trop aisément, est des plus équivoques, et se ramène à une tautologie fâcheuse* ».

[131] N. REBOULE, art. cit., n°6, p. 430.

l'objet d'aucune définition légale[133]. C'est donc à la jurisprudence et à la doctrine qu'est revenue la mission de dissiper la brume qui l'entoure[134]. Inutile d'affirmer que cerner cette locution vague[135], mystérieuse[136] et aux contours ambigus[137], ne pouvait être qu'une tâche ardue. C'est pourquoi, si auteurs et juges s'y sont essayés, c'est évidemment avec difficultés.

184. Pour délimiter les contours de l'*affectio societatis*, les auteurs se sont divisés en deux camps. D'un côté, les partisans d'une conception unitaire, estimant que la notion est unique dans toutes les sociétés et, de l'autre, ceux qui défendent l'idée d'une *affectio societatis* pluraliste ou protéiforme.

185. Dans l'approche unitaire, on peut ranger tout d'abord la définition classique selon laquelle, l'*affectio societatis* correspond à une collaboration volontaire et active, intéressée et égalitaire[138]. Monsieur Amiaud réduisait toutefois cette collaboration égalitaire « *à la prise des décisions importantes* »[139]. Les défenseurs de cette thèse estiment qu'une collaboration active et volontaire peut permettre de distinguer la société des états subis, comme par exemple les syndicats de copropriétaires[140] ou les indivisions[141]. Quant aux caractères intéressé et égalitaire, ils devraient, selon eux, permettre la distinction entre la société et l'association[142] d'une part et, d'autre part, le contrat de société et celui de travail[143].

186. Qualifiée d'objective[144], cette conception n'a pas échappé aux foudres de ses contempteurs. Selon la critique, la plupart du temps, la collaboration entre associés n'est ni

---

[132] P. SERLOOTEN, « L'*affectio societatis*, une notion à revisiter », in *Aspects actuels du droit des affaires, Mél. en l'honneur de Y. Guyon*, éd. Dalloz, 2003, p. 1007.
[133] D. GIBIRILA, *Droit des sociétés*, 4e éd. Ellipses, 2012, n°82, p. 54.
[134] H. TEMPLE, *Les sociétés de fait*, éd. LGDJ, 1975, n°220, p. 124.
[135] COPER-ROYER, « Sur la notion d'*affectio societatis* », *Rev. spécial*, 1938, p. 593.
[136] H. TEMPLE, *op.cit.,* n°219, p. 124.
[137] Q. NEMOZ-RAJOT, « La non-exigence d'une affectio societatis en matière de cession de droits sociaux », *LPA*, 2013, n°221, p. 9, spéc. p. 11.
[138] Voir P. PIC, art. cit., p. 153. Voir également, E. THALLER et J. PERCEROU, *Traité élémentaire de droit commercial*, 8e éd., Rousseau, 1931, nos232 et 238 et s. ; P. PIC et J. KREHER, *Des sociétés commerciales*, t. 1, éd., Rousseau, 1940, nos72 et s. ; J. CHOUKROUN, *Les droits des associés non-gérants dans les sociétés à responsabilité limitée*, éd. LGDJ, 1956, p. 49 ; E. GAILLARD, *La théorie institutionnelle et le fonctionnement de la société anonyme*, th. Lyon, 1932, p. 56.
[139] A. AMIAUD, art. cit., p. 3.
[140] D. ESKINAZI, *op.cit.,* n°34, p. 29.
[141] Y. GUYON, *Droit des affaires, Droit commercial général et des sociétés*, *op.cit*., n°124, p. 130. Pour une étude globale de la distinction entre la société et l'indivision, voir C. SAINT-ALARY-HOUIN, « Les critères distinctifs de la société et de l'indivision depuis les réformes récentes du Code civil », *RTD com.* 1979, p. 645 ; CAPORALE, « Sociétés et indivision », *Rev. sociétés*, 1979, p. 265 ; P. PUIG, « Société et indivision : bref retour vers le futur (après la loi n°2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités) », *Journ. sociétés*, 2008, p. 53.
[142] Y. GUYON, *Droit des affaires, Droit commercial général et des sociétés*, *op.cit*., n°124, p. 130.
[143] *Ibid*., n°126, p. 136. Voir aussi, G. LYON-CAEN, « Quand cesse-t-on d'être salarié ? », *D*. 1977, p. 109.
[144] N. REBOULE, art. cit., n° 7, p. 431.

active ni égalitaire[145], car en plus du fait que certains associés se comportent comme les maîtres de l'affaire, les autres n'ont ni les moyens ni même souvent l'intention de s'immiscer dans la gestion[146]. On a d'ailleurs souligné que considérer l'*affectio societatis* comme une collaboration égale, « *conduirait nécessairement à refuser le caractère de société aux contrats qui donnent à certains contractants une situation privilégiée, incompatible avec l'égalité dans la collaboration économique* »[147]. Aussi, comment imaginer une collaboration égalitaire dans le cadre des sociétés unipersonnelles ?

187. C'est pour ces raisons que le doyen Hamel proposait une conception subjective. Il affirmait que l'*affectio societatis* est constituée par la juxtaposition d'une volonté d'union et d'une autre d'acceptation délibérée de certains risques[148]. Il déduisait le premier élément du fait que dans le contrat de société, les intérêts des parties ne sont pas divergents, mais convergents. Et, puisque la volonté d'union peut se retrouver dans d'autres contrats que la société, il ajouta le second élément, à savoir l'acceptation des risques de gains et de pertes. Dans son sillage, un auteur affirmait que l'*affectio societatis* est la « *volonté d'union, la convergence des volontés dans un but commun dont l'élément caractéristique est bien d'ordre psychologique* »[149]. Yves Guyon a toutefois fait remarquer que cette opinion présentait des insuffisances, car « *tout contrat complexe et à exécution successive suppose une certaine volonté de collaborer* (et que) *dans beaucoup de sociétés, la convergence des intérêts n'est pas toujours absolue* »[150].

188. Toujours dans cette conception unitaire, plusieurs auteurs contemporains[151] pensent que l'*affectio societatis* n'est rien d'autre que la simple intention de s'associer. Elle n'exprime pas un caractère particulier du consentement au contrat de société[152], mais le consentement lui-même[153]. L'associé doit simplement « *exprimer sa volonté de se soumettre à l'intérêt commun* »[154]. On notera qu'une circulaire, relative au vocabulaire juridique, suggérait

[145] A. AMIAUD, art. cit., p. 2.
[146] Y. Guyon, *Droit des affaires, Droit commercial général et des sociétés*, *op.cit*., n°124, p. 131.
[147] J. HAMEL, « L'*affectio societatis* », *RTD civ*. 1925, p. 761, spéc. p. 764.
[148] *Ibid*., p. 775.
[149] J.-P. GASTAUD, *Personnalité morale et droit subjectif*, éd. LGDJ, 1977, n°19, p. 23.
[150] Y. GUYON, *Droit des affaires, Droit commercial général et des sociétés*, *op.cit*., n°124, p. 132, l'auteur précise sur ce dernier point que « *certains associés peuvent souhaiter la distribution immédiate de tous les bénéfices alors que d'autres préfèreraient une mise en réserve* ».
[151] P. SERLOOTEN, art. cit., p. 1008 ; M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *op.cit.,* n°171 ; J.-F. HAMELIN, *Le contrat-alliance*, éd. Économica, 2012, n°221, p. 157.
[152] M. GERMAIN et V. MAGNIER, *op.cit*., n°1533.
[153] M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *op.cit.,* n°171.
[154] D. SCHMIDT, *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme*, *op.cit*., n°5, p. 4.

d'adopter une telle définition[155]. Mais cette proposition n'a pas fait l'unanimité au sein de la doctrine[156]. Certains ont estimé que l'*affectio societatis* ne pouvait pas s'analyser comme l'assentiment au contrat de société puisque, contrairement au consentement classique, elle doit perdurer pendant l'exécution du contrat[157]. D'autres pensent que cette approche rend la notion inutile, car elle n'ajoute rien à l'article 1832 du Code civil[158], étant entendu que tout contrat nécessite une volonté des parties de le passer[159]. À ces multiples critiques tendant à saper ces différentes positions, s'ajoute celle plus globale qui consiste à dire qu'une approche unitaire de l'*affectio societatis* ne saurait rendre compte de toute la réalité dans le monde des sociétés[160].

189. C'est ainsi que sous l'impulsion de la Cour de cassation, une conception pluraliste de l'*affectio societatis* a vu le jour en doctrine. Dans une décision datée du 3 juin 1986, la Haute juridiction précisait que l'*affectio societatis* implique que les « *associés collaborent de façon effective à l'exploitation dans un intérêt commun et sur un pied d'égalité, chacun participant aux bénéfices comme aux pertes* »[161]. Suivant cette décision, l'*affectio societatis* doit être appréhendée comme une notion multiforme[162], un élément à géométrie variable[163] dont le plus petit dénominateur commun consiste en la volonté de collaborer sur un pied d'égalité, au succès de l'entreprise commune[164]. Un auteur[165] a pu parler de « *coude à coude entre associés* ». Donc, dans cette nouvelle version, la notion « *connaîtrait des degrés très divers suivant les sociétés ; très fort dans les petites sociétés, il* (serait) *moins intense dans les grandes* »[166]. Si cette position est largement adoptée en doctrine[167], il n'en demeure pas moins

[155] Circulaire du 15 septembre 1977 relative au vocabulaire judiciaire, *JO* du 24 septembre 1977 ; *JCP*, 1977, 46255.
[156] Pour un exemple de remise en cause de cette opinion, voir P. Le CANNU, « La cession tient, quand bien même le cessionnaire n'aurait pas l'*affectio societatis* », *Bull. Joly*, 2013, p. 624, spéc. n°10, p. 626, qui estime que cette conception n'est pas conforme au droit positif.
[157] N. REBOULE, art. cit., p. 427.
[158] P. DIDIER et PH. DIDIER, *Droit commercial*, *Les sociétés commerciales*, *op.cit*., n°84, p. 79.
[159] J. HAMEL, « Quelques réflexions sur le contrat de société », in *Mél. en l'honneur de J. Dabin*, t. 2, éd. Bruylant, 1963, p.645, spéc. p. 646.
[160] Y. GUYON, *Droit des affaires, Droit commercial général et des sociétés*, *op.cit*., n°125, p. 133.
[161] Cass. com. 3 juin 1986, *Rev. sociétés*, 1986, p. 585, note Y. Guyon. À rapprocher, Cass. com. 9 avril 1996, *Rev. sociétés*, 1997, p. 81, note F. Bénac-Schmidt. Voir également en ce sens, CA Versailles, 17 décembre 1995, *Bull. Joly*, 1996, p. 308, note P. Le Cannu.
[162] Y. GUYON, *Droit des affaires, Droit commercial général et des sociétés*, art. cit., n°126, p. 133 ; P. SERLOOTEN, art. cit., p. 1009.
[163] P. CANIN, « La mésentente entre associés, cause de dissolution judiciaire anticipée des sociétés », *Dr. sociétés*, 1998, Chron. n°1.
[164] PH. MERLE et A. FAUCHON, *op.cit*., n°57, p. 74.
[165] L. MAZEAUD, « Rapport sur la souveraineté de fait dans les sociétés anonymes en droit français », Travaux de l'Ass. H. Capitant, 1963, p. 331, cité par A. VIANDIER, *La notion d'associé*, *op.cit*., p. 78, note 321.
[166] P. SERLOOTEN, art. cit., p. 1009.
[167] Voir sur cette doctrine, Y. GUYON, *Droit des affaires, Droit commercial général et des sociétés*, *op.cit*., n°126, p. 133 ; P. SERLOOTEN, art. cit, p. 1009.

que certaines critiques ont été formulées à son endroit. On a pu affirmer que l'absence de participation effective aux affaires sociales ne saurait être la preuve de la disparition de l'*affection societatis*, car la règle est seulement que chaque associé a le droit de participer à la gestion sans y être forcément obligé[168]. Il apparaît, au bout du compte, que la notion *d'affectio societatis* fait l'objet de redoutables divergences doctrinales. Dès lors, qu'elle conception doit-on retenir ?

190. À défaut d'une définition légale, nous privilégierons, dans le cadre de cette étude, la thèse qui assimile la notion à une simple intention de s'associer, c'est-à-dire au consentement de chacune des parties au contrat de société[169]. Or, nous avons vu que deux objections avaient été formulées à son égard. On l'a rejetée sous prétexte, d'une part, que contrairement au consentement classique, l'*affectio societatis* doit perdurer pendant toute la durée de la société[170] et, d'autre part, qu'elle rend la notion inutile, puisqu'elle n'ajoute rien à l'article 1832 du Code civil[171]. Pourtant, ces critiques ne nous semblent pas insurmontables.

191. Sur le premier point, dire que l'*affectio societatis* doit perdurer tout au long de la vie sociale ne nous semble pas exact. Selon nous, au moment de la signature du contrat de société, l'*affectio societatis* doit exister puisqu'elle n'est autre chose que cette volonté[172] qu'exprime l'associé de participer au pacte social[173]. Chaque associé qui accepte de conclure un contrat qui l'oblige à participer aux résultats et à collaborer dans l'intérêt commun, manifeste son *affectio societatis*[174]. Ce consentement doit être distingué des mobiles[175] et de l'intention de participer aux bénéfices[176]. Mais une fois le contrat conclu, l'*affectio societatis* disparaît[177] pour laisser place à l'obligation générale de bonne foi[178] édictée par l'article 1104 du Code civil[179]. Cette assertion se fonde sur deux arguments. En effet, c'est parce que n'est

---

[168] M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *op.cit.,* n°173, p. 82.
[169] *Ibid*., n°171.
[170] N. REBOULE, art. cit., p. 427.
[171] P. DIDIER et Ph. DIDIER, *op.cit*., n°84, p. 79.
[172] Pour une distinction entre volonté et consentement, voir M.-A. FRISON-ROCHE, « Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droits des contrats », *RTD. civ*. 1995, p. 573 ; R. NERSON, « La volonté de contracter » in *Mél. offerts à R. Secrétan*, éd. Imprimerie Corbaz, Montreux, 1964, p. 209.
[173] En ce sens, voir M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *op.cit.*, n°171.
[174] J. HEMARD, « L'actionnariat imposé », in *Etudes dédiées à G. Dehove*, PUF, 1983, p. 325, spéc. n°9, p. 330.
[175] Qui consistent aux intérêts ou aux sentiments qui ont déterminé la volonté de s'associer. Voir aussi, N. REBOULE, art. cit., n°2, p. 427 ; M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *op.cit.,* n°177.
[176] N. REBOULE, art. cit., n°2, p. 428.
[177] Voir en ce sens, Cass. com. 9 juin 2009, *BRDA*, 2009/15-16, n°6 ; B. DONDERO, « *Affectio societatis simplex* », *Bull. Joly*, 2009, p. 958, spéc. 962
[178] Pour une étude d'ensemble sur le devoir de loyauté en droit des sociétés, voir K. GREVAIN-LEMERCIER, *Le devoir de loyauté en droit des sociétés*, préf. de H. Le Nabasque, éd. PUAM, 2013.
[179] Monsieur Viandier assimile l'*affectio societatis* à la bonne foi, voir A. VIANDIER, *La notion d'associé*, *op.cit*., n°78, p. 79. Nous pensons toutefois que les deux notions doivent être distinguées.

exigée des associés, pendant l'exécution du contrat de société, qu'une bonne foi[180] et non une *affectio societatis* (synonyme du consentement), que l'inexécution de leurs obligations n'est pas sanctionnée par la nullité[181] du contrat de société[182], mais par la dissolution[183]. C'est aussi parce que le contrat de société est la loi des associés que ces derniers doivent coopérer pour l'exécuter de bonne foi[184].

192. Plusieurs décisions de la jurisprudence confirment cette analyse. Dans l'arrêt *E. D. Le Maraicher*[185], la Cour de cassation avait cassé un arrêt de la cour d'appel de Paris du 7 juillet 1995 par un attendu ainsi rédigé : « *attendu qu'en se déterminant ainsi, par des motifs relatifs aux motivations des parties, impropres à exclure leur volonté réelle de s'associer, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision* ». Les juges semblent se contenter de la seule volonté réelle de s'associer des associés pour valider la convention. À travers une autre décision[186], la Cour de cassation a estimé qu'il suffisait qu'il y ait apports réciproques et collaboration dans le but de faire prospérer l'exploitation pour qu'il y ait société créée de fait. On voit qu'ici la Cour assimile l'*affectio societatis* au consentement.

193. À l'appui de cette thèse, citons un autre arrêt daté du 9 juin 2009[187]. En l'espèce, les hauts juges affirment que, dès lors que l'engagement pris par le souscripteur à une augmentation de capital est dénué d'ambiguïté et porte irrévocablement sur cette opération, en vertu des statuts que celui-ci est supposé connaître et adopter d'avance, il y a lieu de constater l'existence de l'*affectio societatis* au moment de la signature du contrat, obligeant ainsi le souscripteur à exécuter son engagement. Un commentateur de cette décision en tire deux observations : il fait remarquer, d'une part, et à juste titre, que « *l'affectio societatis peut bien être vue comme le consentement de l'associé au contrat de société* » et, d'autre part, qu'elle ne doit exister qu'au moment de l'entrée de l'associé dans la société[188]. La cour de Versailles a également adopté une telle position dans un arrêt du 17 mars 2000[189].

---

[180] J.-J. CAUSSAIN, « A propos du devoir de loyauté des dirigeants de sociétés », in *Études Offertes à B. Mercadal*, éd. Francis Lefebvre, 2002, p. 303, spéc. 306.
[181] Seule l'absence d'a*ffectio societatis* lors de la constitution de la société est une cause de nullité, voir en ce sens, Cass. civ. 3e, 8 janvier 1975, *Rev. sociétés*, 1976, p. 301, note Balensi ; Cass. com., 12 octobre 1993, n°91-13.966.
[182] B. DONDERO, « *Affectio societatis simplex* », art. cit., p. 958, spéc. 962. Rappelons au passage que dans le droit commun des contrats, l'absence de consentement est sanctionnée par la nullité.
[183] Art. 1844-7 al. 5 du Code civil.
[184] A. VIANDIER, *La notion d'associé*, *op.cit*., n°78, p. 80.
[185] Cass. com. 10 février 1998, *Bull. Joly*, 1998, p. 767, obs. J.-J. Daigre.
[186] Cass. com. 16 juin 1998, *Defrénois*, 1999, p. 415, obs. D. Gibirila.
[187] Cass. com. 9 juin 2009, n°08-17532, *SAS Rodyn c/ SAS LMBO Vendôme*.
[188] B. DONDERO, « *Affectio societatis simplex* », art. cit., p. 958, spéc. 962.
[189] CA Versailles, 17 mars 2000, *Bull. Joly*, 2000, n°8, obs. J.-J. Daigre.

194. Sur le second point, il est vrai que réduire l'*affectio societatis* au seul consentement au contrat de société, conduit à remettre en cause[190] ce critère longtemps perçu comme indispensable à l'existence de la société. Or, n'a-t-on pas souvent entendu que c'est principalement l'*affectio societatis* qui permettait de caractériser les sociétés créées de fait[191] ou encore de distinguer les apporteurs en industrie des salariés ? Malgré ce rôle assigné à la notion, son inutilité semble avoir été récemment confirmée par un arrêt de la Cour de cassation qui, au grand dam des défenseurs[192] de la « *star latine* »[193], l'a rayée purement et simplement de la liste des éléments exigés pour la validité des contrats de souscription, du moins pour ceux conclus en cours de vie sociale. En l'espèce, un promettant s'était engagé à céder à deux bénéficiaires, une partie des actions représentant le capital d'une société dont il était l'actionnaire majoritaire. Après la levée des conditions suspensives, celui-ci avait refusé de procéder à la vente définitive. Les bénéficiaires l'assignèrent en paiement de dommages et intérêts pour inexécution de son engagement. La cour d'appel accueillit favorablement leur demande. Pour échapper au paiement, le promettant faisait valoir que les bénéficiaires étaient dépourvus d'*affectio societatis* et que, par conséquent, la convention de cession n'avait pu se former. Cette argumentation n'a pas été accueillie par les magistrats du Quai de l'Horloge. Ces derniers rejetèrent le pourvoi au motif que « *l'affectio societatis n'est pas une condition requise pour la formation d'un acte emportant cession des droits sociaux* »[194].

195. Si certains y voient un cantonnement de l'*affectio societatis* au contrat de société[195], distinct de la convention de souscription, cette décision semble sonner le glas de cet élément psychologique car, comme l'a souligné un auteur, il en ressort que désormais « *l'acquisition de parts sociales ou d'actions, quelle qu'en soit la manière(…) ne trouvera pas d'obstacle en cette notion(…) incertaine* »[196]. Certes, la Cour de cassation prend le soin de préciser que l'*affection societatis* ne figure pas parmi les causes générales de révocation des conventions,

---

[190] Monsieur Schmidt professe l'abandon de la notion, voir D. SCHMIDT, *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme*, *op.cit*., n°5, p. 4.
[191] F.-X. LUCAS, « La société dite « créée de fait », in *Aspects actuels du droit des affaires, Mél. en l'honneur de Y. Guyon,* éd. Dalloz, 2003, p. 737, spéc. p. 749.
[192] Par exemple Monsieur Guyon pense que l'*affectio societatis* est le fondement des droits et obligations des associés et assure le bon fonctionnement de la société, Y. GUYON, « *Affectio societatis* », *J-Cl. Sociétés Traité*, Fasc. 20-10, septembre 2016, n^{os}77 et 78.
[193] Le syntagme est emprunté à Paul Le Cannu, P. Le CANNU, « La cession tient, quand bien même le cessionnaire n'aurait pas l'*affectio societatis* », art. cit., spéc. n°12, p. 626.
[194] Cass. com. 11 juin 2013, *LPA*, 2013, n°221, p. 9, note Q. NEMOZ-RAJOT ; *Gaz. pal*. 2013, p. 3121, note A.-F. Zattara-Gros ; *Gaz. pal*. 2013, p. 3004, note C. B ; *Bull. Joly*, 2013, p. 624, note P. Le Cannu. À rapprocher, Cass. com. 8 mars 2005, *Rev. sociétés*, 2005, p. 817, note A. Viandier.
[195] J.-F. BARBIÈRI, « Hors du contrat de société, point d'affectio societatis dans le monde contractuel ! », *Jour. sociétés*, septembre 2013, n°111, p. 64.
[196] C. B., art. cit., p. 3005.

ce qui est tout à fait juste sur le plan du droit des contrats[197], mais cette précision n'a aucune portée puisque c'est par l'acte de cession que le cessionnaire obtient la qualité d'associé. Autrement dit, c'est en donnant son consentement au contrat de cession, que ce dernier manifeste son intention de devenir associé, étant entendu que l'associé se définit comme le propriétaire de titres de capital. Or, comme la remise en question du contrat de société ou de souscription peut se fonder aussi bien sur les causes générales de nullités des contrats que sur celles spécifiques au droit des sociétés, les hauts juges auraient bien pu prononcer la nullité de l'acte pour absence d'*affectio societatis*. Donc, en validant une cession de titres sans requérir une *affectio societatis* chez le cessionnaire, ils laissent entendre que cet élément se confond au consentement des parties au contrat de société.

196. Au final, nous retiendrons qu'en droit positif, l'*affectio societatis* n'est rien d'autre que la manifestation de la volonté de s'associer. Cette solution permet, d'une part, de lever les confusions sur cette redoutable notion que « *personne ne traduit de façon satisfaisante* »[198] et, d'autre part, de permettre à cette locution, souvent réduite à un sentiment[199], de devenir une notion juridique.

197. Mais ainsi définie, l'*affectio societatis* se retrouve dans tous les contrats[200], car toute convention repose, en principe, sur un échange de consentements entre les parties qui le signent[201]. Cela étant, on ne peut s'empêcher de se demander comment distinguer désormais la société des notions qui lui sont voisines. À cette question, nous répondrons qu'il revient aux juges, comme ils le font dans tout type d'accord, de rechercher l'intention réelle des parties. Cette intention peut être cherchée dans le fondement essentiel du contrat de société, à savoir l'intérêt commun des associés[202]. Si les associés n'ont pas eu l'intention de poursuivre un intérêt commun, en faisant passer les intérêts sociaux avant ceux personnels[203], alors il ne peut y avoir de contrat de société[204]. Ainsi, dira-t-on qu'une personne est partie à un contrat de société, lorsqu'elle s'engage à fournir un apport, à participer aux bénéfices et aux pertes et surtout, à inscrire son comportement dans l'intérêt commun à l'ensemble des cocontractants.

---

[197] *Ibid*., p. 3005.
[198] D. SCHMIDT, *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme*, *op.cit*., n°5, p. 4.
[199] A. VIANDIER, *La notion d'associé* », *op.cit*., n°75, p. 75.
[200] F. TERRE, « La distinction de la société et de l'association en droit français », in *Mél. offerts à R. Secrétan*, éd. Imprimerie Corbaz, Montreux, 1964, p. 325, spéc. pp. 326 et 327.
[201] Art. 1108 du Code civil.
[202] D. SCHMIDT, *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme*, *op.cit*., n°4, p. 3.
[203] D. SCHMIDT, *Les droit de la minorité dans la société anonyme*, *op.cit*., n°102, p. 71.
[204] A. VIANDIER et J.-J. CAUSSAIN, note sous Cass. com., 12 octobre 1993, *JCP* E, 1994, I, p. 331, n°2.

Ayant ainsi cerné la notion d'*affectio societatis*, nous allons démontrer qu'elle n'entretient aucun rapport avec le principe d'égalité entre associés.

*II. Présentation critique du fondement de l'*affectio societatis

198. Paul Cordonnier affirmait dans sa thèse que l'*affectio societatis*, « *nous offre un nouveau point de contact avec la notion d'égalité entre associés*. (Elle) *correspond essentiellement en effet, à cet esprit de concours, à cette communauté d'intérêts qui sont à la base de la règle du traitement égal des associés et du principe de l'égalité entre actionnaires* »[205]. S'inscrivant dans ce même registre, Yves de Cordt pense que « *le fondement classique de l'égalité entre actionnaires réside dans l'*affectio societatis *et le* jus fraternitatis*, qui traduisent la volonté commune des associés de s'unir dans un but intéressé et de courir les risques inhérents au contrat de société et qui impliquent leur collaboration sur un pied d'égalité à la poursuite de l'œuvre commune* »[206]. Ce dernier reconnaît toutefois que ce fondement n'a qu'une portée relative[207]. Car, le principe d'égalité ne serait en vigueur que dans la structure interne de la société et ne s'appliquerait qu'avec une intensité variable. Par ailleurs, tous les partisans[208] de la conception pluraliste de l'*affectio societatis* estiment que cette notion postule le principe d'égalité puisqu'elle suppose une absence de subordination de certains associés à d'autres.

199. Peut-on réellement approuver ces assertions ? Alain Viandier avait répondu par la négative, justifiant sa position par le fait que, d'une part, « *la règle de l'égalité caractérise d'autre groupements de personnes, tels l'association*[209] *ou l'indivision, dans lesquels, habituellement, la théorie classique ne relève la trace d'aucune* affectio societatis », et, d'autre part, admettre un lien entre les deux notions reviendrait à reconnaître la relativité de l'*affectio societatis* dans la mesure où l'égalité est-elle relative. Alors que pour l'auteur, l'*affectio societatis* n'est pas une notion protéiforme[210].

200. Comme lui, nous pensons que l'*affectio societatis* ne saurait constituer le soubassement du principe d'égalité. Toutefois, nous nous appuierons sur d'autres arguments

[205] P. CORDONNIER, *De l'égalité entre actionnaires*, *op.cit*., n°4, p. 24.
[206] Y. DE CORDT, *L'égalité entre actionnaires*, *op.cit*., n°189, pp. 251 et 252.
[207] Y. DE CORDT, *L'égalité entre actionnaires*, *op.cit*., n°189, p. 254
[208] Y. GUYON, *Droit des affaires, Droit commercial général et des sociétés*, *op.cit*., n°126, p. 135.
[209] À notre avis, la règle de l'égalité ne caractérise pas l'association.
[210] A. VIANDIER, *La notion d'associé*, *op.cit*., n°81, p. 83.

pour justifier notre position. Au demeurant, dans la définition que nous avons retenue, l'*affectio societatis* n'est rien d'autre que le consentement au contrat de société. Pourtant, si tout contrat nécessite l'accord des parties, il est évident que l'égalité ne régit pas les rapports entre cocontractants dans toutes les conventions. Nous songeons par exemple au contrat de travail. S'il y a bien un consentement du salarié et de l'employeur, il est indiscutable qu'aucun traitement égalitaire n'est requis entre ces cocontractants. Bien au contraire, l'inégalité entre les parties domine ce type de pacte en ce sens que la loi subordonne juridiquement le salarié à l'employeur.

201. Plus encore, en droit des sociétés, il existe des cas où la qualité d'associé est imposée à certaines personnes[211]. Il peut certes paraître absurde qu'une personne puisse être forcée de devenir un associé sans le vouloir ou contre son gré. Cependant, il est des hypothèses dans lesquelles une personne est obligée de faire un apport à une société et de devenir ainsi son associé, parce que la loi le lui impose ou permet de le lui imposer. On pense à la conversion des parts de fondateurs. Il est connu que l'émission de ces titres est interdite depuis la loi du du 24 juillet 1966[212]. Mais le législateur permet à l'assemblée générale de convertir en actions, tous ceux qui ont pu être créés et qui ont eu une existence d'au moins vingt ans[213]. Dans cette opération de conversion, les porteurs de ces parts n'ont pas à exprimer un consentement. Ils ne peuvent pas non plus exiger leur rachat par la société[214]. Cela étant, il faut le reconnaître, il s'agit d'une hypothèse d'actionnariat imposé. Dans ces conditions, admettre un lien entre le consentement au contrat de société et le principe d'égalité, n'est-ce pas écarter ces associés, n'ayant pas émis d'accord, du champ d'application de ce dernier ? On notera enfin que, lorsque l'on analyse les écrits des défenseurs de la thèse du rattachement du principe d'égalité à l'*affectio societatis*, il est frappant de constater que ces derniers utilisent pêle-mêle les notions d'*affectio societatis,* d'intérêt commun des associés, de vocation aux bénéfices et aux pertes[215]. C'est probablement cette confusion entre ces notions qui les a conduits à adopter une telle position. Cette confusion demeure, pour le moins,

[211] Sur l'ensemble de la question, voir J. HEMARD, « L'actionnariat imposé », art. cit.
[212] Art. 264, codifié à l'article L228-4 du Code de commerce. On notera que l'interdiction semble se limiter aux sociétés par actions. Ainsi, certains pensent qu'ils sont encore envisageables dans les SARL puisque ces sociétés ne sont pas expressément visées par l'interdiction, voir B. LABORRIER, « Société à responsabilité limitée.- Constitution », *J-Cl. Notarial Formulaire*, Fasc. I-10, avril 2016, n°64.
[213] Voir art. 8 ter à la loi du 23 janvier 1929 sur les parts fondateurs émises par les sociétés. Cette conversion ne peut intervenir que si les parts ont été émises depuis au moins dix-neuf ans, c'est-à-dire au courant de la vingtième année, et ce, peu importe que l'émission ait eu lieu avant ou après la loi de 1929. Aujourd'hui, toutes les parts qui ont été émises ont plus de vingt ans d'existence. Donc s'il en existe encore, l'assemblée peut décider de les convertir.
[214] J. HEMARD, « L'actionnariat imposé », art. cit., n°12, p. 332.
[215] Pour un exemple, voir P. CORDONNIER, *De l'égalité entre actionnaires*, *op.cit*., n°4, p. 24.

contestable car, il va de soi que ces notions recouvrent des sens différents.

Tout ceci prouve que le fondement du principe d'égalité entre associés ne réside pas dans l'*affectio societatis*. Se trouverait-il alors dans l'intérêt commun des associés ?

§ 2. Égalité entre associés et intérêt commun des associés

202. Affirmé dans l'article 1833 du code civil et qualifié de « *mythe fondateur* »[216] du droit des sociétés, l'intérêt commun des associés est un principe majeur de cette matière[217]. Il doit être respecté de la constitution de la société à la fin de la vie sociale[218]. Son inobservation est susceptible d'être sanctionnée par la nullité de l'acte[219]. Si d'aucuns considèrent que ce principe se limite aux sociétés de personnes[220] et aux associés bailleurs de fonds[221], nous estimons que son champ d'application s'étend à toutes les formes sociales[222], cotées ou non[223], ainsi qu'à l'ensemble des associés.

203. Ceci étant dit, il convient de noter que pour certains auteurs[224], il implique le principe d'égalité entre associés. Cette thèse est contestable et nous nous attacherons, à travers une présentation critique (II), à démontrer qu'elle ne résiste guère à l'analyse. Toutefois, si elle est d'apparence simple, la notion d'intérêt commun n'en demeure pas moins complexe[225]. Il paraît dès lors utile de revisiter ses contours (I).

---

[216] M. GERMAIN, « L'intérêt commun des actionnaires », art. cit., p. 13.
[217] Pothier affirmait qu'« *il est de l'essence du contrat de société qu'elle soit contractée pour l'intérêt commun des parties* », R. J. POTHIER, *Traité des contrats maritimes, société cheptel*, t. 2, éd. Paris, Frères Debure, 1775, chap. 1, § 3, p. 8. Voir également, D. SCHMIDT, *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme*, *op.cit*., n°6, p. 4.
[218] D. SCHMIDT, *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme*, *op.cit*., n°7, p. 5, note 12.
[219] Art. 1844-10 du Code civil. Voir également, M. GERMAIN, « L'intérêt commun des actionnaires », art. cit., p. 14.
[220] Voir C. DUCOULOUX-FAVARD, « Actionnariat et pouvoir », *D*. 1995, Chron. p. 178, qui affirmait que *« la notion d'intérêt commun est propre aux sociétés de personnes et non aux sociétés de capitaux* » au motif que les associés des sociétés de personnes sont titulaires de parts d'intérêt.
[221] C'est l'opinion de Monsieur Champaud, voir C. CHAMPAUD, *Le pouvoir de concentration de la société par actions*, *op.cit*., n°40, p. 41. Toutefois, si cette position s'expliquait, selon lui, par le fait que l'unique souci de ces derniers était de s'enrichir, elle ne paraît guère être justifiée en droit positif et aboutirait même à priver la société de toute politique à long terme. En tout cas, force est de reconnaître qu'elle n'a pas eu beaucoup de succès en doctrine, voir J.-M. MOULIN, *Le principe d'égalité dans la société anonyme, op.cit*., n°43, p. 35.
[222] En ce sens, voir Cass. com. 10 octobre 2000, *Dr. sociétés*, 2001, comm. n° 20, obs. T. Bonneau. Voir également, Y. GUYON, « Représentation générale de la société par actions simplifiée », *Rev. sociétés*, 1994, p. 217.
[223] D. SCHMIDT, *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme*, *op.cit*., n°7, p. 6.
[224] M. GERMAIN, « L'intérêt commun des actionnaires », art. cit., p. 14.
[225] *Ibid*., p. 13.

A. Notion d'intérêt commun des associés

204. Qu'est-ce que l'intérêt commun des associés ? Monsieur Schmidt affirmait que pour répondre à cette question, il fallait s'interroger préalablement sur l'intérêt d'un associé d'être dans une société. Selon lui, cet intérêt réside dans l'enrichissement personnel. Tout associé qui s'engage en société a pour objectif d'accroître sa richesse individuelle. L'auteur faisait ainsi remarquer que les associés attendent tous que la société réalise du lucre afin que celui-ci leur soit distribué[226]. Il en déduisait que l'intérêt commun comporte deux volets : la recherche du profit social et son partage[227].

205. Cette analyse mérite d'être approuvée. Car effectivement, l'intérêt de chaque associé est d'augmenter sa fortune personnelle, lequel enrichissement devant nécessairement provenir de celui de la société[228]. L'associé ne peut obtenir des gains que si l'activité sociale génère des fruits[229]. C'est pourquoi, contrairement au don et à l'échange avec lesquels elle constitue les trois types de contrats en droit français[230], la société doit tendre à enrichir ses membres. Une société qui aurait un autre objectif ne mériterait pas cette qualification. L'intérêt commun correspond alors à l'obligation faite aux associés de poursuivre exclusivement l'objectif d'un enrichissement collectif, « *nonobstant les mutations dont les parts ou actions peuvent faire l'objet sur la durée du contrat de sociétés* »[231]. Chaque associé a intérêt à s'inscrire dans une logique de recherche de profits pour pouvoir ensuite les partager[232]. Cet intérêt concerne tous les associés et reste le même pour tous, quelles que soient les différences qui peuvent exister entre les situations ou les mobiles de chacun[233]. C'est cet intérêt, « *recherché également pour tous* »[234], qui est objectivé[235] pour devenir commun.

206. On observera que l'intérêt commun se distingue non seulement des intérêts individuels des associés qui peuvent y être sacrifiés, mais aussi de ceux de la majorité qui doit gouverner dans l'intérêt de tous[236]. Il ne correspond pas non plus à la somme de tous les

[226] D. SCHMIDT, *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme*, *op.cit*., n°2, p. 1.
[227] *Ibid*., n°11, p. 11.
[228] D. SCHMIDT, *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme*, *op.cit*., n°2, p. 1.
[229] D. PORACCHIA et D. MARTIN, art. cit., n°8, p. 477.
[230] D. SCHMIDT, « Rapport de synthèse », art. cit., p. 25.
[231] D. PORACCHIA et D. MARTIN, art. cit., n°8, p. 477.
[232] P. MOUSSERON et L. CHATAIN-AUTAJON, *Droit des sociétés*, 2e éd. Joly, 2013, n°265, p. 226.
[233] D. SCHMIDT, *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme*, *op.cit.,* n°8, p. 9.
[234] M. GERMAIN, « L'intérêt commun des actionnaires », art. cit., p. 13, spéc. p. 14.
[235] A. CONSTANTIN, *Les rapports de pouvoir entre actionnaires*, th. Paris I, 1998, n°133, p. 141.
[236] J.-M. MOULIN, *Le principe d'égalité dans la société anonyme, op.cit*., n°42, p. 34 ; A. CONSTANTIN, *Les rapports de pouvoir entre actionnaires*, *op.cit*., n°133, p. 141.

intérêts individuels des associés[237] car ces derniers n'ont pas exactement les mêmes intérêts dans la société. De même, l'intérêt commun ne doit pas être confondu avec la communauté d'intérêts[238] qui désigne « *un groupe de personnes liées par un ou plusieurs intérêts communs* »[239]. Enfin, contrairement à une certaine opinion[240], nous pensons que l'intérêt commun se différencie de l'intérêt social[241].

Ceci étant dit, employons-nous maintenant à démontrer que cette notion n'entretient pas de rapports avec le principe d'égalité entre associés.

B. Présentation critique du fondement de l'intérêt commun des associés

207. Lorsque l'on fouille dans les études consacrées au principe d'égalité entre associés, on constate que nombreux sont les auteurs qui considèrent que celui-ci s'appuie sur l'intérêt commun[242]. Certains pensent même que ce fondement est le plus approprié au motif qu'« *il est important que l'obligation pour les associés, de collaborer sur un pied d'égalité et, pour les organes, de traiter les membres de la société de manière égale, trouve son fondement dans le rapport sociétaire* »[243].

208. Cette opinion se discute, car l'intérêt commun ne semble pas postuler l'égalité entre associés. Dominique Schmidt le pense également[244]. Selon lui, la notion d'intérêt commun « *n'exige que l'équité, c'est-à-dire l'attribution à chacun de la part qui lui revient dans la société, l'égalité dans le partage proportionnel aux droits de chacun* »[245].

209. Pour notre part, nous estimons que retenir l'intérêt commun comme la base de

---

[237] J.-M. MOULIN, *Le principe d'égalité dans la société anonyme, op.cit*., n°42, p. 34

[238] Sur cette notion en matière fiscale, voir M. COTTINI, *La communauté d'intérêts en droit fiscal français, contribution à l'étude de l'anormalité en matière de preuve fiscale*, th. Aix-Marseille, 1998. Dans le cadre des groupe de sociétés, voir Q. URBAN, « La 'communauté d'intérêts', un outil de régulation du fonctionnement du groupe de sociétés », art. cit.

[239] J. THERON, « De la « communauté d'intérêts », *RTD. civ*., 2009, p. 19, spéc. n°17.

[240] D. SCHMIDT, *Les droit de la minorité dans la société anonyme*, *op.cit*., p. 57 ; T. HASSLER, art. cit., p. 593 ; J.-P. GASTAUD, *op.cit*., n^{os}14 et s.

[241] Voir *infra*, n^{os}225 et s.

[242] M. GERMAIN et V. MAGNIER, *op.cit*., n°1559; C. PRIETO, *op.cit.,* n°236, p. 156 ; M. GERMAIN, « L'intérêt commun des actionnaires », art. cit., pp. 14 et 15. Voir également A. CONSTANTIN, *Droit des sociétés*, 5^{e} éd. Dalloz, 2012, p. 100, pour qui l'une des conséquences de l'intérêt commun, c'est l'égalité ; PH. MERLE et A. FAUCHON, *op.cit*., n°70, p. 87, qui affirme que l'intérêt commun implique l'égalité des associés ; M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *op.cit.,* n°491, p. 239.

[243] Y. DE CORDT, *L'égalité entre actionnaires*, *op.cit*., n°193, p. 261.

[244] D. SCHMIDT, *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme*, *op.cit*., n°3, p. 2. L'auteur avait toutefois soutenu auparavant la thèse inverse en affirmant que : « l'intérêt commun implique l'égalité des actionnaires », D. SCHMIDT, « De l'intérêt commun des associés », *art. cit.,* n°4.

[245] D. SCHMIDT, « Prolégomènes », *Bull. Joly*, 2004, n°4, p. 469, spéc. n°3, p. 470.

l'égalité, revient à fonder un principe d'action sur un autre d'abstention. En fait, l'intérêt commun n'oblige pas les associés à participer activement à la recherche du profit. Après avoir exécuté leur obligation d'apport, ces derniers ont le droit de ne pas se préoccuper de la gestion de celle-ci. L'unique contrainte mise à leur charge est de contribuer aux éventuelles pertes[246]. Et, là encore, ce sera seulement à la dissolution de la société[247]. Finalement, dans l'absolu, l'intérêt commun oblige seulement les associés à ne pas, par leur attitude, empêcher la société de réaliser son objectif. Ils doivent éviter de nuire aux capacités de celle-ci de créer des richesses. L'intérêt commun apparaît ainsi comme un principe d'abstention. On ne voit pas, dès lors, comment pourrait-il servir d'appui à l'égalité qui est censée être un principe d'action.

210. En outre, nous devons signaler qu'il existe « *des sociétés qui ne cherchent pour elle-même, ou pour les associés, ni le bénéfice, ni l'économie. Il faut qu'elles existent, c'est tout. Et d'autres sont créées pour faire des pertes, qui viendront éventuellement en déduction du bénéfice imposable d'une société qui n'est pas associée* »[248]. Dans ces hypothèses, la poursuite d'un intérêt commun n'est qu'une « *illusion naturaliste* »[249]. Il devient, dès lors, absurde de vouloir rattacher l'égalité à un principe illusoire.

211. Enfin, il y a lieu de souligner que l'intérêt commun caractérise d'autres conventions auxquelles le principe d'égalité est étranger. On peut citer l'exemple du mandat d'intérêt commun[250]. Prévu dans certains cas par la loi[251] et appliqué dans d'autres par les juges[252], cette convention ne peut être valablement conclue que lorsque les parties s'obligent à participer à la réalisation d'un objet commun[253]. Elles doivent prendre l'engagement de tout mettre en œuvre pour atteindre l'objectif commun qui a été défini. On notera que ce critère d'« intérêt commun » fait que la révocation du mandat repose sur le consentement mutuel des parties ou une cause légitime[254]. Pour le reste, l'exécution du mandat doit profiter à tous les

[246] Art. 1832 du Code civil.
[247] Sauf clauses statutaires contraires ou si la loi en dispose autrement.
[248] P. Le CANNU, « Monsieur de Saint-Janvier ou le dépouillement de l'article 1832 du Code civil », art. cit., n°15.
[249] M.-A.FRISON-ROCHE, « Régulation et droit des sociétés. De l'article 1832 du Code civil à la protection du marché de l'investissement », in *Mél. offerts à D. Schmidt*, éd. Joly, 2005, p. 255, spéc. n°14, p. 261.
[250] Sur cette notion, voir J. GHESTIN, « Le mandat d'intérêt commun », in *Mél. offerts à Derruppé*, éd. Litec, 1991, p. 105.
[251] C'est le cas des contrats conclus par les agents commerciaux, voir art. L134-4 du Code de commerce.
[252] Voir par exemple Cass. soc., 13 mars 1953, *Bull. civ*. V., n°212, qui l'applique au mandat consenti à un co-indivisaire pour gérer le bien indivis ; CA Toulouse, 1er décembre 2009, *JCP* G, 2010, n°348 ; *LPA*, 21 avril 2010, p. 6 ; *RJDA*, 2010, n°742, qui l'applique à un contrat conclu par un agent sportif intéressé par la réussite d'un joueur ; Cass. com., 8 octobre 1969, *D*. 1970, p. 143, note J. Lambert ; *RTD com*. 1970, p. 473, obs. J. Hémard, qui l'étend à un contrat de création et de développement de clientèles.
[253] J. GHESTIN, art. cit., p. 111.
[254] Cass. civ., 13 mai 1885, *D*. 1885, 1, p. 350. Voir aussi, D. PLANTAMP, « Le point de départ de la période de formation des sociétés commerciales », *RTD com*. 1994, p. 1.

cocontractants. Pourtant, il n'est nulle part affirmé que les parts qui reviennent aux parties dans les avantages procurés par l'opération doivent être égales. La seule exigence est que le mandant y trouve l'avantage visé et que le mandataire puisse recevoir une rémunération tenant compte des éléments ayant trait à l'opération.

Il apparaît, au terme de cette première section du chapitre, qu'aucune corrélation ne peut être établie ni entre intérêt commun et principe d'égalité entre associés, ni, de manière plus large, entre principe d'égalité et contrat de société.

212. Mais à la différence d'autres conventions, le contrat de société peut donner naissance à un organisme vivant ; une collectivité agissante dotée d'une personnalité morale et tendant vers un but choisi. Théoriquement, cet organisme est censé être à équidistance entre les associés qui sont ses membres. Ne faudrait-il pas alors chercher le soubassement du principe d'égalité dans la notion de personnalité morale ? Une telle entreprise est toutefois vouée à l'échec puisque plutôt que de le fonder, la personnalité morale détruit le prétendu principe.

Section 2. La négation du principe d'égalité entre associés par la personnalité morale

213. En droit français, une société acquiert la personnalité morale au jour de son immatriculation au registre du commerce et des sociétés[255]. C'est à cette date qu'elle devient une institution ; un être juridique doté de tous les attributs dont peuvent jouir les personnes physiques. Cette situation entraîne plusieurs conséquences dont certaines ont une incidence sur le principe d'égalité.

Avec la personnalité morale, les décisions se prennent à la majorité[256] et un intérêt supérieur différent de celui des associés apparaît[257]. Bref, à la nature institutionnelle[258], se rattachent le principe majoritaire et l'intérêt social. Or, ces deux principes constituent des facteurs d'affaiblissement de l'égalité entre associés. Pour s'en convaincre, il suffit de confronter le principe d'égalité, d'abord à l'intérêt social (§ 1), puis à la règle de la majorité (§

[255] G. GOFFAUX-CALLEBAUT, « La définition de l'intérêt social : retour sur la notion après les évolutions législatives récentes », *RTD com*. 2004, p. 35, spéc. n°12, p. 39.
[256] Y. DE CORDT, *L'égalité entre actionnaires*, *op.cit*., n°257, p. 385.
[257] A. VIANDIER, *La notion d'associé*, *op.cit*., n°94, pp. 96 et 97.
[258] Pour une critique de la conception institutionnelle, voir P. DIDIER, « La théorie contractualiste de la société », *Rev. sociétés*, 2000, p. 95. Dans le même sens, D. SCHMIDT, *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme* », *op.cit*., n°7, p. 7.

2).

§ 1. Égalité entre associés et intérêt social

214. Évoqué par quelques textes[259], l'intérêt social[260] est un élément majeur[261], fondamental[262] du droit moderne des sociétés[263]. Constituant l'une des facettes de l'éthique[264] qui doit présider à la bonne marche de la société[265], il est généralement considéré comme la boussole[266] qui doit guider non seulement les comportements[267] des organes sociaux et des associés[268], mais aussi l'action du juge[269]. En dépit du constat, cette notion n'a fait l'objet d'aucune définition précise en droit positif.

Nous tenterons donc de la cerner (A) avant d'aborder sa confrontation à l'égalité entre associés (B).

A. Notion d'intérêt social

215. Que signifie l'intérêt social ? Le législateur ne fournit aucune réponse précise à cette interrogation[270]. Malgré les diverses occasions qui lui ont été offertes[271], celui-ci s'est toujours gardé de donner une définition à ce « *serpent de mer juridique* »[272], préférant s'accommoder

[259] Dans le Code de commerce : art. L221-4 à propos des pouvoirs des gérants de SNC ; art. L233-3 sur les conventions de vote ; articles L241-3 et L242-6 concernant les abus de biens sociaux et de crédit. Dans le Code civil, l'article 1848 définit les pouvoirs du gérant de la société civile « dans les rapports entre associés ». add. S. ROUSSEAU et I. TCHOTOURIAN, « L''intérêt social' en droit des sociétés : Regards canadiens », *Rev. sociétés*, 4/2009, p. 735, spéc. n°6, p. 738.
[260] Sur l'ensemble de la question, voir A. BENINI, *L'intérêt social*, th. Cergy-Pontoise, 2010.
[261] A. CONSTANTIN, *Droit des sociétés*, *op.cit*., p. 100.
[262] C. BAILLY-MASSON, « L'intérêt social : une notion fondamentale », *LPA*, 2000, p. 6.
[263] Pourtant, un auteur propose que l'on cesse d'utiliser la notion car, selon lui, son rôle est « *fictif voire inutile* » puisque seul le patrimoine de la société serait protégé dans l'intérêt des actionnaires non dirigeants et des créanciers, voir G. SOUSI, « Intérêt du groupe et intérêt social », *JCP*, 1974, II, 11816, p. 381. Voir aussi sa thèse, *L'intérêt social dans le droit français des sociétés commerciales*, *op.cit*., p. 352.
[264] Sur l'éthique et le droit des affaires, voir B. OPPETIT, « Ethique et vie des affaires », in *Mél. offerts à A. Colomer*, Litec, 1993, p. 319 ; J. MESTRE, « Ethique et droit des sociétés », in *Mél. offerts à A. Honorat*, éd. Frison-Roche, 2000, p. 291.
[265] J. MESTRE, « Ethique et droit des sociétés », art. cit., p. 291.
[266] A. PIROVANO, art. cit.
[267] Selon le professeur Alain Couret, l'intérêt social est une « *limite des comportements sociétaires acceptables* », voir A. COURET, « L'intérêt social », *JCP E*, *Cah. dr. l'ent*., 4/1996, suppl., p. 1, spéc. n°10, p. 3.
[268] M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *op.cit*., n°490.
[269] M. DESPAX, *L'entreprise et le droit*, éd. LGDJ, 1957, n°192, p. 209.
[270] PH. MERLE et A. FAUCHON, *op.cit*., n°70.
[271] On peut citer entre autres, l'avènement de la *corporate governance* en France et plus récemment la crise financière.
[272] Le qualificatif est employé par Didier Martin, voir D. MARTIN, art. cit., p. 360.

d'une notion aux contours aléatoires[273]. Il convient donc de se tourner vers la doctrine et la jurisprudence. Mais, alors que la première reste piégée dans de redoutables controverses[274], la seconde est en proie à ses atermoiements.

216. Quand il s'est agi de définir la notion d'intérêt social, plusieurs thèses se sont affrontées en doctrine. Nous allons les analyser.

217. Une première approche de l'intérêt social a été proposée dans les années 1960 par les partisans de l'école de Renne[275]. Il s'agit de celle qui assimile l'intérêt social à celui de l'entreprise[276]. S'appuyant sur la thèse fonctionnaliste selon laquelle la société n'est qu'une simple technique au service de l'entreprise[277], ces auteurs rangent dans l'intérêt social non seulement l'intérêt des associés, mais aussi ceux catégoriels des salariés, des créanciers, des clients, voire même de l'État[278]. Pour Monsieur Despax, l'intérêt social est celui de l'entreprise qui transcende celui des actionnaires et qui constitue la limite des sacrifices de ces derniers ou des salariés[279]. Jean Paillusseau abonde dans le même sens, estimant que l'intérêt social n'est rien d'autre que celui de l'entreprise et qu'il tend à assurer la prospérité et la continuité de celle-ci[280]. Cette doctrine de l'entreprise a toutefois été largement critiquée[281] parce ce qu'« *elle fait de l'intérêt des associés une composante par trop négligeable de l'intérêt social* »[282].

218. Un autre courant doctrinal a préféré une définition plus étroite qui confond l'intérêt

---

[273] B. BASUYAUX, « L'intérêt social, une notion aux contours aléatoires qui conduit à des situations paradoxales », *LPA*, 2005, n°4, p. 3

[274] J.-P. BERTEL, « L'intérêt social », *Dr. et patr.* 1997, p. 42.

[275] P. DURAND, « Rapport », in *L'entreprise*, Travaux de l'ass. H. Capitant, 1947, p. 54 ; J. PAILLUSSEAU, « Les fondements du droit moderne des sociétés », *JCP* E, 1984, I, 14193, p. 165 ; M. DESPAX, *L'entreprise et le droit*, *op.cit*. ; J. SCHAPIRA, art. cit., p. 957.

[276] B. TEYSSIE, « L'intérêt de l'entreprise, aspect de droit du travail », *D.* 2004, p. 1680 ; J.-J. DAIGRE, « Le gouvernement d'entreprise : feu de paille ou mouvement de fond ? », *Dr. et patr*. 1996, p. 21 ; R. CONTIN, « L'arrêt *Fruehauf* et l'évolution du droit des sociétés », art. cit., p. 45.

[277] Pour une étude globale sur cette approche fonctionnelle de la société, C. CHAMPAUD, *Le pouvoir de concentration de la société par actions*, *op.cit*. ; J. PAILLUSSEAU, *La société anonyme, technique d'organisation de l'entreprise*, *op.cit*.

[278] J. PAILLUSSEAU, « Les fondements du droit moderne des sociétés », art. cit., spéc. n^{os}60 et s., pp. 174 et s.

[279] M. DESPAX, *L'entreprise et le droit*, *op.cit*., n°192, p. 209.

[280] J. PAILLUSSEAU, « Les fondements du droit moderne des sociétés », art. cit., n^{os}91 et s., pp. 178 et s. ; Du même auteur, « Le big bang du droit des affaires à la fin du XXe siècle », *JCP* E, 1998, 15101, p. 58, spéc. n^{os}69 et s., pp. 64 et s.

[281] Voir par exemple, G. LYON-CAEN, et A. LYON-CAEN, « La « doctrine » de l'entreprise », in *Dix ans de droit de l'entreprise*, éd. Litec, 1978, pp. 601 et s. ; A. VIANDIER, *La notion d'associé*, *op.cit*., n^{os}139 et s., pp. 135 et s. ; B. OPPETIT, note sous Cass. com. 21 janvier 1970, *JCP* G, 1970, II, 16541 ; C. HANNOUN, *Le droit et les groupes de sociétés*, préf. de A. LYON-CAEN, éd. LGDJ, 1991, n°154, p. 121.

[282] J.-P. BERTREL, « Liberté contractuelle et sociétés : essai d'une théorie du 'juste milieu' en droit des sociétés », art. cit., spéc. n°49, p. 625.

social à celui des associés[283]. Cette doctrine considère que la société est, avant tout, la chose des associés[284] qui attendent une création de richesse et une optimisation de la valeur de leurs titres[285]. Selon Monsieur Schmidt, elle « *n'est pas constituée en vue de satisfaire un autre intérêt que celui des associés qui ont, seuls, vocation à partager entre eux le bénéfice social* »[286]. À signaler que le contempteur de l'intérêt social[287] avait auparavant quelque peu brouillé les pistes puisqu'il semblait distinguer intérêt social et intérêt commun, en affirmant que le second ne concernait que les relations entre associés alors que le premier serait afférent aux rapports existant entre ces derniers et la société[288].

219. Quoi qu'il en soit, force est de noter que cette doctrine néo-libérale qui met en avant l'intérêt des seules parties au contrat de société[289] a connu un regain vers les années 1990 avec l'avènement de la *corporate governance* en France[290] et la libéralisation et le développement des marchés financiers. Selon ses partisans, en imposant des devoirs stricts aux dirigeants et en facilitant l'exercice des droits naturels des associés[291], la *corporate governance* est une réponse « *au soulèvement du peuple des actionnaires investisseurs venu rappeler aux actionnaires entrepreneurs que la définition de la société interdit une confiscation du pouvoir majoritaire, fût-il exercé au nom de l'intérêt social* »[292]. Par conséquent, elle ne pouvait que promouvoir une définition restrictive de l'intérêt social.

220. La principale critique qui a été formulée à l'endroit de cette opinion, c'est qu'elle pêche par son excès d'absolutisme[293] car, en faisant de la société la chose des seuls détenteurs

[283] D. SCHMIDT, *Les droits de la minorité dans la société anonyme*, *op.cit*., n°80, p. 56.
[284] J. FOYER, « Rapport français », in *La personnalité morale et ses limites*, Travaux et recherches de l'Institut de Droit comparé de l'Université de Paris, t. XVIII, 1960, p. 131.
[285] T. MASSART, *Le régime juridique de la cession de contrôle*, th. Paris II, 1995, p. 532.
[286] D. SCHMIDT, « De l'intérêt social », art. cit*.,* p. 361.
[287] Voir M. GERMAIN, « L'intérêt commun des actionnaires », art. cit., p. 13 qui qualifie ainsi monsieur Schmidt.
[288] D. SCHMIDT, « De l'intérêt commun des associés », art. cit., n°5, p. 536.
[289] C. RUELLAN, *La loi de la majorité dans les sociétés commerciales*, th. Paris II, 1997, n°721.
[290] Pour une étude d'ensemble sur cette question, v. D.COHEN, « Le « gouvernement d'entreprise » : une nécessité en droit français ? », in *Mél. offerts à Ph. Malaurie*, *Defrénois*, 2005, p. 159 ; P. BISSARA, « Le gouvernement d'entreprise en France : faut-il légiférer encore et de quelle manière ? », *Rev. sociétés*, 2003, p. 51 ; J. HOPT, « Le gouvernement d'entreprise-Expériences allemandes et européennes », *Rev. sociétés*, 2001, p. 1 ; D. NECHELIS, « Le gouvernement d'entreprise », *Dr. sociétés*, 2000, Chron., n°23, p. 6 ; M.-C. PINIOT ; V. MAGNIER, « Principes (OCDE) relatifs au gouvernement d'entreprise. Premiers éléments d'analyse », *JCP* E, 1999, p. 1165 ; Q. URBAN, « La « communauté d'intérêts », un outil de régularisation du fonctionnement du groupe de sociétés », *RTD com*. 2000, p. 1.
[291] A. COURET, « Première traduction législative de la *corporate governance* : la loi sur les fonds de pensions », *D.*1997, chron. p. 241, n°1. Voir aussi du même auteur, « Le gouvernement d'entreprise », *D*. 1995, Chron. p. 163.
[292] A. PIROVANO, art cit., p. 193.
[293] J.-P. BERTREL et *alii*, « L'intérêt social », *Dr. et patr*. 1997, p. 42, spéc. p. 44.

du capital, elle néglige le fait que celle-ci doive s'inscrire dans la durée[294]. S'ajoute à cela que si l'intérêt de la personne morale se confond souvent avec celui des associés, il arrive parfois que les deux ne concordent pas[295]. Didier Poracchia faisait remarquer que rien dans le droit des sociétés ne s'oppose à ce que les associés puissent décider une dissolution anticipée alors même que la société serait *in bonis* ou encore transmettre par une décision unanime les actifs de cette dernière à un organisme *ad hoc* dominé par quelques-uns parmi eux[296]. Or, il est évident qu'une telle décision porterait atteinte l'intérêt de la société qui réside dans sa pérennisation. C'est dans ces conditions qu'une autre définition de l'intérêt social a été proposée.

221. Celle-ci consiste à considérer l'intérêt social comme l'intérêt de la personne morale. Sous cette acception, « *l'intérêt social ne se confond pas avec l'intérêt égoïste et immédiat des associés, fussent-ils majoritaires ou minoritaires, encore moins avec l'intérêt personnel des dirigeants* »[297]. Il se distingue aussi des intérêts des salariés, des créanciers dont le fisc, des fournisseurs et des clients[298]. Les adeptes de cette thèse ne considèrent pas la société comme un contrat ou un nœud de contrats, mais plutôt comme un être moral autonome par rapport à ses membres[299] et doté d'un intérêt qui lui est propre[300]. Cet intérêt de la personne morale tient à ce qui importe pour elle[301], à savoir sa continuité[302]. Donc, pour assurer sa pérennité, la personne morale doit chercher la réalisation des profits les plus importants[303] en affectant son patrimoine à une activité économique[304]. Selon un auteur[305], c'est cette opinion qui a été consacrée par les évolutions législatives récentes[306]. Mais, malgré le fait que chacun de ces courants entend imposer de manière hégémonique sa propre conception, d'autres auteurs ont tenté de sortir de ce triptyque traditionnel en adoptant des positions plus variables et davantage nuancées.

---

[294] G. GOFFAUX-CALLEBAUT, art. cit., n°2, p. 36.
[295] D. PORACCHIA, « Le rôle de l'intérêt social dans la société par action simplifiée », *Rev. sociétés*, 2000, p. 223, spéc. n°3, p. 224.
[296] *Ibid*., n°5, p. 225.
[297] M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *op.cit*., n°491, p. 240.
[298] P. BISSARA, « L'intérêt social », *Rev. sociétés*, 1999, p. 5.
[299] Sur la distinction entre la personne morale et ses membres personnes physiques, voir M.-C. MONSALLIER, *L'aménagement contractuel du fonctionnement de la société anonyme,* LGDJ, 1998, n°762, p. 318.
[300] D. MARTIN, art. cit., p. 359, spéc. p. 361.
[301] Voir C. CHABERT, *L'intérêt de l'enfant et le conflit de loi*, th. Aix, 2000, n°2, qui définit la notion d'intérêt comme ce qui importe à une personne de quelque manière que ce soit.
[302] Voir E. BESSON, Rapport AN n°2327 sur la loi NRE, p. 238.
[303] P. MOUSSERON et L. CHATAIN-AUTAJON, *op.cit*., n°265, p. 226.
[304] A. CONSTANTIN, *Droit des sociétés*, *op.cit*., p. 100.
[305] G. GOFFAUX-CALLEBAUT, art. cit., n°17, p. 41.
[306] Pour plus de détails sur ces lois, voir *Ibid*.,n°3, p. 36.

222. Écartant les opinions précédemment exposées, d'autres auteurs estiment que l'intérêt social est un standard[307]. À ce titre, le professeur Bertrel défend la théorie du « juste milieu ». Selon lui, à l'instar de la société, l'intérêt social est un concept mixte qui est la synthèse entre l'intérêt des associés et celui de la personne morale[308]. Outre cette position, on a pu encore relever en doctrine que l'intérêt social est une notion protéiforme[309], plastique ou à contenu variable[310] qui correspond tantôt à l'intérêt des seuls associés, tantôt à celui de l'entreprise[311] ; qu'il traduit l'intérêt collectif « abstrait » des associés qui consiste en la recherche de la prospérité de l'entreprise pendant la durée de la société[312] et, enfin, qu'il est « *l'intérêt des catégories de personnes qui sont liées à la société au regard de l'actif social en tant qu'il est le support de la valeur des droits de ces personnes* »[313].

Finalement, au sortir de cette analyse, l'intérêt social apparaît plus que jamais comme une notion confuse en doctrine. Qu'en-t-il de la jurisprudence ?

223. À en croire certains, seul le juge a le pouvoir de définir les contours de l'intérêt social[314]. Cette affirmation s'expliquerait par le fait que la notion est avant tout un outil juridique forgé par les magistrats au fur et à mesure qu'ils l'utilisent[315]. Pourtant, si le débat sur l'intérêt social a lieu plus souvent dans les prétoires[316], la jurisprudence n'apporte que peu de lueur sur le sens qu'il faut accorder à cette notion[317]. En effet, les juges entendent *« l'intérêt social dans le sens pragmatique du fonctionnement normal de la société* »[318]. De la sorte, leur démarche s'inscrit dans un mouvement de balancier entre intérêt des associés, intérêt de la société et intérêt de l'entreprise[319].

224. Nous en voulons pour preuve, le fait que certains arrêts semblent avoir consacré la vision élargie défendue par l'école de Rennes, alors que d'autres ont retenu celle étroite des

---

[307] *Ibid*., p. 35. Sur la notion de standard, voir S. RIAL, *Le juge administratif français et la technique du standard*, éd. LGDJ, 1980 ; « Les standards dans les divers systèmes juridiques », *RRJ*, 1988, p. 876.
[308] J.-P. BERTREL et *alii*, art. cit., p. 45.
[309] Lamy sociétés commerciales, *op.cit*., n°1536.
[310] D. PORACCHIA et D. MARTIN, art. cit., n°2, p. 475.
[311] Lamy sociétés commerciales, *op.cit*., n°1536.
[312] D. PORACCHIA et D. MARTIN, art. cit., spéc. n°9, p. 478.
[313] J.-M. MOULIN, *Le principe d'égalité dans la société anonyme, op.cit*., t. 1, n°114, p. 75.
[314] J.-P. BERTREL et *alii*, art. cit., p. 47.
[315] A. CONSTANTIN, « L'intérêt social : quel intérêt ? », in *Etudes offertes à B. Mercadal*, éd. Francis Lefebvre, 2002, p. 317, spéc. n°7, p. 319.
[316] PH. MERLE et A. FAUCHON, *op.cit*., n°70, p. 86.
[317] S. ROUSSEAU et I. TCHOTOURIAN, art. cit., n°13, p. 741.
[318] M. GERMAIN et V. MAGNIER, *op.cit*., n°1559.
[319] En ce sens, D. PORACCHIA, « Le rôle de l'intérêt social dans la société par action simplifiée », art. cit., n^{os}3 et s., pp. 224 et s.

auteurs de l'école de Strasbourg. La doctrine de l'entreprise a d'abord été utilisée dans l'arrêt *Fruehauf*[320], puis en matière d'expertise de gestion[321] et d'abus de bien sociaux[322]. Quant à la conception néolibérale, elle a eu écho notamment dans l'arrêt du 4 octobre 1994[323] où la Cour de cassation avait considéré que le seul critère pour déterminer le respect de l'intérêt social se mesurait par l'évolution des résultats de l'entreprise. Ce qui revenait, selon un auteur[324], à consacrer la théorie contractuelle de l'intérêt social. On a également considéré qu'en attribuant aux associés la possibilité de se constituer partie civile en matière d'abus de biens sociaux tout en la refusant aux salariés et aux créanciers sociaux, les magistrats expriment leur préférence pour la thèse défendue par Monsieur Schmidt[325].

À l'instar de la situation en doctrine, nous constatons qu'aucune ligne claire ne se dégage en jurisprudence concernant les contours de l'intérêt social. Alors, qu'elle acception doit-on privilégier ?

225. Face à ce chambardement, nous considérons que l'intérêt social doit être compris comme correspondant à l'intérêt de l'être moral qui se distingue aussi bien de celui des associés[326], que de celui des salariés, des clients et autres[327]. En réalité, la naissance de la personnalité morale emporte la reconnaissance à la société d'un patrimoine propre. Il devient dès lors discursif d'admettre que cette dernière puisse avoir un intérêt qui lui est propre[328]. Cet intérêt peut converger avec ceux des associés, mais peut aussi s'en détacher. Si globalement, les associés cherchent un enrichissement la société, source d'accroissement de leur fortune personnelle, il arrive que la pérennité de la personne morale soit le cadet de leurs soucis[329]. Dans la même veine, lorsque la société conclut un contrat de travail, les intérêts des parties sont en principe antagonistes. Le salarié veut le salaire le plus élevé alors que la société cherche à payer le moins possible. Cette assertion est valable pour toutes les conventions que

[320] CA Paris, 22 mai 1965 préc.
[321] Cass. com. 10 février 1998, *RDBB*, 1998, p. 181, note M. Germain et M.-A. Frison-Roche.
[322] Cass. crim. 12 décembre 1994, *Bull. Joly*, 1995, p. 427 ; Cass. crim. 19 octobre 1971, *Bull. crim.* n°272 ; Cass. crim. 26 mai 1994, *Bull. crim.* n°206.
[323] Cass. com. 4 octobre 1994, *Bull. civ.* n°278.
[324] D. MARTIN, art. cit., p. 364.
[325] A. DEKEUWER, « Les intérêts protégés en cas d'abus de biens sociaux », *JCP* E, 1995, n°43, p. 500.
[326] Voir D. PORACCHIA, « Le rôle de l'intérêt social dans la société par actions simplifiée », *Rev. sociétés*, 2000, p. 223, spéc. n°30, p. 239, pour qui la création de la SAS renforce la dichotomie entre l'intérêt commun des associés et celui de la personne morale.
[327] De façon similaire, Y. DE CORDT, *L'égalité entre actionnaires*, *op.cit.*, n°271, p. 409 ; M. NEUNREUTHER, *Permanence et renouvellement du principe d'égalité entre actionnaire dans les sociétés anonymes*, *op.cit.*, n°228, p. 161.
[328] Y. DE CORDT, *L'égalité entre actionnaires*, *op.cit.*, n°266, p. 403.
[329] Tel est le cas des actionnaires qui achètent des titres pour les revendre rapidement afin de réaliser des plus-values substantielles.

la société passera à l'exclusion des contrats de société. Ainsi, les fournisseurs veulent vendre au prix fort pendant que la personne morale souhaiterait payer un vil prix. C'est également valable pour les impôts car, pendant que l'État cherche à en recouvrer le plus possible, la société souhaite, quant à elle, en payer le moins possible.

Au final, chaque fois que la société s'enrichit, ses cocontractants s'appauvrissent et inversement. Il est vrai que, comme l'a fait remarquer un auteur, dans tous les contrats, les parties visent à réaliser une opération unique, dont l'objectif est généralement de leur procurer des bénéfices[330]. Mais si tous ces partenaires de la société ont effectivement un intérêt à ce que celle-ci soit prospère pour pouvoir exécuter ses obligations, cet intérêt semble lointain. Leurs intérêts immédiats sont opposés à ceux de cette dernière. Cette divergence d'intérêts constitue, nous semble-t-il, un obstacle empêchant d'insérer les intérêts catégoriels dans la l'intérêt social.

226. Nous retiendrons que l'intérêt social est celui de l'être moral qui consiste, pour lui, en la recherche du maximum de profits pour assurer sa pérennité[331]. Il peut recouper, dans certains cas, l'intérêt des associés[332], sans toutefois jamais converger avec ceux des salariés, clients, État, etc. Cet intérêt social doit être respecté par les dirigeants mais aussi par les parties au contrat de société. Aucun associé ne peut y porter atteinte en s'appropriant par exemple un élément du patrimoine social au détriment des autres. Il doit, au contraire, le défendre au cas où les dirigeants seraient défaillants[333]. Or, cette protection de l'intérêt social peut fonder de nombreuses différences de traitement entre associés, affaiblissant ainsi le principe d'égalité.

B. La relativisation du principe d'égalité entre associés par l'intérêt social

227. En assimilant, l'intérêt social à l'intérêt commun des associés, Philippe Bissara affirmait que « *le principe de l'égalité des associés est impliqué par l'intérêt commun* »[334] et donc par l'intérêt social. Mais, si l'auteur semblait emboîter le pas à Monsieur Schmidt, il a été vu que ce dernier s'est depuis lors ravisé[335]. Ce changement d'opinion peut parfaitement

[330] P. BONNASSIES, *Le dol dans la conclusion des contrats*, th. Lille, 1955, pp. 595 et s.
[331] Rapp. E. Besson, préc. p. 238.
[332] D. PORACCHIA, « Le rôle de l'intérêt social dans la société par action simplifiée », art. cit., n°3, p. 224.
[333] Par le truchement de l'*action ut singuli*.
[334] P. BISSARA, « L'intérêt social », art. cit., p. 28.
[335] D. SCHMIDT, *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme*, *op.cit*., n°3, p. 2.

se comprendre. En réalité, principe d'égalité et intérêt social sont deux notions antagonistes puisque la satisfaction du second peut justifier des dérogations au premier[336].

228. En clair, en tant que critère de validité des inégalités, l'intérêt social apparaît comme une limite importante de l'égalité entre associés. Il permet d'infléchir celle-ci en justifiant les distinctions les plus variées entre les associés. Par exemple, l'intérêt social permet de privilégier certains associés en cas d'amortissement du capital social[337], de leur attribuer un droit de vote plus important[338], ou une rentabilité plus importante[339]. C'est encore lui qui préside à la suppression du droit préférentiel de souscription au profit de certains associés[340]. Le respect de l'intérêt social fait également partie des conditions de validité des conventions de vote[341]. Bref, on peut spolier les associés tant que l'intérêt social l'exige ou du moins s'il n'en souffre pas[342].

Il découle de ces développements que, intérêt social et principe d'égalité entre associés n'entretiennent que des rapports d'exclusion. Ce qui permet de conclure que celui-ci n'est pas le fondement de celui-là. En va-t-il ainsi de la règle de la majorité ?

§ 2. Égalité entre associés et principe majoritaire

229. La notion de contrôle est fondamentale en droit des sociétés[343]. Dans une première acception, elle désigne les techniques juridiques permettant de surveiller les agissements d'une autre personne[344]. Ce n'est toutefois pas le sens qui nous intéresse ici. Aussi, dans une seconde acception, signifie-t-elle le pouvoir dans l'entreprise tel qu'il est organisé par le droit. Le contrôle exprime donc « *le pouvoir de déterminer la politique sociale ainsi que de décider de l'exploitation et de la cession des actifs* »[345]. Ce contrôle-maîtrise[346] est relatif au droit de vote et renvoie à la règle majoritaire.

---

[336] Y. DE CORDT, *L'égalité entre actionnaires*, *op.cit*., n°266, p. 401.
[337] J.-M. MOULIN, *Le principe d'égalité dans la société anonyme, op.cit*., n°17, p. 15.
[338] B. SOLLE, « Le domaine de la loi de la majorité dans les groupements de droit privé », in « La loi de la majorité », *RJ com*., 1991, p. 40.
[339] J. MESTRE, « La réforme des valeurs mobilières », *Rev. Lamy Dr. des Affaires*, 2005, p. 78.
[340] D. SCHMIDT, « De l'intérêt commun des associés », art. cit., n°4, p. 536.
[341] B. DONDERO, *Droit des sociétés*, 3e éd. Dalloz, 2013, n°225, p. 134.
[342] A. PIROVANO, art. cit., p. 194.
[343] C. CHAMPAUD, *Le pouvoir de concentration de la société par actions*, *op.cit*., n°104, p. 105.
[344] J.-M. MOULIN, *Le principe d'égalité dans la société anonyme, op.cit*., n°347, p. 203.
[345] D. SCHMIDT, « Les définitions du contrôle d'une société », *RJ com*. 1998, n° spéc. « La prise de contrôle d'une société », p. 9.
[346] Le terme est emprunté à Claude J. Ber, « La place de la notion de contrôle en droit des sociétés », in *Mél. en l'honneur de D. Bastian*, t. 1, éd. Litec, 1974, p. 1, spéc. p. 3.

Lorsque l'on analyse la nature et le fonctionnement de cette règle, on s'aperçoit que celle-ci participe à l'anéantissement du principe d'égalité entre associés (B). Mais avant de démontrer le propos, nous procèderons à sa présentation (A).

A. Présentation du principe majoritaire

230. Dans son acception large, la loi de la majorité signifie « *que la volonté exprimée par le plus grand nombre au sein d'un groupe devient la loi des membres de ce groupe* »[347]. Pendant longtemps, le droit des sociétés était dominé par la règle du consentement individuel de chaque associé. Cela s'expliquait par le fait que les sociétés n'étaient appréhendées que comme des contrats soumis à la règle impérative de l'article 1134[348] du Code civil[349] selon laquelle les conventions ne peuvent être révoquées ou modifiées que par accord unanime des parties. Il en ressortait que les décisions, surtout celles modifiant les statuts, ne pouvaient être valablement prises qu'à l'unanimité[350]. Cette solution avait le mérite de la simplicité en ce sens qu'une décision ne pouvait être régulièrement adoptée que si chaque membre du groupe exprimait son approbation. En plus de conserver l'indépendance de chacun, l'unanimité participait ainsi à renforcer la cohésion du groupe autour des décisions approuvées par tous.

231. Pourtant, elle pouvait conduire à des situations d'impasse. En exigeant l'assentiment de l'ensemble des associés, cette règle accordait une sorte de véto à chacun d'eux. Car, il suffisait qu'un seul s'oppose à une décision pour provoquer son blocage. Or, en raison d'un contexte économique et social en perpétuelles mutations, les sociétés restaient sous la pression permanente des circonstances. Outre les difficultés passagères auxquelles elles pouvaient être confrontées, elles éprouvaient souvent le besoin de financer leur activité. Face à cette situation, il était nécessaire qu'elles puissent s'adapter rapidement en modifiant leurs statuts[351]. D'évidence, cet impératif de célérité contrastait avec le devoir d'obtenir l'accord de tous les associés, notamment si ces derniers étaient nombreux et parfois même inconnus[352].

---

[347] D. SCHMIDT, « Exposé introductif », *RJ com.* 1991, n° spéc. « La loi de la majorité », p. 7.
[348] Devenu l'article 1103 du même code.
[349] P. COPPENS, *L'abus de majorité dans les sociétés anonymes*, *op.cit*., n°28, p. 52.
[350] F. TERRÉ, « Fondements historiques et philosophiques de la loi de la majorité », *RJ com.* 1991, n° spéc. « La loi de la majorité », p. 9, spéc. p. 22.
[351] M. BOURCART, « De l'influence de la loi du 16 novembre 1903 sur les pouvoirs des assemblées générales extraordinaires pour la modification des statuts », art. cit., p. 115.
[352] L'on songe notamment aux actionnaires étrangers des sociétés cotées, voir sur ce point, J.-P. VALUET, « L'identification des actionnaires des sociétés cotées, le rapport du groupe de travail réuni à l'ANSA », *Rev. sociétés*, 1997, p. 707, spéc. p. 709.

L'unanimité était donc devenue un principe *« de faiblesse »*[353] dans la mesure où elle constituait un facteur de ralentissement ou de blocage des délibérations sociales.

232. Aussi, à l'instar des régimes politiques démocratiques[354], le principe majoritaire[355] fut-il peu à peu imposé[356] en droit des sociétés. Au départ, il était limité aux assemblées ordinaires parce que, disait-on, celles-ci ne faisaient que mettre en exercice les statuts[357]. Mais progressivement, la règle a été étendue à celles extraordinaires. C'est la jurisprudence qui a été la première à s'engager dans cette voie en consacrant la théorie des bases essentielles de la société[358]. À travers cette construction, les juges affirmaient que l'assemblée générale extraordinaire, seule habilitée à modifier les statuts, pouvait désormais statuer à la majorité, sauf si la modification portait sur les clauses jugées essentielles par les parties[359]. Cette jurisprudence des bases fondamentales n'a, toutefois, jamais réussi à s'imposer de façon certaine[360] et fut combattue par la doctrine qui l'a remplaça par un autre système que l'on connaît sous le nom de théorie des droits propres de l'associé[361].

233. Développée en France par Thaller en 1893[362], cette doctrine[363] ne faisait plus de distinction entre les stipulations essentielles et celles secondaires, mais refusait la modification des statuts par la majorité, seulement si le changement était relatif aux droits propres des associé[364]. La principale faiblesse de cette thèse résidait dans le fait que la doctrine n'avait pas réussi à s'accorder sur la composition de ces droits fondamentaux[365]. C'est dans ce contexte que la loi du 22 novembre 1913 était venue généraliser le principe majoritaire en consacrant la possibilité pour la majorité d'altérer l'intégralité des dispositions statutaires. Aujourd'hui, la loi majoritaire domine le droit des sociétés. Seuls, le changement

[353] F. TERRE, « Fondements historiques et philosophiques de la loi de la majorité », art. cit., p. 15.
[354] Y. de CORDT, *L'égalité entre actionnaires*, *op.cit*., n°256, p. 383.
[355] Ce principe remonte à l'Antiquité, voir sur ce point, Y. de CORDT, *L'égalité entre actionnaires*, *op.cit*., n°256, p. 384.
[356] Y. de CORDT, *L'égalité entre actionnaires*, *op.cit*., n°256, p. 384.
[357] P. COPPENS, *L'abus de majorité dans les sociétés anonymes*, *op.cit*., n°28, p. 52.
[358] Cass. civ. 30 mai 1892, *D*. 1893, 1, p. 105.
[359] P. COPPENS, *L'abus de majorité dans les sociétés anonymes*, *op.cit*., n°31, p. 54.
[360] Les juges n'ont jamais réussi à trouver un critère irréfutable de distinction entre les clauses fondamentales et celles secondaires. Cela pouvait se comprendre car cette discrimination nécessitait que l'on analyse l'intention des fondateurs de la société. Or, l'exercice est extrêmement délicat, voire, impossible.
[361] Pour plus de détails, voir *infra*, n^{os}495 et s.
[362] P. COPPENS, *L'abus de majorité dans les sociétés anonymes*, *op.cit*., n°34, p. 58.
[363] Fut rapidement adoptée par certains auteurs de l'époque, voir sur ce point, P. COPPENS, *L'abus de majorité dans les sociétés anonymes*, *op.cit*., n°34, p. 58.
[364] P. COPPENS, *L'abus de majorité dans les sociétés anonymes*, *op.cit*., n°34, p. 59.
[365] *Ibid*., n°35, pp. 59 et 60.

de nationalité de la société[366] et l'augmentation des engagements des associés[367], semblent y échapper.

Ceci étant dit, il convient de montrer dans les développements qui vont suivre que cette règle majoritaire est une négation du principe d'égalité entre associés.

B. La relativisation du principe d'égalité entre associés par la règle majoritaire

234. L'égalité entre associés ne fait pas partie des digues creusées par la loi de 1913 pour circonscrire le pouvoir de l'assemblée générale des associés. La doctrine de l'époque[368] en avait déduit, à juste titre, que depuis cette loi, l'assemblée générale n'avait plus à respecter[369] une règle qui avait disparu[370]. Selon ces auteurs, il était devenu possible pour les associés de porter atteinte au soi-disant principe[371] et même de l'écarter arbitrairement[372]. Certains avaient d'ailleurs fustigé les « *conséquences choquantes* » auxquelles avait conduit l'abrogation de la règle de l'égalité[373]. Ce qui n'était qu'une reconnaissance de la disparition du principe en cause. Malgré leur ancienneté, ces positions doctrinales sont d'actualité et méritent approbation.

235. En vérité, au-delà des arguments qu'ils avançaient, le mécanisme majoritaire est une négation du principe d'égalité dans la mesure où il « *est lui-même porteur d'inégalité* »[374]. Comme on a pu le faire remarquer, il est, de par sa nature, « *exclusif et inégalitaire* »[375]. Il est *exclusif* parce que la majorité impose sa volonté aux minoritaires, qu'ils soient présents ou absents, sans forcément tenir compte de leur avis. Il est *inégalitaire* car les minoritaires *« se trouve subordonnés aux membres de la majorité puisque ce sont finalement ceux-ci qui*

---

[366] Là encore c'est seulement lorsqu'il n'existe pas de convention entre la France et le pays d'accueil permettant de transférer le siège social sur son territoire tout en conservant sa personnalité juridique, voir art. L225-97 du Code de commerce pour les sociétés par actions.
[367] Voir art. 1836, al. 2 du Code civil.
[368] Pour plus de détails sur ces auteurs, voir P. COPPENS, *L'abus de majorité dans les sociétés anonymes*, *op.cit*., n°46, p. 70.
[369] Pour des avis contraires, voir P. CORDONNIER, *De l'égalité entre actionnaires*, *op.cit*., p. 384 ; H. BOSVIEUX, *Journ. sociétés*, 1924, pp. 481 et s. ; BADY, *Limitations aux pouvoirs des assemblées générales*, th. Lyon, 1929, n^{os}35 et s., pp. 99 et s.
[370] A. WAHL, « Commentaire de la loi de 1913 modifiant le régime des sociétés par actions », art. cit., n^{os}39 et 32, pp. 77 et 84. Voir également, M. BOURCART, « Les modifications aux statuts », *Annales de droit commercial*, 1914, p. 344 cité par P. COPPENS, *L'abus de majorité dans les sociétés anonymes*, *op.cit*., n°46, p. 70, note 2.
[371] R. DAVID, *La protection des minoritaires dans les sociétés par actions*, th. 1928, pp. 130 à 132.
[372] A. WAHL, « Commentaire de la loi de 1913 modifiant le régime des sociétés par actions », art. cit., n°19, p. 67.
[373] H. BOSVIEUX, « Commentaire de la loi de 1913 », *Journ. notaires*, 1914, p. 95.
[374] A. PIROVANO, art. cit., p. 194.
[375] D. SCHMIDT, « Exposé introductif », art. cit., p. 8.

commandent »[376]. Leur vote est souvent inutile puisque les décisions sont acquises à l'avance[377]. C'est donc aux majoritaires qu'il revient le pouvoir non seulement de définir les grandes orientations de la société[378], mais aussi de choisir les organes de direction[379].

236. Sur ce dernier point, il va de soi que seuls les majoritaires ou des personnes de leur choix, auront le privilège de présider les destinées de la personne morale avec, bien entendu, tous les avantages que cela comporte. Ainsi, les dirigeants choisis se soumettront, de fait, aux ordres des majoritaires, au risque de perdre leur mandat. Ils doivent, certes, agir dans l'intérêt social, mais il n'est pas exclu qu'ils puissent s'arranger pour accorder des avantages à ceux qui les ont désignés. Comme l'a précisé un auteur[380], le contrôle de la société permet à ses détenteurs de bénéficier d'un certain nombre de prérogatives et de prébendes qui sont refusées aux autres associés. Cette analyse montre que si les associés sont théoriquement égaux devant la détermination des politiques sociales et des organes, cette égalité est vidée de son contenu par la loi majoritaire. Voilà justifiée l'affirmation selon laquelle le contrôle de la société est un facteur de remise en cause de l'égalité entre associés.

En définitive, le rapprochement des principes d'égalité et de personnalité morale a permis de se rendre compte que ces deux règles sont, dans une large mesure, incompatibles, de sorte que le premier ne s'aurait s'adosser sur le second.

Conclusion du chapitre 2

237. La recherche des fondements du principe d'égalité a été vaine dans la mesure où elle n'a permis de trouver aucune base à cette règle dans le droit des sociétés.

Il n'existe, en effet, aucun lien entre l'égalité et les conditions d'existence du contrat de société. L'étude a montré que ni l'apport, ni la vocation aux bénéfices et aux pertes, ni même l'*affectio societatis* ne peut servir de siège à ce principe. Aussi, par-delà les conditions du contrat de société, fallait-il vérifier si la règle de l'égalité ne pourrait pas s'appuyer sur la notion d'intérêt commun des associés. Il se trouve que là aussi les investigations ont montré qu'il n'en était rien.

---

[376] J. CARBONNIER, *Essais sur les lois*, éd. Répertoire du notariat, Paris, 1979, pp. 191 et s.
[377] D. SCHMIDT, « Rapport de synthèse », art. cit., p. 25.
[378] J.-M. MOULIN, *Le principe d'égalité dans la société anonyme, op.cit*., n°349, p. 205.
[379] Articles 1846 al. 1 du Code civil ; L223-18 al. 2, L225-18 al. 1, L226-2, L227-6 al. 1, L251-11 du Code de commerce.
[380] M. NUSSEMBAUM, « Prime de contrôle, décote de minorité et d'illiquidité », *RJ com*. 1991, n° spéc. « La prise de contrôle d'une société », p. 15.

Et lorsque l'on s'est tourné vers la notion de personnalité morale, on s'est rendu compte que celle-ci implique deux mécanismes qui sont une négation du principe d'égalité. Il s'agit de l'intérêt social et de la loi majoritaire. Le premier est un moyen de justifier les discriminations entre associés et le second permet à une partie des associés de prendre les décisions qui s'imposent à tous.

CONCLUSION DU TITRE 1

238. Outre son ambiguïté, l'égalité entre associés n'est en réalité qu'un principe imaginaire du droit positif. Il n'est pas affirmé, ne remplit pas les conditions des principes généraux du droit et ne trouve aucun fondement en droit des sociétés.

239. Dans les faits, cette règle a toujours été considérée comme étant très flexible[1], de sorte qu'elle n'empêche les discriminations que lorsque celles-ci portent atteinte à l'intérêt social. Aujourd'hui, ses cas d'application sont non seulement très rares mais, surtout, en net recul[2]. Ce qui a conduit certains à affirmer que l'égalité à largement perdu son sens[3]. Plus encore, nous avons montré que, à l'instar de l'égalité entre créanciers[4], ce principe n'a plus aucune réalité. Il est vrai qu'une partie de la doctrine actuelle tente de le sauver en le réduisant à un simple rempart qui protège les associés minoritaires contre les abus de droit ou de pouvoir[5]. Mais ce cantonnement ne traduit en réalité qu'une impuissance de justifier son maintien face à une quasi-généralisation de l'inégalité. Ce faisant, comme l'a souligné le professeur René David[6], l'argumentation qui tendrait à conserver dans le droit des sociétés un principe disparu est singulièrement arbitraire.

Notre analyse a toutefois montré que le droit des sociétés comporte encore quelques règles qui imposent l'égalité entre associés dans des domaines spécifiques, même si la plupart de ces règles sont supplétives[7].

---

[1] A. PIROVANO, « La boussole » de la société. Intérêt commun, intérêt social, intérêt de l'entreprise ? », *D.* 1977, p. 189, spéc. p. 194.
[2] S. SCHILLER, art. cit., n°4, p. 121.
[3] C. MALECKI, « Attribution d'actions de préférence aux dirigeants », *Bull. Joly*, 2006, p. 1276, spéc. p. 1285, n°20.
[4] N. GHALIMI « Le traitement différencié des créanciers dans les plans de sauvegarde et de redressement », *LPA*, n°253, 19 décembre 2014, p. 4, spéc. n°13.
[5] Y. DE CORDT, *L'égalité entre actionnaires*, *op.cit*., n°213, p. 301.
[6] R. DAVID, *La protection des minorités dans les sociétés par actions*, *op.cit*., n°113, p. 132.
[7] Cass. civ 1ère 16 oct. 1990, *Bull. Joly,* 1990, p. 1029, note P. Le Cannu ; Cass. com., 12 juill. 1993, *Bull. Joly,* 1993, p. 1010, note P. Le Cannu.

TITRE 2

La reconnaissance de l'inégalité entre associés en droit des sociétés

240. Dans sa configuration actuelle, le droit des sociétés demeure largement marqué par une catégorisation des associés[1]. Outre les distinctions légales entre apporteurs en industrie et apporteurs en capital, associés commandités et commanditaires, associés personnes publiques et personnes privées, associés coopérateurs et non-coopérateurs, la jurisprudence n'hésite plus à faire le partage entre associés majoritaires et minoritaires[2], associés bailleurs de fonds et associés de contrôle[3]. Or, qu'elle soit d'origine légale ou jurisprudentielle, cette taxinomie conduit à la mise en place de régimes de traitement différenciés entre associés. Nul doute que « *le droit est un système, c'est-à-dire qu'il est construit sur des distinctions* »[4] et que la plupart des différences évoquées ci-dessus ne traduisent que de fausses inégalités[5].

241. Il reste qu'elles attestent, dans une certaine mesure, que le droit des sociétés est loin d'être enfermé dans une dynamique égalitaire ou d'uniformité. Au contraire, nombreux sont les textes et décisions de justice qui reconnaissent l'inégalité entre associés et en définissent le cadre juridique. Pour démontrer la véracité du propos, il convient au préalable de s'accorder sur la notion d'inégalité entre associés. Cette étape est d'autant plus nécessaire que, comme nous l'avons évoqué, les disparités entre les droits et obligations des associés ne sont pas toujours juridiquement discriminatoires. Nous songeons par exemple, ici, aux avantages ouverts à tous les associés, dont l'obtention est subordonnée à des conditions que seuls certains ont pu remplir[6]. Malgré la privation des autres associés de ces privilèges, aucune rupture d'égalité ne pourra être notée.

---

[1] É. CASIMIR, *Les catégories d'actionnaires*, th. Paris II, 2015 ; A. DALION et A. TADROS, « La catégorisation des actionnaires, un pas de plus ou un pas de trop ? Libre propos sur les perspectives d'évolution du droit des sociétés », *Bull. Joly Bourse*, 2009, n°5, p. 406.

[2] Voir par exemple la jurisprudence sur le prix de vente des titres en cas de cession de contrôle qui admet une différence de prix entre majoritaires et minoritaires.

[3] D. PORACCHIA, note sous Cass. com. 16 novembre 2004, *Dr. et patr*. 2005, p. 133, spéc. p. 136.

[4] M.-A. FRISON-ROCHE et S. BONFILS, *Les grandes questions du droit économique, introduction et documents*, éd. PUF, 2005, p. 135.

[5] Nous verrons, par exemple, que les distinctions entre commandités et commanditaires ou encore apporteur en industrie et apporteur en capital ne constituent pas des inégalités au sens juridique du terme.

[6] Par exemple, pour demander une expertise de gestion, il faut détenir au moins 1/10^{e} du capital social dans les SARL ou 5% du capital s'il s'agit d'une société par actions.

Cela étant, nous déterminerons le sens de l'inégalité entre associés (Chapitre 1) avant d'étudier son cadre juridique (Chapitre 2).

CHAPITRE 1 – La détermination de l'inégalité entre associés en droit des sociétés

242. Il est de coutume lorsque l'on recherche la signification d'une notion juridique de recourir, en priorité, aux règles qui la régissent. Seulement, à l'analyse du droit des sociétés, force est de constater que celui-ci ne comporte aucune définition précise de l'inégalité entre associés. On aboutit à la même conclusion en parcourant les travaux doctrinaux puisque les rares auteurs qui ont essayé de cerner le sens de la notion se sont contentés de l'assimiler à une rupture de l'intérêt commun des associés[1]. Est-ce à dire que la notion demeure réfractaire à toute définition rigoureuse ? Il est difficile de l'admettre car dans son acception large, l'inégalité ne désigne rien d'autre qu'une entorse au principe inverse[2]. Chacun peut convenir qu'elle existe dès lors qu'« *étant égales, les personnes ne reçoivent pas de parts égales,* (ou) *étant inégales, leurs parts sont égales* »[3]. En s'appuyant sur cette observation, il est possible de déclarer que l'inégalité entre associés se caractérise par une rupture de l'équilibre proportionnel au profit, ou au détriment, de certains associés[4]. La jurisprudence semble corroborer cette affirmation puisqu'elle retient une discrimination toutes les fois que des associés supportent des charges ou profitent de faveurs sociales qui ne sont pas partagées par leurs coassociés[5].

Après avoir dégagé les critères de l'inégalité entre associés (Section 1), nous procéderons à leur mise en œuvre (Section 2) afin de tracer la ligne de démarcation entre les vraies et les fausses ruptures d'égalité.

Section 1. Les critères de l'inégalité entre associés

243. Il apparaît, au vu de ce qui précède, que l'inégalité entre associés se caractérise par un déséquilibre proportionnel favorisant ou défavorisant certains associés. Sa constitution nécessite, en premier lieu, que la société crée des droits et/ou des obligations spécifiques, différents de ceux qui auraient résulté d'une répartition calquée sur les apports. Cependant, cette création n'est qu'une première phase car si ces prérogatives ou charges particulières sont distribuées à tous les associés, conformément à leur participation dans le projet commun, il

[1] Voir par exemple, D. SCHMIDT, *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme*, *op.cit*., n°351, p. 345.
[2] Voir aussi, G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, *op. cit*., *v°* « inégalité ».
[3] L. SFEZ, *L'égalité*, éd. PUF, coll. « Que sais-je ? », n°2460, 1989, p. 37.
[4] P. MILLET, *op.cit*., p. 42.
[5] Voir notamment la jurisprudence sur les abus du droit de vote.

n'y aura aucune discrimination. On l'aura compris, la rupture d'égalité suppose, en second lieu, l'exclusion totale ou partielle de certains associés de ces droits ou obligations singuliers.

L'inégalité entre associés repose donc sur un critère matériel (Sous-section 1) et un autre personnel (Sous-section 2).

Sous-section 1. Le critère matériel de l'inégalité entre associés

244. Pour qu'il y ait inégalité, il faut tout d'abord qu'il existe une différence de traitement qui ne peut s'obtenir que par l'attribution ou l'imposition à certains associés de prérogatives ou charges dissemblables à celles qui auraient émané d'un partage proportionnel. Ces droits et/ou obligations particuliers seront regroupés sous le terme « altérité ».

Ainsi, conviendra-t-il d'analyser la nature de cette altérité (§ 1), puis les véhicules susceptibles de la porter (§ 2).

§ 1. La nature protéiforme du critère matériel

245. En tant que simple différence, l'altérité est une notion protéiforme désignant, au premier abord, un avantage (A) ou un désavantage (B).

Sa qualification peut, en revanche, s'avérer délicate lorsqu'elle est mixte, c'est-à-dire composée à la fois d'avantages et d'inconvénients (C).

A. L'altérité-avantage

246. On parle d'altérité-avantage, lorsque les droits ou obligations spécifiques accordés par la société produisent une faveur. Ce cas de figure demeure, de loin, le plus courant[6]. Pourtant, il n'existe aucune définition de la notion d'avantage, tant dans la loi[7] que dans la jurisprudence. Le législateur ne l'évoque que pour l'interdire[8] ou l'encadrer[9]. Quant à la

[6] A. VIANDIER, « Les actions de préférence », *JCP* E, 2004, n°1440, p. 1528, spéc. n°9.
[7] P. MILLET, *op.cit*., p. 11.
[8] Voir par exemple l'article L225-42-1 du Code de commerce qui interdit les avantages accordés aux dirigeants de sociétés cotées dont le bénéfice n'est pas subordonné au respect des conditions liées aux performances du bénéficiaire.
[9] L'on pense aux avantages particuliers, voir art. L225-8 du Code de commerce.

doctrine[10], elle l'analyse globalement par le prisme de la procédure des avantages particuliers, en distinguant d'un côté les avantages soumis à cette procédure et, de l'autre, ceux qui y échappent. C'est donc ailleurs qu'il faut rechercher la définition de l'avantage. À cet égard, la doctrine travailliste apporte quelques éclaircissements. Selon les spécialistes du droit du travail, « *avantager consiste à conférer 'quelque chose de plus' à quelqu'un* »[11]. Partant, l'avantage signifie « *une amélioration quelconque apportée à la situation de son bénéficiaire, peu importe l'objet de cette amélioration* »[12]. Cette définition appelle deux remarques. D'une part, l'avantage est une « *notion relationnelle* »[13] qui met en présence au moins deux situations : la situation améliorée et celle initiale. D'autre part, l'avantage doit être un profit ou un gain objectivement appréciable[14].

247. Il y a lieu de rappeler qu'en droit des sociétés, la part de chaque associé dans les droits et obligations est, en principe, déterminée en fonction de la quotité de capital qu'il détient[15]. Schématiquement, chaque associé reçoit l'équivalent de ce qu'il a accepté de mettre dans l'entreprise commune[16]. Par conséquent, doit être assimilée à un avantage, toute prestation faite ou promise par la société à l'associé[17] et qui lui permet d'améliorer sa situation légale au sein de celle-ci.

248. Généralement, l'avantage renvoie à un renforcement des droits de l'associé[18], tels qu'ils résultent ou devraient résulter de la répartition proportionnelle. Il peut s'agir d'une amplification des prérogatives pécuniaires[19] ou extrapécuniaires[20]. Outre le renforcement, le

---

[10] Sur la doctrine en droit des affaires, voir B. DONDERO, « Le droit des affaires et sa doctrine », in *Liber amicorum, Mél. en l'honneur de Ph. Merle*, éd. Dalloz, 2013, p. 175.

[11] A. BUGADA, *L'avantage acquis en droit du travail*, éd., PUAM, 1999, n°33, pp. 35 et 36. Voir également, I. BOYER, *L'avantage acquis en droit du travail,* th. Toulouse, 1989, p. 13.

[12] M. BUY, « Le conseil de prud'hommes et l'application des conventions collectives », *Sem. social, Lamy*, 1er août 1983, n°174, p. D. 24, spéc. p. D. 31.

[13] A. CHEVILLARD et D. FABRE, « Les avantages acquis », *JCP* E, nos51-52, 1993, 307, p. 581.

[14] *Ibid*., nos2 et s.

[15] Voir art. 1843-2 du Code civil, lorsqu'il dispose que *« Les droits de chaque associé dans le capital social sont proportionnels à ses apports lors de la constitution de la société ou au cours de l'existence de celle-ci »* ; art. 1844-1 du même code pour les droits financiers.

[16] Sauf, l'apporteur en savoir-faire qui reçoit des droits et obligations équivalents à ceux de celui qui a le moins apporté en nature ou en numéraire, voir art. 1844-1 du Code civil.

[17] P. MILLET, *op.cit*., p. 41.

[18] B. DONDERO, « Statuts de SAS et pactes extra-statutaires : questions et confrontations », *Bull. Joly*, 2008, n°3, p. 245 ; R. TUNC, *op.cit*., n°22, p. 26.

[19] Mémento Pratique, F. LEFEBVRE, *sociétés commerciales*, 2015, n°37931 ; P. ENGEL, P. TROUSSIERE, « Création de catégories d'actions et stipulations d'avantages particuliers », *JCP* E, 1996, n°36, p. 372.

[20] Par exemple, la possibilité d'occuper l'immeuble social, voir Cass. civ. 3e, 25 avril 2007, *Bull. Joly*, 2007, p. 1022, note B. Saintourens ; *Rev. sociétés*, 2007, p. 839, note C. Malecki ; Cass. civ. 1re, 21 mars 2000, *D*. 2000, p. 475, note Y. Chartier.

privilège peut consister en l'octroi de droits supplémentaires à l'associé[21], peu importe la nature de ces droits. La jurisprudence a, par exemple, pu estimer que l'autorisation donnée au gérant d'une société civile de souscrire un cautionnement hypothécaire destiné à garantir un prêt contracté à titre personnel par l'associé majoritaire, instituait un avantage au profit de ce dernier[22]. Dans le même esprit, la réduction de l'activité sociale d'une société à des relations commerciales limitées à deux sociétés dans lesquelles le gérant-associé était personnellement intéressé, a été jugée comme accordant un avantage à cet associé[23].

249. Toutefois, la doctrine travailliste nous enseigne également que « *la notion d'avantage n'est aucunement liée à l'existence d'un droit. En effet, même une obligation peut constituer un avantage si elle est moins onéreuse qu'une autre* »[24]. Sur la base de cette remarque, le privilège peut être le produit d'un abaissement des obligations légales de l'associé[25]. Il en est ainsi de toutes les hypothèses de réduction[26] ou d'exonération[27] des charges incombant à l'associé. Par exemple, la dispense d'une obligation d'agrément constitue bel et bien une faveur[28]. Selon la jurisprudence, le fait d'éviter un inconvénient à un associé équivaut également à un avantage. Telle est la solution qui résulte d'un arrêt rendu en 1972[29] par lequel la Cour de cassation avait considéré que la décision d'une société mère de prendre en charge le passif d'une filiale en difficulté créait un avantage au profit du dirigeant de cette filiale[30], dans la mesure où l'objectif de cet acte n'était rien d'autre que de le mettre à l'abri de toute action en responsabilité. Il ressort de ces différents exemples que la notion d'avantage peut aussi être négativement appréhendée[31].

250. En définitive, sous l'angle de la matière qui nous occupe, la notion d'avantage a

[21] Il en est ainsi de l'octroi d'un droit préférentiel de souscription dans les SARL, voir Y GUYON, *Traité des contrats : les sociétés, aménagements statutaires et conventions entre associés*, éd. LGDJ, 1993, n°120, p. 168 ; ou de la réservation d'un poste spécifique dans le conseil d'administration de la société, voir M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *op.cit*., n°655.
[22] Cass. civ. 3e, 25 mars 1998, *Bull. Joly*, 1998, p. 635, note A. Couret.
[23] Cass. com. 18 mai 1982, *Rev. sociétés*, p. 804, note Le Cannu.
[24] N. ALIPRANTIS, *La place de la convention collective dans la hiérarchie des normes*, éd. LGDJ, 1980, p. 58.
[25] J. HEMARD, F. TERRE et P. MABILAT, *Sociétés commerciales*, t. 1, préf. J. FOYER, éd. Dalloz, 1972, p. 643, n°737.
[26] J. HEMARD, F. TEERE et P. MABILAT, *Sociétés commerciales*, *op.cit*., p. 643, n°737.
[27] CAPRASSE (O) (dir. sous), *Les statuts des actionnaires (SA, SPRL, SC)-questions spéciales*, vol. LXXXIX, éd. Larcier, 10/2006, p. 170.
[28] J.-J. DAIGRE, F. MONOD et F. BASDEVANT, « Les actions à privilèges non financiers », *Actes pratiques et ingénierie sociétaire,* 1997, p. 4, spéc. p. 10.
[29] Cass. com. 29 mai 1972, *Bull. civ*. IV, n°164 ; *Bull. Joly*, 1972, p. 563 ; JCP G, 1973, II, n°17337, note Y. Guyon ; *RTD com*. 1972, p. 930, obs. Houin.
[30] Ce dernier faisait partie des actionnaires majoritaires de la mère.
[31] A. BUGADA, *op.cit.*, p. 55, note 171.

« *une signification potentielle étendue* »[32]. Elle doit s'entendre de toute faveur, gain ou profit, pécuniaire ou extrapécuniaire[33], susceptible d'améliorer, directement ou indirectement, la situation légale de l'associé. À ce stade, il n'y a pas lieu de se demander si l'avantage est ouvert ou non à tous les associés[34].

Mais si l'altérité peut être une faveur, elle peut tout aussi être une défaveur.

B. L'altérité-désavantage

251. L'altérité est désavantageuse lorsque les droits et/ou obligations spécifiques n'engendrent qu'un inconvénient ou un préjudice pour l'associé[35]. Par opposition à l'avantage, le désavantage doit s'entendre de toute défaveur ou « dépréférence » provenant de la société et provocant une dégradation de la situation de l'associé, comparativement à ce que prévoit la règle proportionnelle. Pour le surplus, le désavantage peut concrètement être analysé négativement et positivement.

252. Sous l'angle négatif, il correspond à une privation d'avantage ou à une restriction des droits de l'associé. Si un privilège, tel qu'il est défini ci-dessus, est créé les non-bénéficiaires sont susceptibles de subir un désavantage du seul fait de cette privation car, en octroyant une faveur aux autres associés, on réduit subséquemment leurs droits[36]. Le dividende majoré en est un formidable exemple puisque, comme le rappelle le professeur Pierre Mousseron, il limite la part du dividende des associés qui en sont exclus[37]. Plus couramment, le désavantage provient d'une diminution des droits pécuniaires ou extrapécuniaires de l'associé. Tel est par exemple le cas de la restriction du droit à la libre cessibilité des titres[38] par la soumission à une inaliénabilité [39] ou une préemption[40], etc. Bref, il en est ainsi de toutes les limitations ou suppressions des prérogatives de l'associé.

---

[32] D. SCHMIDT, *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme*, *op.cit*., n°88, p. 96.
[33] Mémento Pratique, F. LEFEBVRE, *Sociétés commerciales*, *op.cit*., n°37931.
[34] Cette question est afférente au second critère de l'inégalité qui est traitée dans les développements ultérieurs aux numéros 271 et s.
[35] J.-M. MOULIN, *Le principe d'égalité dans la société anonyme, op.cit*., n°1055, p. 547.
[36] P. MILLET, *op.cit*., p. 39.
[37] P. MOUSSERON, *Les conventions sociétaires*, *op.cit*., p. 279, n°396.
[38] Cass. com. 22 octobre 1956, *D*. 1957, Jur. p. 177, note G. Ripert.
[39] A. COURET et H. LE NABASQUE, *Valeurs mobilières - Augmentations de capital - Nouveau régime - Ordonnance des 25 mars et 24 juin 2004*, éd. F. Lefebvre, 2004, n°521, p. 229. Sur l'ensemble de la question, voir B. RAYNAUD, *La stipulation d'indisponibilité*, th. Paris I, 2001.
[40] Cass. Civ. 9 février 1937, *D*. 1937, 1, p. 73, note A. Besson ; S. 1937, p. 129, note H. Rousseau ; *RGDC*., 1938, p. 529, note A. Jauffret.

253. Sous l'angle positif, le désavantage apparaît comme le résultat d'un alourdissement des obligations légales de l'associé. Cela peut consister en un accroissement des engagements existants ou en une adjonction de nouvelles charges. À titre illustratif, on peut mentionner le blocage du compte courant de l'associé[41] ou la subordination de son remboursement à une délibération du conseil d'administration établissant que la trésorerie de la société le permet[42], la soumission de l'associé à une clause de non-concurrence[43], etc. Comme le souligne un auteur[44], du fait de l'interdiction d'augmenter les engagements des associés sans leur consentement[45], les exemples de désavantages positifs restent rares aussi bien en pratique que dans la jurisprudence. On retiendra donc que constituent des désavantages, les situations conduisant à une diminution des droits des associés ou à une augmentation de leurs engagements.

En fin de compte, l'analyse de l'altérité est relativement simple lorsque celle-ci est constituée seulement d'avantages ou de désavantages. Cependant, cette simplicité disparaît lorsqu'elle est composée à la fois de faveurs et de défaveurs.

C. Les hypothèses complexes

254. Dans certaines situations, il peut être difficile de dire si une altérité est avantageuse ou désavantageuse. En tout cas, certaines combinaisons se prêteraient difficilement à l'exercice. On peut aisément illustrer le propos. Par exemple, comment qualifier la différence composée d'un dividende privilégié, d'un droit préférentiel sur le boni de liquidation et d'un droit de vote suspendu ? Qu'en est-il d'une altérité comprenant une obligation renforcée de

[41] Cass. com. 24 juin 1997, *Bull. civ*. IV, n°207 ; *JCP* G, 1997, II, 22966, note P. Mousseron ; *D. Aff*. 1997, p. 938 ; *Bull. Joly*, 1997, p. 871, note B. Saintourens ; *Dr. sociétés*, 1997, n°138, note T. Bonneau ; *RTD com*. 1998, p. 153, note C. Champaud et D. Danet ; *D*. 1998, somm. p. 178, obs. J.-C. Hallouin.
[42] Cass. com. 9 octobre 2007, *Bull. Joly*, 2008, p. 17, note J.-F. Barbièri.
[43] Cass. com. 17 février 1982, *Gaz. pal*. 1982, p. 429. On rappellera que l'engagement de non concurrence doit être limité dans le temps et dans l'espace et proportionné à la nécessité de protéger les intérêts de la société (P. Le CANNU et B. DONDERO, *op.cit.,* n°164). Quant à l'exigence d'une contrepartie financière (nous savons que, en ce qui concerne les salariés soumis à une telle clause, la chambre sociale exige une contrepartie financière depuis trois arrêts de 2002. Parmi lesquels, Cass. soc. 10 juillet 2002, n°00-45135), elle suscite des interrogations chez certains auteurs (P. Le CANNU et B. DONDERO, *op.cit.,* n°164). Pourtant, la Cour de cassation ne semble l'exiger que dans les conventions de non-concurrence qui engagent une personne dotée de la qualité de salarié (La chambre commerciale l'a admise concernant une clause de non-concurrence incluse dans un pacte extrastatutaire. Voir Cass. com. 15 mars 2011, *Bull. civ*. IV, n°39 ; *D*. 2011, p. 1261, note Y. Picod ; *JCP* E, 2011, 1409, note A. Couret et B. Dondero. Add. P. Le CANNU, « La clause de non concurrence dans les pactes d'actionnaires », *Bull. Joly*, 2011, p. 524). En conséquence, si l'associé-débiteur de la clause est dépourvu de cette qualité, il n'y a aucune obligation de prévoir une contrepartie pécuniaire.
[44] P. MOUSSERON, *Les conventions sociétaires*, *op.cit*., p. 278, n°396.
[45] Art. 1836 al. 2 du Code civil.

contribuer aux pertes, d'un droit de vote double et d'une priorité de remboursement en cas de liquidation ? Certes, pris isolément, chaque cas renvoie à un avantage ou à un inconvénient. Se produit ainsi une superposition de faveurs et de défaveurs. En revanche, pour peu qu'on les additionne, il devient objectivement difficile de trancher en faveur d'un avantage ou d'un désavantage.

255. Face à la difficulté, il serait tentant d'assimiler ces différences composées à des altérités-avantages. En effet, sans évoquer le fait que l'insertion entre les avantages et les désavantages d'une catégorie intercalaire ne faciliterait guère l'analyse, le droit positif comporte des exemples qui pourraient servir d'appui à une telle solution. On sait que si des actions de préférence sont attribuées à certains associés nommément désignés, le législateur impose le déroulement de la procédure de contrôle des avantages particuliers, sans même que l'on puisse objectivement établir le caractère favorable de l'altérité attachée à ces actions[46]. Or, cette procédure n'étant obligatoire qu'en cas d'attribution d'avantages particuliers, il pourrait être permis de se fonder sur cet exemple pour qualifier l'altérité complexe d'altérité-avantage.

256. Malgré sa simplicité, cette solution doit être écartée. En réalité, l'altérité-composée ne doit pas être analysée comme un tout indivisible, mais plutôt comme un regroupement ou une superposition d'avantages et/ou de désavantages, séparables les uns des autres. Autrement dit, chacun des éléments qui la composent doit être étudié isolément. De ce fait, selon leur nature, ils seront soumis au régime des avantages ou des désavantages. Si nous reprenons le premier exemple cité plus haut, le dividende privilégié sera analysé à part comme une altérité-avantage et le droit de vote suspendu comme une altérité-désavantage. Il s'infère de cette analyse que l'altérité demeure toujours un avantage ou un désavantage.

Ayant ainsi cerné la nature de la différence, nous allons à présent identifier les supports auxquels elle peut être liée.

§ 2. Les véhicules du critère matériel

257. Dans l'ensemble, le droit des sociétés n'a prévu que deux supports auxquels peut être accrochée l'altérité. Qu'ils procurent un avantage ou qu'ils engendrent un désavantage, les

[46] Art. L228-15 du Code de commerce. Nous reconnaissons, néanmoins, le caractère surréaliste de cette procédure dans l'hypothèse où le caractère désavantageux de l'altérité est évident.

droits ou obligations particuliers ne peuvent être accolés qu'à la personne de l'associé ou aux titres sociaux de la société. Si la même altérité peut être jointe aux deux véhicules, le régime de celle-ci variera en fonction de celui qui la porte.

Seront successivement traités les cas où l'altérité est attachée à la personne (A) et ceux où elle est associée aux titres sociaux (B).

A. L'altérité attachée à la personne

258. Quand elle est jointe à la personne de l'associé, l'altérité est dite personnelle. Suivant les cas, il s'agira d'un avantage personnel ou d'un désavantage personnel. Dans les deux hypothèses, la différence demeure intransmissible[47]. Dès lors, si son bénéficiaire ou son débiteur perd la qualité d'associé en cédant ses titres, elle ne pourra être ni cédée, ni transmise aux ayant-causes[48] de ce dernier. À noter également que l'éventuel cessionnaire ne pourra ni en réclamer le bénéfice, ni être obligé de son exécution, au cas où elle serait négative.

259. Bien souvent, la doctrine[49] confond altérité personnelle et altérité particulière. Ce rapprochement n'est pas à l'abri de toute contestation. Car, à la différence de la seconde, la première n'implique pas nécessairement une rupture de l'égalité entre associés. L'exemple de l'avantage particulier *intuitu personae* suffit pour étayer le propos. Bien qu'elle demeure personnelle[50], et donc en principe intransmissible[51], cette altérité-avantage doit, surtout, être réservée à des associés nommément désignés ou suffisamment identifiables. Cette rupture d'égalité demeure la caractéristique essentielle de l'avantage particulier. Tel n'est pas le cas de l'altérité personnelle qui, parce qu'elle peut être ouverte à tous les associés, ne traduit pas *ipso facto* une entorse à l'égalité. Quelques exemples suffisent pour étayer cette assertion.

260. Selon l'article L232-14[52] du Code de commerce, « *une majoration de dividendes dans la limite de 10%*[53] *peut être attribuée par des statuts à tout actionnaire qui justifie, à la*

[47] D. PORACCHIA et B. GAY, « Sociétés par actions simplifiée et actions de préférence », *Journ. sociétés*, 2006, n°34, p. 37, spéc. p. 42 ; P. ENGEL et P. TROUSSIERE, art. cit., n°24, p. 374.
[48] P. ENGEL et P. TROUSSIERE, art. cit., p. 374, n°24.
[49] J. HEMARD, F. TERRE et P. MABILAT, *Sociétés commerciales*, *op.cit.,* n°736, p. 642 ; A. DALION et A. TADROS, art. cit., n°21, p. 411.
[50] Parce qu'elle est accordée *intuitu personae*.
[51] On sait toutefois que depuis 2004, les avantages particuliers peuvent être attribués par le biais d'actions de préférence. Or, dans cette hypothèse, le privilège se transmet avec les titres.
[52] Issu de l'article 347-2 de la loi du 24 juillet 1966.
[53] Sur la question des actions pouvant donner droit à cet avantage, B. PICHARD, « Quelques incertitudes sur les primes de fidélité », *LPA*, 1995, n°88, p. 4.

clôture de l'exercice, d'une inscription nominative depuis deux ans au moins et du maintien de celle-ci à la date de mise en paiement du dividende »[54]. De cette disposition, il appert une altérité-avantage qu'est la majoration du dividende[55], plus connue sous l'expression « prime de fidélité »[56], laquelle est conditionnée par l'inscription nominative des titres pendant au moins deux ans ; cette inscription devant être maintenue jusqu'à la date de mise en paiement du dividende. La majorité de la doctrine considère que cette altérité demeure liée à la personne de l'actionnaire[57] et non à l'action[58] car, d'une part, elle reste intransmissible[59] et, d'autre part, la loi ne vise que les actionnaires[60]. Pourtant, aux termes de l'article L232-14 du même code, la majoration du dividende reste accessible à tous les associés à la condition seulement qu'ils remplissent les exigences fixées par la loi.

261. Peut également venir en appui à cette distinction entre altérité personnelle et altérité particulière, le droit de vote double[61]. Suivant les termes de l'article L225-123, al. 1[er], du

[54] Toutefois, selon ce texte « *dans les sociétés dont les titres de capital sont admis aux négociations sur un marché réglementé, le nombre de titres éligibles à cette majoration de dividendes ne peut excéder, pour un même actionnaire, 0,5% du capital de la société. La même majoration peut être attribuée, dans les mêmes conditions en cas de distribution d'actions gratuites* ».

[55] C'est la loi n°94-578 du 12 juillet 1994, *JO* du 13 juillet 1994, qui règlemente ces primes de fidélité que plusieurs sociétés accordaient déjà en pratique à certains de leurs actionnaires.

[56] Parmi une abondante littérature sur la question, voir B. PICHARD, « Quelques incertitudes sur les primes de fidélité », art. cit. ; R. ROUTIER, « Primes de fidélité : le revers de la médaille », *Bull. Joly*, 1996, p. 23 ; E. DAILLY, « Le dividende majoré, une fausse bonne idée », *Le figaro économique*, 14 avril 1993, p. 11 ; F. PELTIER, « L'attribution d'un dividende majoré à l'actionnaire stable », art. cit. ; F. POLLAUD-DULIAN, « La querelle du dividende majoré, un aspect du principe d'égalité dans le droit des sociétés cotées en bourse », *JCP* G, 1993, I, 369 ; R. LASKINE, « La guerre du superdividende », *La vie française*, 22-28 mai 1993, p. 52 ; du même auteur, « Dividende majoré : la querelle s'envenime », *La vie française*, 23-29 octobre 1993, p. 41 ; H. Le NABASQUE, « Sociétés par actions. La loi autorisant le versement de primes de fidélité a été adoptée », *JCP* E, 1994, I, n°413 ; J.-C. DELVAUX, « Le dividende majoré. Solutions proposées à quelques problèmes pratiques », *JCP* E, 1994, I, n°414 ; A. VIANDIER et J.-J. CAUSSAIN, « Prime de fidélité, loi n°94-578 du 12 juillet 1994 », *JCP* E, 1994, I, n°392 ; P. ENGEL et P. TROUSSIERE, « La prime de fidélité aux actionnaires par attribution d'une majoration de dividende », *JCP* E, I, 1995, n°433 ; Y. GUYON, « La loi du 12 juillet 1994 sur le dividende majoré », *Rev. sociétés*, 1995, p. 1.

[57] Voir dans le même sens, M. JEANTIN, « Observations sur la notion de catégorie d'actions », *D*. 1995, Chron. pp. 88 et 89 ; Y GUYON, *Traité des contrats : les sociétés, aménagements statutaires et conventions entre associés*, *op.cit*., n°112, p. 191 ; MAGNIER, « Les actions de préférence : à qui profite la préférence ? », *D*. 2004, Chron. p. 2559, spéc. n°13.

[58] Voir cependant, B. PICHARD, « Quelques incertitudes sur les primes de fidélité », art. cit. pp. 4 et 5 ; Voir également, A. DALION et A. TADROS, art. cit., pp. 410 et 411, pour qui cet avantage s'attache aux actions et non à la personne de l'actionnaire. Ces auteurs estiment, d'une part, que si cette prérogative ne survit pas dans le patrimoine de l'associé cédant, c'est parce qu'elle n'est qu'une amplification des droits attachés aux titres et, d'autre part, le fait que le cessionnaire ne puisse l'exercer n'est pas non plus synonyme de son inexistence (selon eux cet avantage existe dès l'émission des titres), mais seulement parce que l'article L225-123 du Code de commerce suspend son exercice jusqu'à la réalisation des conditions légales. Si le premier argument paraît recevable, il n'en va pas de même du second car il nous semble que cette prérogatives naît, non pas dès l'émission des titres (du moins dans les sociétés non cotées), mais à la tenue de l'assemblée générale puisque c'est elle qui décide de la créer.

[59] M. JEANTIN, « Observations sur la notion de catégorie d'actions », art. cit., p. 89.

[60] B. PICHARD, « Quelques incertitudes sur les primes de fidélité », art. cit., p. 4.

[61] Sur l'ensemble de la question, voir M. STORCK et T. de RAVEL d'ESCLAPON, « Faut-il supprimer les actions à droit de vote double en droit français ? », *Bull. Joly*, 2009, n°1, p. 92.

Code de commerce, « *un droit de vote double de celui conféré aux autres actions, eu égard à la quotité de capital social qu'elles représentent, peut être attribué, par les statuts ou une assemblée générale extraordinaire ultérieure, à toutes les actions entièrement libérées pour lesquelles il sera justifié d'une inscription nominative, depuis deux ans au moins*[62]*, au nom du même actionnaire* »[63]. Selon la doctrine, l'attachement de cette prérogative à la personne de l'attributaire ne souffre d'aucune contestation puisque ce privilège cesse de plein droit, nonobstant toute clause contraire, lorsque le bénéficiaire transfère ses titres ou les convertit au porteur[64]. La loi autorise, certes, sa transmission par succession, partage de communauté entre époux ou en cas de fusion[65]. Il nous semble, toutefois, que cette dérogation s'explique par le fait qu'en pareilles hypothèses, il n'y a pas véritablement de transfert, étant donné que ledit avantage reste dans le patrimoine de celui continuant virtuellement la personnalité du détenteur des titres et bénéficiant de la transmission universelle du patrimoine de ce dernier. Quoi qu'il en soit, la loi permet à chaque associé de profiter de ce vote renforcé dès lors qu'il réunit les conditions légales. Finalement, si toute altérité particulière est aussi personnelle, l'inverse n'est pas vrai.

Le premier support de l'altérité étant ainsi exposé, il convient d'aborder le second.

B. L'altérité attachée aux titres sociaux

262. Si les droits ou obligations spécifiques sont insérés dans les droits sociaux, il se forme une catégorie de titres sociaux[66]. À première vue, l'affirmation laisse penser que la notion de catégorie de titres ne suscite aucune difficulté. Pourtant, son étude a pu faire l'objet de quelques échanges doctrinaux. Les termes de ce débat doctrinal seront rappelés afin de dégager les éléments essentiels qui caractérisent la notion (I).

263. Aussi, si une notion unique de catégorie de droits sociaux peut-elle être établie, la nature des éléments qui la composent varie selon que l'on se trouve dans les sociétés par actions ou dans les autres formes sociales. Cela étant, une analyse de la typologie des

[62] Sur le décompte du délai de détention, voir *Comité juridique ANSA*, 3 février 1999, n°495, en cas de transformation d'une société en société anonyme ; *Comité juridique ANSA*, 3 septembre 2008, n°08037, en cas de conversion d'actions de préférence en actions ordinaires.
[63] Depuis 2014, l'attribution de cette prérogative est automatique dans les sociétés cotées, sauf si les statuts en disposent autrement, pour plus de détails, voir J.-P. VALUET, « Le droit de vote des actionnaires en AG : le droit de vote double », *Dr. sociétés*, octobre 2014, p. 5.
[64] Voir art. L225-124 du Code de commerce. Add. M. GERMAIN et V. MAGNIER, *op.cit*., n°2090.
[65] Art. L225-124 du Code de commerce.
[66] M. BUCHBERGER, *op.cit.,* p. 280, n°321.

catégories de titres devra être envisagée (II).

I. Notion de catégorie de titres sociaux

264. L'étude de la notion de catégorie de titres est habituellement menée dans les sociétés par actions. Si cela s'explique par la nécessité de distinguer cette notion de celle d'avantages particuliers[67], c'est surtout parce que c'est dans ces sociétés que la loi dispose qu'on peut créer des catégories d'actions et prévoit une protection particulière des bénéficiaires de ces catégories[68].

265. Pourtant, la catégorie de titres dépasse le cadre restreint des sociétés par actions[69]. Sans parler de l'effacement progressif de la frontière entre la part sociale et l'action[70], la doctrine contemporaine ne voit aucun obstacle à la modulation des parts sociales[71]. Il s'en infère que la définition qui sera établie englobera aussi bien les catégories d'actions que celles de parts sociales (a).

Toutefois, si la catégorie de titres semble pouvoir être définie de manière autonome, son appréciation ne saurait se faire que relativement aux titres ordinaires. Or, dans certains cas, cette appréciation demeure délicate (b).

a. La définition de la catégorie de titres sociaux

266. Nulle part définie dans la loi[72], la notion de catégorie de titres sociaux a été qualifiée de « *catégorie juridique bien curieuse* »[73]. Le Professeur Jeantin soulignait pourtant qu'elle avait longtemps fait partie de ces notions que la doctrine tenait *« pour acquise au point de faire l'économie même de leur analyse* »[74]. Il semble que ce renoncement doctrinal était lié au

[67] *Ibid*.
[68] À travers les assemblées spéciales d'actionnaires. Voir art. L225-99 du Code de commerce. Add. A. PIETRANCOSTA, « La protection des titulaires de valeurs mobilières donnant accès au capital après l'ordonnance du 24 juin 2004 », *RDBF*, 2004, p. 373 ; P. Le CANNU, « La protection des porteurs », *Rev. sociétés*, 3/2004, p. 567.
[69] M. BUCHBERGER, *op.cit*., p. 284, n°327.
[70] P. REIGNE, « Réflexions sur la distinction de l'associé et de l'actionnaire », *D*. 2002, p. 1330, spéc. n°13.
[71] J.-M. de BERMOND de VAULX, « Les parts sociales privilégiées », art. cit. ; CANTENOT, « Catégories de parts sociales dans les sociétés à responsabilité limitée », *Journ. notariale*, 1952, p. 429, art. 43794.
[72] La loi du 24 juillet 1966 ne fait que l'évoquer, voir par exemple, les articles 269 et 156 à propos des assemblées spéciales et l'article 180-3, al. 2, concernant l'émission d'une catégorie de valeurs mobilières.
[73] Selon l'expression du professeur Daigre, voir J.-J. DAIGRE, « Actions privilégiées, catégories d'actions et avantages particuliers », art. cit., p. 213.
[74] M. JEANTIN, « Observations sur la notion de catégorie d'actions », art. cit., p. 88.

fait que la plupart des auteurs se contentaient de la définition proposée par Paul Cordonnier. À suivre cet auteur, la catégorie de droits sociaux n'est rien d'autre qu'une masse de titres assimilables les uns aux autres parce qu'ils jouissent de droits identiques et comportent pour leurs titulaires des obligations semblables[75]. Ces titres sont soumis à un régime identique et se distinguent, eu égard aux droits qu'ils confèrent et aux charges qu'ils engendrent, d'une autre classe ou de plusieurs classes de droits sociaux de la même société. Cette définition traditionnelle se contente d'une double identité des droits et des obligations originaux que comportent les titres pour admettre l'existence de la catégorie[76].

267. On pourrait s'interroger sur la signification de cette double identité. S'agit-il de prérogatives ou de contraintes strictement et formellement identiques ? Ou bien de droits et d'obligations équivalents ? Concrètement, est-il possible de mettre dans une même catégorie des titres qui confèrent, par exemple, un droit aux dividendes renforcé et d'autres qui n'engendreraient qu'une obligation réduite de participer aux pertes ? Ces questions méritent d'être posées car, selon un auteur, « *il faut et il suffit, que tous les objets classés dans une même catégorie présentent un caractère essentiel commun, toujours semblable. Il n'est nullement nécessaire que tous ces objets soient sur tous les points identiques, ni même semblables* »[77]. Pour affiner son propos, il s'appuie sur l'extrême hétérogénéité qui caractérise les composantes des catégories de meubles et d'immeubles. Cet argument est pour le moins séduisant. Est-il pour autant possible d'appliquer cette solution à la catégorie de droits sociaux ? À la vérité, il ne le semble pas, tant, ce qui est valable pour les catégories de meubles et immeubles ne l'est guère pour celle de droits sociaux. Il ne semble pas possible de toujours établir « *un caractère essentiel commun* » entre les droits et obligations qui seront insérés aux titres, surtout lorsque ces droits et obligations sont de nature différente.

268. Quoi qu'il en soit, la définition proposée par Monsieur Cordonnier obéissait à une certaine logique car, dans son acception large, la notion de catégorie renvoie à l'idée de classe où l'on range des objets de même nature. Pourtant, elle n'a pas emporté la conviction de Michel Jeantin[78], pour qui cette définition comporte un élément subjectif alors qu'elle devrait demeurer exclusivement objective. Pour illustrer son propos, ce dernier fait remarquer que l'application de cette solution conduit à qualifier de catégories de titres, les actions conférant

[75] P. CORDONNIER, « L'égalité entre actionnaires avant et depuis les lois du 22 novembre 1913 », *Journ. sociétés*, n°10, 1924, p. 441.
[76] M. JEANTIN, « Observations sur la notion de catégorie d'actions », art. cit., p. 88.
[77] J. GHESTIN, « Nouvelles propositions pour un renouvellement de la distinction des parties et des tiers », *RTD civ.* 1994, p. 777, spéc. n° 5, p. 780.
[78] M. JEANTIN, « Observations sur la notion de catégorie d'actions », art. cit.

un dividende majoré ou un droit de vote double. Or selon lui, si ces avantages s'attachent aux actions, il n'en va pas de même pour les obligations légales requises pour leur attribution, qui demeurent liées à la personne du bénéficiaire[79].

269. Ainsi, sans récuser la nécessité de la double identité des droits et des obligations spécifiques, il ajoute que la catégorie de titres suppose que l'altérité soit jointe *propter rem*[80] aux titres, de telle sorte qu'elle puisse se transmettre avec eux[81]. C'est cette transmissibilité de l'altérité qui distingue la catégorie de titres de l'altérité personnelle. En dernière analyse, même si sa critique a pu être jugée trop sévère[82], le professeur Jeantin a incontestablement perfectionné l'étude initiée par son prédécesseur. Aujourd'hui, son opinion, à laquelle nous souscrivons entièrement, domine largement en doctrine[83]. Ainsi, la catégorie de droits sociaux se définit-elle comme un ensemble de titres portant une altérité identique et transmissible. Si un seul titre porte cette différence, celui-ci constituera seul une catégorie.

Cette définition ne lève pas cependant toutes les ambiguïtés autour de la notion. En réalité, parce qu'ils doivent comporter des droits et/ou des obligations différents de ceux incorporés aux titres ordinaires[84], les droits sociaux catégoriels ne peuvent-ils s'apprécier que par rapport à ces derniers. Or, il existe des cas dans lesquels la notion de titre ordinaire demeure elle-même difficile à cerner, rendant ainsi délicate l'appréciation de la catégorie.

b. L'appréciation quelquefois délicate de la catégorie de titres sociaux

270. En étudiant la minorité dans la société anonyme, Dominique Schmidt affirmait qu'il s'agit d'une notion relative qui *« ne peut être déterminée que par rapport à une majorité »*[85]. Cette affirmation peut *mutatis mutandis* être transposée à la notion de catégorie de titres. Cela est d'autant plus vrai que l'on oppose les titres de catégories à ceux ordinaires[86]. C'est donc,

[79] Il ne fait plus de doute que ces obligations sont personnellement imposées à l'actionnaire.
[80] M. JEANTIN, « Observations sur la notion de catégorie d'actions », art. cit., p. 88
[81] *Ibid*.
[82] J.-M. MOULIN, *Le principe d'égalité dans la société anonyme, op.cit.,* n°170, p. 105.
[83] J. MESTRE, « La réforme des valeurs mobilières », art. cit., p. 12 ; P. ENGEL et P. TROUSSIERE, art. cit., n°3, p. 372 ; J.-J. DAIGRE, « Actions privilégiées, catégories d'actions et avantages particuliers », art. cit., p. 217.
[84] A. BOUGNOUX, « Sociétés par actions.-Formalités constitutives.-Rédaction des statuts. Contenu », *J-Cl. Sociétés Traité*, Fasc. n°113-20, novembre 2010, spéc. n°88.
[85] D. SCHMIDT, *Les droits de la minorité dans la société anonyme*, *op.cit*., n°6, p. 3.
[86] C'est dans cette logique que la jurisprudence a, par exemple, pu considérer que le calcul de la valeur vénale des actions ordinaires doit tenir compte de l'existence des actions de préférence et de l'altérité qu'elles offrent, voir CE 23 décembre 2011, n°327562.

eu égard à ces derniers, qui font figure d'étalons de mesure[87], que les seconds seront déterminés. Se pose alors la question de savoir ce qu'il faut entendre par titre ordinaire ou normal.

271. La réponse est aisée lorsque la loi organise clairement et formellement les droits et obligations minima que doit porter le titre ordinaire. Tel est par exemple le cas dans les sociétés anonymes dans lesquelles une action ordinaire confère des droits et des obligations proportionnels à la fraction de capital qu'elle représente[88]. Matériellement, cette action offrira un droit proportionnel, aux bénéfices, aux réserves, au boni de liquidation, au vote, et un droit arithmétique, de participer aux décisions collectives, à l'information, etc. À l'inverse, ce titre comportera une obligation proportionnelle de contribution aux pertes, etc. La situation est, en revanche, plus ardue dans les cas où la loi s'abstient de définir un standard minimum de prérogatives et d'obligations qui doivent être inclus dans un titre normal. Il en est ainsi des sociétés dans lesquelles la répartition des prérogatives et obligations entre les associés obéit essentiellement à la liberté contractuelle. En ce sens, on peut mentionner la société par actions simplifiée (SAS) à propos de laquelle la loi n'impose aucune directive en ce qui concerne la répartition des droits de vote, d'information et même des dividendes. Dès lors, comment appréhender l'action ordinaire pour en déduire ensuite celle catégorielle ? Pour y répondre, il convient de distinguer entre deux situations.

272. Si les statuts ne fixent pas les droits et obligations liés aux droits sociaux ordinaires, la démarche qui s'impose est de les calquer sur les prérogatives et charges que la loi attache normalement aux actions[89]. Ce recours au droit commun se justifie par le fait qu'en tant que société par actions, la SAS est soumise au droit commun des sociétés par actions[90]. Partant, même si le Code civil et le Code de commerce ne permettent pas de définir le régime des droits d'information et de vote[91], il sera toujours possible de déterminer un moule des droits et obligations à mettre dans l'action ordinaire. Par voie de conséquence, les catégories regrouperont toutes les actions qui engendreront des droits et obligations différents de ceux qui composent cette matrice.

---

[87] M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *op.cit*., n°1233, p. 525.
[88] Voir R. TALON, *Les actions de priorité*, th. Aix-Marseille, 1909, p. 7.
[89] D. PORACCHIA et B. GAY, art. cit., p. 40.
[90] Section II du chapitre VIII du titre II du livre II du Code de commerce. Plus précisément, voir les articles L228-7 à L228-10 et L224-1 à L224-3 dudit code.
[91] On pourrait songer à recourir à l'article 1843-2 du Code civil qui prévoit une répartition proportionnelle des droits des associés. Mais, dans ce cas, on se heurterait au fait que l'article L225-122 du Code de commerce qui organise le partage du droit de vote dans les sociétés par actions soit inapplicable aux SAS.

273. Si à l'inverse, les associés prennent le soin de fixer l'étendue des droits et obligations des associés dans les statuts, une doctrine[92] propose de distinguer deux cas de figure. Si les mêmes prérogatives et charges sont attachées à tous les droits sociaux, alors tous devront être considérés comme ordinaires, quand bien même ils comportent des droit et obligations différents de ceux prévus pour les titres ordinaires de droit commun. Ces auteurs estiment qu'en pareil cas, les droits et obligations ne seront pas portés par les titres mais par les actionnaires[93]. Autrement dit, ce sont les statuts, et non les droits attachés aux actions, qui autoriseront ou obligeront les associés. Ainsi, ne portant aucun droit particulier, ces actions resteraient donc ordinaires. Si, au contraire, les associés décident de n'attacher qu'aux actions de certains actionnaires des droits et/ou d'obligations particuliers, alors seules les autres actions pourront être regardées comme étant ordinaires[94]. Cette analyse doit être approuvée, car elle nous paraît être la plus idoine pour déterminer les contours de l'action ordinaire et, par ricochet, la notion de catégorie, conformément à l'esprit de liberté qui prédomine dans ce type de sociétés.

Il ressort de cette analyse que la circonscription de la notion de catégorie de titres peut soulever quelques difficultés. Difficultés que l'on ne rencontre pas dans l'analyse de la typologie des catégories de titres sociaux.

II. Typologie des catégories de titres sociaux

274. Le droit des sociétés ne connaît que deux sortes de droits sociaux donnant accès au capital : les actions et les parts sociales. Il s'en déduit qu'il ne peut exister que deux types de catégories de titres de capital. Il s'agit des actions de préférence (a) et des parts sociales catégorielles (b).

a. Les actions de préférence

275. Depuis 2004, il n'existe qu'une « *catégorie unique et générique* »[95] d'actions dans les sociétés par actions[96]. En répondant à un souci de simplification[97] et de mise en cohérence[98]

[92] Pour un avis similaire, voir D. PORACCHIA et B. GAY, art. cit. pp. 41 et 42.
[93] *Ibid*., p. 41.
[94] D. PORACCHIA et B. GAY, « Sociétés par actions simplifiée et actions de préférence », art. cit., p. 42.
[95] J.-J. DAIGRE, « L'aménagement du droit de vote », *RDBF*, 2004, p. 364
[96] P. LEDOUX, « La nature de la préférence », *Bull. Joly* 2006, p. 1219.
[97] L'ordonnance supprime tous les titres nommés qui existaient, ainsi que leurs régimes spéciaux.

du régime des catégories d'actions, l'ordonnance du 24 juin 2004[99] a institué les actions de préférence. Fruit d'un long processus de réflexion[100] et des travaux menés par plusieurs organisations socio-professionnelles[101], cette catégorie nouvelle d'actions a suppléé toutes les autres qui existaient[102], en l'occurrence les actions de priorité[103], celles à dividende prioritaire sans droit de vote et les certificats d'investissements[104]. Ces anciennes catégories ne peuvent donc plus être créées[105].

276. À l'image des *preferred shares* d'outre-Atlantique[106], les actions de préférence ouvrent « *un nouvel âge des possibles* »[107], car elles offrent « *de multiples possibilités pour ajuster, au plus près de leurs aspirations et souhaits, les relations que nouent les investisseurs et émetteurs* »[108]. Sous ce rapport, elles symbolisent la poursuite du mouvement de contractualisation[109] et de rénovation[110] du droit des sociétés, au point que certains se demandent si leur consécration est une réforme ou une révolution[111].

277. Il se pose alors la question de savoir ce qu'est une action de préférence. La réponse à cette question est d'autant plus nécessaire que, d'une part, l'expérience montre que les praticiens hésitent souvent à se servir d'un espace juridique de liberté lorsque celui-ci est trop

---

[98] P. BISSARA, « Présentation générale de l'ordonnance portant réforme du régime des valeurs mobilières émises par les sociétés par actions », *Rev. sociétés*, 3/2004, p. 461, spéc. n°2, p. 462.
[99] Ord. 2004-604 du 24 juin 2004, art. 31, *JO*, 26 juin 2004, p. 11612.
[100] M. BANDRAC et *alii*, « Le régime et l'émission des valeurs mobilières après les ordonnances de 2004 », *Actes pratiques et ingénierie sociétaire*, 2004, n°77, p. 7, spéc. n°28, p. 12.
[101] Voir MEDEF*, les actions de préférence : les propositions du MEDEF pour une modernisation du droit des valeurs mobilières*, Direction des affaires juridiques, mai 2001 ; AFEP-ANSA-MEDEF, *Pour un droit moderne des sociétés*, octobre 2003, articles 114 et s. ; AFIC, *Actions de préférence*, Commission Venture, Juillet 2003.
[102] M. GERMAIN, « Les actions de préférence », art. cit., p. 597.
[103] Sur ces titres, voir R. TALON, *Les actions de priorité*, *op.cit.* ; J. BELLET, *Des actions de priorité*, *op.cit.* ; J. VAVASSEUR, « Commentaires des lois des 9 juillet 1902 et de 16 novembre 1903 sur les actions de priorité », *Rev. sociétés*, 1904, p. 1.
[104] Articles 35 et 36 de l'ordonnance du 24 juin 2004 et L228-29-8 à L229-35-11 du Code de commerce. Sur l'ensemble de la question, voir B. SAINTOURENS, « Les titres en voie d'extinction et le doit transitoire », *Rev. sociétés*, 3/2004, p. 659 ; C. BAERT, « Les actions de priorité : une catégorie de titres en voie d'extinction après l'ordonnance du 24 juin 2004 », *Bull. Joly*, 2004, p. 1571.
[105] Sauf ceux qui seraient émis en application de décisions d'assemblées générales antérieures à l'entrée en vigueur de la réforme, voir A. LIENHARD, « Présentation de l'ordonnance réformant les valeurs mobilières », *D. 2004,* Chron. p. 1956, spéc. p. 1958. Nous signalerons également, d'une part, que les catégories qui ont été émises avant cette date continuent d'exister et, d'autre part, que les titres participatifs des sociétés coopératives ou du secteur public ont été épargnés par la réforme.
[106] X. VAMPARYS, « Retour sur un modèle : les *preferred shares* américaines », *Bull. Joly*, 2006, p. 1315, spéc. n°3.
[107] J.-M. MOULIN, « Les actions de préférence », *LPA*, 2005, n°189, p. 24, spéc. p. 26.
[108] *Ibid*., pp. 26 et 27.
[109] F. DRUMMOND, « Un nouveau principe : la liberté d'émettre 'toutes valeurs mobilières' », *RDBF*, n°5, 2004, p. 361, spéc. n°4.
[110] B. GRELON, « Le nouveau droit commun des valeurs mobilières donnant accès au capital », *Rev. sociétés*, 3/2004, p. 579, spéc. n°5, p. 580.
[111] M. GERMAIN, « L'ordonnance du 24 juin 2004 : réforme ou révolution », *Dr. sociétés* 2004, Repère 8, p. 3.

étendu[112] et, d'autre part, elle permettra de bien conjuguer la liberté offerte par ces nouveaux titres et celle qui domine certaines sociétés, comme les SAS.

Il convient par conséquent de définir l'action de préférence (§ 1), avant de s'interroger sur la conciliation de son régime avec celui de la SAS (§ 2).

1. Définition de l'action de préférence

278. Comme toute action, l'action de préférence doit réunir toutes les caractéristiques des actions, dont l'archétype est la négociabilité[113]. Les auteurs ne se sont guère attardés sur ce point qui paraît, somme toute, évident. En revanche, lorsqu'il s'est agi, face au mutisme du législateur[114], de répondre à la question de savoir si le mot « droits », mentionné dans l'article L228-11 du Code commerce, devait signifier strictement un avantage ou s'il pouvait désigner une simple différence pouvant être positive ou négative, les avis se sont vite partagés. Certes, comme l'a fait remarquer le Professeur Germain[115], tout le monde admet que les actions de préférence puissent ajouter des droits, en retirer ou en ajouter certains et en retirer d'autres. Toutefois, malgré d'importants travaux, la doctrine demeure toujours divisée sur la nature de la préférence : d'un côté, les tenants d'une conception restrictive de l'action de préférence et, de l'autre, les défenseurs d'une thèse extensive. Cette divergence doctrinale s'explique, sans doute, par le fait que le concept de « préférence » relève plus du domaine des sentiments de l'homme que des catégories juridiques[116].

Quoi qu'il en soit, faute d'intervention législative ou jurisprudentielle, cette discussion doctrinale n'est pas définitivement close. Nous allons, dès lors, y prendre part en exposant d'abord la conception restrictive (α) et celle extensive (β), puis en les discutant (Ω) afin d'identifier celle qui a notre convenance.

---

[112] P. BISSARA, « Présentation générale de l'ordonnance portant réforme du régime des valeurs mobilières émises par les sociétés par actions », art. cit., p. 466, n°9.
[113] Cass. com. 22 octobre 1969, *Rev. sociétés*, 1970, p. 288.
[114] Selon un auteur, ce silence se justifierait par une volonté de la part du législateur de laisser davantage de flexibilité aux sociétés, voir B. PICHARD, « Quels droits pour les actions de préférence ? », *LPA*, 21 janvier 2005, p. 7.
[115] M. GERMAIN, « Les actions de préférence : le nouveau régime de création et de suppression », *Dr. et patr*. 2004, n°130, p. 82.
[116] J.-P. DESIDERI, *La préférence dans les relations contractuelles*, th. Aix-Marseille, 1997, n°2, p. 6.

α. Conception restrictive de l'action de préférence

279. Les défenseurs de l'acception stricte de l'action de préférence[117] sont, de loin, minoritaires. S'appuyant sur l'idée que le terme « préférence » signifie, dans son acception première, le fait « *de se déterminer en faveur d'une personne plutôt que d'une* autre »[118], cette doctrine estime que le mot « droits » qui figure dans l'article L228-11 du Code de commerce doit être interprété comme étant synonyme d'avantage[119]. Il s'en déduit que l'action de préférence doit nécessairement procurer plus de droit que celle ordinaire. Ces auteurs ne

[117] Parmi une foisonnante littérature sur la question, voir P. BISSARA, « Présentation générale de l'ordonnance portant réforme du régime des valeurs mobilières émises par les sociétés par actions », art. cit. ; M. BANDRAC et *alii*, art. cit. ; MEDEF*, op.cit*. ; M. GERMAIN, « Les actions de préférence », art. cit. ; du même auteur, « La création et la disparition des actions de préférence », *RDBF*, 2004, p. 367 ; B. SAINTOURENS, « Les titres en voie d'extinction et le doit transitoire », art. cit. ; C. BAERT, art. cit. ; X. VAMPARYS, art. cit. ; F. DRUMMOND, « Un nouveau principe : la liberté d'émettre 'toutes valeurs mobilières' », art. cit. ; H. Le NABASQUE, « Les actions de préférence 'de groupe' », *Bull. Joly*, 2006, p. 1297 ; du même auteur, « Les augmentations de capital réalisées avec maintien du droit préférentiel de souscription des actionnaires », *Rev. sociétés*, 3/2004, p. 491 ; J. MESTRE, « La réforme des valeurs mobilières », art. cit. ; B. PICHARD, art. cit. ; A. COURET et H. LE NABASQUE, *Valeurs mobilières - Augmentations de capital - Nouveau régime - Ordonnance des 25 mars et 24 juin 2004*, *op.cit.,* n^os^484 et s., pp. 212 et s. ; A. COURET, « Deux questions sur le rachat des actions de préférence », *Bull. Joly*, 2006, p. 1269 ; BRDA 14/04, 30 juillet 2004, p. 17, n^os^20 et 5 févier 2013, p. 4, n°6 ; MAGNIER, « Les actions de préférence : à qui profite la préférence ? », art. cit. ; A. VIANDIER, « Les actions de préférence », art. cit. ; D. OHL, « Aspects de la réforme du droit des valeurs mobilières », *Bull. Joly Bourse*, 2004 n°6, p. 689 ; A. LIENHARD, « Présentation de l'ordonnance réformant les valeurs mobilières », art. cit., 1959 ; C. MALECKI, « Attribution d'actions de préférence aux dirigeants », art. cit. ; G. AUZERO, art. cit. ; D. HIEZ, « L'incidence de l'introduction des actions de préférence sur le droit coopératif », *Dr. sociétés*, 2005, n°8, étude 8 ; P. LEDOUX, « La nature de la préférence », art. cit. ; A. PIETRANCOSTA, art. cit. ; B. Le BARS, « Le nouveau visage des augmentations de capital par apport en nature », *RDBF*, 2004, p. 369 ; J.-J. DAIGRE, « Les émissions sans droit préférentiel de souscription », *Rev. sociétés*, 3/2004, p. 479 ; Du même auteur, « L'aménagement du droit de vote », art. cit. ; G. de TERNAY, « SAS et actions de préférence : *modus operandi », JCP* E, 2005, n°568, p. 615 ; J.-M. MOULIN, « Les actions de préférence », art. cit. ; M.-F. VERNAY, « Les *preferred shares* : la fin d'un mythe fiscal ? », *RDBF*, 2004, n°4, p. 305 ; D. DESCAMPS et S. SYLVESTRE, « La procédure de création des actions de préférence », *Bull. Joly*, 2006, p. 1235 ; P. Le CANNU, « Sur les actions de préférence dans les SAS », *Bull. Joly*, 2006, p. 1311 ; du même auteur, « La protection des porteurs », art. cit. ; L. FAUGEROLAS et S. SABATIER, « Les émissions réservées », *Rev. sociétés*, 3/2004, p. 515 ; B. GRELON, « Le nouveau droit commun des valeurs mobilières donnant accès au capital », art. cit. ; S. SCHILLER, « L'évaluation de la préférence », *Rev. sociétés*, 2007, p. 703 ; B. DONDERO, « L'ordonnance n°2008-1145 du 6 novembre 2008 relative aux actions de préférence », *Rev. sociétés*, 2008, p. 715.

[118] MAGNIER, « Les actions de préférence : à qui profite la préférence ? », art. cit., n°2.

[119] C'est aussi cette conception de la préférence qui est généralement retenue en droit privé. Par exemple en droit des sûretés, les articles 2323 et 2325 du Code civil permettent au créancier bénéficiaire d'un privilège ou d'une hypothèque d'être honoré de sa dette avant les autres en cas de pluralité de créanciers. De même, en matière de baux commerciaux, le II de l'article L145-17 du Code commerce précise qu'en cas de reconstruction de l'immeuble ayant contenu le local commercial loué, l'ancien locataire *« a droit de priorité pour louer dans l'immeuble reconstruit »*. Le droit du travail n'est pas en reste. On peut y relever par exemple la priorité de réembauchage qui est reconnue à certains salariés dans certains cas. Mais bien souvent, lorsque l'on parle de préférence en droit privé, on pense à celle qui fait l'objet même du contrat, c'est-à-dire du pacte de préférence (Sur cet avant-contrat, voir D. PORACCHIA, « Non-efficacité d'un pacte extrastatutaire instituant un droit de préférence » note sous CA Paris 4 décembre 2007, *Rev. sociétés,* 2008, p. 330 ; T. PIAZZON « Retour sur la violation des pactes de préférence », *RTD Civ*. 2009, p. 433). Ce pacte peut être défini comme l'avant contrat par « *lequel le propriétaire d'une chose s'engage, au cas où il souhaiterait vendre, à proposer l'affaire à un bénéficiaire déterminé, avant toute autre personne* » : J. HUET, *Traité de droit civil, les principaux contrats spéciaux*, J. GHESTIN (dir. sous), 2^e^ éd. LGDJ, 1996, n°11166, p. 125. Même le droit des sociétés connaît dans certains cas cette forme de préférence comme en témoignent le droit préférentiel de souscription, les avantages particuliers, les actions de priorité.

s'opposent pas à ce que l'action de préférence puisse comporter, à la fois, des droits et des obligations spécifiques. Ils pensent simplement que ce titre catégoriel devra, au bout du compte, accorder à son bénéficiaire un privilège qui le place au-dessus des détenteurs d'actions ordinaires.

280. Selon Alain Couret et Hervé Le Nabasque[120], « *une action dite de préférence peut difficilement apparaître comme ne présentant pas un avantage significatif par rapport aux actions ordinaires : l'action de préférence ne saurait se ramener à un antiprivilège* »[121]. De la sorte, si elle est privée du droit de vote, l'absence de ce droit politique doit nécessairement être compensée par l'octroi d'autres prérogatives pécuniaires ou extrapécuniaires[122]. Cette vision est partagée par d'autres auteurs[123]. Par exemple, le professeur Jacques Mestre considère que « *la qualification d'action de préférence ne saurait s'accommoder de la seule existence de charges et qu'elle est difficilement concevable si, au final, l'action considérée apparaît comme manifestement moins privilégiée que l'action ordinaire* »[124]. Dans le même sillage d'autres ont encore pu avancer qu'« *une action sans droit particulier par rapport à une action ordinaire n'est pas une action de préférence...* »[125] ou que l'action de préférence ne saurait avoir un « *statut d'action infra-ordinaire* »[126].

281. On soulignera que les prescriptions de l'article L228-15 du Code de commerce semblent accréditer cette thèse. Aux termes de cette disposition, la procédure des avantages particuliers doit être observée chaque fois que des actions de préférence sont réservées à certains associés. Or, cette procédure n'est pertinente qu'en cas d'attribution d'altérité-avantage. N'est-ce pas un indice que la préférence ne peut être qu'un privilège ?

282. En tout état de cause, sous la conception stricte, la préférence n'a qu'un seul sens : elle correspond à un avantage de priorité ou d'antériorité qui permet au titulaire d'un droit

---

[120] A. COURET et H. LE NABASQUE, *Valeurs mobilières - Augmentations de capital - Nouveau régime - Ordonnance des 25 mars et 24 juin 2004*, *op.cit.,* n°504-8, p. 223.
[121] A. COURET et H. LE NABASQUE, *Valeurs mobilières - Augmentations de capital - Nouveau régime - Ordonnance des 25 mars et 24 juin 2004*, *op.cit*., n°504-8, p. 223.
[122] M. STORCK, « Réforme du régime des valeurs mobilières émises par les sociétés commerciales », *RTD com*. 2004, p. 558, spéc. p. 560 ; P. Le Cannu, « L'ordonnance n°2004-604 du 24 juin 2004 et les actions de préférence », *RTD com*. 2004, Chron. p. 533.
[123] Voir cependant B. PICHARD, « Quels droits pour les actions de préférence ? », art. cit., p. 8, qui a un avis plus nuancé, car même s'il semble plus proche de ce courant, il estime qu'il est difficile, voire impossible, de créer des actions de préférence avec des droits différents.
[124] J. MESTRE, « La réforme des valeurs mobilières », art. cit., p. 12 ; *BRDA* 14/04, 30 juillet 2004, préc p. 17, n°20.
[125] D. OHL, « Aspects de la réforme du droit des valeurs mobilières », art. cit., n°34.
[126] *Ibid*., n°28.

plus fort d'exclure un concurrent[127]. Par conséquent, le propriétaire d'actions de préférence apparaît comme « *une sorte de super-actionnaire* »[128] par rapport à ses coassociés possédant des actions ordinaires.

Cette approche demeure combattue par les tenants d'une acception large.

β. Conception large de l'action de préférence

283. À l'opposé des adeptes de la première approche, les défenseurs de la thèse extensive privilégient une interprétation libérale du terme « droits » contenu dans l'article L228-11 du Code de commerce. Suivant cette opinion, l'action de préférence est celle qui comporte des droits et/ou obligations dissemblables de ceux insérés dans les actions ordinaires. Les tenants de cette conception ne se préoccupent nullement du caractère avantageux ou désavantageux de la préférence. Peu importe, selon eux, que celle-ci soit un privilège ou un inconvénient[129]. Cette vision se trouve parfaitement traduite dans une formule employée par Alain Viandier selon laquelle *« les actions de préférence ne sont pas nécessairement des actions ayant plus de droits, mais seulement des actions assorties de droits différents : c'est l'altérité et non le privilège qui définit l'action de préférence »*[130].

284. L'essentiel des auteurs adhère à cette conception[131] ; certains affirmant que « *la préférence n'est qu'une différence* »[132] ou que « *l'avantage que confèrera l'action de préférence à son titulaire peut être positif comme négatif* »[133] ; d'autres estimant que l'action de préférence ne se définit que par les « droits particuliers » qui l'assortissent là où les actions de priorité jouissaient « *d'avantages par rapport à toutes autres actions* »[134]. À en croire ces auteurs, l'élément de préséance qui caractérisait ces actions de priorité aurait disparu, ne demeure que l'altérité[135]. On le voit, la majorité de la doctrine considère que l'action de préférence ne se définit pas nécessairement par l'avantage qu'elle confère à son titulaire par

[127] G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, *op. cit*., *v°* sens 1 du mot.
[128] P. LEDOUX, « La nature de la préférence », art. cit., p. 1221, n°6.
[129] Monsieur Bissara fait l'analogie avec le droit des biens en parlant de « *servitudes* », voir P. BISSARA, « Présentation générale de l'ordonnance portant réforme du régime des valeurs mobilières émises par les sociétés par actions », art. cit.,n°9, p. 466.
[130] A. VIANDIER, « Les actions de préférence », art. cit.,. n°10.
[131] P. Le CANNU, « La protection des porteurs », art. cit., n°11, p. 570 ; M.GERMAIN et V. MAGNIER, *Traité de droit commercial*, *les sociétés commerciales*, *op. cit*., n°1545, p. 359.
[132] P. LEDOUX, « La nature de la préférence », art. cit., p. 1220.
[133] J.-M. MOULIN, « Les actions de préférence », art. cit., p. 27.
[134] ANSA, *Émission d'actions de préférence*, Avis n°04-077, novembre-décembre 2004, p. 2.
[135] P. LEDOUX, « La nature de la préférence », art. cit., p. n° 8, 1221.

rapport aux porteurs d'actions ordinaires ; elle peut tout aussi bien prendre la forme d'une action simplement dépourvue d'un droit attachés aux actions ordinaires, comme par exemple le droit de vote[136] ; ou encore d'une action dont la seule particularité tient à ce que s'y attache une obligation particulière[137].

Entre ces deux visions, laquelle doit-on privilégier ? Pour répondre à cette question, il convient de les discuter.

ϒ. Discussion des conceptions

285. Défendue par un nombre négligeable d'auteurs[138], la conception étroite est loin de faire l'unanimité. Ses défenseurs s'appuient pourtant sur des arguments de grande valeur. Selon eux, il est illogique d'employer le terme « préférence » pour désigner un inconvénient[139]. Cet argument demeure, somme toute, léger car, comme l'a justement souligné Alain Viandier, le mot « préférence » n'est que la transposition du mot anglais de *preferred stocks*[140]. Il suffit pour s'en convaincre de signaler que, dans ses rapports, le MEDEF utilisait d'autres appellations comme « actions de croissance » pour désigner les mêmes titres[141]. Il semble donc difficile d'arguer de la terminologie employée pour écarter la possibilité d'une préférence négative[142].

286. Dans le même ordre d'idées, les défenseurs de la conception stricte se demandent comment attirer les investisseurs si on leur présente moins de droits par rapport aux associés qui sont déjà dans la société ? L'investisseur ou encore le capital-risqueur serait-il enclin à injecter de l'argent dans la société alors qu'il ne peut prétendre qu'à moins de prérogatives que les associés dont la société est en train de péricliter ? Cet argument semble être le fruit d'une réduction injustifiée du rôle des actions de préférence. Il est vrai que, pour l'essentiel, ces titres particuliers constituent un instrument souple de financement pour la société et une source attrayante d'investissements pour les souscripteurs[143]. Toutefois, il ne fait aucun doute

[136] *Ibid*., n° 16, p. 1224.
[137] M. GERMAIN, « Les actions de préférence », art. cit., p. 598 ; du même auteur, « Les actions de préférence : le nouveau régime de création et de suppression », art. cit., n°130, p. 82 ; M. BUCHBERGER, *op.cit*., p. 284, n°328.
[138] Bien qu'ils soient d'éminents auteurs.
[139] D. OHL, « Aspects de la réforme du droit des valeurs mobilières », art. cit., n°32.
[140] A. VIANDIER, « Les actions de préférence », art. cit., n°9 ; P. LEDOUX, « La nature de la préférence », art. cit., n°8, p. 1221.
[141] A. VIANDIER, « Les actions de préférence », art. cit., n°9.
[142] F. DRUMMOND, « Un nouveau principe : la liberté d'émettre 'toutes valeurs mobilières' », art. cit., n°10, p. 362.
[143] MAGNIER, « Les actions de préférence : à qui profite la préférence ? », art. cit., n°5, p. 2560.

qu'ils présentent d'autres intérêts. Ainsi, peuvent-ils permettre, de récompenser la fidélité de certains associés par l'octroi d'une rentabilité plus importante[144], de séparer capital et pouvoir pour lutter contre les offres publiques d'achats hostiles, de pratiquer certains montages originaux dans les groupes de sociétés[145], de favoriser le développement de l'actionnariat salarié[146], d'intéresser les dirigeants ou managers efficaces[147], de faciliter la transmission des entreprises[148], de suppléer les pactes d'actionnaires[149] dans les montages d'acquisitions à effet de levier (LBO)[150], etc.

287. Plus encore suivant les tenants de l'approche restrictive, l'admission par les articles L228-33 et L228-34 du Code de commerce de la possibilité de remplacer les certificats d'investissement existants par des actions de préférence sans droit de vote doit s'analyser comme un simple expédient pour démêler une situation autrement sans issue[151]. En d'autres termes, il s'agit d'une sorte de mesure transitoire visant à faciliter le passage des anciens « *aux nouveaux textes* »[152]. Dès lors, concluent-ils, il serait « *excessif d'en tirer la preuve certaine que l'action de préférence peut être moins dotée qu'une action ordinaire* »[153]. À cet argument, il convient de rétorquer que le simple fait de prévoir cette faculté suffit pour reconnaître la préférence-inconvénient, car d'autres solutions étaient envisageables. Le législateur pouvait, par exemple, établir une parité comme c'est le cas en matière de fusion. Concrètement, cela consisterait à créer des actions objectivement privilégiées, puis à déterminer le nombre de certificats correspondant par un système d'équivalence. Il paraît ainsi plus exact de retenir que « *le législateur a fait de l'absence du droit de vote un signe possible*

[144] J. MESTRE, « La réforme des valeurs mobilières », art. cit., p. 11.
[145] H. Le NABASQUE, « Les actions de préférence 'de groupe' », art. cit., p. 1297.
[146] G. AUZERO, « Actions de préférence et actionnariat salarié », *Bull. Joly*, 2006, p. 1287, spéc. p. 1288.
[147] C. MALECKI, « Attribution d'actions de préférence aux dirigeants », art. cit., n°9, p. 1280.
[148] R. GAUDET « Paiement des dividendes en actions de priorité : un outil de transmission d'entreprise progressif et efficace » ; *Dr. et patr*., 1997, p. 35.
[149] R. KADDOUCH, « LBO : actions de préférence ou pacte d'actionnaires », *JCP* E, 2006, n°24, p. 1953.
[150] Rappelons le mécanisme du LBO : une société cible est rachetée en principe à hauteur d'au-moins 95% du capital (pour un effet de levier fiscal) par une société holding, constituée par les managers de la cible et un ou plusieurs fonds d'investissement. Le rachat est financé au moyen d'un apport en fonds propres et d'un prêt consenti par un ou plusieurs établissements de crédit (dette senior), auquel s'ajoute parfois une dette mezzanine (qui prend souvent la forme d'une émission d'obligations convertibles). Le remboursement est assuré par la remontée des dividendes de la cible au sein de la société holding. Le remboursement de la dette mezzanine est subordonné (au moyen de la conclusion d'une convention de subordination) à celui de la dette senior. Les relations au sein de la holding entre le management et les fonds d'investissement sont régies par un pacte d'actionnaires. Pour plus de détails, voir R. KADDOUCH, « LBO : actions de préférence ou pacte d'actionnaires », art. cit., n°3.
[151] D. OHL, « Aspects de la réforme du droit des valeurs mobilières », art. cit., n°35.
[152] T. BONNEAU, « L'ordonnance n°2004-604 du 24 juin 2004 portant réforme des valeurs mobilières émises par les sociétés commerciales. Son application dans le temps », *Dr. sociétés*, 2004, n°s8-9, étude n°11, p. 6, spéc. n°5, p. 7.
[153] D. OHL, « Aspects de la réforme du droit des valeurs mobilières », art. cit., n°35.

de l'action de préférence »[154].

288. Enfin, les souteneurs de l'analyse étroite estiment qu'il est déraisonnable d'appliquer la procédure des avantages particuliers à l'attribution de préférence-négative[155]. Rappelons qu'en vertu de l'article L228-15 du Code de commerce, lorsque des actions de préférence sont accordées à des personnes nommément désignées, une procédure dite de vérification doit être respectée afin de permettre aux associés non-bénéficiaires des actions, de mesurer aussi bien l'étendue de l'altérité accordée, que son impact sur la société[156]. Ce texte exclut du vote les éventuels bénéficiaires des actions en cause. Ainsi, les contempteurs de la conception large s'interrogent-ils sur l'intérêt d'appliquer cette lourde procédure, qualifiée par d'aucuns d'illusoire[157] ou d'anachronique[158], pour demander aux associés d'approuver un désavantage qui, à première vue, ne leur cause aucun tort. De plus, qu'est ce qui justifierait l'exclusion de l'associé désavantagé du vote ? Ces arguments demeurent, somme toute, de taille, d'autant qu'en l'absence de privilège, l'application de ladite procédure paraît surréaliste[159] et injustifiée[160].

289. Leur portée ne doit pas pour autant être surestimée. En réalité, « *la rédaction du texte n'est que le reflet du fait que le législateur n'avait en pratique d'autre choix que de lui donner une portée générale* »[161]. Cela s'explique par le fait qu'a priori, il est impossible de savoir si les actions de préférence sont bien préférables aux actions ordinaires. Par ailleurs, la règle posée par l'article L228-15 du Code de commerce « *traduit une préoccupation principale du législateur qui a été de préciser nettement les cas dans lesquels ladite procédure doit être suivie* »[162]. L'objectif était de mettre un terme à la controverse doctrinale qui était née sur l'applicabilité, ou non, de ce mécanisme de contrôle aux émissions réservées d'actions de priorité ou de dividende prioritaire sans droit de vote[163].

---

[154] M. GERMAIN, « Les actions de préférence », art. cit., n°3, p. 598.
[155] B. PICHARD, « Quels droits pour les actions de préférence ? », art. cit., p. 10.
[156] Art. L225-8 du Code de commerce.
[157] J. HAMEL et G. LAGARDE, *Traité de droit commercial*, t.1, éd. Dalloz, 1954, p. 730, n°609.
[158] B. DONDERO, « Statuts de SAS et pactes extra-statutaires : questions et confrontations », art. cit., p. 245.
[159] M. GERMAIN, « Les moyens de l'égalité des associés », art. cit., p.194, n°7, note 10
[160] B. PICHARD, « Quels droits pour les actions de préférence ? », art. cit., p. 10.
[161] P. LEDOUX, « La nature de la préférence », art. cit., n°14, p. 1224.
[162] A. VIANDIER, « Les actions de préférence », art. cit., n°9.
[163] Certains auteurs écartaient l'application de la procédure de contrôle aux avantages particuliers liés aux actions de priorité sous prétexte, d'une part, que ces avantages sont de nature cessibles et, d'autre part, que l'article L225-38 du Code de commerce disposait que la procédure des avantages particuliers n'avait pas à être suivie en cas d'augmentation de capital réservée à une ou plusieurs personnes. D'autres avaient toutefois objecté que si l'altérité attachée aux actions est cessible, il n'en reste pas moins que son attribution par la société à certains actionnaires, crée une inégalité entre associés. À propos de l'article L225-138, ils estimaient qu'il pouvait être interprété comme

290. Au-delà de ces remarques, la conception restrictive semble difficilement praticable car elle exigerait des sociétés un exercice périlleux de comparaison[164] entre les droits offerts par les actions ordinaires et ceux conférés par les titres de préférence[165], sachant que seule cette comparaison peut permettre de s'assurer de l'existence d'un avantage significatif. Or, comme on a pu le souligner[166], cette opération apparaît difficile, voire impossible. De plus, la loi n'ayant prévu aucun mécanisme pour annuler l'émission des actions de préférence, c'est à juste titre que le professeur Viandier s'interroge sur ce qu'il adviendrait au cas où la préférence se retrouverait finalement négative. C'est dire que la conception stricte risque de rajouter à la loi. Voilà pourquoi la distinction entre les préférences positives et négatives qui était proposée par le premier projet de rapport au Président de la République a été abandonnée[167].

291. On l'aura compris, nous souscrivons à l'acception extensive. Outre les éléments qui viennent d'être mis en relief, elle traduit mieux l'esprit de liberté qui a gouverné la réforme de 2004[168]. En créant les actions de préférence et en remplaçant le mot « avantage » par celui de « droits », le législateur a-t-il entendu offrir une attractivité aux acteurs économiques[169] dans un monde des affaires longtemps plombé par la rigidité des règles qui le régissent[170]. Il faut donc admettre que, en fonction des besoins de la société, l'assemblée générale pourra établir des actions de préférence positives ou négatives. Elle devra seulement respecter l'ordre public sociétaire. C'est en tout cas, à cette lecture de l'article L228-11 du Code de commerce, qu'invite le dernier rapport adressé au Président de la République puisqu'on peut y lire que *« les caractéristiques de ces actions seront librement déterminées par les statuts ou par le contrat… Les droits sont entendus au sens générique du terme, et ces actions peuvent donc aussi être dotées d'obligations particulières et faire l'objet de restrictions »*[171]. En dernière

---

ne s'appliquant qu'aux actions ordinaires, pour plus de détails sur ce débat, voir A. LIENHARD, « Présentation de l'ordonnance réformant les valeurs mobilières », art. cit., p. 1959 ; M. GERMAIN, « Les actions de préférence », art. cit., n°21, p. 606 ; J.-J. DAIGRE, « Actions privilégiées, catégories d'actions et avantages particuliers », art. cit., pp. 217 et s.

[164] Cette méthode est souvent utilisée en droit administratif. Tel est le cas lorsque le juge administratif applique la technique dite du bilan coûts-avantages. Voir par exemple, CE, 28 mai 1971, *D.* 1972, Jur. p. 194, note J. Lemasurier ; *RDP*, 1972, p. 454, note M. Waline ; *AJDA*, 1971, p. 404, Chron. D. Labetoulle et P. Cabanes et p. 463, Concl. G. Braibant ; *JCP* G, 1971, II, 16873, note A. Homont.

[165] P. LEDOUX, « La nature de la préférence », art. cit., p. 1223, n°13.

[166] A. VIANDIER, « Les actions de préférence », art. cit., n°10.

[167] M. GERMAIN, « Les actions de préférence : le nouveau régime de création et de suppression », art. cit., n°130, p. 82.

[168] F. DRUMMOND, « Un nouveau principe : la liberté d'émettre 'toutes valeurs mobilières' », art. cit., p. 362, n°10 ; P. LEDOUX, « La nature de la préférence », art. cit., p. 1223, n°12.

[169] J. Le PAPE « Les actions de préférence. La philosophie de la réforme », *Dr. et patr*. 2004, p. 80.

[170] P. BISSARA, « L'inadaptation du droit français des sociétés aux besoins des entreprises et les aléas des solutions », *Rev. sociétés*, 1990, p. 553.

[171] Rapport au président de la république, *JO* du 30 juillet 2004, n°175, p. 13557.

analyse, la conception large paraît plus conforme à l'esprit du droit positif.

Cette conclusion ne résout pas les difficultés soulevées par ces nouvelles valeurs mobilières dans le cas spécifique des SAS.

2. Actions de préférence et SAS

292. Avec l'avènement des actions de préférence, une question singulière s'était posée dans les sociétés par actions simplifiées. Les auteurs se sont demandé si la catégorie des actions de préférence épuisait la notion de catégorie de titres dans cette forme sociale. Il s'agissait, en d'autres termes, de savoir s'il est possible de créer dans les SAS des catégories d'actions autres que les actions de préférence[172], étant entendu que si la réponse devait être négative, la liberté contractuelle prédominant dans ce type de société pourrait s'en trouver réduite. Il en serait ainsi par exemple chaque fois qu'il est envisagé d'aménager des droits, tel que le droit de vote[173], pour lesquels le régime propre à la SAS comporte moins de contraintes que celui des actions de préférence[174].

293. D'aucuns[175] ont fait remarquer que, aucune disposition légale n'impose de qualifier d'actions de préférence, l'ensemble des actions comportant une altérité dans une SAS. De la sorte, cette forme sociale devrait être considérée comme une exception où seraient admises, des catégories d'actions échappant à la qualification d'actions de préférence[176]. Cette approche prête le flanc à la critique. En effet, à partir du moment où le « *moule uniforme des actions de préférence* »[177] englobe toutes celles qui sont dotées de droit et/ou d'obligations particuliers, on ne voit pas pourquoi devrait-on y soustraire des catégories d'actions qui, de toute façon, porteraient une altérité[178]. Il est vrai qu'en organisant les assemblées spéciales des titulaires d'actions catégorielles, l'article L225-99 du Code de commerce vise les catégories d'actions sans aucune autre précision.

---

[172] La question n'est toutefois pas nouvelle. Elle s'était déjà posée à propos des actions de priorité, Voir J.-J. DAIGRE, F. MONOD et F. BASDEVANT, « Les actions à privilèges non financiers », art. cit., p. 12.

[173] Rappelons que l'article L225-122 du Code commerce qui impose la règle « une action-une voix » est écarté en ce qui concerne la SAS alors qu'il demeure applicable aux actions de préférence.

[174] P. Le CANNU, « Sur les actions de préférence dans les SAS », art. cit., p. 1313, n°4.

[175] G. de TERNAY, art. cit., p. 618, n°19 ; L. GROSCLAUDE, « Les parts sociales catégorielles dans les sociétés civiles », art. cit., p. 31 ; P. Le CANNU et B. DONDERO, *op. cit.,* n°1136.

[176] P. Le CANNU, « Sur les actions de préférence dans les SAS », art. cit., p. 1313, n°4, qui affirme que *« les actions de préférence ne sont pas les seules possibilités dont jouissent les SAS pour spécifier leurs actions* ».

[177] Selon l'expression de Monsieur Grosclaude, voir L. GROSCLAUDE, « Les parts sociales catégorielles dans les sociétés civiles », art. cit., p. 31.

[178] M. BUCHBERGER, *op.cit.,* p. 285, n°330 ; D. PORACCHIA et B. GAY, « Sociétés par actions simplifiées et actions de préférence », art. cit., p. 40.

Mais outre son inapplicabilité à la SAS, ce texte ne fait pas allusion à la liberté de création de ces catégories. Il est, dès lors, difficile d'y voir une permission d'émettre des catégories de titres différentes des actions de préférence[179]. Surtout, la loi sur les sociétés par actions ne prévoit que deux types d'actions : celles de préférence et celles ordinaires[180]. Ceci étant dit, se pose toutefois la question de savoir comment pallier le risque de remettre en question la liberté contractuelle qui caractérise la SAS, notamment en ce qui concerne le droit de vote. À ce titre, l'article L227-1 du Code de commerce apporte une réponse puisqu'il écarte l'application des articles L225-122 à L225-125 dudit code[181] dans cette forme sociale.

294. Finalement, il convient de retenir que, comme dans les autres sociétés par actions, toutes les catégories de titres de capital émises dans la SAS doivent recevoir la qualification d'actions de préférence. Les contours de l'action de préférence étant ainsi définis, nous allons tracer ceux des parts sociales catégorielles.

b. Les parts sociales catégorielles[182]

295. Avant d'exposer la notion de part catégorielle, rappelons brièvement que les parts sociales sont les titres de capital remis aux apporteurs dans les sociétés autres que celles par actions[183]. Il s'agit plus exactement des sociétés en nom collectif[184], des sociétés à responsabilité limitée[185], des sociétés en commandite simple ou par actions pour les parts de commandité, de toutes les sociétés d'exercice libérale[186], des groupements d'intérêt économique[187], des sociétés coopératives et de toutes les sociétés civiles, telles que les SCI, GFA, GAEC et SCP.

296. Cette précision étant faite, les parts sociales catégorielles n'ont fait l'objet d'aucune

[179] D. PORACCHIA et B. GAY, « Sociétés par actions simplifiée et actions de préférence », art. cit., p. 40.
[180] Voir art. L225-127 du Code de commerce, applicable à la SAS, qui dispose que le capital social est augmenté soit par l'émission d'actions ordinaires ou d'actions de préférence.
[181] Ces dispositions prévoient respectivement l'obligation de maintenir une stricte proportionnalité entre la détention du capital et le nombre de droits de vote, et la possibilité de limiter dans les statuts le nombre de voix dont dispose chaque actionnaire dans les assemblées si la limitation s'applique à tous les actionnaires.
[182] Nous préférons cette expression à celle de parts sociales privilégiées car, à notre avis, il est possible de créer des catégories de parts sociales comportant une altérité négative.
[183] P. ROUAH, *v°* « Sociétés anonymes.-Nantissement judiciaire de parts sociales et de valeurs mobilières.-Commentaires », *J-Cl. Sociétés* Traité, Fasc. n° K-110, décembre 2010, n°20.
[184] Art. L221-13 du Code de commerce.
[185] Art. L223-2 du Code de commerce. C'est le cas également pour l'EURL.
[186] Rappelons que ces sociétés sont régies par la loi n°90-1258 du 31 décembre 1990.
[187] Art. L251-3 du Code de commerce.

réglementation spécifique[188]. Certes, la doctrine estime que « *les articles L228-11 et suivants du Code de commerce offrent un cadre aux actions de préférence, mais n'épuisent pas les possibilités d'émission de catégories de parts ou d'actions dans d'autres formes sociales* »[189]. Cependant, en plus d'être peu étudiée[190], la notion de part sociale catégorielle n'est nulle part définie en droit des sociétés. Il est vrai que, comme toute part d'intérêt[191], elle doit être non-négociable[192]. Pour le reste, il s'impose de recourir aux critères de la notion de catégorie de titres pour la circonscrire. En conséquence, la part sociale catégorielle existe lorsque deux conditions cumulatives sont réunies. D'une part, elle doit conférer une altérité, c'est-à-dire des prérogatives et/ou des obligations particulières, différentes de celles incorporées aux parts ordinaires. D'autre part, cette altérité doit être *propter rem*, c'est-à-dire transmissible avec le titre. Si ces exigences sont satisfaites, toutes les parts qui porteront la même altérité constitueront une catégorie. Si une seule est dotée de cette différence, elle constituera seule la catégorie.

297. Au total, pour réaliser une rupture d'égalité entre associés, la première phase doit consister à établir une altérité. Celle-ci pourra s'attacher à la personne de l'associé ou aux actions ou parts sociales. Toutefois, cette étape n'est pas la seule dans le processus de création de l'inégalité entre associés. Un autre palier doit être atteint : c'est la réalisation du critère personnel.

Sous-section 2. Le critère personnel de l'inégalité entre associés

298. L'élément personnel de l'inégalité entre associés se subdivise en deux sous-critères. Il suppose d'une part, que l'altérité soit réservée à un nombre limité d'associés (§ 1) et, d'autre part, que cette réservation se fasse en considération de la qualité d'associés des destinataires (§ 2).

[188] L. GROSCLAUDE, « Les parts sociales catégorielles dans les sociétés civiles », art. cit., p. 31.
[189] *Ibid*.
[190] Seuls quelques contributions doctrinales lui sont consacrées, voir CANTENOT, « Catégories de parts sociales dans les sociétés à responsabilité limitée », *Journ. notarial,* 1952, 429, art. 43.794 ; J.-M. de BERMOND de VAULX, « Les parts sociales privilégiées », art. cit. ; L. GROSCLAUDE, « Les parts sociales catégorielles dans les sociétés civiles », art. cit. ; Y. GUYON, « La situation des associés dans les sociétés civiles et les sociétés commerciales ne faisant pas publiquement appel à l'épargne », *RTD com*. 1993, p. 353.
[191] M. GERMAIN et V. MAGNIER, *op.cit*., n°1590.
[192] Art. L223-12 du Code de commerce pour la SARL.

§ 1. La nécessaire limitation du nombre des associés destinataires de l'altérité

299. L'inégalité entre associés ne peut exister que si certains associés sont écartés ou exonérés du partage d'un droit ou d'une charge[193]. C'est seulement lorsque s'opère cette exclusion que les associés ne seront plus placés sur un même pied d'égalité, les discriminés étant situés au-dessus ou en-deçà des autres. Il n'est toutefois pas nécessaire que plusieurs associés fassent l'objet de cette exclusion. Il suffit qu'un seul soit privé d'un avantage[194] ou exonéré d'une charge imposée aux autres[195]. Il n'est pas non plus impératif que l'exclusion soit totale, une éviction partielle suffit. Par exemple, l'altérité peut être destinée à tous les associés, mais répartie de façon disproportionnée aux apports. En pareille hypothèse, l'inégalité découlera du fait que les associés qui auront reçu plus ou moins que ce qu'ils devraient, seront en partie évincés.

300. L'exclusion peut résulter de la réservation formelle de l'avantage ou du désavantage à certains associés. Il en est ainsi lorsque les associés indiquent directement dans les statuts ou dans un autre document[196], les noms des associés récipiendaires de l'altérité ou des critères précis qui pourront permettre de les identifier[197]. C'est ainsi qu'il y aura exclusion des autres associés, lorsqu'une différence est destinée à une catégorie d'associés dont les membres qui la composent sont suffisamment identifiables[198]. Dans ces différents cas, la seule désignation, directe ou indirecte, des bénéficiaires de l'altérité suffit pour en écarter les autres.

301. L'éviction peut aussi être factuelle. Dans les hypothèses d'abus de majorité et de minorité où l'exclusion d'une partie des actionnaires d'une faveur ou d'une charge n'est pas préalablement et expressément organisée. Il n'en demeure pas moins que, c'est parce que les minoritaires ou majoritaires sont privés d'un privilège[199] ou dispensés d'une charge[200], que la jurisprudence retient une rupture d'égalité. Il arrive cependant que l'exclusion soit difficile à

[193] R. TUNC, *op.cit*., p. 47, n°50.
[194] Cass. com. 29 mai 1972, préc.
[195] Cass. com. 24 janvier 1995, préc.
[196] Par exemple un protocole entre l'associé et la société.
[197] C. HOUPIN, « Création d'actions de priorité-vérification des avantages en résultant-applicabilité de l'article 4 de la loi de 1867 », *Journ. sociétés*. 1906, p. 193, spéc. p. 196
[198] P. MILLET, *op.cit*., p. 105.
[199] Voir par exemple, TGI Chartres, 15 janvier 1991, *Dr. sociétés*, 1991, n°238 ; *Gaz. pal*. 1991, I, Jur. p. 211, note Marchi, où la rupture d'égalité résultait du fait que les minoritaires avaient été privés du versement d'une prime d'émission à laquelle ils pouvaient prétendre et n'avaient pas été mis en mesure d'exercer leur droit préférentiel de souscription ou de céder leur droit de souscription. Voir également, Cass. com. 7 octobre 1974, *Dr. sociétés*, 1974, p. 145.
[200] Cass. com. 18 juin 2002, *Bull. Joly*, 2002, p. 1197, note L. Godon.

établir parce que masquée par une apparence de traitement égalitaire[201]. Tel est le cas par exemple si, ayant décidé d'augmenter son capital, la société exige une souscription minimale dans le seul but d'éliminer un ou certains associés[202]. Il en est de même lorsque la personne morale se spolie au bénéfice d'une autre au sein de laquelle un associé a des intérêts[203]. Dans ces situations, l'exclusion des autres associés de l'altérité existe, mais sera évidemment difficile de la prouver.

En toute hypothèse, pour que l'inégalité entre associés soit définitivement constituée, l'altérité devra nécessairement être attribuée ou imposée aux destinataires en considération de leur qualité d'associés.

§ 2. La nécessaire prise en compte de la qualité d'associés des destinataires de l'altérité

302. Jusqu'à présent, il n'était question que de l'exclusion qui découle du fait que l'altérité soit destinée exclusivement à un ou certains associés, pris comme tels. Or, il peut se présenter des situations où un avantage se trouve conféré à un associé au titre d'une autre qualité[204], c'est-à-dire d'un contrat juridiquement distinct du contrat de société[205] ou qu'il soit carrément attribué à un tiers au contrat de société[206]. En pareils cas, il y aura évidemment exclusion des non-destinataires. Pourra-t-on pour autant parler d'inégalité entre associés ? À cette question, il s'impose de répondre par la négative.

303. Au fond, parce qu'ils sont les parties[207] au contrat de sociétés, les associés ont seuls vocation à participer au partage des droits et des obligations qu'il engendre. Sauf convention spéciale[208], « *les tiers ne sont pas en concours avec les associés* »[209] sur les prérogatives et charges nées de l'activité sociale. C'est pour cette raison que la doctrine a très vite reconnu

[201] Pour un exemple, voir CA Paris, 21 novembre 1974, *RJ. com*. 1975, p. 60.
[202] R. TUNC, *op.cit*., n°56, p. 50.
[203] Voir Cass. com. 24 févier 1975, *Rev. sociétés*, 1976, p. 92, note B. Oppetit.
[204] Voir cependant, T. Seine, 4 avril 1887, *Rev. sociétés*, 1890, p. 103 ; 16 mai 1887, *Journ. sociétés*, 1888, p. 208, où des avantages accordés à des dirigeants ont pu être analysés comme constituant une inégalité entre associés.
[205] H. BOSVIEUX, « De la notion d'avantage particulier », art. cit., p. 77.
[206] Par exemple un droit de regard dans la société.
[207] B. DONDERO, « Le licenciement ne respectant pas les statuts est dépourvu de cause réelle et sérieuse », note sous Cass. soc. 15 février 2012, *Gaz. pal*. 2012, p. 2277, spéc. p. 2278 ; C. DONZEL-TABOUCOU, « L'associé d'une société civile, apporteur en compte courant, n'est pas un créancier comme les autres, à propos de Cass. com. 3 mai 2012, n°11-14844 », *Gaz. pal*. 2012, p. 2056, spéc. n°9, p. 2057.
[208] On songe par exemple au démembrement des droits sociaux ou encore à la convention de croupier.
[209] P. DIDIER et PH. DIDIER, *Droit commercial*, *Les sociétés commerciales*, *op.cit.,* n°624, p. 510.

que lorsque des avantages particuliers sont octroyés à des tiers, l'application de la procédure légale de contrôle se justifiait moins par une rupture d'égalité[210] que par la protection du patrimoine social[211]. C'est également dans le même esprit que la cour d'appel de Roubaix avait décidé que l'attribution du fonds social d'une société à son actionnaire majoritaire, suite à une fusion absorption, ne rompait pas l'égalité entre associés[212], puisque cette attribution avait été faite à la société actionnaire en sa qualité de société absorbante et non celle d'associé. Ce raisonnement s'applique avec plus d'évidence lorsque l'altérité est accordée ou mise à la charge d'un tiers au contrat de société. Deux exceptions doivent néanmoins être relevées. En effet, si l'altérité est conférée au tiers simultanément à son accession à la qualité d'associé[213] ou si, officiellement octroyée à un tiers, elle se révèle, *in fine*, être conférée à un associé[214], il y aura assurément rupture d'égalité entre associés. Cette précision conduit à s'interroger plus généralement sur les tiers au contrat de société.

304. En effet, la notion de « tiers »[215] est l'une des « *plus équivoques de la langue juridique contemporaine* »[216]. Qu'il s'agisse du droit processuel[217], du droit civil des obligations[218] ou du droit des sociétés[219], la détermination de la catégorie des tiers soulève de redoutables difficultés.

---

[210] L'avantage attribué à un tiers ne provoque pas une rupture d'égalité entre les associés, voir ESCARRA et RAULT, *Traité théorique et pratique de de droit commercial, Sociétés commerciales*, t. II, éd. Sirey, 1951, n°667, p. 164.

[211] R. PERCEROU, « La notion d''avantage particulier' », in *Dix ans de conférences d'agrégation, Études de droits commercial offertes à J. Hamel*, éd. Dalloz, 1961, p. 171, spéc. 174 et 175 ; Voir également, D. SCHMIDT, *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme*, *op.cit*., n°93, p. 100, pour qui cette procédure se fonderait sur l'article 1833 du Code civil, c'est-à-dire l'intérêt commun des associés.

[212] T. com. Roubaix, 6 mai 1994, *Bull. Joly*, 1994, p. 651, note, P. Le Cannu.

[213] On songe à l'hypothèse où des actions de préférence ou des parts sociales catégorielles sont réservées à un tiers. Dans ce cas, et plus spécifiquement pour les actions de préférence réservées à un tiers, une réponse ministérielle a admis l'application la procédure des avantages particuliers, voir Rép. min. à QE n°43987, *JO* AN Q., 24 août 2004, p. 6685. Ce qui revient à considérer que la rupture d'égalité entre associés est sous-entendue.

[214] R. PERCEROU, « La notion d''avantage particulier' », art. cit., p. 175.

[215] Sur l'ensemble de la question, P. DELMAS-SAINT-HILAIRE, *Le tiers à l'acte juridique*, th. Bordeaux, 1998.

[216] PH. MALAURIE, L. AYNES et P. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, 8e éd. LGDJ-Lextenso, 2016, n°793, p. 435.

[217] Voir notamment, F. DERRIDA, « La notion de partie dans les décisions relatives au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises », *D*. 2003, Chron. p. 77 ; F. BUSSY, « La notion de partie à l'instance en procédure civile », *D*. 2003, Chron. p. 1376.

[218] Sur le débat doctrinal en droit des obligations, voir M. FONTAINE et J. GHESTIN, *Les effets du contrat à l'égard des tiers, comparaison franco-belge*, éd. LGDJ, 1992 ; D. CHOLET, « La distinction des parties et des tiers appliquée aux sociétés », *D*. 2004, p. 1141 ; C. GUELFUCCI-THIBIERGE, « De l'élargissement de la notion de partie au contrat… à l'élargissement de la portée du principe de l'effet relatif », *RTD civ*. 1994, p. 275 ; J.-L. AUBERT, « A propos d'une distinction renouvelée des parties et des tiers », *RTD civ*. 1993, p. 263 ; J. GHESTIN, « La distinction entre les parties et les tiers au contrat », *JCP* G, I, 1992, 3628 ; du même auteur, « Nouvelles propositions pour un renouvellement de la distinction des parties et des tiers », art. cit.

[219] D. CHOLET, art. cit., p. 1141, l'auteur fait remarquer que le terme tiers peut renvoyer à deux problématiques foncièrement différentes. Tantôt, il désigne les associés. Il en va ainsi notamment lorsqu'il s'agit de les confronter à la personne morale, tantôt, il renvoie à des personnes autres que les associés.

305. En droit des contrats, deux définitions s'affrontent. Classiquement, la masse des tiers est définie de façon résiduelle par opposition à celle des parties[220]. Selon cette conception, sont tiers tous ceux qui ne sont pas parties, c'est-à-dire qui n'ont pas donné leur consentement au contrat[221]. Dans les cas simples où il existe d'un côté ceux qui ont conclu le contrat et qui doivent exclusivement subir ses conséquences obligatoires[222] et, de l'autre, les tiers *penitus extranei* qui sont totalement étrangers au contrat et aux parties[223], cette définition reste tout à fait satisfaisante. N'ayant en réalité aucun contact avec la convention et les parties, ces tiers n'auront jamais ni à pâtir ni à profiter de l'obligation contractuelle[224]. Ils se doivent seulement de respecter la situation née du contrat[225].

306. Mais la réalité est souvent bien plus complexe. Le contrat n'étant pas un monde fixé et hermétiquement clos[226], il arrive souvent que des personnes se retrouvent créancières ou débitrices d'obligations issues d'une convention à la conclusion de laquelle elles n'ont pas pris part[227]. On peut citer le cas du bénéficiaire d'une stipulation pour autrui qui, sans avoir conclu le contrat, se trouve lié par ses effets. Il en est de même des ayant-causes à titre particulier[228] et des créanciers chirographaires[229] des parties[230] qui subissent ou bénéficient des effets du contrat signé par leur auteur. Ces nombreuses entorses au principe de l'effet relatif du contrat[231] a conduit certains[232] à dénier toute réalité à cette règle.

307. Ceci étant dit, se pose la question de savoir comment qualifier les personnes se trouvant dans cette situation intermédiaire. Pour les défenseurs de la conception classique, les qualificatifs de « *faux tiers* »[233] ou de « *tiers assimilés aux parties* »[234] demeurent plus

---

[220] J. GHESTIN, « Nouvelles propositions pour un renouvellement de la distinction des parties et des tiers », art. cit., n°6, p. 783.
[221] C. GUELFUCCI-THIBIERGE, art. cit., n°7, p. 277.
[222] Art. 1165 du Code civil.
[223] PH. MALAURIE, L. AYNES et P. STOFFEL-MUNCK, *op.cit.,* n°794.
[224] *Ibid*.
[225] F. TERRÉ, P. SIMLER et Y.LEQUETTE, *Droit civil, les obligations*, 11e éd. Dalloz, 2013, n°490, p. 547.
[226] J.-L. AUBERT, « À propos d'une distinction renouvelée des parties et des tiers », art. cit., p. 263, n°1.
[227] *Ibid*., p. 264.
[228] J. du GARREAU de la MECHENIE, « La vocation de l'ayant cause particulier aux droits et obligations de son auteur », *RTD civ*. 1944, p. 219. Sur cette notion, voir LABORDE-LACOSTE*, La notion d'ayant cause à titre particulier*, th. Bordeaux, 1916 ; MOURGEONS, *Les effets des conventions à l'égard des ayants cause à titre particulier en droit français*, th. Paris 1934.
[229] J. BONNECASE, « La condition juridique du créancier chirographaire », *RTD civ*. 1920, p. 103.
[230] C. GUELFUCCI-THIBIERGE, art. cit., p. 278, n°10.
[231] Art. 1165 du Code civil devenu 1199 du même code depuis le 1er octobre 2016.
[232] R. SAVATIER, « Le prétendu principe de l'effet relatif des contrats », *RTD civ*. 1934, p. 525.
[233] Voir par exemple, LARROUMET, *Obligations*, n°752, cité par J. GHESTIN, « La distinction entre les parties et les tiers au contrat », art. cit., note 11.
[234] M. STORCK, *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, éd. LGDJ, 1982, n°48.

convenables. De telle sorte qu'à l'opposé des parties[235], il existe, dans la thèse classique ou volontariste, une hétérogénéité de tiers, composée, d'un côté, des vrais tiers qui sont concernés uniquement par l'opposabilité[236] du contrat, indépendamment de tout effet obligatoire et, d'un autre côté, des faux-tiers qui ne sont pas parties, mais qui ne sont pas non plus totalement étrangers au contrat ou aux parties. Ce simple exposé suffit à se rendre compte des limites de l'approche classique. En insérant une catégorie intercalaire entre les parties et les tiers, avec pour conséquence le gonflement exagéré de cette dernière catégorie, la solution traditionnelle apparaît irréaliste[237] et sans intérêt[238].

308. Aussi, une approche plus moderne a-t-elle été proposée pour tenter de remettre de l'ordre dans la classe des tiers. Dans une contribution parue en 1992, le professeur Ghestin affirmait que les tiers au contrat étaient constitués de toutes les personnes, *« y compris celles qui sont liées par les effets obligatoires du contrat, dès l'instant qu'elles n'ont pas consenti à cet effet obligatoire »*[239]. Suivant cette conception, il importe peu que la personne soit ou non affectée par les effets du contrat. Si, elle n'exprime pas son consentement, elle doit être considérée comme tiers. Cette opinion avait le mérite d'éviter « *les qualifications ambiguës et fermement dénoncées de 'parties assimilées' ou de 'faux tiers'* »[240]. Elle fut toutefois combattue par un auteur[241] qui l'a jugée inopérante, non seulement pour définir le champ de l'effet obligatoire du contrat[242], mais aussi pour surmonter la difficulté posée par les catégories intermédiaires[243]. Suite à cette critique, un autre auteur a proposé de considérer comme tiers, toute personne qui échappe à l'effet obligatoire du contrat par *« l'effet de sa volonté ou par l'effet de la loi »*[244].

309. C'est dans ces conditions et pour tenir compte de toutes ces critiques et suggestions,

---

[235] Sachant que la catégorie de parties englobe aussi les personnes représentées conventionnellement ou légalement et les successeurs des parties, c'est-à-dire les ayants cause universels ou à titre universel.
[236] Pour une étude globale, voir F. BERTRAND, *L'opposabilité du contrat aux tiers*, th. Paris II, 1979 ; R. WINTGEN, *Etude critique de la notion d'opposabilité, les effets du contrat à l'égard des tiers en droit français et allemand*, th. Paris I, 2004.
[237] J. GHESTIN, « La distinction entre les parties et les tiers au contrat », art. cit., n°3.
[238] J. GHESTIN, « Nouvelles propositions pour un renouvellement de la distinction des parties et des tiers », art. cit., n°6, p. 783.
[239] J. GHESTIN, « La distinction entre les parties et les tiers au contrat », art. cit., n°20.
[240] J.-L. AUBERT, « À propos d'une distinction renouvelée des parties et des tiers », art. cit., n°24, p. 268.
[241] *Ibid*., p. 263.
[242] *Ibid*., n°30, p. 270.
[243] *Ibid*., n°31, p. 270, l'auteur estime que la solution proposée par Jacques Ghestin ne permet de surmonter le problème qu'en apparence, puisque désormais, il faudra « *distinguer non seulement le tiers liés par le contrat de celui qui est seulement exposé à l'opposabilité de celui-ci, mais encore ceux de ces tiers qui sont pris dans l'ensemble du contrat, de ceux qui n'en recueillent qu'un effet particulier* ».
[244] C. GUELFUCCI-THIBIERGE, art. cit., n°33, p. 283.

que le professeur Ghestin a repris sa plume afin de renouveler sa première proposition, tout en y apportant quelques ajustements. Dans un second article paru deux ans après le premier, il affirme que les tiers sont toutes les personnes, liées ou non à l'effet relatif du contrat et dépourvues du pouvoir de le nouer ou de le dénouer par un accord de volonté[245]. Sous cette conception, la catégorie des tiers comprend toutes les personnes, autres que celles « *qui ayant conclu elles-mêmes ou par l'effet d'une représentation conventionnelle ou légale le contrat, y ayant adhéré lorsque la loi le permet, ou ayant été substituées aux parties contractantes par la transmission de leur situation contractuelle, autorisée ou imposée par la loi, sont liées, activement, par ces effets obligatoires et qui disposent des prérogatives caractéristiques de cette qualification, à savoir la faculté de modifier ou anéantir le contrat par la procédure contractuelle, c'est-à-dire un accord de volontés* »[246]. Cette définition demeure largement partagée en droit commun des contrats.

310. Elle nous paraît pourtant inappropriée pour déterminer les tiers en droit des sociétés. Au fond, la modification et l'anéantissement du contrat de société renvoient respectivement à la modification des statuts et à la dissolution de la société[247]. Ces deux opérations doivent être réalisées par le biais d'un vote des associés à la majorité[248] ou à l'unanimité[249]. Il s'ensuit que les associés dont le droit de vote est supprimé seront dépourvus de la prérogative, sinon d'anéantir le contrat, du moins de le modifier[250]. Or, est-il possible d'assimiler à un tiers, une personne, propriétaire de titres sociaux et de tous les autres droits d'associé, à l'exception de celui de voter ? Il est évidemment difficile de répondre par l'affirmative.

311. De la même manière, nous ne pensons pas que la notion de tiers puisse être perçue comme le contraire de celle d'associé, telle que définie dans la thèse d'Alain Viandier, c'est-à-dire regroupant toutes les personnes qui n'ont pas effectué d'apport et qui sont dépourvues

[245] J. GHESTIN, « Nouvelles propositions pour un renouvellement de la distinction des parties et des tiers », art. cit., n° 8, p. 788.
[246] *Ibid*., n°26, p. 796. Pour un avis similaire, voir D. PORACCHIA, *La réception juridique des montages conçus par les professionnels, op.cit.,* note 865.
[247] Du moins en ce qui concerne les sociétés dotées de la personnalité morale.
[248] Il en est ainsi pour la dissolution de la société.
[249] C'est le cas, par exemple, lorsqu'il s'agit d'augmenter les engagements des associés ou de changer la nationalité de la société. Nous remarquerons que dans ces hypothèses même les associés dont les titres sont dépourvus de droit de vote pourront participer au vote car, selon le comité juridique de l'ANSA, si l'unanimité est imposée par la loi, c'est qu'elle exige le retour à la règle du contrat, comme la signature des premier statuts, voir sur ce point, V. ANDEAU de MARSAC, « Actions de préférence et droit de vote », *Jour. sociétés*, n°34, juillet 2006, p. 44, spéc. p. 46.
[250] Tel sera le cas dans toutes les hypothèses de modifications des statuts qui n'entraîneront pas une augmentation de leurs engagements.

du droit d'intervenir dans les affaires sociales[251]. En réalité, l'apport n'est pas toujours un critère pertinent pour déterminer la qualité d'associé et d'autres personnes que les associés peuvent bénéficier du droit d'intervenir dans la société. Ne sera pas non plus retenue la conception qui consisterait à considérer comme tiers, tous ceux qui sont à l'extérieur de la sphère sociale, par opposition aux associés qui sont membres du groupement qu'est la société[252]. Le terme « membre » est élastique et flou. On peut, certes, y ranger les associés, mais aussi les salariés, les dirigeants non associés, etc. En dernière analyse, les tiers doivent être appréhendés comme tous ceux qui, de façon générale, ne sont pas propriétaires de titres sociaux[253], peu importe qu'ils exercent ou non des prérogatives d'associés[254]. Cette définition permet d'éviter les catégories intermédiaires[255] stigmatisées en droit des obligations.

312. En définitive, l'inégalité entre associés correspond à la situation dans laquelle une altérité est, totalement ou partiellement, réservée à un ou certains associés, pris comme tels. Cette définition théorique doit à présent être appliquée pour identifier matériellement les situations inégalitaires.

Section 2. L'identification de l'inégalité entre associés

313. À la lueur des développements antérieurs, la constitution de l'inégalité entre associés reste assujettie à la réunion de deux conditions : une différence positive ou négative et une exclusion, entière ou partielle, d'au-moins un associé de cette altérité.

À partir de cette définition, il convient de distinguer les fausses (§ 1) des vraies (§ 2) inégalités entre associés.

[251] Rappelons que l'auteur dégage un critère de la notion d'associé composé de deux éléments : l'apport et le droit d'intervention, voir A. VIANDIER, *La notion d'associé, op.cit.,* p. 152, n°153. Toutefois, malgré sa grande autorité, cette vision présente, nous semble-t-il quelques limites car, sans évoquer le fait que certains associés ne fassent pas d'apport (on songe, ici, aux actions gratuites pouvant être attribuées aux salariés ou aux dirigeants dans les sociétés par actions), il existe des cas où des tiers, n'ayant effectué aucun apports, bénéficient des prérogatives d'associés. C'est le cas de l'usufruitier de droits sociaux.
[252] D. CHOLET, art. cit., n°13.
[253] Voir par exemple, Cass. civ. 3e 29 novembre 2006, *Dr. sociétés*, février 2007, n°25, note F.-X. Lucas ; *RTD civ*. 2007, p. 153, obs. T. Revet ; *Rev. sociétés*, 2007, p. 319, note B. Dondero ; *Defrénois*, 2007, p. 676, note P. Le Cannu, qui affirme que « *L'associé qui cède la nue-propriété de ses parts perd sa qualité d'associé, quelle que soit l'étendue du droit de vote accordé à l'usufruitier par les statuts* ».
[254] Pour plus de précisions, voir *supra*, n°27.
[255] Qualifiées de participants par le professeur Viandier, voir A. VIANDIER, *La notion d'associé, op.cit.,* p. 258.

§ 1. Les fausses situations d'inégalité entre associés

314. Globalement, les fausses inégalités entre associés peuvent être regroupées en deux catégories. Tandis que dans la première, seront classés les cas où une altérité est ouverte à tous les associés (A), dans la seconde, seront mises toutes les hypothèses où une différence est attachée à un statut dont l'accès est ouvert à tous les associés (B).

A. L'altérité ouverte à tous les associés

315. L'inégalité entre associés n'existe pas du seul fait de l'émission d'une catégorie d'actions ou de part sociales[256]. Sans doute, la mise en place de la catégorie produit une entorse à l'égalité entre les droits sociaux[257]. Mais pour peu que ces titres catégoriels soient accessibles à tous les associés et dans les mêmes conditions[258] ou même réservés à une catégorie d'associés[259] dont les membres ne sont ni formellement désignés ni objectivement identifiables[260], il n'en résultera aucune rupture d'égalité entre les propriétaires des titres sociaux[261]. C'est la raison pour laquelle le législateur n'exige l'application de la procédure des avantages particuliers que la création d'actions de préférence est réservée à quelques associés identifiés ou identifiables[262].

316. Constituent également de prétendues inégalités, les situations dans lesquelles une altérité virtuellement accessible à l'ensemble des associés, se retrouve en définitive attribuée à ceux qui auront été les seuls à remplir les conditions de son obtention[263]. Tel est le cas lorsque la société émet des titres et ouvre un délai durant lequel les associés pourront y souscrire.

---

[256] Elle ne serait, tout au plus, valable que si la catégorie créée ne peut être accordée qu'à certains associés du fait de leur qualité. C'est le cas des actions spécifiques ou « *goldens shares* » qui ne peuvent bénéficier qu'à l'État. Dans cette hypothèse, l'inégalité entre associés existera dès la création. Sur ces actions spécifiques, voir L. RICHER et A. VIANDIER, « La loi de privatisation (loi n°93-923 du 19 juillet 1993) », *JCP* E 1993, n°39, 281, p. 445, spéc. pp. 450 et s.

[257] Contra : voir J.-M. MOULIN, *Le principe d'égalité dans la société anonyme*, *op.cit*., n°18, p. 17, pour qui la catégorisation des titres ne fait que réduire le champ de l'égalité.

[258] T. GRANIER, *v°* « Avantages particuliers », *Rép. sociétés Dalloz*, décembre 2010, n°17.

[259] Par exemple, l'article L225-138 du Code de commerce permet à l'assemblée générale de réserver une augmentation de capital à des catégories de personnes répondant à des caractéristiques déterminées.

[260] A. COURET et *alii*, *Droit financier*, 2e éd. Dalloz, 2012, p. 260, n°393. Pour la souscription à des titres ordinaires, voir Cass. com. 24 février 1975, *Rev. sociétés*, 1976, p. 22.

[261] CA Paris, 4 avril 1884, *Journ. sociétés*, 1886, p. 367, où les juges avaient décidé que les avantages attribués aux actions privilégiées, n'étant pas le résultat d'un apport en nature ou d'une stipulation faite à leur profit par un ou plusieurs associés, ne pouvait justifier l'application de la procédure des avantages particuliers.

[262] Art. L228-15 du Code de commerce

[263] P. MILLET, *op.cit*., p. 104. Si toutefois la société fixe des conditions, tout en sachant que certains associés ne pourront jamais objectivement les remplir, la rupture d'égalité sera de fait constituée.

Dans cette hypothèse, ceux qui seront forclos seront écartés de l'opération. Il n'en demeure pas moins qu'il n'y aura pas de discrimination, puisque tous les associés sont placés sur un même pied d'égalité, à moins que certains aient été informés avant les autres[264]. Dans le même esprit, quand la loi réserve la possibilité de demander une expertise de gestion dans les sociétés par actions et les SARL aux associés qui disposent, seuls ou groupés, d'un certain pourcentage dans le capital[265], il n'y a point inégalité entre les associés.

N'est pas non plus discriminatoire, la possibilité offerte dans les sociétés cotées aux actionnaires détenant une participation de 5% dans le capital ou constituant une association, de requérir l'inscription dans l'ordre du jour de points ou de projets de résolution[266]. Le même sort doit encore être réservé aux cas du dividende majoré[267] et du droit de vote double prévus par la loi dans les sociétés par actions, étant donné que tous les associés sont appelés à en bénéficier dès lors qu'ils observent les exigences légales[268]. Aussi, lorsque l'article L228-29 du Code de commerce restreint-il les droits des actionnaires dont les actions ne sont pas entièrement libérées, il n'établit aucune entorse à l'égalité, à moins que la libération ne soit pas totalement libre.

317. Aussi, en cas de procédure collective, la loi dispose-t-elle que « *le tribunal peut prononcer l'incessibilité des parts sociales, titres de capital ou valeurs mobilières donnant accès au capital, détenus par un ou plusieurs dirigeants de droit ou de fait et décider que le droit de vote y attaché sera exercé, pour une durée qu'il fixe, par un mandataire de justice désigné à cet effet. De même, il peut ordonner la cession de ces parts sociales, titres de capital ou valeurs mobilières donnant accès au capital détenu par ces mêmes personnes, le prix de cession étant fixé à dire d'expert* »[269]. Malgré la distinction entre associés qui pourra s'inférer de la mise en application de ce texte, nulle rupture d'égalité ne pourra être identifiée. Et pour cause, ce traitement désavantageux est appelé à s'appliquer à tout associé, pourvu seulement qu'il se retrouve dans la situation décrite par la loi.

318. Enfin, selon la Cour de cassation, ne crée pas d'inégalité entre associés, la réduction

[264] Sous réserve toutefois du cas où ces derniers bénéficient d'un droit à une information renforcée en cas d'augmentation de capital.
[265] 10% du capital pour la SARL : art. L223-37 du Code de commerce ; 5% du capital pour les sociétés par actions : art. L225-231 du même code.
[266] Art. L225-105 du Code de commerce.
[267] Y GUYON, *Traité des contrats : les sociétés, aménagements statutaires et conventions entre associés*, *op.cit*., n°112, p. 191.
[268] Voir les articles L232-14 et L225-123 du Code de commerce.
[269] Art. L631-19-1 du Code de commerce.

à zéro du capital social (ou coup d'accordéon)[270] suivie d'une suppression du droit préférentiel de souscription des associés dans la mesure où les associés subissent le même sort[271], aucun parmi eux n'étant soustrait de cette défaveur[272].

En somme, si dans toutes ces situations, la première condition de l'inégalité entre associés, en l'occurrence la différence de traitement, est satisfaite, il n'en va pas de même de la seconde, puisqu'aucun associé ne se trouve *a priori* exclu de cette altérité. La même conclusion s'impose si l'altérité est attachée à un statut accessible à tous les associés.

B. L'altérité attachée à un statut accessible à tous les associés

319. Parfois, la loi réserve à certains associés, du fait de leur statut, un traitement singulier par rapport à leurs coassociés. Cela concerne principalement l'apporteur en industrie et l'associé commanditaire. Se pose alors la question de savoir si ces derniers subissent-ils une rupture d'égalité.

Pour y répondre, nous analyserons respectivement la situation de l'apporteur en industrie (I) et celle du commanditaire (II).

I. La situation de l'apporteur en industrie

320. Faute de moyens matériels, une personne qui souhaite entrer dans une société peut, lorsque les statuts le prévoient[273], mettre à la disposition de cette dernière son talent, son

[270] Sur l'ensemble de la question, voir S. SYLVESTRE-TOUVIN, *Le coup d'accordéon ou les vicissitudes du capital*, éd. PUAM, 2003.

[271] Cass. com. 18 Juin 2002, *Bull. civ.* IV, n°108 ; *D*. 2002, p. 2190, note A. Lienhard ; *RJDA*, 2002, n°1038 ; *RTD com*. 2002, p. 496, obs. J.-P. Chazal et Y. Reinhard ; *JCP* E, 2002, 1556, note A. Viandier ; *Bull. Joly*, 2002, p. 1222, note S. Sylvestre ; *Dr. sociétés*, 2003, comm. 72, obs. J.-P. Legros ; *JCP* G, 2002, II, n°10180, note H. Hovasse. Décision rendue sur pourvoi contre, CA Besançon, 2 décembre 1998, *RJDA*, 1999, n°1087 ; *Rev. sociétés*, 1999, p. 362, note B. Lebars ; *Bull. Joly*, 1999, p. 943.

[272] Nous pensons que cette solution ne réalise pas l'égalité, mais la rompt puisque certains associés perdront forcément plus que d'autres, à moins qu'ils soient associés égalitaires.

[273] Sur l'exigence d'une prévision statutaire, voir Cass. civ. 3e, 28 novembre 2001, *D.* 2002, AJ, p. 215, note M. Boizard ; Cass. com. 14 décembre 2004, *Dr. sociétés,* avr. 2005, n°65, note F.-X. Lucas, où faute de prévisions statutaires, la Cour a refusé que soit pris en compte, pour l'évaluation des parts d'un associé, le travail qu'il a fourni depuis l'entrée dans la société. Plus récemment, la cour d'appel de Paris a affirmé que si l'apport en industrie n'est pas prévu dans les statuts, il sera considéré comme inexistant, voir CA Paris, 20 septembre 2011, *Bull. Joly*, 2011, n°12, p. 968.

savoir-faire[274]. Communément appelé apport en industrie, ce type de mise peut, à l'exception des sociétés anonymes[275], être effectué dans toutes les sociétés[276]. De plus, mis à part les associés commanditaires, il peut être réalisé par tout associé, personne physique ou morale[277]. Distinct du contrat de travail[278], l'apport en savoir-faire permet à son auteur d'acquérir la qualité d'associé[279] au même titre que les associés ayant effectué des apports en capital. Il devrait, dès lors, subir le même traitement que ces derniers.

321. Pourtant, la réalité est toute autre, car le législateur le soumet à un régime spécifique[280]. En effet, à la différence des apports en numéraire et en nature, l'apport en industrie n'est pas incorporé dans le capital social de la société[281]. Par conséquent, son auteur ne peut logiquement prétendre à des droits sociaux représentant une quotité de ce capital. Partant, même si les statuts lui attribuent des titres[282], ces droits sociaux, contrairement à ceux des associés en capital, n'ouvriront droit, tout au plus, qu'au partage des bénéfices, de l'actif net[283] et des plus-values d'actif[284]. Nous remarquerons, cependant, que la jurisprudence admet

---

[274] A. JAUFFRET, G. LAGARDE, J. HAMEL, *Droit commercial*, s*ociétés, groupements d'intérêt économique, entreprises publiques,* t. 1, 2e éd., vol. II, n°391, p. 25, par G. Lagarde. Pour une définition de la notion de savoir-faire ou de know how, voir P. MOUSSERON, « Aspects juridiques du know-how », *Cah. dr. ent*. 1972, p. 1.

[275] Art. L225-3 du Code de commerce.

[276] Art. 1843-3 du Code civil pour les sociétés civiles ; Code de commerce : art. L225-258 pour les sociétés à participation ouvrière ; art. L222-1 pour les commandités des sociétés en commandite ; art. L227-1 pour les sociétés par actions simplifiée et art. L223-7 pour les sociétés à responsabilité limitée. Il faut ajouter que l'apport en industrie demeure envisageable dans les groupements d'intérêt économique.

[277] Voir CA Paris, 3 novembre 1998, *Bull. Joly*, 1998, p. 359, note A. Couret, qui reconnaît la possibilité d'effectuer un apport en industrie à une société civile professionnelle.

[278] Sur la distinction entre contrat de travail et apport en industrie, notamment dans les sociétés en participation, voir Cass. soc. 25 octobre 2005, *Bull. Joly*, 2006, n°3, p. 395, note B. Saintourens.

[279] La Haute juridiction reconnaît, à juste titre, la qualité d'associé à l'apporteur en industrie dans un attendu ainsi rédigé : *« Attendu que pour faire droit à la demande de dissolution de la société, l'arrêt retient que celle-ci peut être prononcée lorsqu'il existe un seul associé détenteur unique des parts sociales depuis la constitution de la société, nonobstant la présence d'un associé uniquement titulaire de parts d'industrie ; Attendu qu'en statuant ainsi, alors qu'elle constatait qu'il co-existait un associé, fut-il titulaire de parts en industrie, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations et a violé les articles susvisés »,* voir Cass. civ. 1re, 30 mars 2004, *Rev. sociétés,* 2005, p. 855, note D. Poracchia ; R. BAILLOD, *Bull. Joly*, 2004, n°7, p. 1001.

[280] D. PORACCHIA, « L'apporteur en industrie est un associé au titre de l'article 1844-5 du Code civil relatif à la dissolution d'une société unipersonnelle », note sous Cass. civ.1re 30 mars 2004, *Rev. sociétés*, 2004, p. 855, spéc. n°4.

[281] Art. 1843-2 du Code civil. Pour une analyse critique de cette exclusion, voir D. PORACCHIA, « L'apporteur en industrie est un associé au titre de l'article 1844-5 du Code civil relatif à la dissolution d'une société unipersonnelle », art. cit., nos5 et s. ; L. NURIT-PONTIER, « Repenser les apports en industrie », *LPA*, 3 juillet 2002, n°132, p. 4.

[282] L'article 1843-2 du Code civil offre cette possibilité. Pour une distinction entre les titres de capital et les titres d'industrie, voir CA Paris, 6 juillet 2001, *D*. 2001, p. 2975, note A. Leinhard.

[283] Sur la notion d'actif net, voir Y. REINHARD, « L'actif net des sociétés (les capitaux propres) », in *Aspects actuels du droit commercial français, études offertes à René ROBLOT*, rééd. LGDJ, Lextenso, 2014, p. 297.

[284] Cass. civ. 1re, 23 mai 1984, *Bull. civ. I*, n°169 ; Cass. com. 29 novembre 1988, *Bull. civ*. IV, n° 332 ; *Rev. sociétés*, 1989, p. 64, note P. Le Cannu ; Cass. civ. 1re, 19 avril 2005, *Bull. civ.* I, n°187, 158 ; *RTD com*. 2005, p. 527, obs. C. Champaud et D. Danet ; p. 785, note L. Grosclaude ; *Bull. Joly*, 2005, p. 1276, note J.-J. Daigre ; *Rev. sociétés*, 2005, p. 111, note D. Poracchia ; *D*. 2005, AJ, p. 1230, obs. A. Lienhard.

que puisse lui être conférés des biens issus de sa prestation[285].

322. Ne disposant pas de droits patrimoniaux, l'apporteur en savoir-faire ne saurait non plus, ni transmettre ses titres[286], ni en exiger le remboursement[287] en cas de liquidation ou de départ de la société. Cette absence de droits patrimoniaux n'est nulle part mentionnée dans les textes mais la jurisprudence[288] la déduit du caractère *intuitu personae* de ce type d'apport. Par ailleurs, n'ayant pas de participation dans le capital social, l'apporteur en savoir-faire se trouve exclu du bénéfice de tous les droits dont l'obtention est liée à cette participation[289]. Tel est le cas du droit de demander l'expertise de gestion qui est conditionnée à la détention d'une quotité dans le capital de la société[290] ou encore du droit au boni de liquidation dans les sociétés commerciales, puisque l'article L237-29[291] du Code de commerce semble lier le bénéfice de ce droit à une participation dans le capital.

323. Concernant le partage des bénéfices et des pertes, l'article 1844-1 du Code civil indique que *« la part de l'associé qui n'a apporté que son industrie est égale à celle de l'associé qui a le moins apporté »*[292]. Le texte vise l'associé qui a le moins apporté en nature ou en numéraire. Outre ces particularités, l'apporteur en industrie demeure assujetti à une obligation d'exclusivité[293] et de non-concurrence[294] là où ceux en capital ne le sont que si la nature de la société[295], celle du bien apporté[296] ou l'objet social[297], l'imposent. La Cour de

[285] Cass. civ. 1re, 30 mai 2006, *RTD civ*. 2006, p. 589, note T. Revet.
[286] Cass. civ. 1re, 9 février 1955, *bull. civ*. I, n°67 ; *D*. 1955, somm. 73.
[287] Cass. civ. 1re, 19 avril 2005, *Bull. civ*. I, n°187, 158 ; *RTD com*. 2005, p. 527, obs. C. Champaud et D. Danet ; p.785, note L. Grosclaude ; *Bull. Joly*, 2005, p. 1276, note J.-J. Daigre ; *Rev. sociétés*, 2005, p. 111, note D. Poracchia ; *D*. 2005, AJ, p. 1230, obs. A. Lienhard ;
[288] Cass. civ. 1re, 8 février 1955, *Bull. civ*. I, n°67 ; *D*. 1955, somm. p. 73.
[289] L. NURIT-PONTIER, « Repenser les apports en industrie », art. cit.
[290] Pour un rappel de cette condition, voir CA Paris, 31 mars 2000, *Dr. sociétés*, 2000, n°10, comm. 142 par D. Vidal.
[291] Art. L237-29 du Code de commerce « *Sauf clause contraire des statuts, le partage des capitaux propres subsistant après remboursement du nominal des actions ou des parts sociales est effectué entre les associés dans les mêmes proportions que leur participation au capital social* ».
[292] Sur le caractère obligatoire de la rémunération de l'apport, voir Cass. com. 7 juillet 2004, *Bull. Joly*, 2005, n°1, p. 42, note Y. Reinhard et F. Passot ; Sur la notion de contrepartie, voir F. M. LAPRADE, « Apport et contrepartie », *Bull. Joly*, 2009, p. 1170.
[293] Art. 1843-3 du Code civil. Toutefois, cette obligation d'exclusivité n'interdit pas à l'apporteur d'exercer une activité étrangère à celle de la société.
[294] J.-L. NAVARRO, « L'obligation de non concurrence en droit des sociétés », *Journ. sociétés*, octobre 2013, p. 39, spéc. p. 45.
[295] C'est le cas des sociétés dans lesquelles l'*intuitu personae* est très présent, comme les sociétés civiles, les sociétés en nom collectif ou encore les commandites simples ou par actions en ce qui concerne les associés commandités, voir en ce sens, Cass. com. 15 novembre 2011, *Rev. sociétés,* 2012, p. 292, note L. Godon; *Bull. Joly*, 2012, n°2, p. 112, note H. Le Nabasque.
[296] Les exemples topiques sont l'apport d'un fonds de commerce ou d'une clientèle.
[297] L'on songe par exemple aux sociétés civiles professionnelles dans lesquelles les associés exercent en commun une activité.

cassation a récemment rappelé que les associés en capital de SARL[298] et de SAS[299] échappent à toute obligation légale de non-concurrence à l'égard de la société. Cette solution demeure, à l'évidence, applicable à toutes les autres sociétés, sous réserve toutefois des exceptions évoquées tantôt. Enfin, lorsqu'il est réalisé dans une SAS, la loi soumet l'apport en industrie à une règle d'évaluation[300]. En termes clairs, le législateur impose aux associés, dans un délai qu'ils fixeront dans les statuts, un devoir d'évaluer la valeur de cet apport. Cette évaluation devra « *intervenir dans les conditions identiques à celles prévues pour les apports en nature dans les sociétés anonymes* »[301], c'est-à-dire avec le concours d'un commissaire aux apports[302]. L'objectif est vraisemblablement de « *valoriser l'action d'apport en industrie* »[303], pour adapter sa valeur initialement retenue à sa valeur réelle[304].

324. Il apparaît, au terme de cette analyse, que la condition de l'apporteur en savoir-faire est bien différente de celle des autres associés. Certains[305] en ont déduit l'existence d'une discrimination. Cette opinion peut se comprendre car, là où les droits de l'apporteur en capital sont calculés proportionnellement à son apport, ceux de l'apporteur en industrie ne le sont que de façon forfaitaire. Cette injustice paraît d'autant plus avérée que l'apport en savoir-faire peut parfois représenter une très forte valeur ajoutée pour la société, notamment dans cette ère des nouvelles technologies. On pourrait donc retenir une inégalité, quitte à admettre qu'elle soit justifiée par une différence de situations liée aux spécificités de l'apport en industrie.

325. Pourtant, nous pensons que, dans le fond, il n'existe aucune rupture d'égalité entre associés. Sans doute, la première condition de l'inégalité est remplie, puisque l'apporteur en industrie subit un traitement moins avantageux que celui de ses coassociés[306]. Cependant, le second élément de l'inégalité, à savoir l'exclusion, fait défaut. Autrement dit, il ne pourrait y avoir discrimination que si le statut d'apporteur en capital est inaccessible à l'associé en

[298] Cass. com. 15 novembre 2011, préc.
[299] Cass. com. 10 septembre 2013, *Bull. Joly*, 2013, n°11, p. 724, note J.-F. Barbièri.
[300] Art. L227-1, al. 4, du Code de commerce. Sur l'ensemble de la question, voir T. MASSART, « Les apports de savoir-faire dans la SAS » *Bull. Joly*, 2009, p. 1154 ; A. THEIMER, « Les apports en industrie dans une société par actions simplifiée », *Dr. sociétés*, n°11, novembre 2009, étude 14 ; S. SCHILLER, « Les apports en industrie dans les SAS », *Rev. sociétés*, 2009, p. 59.
[301] D. GIBIRILA, « L'apport en industrie : du droit commun au droit spécial des SARL et SAS », *Journ. sociétés*, septembre 2013, n°111, p. 31, spéc. p. 37.
[302] Art. L225-8 du Code de commerce.
[303] *Ibid*.
[304] Rapport Sénat n°413 (2007-2008) de M. Laurent Béteille, Mme Élisabeth Lamure et M. Philippe Marini, fait au nom de la Commission spéciale, déposé le 24 juin 2008.
[305] Y GUYON, *Traité des contrats : les sociétés, aménagements statutaires et conventions entre associés*, *op.cit*., n°112, p. 192 ; R. BAILLOD, *L'apport en industrie, déclin ou renouveau*, th. Toulouse, 1980, n°77, p. 80.
[306] Il est vrai que ce dernier est soumis aussi à moins d'obligations.

industrie. En effet, en tant que science d'organisation[307], « *le droit procède par catégories* »[308]. En opérant une distinction entre apporteur en capital et apporteur en industrie, le législateur établit des catégories auxquelles il a attaché des droits et des obligations différents[309]. Par cette démarche, il permet à toute personne désirant devenir associé d'une société de choisir en fonction de sa situation et de ses moyens, le statut qui lui convient le mieux. En conséquence, l'égalité sera respectée tant que cette faculté de choix entre les deux statuts est préservée[310]. Aussi longtemps que l'accès à la catégorie d'apporteur en capital n'est pas fermé à l'apporteur en industrie, il sera douteux que l'on puisse admettre une rupture d'égalité au sens juridique du terme. Or, à l'analyse du droit positif, il n'existe aucun principe qui empêche une personne associé[311] ou souhaitant le devenir, de réaliser un apport en capital.

Ne faisant l'objet d'aucune exclusion formelle du statut d'apporteur en capital, l'associé en industrie ne semble subir aucune discrimination par rapport à ses coassociés en capital. Ce raisonnement demeure transposable à la situation des commanditaires comparée à celle des commandités.

II. La situation de l'associé commanditaire

326. Dans les sociétés en commandite simple[312] ou par actions[313], la loi distingue deux types d'associés. Il existe, d'une part, les commandités qui sont dotés de la qualité de commerçant[314] et dont la responsabilité est illimitée[315] et, d'autre part, les commanditaires, dépourvus de cette qualité et dont les engagements sont limités aux apports. Trait essentiel de la commandite, cette dualité des statuts de l'associé en fait une société hybride composée

[307] J. PAILLUSSEAU, « Le droit est *aussi* une science d'organisation (et les juristes sont parfois des organisateurs juridiques) », *RTD com*. 1989, p. 1.
[308] A.-F. ZATTARA-GROS, « N'est pas tiers qui veut ! - À propos de l'associé d'une société civile, prêteur à celle-ci... », *JCP* G, 2012, p. 992.
[309] P. MAZIERE, *op.cit.,* n[os]351 et s.
[310] *Ibid*., n°388.
[311] Au contraire, dans certaines formes sociales, telles que les sociétés civiles professionnelles, la loi permet aux apporteurs en industrie de se muer en apporteur en capital à l'occasion d'augmentations de capital par incorporations des réserves et des plus-values d'actif. Pour un exemple de transformation, voir Cass. civ. 1[re], 16 juillet 1998, *Defrénois*, 15 janvier 1999, n°1, p. 3, note Y. Guyon. Il faut cependant noter que cette hypothèse trouve une limite de taille dans le fait qu'en pratique les autres associés peuvent refuser à l'apporteur en industrie de réaliser un apport en capital.
[312] Articles L222-1 à L222-12 du Code de commerce.
[313] Articles L226-1 à L226-14 du Code de commerce.
[314] Articles L226-1 et L222-1 du Code commerce. Les commanditaires n'ont pas cette qualité. C'est d'ailleurs au titre de cette exigence que la qualité de commandité est fermée aux mineurs, même émancipés, et aux majeurs protégés.
[315] Articles L222-1 et L226-1 du Code de commerce.

d'une société à risque limité et d'une autre à risque illimité[316]. Si elle est par actions, la commandite fait figure de mélange d'une société en nom collectif et d'une société anonyme, et dans sa forme dite simple, elle apparaît comme la réunion d'une société à responsabilité limitée et d'une société en nom collectif.

327. Dans les deux cas, la loi confère aux commandités une sorte de primauté[317] sur les commanditaires. D'ailleurs, la jurisprudence estime que si la qualité de commanditaire d'un associé n'est pas spécifiée dans les statuts, alors ce dernier sera réputé commandité[318]. Aussi, la loi[319] réserve-t-elle aux seuls commandités la possibilité d'effectuer des actes de gestion[320]. Les commanditaires ne sont habilités à en faire ni directement ni par procuration[321]. Cette interdiction légale, communément appelée « *défense d'immixtion* »[322], est assortie de sanctions très sévères[323]. Dans le même esprit, le législateur refuse aux commanditaires, contrairement aux commandités, la possibilité d'effectuer des apports en industrie[324]. Les commanditaires[325] ne disposent pas non plus d'un droit spécial à l'information[326], alors que les commandités en bénéficient lorsqu'ils ne sont pas dirigeants. De plus, là où une simple majorité des commanditaires est requise lors des modifications statutaires[327], l'unanimité des commandités demeure exigée. Enfin, le décès, la liquidation judiciaire, l'interdiction ou l'incapacité d'exercer une activité commerciale du commandité entraine en principe la dissolution de la société[328]. Tel n'est le cas pour le commanditaire[329]. Cette analyse montre que ce dernier subit une nette différence de traitement en comparaison au commandité. N'est-il pas alors permis d'en déduire l'existence d'une inégalité entre eux ?

---

[316] Voir en ce sens, E. THALLER et J. PERCEROU, *Traité élémentaire de droit commercial*, *op.cit*., n°489.
[317] Une société en commandite ne peut exister sans associé commandité, mais un seul suffit. C'est pourquoi, en cas de décès du commandité, la société est dissoute si les statuts ne prévoient pas de stipulations contraires.
[318] CA Paris, 5 décembre 2001, *Dr. sociétés*, n°4, 2002, comm. 63, note J. MONNET et D. VIDAL ; *Bull. Joly*, 2002, n°4, p. 536, note L. Godon.
[319] Art. L222-6 du Code de commerce.
[320] Sur les justifications de cette règle, voir Lamy *Sociétés commerciales*, *op. cit*., n°2981.
[321] M. GERMAIN et V. MAGNIER, *op.cit*., n°1750.
[322] P. PIC, « La défense d'immixtion du commanditaire », *D*. 1933, Chron. 21.
[323] Selon l'article L222-6, al. 2, du Code de commerce, en cas d'inobservation de cette prohibition *« l'associé commanditaire est tenu solidairement avec les associés commandités, des dettes et engagements de la société qui résultent des actes prohibés. Suivant le nombre ou l'importance de ceux-ci, il peut être déclaré solidairement obligé pour tous les engagements de la société ou pour quelques-uns seulement ».*
[324] Art. L222-1, alinéa 2, du Code de commerce.
[325] Ce dernier dispose des mêmes droits à l'information et de contrôle que les actionnaires de la société anonyme, voir art. L222-7 du Code de commerce.
[326] Art. L221-8 du Code de commerce.
[327] Sauf concernant les modifications qui emportent une augmentation de leurs engagements pour lesquelles l'accord de chaque commanditaire doit être obtenu.
[328] M.GERMAIN et V. MAGNIER, *op. cit.,* n° 1739, p. 191.
[329] Art. L222-10 du Code de commerce.

328. Nous ne le pensons pas. Et pour cause, les mêmes raisons qui ont justifié la réfutation d'une discrimination entre associé en industrie et associé en capital, demeurent applicables ici. Il convient, par conséquent, de se rapporter à nos développements consacrés à ce point[330].

Maintenant que nous avons identifié les situations relevant des fausses inégalités entre associés, reste à déterminer celles constitutives de vraies inégalités.

§ 2. Les vraies situations d'inégalité entre associés

329. Les réelles inégalités correspondent à toutes les situations dans lesquelles un ou certains associés retirent de la société un gain non partagé avec les autres, ou supportent une charge non endossée par ces derniers.

Il en va ainsi lorsque des avantages particuliers (A) ou des désavantages particuliers (B) sont attribués ou imposés à un ou certains associés.

A. Les avantages particuliers profitant à un ou certains associés

330. Les avantages particuliers « *constituent la plus importante des sources d'inégalité* »[331] entre associés. Pourtant, la loi reste peu bavarde en la matière. Les seules dispositions qui y font référence concernent les sociétés par actions. À ce titre, le Code de commerce dispose que, en cas d'attribution d'avantages particuliers à certains actionnaires lors de la constitution de la société[332], d'une augmentation de capital[333], d'une fusion[334] ou d'une transformation d'une autre forme sociale en société par actions[335], « *un ou plusieurs commissaires aux apports sont désignés à l'unanimité des fondateurs (*ou actionnaires*) ou, à défaut, par décision de justice* »[336].

Nous définirons la notion d'avantage particulier (I), avant de la confronter à celle de l'inégalité entre associés (II).

---

[330] Voir *supra*, n°325.
[331] R. TUNC, *op.cit.,* p. 18, n°13.
[332] Articles L225-8 pour les sociétés faisant appel à l'épargne publique et L225-14 pour celles ne faisant pas cet appel.
[333] Art. L225-147 du Code de commerce.
[334] Art. L236-10, III, du Code de commerce.
[335] Art. L224-3 du Code de commerce.
[336] Art. L225-8 du Code de commerce.

I. Définition de l'avantage particulier

331. Qu'entend-t-on par avantage particulier ? La réponse n'est pas aisée car, bien que très ancienne en droit des sociétés[337], cette notion n'a fait l'objet d'aucune définition de la part ni du législateur[338] ni de la jurisprudence. C'est donc à la doctrine qu'est revenue la lourde tâche de déterminer sa signification. À cet égard, force est de constater que les débats doctrinaux n'ont pas permis d'éclaircir toutes les zones d'ombre qui l'entourent, si bien que la notion demeure toujours obscure[339] et floue[340]. Certes, jusqu'en 2004, le débat portait essentiellement sur la nature de l'avantage soumis à la vérification car, pour le reste, les auteurs avaient réussi à dégager une définition que nous avons convenu d'appeler la définition classique.

Toutefois, depuis l'ordonnance du 24 juin 2004, cette acception classique ou unitaire semble dépassée (a), laissant la place à une nouvelle définition de l'avantage particulier (b).

a. Déclin de la conception unitaire ou classique de l'avantage particulier

332. Les limites de la conception classique de l'avantage particulier sont apparues avec l'introduction des actions de préférence dans le droit des sociétés. Avant de les examiner (2), il est nécessaire de rappeler la teneur de cette conception (1).

1. Rappel de la conception classique ou unitaire

333. Traditionnellement, la doctrine définit l'avantage particulier comme une faveur attribuée à un associé ou à une catégorie déterminée d'associés[341]. Deux critères se dégagent de cette définition. Le premier réside dans la notion de faveur[342] ou d'altérité-positive[343]. Les auteurs s'accordent à considérer que l'avantage particulier ne saurait exister « *comme tel en l'absence d'un privilège* »[344]. Ce consensus doctrinal se justifie parfaitement, car il est évidemment difficile de concevoir l'avantage particulier sans cette idée de préférence. Aussi,

[337] La notion fut mentionnée pour la première fois dans la loi du 17 juillet 1856, puis reprise par celles du 24 juillet 1867 et du 24 juillet 1966, voir P. DIDIER et P. DIDIER, *Les sociétés commerciales*, *op.cit*., p. 509, n°634.
[338] P. REIGNE et T. DELORME, art. cit., n°1, p. 1117.
[339] H. BOSVIEUX, « De la notion d'avantages particuliers », art. cit., p. 65.
[340] T. GRANIER, « Définition des avantages particuliers », art. cit., p. 4.
[341] P. Le CANNU et B. DONDERO, *op.cit.,* n°646, p. 432.
[342] ESCARRA et RAULT, *Traité théorique et pratique de de droit commercial, Sociétés commerciales*, *op.cit*., n°666, p. 162.
[343] D. SCHMIDT, *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme*, *op.cit*., n°95, p. 103.
[344] T. GRANIER, *v°* « Avantages particuliers », *Rép. sociétés Dalloz*, décembre 2010, n°12.

parce qu'il doit être particulier, l'avantage ne saurait-il profiter à tous les associés[345]. Au contraire, et c'est là son second élément, il doit être attribué *intuitu personae*[346] ou à titre personnel[347] à un ou certains associés à l'exclusion des autres[348]. Pour ce faire, le ou les bénéficiaires doivent être identifiés ou suffisamment identifiables. Concrètement, leurs noms ou les critères permettant de les singulariser ainsi que le privilège, doivent être inscrits dans les statuts[349]. Si l'identification du ou des destinataires n'est pas établie à l'avance, elle devra intervenir au plus tard le jour de la décision de l'assemblée générale statue[350]. Lorsque l'avantage est affecté à une catégorie de personnes, le critère de la particularité ne sera rempli que si les membres de cette catégorie sont suffisamment identifiables[351]. Pareillement, si une faveur est attachée à une fonction ou une qualité, il n'y aura avantage particulier que si cette fonction ou cette qualité est elle-même réservée à des associés identifiés ou suffisamment identifiables.

334. La jurisprudence considère toutefois que ne constituent pas des avantages particuliers, les faveurs qui ne sont que des conséquences de l'application de la loi. Il en est ainsi de l'avantage qui découle de la transmission universelle du patrimoine d'une filiale à sa mère[352]. À notre avis, il en est de même des actions spécifiques réservées à l'État-actionnaire. On sait que dans le souci de permettre à l'État de se réserver un pouvoir de contrôle sur les sociétés privatisées[353], l'article 10 de la loi du 6 août 1986[354] avait, à l'occasion des

[345] T. com. Seine, 23 décembre 1935, *Journ. sociétés*, 1938, p. 232. Add. D. SCHMIDT, *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme*, *op.cit*., n°88, p. 96.
[346] J.-J. DAIGRE, « Actions privilégiées, catégories d'actions et avantages particuliers », art. cit., p. 216.
[347] P. ENGEL et P. TROUSSIERE, art. cit., p. 374, n°24.
[348] ESCARRA et RAULT, *Traité théorique et pratique de de droit commercial, Sociétés commerciales*, *op.cit*., n°666, p. 163.
[349] Art. R224-2 alinéa 5 du Code de commerce ; art. 55, décret n°67-236 du 23 mars 1967 ; T. GRANIER, *v°* « Avantages particuliers », *Rép. sociétés Dalloz*, décembre 2010, n°12 ; CA Paris, 29 juin 1929, *Gaz. pal*. 1929, 2, p. 244, qui avait retenu, sous la loi du 24 juillet 1867, que les avantages particuliers ne sont soumis à la vérification prévue par l'article 4 de cette loi que lorsque le fondateur les a stipulés dans les statuts. La cour a récemment rappelé cette exigence, voir CA Paris, 20 Juin 2013, *Bull. Joly*, 2013, n°11, p. 733, P.-L. Périn. Voir cependant, B. DONDERO, « Statuts de SAS et pactes extrastatutaires : questions et confrontations », art. cit., n°19, pour qui l'avantage particulier peut figurer dans une convention extrastatutaire dès lors que la société en est débitrice.
[350] A. COURET et Alii, *Droit financier*, *op.cit.,* n°393, p. 260.
[351] J. HEMARD, F. TERRE et P. MABILAT, *Sociétés commerciales*, *op.cit.,* n°738, p. 644.
[352] CA Douai, 7 juillet 1994, *RJDA*, 1994, p. 996.
[353] Y. GUYON, « Le régime juridique des sociétés privatisées », in *Mél. offerts à Jean Waline*, éd. Dalloz, 2002, p. 223.
[354] Art. 10 loi n°86-912 du 6 août 1986 relative aux modalités de privatisations. Cette disposition a été modifiée par l'article 7 de la loi n°93-923 du 19 juillet 1993 relative aux modalités de privatisations, *JO* n°166 du 21 juillet 1993, p. 10255 et récemment par l'article 39 de l'ordonnance n°2014-948 du 20 août 2014 relative à la gouvernance et aux opérations sur le capital des sociétés à participation publique.

privatisations[355] des entreprises publiques[356], introduit en droit français les « actions spécifiques » ou « *golden shares* »[357]. En vertu de ce texte, la puissance publique peut, par décret et sous certaines conditions[358], transformer l'une de ses actions ordinaires en action spécifique à laquelle pourront être attachés, alternativement ou cumulativement, un pouvoir d'agréer le franchissement de certains seuils de participation, un pouvoir de nomination au conseil d'administration ou de surveillance et un droit de véto contre les cessions de certains actifs[359]. Ces prérogatives sont légalement accordées à l'État grâce à son statut et échappent à la qualification d'avantages particuliers.

335. En résumé, lorsqu'une faveur est réservée à des associés identifiés ou identifiables et qu'elle n'est pas instituée par la loi, nous sommes en présence d'un avantage particulier. « *La personne ainsi favorisée est située par rapport à d'autres ; (…) la faveur dont elle bénéficie opère un changement d'équilibre* »[360]. Selon la doctrine, cet avantage reste intransmissible[361] et sera perdu si l'attributaire se retire de la société[362]. Ce dernier n'est pas non plus protégé par la loi au cas où le privilège devra être supprimé par la personne morale. Au résultat, dans sa conception classique, l'avantage particulier désigne une altérité-avantage, pécuniaire ou extrapécuniaire, intransmissible, attribuée à un ou certains associés nommément désignés ou suffisamment identifiables et dont la remise en question n'est pas subordonnée à l'accord de son titulaire. Cette définition classique présente aujourd'hui un certain nombre de limites.

2. Limites de la conception classique ou unitaire

336. Pendant longtemps, la doctrine[363] a cherché à savoir si une catégorie de titres réservée à certains associés pouvait être qualifiée d'avantage particulier. Sur ce point, les avis

[355] Aux termes de l'alinéa 8 de l'article 34 de la constitution de 1958, repris par l'article 1er de la loi n°86-912 du 6 août 1986, la privatisation consiste dans « *les transferts de propriété d'entreprises du secteur public au secteur privé* ».
[356] Selon la jurisprudence l'entreprise publique est celle « *dans laquelle la personne publique propriétaire détient plus de la moitié du capital social* », voir Cass. civ. 1re, 3 mai 1988, *JCP*, 1989, II, 21203, note F. Hervouët ; *AJDA*, 1988, p. 679, note J. Dufau.
[357] Rappelons que ces actions ont été calquées sur les *goldens shares* ou « *spécial rights shares* » du droit anglais, voir ZINE SEFKALI, « Le droit français des privatisations à l'heure anglo-saxon », *Banque et Droit*, n°34, mars-avril 1994, p. 3.
[358] Sur ces conditions, voir M.-A. FRISON-ROCHE, « Les conditions communautaires de validité des *golden shares* dans les entreprises publiques privatisées (arrêts CJEU 4 juin 2002) », *D.* 2002, p. 2242 ; G. PARLEANI, « Après l'arrêt *Volkswagen* du 23 octobre 2007, quelle liberté pour les Etats actionnaires ? », *Rev. sociétés*, 2007, p. 868.
[359] Art. 10 loi n°86-912 du 6 août 1986 relative aux modalités de privatisations.
[360] A. BUGADA, *L'avantage acquis en droit du travail*, *op.cit.*, n°33, pp. 35 et 36.
[361] P. ENGEL et P. TROUSSIERE, art. cit., p. 374, n°24.
[362] J.-J. DAIGRE, « Actions privilégiées, catégories d'actions et avantages particuliers », art. cit., p. 216.
[363] A. COURET et *alii*, *Droit financier*, *op.cit.*, p. 258, note 1.

étaient divergents. Certains[364] estimaient qu'à partir du moment où l'avantage se transmettait avec les titres[365], la catégorie de titres ne pouvait s'accommoder du qualificatif d'avantage particulier. De telle sorte que même si ces titres catégoriels étaient exclusivement accordés à certains associés[366], l'application de la procédure de contrôle n'était jamais requise. Pour ces auteurs cette procédure ne pouvait se cumuler avec celle de création des actions privilégiées. D'autres[367] pensaient, en revanche, que dès lors que la catégorie d'actions était attribuée à certains associés seulement, elle devait être perçue comme un avantage particulier. Cette longue divergence a trouvé sa conclusion dans le nouvel article L228-15 du Code de commerce, issu de l'ordonnance de 2004. Nous avons vu qu'aux termes de ce texte, la procédure des avantages particuliers devait être observée chaque fois que des actions de préférence sont émises au profit d'associés identifiés ou identifiables. Certes, comme l'ont fait remarquer certains[368], aucun article du Code de commerce ne qualifie expressément ces actions réservées d'avantages particuliers. Il nous semble toutefois qu'une telle qualification est difficilement niable au regard de la lettre de l'article L228-15.

337. À noter qu'il n'existe pas d'équivalent de l'article L228-15, ni dans le Code de commerce, ni dans le Code civil concernant les catégories de parts sociales réservées à certains associés. Pour autant, rien dans le droit positif n'interdit de revêtir ces parts sociales catégorielles de la qualification d'avantages particuliers lorsqu'elles sont créées au bénéfice exclusif de quelques associés[369]. En conséquence, tout ce qui sera dit à propos des actions de préférence leur sera pratiquement applicable[370].

---

[364] J.-J. DAIGRE, « Actions privilégiées, catégories d'actions et avantages particuliers », art. cit., pp. 217 et s. ; pour les parts sociales catégorielles, voir J.-M. de BERMOND de VAULX, « Les parts sociales privilégiées », art. cit. p. 521 ; J.-J. DAIGRE, F. MONOD et F. BASDEVANT, « Les actions à privilèges financiers », *Actes pratiques et ingénierie sociétaire*, 1997, p. 2, spéc. n°14, p. 4.

[365] Et que l'article L225-138 du Code de commerce n'imposait pas le respect de la procédure des avantages particuliers en cas d'augmentation de capital réservée à une ou plusieurs personnes.

[366] Voir C. HOUPIN, « Création d'actions de priorité-vérification des avantages en résultant-applicabilité de l'article 4 de la loi de 1867 », art. cit., pp. 195 et s., qui estimait que la qualification d'avantage particulier ne devait être retenue que si les actions de catégories devaient rémunérer des apports en nature.

[367] H. BOSVIEUX, « De la notion d'avantage particulier », art. cit., pp. 79 et 80 ; M. GERMAIN, « Les moyens de l'égalité des associés », art. cit., n°5 ; P. ENGEL et P. TROUSSIERE, art. cit., n^{os}32 et s. ; M. JEANTIN, « Observations sur la notion de catégorie d'actions », art. cit., n°3, p. 89.

[368] D. DESCAMPS et S. SYLVESTRE, « La procédure de création des actions de préférence », *Bull. Joly*, 2006, p. 1235, spéc. p. 1246, n°36.

[369] Encore faut-il que ces parts confèrent une faveur, car si elles n'engendrent qu'un inconvénient, il sera difficile de parler d'avantage particulier.

[370] À l'exception toutefois de l'application de la procédure de vérification. En réalité, si les statuts ne prévoient pas le respect de cette procédure en cas d'octroi de parts sociales catégorielles, les associés ne seront pas obligés de la mettre en œuvre. Néanmoins, pour se mettre à l'abri de certaines critiques des non-bénéficiaires, il est préférable de la mettre en application. Ce respect ne sera toutefois pertinent que si l'altérité attachée à la part est un avantage. Le cas échéant, il ne s'agira que d'un désavantage particulier qui ne saurait justifier l'application du contrôle.

338. Ceci étant dit, il faut mentionner que l'hypothèse des actions de préférence réservées est venue perturber la définition classique de l'avantage particulier. Tout d'abord, nous avons vu que le privilège particulier supposait, en premier lieu, l'existence d'une faveur. Pourtant, si nous admettons que la préférence attachée aux actions de préférence puisse être négative[371], on conviendra aisément que puisse exister un avantage particulier sans avantage[372]. Ensuite, dans son acception classique, l'avantage particulier reste intransmissible. Tel n'est pas le cas du privilège accordé par le truchement des actions de préférence qui se transmet avec les titres. Enfin, il est classiquement enseigné que le bénéficiaire d'un avantage particulier ne jouit d'aucune protection légale. Le régime de la faveur particulière accordée par le biais d'actions de préférence contrevient à cette règle, puisque le bénéficiaire doit être consulté chaque fois qu'il est envisagé d'y porter atteinte[373].

À l'issu de cette analyse, il s'avère que la notion d'avantage particulier renvoie aujourd'hui à une réalité diverse que la définition classique peut difficilement rendre compte. Cela conduit à admettre l'avènement d'une nouvelle conception de cette notion.

b. Naissance d'une conception pluraliste ou moderne de l'avantage particulier

339. Au regard de ce précède, il est devenu difficile de maintenir une notion unique d'avantage particulier en droit positif des sociétés. La raison tient, nous l'avons dit, au fait que les caractéristiques et le régime du privilège particulier varient selon que celui-ci est joint à la personne du bénéficiaire ou aux titres sociaux. Cette variabilité des contours de l'avantage conduit à retenir une notion protéiforme du privilège particulier, avec comme dénominateur commun, le caractère particulier.

340. Ainsi, dira-t-on que tout avantage particulier est une altérité réservée à un ou plusieurs associés nommément désignés ou suffisamment identifiables[374]. Au reste, les caractères de ce privilège varieront en fonction du canal par lequel il est accordé. S'il est attaché à la personne du bénéficiaire, l'avantage particulier doit, outre ce standard commun,

[371] Rappelons que l'article L228-15 Code de commerce ne fait pas de distinction selon que l'altérité attachée aux actions est positive ou négative.
[372] Nous estimons toutefois que concernant les parts sociales catégorielles, la qualification d'avantage particulier ne devrait être retenue que si ces titres confèrent effectivement un avantage. Cette opinion s'explique par le fait que, d'une part, la loi ne dit rien en la matière et, d'autre part, qu'il serait absurde de qualifier d'avantage particulier ce qui ne serait qu'un désavantage particulier.
[373] Art. L225-99 du Code de commerce.
[374] Cette définition s'appliquant également aux avantages attribués aux tiers.

consister en une faveur, pécuniaire ou extrapécuniaire, objectivement appréciable. En pareil cas, il ne saurait se transmettre et son titulaire ne bénéficie d'aucune protection légale. Le même raisonnement s'applique au privilège accordé par le biais d'une catégorie de parts sociales, à ceci près, que l'avantage lié aux parts demeurera transmissible[375]. Enfin, si l'avantage particulier réside dans l'attribution d'une altérité incorporée dans des actions de préférence, alors cette altérité pourra non seulement être positive ou négative, mais aussi se transmettre et son titulaire sera protégé au même titre que tous les détenteurs d'actions de catégorie.

341. Au bout du compte, l'avantage particulier apparaît comme une notion complexe dont la détermination soulève encore d'énormes difficultés. Il va sans dire qu'elle gagnerait à être éclaircie par une intervention législative ou jurisprudentielle. En attendant, nous devons vérifier si son attribution produit une inégalité entre associés.

II. Avantage particulier et inégalité entre associés

342. Selon certains auteurs, seuls les avantages particuliers accordés à titre gratuit provoquent une rupture de l'égalité entre associés[376]. Pour cette doctrine, l'existence d'une contrepartie exclut l'inégalité entre associés[377] puisque, dans ce cas, l'attribution de l'avantage ne fait que prévenir ou réparer une discrimination[378]. L'expérience montre pourtant que les privilèges particuliers sont presque toujours accordés sur « *un motif sérieux et intéressé* »[379]. Leur attribution vise généralement à rémunérer un « *service rendu avant la constitution de la société ou à rendre pendant son fonctionnement* »[380]. Comme l'a noté un auteur, « *on imagine mal les associés distribuer ci et là des gratifications et libéralités* »[381]. En conséquence, si cette opinion devait être retenue, la quasi-totalité des avantages particuliers serait assimilée à de fausses inégalités entre associés.

343. Nous estimons que cette position doctrinale doit être repoussée. Cette récusation est d'autant plus justifiée que l'on se demande comment jauger la notion de contrepartie. Où le

[375] Mémento Pratique F. Lefebvre, *Sociétés commerciales*, *op.cit*., n°7205, p. 490.
[376] J.-J. BURST, *Rev. sociétés*, 1974, p. 736 ; M. GERMAIN et V. MAGNIER, *op. cit.,* n°1998.
[377] A moins qu'il existe une disproportion entre l'avantage et cette contrepartie, voir Mémento Pratique F. Lefebvre, *Sociétés commerciales*, *op.cit*., n°7205, p. 490.
[378] J. MESTRE, « L'égalité entre associés, (aspects de droit privé) », art. cit. p. 407.
[379] *Ibid*.
[380] R. TUNC, *op.cit*., n°59, p. 53.
[381] D. SCHMIDT, *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme*, *op.cit*., n°94, p. 102.

curseur devra-t-il être placé pour que celle-ci soit jugée suffisante ? On remarquera que même ceux qui en excipent s'accordent à penser qu'il s'agit d'une notion fuyante dont l'appréciation reste délicate[382]. De plus, il suffira « *d'invoquer un quelconque motif intéressé valant contrepartie* »[383] pour réfuter une rupture d'égalité qui serait pourtant évidente. Il apparaît que la soustraction de la plupart des avantages particuliers des sources de l'inégalité entre associés, sous prétexte de l'existence d'une contrepartie, est une démarche malheureuse.

344. L'inégalité entre associés est une notion autonome qui s'apprécie en considération exclusive des droits et obligations issus du contrat de société. Partant, indépendamment de l'existence d'une compensation à d'autres égards, il y aura inégalité dès l'instant que des associés reçoivent une altérité non partagée par les autres. Or, l'avantage particulier s'inscrit parfaitement dans cette logique puisqu'il constitue une altérité et ne profite pas à tous les associés. Aucune autre condition n'est requise. Dès lors, traiter l'avantage particulier comme la réparation d'une rupture d'égalité constituée par la fourniture d'un service à la société, reviendrait tout au plus à compenser une inégalité par une autre. La première découlant de l'absence de compensation du service rendu et la seconde résultant de l'attribution de l'avantage. Or, est-il possible de réparer une inégalité par une autre ? Comme le souligne un auteur, il n'est pas sûr que deux inégalités en sens contraire s'annulent au regard des principes du droit français[384].

Toutes ces raisons nous conduisent à conclure que tout avantage particulier est une source d'inégalité entre associé, peu importe qu'il soit assorti ou non de contrepartie. Il en est de même des désavantages particuliers subis par certains associés.

B. Les désavantages particuliers supportés par un ou certains associés

345. Les désavantages particuliers imposés à des associés demeurent l'autre facette de l'inégalité entre associés. C'est pourtant vainement que l'on chercherait des dispositions y faisant référence en droit positif. Il n'empêche que leur définition ne suscite pas de difficultés. Par symétrie aux avantages particuliers, constituent des désavantages particuliers, toutes les charges ou restrictions de droits mises à la charge de certains associés et auxquelles les autres associés sont totalement ou partiellement exonérés.

[382] M.GERMAIN et V. MAGNIER, *op. cit.,* n°1998.
[383] D. SCHMIDT, *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme*, *op.cit*., n°94, p. 102.
[384] Ph. JESTAZ, « Le principe d'égalité des personnes en droit privé », in *Autour du droit civil, Écrits dispersé, Idées convergentes,* éd. Dalloz, 2005, p. 253, spéc. pp. 260 et 261.

346. De cette définition, il ressort que le désavantage particulier suppose un inconvénient. Pouvant être de nature pécuniaire ou extrapécuniaire, cette défaveur ne doit pas être mise sur le compte de tous les associés conformément à leur participation dans la société. Elle doit, au contraire, être endossée entièrement ou en partie par certains parmi eux qui seront identifiés ou identifiables dans les statuts. Deux situations peuvent là encore être envisagées. Soit la charge ou la restriction des droits est entièrement supportée par des associés nommément désignés[385], soit, destinée à tous les associés, elle se retrouve disproportionnellement répartie entre eux. On remarquera que si le désavantage est attaché à la personne du débiteur, il devrait être intransmissible. En revanche, s'il est incorporé aux titres sociaux, il demeure transférable. Ainsi, supporté par quelques associés, l'inconvénient particulier entraine nécessairement à une rupture de l'égalité entre associés, peu importe qu'il comporte ou non une contrepartie.

Conclusion du chapitre 1

347. Nulle part définie dans les textes, la notion d'inégalité n'en demeure pas moins facile à circonscrire. Deux éléments demeurent requis pour son existence.

348. Il faut une différence de traitement accordée par la société. Pour ce faire, la personne morale devra leur attribuer ou imposer une altérité consistant en une faveur ou un désavantage. Ainsi, les associés discriminés verront leur situation modifiée par rapport à celle qui résulterait de l'application de la règle de la proportionnalité. Il existe deux moyens qui s'offrent à la personne morale pour conférer cette différence. Il s'agit de la personne de l'associé ou des titres sociaux. Si l'altérité est attachée à la personne, elle devient *intuitu personae* et ne peut en principe se transmettre. Si toutefois, elle est insérée aux titres, elle devient transmissible. Cependant, une différence de traitement ne suffit pas pour former l'inégalité entre associés. La création de celle-ci exige aussi que cette différence de traitement soit réservée à quelques associés, considérés comme tels.

349. Cette définition a permis d'écarter certaines situations, généralement considérées comme discriminatoires, du champ de l'inégalité. Il en est ainsi de la distinction légale entre l'apporteur en industrie et celui en capital ou encore entre commanditaire et commandité. Elle a également permis de constater que l'inégalité entre associés se manifestait de deux manières en droit positif. Elle se matérialise par l'attribution ou l'imposition d'avantages ou

[385] Cette hypothèse reste toutefois très rare.

d'inconvénients à certains associés identifiés ou identifiables. Pour le reste, on verra que la discrimination entre associés se meut dans un cadre juridique propice.

CHAPITRE 2 – Le cadre juridique de l'inégalité entre associés en droit des sociétés

350. Aborder le cadre juridique de l'inégalité entre associés, c'est d'abord s'intéresser à sa conformité à la réglementation encadrant les sociétés. À ce titre, les recherches effectuées ont révélé que des pans entiers du droit des sociétés consacrent sa validité objective (Section 1).

Mais au risque d'être partielle, l'étude du cadre juridique de la discrimination ne peut se confiner à celle de son acceptation théorique en droit positif. Pour être complète, elle doit conduire à s'interroger concrètement sur les conditions d'établissement et de disparition de celle-ci. Il s'agit de la question du contrôle de l'inégalité entre associés (Section 2).

Section 1. La consécration de l'inégalité entre associés

351. Nettement affirmée dans la loi (A), la validité de l'inégalité entre associés est, de surcroît, confirmée par la jurisprudence (B).

§ 1. L'affirmation législative de la validité de l'inégalité entre associés

352. En vertu des textes, la discrimination entre associés reste objectivement admise, aussi bien du point de vue de son objet (A) que de celui de ses formes (B).

A. La validité de l'inégalité quant à son objet

353. C'est globalement à travers la technique dite des « clauses contraires », que la loi proclame, certes indirectement mais clairement, le bien-fondé de l'inégalité entre associés, eu égard à son objet.

354. Ainsi, en matière de partage des profits sociaux, l'article 1844-1 du Code civil permet d'écarter la règle de la proportionnalité par une « clause contraire ». De la même façon, après avoir posé le principe d'une répartition du boni de liquidation calquée sur le montant des apports, l'article 1844-9 du Code civil laisse ouverte la fenêtre d'une stipulation dérogatoire. La même observation peut être faite en ce qui concerne la liberté de cession des titres. On sait que dans les sociétés par actions, chaque associé peut librement céder ses

actions[1]. Mais les articles L228-23 et L228-24 du Code de commerce permettent d'atténuer cette prérogative dans les sociétés non cotées, par l'instauration d'un agrément de la personne morale pour la cession des actions nominatives[2]. L'on en déduit la possibilité de limiter cette restriction à certains actionnaires. De façon plus directe, le législateur autorise les SAS à soumettre certains actionnaires à une interdiction temporaire de céder leurs actions[3] ou à une obligation de s'en séparer[4]. Cette remarque demeure applicable au droit préférentiel de souscription car, si la loi permet de l'instituer au profit de l'ensemble des associés de certaines sociétés[5], elle admet également sa suppression au profit de certains d'entre eux[6].

355. De même, à l'exception des sociétés coopératives[7] et des SARL[8], il est permis à toutes les sociétés ainsi qu'aux GIE[9] de répartir le droit de vote de façon discriminatoire entre les associés. En ce sens, malgré l'existence de la règle dite « une action-une voix »[10], les articles L228-11 et L232-14 du Code de commerce autorisent les sociétés par actions à supprimer, doubler ou multiplier[11] le droit de vote. Il en va de même des sociétés civiles et des SNC dans lesquelles la loi attribue aux associés la faculté d'adopter une distribution différente de celle consistant à donner à chaque associé une seule voix[12]. Le droit à la gestion de la société n'échappe pas non plus à la possibilité d'un partage inégal entre associés. Hormis, là encore, les coopératives où l'égalité dans l'administration de la société reste impérative[13], la loi accepte l'établissement d'un inégal accès des associés aux fonctions dirigeantes dans les autres sociétés. Par exemple, si tous les associés des SNC sont réputés gérants, c'est à la condition, selon l'article L221-3 du Code de commerce, que les statuts n'en disposent pas autrement. Dans la même optique, s'il interdit à la société d'augmenter les engagements des associés, l'article 1836 du Code civil admet une dérogation à cette règle, sous la condition

[1] Art. L228-10 du Code de commerce. Add. J.-M. MOULIN, « Les actions de préférence », art. cit., p. 40.
[2] Pour les SAS, voir Art. L227-14 du Code de commerce.
[3] Art. L227-13 du Code de commerce.
[4] Art. L227-16 du Code de commerce.
[5] Il s'agit des SA (art. L225-132 du Code de commerce) et des SAS. Rappelons que ce droit ne peut être mis en œuvre qu'en cas d'augmentation de capital en numéraire.
[6] Art. L225-138 du Code de commerce.
[7] Seulement pour ce qui concerne les associés coopérateurs, voir art. 9 de la loi n°47-1775 du 10 septembre 1947. Pour les non coopérateurs, l'article 3 *bis* de cette loi admet une répartition proportionnelle et inégalitaire des droits de vote.
[8] Art. L223-28 du Code de commerce.
[9] Voir art. L251-10 alinéa 3 qui dispose que « *Le contrat peut aussi attribuer à chaque membre un nombre de voix différent de celui attribué aux autres. À défaut, chaque membre dispose d'une voix* ».
[10] Art. L225-122 du Code de commerce.
[11] Cette combinaison n'est cependant envisageable que dans les SAS.
[12] D'ailleurs, nous remarquerons au passage que le système du vote par tête prévu par la loi est inégalitaire puisqu'il accorde un même droit à des associés dont le poids dans la société est souvent bien différent.
[13] Art. 4 de la loi du 10 septembre 1947.

d'une acceptation des associés concernés.

356. S'agissant de la contribution aux charges sociales, l'article 1844-1, al. 2 du Code civil affirme expressément la possibilité d'une stipulation statutaire prévoyant un partage inégal, non arrimé sur l'étendue de l'apport. Seules les clauses léonines restent prohibées à ce titre.

357. Pour le reste, la loi ne proclame pas expressément que tel droit ou telle obligation puisse être inégalement partagé. La doctrine[14] en déduit, à juste titre, que c'est la règle du « *tout ce qui n'est pas interdit est permis* » qui doit prévaloir. Sur le fondement de ce principe, la quasi-totalité des autres prérogatives et obligations des associés pourra faire l'objet d'une répartition inégalitaire entre associés. Ainsi, bien que d'ordre public, le droit de participer aux décisions collectives[15] pourra être renforcé au profit de certains associés. D'autres droits ou obligations, tels que le droit à l'information[16], celui au remboursement de l'apport[17], celui de rester associé, l'obligation de libération des apports[18] ou encore la faculté de cession des titres dans les sociétés autres que par actions[19] sont également susceptibles d'aménagements différenciés.

358. On pourrait également se demander si l'évaluation de la valeur des titres sociaux en cas de rachat ou de remboursement[20], peut être matière à discrimination entre associés. Les associés pourraient-ils prévoir dans les statuts[21] des méthodes ou des critères d'évaluations différenciés en fonction des associés ? On dira par exemple que la valeur des titres composant une catégorie de titres détenue par tels associés sera calquée sur leur valeur nominale, alors que celle des autres droits sociaux sera calculée par référence au dernier bilan de la société. Cette question mérite d'autant plus d'être posée que depuis le nouvel article 1843-4 du Code civil[22], la liberté contractuelle des associés se trouve renforcée en matière d'estimation de la

[14] Y. CHAPUT, « La liberté et les statuts », art. cit. p. 362.
[15] L'article 1844 du Code civil interdit seulement sa réduction ou sa remise en cause.
[16] M. BUCHBERGER, *op.cit.,* n°346, p. 296.
[17] *Ibid*., n°349, pp. 298 et 299.
[18] D. SCHMIDT, *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme*, *op.cit*., n°92, p. 99.
[19] A. DIETZ, *L'actionnaire étranger dans les sociétés française*, th. Paris I, 1975, p. 50 ; Y GUYON, *Traité des contrats : les sociétés, aménagements statutaires et conventions entre associés*, *op.cit*., n°106, p. 184.
[20] Par exemple en cas de retrait ou d'exclusion ou encore lorsque la société refuse d'agréer un tiers cessionnaire.
[21] Rappelons, sous forme de truisme, que l'égalité entre associés ne sera pas en cause si les différences de méthodes sont prévues dans un pacte extrastatutaire et pour des cessions entre associés prévues dans ce pacte.
[22] Dans sa rédaction issue de l'ordonnance du n°2014-863 du 31 juillet 2014. Sur cette réforme, voir F.-X. LUCAS et D. PORACCHIA, « Le nouvel article 1843-4 du Code civil », *Bull. Joly*, 2014, n°11, p. 474 ; A. CONSTANTIN, « Réforme de l'article 1843-4 du Code civil par l'ordonnance n°2014-863 du 31 juillet 2014 : faut-il s'en réjouir ou s'en inquiéter ? », *RTD com*. 2014, p. 633.

valeur des titres[23]. Aux termes de ce texte, quand bien même il y aurait recours à un expert[24] en vue de la fixation du prix des titres à l'occasion des cessions, rachats ou remboursements prévus par la loi[25] ou les statuts[26], « *l'expert (...) désigné est tenu d'appliquer, lorsqu'elles existent, les règles et modalités de détermination de la valeur prévues par les statuts de la société ou par toute convention liant les parties* ». N'ayant plus aucun espace de liberté[27], celui-ci sera dans l'obligation de respecter les méthodes établies par les associés, au risque de voir sa décision entachée d'erreur grossière[28]. Il y a lieu de remarquer que cette réforme a remis en cause la solution qui était retenue en jurisprudence, car on se souvient que la Cour de cassation reconnaissait à l'expert la liberté de procéder à l'évaluation des droits sociaux suivant les critères qu'il estimait opportuns, sans être tenu de faire application des méthodes d'évaluation prévues par les parties, le règlement intérieur[29] et même par le juge qui l'avait désigné[30].

359. Considérant les associés comme étant « *aptes à mesurer les risques et à s'engager librement sur le sort qui sera réservé à leurs parts ou actions* »[31], le législateur leur réserve désormais le pouvoir de déterminer les méthodes d'évaluation du prix ou de la valeur des titres sociaux. Donc, avec le nouvel article 1843-4, les méthodes statutaires devront, si elles existent, recevoir impérativement application. Il ne serait pas, dès lors, absurde de s'interroger sur la possibilité des associés d'insérer dans les statuts des critères de calcul différenciés. À première vue, cette solution semble tout à fait envisageable en droit des sociétés. La seule limite semble consister à faire en sorte que la règle d'évaluation qui sera retenue pour un associé ne heurte pas l'interdiction des clauses léonines, en affranchissant ce dernier de toute

[23] Sur les clauses statutaires d'évaluation, voir BASTIAN, « Les clauses statutaires concernant l'évaluation des droits sociaux », *Journ. sociétés* 1935, pp. 403 et 466.
[24] C'est-à-dire en cas de désaccord entre les parties.
[25] À cet égard, les exemples sont relativement nombreux. Dans le Code de commerce, on retrouve les articles L221-12, L221-15, L221-16, L222-11, L223-14, L227-18 et L228-24 et dans le Code civil on peut citer les articles 1851, 1860, 1862, 1868, 1869, 1870-1.
[26] Sur le nouveau champ d'application de ce texte, voir F.-X. LUCAS et D. PORACCHIA, « Le nouvel article 1843-4 du Code civil », art. cit., pp. 475 et s.
[27] F. KEREBEL, « La SAS sous forme de liste à la Prévert : de quelques pièges à déjouer… », *Bull. Joly*, 2014, n°11, p. 463, spéc. p. 469.
[28] *BRDA*, n°17/14, p. 12. Pour une opinion contraire, voir Cass. com. 16 février 2010, *D*. 2010, p. 581 ; *RTD. com*. 2010, p. 414, obs. B. Bouloc.
[29] Sur le règlement intérieur, P. Le Cannu, « Le règlement intérieur des sociétés », *Bull. Joly*, 1986, p. 723.
[30] Cass. com. 19 avril 2005, *Bull. civ*. IV, n° 95; Cass. com. 5 mai 2009, *D*. 2009, p. 2195, note B. Dondero ; p. 1349, obs. A. Lienhard ; p. 2170, point de vue R. Dammann et S. Périnot ; p. 2580, Chron. M.-L. Bélaval, I. Orsini et R. Salomon ; *D*. 2010, p. 287, obs. J.-C. Hallouin, E. Lamazerolles et A. Rabreau ; *Rev. sociétés*, 2009, p. 503, étude J. Moury ; *RTD civ*. 2009, p. 548, obs. P.-Y. Gautier ; *RTD com*. 2009, p. 752, obs. C. Champaud et D. Danet ; p. 799, obs. B. Bouloc ; Cass. com. 3 mai 2012, *Rev. sociétés*, 2013, p. 18, note J. Moury ; *JCP* E, 2012, 1395, note A. Viandier ; *Bull. Joly*, 2012, p. 701, note R. Mortier.
[31] F.-X. LUCAS et D. PORACCHIA, « Le nouvel article 1843-4 du Code civil », art. cit., p. 477.

contribution aux pertes[32].

360. Au surplus, qui dit liberté contractuelle, dit nécessairement accord des parties. En conséquence, pour être valables, les différences de méthodes devront être acceptées par tous les associés, ou du moins ceux qui sont concernés. Si elles sont insérées dans les statuts lors de la constitution de la société, la signature de ceux-ci suffira pour emporter l'accord des associés, car « *les statuts ne sont rien d'autre fondamentalement que le contrat de société* »[33]. En revanche, si la différentiation est introduite en cours de vie sociale ou si elle doit être modifiée, tous les associés concernés seront appelés à exprimer leur consentement exprès[34]. Nous signalerons, cependant, qu'il sera souvent difficile de dire *prima facie* si une méthode est plus avantageuse qu'une autre.

361. Au vu des textes, il apparaît que l'essentiel des prérogatives et obligations dans la société peut être distribué de manière discriminatoire aux associés. On verra cependant que, selon qu'elle porte sur telle ou telle prérogative ou obligation, cette inégalité s'exprimera avec une intensité variable.

Examinons à présent sa validité quant à ses formes.

B. La validité de l'inégalité quant à ses formes

362. Il faut rappeler que la discrimination entre associés ne peut exister que sous deux formes : elle est soit un avantage particulier, soit un inconvénient particulier. Dans l'une ou l'autre figure, sa légalité reste reconnue par le droit des sociétés.

Seront successivement étudiées, la légitimité des avantages particuliers (I) et celle des désavantages particuliers (II).

---

[32] On rappelera toutefois que la jurisprudence admet les prix plancher stipulés au profit d'un bailleur de fonds (voir Cass. com. 16 novembre 2004, *D*. 2004, p. 3144 ; *D*. 2005, p. 2950, obs. J.-C. Hallouin et E. Lamazerolles ; *Rev. sociétés*, 2005, p. 593, note H. Le Nabasque ; *Rev. sociétés*, p. 111, obs. C. Champaud et D. Danet ; *JCP* E, 2004, 1881 ; *JCP* E, 2005, n°4, pp. 123 et s. ; A. COURET, *RBBF*, 2005, p. 32, comm. n°29 ; D. PORACCHIA, *Dr. et patr*. février 2005, p. 133 ; *JCP* E, 2005, p. 131, obs. n°1 de J.-J. Caussain, F. Deboissy et G. Wicker . Add. F.-X. LUCAS, « Du contrat de société au contrat d'investissement », *RDBF*, 2005, p. 32 ; comm. n°29). C'est dire que même si une méthode de calcul retenue pour un associé-bailleur de fonds aboutit à l'exonérer des pertes, elle pourrait être validée.

[33] F.-X. LUCAS et D. PORACCHIA, « Le nouvel article 1843-4 du Code civil », art. cit., p. 480.

[34] *Ibid*.

I. La légitimité des avantages particuliers

363. À propos de la validité des avantages particuliers, la démarche du droit positif n'est pas homogène pour toutes les formes sociales. Dans les sociétés par actions, cette légitimité est expressément affirmée (a), alors que dans les autres, la loi s'abstient simplement de les interdire. Ce qui conduit à la conclusion que leur légalité n'est qu'implicitement admise (b).

a. Une légitimité expressément affirmée dans les sociétés par actions

364. Au départ, les avantages particuliers *intuitu personae* ne bénéficiaient que d'une tolérance implicite dans les sociétés par actions. Le Code de commerce de 1807 n'autorisait ni n'interdisait leur mise en place dans ces formes sociales[35]. Il en résultait que ces sociétés pouvaient, en pratique, en octroyer le bénéfice à certains de leurs actionnaires. Aussi, des études historiques ont-elles montré que ce laisser-faire législatif avait eu pour conséquence la commission de véritables abus dans l'attribution de ces privilèges, notamment dans les sociétés en commandite par actions. Ces abus avaient atteint une intensité telle que certains ont pu parler de « *fièvre d'agiotage* »[36].

365. C'est dans ces conditions que fut intervenu le législateur pour, il est vrai, encadrer l'octroi de ces faveurs personnelles[37], mais aussi pour consacrer en quelque sorte leur validité. En ce sens, l'article 4 de la loi du 17 juillet 1856[38] disposait que *« lorsqu'un associé (...) stipule à son profit des avantages particuliers, la première assemblée générale fait vérifier (...) la cause des avantages stipulés. La société n'est définitivement constituée qu'après l'approbation (...) des avantages, donnés par une autre assemblée générale après une nouvelle convocation. La seconde assemblée générale ne pourra statuer sur l'approbation (...) des avantages qu'après un rapport qui sera imprimé et tenu à la disposition des actionnaires cinq jours au moins avant la réunion de cette assemblée ».* Cette disposition a été successivement reprise par l'article 5 de la loi du 23 mai 1863 relative aux sociétés à responsabilité limitée et l'article 4 de la loi du 24 juillet 1867[39]. Avec la loi du 24 juillet

[35] H. BOSVIEUX, « De la notion d'avantages particuliers », art. cit., p. 66.
[36] H. BOSVIEUX, « De la notion d'avantages particuliers », art. cit., p. 66
[37] P. MILLET, *op.cit*., p. 14.
[38] Il faut signaler qu'un premier projet de loi en ce sens avait été déposé au parlement le 15 février 1838, mais il avait, par la suite, été abandonné.
[39] P. DIDIER et Ph. DIDIER, *Les sociétés commerciales*, *op.cit*., n°634, p. 509 ; H. BOSVIEUX, « De la notion d'avantages particuliers », art. cit., p. 66

1966[40], la légalité des avantages particuliers liés à la personne est affirmée dans plusieurs textes du Code de commerce. Il s'agit des articles L225-8, L225-14, L225-147 et L225-148 qui organisent la procédure de vérification.

366. S'agissant des catégories d'actions, il n'existait pas non plus de proclamation législative de leur validité au départ. La doctrine considérait néanmoins qu'elle pouvait être créées et attribuées à certains associés si cette création intervenait lors de la constitution de la société, sauf clause contraire des statuts[41]. Mais étant donné que ces stipulations contraires étaient rares, la mise en place de ces catégories demeurait exceptionnelle[42]. C'est en pareilles circonstances, que la loi du 9 juillet 1902, aussitôt remplacée par celle du 10 décembre 1903, est venue consacrer la possibilité d'instituer des actions de priorité au profit de certains associés[43]. Par la suite, d'autres catégories, telles que les actions à dividende prioritaire sans droit de vote, les certificats de vote et d'investissement, ont été admises. Désormais, c'est l'article L228-15[44] du Code de commerce qui constitue le fondement textuel des avantages particuliers conférés par le biais des catégories, puisqu'il permet de conférer des actions assorties de droits particuliers de toute nature.

On constate, en définitive, que la validité des avantages particuliers dans les sociétés par actions ne souffre aujourd'hui d'aucun doute. Reste donc à vérifier ce qu'il en est dans les autres types de sociétés.

b. Une légitimité implicitement admise dans les autres formes sociales

367. En dehors de l'article 11 *bis* de la loi du 10 septembre 1947 qui donne la permission aux sociétés coopératives d'émettre des parts sociales à intérêt[45] prioritaire sans droit de vote au profit d'associés non coopérateurs ou de l'article 11 de cette même loi qui permet la création de parts sociales conférant des avantages particuliers, aucune allusion n'est explicitement faite dans la loi à la validité des avantages particuliers dans les sociétés autres que celles par actions. Cette remarque est valable aussi bien pour les avantages directement

[40] Art. 80.
[41] P. DIDIER et Ph. DIDIER, *Les sociétés commerciales*, *op.cit.,* n°1120, p. 841.
[42] *Ibid*.
[43] P. DIDIER et PH. DIDIER, *Les sociétés commerciales*, *op.cit.,* n°1120, p. 841.
[44] Ce texte précise que « *la création de ces actions donne lieu à l'application des articles L225-8, L225-14, L225-147 et L225-148 relatifs aux avantages particuliers lorsque les actions sont émises au profit d'un ou plusieurs actionnaires nommément désignés* ».
[45] On parle d'intérêt, car dans les coopératives, les parts sociales ne donnent pas droit à un dividende, mais permettent seulement de percevoir un « intérêt », voir art. 14 de la loi du 10 septembre 1947.

octroyés que pour ceux attribués par la voie d'une catégorie de parts sociales. Partant, c'est en vain que l'on chercherait une indication sur leur admission dans la législation sur les sociétés. Mais en même temps, le législateur ne formule aucune interdiction les concernant. Il s'ensuit que l'article 5 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen doit être de rigueur : « *tout ce qui n'est pas défendu par la loi ne peut être empêché* ».

368. En s'appuyant sur cette règle, appelée aussi principe du « *tout ce qui n'est pas interdit est permis* »[46], on peut affirmer, avec certains[47], que les sociétés, autres que par actions, restent en principe libres d'octroyer des avantages particuliers à certains de leurs associés. Ces privilèges pourront être joints à la personne du bénéficiaire ou à une catégorie de parts sociales[48]. De ce point de vue, il n'existe aucune obligation de dérouler la procédure légale de contrôle des avantages ou de respecter la protection prévue par l'article L225-99 du Code commerce. Il n'empêche que, nous le verrons[49], le consentement des associés bénéficiaires des avantages devra toujours être recueilli non seulement lors de l'attribution des privilèges, mais aussi lorsqu'il est envisagé de les supprimer[50].

Ce régime de validité des avantages particuliers au sein des sociétés dont les titres ne sont pas des actions demeure similaire à celui des désavantages particuliers.

II. La légitimité des désavantages particuliers

369. Qu'il s'agisse des sociétés par actions ou des autres formes sociales, il existe un véritable vide juridique en matière de désavantages particuliers. Aucun texte ni décision de justice ne donnent des indications sur leur éventuelle validité. Au contraire, la loi[51] les prohibe lorsqu'ils ont pour conséquence d'augmenter les engagements des associés, à moins que ces derniers donnent leur accord. Est-ce à dire que les inconvénients particuliers restent bannis en droit positif ? Une réponse affirmative serait sans doute excessive, car, aucune prohibition formelle et générale dans ce sens ne peut être relevée dans la loi.

370. Il y a donc lieu de retenir qu'il est possible pour toute société d'imposer à certains

[46] Y. CHAPUT, « La liberté et les statuts », art. cit., p. 361, spéc. p. 362.
[47] L.GROSCLAUDE « Les parts sociales catégorielles dans les sociétés civiles », art. cit.
[48] J.-M. de BERMOND de VAULX, « Les parts sociales privilégiées », art. cit. p. 522.
[49] Voir *infra*, n^{os}375 et s. ; 431 et s.
[50] La doctrine estime que ce consentement est nécessaire lorsque la personne morale souhaite supprimer ou modifier des avantages attachés à des parts sociales catégorielles, J.-M. de BERMOND de VAULX, « Les parts sociales privilégiées », art. cit. p. 524.
[51] Art. 1836 du Code civil.

associés des charges ou obligations que les autres ne supporteront pas. Les seules conditions résident, d'une part, dans le consentement des débiteurs des désavantages et, d'autre part, dans le respect des dispositions de l'ordre public sociétaire[52]. Pour peu que ces exigences soient satisfaites, toutes sortes d'inconvénients particuliers devraient pouvoir être créées.

Les fondements législatifs de l'inégalité entre associés étant exposés, abordons à présent, ceux d'origine jurisprudentielle.

§ 2. La confirmation jurisprudentielle de la validité de l'inégalité entre associés

371. Les juges ont très tôt déclaré que l'égalité en droit des sociétés n'était pas d'ordre public[53]. C'est ainsi qu'ils s'abstenaient de sanctionner l'octroi d'actions catégorielles à certains actionnaires avant même l'adoption des lois de 1902 et 1903. Cette volonté des magistrats d'accepter l'inégalité entre associés s'est ensuite confirmée au fil des années. Dans un arrêt rendu en 1971[54], la Cour de cassation affirmait qu'il n'était pas de l'essence d'une société anonyme de donner des droits absolument identiques à tous les associés, notamment en ce qui concerne le patrimoine social lors de sa dissolution. De même, en matière d'abus du droit de vote, il a été vu que la jurisprudence ne sanctionnait l'inégalité entre associés que si l'intérêt de la société était méconnu.

372. Plus volontariste est la jurisprudence rendue en matière de capital-investissement. À cet égard, les juges approuvent les clauses de rachat d'actions ou de parts sociales à prix plancher lorsqu'elles sont stipulées par la société au profit d'associés bailleurs de fonds[55]. Ce mouvement jurisprudentiel semble aujourd'hui bien établi puisque la Haute juridiction a réitéré sa position dans maintes autres décisions. On peut par exemple citer un arrêt du 27 septembre 2005 dont l'attendu de principe est ainsi rédigé : « *mais attendu qu'ayant relevé, en se référant à l'ensemble des conventions liant les parties, que la promesse litigieuse tendait à assurer à la société CDR Participations, qui est avant tout un bailleur de fonds, le remboursement de l'investissement auquel elle n'aurait pas consenti sans cet engagement déterminant, et retenu que cette promesse avait ainsi pour objet d'assurer l'équilibre des conventions conclues entre les parties, c'est à bon droit que la cour d'appel a décidé que la*

[52] Par exemple si le désavantage consiste en un renforcement de l'obligation de contribuer aux pertes, l'interdiction des clauses léonines doit être respectée.
[53] CA Paris, 10 janvier 1867, *D*. 1869, pp. 2 et 239 ; CA Lyon, 4 mars 1891, *Journ. sociétés*, 1891, p. 343.
[54] Cass. civ. 3e, 24 mars 1971, préc.
[55] Cass. com. 16 novembre 2004, préc.

fixation au jour de la promesse d'un prix minimum de cession ne contrevenait pas aux dispositions de l'article 1844-1 du Code civil, peu important à cet égard qu'il s'agisse d'un engagement unilatéral de rachat »[56]. Plus récemment, une décision en date du 3 mai 2009[57] est encore venue renforcer cette position jurisprudentielle. Les hauts magistrats semblent même admettre que l'associé-bailleur de fonds puisse *« s'extraire du jeu de l'article 1844-1 alinéa 2* »[58], c'est à dire de l'interdiction des clauses léonines. Par cette position, ils font, en quelque sorte, primer l'inégalité de traitement sur cette interdiction légale que l'on sait pourtant énergique.

Quoi qu'il en soit, en établissant « *une* summa divisio *entre les actionnaires associés et les actionnaires investisseurs* »[59] et en validant la discrimination qui en résulte, cette jurisprudence, largement approuvée en doctrine[60], offre incontestablement une assise solide à l'inégalité entre associés. En dernière analyse, il s'avère que l'action prétorienne a contribué à la construction des bases juridiques de la discrimination entre associés.

373. Finalement, cette étude a permis de mettre en évidence que l'inégalité entre associés reste objectivement et globalement admise dans la loi et la jurisprudence en droit des sociétés. Sur le principe, cette validité signifie que la société et les associés restent libres de l'introduire à toute époque de la vie sociale, y compris pendant la période constitutive. En sorte que, pour différentes raisons[61], de nombreux avantages ou désavantages particuliers insérés dans des titres sociaux ou attachés à la personne de l'associé peuvent être attribués. Ces observations amènent à retenir qu'en matière de partage des droits et obligations dans la société, « *la liberté prévaut l'égalité* »[62]. Mais elles soulèvent dans le même temps, la question de savoir à quelles conditions, il va être possible d'attribuer ou d'imposer à certains associés des faveurs ou des défaveurs : c'est la question du contrôle de l'inégalité entre associés.

---

[56] Cass. com. 27 septembre 2005, *D*. 2005, p. 2681, obs. A. Lienhard ; *Bull. Joly*, 2006, p. 92, note A. Couret.
[57] Cass. com. 3 mars 2009, n°08-12359.
[58] D. PORACCHIA, note sous Cass. com. 16 novembre 2004, préc. p. 133.
[59] *Ibid*., p. 136.
[60] A. COURET, *Bull. Joly*, 2006, p. 92 ; M. BERTREL, « La société, 'contrat d'investissement' ? », *RTD com*. 2013, p. 403, spéc. p. 410.
[61] Généralement, les besoins de la société de « *s'attacher des concours indispensables* », voir J.-M. de BERMOND de VAULX, « Les parts sociales privilégiées », art. cit. p. 521. Nous songeons notamment aux avantages particuliers qui seraient accordés à un investisseur pour l'inciter à injecter de l'argent dans une société en difficultés.
[62] Y GUYON, *Traité des contrats : les sociétés, aménagements statutaires et conventions entre associés*, *op.cit*., n°112, p. 190.

Section 2. Le contrôle de l'inégalité entre associés

374. Aborder le contrôle de l'inégalité entre associés revient à se poser la question de savoir s'il existe en droit positif des mécanismes destinés à protéger les associés en cas de discrimination. Cette interrogation mérite d'être soulevée car, en pratique, l'inégalité divise les associés en deux blocs ; d'une part, ceux qui bénéficient ou supportent l'altérité et, d'autre part, ceux qui en sont exclus ou exonérés. Ainsi, selon qu'ils se trouvent dans l'un ou l'autre groupe, certains associés seront-ils défavorisés par rapport aux autres.

Mais, sachant que la loi de la majorité domine le droit des sociétés, la personne morale ne pourrait-elle pas imposer l'altérité aux associés sans leur consentement ? Il est difficile de l'admettre car, malgré la primauté du principe majoritaire, une place doit toujours être laissée à l'assentiment des associés.

Cette exigence d'un accord de volontés entre la société et les associés destinataires de l'altérité s'impose aussi bien pendant la création (Sous-section 1), que lors de la disparition (Sous-section 2) de l'inégalité.

Sous-section 1. Le nécessaire accord de volontés des parties dans la création de l'inégalité entre associés

375. Lorsqu'est envisagée l'introduction d'une inégalité dans une société, le consentement des associés concernés demeure indispensable. Toutefois, la loi ne l'exige formellement que dans quelques hypothèses particulières. C'est dire que dans la plupart des cas aucune allusion n'est faite à cette approbation.

Nous examinerons successivement les hypothèses dans lesquelles l'acceptation des associés est légalement exigée (§ 1) et celles où elle ne l'est pas (§ 2).

§ 1. Les hypothèses où l'accord de volontés des parties est prévu par la loi

376. Il n'existe que deux cas dans lesquels un accord de volontés entre la société et les associés avantagés ou désavantagés est expressément ordonné par les textes à l'occasion de l'instauration de la différence de traitement. Il en est ainsi lorsque des avantages particuliers leur sont attribués dans les sociétés par actions (A) ou si certains désavantages particuliers

sont mis à leur charge (B).

A. La création d'avantages particuliers dans les sociétés par actions

377. L'attribution d'avantages particuliers à certains associés dans les sociétés par actions n'est valable que si la société donne son approbation. Ce consentement s'exercera par le biais des actionnaires non attributaires qui représentent, en quelque sorte, cette dernière (I).

C'est sur l'échange de cet assentiment avec celui des associés bénéficiaires (II) que reposera la validité de cette opération.

I. Le consentement de la société

378. L'exigence de l'assentiment de la société est traduite dans l'obligation de mettre en œuvre la procédure légale de contrôle des avantages particuliers[63]. Relativement simple à appréhendée, ce dispositif n'en soulève pas moins quelques difficultés, eu égard notamment à la délimitation de son périmètre d'application. Malgré un siècle et demi de discussions entre les auteurs, cette question demeure toujours ambiguë, faute d'intervention législative ou jurisprudentielle. Cette obscurité s'est d'ailleurs davantage accentuée avec l'introduction des actions de préférence dans l'ordonnancement légal.

Avant d'exposer en substance cette procédure (a), il nous paraît nécessaire de revenir succinctement sur ce débat relatif à son domaine (b).

[63] Voir les articles L225-8, L225-14, L225-147, L228-15 du Code de commerce, pour les SA ; art. L226-1 du Code de commerce (ce texte n'excluant pas les articles L225-8 et L225-14) pour les SCA ; art. L227-1 du Code de commerce (qui n'écarte pas l'article L225-8 des dispositions applicables à la SAS) pour les SAS. Il faut cependant souligner que concernant les SAS, l'application de cette procédure est contestée par certains auteurs, (voir par exemple, M. JEANTIN, « Constitution de la société par actions simplifiée », in A. Couret et P. Le Cannu (dir. sous), « La société par actions simplifiée », *GLN-Joly*, 1994, p. 11, spéc. n°8 ; J. HONORAT, « La société par actions simplifiée ou la résurgence de l'élément contractuel en droit des sociétés », *LPA*, 16 août 1996, n°99). Les raisons invoquées à l'appui de cette opinion sont bien connues. Au moment de l'introduction de la SAS en droit français, on invoquait, d'une part le nombre réduit d'actionnaires de la SAS du fait de son capital très élevé (1 500 000 francs), et d'autre part la puissance économique de ses actionnaires. Mais ces arguments n'ont pas survécu à l'ouverture de la SAS à toute personne. Aujourd'hui, le principal argument opposé à la mise en œuvre de cette procédure dans la SAS consiste à mettre en avant la nature essentiellement contractuelle de cette forme sociale et la possibilité d'y créer diverses inégalités entre associés. Aussi, la cour d'appel de Paris semble être sensible à cet argument, puisque dans un arrêt du 20 juin 2013, elle a écarté la procédure en raison de la nature de la SAS, (CA Paris, 20 juin 2013, n°13-03892, *Bull. Joly*, 2013, p. 733, note P.-L. Périn). La portée de cette décision doit cependant être relativisée car, en l'espèce, les avantages particuliers étaient contenus dans un pacte d'actionnaires, et non dans les statuts. Quoi qu'il en soit, outre le fait que nombreux sont aujourd'hui les auteurs qui recommandent d'observer la procédure même au sein de la SAS, rien ne justifie de l'écarter quand il s'agit des avantages particuliers et de l'appliquer en ce qui concerne l'évaluation des apports en nature et voir en ce sens D. PORACCHIA et L. GODON, art. cit., note 22.

a. Le domaine de la procédure de vérification des avantages particuliers

379. Depuis l'introduction de la notion d'avantage particulier en droit des sociétés[64], la doctrine reste partagée sur la détermination des contours de la procédure de vérification de ces avantages[65]. Les tenants d'une conception restrictive estiment que seules les faveurs de nature pécuniaire peuvent être assujetties au contrôle[66]. Suivant cette opinion, ne peut être vérifiable que l'avantage qui consiste en des allocations ou rémunérations portant sur le capital ou sur les bénéfices[67]. Les arguments qui fondent cette opinion sont bien connus. En premier lieu, les défenseurs de cette thèse considèrent qu'en ne visant que des périodes limitativement déterminées[68] et en obligeant les associés à mentionner les avantages dans les statuts, le législateur a entendu confiner la vérification aux seuls avantages pécuniaires. En second lieu, ces auteurs pensent que sur le plan jurisprudentiel, la solution qui prédomine est celle rendue dans l'arrêt de la Cour de cassation du 6 mars 1935[69]. Or dans cette décision, les hauts magistrats avaient justement indiqué que doivent être soustraits du contrôle, les privilèges qui n'auraient « *aucune influence relativement aux droits des autres actionnaires sur le fonds social et sur ses produits* ». Selon eux, même si la cour d'appel de Douai[70] a pu ultérieurement statuer en sens inverse, sa décision ne saurait supplanter celle de la Haute juridiction[71]. En dernier lieu, si l'on en croit les défenseurs de cette thèse, l'application de la procédure de vérification aux avantages extrapécuniaires serait irréaliste, puisque de telles faveurs échappent à toute évaluation satisfaisante[72].

380. Ces arguments sont, à bien des égards, critiquables. Tout d'abord, si la loi ne vise

[64] C'est-à-dire depuis loi du 17 juillet 1856.
[65] T. GRANIER, « Définition des avantages particuliers », art. cit., p. 3.
[66] C. LYON-CAEN et L. RENAULT, *Manuel de droit commercial (y compris le droit maritime*), 13e éd. LGDJ, 1922, n°239, p. 207 ; E. THALLER, *Traité élémentaire de droit commercial à l'exclusion du droit maritime*, *op.cit*., n°533, p. 349.
[67] Voir C. HOUPIN, « Création d'actions de priorité-vérification des avantages en résultant-applicabilité de l'article 4 de la loi de 1867 », *Journ. sociétés*. 1906, p. 193, spéc. p. 194, qui affirme : « *En principe, tous les associés sont placés dans des conditions rigoureusement identiques et parfaitement égales, vis-à-vis les uns des autres, quant aux profits à retirer de l'association. Or, tout ce qui rompt cette règle d'équilibre, toute clause de l'acte social qui autorise un ou plusieurs associés désignés à opérer, sur le fonds commun ou sur ses produits, un prélèvement que les autres associés n'auraient pas le droit de faire, constitue un avantage particulier dans le sens de l'art. 4 de la loi de 1867* ».
[68] A. COURET, A. DARGENT et Bureau FRANCIS LEFEBVRE, « Le domaine d'application de la procédure d'approbation des avantages particuliers », *Actes pratiques et ingénierie sociétaire*, 1999, n°47, p. 23.
[69] Cass. civ. 6 mars 1935, *D*. 1935, p. 265 ; *Journ. sociétés*, 1936, p. 614, note P. Cordonnier. À rapprocher, CA Paris, 27 juin 1888, *Journ. sociétés*, 1890, p. 44.
[70] CA Douai, 7 juillet 1994, *Rev. sociétés*, 1994, p. 713, note D. Randoux, confirmant un jugement, T. com. Roubaix, 6 mai 1994, *Bull. Joly*, 1994, p. 651, note P. Le Cannu.
[71] P. REIGNE et T. DELORME, art. cit., nos10 et s.
[72] Sur les difficultés d'évaluation, voir A. COURET, A. DARGENT et Bureau FRANCIS LEFEBVRE, « Le domaine d'application de la procédure d'approbation des avantages particuliers », art. cit.

expressément que des moments précis, à savoir la constitution, l'augmentation de capital, la fusion et la transformation, c'est juste parce que c'est bien souvent pendant ces périodes que des privilèges sont accordés pour rémunérer des services rendus ou à rendre à la société et surtout, pour *« caser des amis, de pourvoir en prébendes des oisifs qui vivront aux dépends de l'entreprise et qui la feront crouler sous les frais généraux »*[73]. Ainsi, comme on a pu le souligner, à juste titre, le législateur a-t-il « *voulu protéger les actionnaires contre les entraînements de premières heures* »[74].

Ensuite, s'il est exact que la dernière décision en date de la Cour de cassation en la matière avait privilégié la conception stricte, tout porte à croire aujourd'hui, que la Haute juridiction modifierait sa position si elle était saisie sur la question. Enfin, chacun sait qu'il existe désormais des méthodes d'évaluation très efficaces[75] qui pourraient sans aucun doute permettre d'estimer la valeur des avantages extrapécuniaires. Il semble donc difficile de justifier le refus d'étendre la procédure de contrôle à ces faveurs. Surtout, si l'on sait, d'une part, « *qu'une information portant sur leur consistance et leurs incidences sur la situation des associés est au moins aussi importante que pour les prérogatives proprement pécuniaires* »[76] et, d'autre part, que l'article L228-15 du Code de commerce exige le respect de ladite procédure en cas d'actions de préférence réservées, sans faire de distinction entre la préférence pécuniaire et celle extrapécuniaire[77].

381. En tout état de cause, la thèse restrictive n'a eu que peu de succès en doctrine. Aujourd'hui, rares sont ceux qui la soutiennent[78]. À l'image de leurs prédécesseurs[79], la majorité des auteurs actuels[80] adopte un sens large ou extensif de l'avantage particulier soumis au contrôle. Cette démarche doit être approuvée car, lorsqu'elle est appliquée à des privilèges conférés à des associés, la procédure de vérification trouve « *sa raison d'être et son fondement dans la règle de l'égalité entre associés* »[81]. Elle vise, dans ce cas, à encadrer l'inégalité entre associés qui résultera de l'octroi desdits avantages. Dès lors, pour ne pas la

[73] P. MILLET, *op.cit*., p. 119.
[74] Voir P. MILLET, *op.cit*., p. 119, qui cite Thaller.
[75] S. SCHILLER, « L'évaluation de la préférence », art. cit.
[76] D. PORACCHIA et L. GODON, art. cit., p. 42.
[77] J.-C. PAGNUCCO, *v°* « Sociétés anonymes.- Constitution avec appel public à l'épargne.-Vérification des apports en nature et des avantages particuliers », *J-Cl. Sociétés Traité*, Fasc. n°117-30, juin 2015, n^{os}15 et 16.
[78] P. REIGNE et T. DELORME, art. cit. ; D. SCHMIDT, *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme*, *op.cit*., n°92, p. 100 ; P. MOUSSERON, *Les conventions sociétaires*, *op.cit*., n°435, p. 304.
[79] R. TUNC, *op.cit*., n°22, p. 26 ; H. BOSVIEUX, « De la notion d'avantages particuliers », art. cit., p. 73 ; P. MILLET, *op.cit*., pp. 31 et s. ; M. de JUGLART, B. IPPOLITO, E. DU PONTAVICE et J. DUPICHOT, *Traité de droit commercial*, Partie II, 3^{e} éd., Montchrestien, 1982, n°605-12, p. 77.
[80] À propos de cette doctrine, voir P. REIGNE et T. DELORME, art. cit., note 9.
[81] H. BOSVIEUX, « De la notion d'avantage particulier », art. cit., p. 73.

vider de toute sa substance, il paraît plus raisonnable de qualifier d'avantage particulier, soumis au contrôle, « *tout droit et toute allocation ou rétribution ayant pour effet de rompre l'égalité contractuelle entre associés* »[82].

Ce raisonnement s'impose avec d'autant plus de force qu'il n'est plus à démontrer que les avantages non pécuniaires constituent les sources d'inégalités entre associés, parfois les plus redoutables et, sans aucun doute, les plus nombreuses. Par voie de conséquence, leur exclusion de la catégorie des avantages vérifiables serait une démarche « *regrettable et dangereuse* »[83]. Il convient ainsi de retenir que, sont assujetties au contrôle, toutes les faveurs particulières accordées à des associés[84] identifiés ou suffisamment identifiables[85], peu importe qu'elles soient pécuniaires ou extrapécuniaires[86]. Cette analyse ne permet pas pour autant de lever tous les doutes sur le domaine du contrôle, notamment en ce qui concerne les avantages attachés à des actions de préférence.

382. Rappelons que, selon l'article L228-15 du Code de commerce, la procédure de vérification doit être observée lorsque des actions de préférence sont attribuées à certains associés. Ce texte semble édicter une obligation générale de suivre ce mécanisme dans toutes les hypothèses où de telles actions sont réservées. Il existe pourtant une exception et quelques incertitudes. L'exception a été introduite lors de la réforme des actions de préférence issue de la loi de modernisation de l'économie n°2008-776 du 4 août 2008[87]. Ce texte a ajouté un troisième alinéa à l'article L228-15 qui écarte l'application de la procédure de vérification lorsque des actions de préférence appartenant à une catégorie déjà existante sont conférées à des actionnaires, même si ces derniers sont différents des premiers attributaires[88]. En pareille hypothèse, seul le rapport spécial du commissaire aux comptes visé par l'article L228-12 du Code de commerce est exigé[89]. L'objectif de cette dispense est d'éviter à la société d'accomplir une nouvelle fois cette pesante formalité alors que ces actions auront déjà été évaluées. C'est dire que cette exemption ne peut s'appliquer que si la première émission a été

[82] *Ibid.* ; C. LYON-CAEN et L. RENAULT, *Manuel de droit commercial*, 15e éd., Paris 1928, p. 233, par A. Amiaud ; COPPER-ROYER, *Traité des sociétés anonymes,* t. 1, 4e éd. Dalloz, 1931, n°84, p. 476.
[83] A. QUEMBRE, *Le régime des apports en nature et avantages particuliers dans les sociétés anonymes, étude de droit comparé*, th. Lille, 1947, p. 42.
[84] La loi vise également les avantages accordés à un tiers. Toutefois, ceux-ci seront écartés du champ de notre étude.
[85] M. CHOTTIN, « De la vérification des apports en nature, avantages particuliers et comptes sociaux », th. Nancy, 1922, p. 36.
[86] J.-J. DAIGRE, « Actions privilégiées, catégories d'actions et avantages particuliers », art. cit., p. 216.
[87] Sur cette réforme, voir H. Le NABASQUE, « La réforme des actions de préférence », *JCP* E, 2008, 3, n°2445 ; B. DONDERO, « L'ordonnance n°2008-1145 du 6 novembre 2008 relative aux actions de préférence », art. cit.
[88] H. Le NABASQUE, « La réforme des actions de préférence », art. cit., n°7.
[89] Art. L228-15, al. 3, du Code de commerce.

faite au profit d'actionnaires nommément désignés ou suffisamment identifiables[90].

383. Par-delà cette dérogation, il existe quelques incertitudes sur le domaine d'application de la procédure de contrôle aux actions de préférence réservées. La première ne concerne pas vraiment notre sujet, mais sera brièvement évoquée. Elle portait sur la question de savoir si la procédure devait être déployée pour des actions attribuées à des personnes non encore actionnaires. L'ambiguïté résidait dans le fait que l'article L228-15 ne vise expressément que les actions émises au profit « *d'un ou de plusieurs actionnaires* ». Il existait donc un doute quant à la vérification des actions conférées à des tiers. Heureusement, une réponse ministérielle est venue affirmer, avec raison, que la procédure s'étend à cette hypothèse[91].

384. Par ailleurs, d'aucuns refusent le qualificatif d'action de préférence aux actions à vote plural émises par les SAS et qui ne comporteraient aucun autre droit[92]. Or, la conséquence de cette disqualification est que la procédure de contrôle ne devrait pas être appliquée lorsque de telles actions sont créées au bénéfice d'actionnaires déterminés. Une telle solution paraît difficilement admissible car, le droit de vote plural fait partie de ces prérogatives « *qui ont une importance telle et peuvent prêter à de si grave abus que leur vérification s'impose avec autant et plus de force encore que l'attribution d'une part de bénéfices ou l'allocation d'une somme d'argent* »[93]. À cela s'ajoute qu'à la lecture de l'article L228-11 du Code de commerce, la préférence peut bel et bien être de nature politique.

385. Enfin, selon certains auteurs[94], la procédure de vérification n'a pas à être déroulée en cas de conversion d'actions préexistantes en actions de préférence. D'après eux, l'article L228-15 du Code de commerce distingue en son alinéa 1[er] le régime juridique spécial applicable à la création d'actions de préférence par émission d'actions nouvelles, et en son alinéa second, celui applicable aux actions de préférence nées d'une conversion d'actions existantes, de telle sorte que le contrôle ne s'appliquerait que dans la première hypothèse[95]. Il

[90] B. BRIGNON, « La place des commissaires aux comptes dans la procédure d'émission des actions de préférence », *Jour. sociétés*, juin 2013, n°109, p. 38, spéc. p. 41.
[91] Rép. min. à QE n°43987, *JO* AN Q., 24 août 2004 ; Voir aussi, Rép. n° 13315, Adnot, *JO Sénat*, 19 mai 2005, p. 1441.
[92] D. MARTIN, H. Le NABASQUE, R. MORTIER, C. FALLET, et A. PIETRANCOSTA, « Les actions de préférence », *Actes pratiques et Ingénierie sociétaire*, nov.-déc. 2012, dossier 6, § n°43.
[93] H. BOSVIEUX, « De la notion d'avantage particulier », art. cit., p. 72.
[94] A. COURET et H. LE NABASQUE, *Valeurs mobilières - Augmentations de capital - Nouveau régime - Ordonnance des 25 mars et 24 juin 2004*, *op.cit.,* n[os]536 à 541 ; C. BAERT, « Les actions de priorité : une catégorie de titres en voie d'extinction après l'ordonnance du 24 juin 2004 », art. cit., p. 1575.
[95] C. BAERT, « Les actions de priorité : une catégorie de titres en voie d'extinction après l'ordonnance du 24 juin 2004 », art. cit., p. 1575.

faut dire que, rares seront les praticiens qui prendront le risque de ne pas observer la voie légale sous prétexte que les actions découleraient d'une conversion tant le risque de nullité est élevé. Au-delà de la remarque, nous estimons que par la conversion la société accorde une altérité à certains actionnaires, qui ne sera pas partagée par les autres. Partant, la rupture d'égalité qui s'en infère doit conduire au respect de la procédure pour informer les autres associés et leur permettre d'exprimer leur consentement. Au regard de ces éléments, il est permis de penser que la procédure de vérification doit s'appliquer « *quel que soit le mode de création en cause (émission, conversion, attribution gratuite, distribution de dividendes sous forme d'actions)* »[96].

Son domaine d'application étant délimité, la procédure de contrôle doit maintenant être étudiée en substance.

b. La description de la procédure de vérification des avantages particuliers

386. L'objectif de la procédure de contrôle et d'approbation des avantages particuliers est de permettre aux associés, exclus du bénéfice des faveurs, de se prononcer en les approuvant ou en les rejetant[97]. Un tel but ne saurait, à l'évidence, être atteint qu'à la condition que leur décision soit prise en connaissance de cause, car le consentement est « *une volition précédée de réflexion* »[98].

C'est pour cette raison que la première phase de la procédure de contrôle est consacrée à leur information (1). C'est seulement lorsque cette étape est franchie, qu'ils procéderont à un vote en assemblée (2).

1. L'information des associés non-bénéficiaires des avantages

387. Aux termes de l'article L225-8[99] du Code de commerce, en cas de stipulation d'avantages particuliers dans les sociétés par actions au profit d'actionnaires identifiés ou identifiables, un ou plusieurs commissaires aux apports sont désignés à l'unanimité des fondateurs ou, à défaut, par décision de justice, sur demande des fondateurs ou de l'un d'entre eux. Le texte ajoute que ces commissaires sont soumis aux incompatibilités de l'article L822-

[96] D. PORACCHIA et L. GODON, art. cit., p. 42.
[97] J.-J. DAIGRE, « Actions privilégiées, catégories d'actions et avantages particuliers », art. cit., p. 217.
[98] F. TERRE, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, les obligations*, 11e éd. Dalloz, 2013, n°93, p. 120.
[99] Voir aussi L225-147 du Code de commerce.

11[100].

388. Trois précisions doivent être apportées. D'une part, lorsque l'avantage est créé en dehors de la période constitutive, ce seront les associés[101], et pas forcément les fondateurs, qui désigneront le ou les commissaires. D'autre part, si l'avantage est accordé à l'occasion d'une opération de fusion[102] ou de transformation[103], les commissaires choisis pour les besoins de ces opérations feront office de commissaires aux apports. Enfin, si l'avantage est attaché à des actions de préférence, l'article L228-15 du Code de commerce nous renseigne que « *le commissaire aux apports(...) est un commissaire aux comptes n'ayant pas réalisé depuis cinq ans et ne réalisant pas de mission au sein de la société* ». Interrogé sur la portée de cette prescription destinée à assurer l'impartialité de l'expert[104], le garde des Sceaux a indiqué que l'incompatibilité englobe[105] aussi les cas où le commissaire n'aurait effectué qu'une mission ponctuelle dans la société durant les cinq dernières années.

389. Sous réserve de ces précisions, « *les commissaires aux apports sont choisis parmi les commissaires aux comptes inscrits sur la liste prévue à l'article L822-1 ou parmi les experts inscrits sur une des listes établies par les cours et tribunaux. Ils sont désignés, le cas échéant, par le président du tribunal de commerce, statuant sur requête* »[106]. Une fois nommés, ils seront amenés « *apprécier, sous leur responsabilité, la valeur des avantages particuliers* »[107]. Comme pour les apports en nature[108], ils doivent décrire la nature[109] et la valeur[110] des avantages, apprécier leur impact sur les droits des associés dans la société, indiquer quel mode d'évaluation a été adopté et pourquoi il a été retenu[111]. À la lumière d'une réponse ministérielle, « *la mission du commissaire consiste moins à juger du bien-fondé de l'octroi*

[100] Pour plus de détails, voir le texte de l'article L822-11.
[101] Par exemple en cas d'augmentation de capital, voir art. L225-147 du Code de commerce.
[102] Sauf s'il en n'existe pas, voir Art. L236-10, III, du Code de commerce.
[103] Dans ce cas, l'article L224-3 du Code de commerce dispose que « *lorsqu'une société de quelque forme que ce soit qui n'a pas de commissaire aux comptes se transforme en société par actions, un ou plusieurs commissaires à la transformation, chargés d'apprécier sous leur responsabilité la valeur des biens composant l'actif social et les avantages particuliers, sont désignés, sauf accord unanime des associés par décision de justice à la demande des dirigeants sociaux ou de l'un d'eux* ».
[104] N. FRICERO, « L'impartialité de l'expert, un élément clef d'une expertise équitable », in *Mél. en l'honneur de D. Tricot*, éd. Litec, Dalloz, 2011, p. 355.
[105] Rép. min. à QE n°13389, *JOAN*, 24 décembre 2004, p. 2970, 12e législature.
[106] Art. R225-7 du Code de commerce.
[107] Articles L225-8 al. 2 et L225-147 al. 2 du Code de commerce.
[108] Sur cette question, voir L. GODON, « Le commissaire aux comptes et l'évaluation des apports », *Journ. sociétés*, septembre 2013, n°111, p. 39.
[109] D. PORACCHIA et L. GODON, art. cit., p. 42.
[110] B. BRIGNON, « La place des commissaires aux comptes dans la procédure d'émission des actions de préférence », art. cit., p. 39.
[111] Art. R225-8 du Code de commerce. Voir Art. R225-136 du Code de commerce.

d'avantages, lesquels procèdent du consentement des associés exprimé dans le pacte social, qu'à en apprécier la consistance et les incidences éventuelles sur la situation des actionnaires, notamment si de tels avantages confèrent à certains d'entre eux un droit préférentiel sur les bénéfices et le boni de liquidation »[112].

390. Pour accomplir convenablement leur mission, les commissaires sont habilités à se faire assister d'un ou plusieurs autres experts, sachant que les honoraires seront supportés par la société[113]. À la fin de l'évaluation, ils devront cristalliser les résultats dans un rapport spécial[114] qui sera déposé au siège de la société et au greffe du tribunal de commerce du ressort de la société, au moins huit jours avant la date de la tenue de l'assemblée constitutive[115], de l'assemblée générale extraordinaire[116], du conseil d'administration ou du directoire[117]. Dans les cas où les avantages particuliers sont attachés à des actions de préférence, ce délai de huit jours « *peut être réduit si tous les actionnaires y consentent, par écrit, préalablement à la désignation du commissaire aux apports* »[118]. Il ressort de ces éléments que les associés bénéficient d'une information relativement importante avant de se prononcer sur l'octroi des avantages.

391. Cette information se trouve renforcée lorsque les faveurs sont attachées à des actions de préférence, car outre l'information décrite ci-dessus, la création d'actions de préférence donne lieu à une autre information destinée aux associés. Selon l'article L228-12 du Code de commerce, l'émission d'actions de préférence doit être précédée d'un « *rapport spécial des commissaires aux comptes* ». Ce rapport dont l'objectif est de renseigner les associés sur l'opération envisagée[119] doit, selon l'article R228-18 al. 2 du même code, mentionner les conditions de la création, rappeler le contexte de l'opération, expliquer la procédure de conversion (s'il s'agit par exemple d'une création par conversion) et décrire les caractéristiques des actions nouvelles. Surtout, il devra contenir l'avis du commissaire sur les

[112] Rép. min. à QE n°31295, *JOAN*, 3 décembre 1990, p. 5543 ; *Bull. Joly*, janvier 1991, § 9 ; *JCP* E, 1991, pan. 35.
[113] Art. R225-7 alinéa 3 et R225-136 du Code de commerce.
[114] B. BRIGNON, « La place des commissaires aux comptes dans la procédure d'émission des actions de préférence », art. cit., p. 39. Aussi, la loi restant muette sur les formes de ce rapport, le commissaire ont toute latitude pour y procéder comme il le juge convenable, M. CHOTTIN, « De la vérification des apports en nature, avantages particuliers et comptes sociaux », th. Nancy, 1922, p. 38.
[115] Art. R225-9 du Code de commerce.
[116] Si les avantages sont créés en dehors de la période constitutive. Voir notamment en cas d'augmentation de capital, article R225-136 alinéa 4 du Code de commerce.
[117] Il en va ainsi lorsque l'assemblée générale a, comme le lui permet l'article L228-12 du Code de commerce, délégué le pouvoir d'émettre des actions de préférence au conseil d'administration ou au directoire, dans les conditions fixées par les articles L225-129 à L225-129-6 du même code.
[118] Art. L225-136 dernier al. du Code de commerce.
[119] D. DESCAMPS et S. SYLVESTRE, « La procédure de création des actions de préférence », art. cit., n°66, p. 1254.

conditions de la création des actions, les modes de calcul du rapport de conversion, les modalités de sa réalisation et l'incidence de l'opération sur la situation des titulaires de titres de capital[120].

Selon la compagnie nationale des commissaires aux comptes, ce document doit être établi même si les nouvelles actions de préférence découlent d'une modification des caractéristiques d'une catégorie d'actions déjà existante[121]. L'on en déduit que même si l'avantage particulier résulte de la modification (dans un sens favorable) d'une catégorie d'actions de préférence, ce rapport sera requis. L'utilité de ce rapport consiste à permettre aux actionnaires non seulement d'obtenir l'avis d'un professionnel indépendant sur l'opération[122], mais aussi de vérifier l'exactitude de l'information donnée par les dirigeants[123]. C'est ainsi qu'il n'a pas à être déposé au greffe du tribunal de commerce, mais devra simplement être transmis aux associés en même temps que la convocation à l'assemblée générale[124].

392. Une dernière disposition vient encore indirectement renforcer l'information fournie aux actionnaires. Il s'agit de l'article L225-129 du Code de commerce qui précise que « *l'assemblée générale extraordinaire est seule compétente pour décider, sur le rapport du conseil d'administration ou du directoire, une augmentation de capital immédiate ou à terme* ». Il ressort de ce texte qu'en cas de création d'actions de préférence, par émission ou par conversion, le conseil d'administration ou le directoire (ou le président s'il s'agit d'une SAS) devra établir un rapport[125]. À l'instar de celui du commissaire aux comptes, cet écrit indique les conditions de l'opération, les modalités de calcul du rapport de conversion et celles de sa réalisation. Il doit également préciser l'incidence de l'opération sur la situation des titulaires de titres de capital et de valeurs mobilières donnant accès au capital[126]. Ce rapport vient ainsi se combiner aux deux précédemment évoqués[127]. Pour certains, cette multiplicité des contrôles témoigne « *d'une véritable méfiance envers le contrôleur naturel de*

[120] B. BRIGNON, « La place des commissaires aux comptes dans la procédure d'émission des actions de préférence », *Jour. sociétés*, juin 2013, n°109, p. 38, spéc. p. 39.
[121] *Bull. CNCC*, n°163, septembre 2011, p. 593.
[122] D. DESCAMPS et S. SYLVESTRE, « La procédure de création des actions de préférence », art. cit., n°68, p. 1254.
[123] T. GRANIER, « Le rôle des commissaires aux comptes », *Rev. sociétés*, 2004, p. 557, spéc. n°5, p. 558.
[124] B. BRIGNON, « La place des commissaires aux comptes dans la procédure d'émission des actions de préférence », art. cit., p. 39.
[125] Art. L228-12 du Code de commerce.
[126] Art. R228-17 al. 1 du Code de commerce.
[127] B. BRIGNON, « La place des commissaires aux comptes dans la procédure d'émission des actions de préférence », art. cit., p. 40.

l'égalité des actionnaires qu'est le commissaire aux comptes »[128].

393. Quoi qu'il en soit, on remarque qu'en cas d'octroi d'avantages particuliers à certains associés dans les sociétés par actions, le législateur a institué plusieurs mécanismes afin de permettre aux autres actionnaires d'obtenir une information fiable sur ces privilèges[129]. Cela devrait éclairer leur vote lors de l'assemblée générale[130].

2. Le vote de l'assemblée générale

394. Le vote de l'assemblée générale des associés est l'ultime étape de la procédure des avantages particuliers. Que les privilèges soient attachés à la personne[131] ou insérés dans une catégorie d'actions de préférence[132], leur attribution dans une société par actions nécessite une délibération collective. Il en est ainsi quel que soit le moment de la création. Cette assemblée est nécessaire même si lesdits avantages résultent de la modification des caractéristiques d'une catégorie d'actions détenues par certains actionnaires. Si les faveurs sont attribuées lors de la constitution, l'assemblée constitutive[133] sera habilitée à statuer. En revanche, si elles sont conférées en cours d'existence sociale, l'assemblée générale extraordinaire[134] sera compétente. Dans les deux cas, il revient en principe aux associés non bénéficiaires des avantages de décider[135] ; les attributaires étant exclus du vote.

Cette interdiction découle de l'article L225-10 du Code de commerce qui énonce que le bénéficiaire des avantages *« n'a voix délibérative ni pour lui-même ni comme mandataire*[136] » et que ses actions *« ne sont pas prises en compte pour le calcul de la majorité* ». Une règle similaire existe dans l'alinéa 2 de l'article L228-15 du même code pour le cas exprès des actions de préférence issues de la conversion des titres ordinaires de certains actionnaires. Selon la Cour de cassation, l'associé bénéficiaire ne peut voter ni au titre de ces

[128] D. DESCAMPS et S. SYLVESTRE, « La procédure de création des actions de préférence », art. cit., n°82, p. 1260.
[129] D. PORACCHIA et L. GODON, art cit., 42.
[130] H. Le NABASQUE, « La réforme des actions de préférence », art. cit., n°7.
[131] Articles L225-8, L225-14, L225-147, L225-148 et L224-3 du Code de commerce.
[132] Art. L228-15 al. 2 du Code de commerce.
[133] Elle statue toutefois selon les conditions de l'assemblée générale extraordinaire, voir art. L225-9 al. 2 du Code de commerce.
[134] Il en est ainsi car l'octroi des avantages entraine une modification des statuts.
[135] M. GERMAIN, « Pactes, statuts et ordre public », in *Liber amicorum, Mél. en l'honneur de Ph. Merle*, éd. Dalloz, 2013, p. 305, spéc. n°13, p. 312.
[136] Voir aussi, Cass. Req. 31 décembre 1906, *Journ. sociétés*, 1907, p. 413

actions d'apport, ni au titre des actions de numéraire qu'il aurait en sa possession[137]. Cette solution est logique, car l'article L225-10 vise les actions sans distinction aucune.

395. Elle appelle néanmoins quelques remarques. Il est évident que refuser à l'attributaire des privilèges le droit de voter au moyen de ses titres est une solution qui se justifie parfaitement, étant entendu qu'elle demeure le seul moyen pour préserver l'objectivité de la décision[138]. En réalité, étant le principal intéressé, tout porte à croire qu'il votera en faveur de l'octroi des avantages. Donc, pour prévenir le conflit d'intérêt, il est nécessaire qu'il soit privé de la faculté de prendre part à l'assemblée. Nous noterons cependant que selon la jurisprudence[139], le droit accordé à tout associé de voter aux décisions collectives[140] ne peut être supprimé que par une disposition expresse. Or, les seuls textes qui écartent expressément le vote de l'attributaire concernent les avantages accordés pendant la constitution[141], en cas d'augmentation de capital[142] et en cas de conversion d'actions ordinaires en actions de préférence[143]. Pour le surplus, il n'existe aucune exclusion formelle de l'attributaire du vote. Dès lors, si l'avantage est octroyé en dehors de ces périodes, le bénéficiaire sera habilité à participer au vote. Ses titres devront également être pris en compte pour le calcul du quorum et de la majorité. Ainsi, se posera sans doute un problème d'objectivité dans la décision de l'assemblée.

396. Plus discutable est le refus de la votation de l'attributaire en tant que mandataire. Il faut d'ailleurs relever que, initialement, les juges l'autorisaient dans les situations dans lesquelles le mandant n'était pas lui-même frappé d'exclusion[144]. Ce n'est que plus tard qu'ils sont revenus sur leur position[145]. Traditionnellement, plusieurs arguments sont invoqués à l'appui de ce refus de vote. On peut les résumer ainsi : on a soutenu qu'il serait difficile au mandataire d'être impartial dans une délibération dont il est intéressé. Et, à supposer même qu'il soit impartial, il pourra toujours considérer comme légitimes des avantages qui

[137] Cass. Req. 22 février 1888, *D.* 1888, 1, p. 297 ; Cass. Req. 31 décembre 1906, *D.* 1908, 1, p. 513, note J. Percerou.
[138] D. PORACCHIA et L. GODON, art cit., 42.
[139] Cass. com. 23 octobre 2007, n°06-16.537, *Bull. civ*. IV, n°225 ; *Rev. sociétés*, 2007, p. 814, note P. Le Cannu, *RLDA*, 2008/23, n°1369, obs. H. Guyader ; *Bull. Joly*, 2008, p. 101, note D. Schmidt ; *D.* 2008, p. 47, note Y. Paclot. À rapprocher, CA Montpellier, 5 Janvier 2010, *JCP* E, 2010, n°1203, sanctionnant l'excluxion de certains associés du vote. Voir aussi, TC, Seine, 30 mars 1893, *Journ. sociétés*, 1894, p. 161.
[140] Art. 1844 du Code civil.
[141] Art. L225-10 du Code de commerce.
[142] Art. L225-147 al. 2 du Code de commerce qui renvoie à l'article L225-10.
[143] Art. L228-15 al. 2 du Code de commerce.
[144] Cass. Req. 20 janvier 1892, *Journ. sociétés*, 1892, p. 145 ; *D.* 1892, 1, p. 229 ; TC, Seine, 25 juin 1904, *Journ. sociétés*, 1905, p. 48.
[145] Cass. Req. 31 décembre 1906, *D.* 1908, 1, p. 513 ; Cass. Req. 30 avril 1913, *Journ. sociétés*, 1914, p. 396.

apparaîtraient excessifs à une personne désintéressée. On s'est également demandé comment priver l'associé de son droit de vote au titre de ses actions en numéraire et l'autoriser à voter avec les actions d'autrui. Au regard de ces éléments, une solution inverse aurait pour effet d'annihiler les conséquences du système de privation du droit de voter prévu par la loi[146].

397. Ces arguments sont respectables, mais ne sauraient avoir une portée absolue. On notera d'emblée qu'ils ne sont recevables que lorsque le mandat donné est imprécis. En revanche, si le mandant fixe le sens du vote, il n'y aura pas de risque de fraude puisque le mandataire sera obligé de s'exprimer dans ce sens, peu importe qu'il lui soit favorable ou non. De plus, même en l'absence de directives dans le vote, le résultat reste identique, car le mandant sait généralement dans quel sens votera son mandataire. Finalement, le seul cas dans lequel les arguments contre le vote en qualité de mandataire pourraient prospérer, c'est lorsque le mandant ignore que son mandataire est aussi bénéficiaire des avantages particuliers. Or, force est d'admettre qu'il s'agit là d'une hypothèse d'école, d'autant que l'on imagine mal que le mandant puisse choisir, au hasard, un mandataire dont il ne connaît pas la situation dans la société. Tout ceci illustre, en définitive, que le refus du vote au bénéficiaire des avantages en tant que mandataire d'un autre actionnaire reste, à bien des égards, injustifié.

398. De toute manière, lorsqu'elle est ordonnée par la loi, l'exclusion doit être respectée. Il s'ensuit que son inobservation sera sanctionnée. En ce sens, lorsqu'il s'agit d'avantages particuliers résultant de la conversion d'actions ordinaires en actions de préférence, la participation du bénéficiaire à l'assemblée entraîne la nullité de la délibération[147] et donc de l'attribution. Par contre, dans les autres cas, l'article L225-10 du Code de commerce reste muet sur la sanction de l'irrégularité du vote. Sous l'empire de la loi de 1867[148], la nullité de la délibération demeurait la sanction. Elle entraînait subséquemment celle de la société, étant donné que l'approbation des avantages était une condition de la constitution de la société.

Mais le caractère excessif de cette solution avait conduit la doctrine à suggérer la restriction de ces hypothèses d'application. Ainsi, admettait-on la validité de la délibération, malgré la participation des bénéficiaires des avantages au vote, dès lors que l'approbation a été votée par un nombre de voix tel que, déduction faite des voix irrégulières, les conditions de quorum et de majorité prévues par la loi étaient satisfaites[149]. Cette solution procédait

[146] R. TUNC, *op.cit*., n°81, p. 74.
[147] Art. L228-15 al. 2 du Code de commerce.
[148] Art. 4, al. 5.
[149] R. TUNC, *op.cit*., n°86, p. 85.

d'une certaine logique, car pourquoi annuler une délibération alors que, même sans les voix des associés privés de vote, la majorité et le quorum étaient atteints ? En tout cas, la jurisprudence de l'époque a été sensible à l'argumentaire puisqu'elle a pu appliquer une telle solution dans quelques-unes de ses décisions[150]. En droit positif, la nullité de la délibération n'est ni expressément consacrée ni formellement exclue. S'ajoute à cela que le Code de commerce sanctionne, de manière générale, l'irrégularité des assemblées par une nullité facultative[151]. Cela étant, rien n'empêche aux juges de recourir à l'ancienne solution lorsqu'ils sont confrontés à une telle question.

399. Du reste, les avantages particuliers seront approuvés par la majorité exprimée en assemblée générale. En tant qu'organe de la société[152], l'assemblée exprime le consentement de cette dernière[153]. En se prononçant collectivement, les associés mettent en œuvre, certes d'une certaine manière, leur propre consentement, mais ils expriment surtout la volonté de la personne morale[154]. Ici, la volonté sociale coïncide avec celle de la majorité. Cette décision de la majorité lie tous les associés car, par-delà ses intérêts individuels, la majorité est présumée représenter les intérêts collectifs[155]. Cette assertion est d'autant plus exacte que seul un « *vote favorable est un consentement à un acte* »[156]. Or, il est évident que les associés minoritaires qui auraient exprimé un vote négatif n'auront pas donné leur accord. C'est donc uniquement par cette fiction juridique selon laquelle la majorité exprime la volonté sociale[157], que le consentement de ces minoritaires sera considéré comme acquis.

400. Dans les sociétés anonymes, l'assemblée statue dans les conditions de l'assemblée extraordinaire[158]. Elle ne délibèrera valablement que si, d'une part, *« les actionnaires présents ou représentés possèdent au moins, sur première convocation, le quart et, sur deuxième convocation, le cinquième des actions ayant le droit de vote* » et, d'autre part, si « *la majorité des deux tiers des voix dont disposent les actionnaires présents ou représentés »* est obtenue.

---

[150] Cass. Req. 6 novembre 1894, *Journ. sociétés*, 1895, p. 14 ; Cass. Req. 31 décembre 1906, *D*. 1908, 1, p. 513.
[151] Articles L225-149-3 al. 3 et L235-1.
[152] D. MARTIN, « L'exclusion d'un actionnaire », in « La stabilité du pouvoir et du capital dans les sociétés par actions », *RJ. com*. n° spéc. 1990, p. 94, spéc. p. 97.
[153] D. PORACCHIA et J. GASBAOUI, art. cit., p. 178.
[154] M. BUCHBERGER, *op.cit.,* n°436, pp. 363 et 364. Cela est encore plus vrai dans les sociétés unipersonnelles dans lesquelles, par sa décision, l'associé unique exprime son consentement et celle de la société, voir en ce sens, Y GUYON, *Traité des contrats: les sociétés, aménagements statutaires et conventions entre associés*, *op.cit*., n°84, p. 156.
[155] D. SCHMIDT, *Les droits de la minorité dans les sociétés anonymes, op.cit*., p. 71, n°104.
[156] H. HOVASSE, « Modification de la répartition des droits à dividendes et donation indirecte », *JCP* E, 2013, I, 1066, p. 19, spéc. p. 21.
[157] D. SCHMIDT, *Les droits de la minorité dans la société anonyme*, *op.cit*., n°25, p. 21.
[158] Art. L225-96 du Code de commerce.

Concernant les sociétés en commandites par actions, il faudra, en plus de ces règles, le consentement de tous les commandités[159]. Pour ce qui est des sociétés par actions simplifiées[160], la décision doit être prise selon les conditions fixées dans les statuts[161]. Si les avantages sont créés en cours de vie sociale et que les statuts ne disent rien sur les conditions de quorum et de majorité, alors l'unanimité s'impose[162]. Dans tous les cas, les associés votants ne peuvent qu'accepter ou refuser les avantages, mais ne saurait les réduire, à moins que tous les bénéficiaires aient donné leur accord[163]. Si les avantages sont rejetés alors qu'ils étaient stipulés pendant la constitution de la société ou une augmentation de capital, ces opérations ne seront pas réalisées[164] ou seront annulées[165].

401. Finalement, bien qu'il soit sujet à de nombreuses critiques[166], le système de vérification des privilèges particuliers demeure un outil important destiné à permettre aux associés non bénéficiaires des avantages d'être bien informés sur les contours de ceux-ci pour exprimer leur approbation. Consentement qui est aussi indispensable que celui des associés attributaires des avantages.

II. Le consentement des associés attributaires des avantages

402. Au premier abord, on pourrait penser que l'accord individuel des bénéficiaires des avantages n'est requis que lorsque ces derniers sont exclus de la prise de décision sociale[167], c'est-à-dire lorsque les faveurs sont conférées pendant la phase constitutive, en cas d'augmentation de capital ou si les avantages consistent en l'octroi d'actions de préférence[168].

---

[159] Art. L226-11 du Code d commerce.
[160] Art. L227-9, al. 1, du Code de commerce
[161] Sauf si la société procède au *crowdfunding* puisque dans ce cas, l'article L227-2-1 du Code de commerce impose l'application des règles qui régissent la SA.
[162] Puisqu'en vertu de l'article 1836 al. 1 du Code civil, la modification des statuts ne peut intervenir qu'à l'unanimité des associés.
[163] Articles L225-8 al. 3 et L225-147 et L224-3 al. 2 du Code de commerce.
[164] Voir art. L225-8 du Code de commerce si c'est lors de la constitution ; art. L225-147 al. 4 si c'est une augmentation de capital.
[165] Art. L224-3 al. 3 du Code de commerce pour les cas de transformation d'une autre société en société par actions.
[166] M. CHOTTIN, « De la vérification des apports en nature, avantages particuliers et comptes sociaux », th. Nancy, 1922, pp. 33 et s.
[167] Lorsque cette exclusion n'est pas expressément formulée dans la loi, l'associé doit participer à la décision collective. De ce fait, il pourrait paraître superflu d'exiger à nouveau son consentement personnel.
[168] Si les actions sont créées, les bénéficiaires n'en deviendront titulaires que s'ils y souscrivent. Or, comme tout contrat, celui de souscription repose nécessairement sur un accord de volonté entre les parties, voir *infra*, n^{os}415 et s. Voir aussi M. GERMAIN et V. MAGNIER, *op.cit.,* n^{os}1943 et s. ; M. BUCHBERGER, *op.cit.,* n^{os}12 et s. À l'inverse, si les faveurs résultent d'une conversion d'actions ordinaires, il s'agira d'une modification du contrat de souscription, en ce sens que c'est la contrepartie de l'apport de l'associé, à savoir le contenu de ses actions, qui est modifiée. Partant, l'article 1103 du Code civil impose l'assentiment de l'associé concerné.

Mais une telle solution s'accommoderait difficilement du droit positif. En effet, lorsque l'on parcourt les articles L225-8 et L225-147 du Code de commerce, on se rend compte que les avantages particuliers doivent être stipulés par les bénéficiaires à leur profit. Derrière cette stipulation, se profile le consentement des bénéficiaires, puisque « *stipuler des faveurs à son profit* » ne signifie rien d'autre que faire une offre ou une proposition de contrat. En faisant cette offre, l'intéressé exprime donc en même temps son accord. L'affirmation s'impose avec d'autant plus de force que, selon les textes susvisés, les privilèges ne sauraient être réduits par l'assemblée générale, sans l'accord unanime des futurs attributaires[169].

403. Une autre question doit être évoquée avant de conclure sur ce point. Selon certains[170], la protection légale[171] accordée aux titulaires d'une catégorie d'actions s'applique à toutes les modifications des caractéristiques de la catégorie et ce, qu'il s'agisse d'une réduction ou d'un renforcement des droits. En application de cette opinion, le vote de l'assemblée spéciale[172] s'imposerait quand bien même la modification des droits attachés à la catégorie s'effectue dans un sens favorable aux bénéficiaires. Il est vrai que le confinement de la protection aux seules modifications désavantageuses n'est nulle part spécifié dans le texte. Mais, la réalité est que les actionnaires n'ont réellement besoin de protection que lorsque leurs droits sont réduits ou supprimés. Compte tenu de ces éléments, il semble plus convenable de considérer que, conformément à son esprit, l'article L225-99 ne vise que les diminutions ou suppressions des droits et non leur renforcement[173]. C'est en tout cas, la solution que semble retenir la jurisprudence[174]. Il sera vu cependant, qu'en tant qu'aménagement du contrat d'apport, la modification des caractéristiques d'une catégorie de titres nécessite toujours l'accord des titulaires[175].

Donc, sur la base des dispositions légales, la distribution d'avantages particuliers par une société par actions requiert nécessairement une approbation des associés bénéficiaires. Il en va de même lorsque certains désavantages particuliers doivent être mis à leur compte.

---

[169] La loi parle de l'unanimité des associés, mais il nous semble qu'il s'agit plus exactement de l'unanimité des associés concernés. La raison est que les associés non bénéficiaires ne pourront s'exprimer que par le biais de l'assemblée générale.
[170] A. COURET et *alii*, *Droit financier*, n°464.
[171] Art. L225-99 al. 2 du Code de commerce.
[172] Pour de plus amples développements sur ces assemblées spéciales, voir *infra*, n^{os}409 et s.
[173] Y. GUYON, *v°* « Assemblées d'actionnaires », *Rép. sociétés Dalloz,* janvier 2017, n°322.
[174] TC Seine, 7 juillet 1931, *Gaz. pal*. 1931, 2, p. 356.
[175] Voir *infra*, n^{os}415 et s.

B. La création de certains désavantages particuliers

404. Dans sa démarche de protection des associés en cas de discrimination dans la sphère sociale, le législateur a aussi et surtout songé aux associés à qui il sera demandé de supporter certaines obligations. C'est ainsi que la loi requiert expressément l'acceptation des associés débiteurs d'inconvénients particuliers dans au moins deux situations. Il s'agit des cas où ces désavantages aggravent leurs engagements (I) ou procèdent d'une modification de l'altérité liée à une catégorie d'actions dont ils sont titulaires (II).

I. Les désavantages augmentant les engagements des associés débiteurs

405. En souscrivant aux titres d'une société, l'associé connaît la nature et l'étendue des engagements auxquels il a contracté[176]. Pour le prémunir d'un risque au-delà de celui qu'il a accepté[177], le législateur pose un principe d'interdiction d'amplifier ses engagements. En disposant qu'« *en aucun cas, les engagements d'un associé ne peuvent être augmentés sans le consentement de celui-ci* », l'article 1836, al. 2, du Code civil proclame un principe général applicable à toutes les sociétés civiles et commerciales[178]. La brutalité de la formule laisse apparaître une fermeté remarquable, le législateur n'entendant ainsi laisser aucune possibilité à la société de renforcer les engagements de l'associé sans son accord. La Haute juridiction revêt cette disposition du caractère d'ordre public et sanctionne sa violation par la nullité absolue[179]. Ce texte constitue donc un véritable rempart qui protège les associés contre la volonté de la société[180]. Seul le consentement individuel de ces derniers peut justifier une aggravation de leurs engagements[181]. Il s'ensuit que lorsque la société souhaite désavantager certains associés en renforçant leurs engagements, elle devra absolument obtenir l'accord de ces derniers. Cette acceptation n'est enserrée dans aucun formalisme. Elle devra seulement être exprimée de manière expresse et sans équivoque. Si cette exigence est respectée, rien

[176] M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, *op.cit*., n°463.
[177] P. Le CANNU et B. DONDERO, *op.cit.,* n°144.
[178] Cass. civ. 1re, 8 novembre 1988, préc.
[179] Cass. com. 13 novembre 2003, *JCP* E, 2004, p. 337, note A. Viandier ; *JCP* E, 2004, n° 601, obs. crit. J.-J. Caussain, F. Deboissy, et G. Wicker ; *Rev. sociétés*, 2004, p. 97, note B. Saintourens, *Bull. Joly*, 2004, p. 413, note H. Le Nabasque ; *RTD com*. 2004, p. 118, obs. Monsèrié-Bon et L. Grosclaude ; *Dr. et patr*. mars 2004, p. 107, obs. D. Poracchia ; *D*. 2004, somm. 2033, obs. B. Thuillier.
[180] P. Le CANNU et B. DONDERO, *op.cit.,* n°144.
[181] J. MONNET, « Organisation de l'entreprise et interdiction d'augmenter les engagements des associés », in *Mél. offert à J. Paillusseau*, éd., Dalloz, 2003, p. 403, spéc. nos25 et s.

n'empêche qu'elle soit donnée de façon anticipée[182].

406. On remarquera toutefois que la notion d'aggravation des engagements n'est pas toujours aisée à circonscrire. Il est vrai qu'il existe des cas qui ne présentent aucune difficulté, puisque la loi exige expressément l'accord de chaque associé. Il en est ainsi de la décision par laquelle les associés d'une SARL décident de se passer d'un commissaire évaluateur en cas d'apport en nature[183]. Cette décision renforce les engagements des associés en ce sens qu'elle les rend solidairement responsables à l'égard des tiers des préjudices pouvant résulter de l'éventuelle sous-évaluation ou surévaluation des apports. De la même façon, les clauses d'inaliénabilité[184], d'agrément[185] ou d'exclusion[186] ne pourraient être introduites dans les statuts de SAS qu'avec l'accord des actionnaires concernés[187]. Dans les SA, l'augmentation de capital par majoration du nominal des actions doit également être approuvée à l'unanimité[188] des associés dont les titres sont visés. La loi exige encore l'unanimité chaque fois qu'une société à risque limité est transformée en société à risque illimité[189]. Il en est de même en cas de prorogation de la durée de la société, sauf clause contraire des statuts[190]. Mais ces hypothèses ne suffisent pas pour établir précisément ce que signifie une augmentation des engagements. Aussi, les contours de cette notion seront-ils plus amplement étudiés dans nos prochains développements[191].

407. Il convient à ce stade de retenir qu'en application de l'article 1836, al. 2 du Code civil, les sociétés, toutes formes confondues, doivent recueillir l'accord des associés dans tous les cas où elles souhaitent leur faire supporter des obligations susceptibles d'alourdir leurs engagements initiaux. Les sociétés par actions devront en faire de même lorsqu'elles souhaitent altérer défavorablement les caractéristiques d'une catégorie d'actions détenues par certains associés.

---

[182] Nous pensons par exemple à l'engagement pris dans les statuts par un associé de répondre ultérieurement à des appels de fonds, voir Cass. civ. 1re, 8 novembre 1988, *Bull. civ.* I, n°313 ; *Rev. sociétés*, 1989, p. 473, note Y. Chartier ; *Bull. Joly*, 1989, p. 78 ; *Defrénois*, 1989, p. 553, obs. A. Honorat ; *RTD com.* 1989, p. 86, note E. Alfandari et M. Jeantin.

[183] Art. L223-9 du Code de commerce.

[184] Art. L227-13 du Code de commerce.

[185] Art. L227-14 du Code de commerce.

[186] Articles L227-16 et L227-17 du Code de commerce.

[187] Art. L227-19 du Code de commerce.

[188] Art. L225-130, al. 2, du Code de commerce. En réalité, la majoration du nominal augmente les engagements de l'associé puisqu'elle implique un accroissement de l'apport de celui-ci.

[189] Tel est par exemple le cas lorsqu'une SARL est transformée en SCS, SNC ou SCA (art. L223-43 du Code de commerce) ou lorsqu'une SA est transformée en SNC.

[190] Art. 1844-6 du Code civil. Nous remarquerons que, même dans ce cas, l'unanimité est requise lors de l'introduction de la clause.

[191] Voir *infra*, nos539 et s.

II. Les désavantages résultant d'une modification de l'altérité attachée à une catégorie d'actions

408. À l'instar des désavantages qui accroissent les obligations des associés, les inconvénients résultant d'une modification de l'altérité attachée à une catégorie d'actions doivent être approuvés par les titulaires de la catégorie. Il faut entendre par là toutes les modifications défavorables des droits conférés par ces titres, c'est-à-dire leur conversion en actions ordinaires, leur rachat par la société, la diminution des prérogatives qu'elles confèrent ou le renforcement des obligations qu'elles comportent.

409. Dans les sociétés anonymes et celles en commandite par actions, la consultation des associés est prévue et organisée par l'alinéa 2 de l'article L225-99 du Code de commerce. Ce texte dispose que « *la décision d'une assemblée générale de modifier les droits relatifs à une catégorie d'actions n'est définitive qu'après approbation par l'assemblée spéciale des actionnaires de cette catégorie* ». Concrètement, lorsque l'assemblée générale[192] décide de réduire les droits ou de renforcer les obligations attachées à ces actions catégorielles, les associés titulaires devront impérativement se réunir en assemblée spéciale. Quand bien même l'article L225-99 ne donne pas de spécifications sur les catégories d'actions concernées[193], on admet aisément qu'il s'agit de toutes les catégories, c'est-à-dire des actions de préférence[194], mais aussi des catégories en voie de disparition[195]. Les seuls types d'actions qui échappent à cette disposition sont celles à droit de vote double[196] ou conférant un dividende majoré[197].

410. L'assemblée spéciale ne pourra délibérer valablement que si les actionnaires présents ou représentés possèdent au moins, sur première convocation, le tiers et, sur deuxième convocation, le cinquième des actions dotées du droit de vote[198]. Le cas échéant, la seconde assemblée peut être prorogée de deux mois à partir de la date à laquelle elle avait été convoquée[199]. Pour délibérer, il faudra une majorité des deux tiers des voix dont disposent les associés présents ou représentés. Si la modification, par exemple le rachat des actions, porte sur quelques actions de la catégorie, un auteur estime que l'assemblée spéciale devra statuer à

[192] Signalons qu'en l'absence d'exclusion légale, les associés concernés pourront participer à cette assemblées générale qui décide l'altération des droits.
[193] Y. GUYON, *v° «* Assemblées d'actionnaires *»*, *Rép. sociétés Dalloz,* janvier 2017, n°320.
[194] A. COURET et Alii, *Droit financier*, n°461.
[195] À savoir, les actions à dividende prioritaire sans droit de vote, les actions de priorité et les certificats d'investissement.
[196] Art. L225-123 du Code de commerce.
[197] Art. L232-14 du Code de commerce.
[198] Voir cependant, l'alinéa 3 de l'article L225-99 qui précise que ces seuils peuvent être renforcés (mais non abaissés) dans les sociétés qui ne font pas appel à l'épargne du public.
[199] Art. L225-99 du Code de commerce.

l'unanimité du fait de la rupture d'égalité qui en résulte[200]. Une telle solution paraît excessive. Nous pensons que la majorité des deux tiers devrait suffire, mais avec un accord exprès des actionnaires dont les actions sont concernées. Toutefois, si la modification des droits entraîne une augmentation des engagements des titulaires de la catégorie, l'article 1836, al. 2 du Code civil devrait retrouver application. Dans ce cas, la majorité laissera place à l'unanimité. Enfin, si la modification de la catégorie d'actions intervient dans une SAS, la société devra consulter les associés concernés conformément aux modalités prévues dans les statuts, car la tenue d'une assemblée spéciale n'est pas ici obligatoire[201].

411. Notons que, dans tous les cas, les associés dont les actions font l'objet de l'altération ont la possibilité de demander à l'un des commissaires aux comptes de la société, s'il en existe, de produire, aux frais de la société[202], un rapport spécial sur le respect de leurs droits par la société[203]. Ce document devra être mis à leur disposition au moins quinze jour avant la tenue de l'assemblée[204].

Il s'avère, finalement, que la question du consentement des associés ne soulève pas de difficultés lorsqu'elle est résolue par la loi. Son étude est cependant plus complexe dans les cas où le législateur n'a rien prévu.

§ 2. Les hypothèses où l'accord de volontés des parties n'est pas prévu par la loi

412. En dehors des cas précédemment exposés, la mise en place de l'inégalité au sein des sociétés n'est pas expressément subordonnée à un accord de volonté entre la société et les associés concernés. Après avoir matériellement identifié les hypothèses qui entrent dans ce cadre (B), nous exposerons la solution qu'il convient de préconiser (A).

A. La détermination des hypothèses

413. Les situations dans lesquelles la création d'une inégalité dans les sociétés n'est pas formellement assujettie à l'accord des associés concernés sont relativement nombreuses. Par

[200] M. GERMAIN, « La création et la disparition des actions de préférence », art. cit., n°7.
[201] Puisque l'article L227-1, al. 3, du Code de commerce écarte l'article L225-99 des dispositions applicables à cette forme sociale.
[202] Art. R228-22 al. 2 du Code de commerce.
[203] Art. L228-19 du Code de commerce.
[204] Art. R228-22 al. 3 du Code de commerce.

exemple, dans les sociétés autres que celles par actions[205], il n'existe aucune indication dans la loi sur la nécessité d'un échange des consentements entre la société et les associés à qui des avantages particuliers sont attribués. Ce constat demeure applicable même aux avantages incorporés dans des parts sociales catégorielles[206]. Dans la même optique, lorsqu'une société par actions soumet certains associés à des contraintes particulières, n'augmentant pas leurs engagements et ne résultant pas de l'altération de leurs actions catégorielles[207], les dispositions législatives restent silencieuses sur la nécessité d'un assentiment des associés défavorisés. On ne trouve pas non plus dans le droit positif de traces d'une exigence d'accord des associés au cas où la personne morale déciderait de réduire leurs droits. À ce propos, on rappellera que la jurisprudence autorise l'assemblée générale à diminuer unilatéralement les prérogatives des associés. Doit-on conclure que, dans ces différentes hypothèses, les associés faisant l'objet de la différence de traitement n'ont pas à se prononcer ? Ou au contraire, convient-il d'exiger leur accord en dépit du vide juridique ? Les prochains développements permettront d'apporter des réponses à ce questionnement.

B. La solution retenue : l'exigence d'un accord des parties

414. Quand bien même, n'existe pas d'obligation légale expresse d'obtenir un accord entre la société et les associés dans les situations inégalitaires décrites ci-dessus, il ne fait aucun doute qu'un tel accord demeure indispensable.

Après avoir examiné son bien-fondé (I), nous analyserons ses modalités d'expression (II).

I. Le fondement de l'exigence d'un consentement des parties

415. Face au vide juridique qui vient d'être constaté, le soubassement du consentement de la société et des associés doit, nous semble-t-il, être recherché dans le droit des contrats[208]. En

[205] Il faut rappeler que dans ces formes sociales, la procédure des avantages particuliers n'est pas applicable.
[206] Le consentement des associés n'est pas non plus envisagé dans la loi lorsque l'avantage résulte d'une modification d'une catégorie de parts sociales qu'ils détiennent.
[207] La société peut-elle par exemple s'opposer à ce qu'un associé décide volontairement de supporter une charge non partagée par les autres ?
[208] Ce recours au droit des contrats pour justifier le consentement des parties n'a rien de nouveau. Jurisprudence et doctrine y faisaient jadis référence pour exiger l'accord des associés afin d'encadrer les pouvoirs exorbitants de l'assemblée générale. Tel fut le cas de la théorie des bases essentielles ou des bases constitutives, par le biais de laquelle, les juges interdisaient à l'assemblée générale de détruire les éléments essentiels du contrat de société, voir en

réalité, les associés sont liés à la société par un contrat[209], dénommé contrat de souscription[210], de sorte que l'inégalité entre associés ne correspondrait à rien d'autre qu'un aménagement du contenu de cette convention. À première vue, l'affirmation apparaît comme un truisme. Il reste toutefois que la nature contractuelle de la relation qui existe entre la personne morale et son associé doit être vérifiée.

416. Dans les sociétés de personnes, il semble que l'existence d'un contrat entre la société et l'associé est globalement admise[211]. La situation est cependant plus délicate dans les sociétés de capitaux[212] dans lesquelles une telle convention est réfutée par certains défenseurs de la thèse institutionnelle de la société. Ainsi, selon les tenants de la théorie de l'engagement unilatéral, la souscription n'est pas un acte contractuel, mais plutôt un engagement unilatéral[213]. D'après eux, la personne qui souscrit à des actions ne fait que déclarer sa volonté d'entrer dans une société en formation. C'est en remettant sa déclaration aux fondateurs, sous la forme d'un bulletin de souscription[214], que celle-ci devient irrévocable[215]. La raison qui sous-tend cette opinion est que l'associé ne peut contracter ni avec une société inexistante, ni avec des fondateurs qui ne sauraient lui céder des droits dont ils ne sont pas titulaires[216]. Force est d'admettre que cette conception présente de sérieuses limites. Tout d'abord, il convient de relever que le bulletin de souscription n'est pas une formalité obligatoire dans tous les cas de souscription.

Dans l'absolu, il n'est imposé qu'en cas d'apport en numéraire effectué au profit d'une société faisant appel public à l'épargne[217]. Ensuite, et surtout, ce raisonnement devient sans objet dans toutes les hypothèses où l'associé se porte acquéreur d'actions d'une société déjà

---

ce sens CA Paris, 19 avril 1875, *D.* 1876, II, p. 161 ; Cass. civ. 30 mai 1892, préc. C'est également le droit des contrats qui fut utilisé dans le cadre de la théorie des droits propres. L'idée des tenants de cette thèse consistait à dire que certaines prérogatives de l'associé découlant du contrat de société ne pouvaient être remises en cause par l'assemblée générale sans le consentement de celui-ci, voir E. THALLER, note sous Cass. civ. 30 mai 1892, préc. p. 114. Pour plus de détails sur ces questions, voir *infra*, n[os]496 et s.

[209] D. MARTIN, « L'exclusion d'un actionnaire », art. cit., p. 97.

[210] Nous préférons employer la terminologie « contrat de souscription » plutôt que « contrat d'apport », car une personne peut devenir un associé sans effectuer d'apport. Contra : M. BUCHBERGER, *op.cit.,* n°107, p. 106, qui privilégie la notion de contrat d'apport ; H. BLAISE, *op.cit.,* n°45, p. 64, pour qui le contrat de souscription n'est qu'une des formes du contrat d'apport.

[211] M.-J. CAMBASSEDES, « La nature et le régime juridique de l'opération d'apport », art. cit., n°6, p. 434.

[212] *Ibid*., n[os]8 et s.

[213] M. GERMAIN et V. MAGNIER, *op.cit.,* n°1952, p. 314 ; THIBAULT-LAURENT, « Nature juridique de la souscription à une société anonyme », *RGDC.*, 1942, p. 261.

[214] Ce document a été introduit par le décret-loi du 31 août 1937 qui avait modifié l'article 1[er] de la loi de1867.

[215] M. GERMAIN et V. MAGNIER, *op.cit.,* n°1952, p. 314.

[216] *Ibid*.

[217] Voir articles L225-4 et R225-5 du Code de commerce.

immatriculée[218], puisqu'en pareil cas, cette dernière est vêtue de la personnalité morale et jouit donc de la capacité de passer des actes juridiques.

417. Rejetant la doctrine de l'engagement unilatérale, d'autres auteurs ont fait appel à la théorie de l'acte collectif pour repousser la nature conventionnelle du lien qui existe entre la société et son associé[219]. Importée d'Allemagne[220] et développée pour la première fois en France par Gabriel Roujou de Boubée[221], cette théorie défend l'idée selon laquelle l'existence d'un contrat est subordonnée à une opposition entre les intérêts égoïstes des cocontractants[222]. Cette divergence d'intérêts faisant défaut au contrat de souscription, seule la thèse de l'acte collectif[223] demeure applicable. Sous cette conception, la souscription apparaît comme l'opération par laquelle son auteur s'intègre dans un acte collectif destiné à la création de la société[224]. Elle ne serait qu'un moyen de manifester le consentement à cet acte collectif[225] et non un contrat liant son auteur à la personne morale. Il apparaît que les tenants de cette thèse confinent la notion de contrats aux seuls contrats-échanges. D'évidence, cette opinion demeure contestable. D'abord, nous avons vu qu'il pouvait exister une divergence d'intérêts entre la société et les associés[226], notamment dans les cas où ces derniers veulent percevoir des bénéfices à court terme, alors que cette dernière cherche à préserver sa pérennité par l'affectation des bénéfices au financement de son activité[227]. Ensuite, tout le monde reconnaît aujourd'hui que l'antagonisme entre les intérêts des parties n'est pas un critère de la notion de contrat[228], puisque les contrats-alliances[229] ou contrats-collaborations[230] restent, à bien des égards, acceptés en théorie générale des contrats[231]. C'est dire qu'en réduisant la notion de contrat aux seules conventions-échanges, la théorie de l'acte collectif pêche par son caractère trop restrictif.

---

[218] H. BLAISE, *op.cit.,* n°37 *bis*, p. 54.
[219] G. ROUJOU DE BOUBÉE, *Essai sur l'acte juridique collectif*, LGDJ, 1961, p. 89.
[220] *Ibid*., p. 8, note 2.
[221] *Ibid*.
[222] *Ibid*., p. 14.
[223] Voir la définition que l'auteur donne à l'acte collectif, G. ROUJOU DE BOUBÉE, *op.cit*., pp. 209 et s. Sur la question, voir aussi, A.-L. PASTRÉ-BOYER, *L'acte juridique collectif en droit privé français*, éd. PUAM, 2006.
[224] G. ROUJOU DE BOUBÉE, *op.cit.,* p. 89.
[225] *Ibid*., p. 87.
[226] D. PORACCHIA, « Le rôle de l'intérêt social dans la société par action simplifiée », *Rev. sociétés*, 2000, p. 223, spéc. n°3, p. 224.
[227] A. CONSTANTIN, *Droit des sociétés*, *op.cit*., p. 100.
[228] M.-J. CAMBASSEDES, « La nature et le régime juridique de l'opération d'apport », art. cit., n°11, p. 438.
[229] J.-F. HAMELIN, *Le contrat-alliance*, éd. Économica, 2012.
[230] S. LEQUETTE, *Le contrat-coopération : contribution à la théorie générale du contrat,* éd. Économica, 2012.
[231] Cette théorie est définie comme « *une activité doctrinale de connaissance du contrat et le produit de cette activité, c'est-à-dire une vision du contrat acquise au terme des recherches consacrées à cet acte* », voir E. SAVAUX, *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité ?,* éd. LGDJ, 1997, n°531.

418. On notera enfin que, même les défenseurs de la thèse institutionnelle de la société ne sont pas toujours hostiles à la reconnaissance d'un contrat de souscription entre la société et l'associé. Par exemple, s'appuyant sur la théorie mixte[232] développée par Émile Gaillard[233], Monsieur Blaise affirmait que, si l'admission d'un contrat de souscription entre la société et son associé était une « *hérésie juridique* »[234] dans les sociétés-contrats[235], elle se justifie parfaitement dans les sociétés de nature institutionnelle. Curieusement, l'auteur avait réduit ces sociétés-institutions à celles faisant appel public à l'épargne[236] car, selon lui, c'est dans celles-ci que l'unanimité fait le plus de place aux décisions des organes[237].

419. Au-delà de ces discussions doctrinales, le contrat de souscription est expressément évoqué dans la loi[238]. Plus encore, il remplit toutes les conditions d'existence des contrats. En effet, selon l'article 1101 du Code civil, *« le contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations* ». À ce texte, il faudra ajouter l'article 1128 du même code qui subordonne la validité du contrat à trois conditions : un consentement, une capacité et un contenu licite et certain. À la lumière de ces dispositions, il y a contrat dès lors qu'il y a accord de volontés[239] entre des personnes capables et sur une chose certaine et licite.

420. Lorsque l'associé acquiert les titres en cours de vie sociale, la situation apparaît simple, puisque la personne morale existe et demeure dotée de la capacité de conclure le pacte de souscription[240]. De ce fait, en vertu du consensualisme[241], il suffira qu'il y ait échange de consentements entre elle et l'associé pour que naisse cette convention[242]. En revanche, si la

---

[232] Sur la théorie mixte, voir C. HANNOUN, « Le droit des sociétés et la création de valeur », in *Liber amicorum, Mél. en l'honneur de Ph. Merle*, éd. Dalloz, 2013, p. 349.
[233] É. GAILLARD, *La théorie institutionnelle et le fonctionnement de la société anonyme*, *op.cit.*
[234] H. BLAISE, *op.cit.,* n^os^37 et 37 *bis*.
[235] Selon cet auteur, rien ne justifie de retenir un contrat d'apport qui, de toute façon, aura le même objet que celui de société, voir H. BLAISE, *op.cit.,* n°37 *bis*.
[236] H. BLAISE, *op.cit.,* n^os^44 et s.
[237] L'auteur estime que l'institution existe dès lors que la décision des organes remplace l'unanimité, car ces organes doivent prendre en considération l'intérêt propre de la personne morale H. BLAISE, *op.cit.,* n°32, p. 46.
[238] Voir art. L225-143 du Code de commerce.
[239] Art. 1128 du Code civil.
[240] P. Le CANNU et B. DONDERO, *op. cit.,* n°202.
[241] Sur cette notion, voir V. FORRAY, *Le consensualisme dans la théorie générale du contrat*, préf. G. Pignarre, LGDJ, 2007.
[242] Dans certains cas, ce consentement doit s'exprimer selon des formalités particulières. Il en va ainsi lorsque la souscription d'actions de numéraire est effectuée dans les sociétés par actions faisant appel public à l'épargne, où l'acceptation du souscripteur doit se faire, selon les articles L225-4 et R225-5 du Code de commerce, au moyen de la signature d'un bulletin de souscription. De même, qu'elles soient nominatives ou au porteur, les actions des sociétés par actions doivent être inscrites en compte. Selon certains, la signature du bulletin de souscription (voir M. GERMAIN et V. MAGNIER, *op.cit.,* n°1954, p. 314) ou l'inscription en compte (voir H. HOVASSE, note sous Cass. civ. 1^re^ 10 octobre 1995, *Dr. sociétés*, 1996, n°23) font de la souscription un contrat solennel. Plus

souscription intervient avant l'immatriculation, la démonstration de l'existence du contrat de souscription devient plus difficile. En pareille hypothèse, seul le contrat de société est conclu[243] et la personne morale n'existe pas encore[244]. Comment, dès lors, admettre que cette dernière puisse donner son consentement ? Pour y répondre, plusieurs techniques du droit civil ont été employées en doctrine. Dans un premier temps, on a considéré qu'en concluant le contrat de souscription avec les souscripteurs, les fondateurs agissent comme des mandataires de la société puisqu'ils expriment sa volonté. Mais, il a été logiquement objecté à cette opinion qu'une personne inexistante ne saurait valablement donner mandat à une autre de la créer[245]. C'est ainsi que d'autres ont envisagé la technique de la stipulation pour autrui[246]. Par l'application de ce mécanisme, les fondateurs seraient considérés comme des stipulants, la société le bénéficiaire et les souscripteurs les promettants. Cette technique n'a cependant pas rencontré beaucoup de succès en doctrine. Au contraire, de nombreuses critiques ont été formulées à son encontre[247].

Dans le même registre, on a fait recours à la promesse de porte-fort. L'idée était de dire que « *par l'engagement des fondateurs, pris envers les souscripteurs, à ce que la société se lie contractuellement à ces derniers* »[248]. Nous remarquerons que ce procédé du porte-fort était aussi utilisé par la jurisprudence[249], avant la loi du 24 juillet 1966[250], pour justifier la reprise des actes par la société en formation. Pourtant, il n'a pas séduit certains auteurs qui lui ont préféré la gestion d'affaires[251]. Suivant cette technique, les fondateurs agiraient comme des gérants de l'affaire, la société étant le maître[252]. S'il a pu emporter la conviction de

---

nuancé, S. TORCK, *Essai d'une théorie générale des droits réels sur choses fongibles,* th. Paris II, 2001, n°443, p. 269, n°446, p. 273 et n°466, p. 290). Prenant le contrepied de ces opinions, la majorité des auteurs estime au contraire que la signature de ce bulletin (voir en ce sens, F.-G. TRÉBULLE, *L'émission de valeurs mobilières*, éd. Économica, 2002, n°307 et les références citées) et l'inscription en compte (voir M. BUCHBERGER, *op.cit.,* n°139, p. 132 ; J. GRANOTIER, *Le transfert de propriété des valeurs mobilières*, préf. D. Cohen, éd. Économica, 2010, n°329) ne sont que de simples moyens de preuve du contrat de souscription. Cette dernière opinion emporte notre conviction.

[243] Partant, si pour diverses raisons l'immatriculation n'est pas intervenue, les rapports entre associés seront exclusivement basés sur ce contrat. Ainsi, toutes les modifications devront-elles se faire à l'unanimité des associés.

[244] Puisque selon la loi, la personnalité morale n'existe qu'à compter de l'immatriculation, voir articles L201-6 du Code de commerce et 1842 du Code civil.

[245] M.-J. CAMBASSEDES, « La nature et le régime juridique de l'opération d'apport », art. cit., n°21, p. 445.

[246] Art. 1121 du Code civil.

[247] Sur ces critiques, voir M.-J. CAMBASSEDES, « La nature et le régime juridique de l'opération d'apport », art. cit., n°21, p. 445 ; M. BUCHBERGER, *op.cit.,* n°21.

[248] M. BUCHBERGER, *op.cit.,* n°22.

[249] Voir par exemple, Cass. civ. 3e, 10 mars 1976, *Bull. civ. III*, n°111.

[250] M. BUCHBERGER, *op.cit.,* n°22.

[251] M.-J. CAMBASSEDES, « La nature et le régime juridique de l'opération d'apport », art. cit., nos21 et s.

[252] Articles 1372 et s. du Code civil.

certains[253], ce mécanisme a été clairement écarté par la jurisprudence[254] en raison de l'absence de personnalité juridique de la société[255]. On s'aperçoit au final que le recours aux techniques du droit civil n'a pas été fructueux dans la mesure où il n'a pas permis d'expliquer de façon satisfaisante la nature contractuelle de la souscription, notamment lorsque celle-ci précède la naissance de la personnalité morale.

421. Il convient donc de se tourner vers le droit des sociétés. À cet égard, l'autorisation donnée aux fondateurs d'agir au nom et pour le compte d'une société en formation semble pouvoir fonder l'existence d'une relation contractuelle entre l'associé et la société. En effet, aux termes des articles L225-5, R223-3 et R225-6 du Code de commerce, les fondateurs de SA et de SARL sont habilités à recevoir les fonds provenant de la libération d'apports en numéraires pour les déposer dans un compte[256]. On a pu justement en déduire « *qu'en droit positif, il est admis, qu'en matière de souscription, les fondateurs agissent pour le compte de la société* »[257]. Apparaissant comme des organes prématurés de l'être moral[258], ils expriment ainsi le consentement de celui-ci au contrat de souscription, en faisant une offre qui devra être acceptée par les associés par la signature des statuts ou par le vote en assemblée[259].

422. Mais, par-delà la rencontre des volontés, le contrat de souscription suppose, comme tout contrat, l'existence de droits et d'obligations pour chacune des parties. Sur ce plan, les choses sont simples[260]. On sait que les souscripteurs doivent fournir l'apport qu'ils ont promis et s'engager à contribuer aux pertes sociales[261]. Ces obligations constituent les droits de la société. Quant aux obligations de la personne morale, la doctrine a souvent estimé qu'elles consistaient en l'attribution d'actions ou de parts sociales[262] constituant la contrepartie de

[253] M.-J. CAMBASSEDES, « La nature et le régime juridique de l'opération d'apport », art. cit., n^{os}21 et s.
[254] Pour une analyse critique de cette jurisprudence, R. MORTIER, note sous Cass. com. 31 janvier 2006, *Bull. Joly*, 2006, p. 801, spéc. pp. 807 et 808.
[255] Cass. civ. 1^{re,} 2 juin 1981, *Bull. civ.* I, n°191 ; Cass. com. 31 janvier 2006, *Bull. Joly*, 2006, p. 801, note R. Mortier.
[256] Il est vrai qu'une telle solution n'est pas prévue dans la loi en ce qui concerne les autres sociétés. Mais, la raison est que dans ces formes sociales, les apporteurs en numéraires ne sont soumis à aucune obligation de libération immédiate des apports.
[257] F. NIZARD, *Les titres négociables*, éd. Économica, 2003, n°292, p. 132.
[258] COPPER-ROYER, *Traité des sociétés anonymes*, 4^{e} éd. Dalloz, Chez L'auteur, 1931, t. 1, n°35, p. 292.
[259] Il en est ainsi par exemple en cas d'apport en nature ou de stipulations d'avantages particuliers dans les sociétés par actions, M. BUCHBERGER, *op.cit.,* n^{os}16, 17 et 27.
[260] Si ce n'est le fait que la doctrine demeure partagée entre une analyse unitaire et une analyse pluraliste des engagements des parties. Sur ce débat, voir M. BUCHBERGER, *op.cit.,* n^{os}90 et s.
[261] À ce titre, il faut souligner que l'obligation aux dettes qui pèse sur les associés des sociétés à risque illimité n'est pas impliquée par le contrat de souscription. Elle n'est qu'une conséquence de l'acquisition de la qualité d'associé. Dans le même sens, voir L. AYNÈS, *La cession de contrat*, éd. Économica, 1984, n°294, p. 208.
[262] M.-J. CAMBASSEDES, « La nature et le régime juridique de l'opération d'apport », art. cit., n°24.

l'apport[263]. Nous pensons que cette présentation des choses mérite d'être précisée. En vérité, les droits sociaux ne constituent pas la contrepartie de l'apport, mais les unités de mesure pour quantifier cette contrepartie[264]. Ceci étant dit, les obligations de la société tiennent globalement aux droits des associés, aux bénéfices, au boni de liquidation, au remboursement des apports, à l'information, de participer aux décisions collectives et d'y voter, de rester dans la société, de ne pas voir ses engagements augmentés etc. Pour déterminer l'étendue des droits et obligations de chacune d'elles, les parties disposent d'une certaine marge de manœuvre. La société pourra, en accord avec l'associé, lui accorder, conformément aux articles 1843-2 et 1844-1 du Code civil, des droits et des obligations proportionnels à ses apports ou bien déroger à ce cadre légal en déconnectant ces prérogatives et obligations de l'apport.

423. Basée sur un accord de volontés entre la société et l'associé et produisant des droits et des obligations pour l'une et l'autre, la souscription se coule parfaitement « *dans le moule contractuel* »[265]. La jurisprudence estime qu'il s'agit d'un contrat synallagmatique[266] et la doctrine la range dans la catégorie des contrats à titre onéreux[267]. Définissant la situation individuelle de l'associé à l'égard de la société, ce contrat est doté d'une existence propre[268] par rapport à celui de société[269]. Il est vrai que chacune de ces conventions comporte l'essentiel des droits et obligations des parties[270], de sorte qu'il pourrait paraître absurde d'admettre qu'elles puissent coexister. Pourtant, cette coexistence se justifie parfaitement[271], car en donnant son consentement, l'associé s'engage à la fois vis-à-vis de ces coassociés[272] et de la société[273].

---

[263] Il y a lieu de relever qu'étant dissocié de la personnalité juridique, l'apport peut être effectué à un groupement non personnifié. Donc, il demeure un élément constitutif des sociétés, même sans personnalité morale, voir B. DONDERO, *Les groupements dépourvus de personnalité juridique en droit privé, contribution à la théorie de la personnalité morale*, t. 2, éd. PUAM, 2006, n[os]606 et s.
[264] M. BUCHBERGER, *op.cit.,* n°110, p. 108.
[265] M.-J. CAMBASSEDES, « La nature et le régime juridique de l'opération d'apport », art. cit., n°30.
[266] Cass. civ. 23 juillet 1935, *Journ. sociétés*, 1936, p. 544, note Lecompte ; Cass. Req. 22 avril 1941, *Journ. sociétés,* 1942, p. 203. Pour une critique de cette jurisprudence, voir M. GERMAIN et V. MAGNIER, *op.cit.,* n°1954, p. 314.
[267] M. BUCHBERGER, *op.cit.,* n°142.
[268] J. ROUAST, *La notion juridique d'apport en nature,* th. Paris, 1949, p. 23.
[269] S'il sert de statuts à la société, le contrat de société ne regroupe que les associés car la société ne saurait être partie au contrat qui lui donne naissance. Ce contrat de société organise le statut et les rapports collectifs entre les associés.
[270] C'est pour cette raison que certains rejettent toute possibilité de coexistence, v. en par exemple, H. CAUSSE, *Les titres négociables*, éd. Litec, 1993, n°134, p. 83, pour qui cette coexistence est impossible puisque l'obligation de l'associé, à savoir l'apport, est la même dans les deux contrats. Il s'ensuit que seul le contrat de société existe.
[271] M. BUCHBERGER, *op.cit.,* n[os]228 et s.
[272] En vertu de l'article 1832 du Code civil, il s'engage avec eux « *d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter* ».
[273] M. BUCHBERGER, *op.cit.,* n°229, p. 195.

424. Désormais reconnue comme un contrat entre la société et son associé, la souscription ne peut être formée, révoquée ou modifiée que d'un consentement mutuel des parties[274]. Or, en attribuant un avantage particulier à certains associés ou en leur imposant des désavantages particuliers, la société touche justement au contenu de cette convention. L'inégalité apparaît ainsi comme un aspect de ce contrat. C'est pour cette raison que sa création doit toujours être conditionnée à l'acceptation des deux parties. Si une altérité est accordée ou imposée lors de la souscription, la conclusion du contrat de souscription, selon les conditions fixées par le Code civil[275], emportera son acceptation, puisque la contrepartie accordée à l'associé aura pris en compte cette différence. Si toutefois, l'attribution de l'altérité a lieu ultérieurement à la souscription, il en résultera une modification de ce contrat. En conséquence, en application de l'article 1103 du Code civil, l'approbation de la société et des associés devient obligatoire.

Cette solution s'impose avec d'autant plus de force que si la majorité est autorisée à modifier les statuts dans toutes leurs dispositions[276], c'est à la condition, nous semble-t-il, que cette modification s'applique objectivement à l'ensemble des associés. En revanche, pour peu qu'elle soit ciblée à certains associés, l'accord de ces derniers devient impératif car, dans ce cas, leur contrat de souscription entre en jeu.

En définitive, la création de l'inégalité entre associés nécessite, en tout état de cause, un échange des consentements de la société et des associés concernés. Nous allons voir comment ces consentements s'exercent.

II. Les modalités d'exercice du consentement des parties

425. Si le consentement est une chose qui se pense, c'est-à-dire une volonté interne, il est aussi *« quelque chose qui s'exprime – c'est la volonté déclarée »*[277]. Cette remarque nous conduit à aborder les modalités d'expression du consentement, d'une part, de la société (a) et, d'autre part, des associés destinataires de l'altérité (b).

[274] Il faut noter cependant que l'article 1193 du Code civil prévoit aussi la possibilité de révoquer « *pour les causes que la loi autorise* ».
[275] Art. 1128.
[276] Sauf en ce qui concerne les engagements des associés et le changement de nationalité de la société.
[277] F. TERRE, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, les obligations*, 11e éd., Dalloz, 2013, n°93, p. 120.

a. L'expression du consentement de la société

426. En droit des sociétés, les dirigeants sociaux gèrent et représentent les personnes morales en toutes circonstances. On pourrait, dès lors, croire que tous les actes sociaux, y compris ceux consistant à attribuer ou à imposer à certains associés des avantages ou désavantages particuliers, puissent être effectués par ces derniers. Si elle paraît logique, cette solution ne serait pas conforme au droit positif. Il a été relevé que les faveurs ou défaveurs particulières doivent être inscrites dans les statuts. Or, la faculté d'adopter ou de modifier les dispositions statutaires appartient aux associés. Il s'ensuit que le pouvoir d'attribuer ou d'imposer des faveurs ou défaveurs à certains associés leur revient.

427. Dans les SA[278] et les SARL[279], la décision incombe à l'assemblée générale extraordinaire puisqu'elle demeure l'instance habilitée à modifier les statuts. Concernant les sociétés civiles[280], les SNC[281], les GIE[282] et les SAS[283], les associés devront décider conformément aux statuts, ou à défaut de prévisions statutaires, à l'unanimité. Nous noterons toutefois que pour décider, les associés ne sont pas toujours tenus de se réunir physiquement en assemblée. Par exemple, dans les SARL[284], les sociétés civiles[285], les SNC[286] et les SAS[287], la décision peut être adoptée, si les statuts le prévoient, par consultation écrite[288]. Lorsque ce procédé est employé, les associés disposent d'un délai de quinze jours pour exprimer leur position[289]. Les dirigeants devront ensuite dresser un procès-verbal auquel sera annexée la réponse de chaque associé[290]. Outre la consultation écrite, il est également permis aux statuts des SARL[291], des sociétés civiles[292] et des SAS[293] de prévoir que les délibérations collectives

[278] Art. L225-96 du Code de commerce.
[279] Articles L223-27 al. 1 et L223-30 du Code de commerce.
[280] Articles 1853 et 1854 du Code civil.
[281] Art. L221-6 al. 1 du Code de commerce.
[282] Art. L251-10 du Code de commerce.
[283] Art. L227-9 al. 1 du Code de commerce.
[284] Art. L223-27 al. 1 du Code de commerce.
[285] Art. 1853 du Code civil.
[286] Art. L221-6 al. 2 du Code de commerce.
[287] En application de la liberté qui règne dans cette forme sociale, rien n'interdit aux associés de prévoir cette technique dans les statuts.
[288] Voir Y GUYON, *Traité des contrats : les sociétés, aménagements statutaires et conventions entre associés*, éd. LGDJ, 1993, n°134, p. 219, pour qui la lexie « consultation écrite » peut inclure l'acte signé par tous les associés. Contra : D. RANDOUX, « L'unanimité des associés », in *Mél. G. Daublon, Liber amicorum*, éd. Defrénois, 2001, p. 243, spéc. n°19, p. 258.
[289] Art. R223-22 du Code de commerce pour les SARL.
[290] Articles R221-2 et R223-24 al. 2 du Code de commerce.
[291] Art. L223-27 al. 1 du Code de commerce.
[292] Art. 1854 du Code civil.
[293] D. RANDOUX, « L'unanimité des associés », in *Mél. G. Daublon, Liber amicorum*, éd. Defrénois, 2001, p. 243, spéc. n°19, p. 258.

s'effectueront par la signature d'un acte unique par l'ensemble des associés. Cette dernière technique ne semble cependant pas admise dans les autres sociétés[294].

428. En dehors de ces différents modes de consultation, aucun autre procédé n'est admis en droit positif[295]. On ajoutera que, quelle que soit la voie empruntée, il faudra, d'une part, que les règles relatives à l'information des associés soient respectées[296] et, d'autre part, que les associés discriminés participent à la prise de décision, car aucune exclusion spécifique n'est prévue par la loi. D'évidence, il se posera là encore un problème d'objectivité de la décision[297].

L'expression du consentement de la société étant analysée, il convient d'aborder celle de l'accord des associés.

b. L'expression du consentement des associés destinataires de l'altérité

429. En prenant part à la délibération sociale, les associés visés par l'inégalité n'auront-ils pas déjà fait connaître leur position, de sorte qu'il serait redondant de requérir à nouveau leur consentement, fut-il individuel ? On pourrait raisonnablement répondre par l'affirmative. Mais cela reviendrait sans doute à occulter le fait que l'inégalité entre associés découle d'un aménagement du contrat de souscription existant entre la société et son associé. Sa mise en place suppose que les parties expriment chacune son assentiment. Or, nous avons vu que la décision collective adoptée par les associés affirmait la volonté de la personne morale et non celle de chaque associé[298]. Il s'en déduit que, au-delà de leur participation au processus d'adoption de la décision sociale, les associés bénéficiaires ou débiteurs de l'altérité doivent pouvoir donner leur approbation individuelle. Ainsi, si après avoir voté dans un sens en tant qu'organe de la société, l'associé estime s'être trompé, il pourra toujours rectifier par la suite, en refusant ou en acceptant l'altérité. Cette solution n'a rien de choquant juridiquement dans la mesure où elle n'est que l'application des articles 1128 et 1103 du Code civil.

---

[294] D. RANDOUX, « L'unanimité des associés », in *Mél. G. Daublon, Liber amicorum*, éd. Defrénois, 2001, p. 243, spéc. n°19, pp. 257 et 258.
[295] Cass. civ. 1re, 21 mars 2000, *Bull. Joly*, 2000, p. 659, note P. Le Cannu.
[296] Voir Y GUYON, *Traité des contrats : les sociétés, aménagements statutaires et conventions entre associés*, éd. LGDJ, 2002, n°134, p. 219.
[297] Mais les autres associés ne seront pas dépourvus de tout moyen de se défendre lorsqu'ils jugeront l'altérité excessive ou injustifiée, puisque le recours pour abus de majorité leur reste toujours ouvert.
[298] Sauf, dans les cas où la loi exige l'unanimité, car dans de telles situations c'est l'aspect contractuel de la société qui l'emporte. Il en va ainsi par exemple en cas d'augmentation des engagements des associés.

430. Pour le reste, aucun formalisme n'est requis. Il suffit que le consentement soit libre et sans équivoque[299]. Il peut être exprès ou tacite. Si la différence de traitement est établie en période constitutive, la signature des statuts ou du bulletin de souscription équivaudra à une acceptation. Pareillement, lorsque l'altérité est attachée à des parts sociales catégorielles, l'approbation résultera de la souscription à ces titres. L'assentiment de l'associé est également censé être obtenu si ce dernier exécute l'altérité ou en profite sans réserve. Toutefois, si la différence augmente ses engagements[300] ou si elle est le résultat d'une altération des droits particuliers liés à ses actions catégorielles[301], son consentement doit être exprès.

Au final, l'inégalité entre associés ne peut valablement être créée que s'il y a accord entre la société et les associés dont le contrat de souscription est aménagé. Ce consentement mutuel est également nécessaire lors de la disparition de la différence de traitement.

Sous-section 2. Le nécessaire accord de volontés des parties dans la disparition de l'inégalité entre associés

431. L'étude du contrôle de l'inégalité entre associés devait nous conduire à envisager l'extinction de celle-ci. S'il est, en effet, important de savoir comment les associés sont protégés lors de la création de la discrimination, il est tout aussi utile d'envisager cette protection pendant la disparition de celle-ci. On signalera que lorsque l'inégalité est mise en place par abus de majorité[302] ou par fraude, sa remise en cause pourra être demandée au juge. Cependant, ces situations d'anomalie restent marginales et ne supposent certainement pas un accord des parties, puisque la remise en cause résulte d'une décision judiciaire. Du reste, si les parties ont prévu les modalités et le moment de la disparition de l'inégalité, leur protection se trouvera assurée, puisqu'elles y auront consenti par anticipation. Ce sera donc dans les cas où la fin de la discrimination n'est pas organisée par le contrat que la problématique de leur protection se posera avec plus d'acuité.

Nous envisagerons respectivement la disparition contractualisée (§ 1) et celle non conventionnelle (§ 2) de la discrimination de l'associé.

[299] Il ne doit pas être donné par erreur, dol ou violence, voir art. 1130 du Code civil.
[300] L'article 1836 al. 2 du Code civil semble exiger un consentement exprès.
[301] Cette solution se confine aux sociétés par actions, voir art. L225-99 du Code de commerce.
[302] On notera qu'il sera *a priori* difficile de retenir un abus de majorité puisque la décision est par essence inégalitaire, sauf à se contenter d'une simple atteinte à l'intérêt social.

§ 1. L'extinction contractualisée de l'inégalité entre associés

432. Il y a disparition contractualisée de l'inégalité lorsque les parties organisent la fin de la discrimination dans le contrat initial[303]. En pareille hypothèse, elles auront donné leur accord par avance[304]. C'est le cas lorsque la société accorde des avantages à certains associés ou leur impose des désavantages particuliers assortis d'un terme extinctif[305]. Si la fin de ces altérités est liée à l'écoulement d'un délai déterminé, nous sommes en présence d'un terme certain. L'arrivée de ce terme provoquera automatiquement l'anéantissement de la différence de traitement. Le même raisonnement s'applique si les parties ont convenu de donner à l'une d'elle la possibilité de remettre en cause l'inégalité à une date déterminée. Tel est le cas lorsque des actions de préférence rachetables ou convertibles en actions ordinaires à une date donnée et à l'initiative de la société sont émises au profit de certains actionnaires[306]. Dans ce cas, la délibération de l'assemblée spéciale des titulaires de ces droits sociaux ne sera pas requise car ces derniers auront déjà exprimé leur consentement[307].

433. Pareillement, si la société et les associés destinataires de l'altérité ont lié l'extinction de celle-ci à un événement dont la réalisation est certaine, mais que la date de cette réalisation est inconnue[308], la survenance de cet événement emportera la suppression de l'inégalité. On parle dans ce cas de terme incertain. Il en est ainsi, par exemple, des cas où la cessation de l'altérité est conditionnée au décès de l'associé destinataire.

---

[303] Il est évident que les parties peuvent s'entendre à tout moment pour anéantir l'inégalité.

[304] Selon nous, cette extinction conventionnelle doit être admise qu'elle que soit la forme sociale et la nature de l'altérité, car elle n'est rien d'autre que la mise en œuvre de la liberté contractuelle.

[305] Sur la notion de terme, voir. PH. MALAURIE, L. AYNES et P. STOFFEL-MUNCK, *op.cit*., n°1300 et s.

[306] En effet, l'article L228-12 du Code de commerce permet de fixer les modalités du rachat et de conversion des actions de préférence dans les statuts. Dès lors, rien n'empêche les associés de déterminer dans les statuts la date du rachat ou de la conversion. Dans tous les cas, l'article L228-11 du Code de commerce semble le permettre, puisqu'il dispose que ces actions peuvent être dotées d'une altérité temporaire. Ce qui renforce l'idée selon laquelle la durée de vie de l'altérité puisse être fixée à l'avance. Une telle solution n'est pas prévue dans les textes en ce qui concerne les parts sociales catégorielles, mais devrait être admise sans difficulté.

[307] On se souvient que la possibilité de se dispenser par avance de la réunion d'une assemblée spéciale en cas de modification des droits attachés à une catégorie d'actions s'était posée en ce qui concernait la conversion et le rachat des actions reflets. S'appuyant sur les sanctions pénales prévues en cas de non-tenue d'une assemblée spéciale (voir art. L245-3 ancien du Code de commerce qui renvoyait aux articles L228-15 L228-16 et L228-19 anciens du même code), un groupe de travail de la commission des opérations de bourses (COB) avaient émis des réserves à ce propos, du moins en ce qui concerne les actions émise sous la forme d'action à dividende prioritaire sans droit de vote. Contrairement à un avis du comité juridique de l'ANSA (voir Comité juridique ANSA, 2 octobre 1991, n°2575, p. 2), ce groupe de travail avait estimé que la possibilité de se dispenser de la délibération de l'assemblée spéciale n'était admise que si les actions reflets étaient créées sous forme d'action de priorité (voir Rapport COB, Groupe de travail présidé par R. Barbier de la Serre, « L'introduction en France d'actions traçantes », juillet 2000, pp. 16 et 17, *JCP* E, 2000, p. 1682). À vrai dire, cette méfiance a perdu toute justification puisqu'aujourd'hui le défaut de convocation d'une assemblée spéciale n'est plus pénalement sanctionné, voir article L238-6 du Code de commerce.

[308] Cass. civ. 1re 13 avril 1999, *Bull. civ*. I, n°131 ; *JCP* G, 2000, II, 10309, obs. A.-S. Barthez ; *Defrénois*, 1999, p. 1001, obs. D. Mazeaud ; *Contrats, concurrence et consommation*, 1999 comm. 125, obs. L. Leveneur.

434. Les parties peuvent également subordonner la disparition des faveurs ou défaveurs particulières à une condition[309] extinctive ou résolutoire[310]. Il s'agit concrètement des situations dans lesquelles elles lient la destruction de l'altérité à la survenance d'un événement dont la réalisation n'est pas certaine[311]. Dans ce cas, il suffira que ce fait se produise pour que l'inégalité disparaisse. En ce sens, on peut mentionner les hypothèses dans lesquelles la fin de l'altérité serait liée au licenciement du destinataire.

435. Dans l'ensemble de ces situations, la discrimination disparaît par accord de volontés entre la société et les associés avantagés ou désavantagés. Il est donc permis de penser que dans le cadre de l'extinction contractualisée, les droits des associés restent convenablement ménagés. Qu'en est-il cependant de cette protection lorsque l'extinction de l'inégalité n'est pas organisée par le contrat ?

§ 2. L'extinction non contractualisée de l'inégalité entre associés

436. Parfois, les parties ne prévoient rien à propos de l'extinction de l'inégalité. On se demande si la loi a institué des mécanismes qui fondent cette disparition sur un accord de volontés des parties. Pour y répondre, il convient d'analyser, d'une part, la suppression des avantages particuliers (A) et, d'autre part, celle des inconvénients particuliers (B).

A. Le consentement des parties dans la disparition des avantages particuliers

437. Le consentement des parties en cas de disparition non contractualisée des privilèges particuliers sera traité, d'abord dans le cadre des sociétés par actions, autres que les SAS (I), puis dans les autres sociétés (II).

[309] Sur la notion de condition, voir Cass. civ. 1re, 13 juillet 2004, *Rev. sociétés*, 2005, p. 378, note D. Bonnet ; J.-J. TAISNE, *La notion de condition dans les actes juridiques*, th. Lille, 1977 ; O. MILHAC, *La notion de condition dans les actes à titre onéreux*, éd. LGDJ, 2001 ; M. LATINA, *Essai sur la condition en droit des contrats*, éd. LGDJ, 2009.

[310] Une condition suspensive ne serait pas adaptée, car elle concernerait davantage la naissance de l'inégalité que sa disparition.

[311] Voir cependant, art. 1304-2 du Code civil qui prohibe la condition purement potestative, c'est-à-dire celle dont la réalisation dépend exclusivement de la volonté d'une partie, à moins que l'obligation ait été exécutée en connaissance de cause.

I. Dans les sociétés par actions, autres que les SAS

438. Lorsqu'une SA ou SCA décide de supprimer ou de modifier des faveurs particulières attachées à une catégorie d'actions appartenant à certains actionnaires, la loi impose l'assentiment de ces derniers. C'est ce que traduit l'article L225-99 du Code de commerce qui précise que la décision de l'assemblée générale dont l'objet est de réduire les droits attachés à une catégorie d'actions doit être approuvée par une assemblée spéciale des associés concernés[312]. Ce texte s'applique chaque fois que la société décide de convertir des actions de catégories en actions ordinaires ou en actions de préférence moins avantageuses. Il devrait également l'être dans les cas où la personne morale modifie ou rachète les actions catégorielles[313].

439. Plus délicate est la question de la protection des bénéficiaires, lorsqu'ils disposent de privilèges liés à leur personne. Sur ce sujet, le législateur n'a mis sur pied aucun mécanisme imposant leur acceptation en cas de suppression[314]. Il n'existe pas d'assemblée spéciale des titulaires d'avantages particuliers pouvant s'opposer aux décisions sociales[315]. D'aucuns en ont déduit que la remise en cause de ces faveurs ne requiert pas l'assentiment de leurs titulaires. Selon cette opinion, il suffit *« que la question fasse l'objet d'une résolution régulièrement votée par une assemblée générale extraordinaire, la suppression de l'avantage s'analysant comme une simple diminution des droits de certains actionnaires* »[316]. La seule limite résiderait dans l'abus de droit dans la mesure où « *l'altération ou l'interruption rapide du privilège après son attribution, pourrait vraisemblablement être considéré comme fautive* »[317].

440. Cette analyse n'est pas partagée par d'autres qui pensent que la règle de l'égalité des associés impose d'obtenir le consentement du sujet de la mesure, c'est-à-dire du titulaire de l'avantage[318]. Autrement dit, si la réduction de droits peut être unilatéralement décidée par

[312] Art. L225-99 du Code de commerce.
[313] M. GERMAIN, « La création et la disparition des actions de préférence », art. cit., n^{os}10 et s.
[314] P. ENGEL et P. TROUSSIERE, « Création de catégories d'actions et stipulations d'avantages particuliers », art. cit., n°27.
[315] M. JEANTIN, « Observations sur la notion de catégorie d'actions », art. cit., n°2, p. 89.
[316] *Ibid*. La jurisprudence admet depuis longtemps que la majorité exprimée en assemblée générale puisse diminuer les droits des associés sans leur consentement, voir Cass. Civ. 9 février 1937, préc. ; Cass. com. 22 octobre 1956, préc. ; CA Versailles, 29 novembre 1990, *D*. 1991, Jur. p. 133, Y. Guyon ; Cass. com. 17 mai 1994, *Bull. Joly*, 1994, p. , note J.-J. Daigre.
[317] P. ENGEL et P. TROUSSIERE, « Création de catégories d'actions et stipulations d'avantages particuliers », art. cit., n°27.
[318] D. PORACCHIA et B. GAY, « Sociétés par actions simplifiée et actions de préférence », art. cit., p. 43.

l'assemblée générale, c'est à la condition qu'elle touche l'ensemble des associés. C'est seulement dans le cas où aucune rupture d'égalité n'est constituée, que la diminution des droits pourra se faire conformément aux procédures légales ou statutaires de modification statutaires[319]. La faiblesse de ce raisonnement réside dans le fait que, comme nous l'avons montré, l'égalité entre associés n'existe plus. Il ne saurait donc constituer un fondement de l'exigence du consentement des actionnaires dont les privilèges singuliers doivent être anéantis.

441. Pour ces raisons, nous pensons que le siège de l'exigence d'un accord des associés destinataires de l'avantage doit être trouvé dans le contrat de souscription. Nous savons que, « *l'avantage particulier est toujours le fruit de la liberté statutaire ou contractuelle, (….) quelle que soit la forme sociale considérée* »[320]. Partant, sa suppression n'est rien d'autre qu'une modification du contenu de la convention qui le contient, en l'occurrence le contrat de souscription liant la société aux actionnaires privilégiés. Par conséquent, sa remise en cause doit nécessairement être approuvée par ces derniers.

442. En résumé, dans les SA et SCA, la loi ne soumet la suppression des avantages particuliers au consentement des bénéficiaires que si ces privilèges sont incorporés dans une catégorie d'actions. S'agissant des autres avantages, ce sont les règles régissant les contrats qui conduisent à imposer cet assentiment. Cette dernière solution s'applique à la suppression de ces privilèges spécifiques dans les autres sociétés.

II. Dans les autres sociétés

443. Dans les autres sociétés, il n'existe pas d'obligation légale de recueillir le consentement des bénéficiaires d'avantages particuliers lorsque la suppression de ces faveurs est envisagée. Il en est ainsi même si l'anéantissement découle de l'altération des droits et obligations attachés à une catégorie de titres en leur possession. Face à cette situation, il convient d'appliquer la solution retenue à propos des avantages particuliers accordés à titre personnel dans les SA et SCA. Autrement dit, la suppression de ces privilèges spécifiques n'étant que le résultat d'un aménagement du contrat d'apport, sa validité repose assurément sur le consentement mutuel des parties préconisé par l'article 1103 du Code civil. Cette solution demeure transposable à l'extinction des désavantages particuliers dans toutes les

[319] *Ibid*., note 44.
[320] P. REIGNE et T. DELORME, art. cit., n°19, p. 1124.

sociétés.

B. Le consentement des parties dans la disparition des désavantages particuliers

444. Quelle que soit la société, la remise en cause des inconvénients particuliers n'est soumise à aucune condition d'accord des parties. Mais là encore, cette suppression n'est qu'une modification du contrat de souscription. Ainsi, doit-elle toujours être fondée sur un échange des consentements entre la société et les débiteurs. Si aucun formalisme n'est requis concernant l'expression de ces approbations, il faudra toutefois veiller à ce que celles-ci soient donnée librement et de façon éclairée. On remarquera que l'accord de la société devra être donné par l'organe habilité à modifier les statuts, en l'occurrence la collectivité des associés.

Conclusion chapitre 2

445. Affirmée tantôt explicitement, tantôt implicitement par les textes et confirmée par les juges, la validité de l'inégalité entre associés ne fait plus aucun doute en droit des sociétés. Cependant, cela ne signifie pas que la société puisse la créer de manière unilatérale. Au fond, la discrimination entre associés reste le fruit de la liberté contractuelle car il n'est pas concevable que la personne morale puisse conférer des faveurs ou imposer des inconvénients à des associés contre leur gré. Cela est d'autant plus vrai qu'en modifiant les prérogatives et obligations des associés concernés, la discrimination apparaît comme un aménagement du contrat de souscription. Les parties doivent donc s'accorder lors de sa formation sur son contenu et sa durée.

CONCLUSION DU TITRE 2

446. La discrimination entre associés reste reconnue par le droit des sociétés qui prévoit ses fondements et son régime juridique. Il est vrai qu'elle n'est définie ni par la loi, ni par la jurisprudence. Toutefois, nous avons relevé que cette notion était relativement facile à cerner. La société qui souhaite discriminer entre ses associés s'entend avec certains parmi eux pour leur conférer ou imposer des droits et/ou obligations différents de ceux qui devraient leur revenir en vertu de leur apport. Cette différence peut être avantageuse ou désavantageuse. Il apparaît que la première différence est donc celle établie entre les droits et obligations légaux des associés discriminés et ceux que ces derniers ont effectivement reçu ou devaient recevoir. Mais, dans la mesure où l'inégalité suppose aussi une exclusivité, elle ne peut être établie que si la personne morale s'abstient d'attribuer le même avantage ou désavantage aux autres associés.

447. Sous cette définition, l'inégalité entre associés demeure largement admise par les règles qui régissent les sociétés puisque ces dispositions prévoient de larges possibilités de déroger à la répartition égalitaire des droits et obligations des associés dans les sociétés. Ces possibilités ne peuvent cependant être mises en œuvre que d'un commun accord entre la société et les associés dont les droits et obligations sont impactés par ce partage discriminatoire. C'est dire que l'inégalité entre associé demeure contrôlée.

CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE

448. À travers cette première partie, il a pu être établi que le droit des sociétés offrait un terreau favorable à la discrimination entre associés. Pour y parvenir, le raisonnement s'est appuyé sur deux constatations.

449. La première est que, de nature particulièrement ambiguë, le principe d'égalité entre associés n'est au fond que prétendu. Bien qu'analysé comme une norme juridique de portée générale du droit des sociétés, ce principe n'est nulle part consacré en droit des sociétés. De plus, outre le fait qu'il ne réunit guère les conditions d'existence des principes généraux du droit, cette règle ne correspond plus à aucune réalité en droit des sociétés. S'ajoute à cela que même dans les cas particuliers où un traitement égalitaire est exigé par la loi, les associés restent toujours libres d'y renoncer, sous certaines conditions. On a pu ainsi en déduire que l'égalité entre associé ne pouvait plus constituer un obstacle à la réception de l'inégalité entre associés.

450. Au contraire, et c'est le second constat, le droit des sociétés contient de nombreuses dispositions qui servent de fondement à la discrimination entre associés. Certes, ces règles ne permettent pas de dire ce que signifie cette notion, mais nous avons vu que celle-ci existait chaque fois que la société attribuait ou imposait un privilège ou un désavantage à certains associés, sans faire la même chose pour les autres. La discrimination demeure ainsi soit un avantage particulier, soit un désavantage particulier. Ainsi qualifiée, elle reste bien accueillie en droit des sociétés. Par suite, en application de la liberté contractuelle, la société peut librement s'entendre avec les associés pour l'instituer. Toutefois, cette liberté est encadrée dans la mesure où l'ordre public sociétaire doit être respecté.

SECONDE PARTIE

L’encadrement de l’inégalité entre associés en droit des sociétés

451. À l'issue de la première partie, il apparaît que la répartition des droits et obligations entre les associés fait partie de ces domaines où le droit des sociétés demeure flexible[1], permissif[2] et reste, à bien des égards, dominé par la liberté contractuelle[3]. Nous avons montré que, de manière générale, la société était juridiquement libre de proposer aux associés des contrats de souscription différenciés, dont certains comporteront pour leurs signataires, des faveurs ou des défaveurs particulières[4]. Ces avantages ou désavantages, susceptibles d'être insérés dans les titres sociaux ou attachés à la personne de l'associé, peuvent être créés lors de la constitution de la société ou en cours de vie sociale. Pour ce faire, il suffit d'obtenir un consentement libre et éclairé des bénéficiaires ou des débiteurs.

452. Présentée de la sorte, la liberté de discriminer entre associés semble être absolue. Ce faisant, on pourrait croire qu'elle autorise toutes sortes de combinaisons inégalitaires, de sorte que sa seule limite serait celle de l'imagination des associés. Pourtant, il n'en est rien car, si le droit positif reconnaît incontestablement la validité de l'inégalité entre associés et permet sa création au moyen de la liberté contractuelle, il est évident que *« l'on ne peut pas tout permettre dans l'exercice de (…) (*cette*) liberté* »[5]. Il existe naturellement des « *digues que les vagues des stipulations contractuelles ne peuvent franchir* »[6].

453. Il a, tout d'abord, été vu que la rupture d'égalité résultait d'un aménagement de la convention de souscription conclue entre la personne morale et l'associé. Il s'en infère que sa régularité demeure subordonnée au respect des dispositions du droit commun relatives aux contrats. Ensuite, comme pour tous les aménagements contractuels effectués au sein de la société, la validité de l'inégalité entre associés repose aussi sur sa conformité à l'intérêt social[7]. Cependant, il ne s'agit là que de limites très relatives dans la mesure où, d'une part, l'intérêt social n'est qu'un simple « *filtre* »[8] qui ne bloque que les inégalités préjudiciables à la personne morale et, d'autre part, en n'imposant que des conditions de validité, le droit contractuel ne s'oppose nullement à la discrimination entre associés.

---

[1] B. SAINTOURENS, « La flexibilité du droit des sociétés », *RTD com*., 1987, p. 457.
[2] G. RIPERT, « Aspects juridiques du capitalisme moderne », 2e éd. LGDJ, 1951, p. 111.
[3] Y. GUYON, « Liberté contractuelle et droit des sociétés », art. cit.
[4] Bien souvent sa mise en place est, de fait, imposée par les besoins de la société de « *s'attacher des concours indispensables* ». Il en va ainsi notamment pour ce qui concerne les avantages particuliers. J.-M. de BERMOND de VAULX, « Les parts sociales privilégiées », art. cit. p. 521.
[5] G. HORSMANS, « Les nouveaux rivages de la liberté sociétaire », in *Mél. en l'honneur de D. Tricot*, éd. Litec, Dalloz, 2011, p. 670.
[6] J.-P. BERTREL, « Liberté contractuelle et sociétés », *RTD com*., 1996, p. 595.
[7] M.-C. MONSALLIER, *L'aménagement contractuel du fonctionnement de la société anonyme, op.cit*., nos814 et s.
[8] Pour reprendre le terme de Marie-Christine Monsallier, voir M.-C. MONSALLIER, *L'aménagement contractuel du fonctionnement de la société anonyme, op.cit*., p. 313.

454. Se pose alors la question de savoir quels sont les vrais obstacles qui se dressent devant la liberté de créer l'inégalité entre associés. Après avoir parcouru le droit positif, on s'est rendu compte que ceux-ci trouvaient leur source principalement dans l'encadrement des droits et obligation de l'associé. Autrement dit, dans toutes les sociétés, le titulaire de titres sociaux bénéficie et reste soumis à, un minimum – ou parfois maximum, de prérogatives et de contraintes auxquels on ne peut contractuellement déroger. Il s'agit de ce que nous avons convenu d'appeler la matrice impérative d'associé. C'est seulement lorsque ce noyau dur est respecté que la liberté de rompre l'égalité entre associés pourra valablement se déployer.

Nous tracerons les contours de cette matrice impérative (Titre 1), avant d'étudier les possibilités qui s'offrent à la société et aux associés dans le cadre de la liberté de discriminer qui n'est finalement que résiduelle (Titre 2).

TITRE 1

La matrice impérative d'associé

455. Telle que nous l'entendons, la matrice impérative d'associé regroupe matériellement l'ensemble des droits et obligations de l'associé qui échappent à toute possibilité de réduction ou de suppression, y compris par consentement mutuel entre la société et l'associé.

Au premier abord, il s'agit des droits et devoirs attachés à l'organisation du statut de l'associé. En réalité, de par sa qualité, l'associé acquiert et demeure assujetti à un certain nombre de prérogatives et de devoirs protégés par l'ordre public sociétaire[1] et qui échappent ainsi à sa libre disposition. La première borne de l'inégalité entre associés se trouve donc liée au statut d'associé (Chapitre 1).

Mais, par-delà leur qualité d'associés, les propriétaires de droits sociaux ont aussi une qualité d'organes de la personne morale. Car, le droit des sociétés leur reconnaît des droits individuels et collectifs qu'ils doivent exercer au nom et pour le compte de la collectivité. De nature impérative, ces prérogatives sont susceptibles d'entrer en conflit avec un traitement inégalitaire. Le statut d'organe de l'associé apparaît ainsi comme la seconde limite à laquelle se heurte la discrimination dans la société (Chapitre 2).

[1] De la même manière qu'il existe en droit civil des obligations, un ordre public qui limite la liberté contractuelle (G. CHANTEPIE et G. PIGNARRE, « Et si l'on parlait de l'ordre public (contractuel) ? », *RDC*, 2013, p. 251, spéc. n°1, p. 252. Sur l'ensemble de la question, voir PH. MALAURIE, *L'ordre public et le contrat*, th. Paris, 1953 ; A. Le POMMELEC, « La signification de l'ordre public en droit des obligations », in C.-A. Dubreuil (dir. sous), *L'ordre public*, éd. Cujas, 2011, p. 73), il demeure, en droit des sociétés, un ordre public sociétaire qui vient brider la liberté d'aménager les droits et obligations des associés (M.-C. MONSALLIER, *L'aménagement contractuel du fonctionnement de la société anonyme, op.cit*., n^{os}852 et s.). Globalement, on définit l'ordre public comme étant l'ensemble des *« règles de caractère impératif, dont les associés n'ont pas la libre disposition* », voir J.-M. MOULIN, « Les actions de préférence », art. cit., p. 37. Sur la notion, voir aussi, J. MESTRE, « L'ordre public dans les relations économiques », in T. Revet (dir. sous), *L'ordre public à la fin du XX^{e} siècle*, éd. Dalloz, 1996, p. 33. Voir également, G. RIPERT, « L'ordre économique et la liberté contractuelle », in *Mél. offerts à Gény*, 1934, t. II, p. 347 ; R. SAVATIER, « L'ordre public économique », *D*. 1965, Chron. 37 ; G. FARJAT, *L'ordre public économique*, éd. LGDJ, 1963 ; C. VAUTROT-SCHWARZ, « L'ordre public économique », in C.-A. Dubreuil (dir. sous), *L'ordre public*, éd. Cujas, 2011, p. 187 ; S. ROLAND, « L'ordre public et l'État, brèves réflexions sur la nature duale de l'ordre public », in C.-A. Dubreuil (dir. sous), *L'ordre public*, éd. Cujas, 2011, p. 9 ; CASS., *L'ordre public,* Rapport annuel, éd. La Documentation française, 2013.

CHAPITRE 1 – L'inégalité limitée par la qualité d'associé

456. En droit des sociétés, il est des droits et obligations qui demeurent, en principe, indispensables à l'existence de la qualité d'associé, de sorte que la disparition de ceux-ci conduirait à la remise en cause de celle-là. Ce faisant, si la liberté contractuelle permet de restreindre certains, elle n'autorise ni à la société de les ignorer, ni aux associés d'y renoncer de manière totale et définitive.

Il convient de déterminer ces droits (Section 1) et obligations (Section 2) inséparables de la qualité d'associé.

Section 1. L'impossibilité d'anéantir les droits inhérents à la qualité d'associé

457. L'identification des prérogatives indissolublement liées à la qualité d'associé renvoie à la définition de la notion d'associé. Or, en dépit des importants travaux dont elle a été l'objet, cette notion reste toujours *« une énigme »*[1].

458. Aussi, l'objectif de cette étude sera-t-elle moins d'établir une nouvelle définition de l'associé, que de singulariser simplement les droits de ce dernier qui doivent être considérés comme essentiels. Bien entendu, l'exercice ne sera pas si facile qu'il n'y paraît, car le statut d'associé offre de nombreux droits financiers et politiques. Globalement, chaque associé a un droit de participer aux bénéfices, au boni de liquidation et aux décisions collectives, d'être informé, de voter, de traiter avec une société régulière, de demander la nullité de la société, de rester dans la société, etc. Dans ces conditions, comment identifier les prérogatives revêtues du caractère fondamental ? Comment séparer l'impératif du supplétif[2] ?

La loi n'apporte qu'une réponse partielle à cette interrogation, puisqu'elle n'interdit expressément la restriction ou la suppression que de certains droits de l'associé (§ 1). Pour le reste, nous reviendra la tâche de déterminer au cas par cas les autres prérogatives de l'associé qui présentent les caractéristiques d'un droit capital inséparable de sa qualité (§ 2).

[1] F. MASSON, « Les métamorphoses de l'associé », *Rev. sociétés* 2016, p. 84.
[2] L. CONVERT, *L'impératif et le supplétif dans le droit des sociétés, étude de droit comparé : Angleterre-Espagne-France*, th. Bordeaux IV, 1998.

§ 1. Les droits inhérents à la qualité d'associé expressément proclamés par le droit des sociétés

459. La nature primordiale des prérogatives de l'associé est parfois affirmée par loi (A) et les juges (B).

A. Les droits inhérents à la qualité d'associé consacrés par la loi

460. En l'état actuel du droit des sociétés, deux droits sont formellement considérés par la loi comme étant inséparables de la qualité d'associé. Il s'agit du droit aux bénéfices (I) et de celui de participer aux décisions collectives (II).

I. Le droit conditionnel aux bénéfices et aux réserves[3]

461. En interdisant formellement la suppression du droit de participer au lucre[4] par la prohibition des stipulations léonines[5], l'article 1844-1 al. 2 du Code civil[6] reconnaît, certes

[3] Rappelons que les réserves ne sont rien d'autre qu'une partie des bénéfices.
[4] Sur la répartition de cette prérogative, voir *supra*, n[os]174 et s.
[5] M. D. SCHÖDERMEIER, « Clause léonine et renonciation totale ou partielle de participer à la répartition des dividendes », note sous CA Paris, 8 octobre 1993, *Bull. Joly*, 1993, p. 1233.
[6] On rappellera que, selon ce texte, les clauses léonines « *sont réputées non écrites* ». La « réputation » non écrite est une technique qui procède d'une fiction juridique (J. KULLMANN, « Remarques sur les clauses réputées non écrites », *D*. 1993, p. 59, spéc. pp. 60 et s. Sur les fictions juridiques, voir Actes de colloque, A-B. Caire (dir. sous), *Les fictions en droit, les artifices du droit : les fictions,* éd. LGDJ, Lextenso éditions, 2015). Elle repose sur l'idée que les parties n'ont jamais donné leur consentement (M.-C. MONSALLIER, *L'aménagement contractuel du fonctionnement de la société anonyme, op.cit*., n°91, p. 46). De ce fait, la stipulation frappée de cette sanction sera censée *« n'avoir jamais été rédigée* » (Cass. civ. 3[e], 2 décembre 1987, *Bull. civ. III*, n°198 ; *D*. 1987, IR, p. 255) et donc n'avoir jamais existé (voir par exemple, Cass. civ. 3[e], 9 mars 1988, *D.* 1989, p. 143, note C. Atias ; *JCP*, 1989, II, 21248, note G. V.). Aussitôt après sa rédaction, elle est retranchée (G. RIPERT, « L'ordre économique et la liberté contractuelle », art. cit., p. 352.) ou amputée (F. TERRE, *Introduction générale au droit*, éd. Dalloz, 1991, cité par J. KULLMANN, « Remarques sur les clauses réputées non écrites », art. cit., p. 60, note 4) du contrat de société. La doctrine parle de « *gommage ou caviardage* » (J. CARBONNIER, *Droit civil, Les obligations*, t. 4, 22[e] éd. PUF, 2000, n°104, p. 204), d'« effacement », d'« amputation », de « biffage », ou encore d'« éradication » (Sur ces différentes appellations, voir J. KULLMANN, « Remarques sur les clauses réputées non écrites », art. cit., note 4). De ce fait, en cas de litige, le contrat qui sera produit devant le juge sera amputé de la stipulation litigieuse (J. KULLMANN, « Remarques sur les clauses réputées non écrites », art. cit., p. 61) et le juge n'a pas à en tenir compte (Cass. civ. 3[e], 30 mai 1972, *D*. 1972, somm. p. 194 ; *JCP*, 1972, II, 17174, note E. J. Guillot). Autrement dit, cette sanction laisse subsister le reste du contrat de société (J. CARBONNIER, *Droit civil, Les obligations*, *op.cit*., n°104, p. 204). Cette affirmation est confirmée par l'article L235-1 du Code de commerce qui dispose que « *la nullité de la société ne peut non plus résulter des clauses prohibées par l'article 1844-1 du Code civil* », en l'occurrence, les clauses léonines). Certes, ce texte ne s'applique qu'aux sociétés commerciales. Mais, il semblerait que la solution prévaut également dans les autres sociétés (H. Le NABASQUE et M. BARBIER, « Les clauses léonines », *Dr. sociétés, Actes pratiques*, 1996, n°29, p. 1, spéc. p. 3, note 7). Notons qu'avant la loi de 1966, la jurisprudence annulait le contrat de société lorsqu'il comportait une convention réputée non écrite, sous prétexte que la participation aux résultats sociaux constitue une de ses condition de validité (Cass. civ. 2 mars 1931, *D.H*. 1931, p. 285 ; Cass. Req. 9 avril 1941, *D.H*. 1941, p. 275). Toutefois, l'annulation était écartée dans les cas où la

indirectement, mais clairement, le caractère fondamental de cette prérogative. Il résulte donc de ce texte que le droit de participer au partage des bénéfices et des réserves[7] est une prérogative essentielle[8] de l'associé. On peut même affirmer qu'il est le parangon des droits inhérents à la qualité d'associé, puisqu'il constitue la cause de l'engagement de l'apporteur dans l'aventure sociale[9]. Sauf à nier l'existence de la société, c'est-à-dire du *jus fraternitatis*[10], il est difficile d'imaginer un associé sans le droit de prendre part à la distribution des fruits générés par l'activité sociale. C'est pourquoi, comme on a pu le faire remarquer, « *s'agissant de la participation aux bénéfices, il n'existe pas en droit positif d'hypothèse où une personne serait considérée comme associée sans participer* »[11].

462. Se pose toutefois la question de la nature et de l'étendue du droit dont la remise en question est interdite par la loi. Cette interrogation mérite d'être soulevée, d'autant que le législateur admet que des atteintes puissent être portées au droit de partager le profit social. Pour y répondre, nous devons analyser la notion de clause léonine[12]. Dans cette perspective, force est de remarquer qu'aucune indication ne se dégage ni des textes, ni de la jurisprudence. L'alinéa 2 de l'article 1844-1 du Code civil la décrit simplement comme la « *stipulation attribuant à un associé la totalité du profit procuré par la société (...)* » ou *« celle excluant un*

clause n'avait pas déterminé le consentement de l'associé qui en bénéficiait (voir CA Paris, 17 juillet 1901, *S.* 1901, 2, p. 304). Aujourd'hui, cette solution s'accommoderait difficilement avec l'article L235-1 du Code de commerce. Il convient donc de retenir que la réputation non écrite d'un pacte léonin n'emporte pas la nullité du contrat de société. Cela se justifie par le fait qu'elle ne sanctionne pas le défaut d'un élément essentiel de ce contrat (J. KULLMANN, « Remarques sur les clauses réputées non écrites », art. cit., p. 59). Pour le reste, la demande en justice destinée à faire déclarer une clause non écrite n'est soumise à aucune prescription (Cass. civ. 9 mars 1988, *D*. 1989, p. 143, note C. Atias ; Cass. civ. 3e, 7 mai 2008, n°07-13.409, *D*. 2008, p. 1413, obs. Rouquet) et que le juge peut relever d'office cette sanction (J. KULLMANN, « Remarques sur les clauses réputées non écrites », art. cit., p. 62). En revanche, il est interdit aux magistrats de se substituer aux organes de la société en ordonnant la modification de la stipulation (Cass. com. 9 juillet 2013, n°12-21.238, *RLDA,* 2013/85, n°4702 et *RLDA*, 2013/86, n°4753, note A. Reygrobellet ; *Gaz. pal*. 15-17 septembre 2013, p. 22, note A.-F. Zattara-Gros ; *JCP* E, 2013, n°1516, note B. Dondero ; *D*. 2013, p. 1833, note A. Lienhard ; *Bull. Joly*, 2013, n° 10, note D. Poracchia). On notera, enfin, que cette sanction légale s'applique même si la clause n'est que partiellement léonine (Cass. com. 9 juillet 2013, n°11-27.235, *RJDA* 10/13, n°813 ; *Bull. Joly*, 2013, n° 10, note D. Poracchia).

[7] Il existe trois types de réserves : les réserves dite légales qui sont obligatoires dans les SARL et les sociétés par actions et qui ne peuvent être distribuées entre les associés qu'à la fin de la société ; les réserves dites statutaires qui sont mises en places en vertu d'une clause statutaire et qui peuvent être distribuées par l'assemblée générale extraordinaire en cours d'existence sociale et enfin les réserves dites libres qui peuvent être constituées par l'assemblée générale ordinaire à la fin de chaque exercice et dont la distribution peut être décidée à tout moment par cet organe.

[8] D. PORACCHIA, « La renonciation à percevoir des dividendes ne peut être exprimé par un associé qu'en assemblée générale », obs. sous, Cass. com. 26 mai 2004, *Dr. et patr., 2005*, n°134, p. 132, spéc. p. 133.

[9] H. CAPITANT, *De la cause des obligations (contrats, engagements unilatéraux, legs)*, éd. Dalloz, 1923, n°19, p. 41.

[10] PH. MERLE et A. FAUCHON, *op.cit*., n°56.

[11] J. LEDAN, « Nouveau regard sur la notion d'associé », art. cit., n°10.

[12] Pour une catégorisation des clauses léonines, voir B. DONDERO, « Distinguer entre les clauses « purement léonines » et les clauses « simplement léonines », *Bull. Joly*, 2013, p. 39.

associé totalement du profit(...) »[13]. C'est donc à la doctrine qu'est revenue la mission de préciser ce qu'était une convention léonine.

463. Rappelons que l'appellation « clause léonine » tire son origine de la fable de Phèdre sur le lion qui, concluant une société avec d'autres animaux, s'attribue toute les parts et la première en vertu de son nom[14]. L'idée sera reprise par Jean de la Fontaine dans sa fable lorsqu'il décrit un contrat de société entre un lion, une génisse, une chèvre et une brebis. Alors qu'une proie fut capturée dans le cadre de cette entreprise, le lion la divisa en quatre parts et s'appropria toutes les portions[15]. C'est pour éviter qu'une telle situation se produise dans les sociétés que l'article susvisé est venu poser le principe de l'interdiction des pactes léonins. De portée générale, cette prohibition s'applique dans l'ensemble des sociétés civiles[16] et commerciales[17], y compris dans les GIE[18]. La seule exception concerne les sociétés unipersonnelles[19].

464. Pour définir la clause léonine, la doctrine distingue traditionnellement un droit certain et un droit virtuel de l'associé de participer aux bénéfices ou à l'économie. On parle aussi de droit aux dividendes et de droit aux bénéfices. Dans son acception simple, le droit certain aux bénéfices ou le droit aux dividendes signifie la prérogative de l'associé d'obtenir sa part dans les bénéfices après leur constatation et la décision de l'assemblée générale de les distribuer[20]. La jurisprudence considère que l'associé peut, lors de l'assemblée générale, renoncer à la totalité de ce droit ponctuel[21]. La doctrine estime que la renonciation peut intervenir postérieurement ou antérieurement à l'assemblée[22]. Cependant, une renonciation antérieure à

[13] Nous signalerons qu'il ne s'agit ici que d'une facette de la clause léonine, puisque, comme nous le verrons, la stipulation qui exonèrerait un associé de toute contribution aux pertes ou qui le ferait supporter toutes les pertes, serait aussi considérée comme un pacte léonin au sens de ce texte.
[14] Lamy *Sociétés commerciales*, *op.cit*., n°352.
[15] H. Le NABASQUE et M. BARBIER, « Les clauses léonines », art cit., p. 1, spéc. n°2, p. 2.
[16] CA Montpellier, 10 novembre 1992, *Dr. sociétés,* 1993, comm. n°113, obs. T. Bonneau.
[17] Cass. Req. 21 décembre 1937, *Rev. sociétés*, 1938, p. 534, note Jauffret ; Cass. com. 16 novembre 1959, *JCP*, 1960, II, 11725 ; Cass. com. 13 juin 1967, *Gaz. pal*. 1968, 1, p. 86.
[18] Voir par exemple pour les GIE et les sociétés civiles, A. COURET, « Groupements de moyens et pactes léonins », *Bull. Joly*, 1992, p. 1057.
[19] C'est le cas, selon la doctrine, de l'EURL, voir Lamy *Sociétés commerciales*, *op.cit*., n°352, p. 154. La solution vaut également pour la SASU.
[20] M. D. SCHÖDERMEIER, « Clause léonine et renonciation totale ou partielle de participer à la répartition des dividendes », note sous CA Paris, 8 octobre 1993, *Bull. Joly*, 1993, p. 1233, spéc. p. 1235.
[21] Cass. com. 13 février 1996, n°93-21.140 et 94-12.225, *Bull. civ. IV*, n°53, p. 41 ; *Defrénois*, 1996, art. 36334, n°6, p. 668, obs. H. Hovasse ; *Bull. Joly*, 1996, p. 404, note, P. Le Cannu ; *Dr. sociétés*, 1996, n°93, obs. T. Bonneau ; *Rev. sociétés*, 1996, p. 771, note B. Saintourens ; Cass. com. 26 mai 2004, *Rev. sociétés*, 2005 p. 169, note H. Le Nabasque ; *Dr. et patr.,* 2005, n°134, p. 132, obs. D. Poracchia.
[22] H. Le NABASQUE et M. BARBIER, « Les clauses léonines », art. cit., n°49, p. 11.

l'assemblée ne sera valable que si elle a été prévue à l'avance par une clause statutaire[23]. En l'absence de prévisions statutaires, cet abandon porterait sur un droit non encore né[24]. En toute hypothèse, à suivre les magistrats, cette renonciation s'analyse en un simple abandon de créance certaine, liquide et exigible[25]. Par voie de conséquence, elle échappe à la prohibition des clauses léonines[26].

465. La situation se présente autrement concernant le droit conditionnel ou incertain aux bénéfices. À la lueur des travaux doctrinaux, cette prérogative éventuelle, qui prend sa source dans le contrat de société, correspond au droit théorique de l'associé de percevoir des dividendes avant toute constatation des bénéfices et toute décision de l'assemblée générale de les répartir[27]. Il s'agit d'une simple vocation ou aptitude de l'associé à recevoir une rémunération de ces titres alors même qu'aucun bénéfice distribuable n'est encore constaté. C'est justement, la suppression de cette prérogative éventuelle ou théorique qui est défendue et réprimée par la réglementation sur les clauses léonines. Ainsi, constituent des pactes léonins, les clauses qui supprimeraient cette vocation de l'associé *« à percevoir des bénéfices ou qui la réduiraient à une part insignifiante : soit qu'elles excluent la vocation d'un associé à percevoir des bénéfices ; soit qu'elles prévoient la vocation d'un seul à les percevoir tous* »[28].

466. En clair, les stipulations léonines sont celles qui ont pour objet ou pour effets[29], la suppression durable du droit éventuel aux bénéfices[30]. Ces clauses doivent être insérées dans les statuts[31], peu importe que cette insertion intervienne pendant la période de formation de la

[23] D. PORACCHIA, « La renonciation à percevoir des dividendes ne peut être exprimé par un associé qu'en assemblée générale », obs. sous, Cass. com. 26 mai 2004, *Dr. et patr., 2005*, n°134, p. 132, spéc. p. 133.
[24] Car il est aujourd'hui largement acquis en jurisprudence, que les dividendes sont des fruits qui naissent à la date de l'assemblée générale.
[25] CA Paris, 8 octobre 1993, préc.
[26] Cass. com. 13 février 1996, *Dr. sociétés*, 1996, n°93, note T. Bonneau.
[27] M. BUCHBERGER, *op.cit*., n°334, p. 286.
[28] H. Le NABASQUE et M. BARBIER, « Les clauses léonines », art. cit., n°9, p. 3.
[29] CA Paris, 5 décembre 1983, *D*. 1984, IR, p. 52, qui précise que « *les juges doivent envisager le résultat obtenu, c'est-à-dire l'exonération de l'associé, plutôt que les modalités des stipulations, qu'il s'agisse de faire entrer un nouvel associé dans la société, d'en empêcher un de sortir ou, au contraire, de l'en faire partir* ».
[30] D. PORACCHIA, « La renonciation à percevoir des dividendes ne peut être exprimé par un associé qu'en assemblée générale », obs. sous, Cass. com. 26 mai 2004, *Dr. et patr.,* 2005, n°134, p. 132, spéc. p. 133.
[31] Toutefois, la jurisprudence a pu décider que la clause léonine pouvait être contenue dans un acte séparé des statuts, voir Cass. Req. 9 avril 1941, *D*. 1941, p. 275 ; CA Paris, 8 octobre 1993, *Bull. Joly*, 1993, p. 1231, note M. D. Schödermeier ; *RJDA*, 1994, n°35 ; *RTD com*. 1994, p. 58, obs. C. Champaud et A. Danet ; CA Paris, 30 octobre 1976, *Rev. sociétés*, 1977, p. 695, note D. Schmidt.

personne morale ou postérieurement[32] à cette date[33]. Toutefois, selon la jurisprudence, la clause léonine doit être conclue en cours de vie sociale, de sorte qu'échapperaient à cette qualification, les conventions de liquidation conclues entre associés après la dissolution de la personne morale[34]. Dans le même esprit, les juges considèrent que ne constituent pas des pactes léonins, les clauses qui privent un associé de son droit au bénéfice à titre de clause pénale[35] ou encore celles qui prévoient qu'en cas de décès d'un associé, le rachat de ses titres s'opérera moyennant un prix forfaitaire inférieur à leur valeur réelle[36].

467. Avant de clore ce point, il y a lieu de signaler que si le droit abstrait aux bénéfices ne peut être supprimé entièrement et durablement, il n'en reste pas moins qu'il doit demeurer aléatoire, du moins dans les sociétés par actions et les SARL. On sait que dans ces formes sociales, la loi interdit la distribution de dividendes fictifs[37] ainsi que les clauses d'intérêt fixe ou intercalaire. Dans le premier cas, il s'agit d'interdire aux dirigeants de verser des dividendes aux associés s'il n'existe pas de bénéfices distribuables[38]. Si cette prohibition est transgressée, les auteurs se rendent coupables du délit de distribution de dividendes fictifs[39] qui est puni « *d'un emprisonnement de cinq ans et d'une amende de 375 000 euros* »[40]. Et, au-delà de cette sanction pénale, leur responsabilité civile délictuelle[41] peut être mise en œuvre

[32] Signalons cependant que la Cour de cassation aurait pu semer le doute en décidant dans un arrêt de 2007, que seule peut être léonine, une clause des statuts d'origine et non un acte ou une délibération postérieure, voir Cass. com. 3 avril 2007, n06-10.834, *RJDA* 7/07, n°733. Mais nous pensons que cette solution reste d'espèce.

[33] CA Paris, 5 décembre 1983, préc.

[34] Cass. com. 12 novembre 1962, *Bull. civ. III*, n°442 ; *Gaz. pal.* 1963, I, p. 165. Cette position peut se comprendre, car ces pactes sont convenus pour régler les conséquences de la dissolution. De ce fait, la cause du contrat n'en est pas affectée puisque la société disparait, voir H. Le NABASQUE et M. BARBIER, « Les clauses léonines », art. cit., n°15, p. 4. Certains estiment néanmoins qu'il s'agit d'une interprétation trop restrictive de la prohibition des clauses léonines, en ce sens, voir par exemple, A. VIANDIER, *La notion d'associé*, *op.cit*., n°62. De toute façon, la doctrine (Lamy *Sociétés commerciales*, *op.cit*., n°349) et la jurisprudence (exemple : Cass. req. 26 mai 1897, S. 1898, 1, p. 348) considèrent que ce type de convention pourra toujours être rescindé pour vice du consentement ou pour lésion.

[35] Cass. Req. 16 novembre 1858, *D*. 1859, I, p. 39.

[36] CA Rennes, 29 juillet 1947, *Sirey*, 1948, 2, p. 41 ; *Rev. sociétés*, 1949, p. 293 ; CA Rouen, 24 mars 1953, *Gaz. pal*. 1953, 2, p. 33 ; *Rev. sociétés*, 1953, p. 162.

[37] Sur l'ensemble de la question, voir A. BECQUEY, *La distribution de dividendes fictifs*, th. Bordeaux, 1939 ; E. NOURISSAT, *Des éléments constitutifs du délit de distribution de dividendes fictifs dans les sociétés par actions*, th. Dijon, 1906 ; J. BASTIDE, *Des dividendes fictifs*, th. Toulouse, 1903 ; A. BARRAULT, *La notion de dividendes fictifs*, th. Paris, 1938 ; C. VOUTSIS, *La distribution de dividendes fictifs, conséquences pénales et civiles*, éd. LGDJ, 1965.

[38] Car, matériellement, le dividende ne représente rien d'autre que la partie des bénéfices annuels distribuée aux associés, voir A. BARRAULT, *op.cit*., p. 30. Et, selon l'article L232-11 du Code de commerce, le bénéfice distribuable est « *le bénéfice de l'exercice, diminué des pertes antérieures, ainsi que des sommes à porter en réserve en application de la loi ou des statuts, et augmenté du report bénéficiaire* ».

[39] Sur la définition de la notion de dividende fictif, voir art. L232-12 du Code de commerce.

[40] Voir dans le Code de commerce les articles, L241-3 al. 2 pour les SARL ; L242-6 al. 1 pour les SA ; L244-1, al. 1, pour les SAS par renvoi à L242-6 ; L243-1 al. 1 pour les SCA par renvoi à L242-6.

[41] A. BECQUEY, *op. cit*., n°243, p. 170.

par la société, les actionnaires ou les créanciers sociaux[42]. Bien entendu, il faudra que les autres conditions de cette responsabilité soient remplies, à savoir un dommage et un lien de causalité[43].

De plus, dans la mesure où le paiement du dividende fictif ne correspond à rien d'autre qu'au remboursement partiel anticipé du capital social, ce qui porte naturellement atteinte au principe de fixité[44] de ce capital et réduit, par ricochet, le droit de gage des créanciers sociaux, il sera possible de contraindre les destinataires des sommes de les restituer à la société[45]. Mais ce devoir de restitution n'est pas automatique car, aux termes de l'article 549 du Code civil, le possesseur de bonne foi fait les fruits siens. C'est dire que le remboursement est subordonné à la démonstration de la mauvaise foi des récipiendaires. Ainsi, si l'article L223-40 du Code de commerce dispose, pour les SARL, que « *la répétition des dividendes ne correspondant pas à des bénéfices réellement acquis peut être exigée des associés qui les ont reçus* », c'est à la condition que la société puisse établir que l'associé était au courant ou ne pouvait ignorer le caractère frauduleux de la distribution. L'article L232-17 du Code de commerce affirme également en son alinéa 2 que dans les sociétés par actions, la répétition des dividendes fictifs n'est possible que si la personne morale établit que les destinataires avaient eu connaissance du caractère irrégulier de la distribution ou ne pouvaient l'ignorer compte tenu des circonstances. Lorsque ces conditions sont remplies, les sociétés ont trois ans à compter de la distribution pour exercer l'action en répétition s'il s'agit d'une SARL[46] et cinq ans pour les sociétés par actions[47].

468. On notera toutefois que ces sanctions ne sont applicables que si la distribution est effective car aucun texte ne réprime la tentative de distribution de dividendes fictifs[48]. Il faut que les sommes soient effectivement prélevées de la caisse sociale[49] et mises à la disposition des actionnaires[50]. Toutefois, il n'est pas nécessaire que chaque actionnaire ait effectivement reçu sa part en argent. Il suffit que les bénéficiaires aient un droit privatif sur les sommes

[42] À la condition toutefois que le délit de distribution de dividendes fictifs soit qualifié par le juge de faute détachable des fonctions, voir Cass. com. 20 mai 2003, n°99-17092.
[43] C. VOUTSIS, *op.cit*., pp. 168 et s.
[44] Sur le sens de ce principe, voir C. VOUTSIS, *op.cit.,* pp. 65 et s.
[45] Art. L232-17 du Code de commerce.
[46] Art. L223-40 al. 2 du Code de commerce ; art. 67 al. 2 de la loi du 24 juillet 1966.
[47] Art. 2224 du Code civil.
[48] Trib. corr. Seine, 13 décembre 1882, *Rev. sociétés*, 1883, p. 105.
[49] C. VOUTSIS, *op.cit.,* p. 91. Pour la Cour de cassation, il n'y a pas de distribution au sens du Code de commerce si les sommes sont avancées par les dirigeants, voir Cass. crim. 23 juin 1883, *D*. 1883, I, p. 429 ; *S.* 1883, I, p. 428.
[50] Cass. crim. 28 mars 1936, *D. H.* 1936, p. 270, *Gaz. pal.* 1936, 2, p. 9 ; Trib. corr. Seine, 20 décembre 1933, *Gaz. pal.* 1934, 1, p. 331.

distribuées. Tel est le cas si ces derniers perçoivent des intérêts sur la somme en question[51] ou si des obligations de la société leur sont attribuées en paiement de ce dividende[52] ou encore si les sommes en cause ont servi de compensation à leur dette vis-à-vis de la société[53].

469. Dans le prolongement de la défense de distribution de dividendes fictifs, la loi interdit également les clauses d'intérêt fixe dans les sociétés par actions et les SARL[54]. En effet, pour attirer les capitaux, certaines sociétés avaient eu, dans le passé, l'idée de stipuler en faveur de certains actionnaires des clauses d'intérêt fixe ou intercalaire[55]. Ces pactes permettaient à leurs bénéficiaires de percevoir des intérêts calculés selon un taux donné[56] et ce, même en cas de pertes ou d'absence de bénéfices. En promettant à ces actionnaires, sous forme d'intérêt, un revenu *minimum* immédiat de leur apport[57], ces personnes morales pouvaient s'offrir les capitaux avant la réalisation de bénéfices[58]. Économiquement utiles, ces stipulations étaient devenues, comme le soulignait Thaller, « *une pratique invétérée qui (...) (*fut) *entrée si avant dans les habitudes commerciales, qu'il (...)* (était devenu) *présomptueux de vouloir l'en déraciner* »[59]. Pourtant, ce mécanisme n'était pas regardé d'un bon œil. C'est pourquoi le législateur fut intervenu, d'abord pour l'encadrer (c'est ainsi que l'article 34[60] de la loi du 7 mars 1925 et le décret-loi du 9 août 1953[61] l'autorisaient avec quelques restrictions), puis pour l'interdire avec la loi du 24 juillet 1966. Désormais, ces clauses demeurent strictement interdites dans les sociétés par actions et les SARL[62] et sont réputées non écrites[63], excepté le cas où l'État aurait décidé d'accorder à des actions la garantie d'un

[51] CA Limoges, 13 juin 1889, *Journ. sociétés*, 1890, p. 233.
[52] CA Lyon, 16 mars 1899, *D.* 1900, II, p. 142 ; *Sirey*, 1901, II, p. 300 ; *Rev. sociétés*, 1899, p. 447.
[53] Cass. crim. 23 juin 1883, préc. Voir aussi, CA Paris, 19 mars 1883, *D.* 1883, I, p. 425 ; *S.* 1883, II, p. 97.
[54] Sur cette notion, J. DERRUPPE, « Les clauses d'intérêts fixes », in *Dix ans de conférences d'agrégation, Etudes de droits commercial offertes à J. Hamel*, éd. Dalloz, 1961, p. 179.
[55] Ce fut le cas de la compagnie de l'isthme de Suez qui avait payé des intérêts pour une somme de 100 millions de francs, avant de commencer son activité de trafic, voir E. NOURISSAT, *op.cit.,* p. 159.
[56] E. NOURISSAT, *op.cit.,* pp. 157 et 158.
[57] *Ibid*., p. 158.
[58] Car, bien souvent avant de démarrer leur activité et de réaliser des bénéfices, les sociétés doivent effectuer de nombreuses dépenses pour l'accomplissement de travaux d'installation plus ou moins importants.
[59] E. THALLER, « De la clause de répartition d'intérêts à défaut de bénéfices dans les sociétés de commerce », *Journ. sociétés*, 1884, p. 171, spéc. p. 172.
[60] Le texte était rédigé ainsi : « *Il peut être stipulé dans l'acte de société, mais seulement pour la période de temps nécessaire à l'exécution des travaux qui, d'après l'objet de la société, doivent précéder le commencement de ses opérations, que les associés auront droit à des intérêts à un taux déterminé, même en l'absence de bénéfices. L'acte de société détermine cette période. Cette clause doit, à peine de nullité, être insérée dans l'extrait de l'acte de société publié dans un journal d'annonces légales en vertu de l'article 13. Le montant des intérêts ainsi payés doit être compris parmi les frais de premier établissement et réparti avec ces frais, suivant le mode et dans le délai que doivent fixer les statuts sur les années qui présenteront des bénéfices* ».
[61] Ce texte imposait l'inscription de la clause au registre du commerce, sous peine d'inopposabilité aux tiers.
[62] Art. L232-15 du Code de commerce. Il faut signaler que leur validité dans les autres types de sociétés demeure discutée en doctrine.
[63] Art. L232-15 al. 2 du Code de commerce.

dividende minimal[64].

470. Finalement, quelle que soit la société, les stipulations qui excluent un associé de toute participation aux bénéfices ou qui, dans les sociétés par actions et les SARL, garantissent le versement de dividendes en dépit de l'absence de bénéfices, sont illicites. Sous ces réserves, toutes les discriminations qui consisteraient à réduire ou renforcer conventionnellement ce droit éventuel aux fruits restent admissibles en droit des sociétés. La situation est relativement différente pour ce qui est du droit de l'associé de participer aux décisions collectives.

II. Le droit de participer aux décisions collectives[65]

471. Selon l'article 1844 du Code civil, « *Tout associé a le droit de participer aux décisions collectives* ». Plus encore, après avoir affirmé que « *tout actionnaire peut participer aux assemblées générales extraordinaires et tout actionnaire possédant des actions visées à l'article L225-99 peut participer aux assemblées spéciale »,* l'article L225-113 du Code de commerce ajoute que « *toute clause contraire est réputée non écrite* ». Par ailleurs, l'article L242-9 du même Code punit d'un emprisonnement de deux ans et d'une amende de 9 000 euros, le fait d'empêcher un actionnaire d'accéder à une assemblée. Ces différents textes traduisent, nous semble-t-il, la portée absolue de cette prérogative.

472. Avant d'étayer le propos, il y a lieu de revenir sur la signification du droit de participer aux décisions collectives. À ce titre, une première étape doit consister à résoudre une difficulté qui divise la doctrine depuis quelques décennies : il s'agit de la question de savoir si cette prérogative englobe le droit de vote. S'appuyant sur la jurisprudence *Châteaux d'Yquiem*[66], rendue en matière de distribution du droit de vote entre le nu-propriétaire et l'usufruitier de droit sociaux, certains auteurs ont répondu par l'affirmative. À les suivre, le droit de participer « *s'entend non seulement du droit de participer aux assemblées et d'y être convoqué, mais aussi de celui de voter* »[67]. Il faut rappeler que dans l'arrêt *SCA Châteaux d'Yquiem* du 9 février 1999, la Cour de cassation avait censuré un arrêt d'appel ayant refusé d'annuler une clause statutaire qui prévoyait une suppression du droit de vote d'un associé dans une hypothèse non prévue par la loi. Ainsi, la Haute juridiction affirmait-elle, sous le

[64] Art. L232-15 al. 1 du Code de commerce.
[65] Sur la notion de décisions collectives, voir P. Le CANNU et B. DONDERO, *op.cit.,* n°152.
[66] Cass. com. 9 février 1999, *JCP* E, 1999, p. 724, note Y. Guyon ; *Rev. sociétés*, 1999, p. 81, note P. Le Cannu ; *RTD. com*. 1999, p. 902, note Y. Reinhard.
[67] F. FRULEUX, « Dissociation des droits de l'associé : le cas des sociétés d'exercice libéral », *JCP* E, 2006, I, 1252, p. 302, spéc. n°5.

visa de l'article 1844, alinéas 1 et 4 du Code civil, que « *tout associé a le droit de participer aux décisions collectives et de voter et les statuts ne peuvent déroger à ces dispositions* »[68]. Il semblait résulter de cette formule que le droit de participer impliquait nécessairement celui d'exprimer un suffrage.

473. Pourtant, la Cour de cassation avait précédemment décidé le contraire dans l'arrêt *de Gaste*[69] puisqu'elle y avait cassé un arrêt d'une cour d'appel qui avait validé une stipulation statutaire d'un groupement forestier agricole qui admettait « *la représentation du nu-propriétaire par l'usufruitier, qui avait seul le droit de participation et de vote à toutes les assemblées générales* ». La Chambre commerciale s'exprimait ainsi : « *si selon l'article 1844 alinéa 4, du Code civil, il peut être dérogé à l'alinéa 3 du même article qui est relatif au droit de vote, et qu'il était donc possible aux statuts litigieux de prévoir une dérogation sur ce point, aucune dérogation n'est prévue concernant le droit des associés et donc du nu-propriétaire de participer aux décisions collectives tel qu'il est prévu à l'alinéa 1er dudit article* ». La majorité des auteurs en avait déduit que « *le droit de vote n'était pas indivisément lié au droit de participer aux décisions collectives* »[70]. Cette solution a été confirmée par d'autres décisions rendues postérieurement à l'arrêt *Châteaux d'Yquiem*[71].

474. La jurisprudence initiée par l'arrêt *de Gaste* semble donc avoir tranché la controverse portant sur la question, puisqu'il en résulte que participer aux décisions peut être exclusif du droit de vote[72]. À noter cependant que cette distinction entre droit de participer et droit de vote n'est envisageable que dans les cas dans lesquels la loi permet la suppression de cette dernière prérogative. Car, en vertu de la jurisprudence *Art et entreprises*[73], si la remise en cause du droit de vote n'est pas expressément permise par la loi, l'associé devra toujours être admis à

[68] Cette solution a été affirmée dans l'arrêt *Arts et Entreprises* du Cass. com. 23 octobre 2007, préc. Mais en réalité, elle n'est pas nouvelle puisqu'elle a déjà été posée dans un arrêt ancien: Cass. Req. 23 juin 1941, *Journ. sociétés*, 1943, p. 209, note R. B.

[69] Cass. com. 4 janvier 1994, *de GASTE*, *Quot. jur*. 1994, n°10, p. 4, note P. M. ; *Dr. sociétés*, mars 1994, n°45, note T. Bonneau ; *Bull. Joly*, 1994, p. 249, chron. J.-J. Daigre ; *Defrénois*, 1994, p. 556 ; obs. P. Le Cannu ; *JCP* E, 1994, I, 363, obs. A. Viandier et J.-J. Caussain ; *Rev. sociétés,* 1994, p. 278, note M. Lecène-Marénaud ; *RTD civ*. 1994, p. 644, obs. F. Zenati ; *Dr et patr*. juill.-août 1994, n°18, chron. p. 69, obs. J.-P. Bertrel.

[70] D. PORACCHIA, Obs. sous Cass. com. 22 février 2005, *Dr. et patr*. mai 2005, n°137, p. 102, spéc. p. 103.

[71] On peut par exemple citer, Cass. com. 22 février 2005, *D*. 2005, Pan. 1430, obs. B. Thullier ; Pan. 2952, obs. J.-C. Hallouin et Lamazerolles ; *Rev. sociétés*, 2005, p. 353, note P. Le Cannu ; *JCP* E, 2005, 1046, obs. J.-J. Caussain, F. Deboissy et G. Wicker ; *Dr. et patr.* mai 2005, p. 63, étude A. Pietrancosta ; p. 102, note D. Poracchia ; *Défrenois*, 2005, art. 38275, note D. Fiorina ; Cass. civ. 2e 13 juillet 2005, *Bull. civ*. II, n°194 ; *D*. 2005, Pan. 2952, obs. J.-C. Hallouin et E. Lamazerolles ; Pan. 3054, obs. T. Clay ; Cass. com. 2 décembre 2008, n°08-13185.

[72] Dans le même sens, Y. PACLOT, « Repenser l'attribution du droit de vote en cas de démembrement de droit sociaux », *JCP* E, 2006, I, 1251, p. 297, spéc. n°10 ; L. GODON, « La condition juridique de l'associé de SAS : une originalité contenue », *Rev. sociétés* 2016, p. 580, spéc. n°11.

[73] Cass. com. 23 octobre 2007, n°06-16.537, préc.

participer et voter, toute clause contraire étant réputée non écrite[74].

475. Mais, même si on y retranche le droit de vote, il reste difficile de dire avec précision ce que renferme le droit de participer aux délibérations collectives. D'aucuns estiment qu'il comporte le « *droit d'information permanente, le droit d'être convoqué aux assemblées et de recevoir l'information préalable, le droit de mener des actions judiciaires…* »[75]. D'autres, tout en reconnaissant le caractère discutable de leur opinion, y incluent les droits à « *être convoqué, recevoir l'information nécessaire pour prendre part en connaissance de cause à la délibération, accéder à l'assemblée, recevoir le texte des consultations écrites ou celui des actes destinés à un consentement unanime, assister à la totalité de l'assemblée, y faire des observations et poser des questions, pouvoir demander le procès-verbal (…), faire éventuellement partie du bureau (…)* »[76]. D'autres encore pensent qu'il est composé du droit d'être présent, de celui de s'exprimer avant la décision et, enfin, de celui d'être informé et convoqué[77]. Nous nous rallierons à cette dernière thèse, sous réserve toutefois du fait qu'elle y insère le droit de recevoir l'information nécessaire pour prendre part au vote. À notre avis, cette dernière prérogative s'attache à un autre droit de l'associé, qui est celui à l'information[78] et qui demeure autonome par rapport au droit de participer[79].

476. Pour le reste, le droit de prendre part aux décisions collectives est une prérogative reconnue à tout associé[80], y compris à l'indivisaire[81]. À la lecture des articles 1844 du Code civil et L225-113 et L242-9 du Code de commerce, il fait partie des droits inséparables de la qualité d'associé, puisqu'aucun associé ne peut en être privé[82]. Pour la doctrine, il s'agit d'un

[74] Cass. com. 9 juillet 2013, n°12-21.238, préc.
[75] A.-V. Le FUR, « Concilier l'inconciliable » : réflexions sur le droit de vote de l'actionnaire », *D.* 2008, p. 2015, spéc. 2018.
[76] P. Le CANNU, « Tout associé a le droit de participer aux décisions collectives », in *Liber Amicorum, Mél. en l'honneur de Ph. Merle*, éd. Dalloz, 2013, p. 443, spéc. p. 452, n°23.
[77] D. PORACCHIA, Obs. sous Cass. com. 22 février 2005, *Dr. et patr.* mai 2005, n°137, p. 102, spéc. pp. 103 et 104.
[78] Voir cependant, Y. CHARTIER, « La société dans le Code civil après la loi du 4 janvier 1978 », *JCP* G, I, 1978, 2917, spéc. n°142, qui estime aussi que le droit à l'information résulte de celui de participer.
[79] A. VIANDIER, *La notion d'associé*, *op.cit*., n°198, p. 187.
[80] Nous noterons cependant que dans certains cas, la loi attribut à des acteurs de l'entreprise, le droit d'assister aux assemblées avec voix consultative. Tel est le cas des membres du comité d'entreprise, voir art. L2323-67 al. 2 du Code du travail. En dehors de ces situations, les associés semblent avoir le droit de refuser la présence d'un tiers à l'assemblée, Cass. civ. 3e, 8 juillet 2015, *Rev. sociétés*, 2016, p. 175, note L. Godon ; *D.* 2015, p. 1537 ; *RTD com*. 2015, p. 533, obs. A. Constantin ; *Dr. et patr*. juin 2016, p. 87, Chron. D. Poracchia.
[81] Cass. com. 21 janvier 2014, *D.* 2014, 1, p. 647, note N. Borga ; *Dr. sociétés*, 2014, n°59, note R. Mortier ; *Bull. Joly*, 2014, p. 212, note D. Poracchia et H. Barbier.
[82] Il convient cependant de noter que cette prérogative peut être restreinte par l'effet de la loi (par exemple art. L228-29 du Code de commerce pour les détenteurs d'actions non libérées des versements exigibles).

droit fondamental[83] ou propre[84] de l'associé et une conséquence de l'*affectio societatis*[85].

477. L'analyse de la jurisprudence ne fait que corroborer une telle assertion. On se souvient d'un arrêt de la Cour de cassation daté du 7 avril 1932[86] dans lequel la chambre civile avait annulé une clause qui excluait des assemblées délibérantes, les titulaires d'actions non agréés par le conseil d'administration. Dans le même mouvement, la Cour de cassation considère depuis l'arrêt *de Gaste*[87] précédemment évoqué que si les statuts peuvent attribuer l'ensemble des droits de vote à l'usufruitier, dans l'hypothèse d'un démembrement de propriété de titres sociaux[88], le nu-propriétaire ne peut pas être privé de son droit d'ordre public[89] de participer aux décisions collectives. La Cour de cassation va même parfois très loin dans la protection de la prérogative de participer. Elle a, par exemple, pu décider que tout associé pouvait se prévaloir du non-respect du droit de participer d'un autre associé pour demander l'annulation d'une décision collective[90].

478. À la lumière de cet exposé, le droit de participer présente sans aucun doute tous les attributs d'un droit inhérent à la qualité d'associé. Ce qui permet légitimement de penser que sa suppression aurait entraîné la perte de cette qualité. Pourtant, le professeur Le Cannu pense que la remise en cause de cette prérogative ne conduirait pas à la perte de la qualité d'associé. Selon lui, cette suppression produirait, tout au plus, « *une sorte d'exclusion généralement occasionnelle, de la collectivité des associés* »[91].

479. À vrai dire, nous ne comprenons pas cette position, tant elle apparaît, à bien des égards, ambiguë, car il est difficile de déterminer ce que l'auteur entend par « *une sorte*

---

[83] Cass. civ. 2e, 13 juillet 2005, *Bull. civ*. II, n°194 ; *D*. 2005, Pan. 2152, obs. crit. J.-C. Hallouin et E. Lamazerolles ; *Dr. et Patr*. 2005, n°143, p. 89, obs. D. Poracchia ; *Bull. Joly*, 2006, p. 217, note P. Le Cannu ; *RJ com*., 2006, p. 37, obs. L. Grosclaude.

[84] La Cour de cassation considère que ce droit ne peut être exercé par le liquidateur judiciaire, voir Cass. com. 18octobre 2011, n°10-19.647, *Bull. civ*. IV, n°163 ; *Bull. Joly*, 2011, p. 994.

[85] Y. CHARTIER, « La société dans le Code civil après la loi du 4 janvier 1978 », art. cit., n°141.

[86] Cass. civ. 7 avril 1932, *D*. 1933, 1, p. 153, note P. Cordonnier.

[87] Cass. com. 4 janvier 1994, *de GASTE*, *Quot. jur*. 1994, n°10, p. 4, note P. M. ; *Dr. sociétés*, mars 1994, n°45, note T. Bonneau ; *Bull. Joly*, 1994, p. 249, chron. J.-J. Daigre ; *Defrénois*, 1994, p. 556 ; obs. P. Le Cannu ; *JCP* E, 1994, I, 363, obs. A. Viandier et J.-J. Caussain ; *Rev. sociétés,* 1994, p. 278, note M. Lecène-Marénaud.

[88] Sur les critiques des solutions jurisprudentielles actuelles, voir Y. PACLOT, « Repenser l'attribution du droit de vote en cas de démembrement de droit sociaux », art. cit., nos8 et s.

[89] Cass. com. 9 février 1999 préc. Pour un auteur, la seule exception admise réside dans le cas de représentation des copropriétaires de parts sociales indivises, voir TANDEAU de MARSAC, art. cit., p. 47.

[90] Cass. civ. 3e, 21 octobre 1998, *Bull. Joly*, 1999, p. 107, note L. Grosclaude ; *Defrénois*, 1999, p. 1192, obs. J. Honorat ; *JCP* E, 1999, 86, note Y. Guyon ; Cass. com. 8 février 2005, n°03-19167. Add. P. Le CANNU, « Nullité et participation des associés aux décisions collectives », *RJDA*, 1998, p. 987. Cette solution doit toutefois être écartée si l'intéressé a effectivement participé à l'assemblée, voir Cass. com. 8 février 2005, *Rev. sociétés*, 2006, p. 94, note A. Taste et M. Menjucq.

[91] P. Le CANNU, « Tout associé à le droit de participer aux décisions collectives », art. cit., p. 447, n°13.

d'exclusion généralement occasionnelle, de la collectivité des associés ». Il est vrai que nombreux sont les associés, notamment dans les sociétés cotées, qui n'exercent que très rarement leur prérogative de participer, sans que cela ait une quelconque incidence sur l'existence de leur qualité d'associé. À cet absentéisme s'ajoute le fait que le droit de participer peut être attribué à des personnes non associés. Tel est le cas par exemple du représentant de la masse des obligataires[92] ou encore des commissaires aux comptes[93].

480. Pour autant, ces raisons suffisent-elles pour nier l'existence d'un lien indéfectible entre droit de participer et qualité d'associé ? Nous ne le pensons pas, car l'associé qui investit dans une société a besoin de savoir comment son investissement est utilisé. Pour ce faire, il doit toujours pouvoir participer aux instances qui adoptent les plus grandes décisions ou orientations sociales dont dépendent en grande partie les résultats sociaux. Ainsi, bien qu'il soit considéré par certains comme *« une peau de chagrin »*[94], le droit de participer demeure une garantie de l'associé inséparable de ses droits pécuniaires[95].

481. On retiendra que, en tant qu'élément du droit d'intervention de l'associé dans les affaires sociales[96], le droit de prendre part aux décisions collectives est, à l'image du droit de participer aux bénéfices, une prérogative fondamentale de l'associé. Par conséquent, toutes les stipulations contractuelles conclues entre la société et l'associé ayant pour finalité ou effet de le supprimer seront réputées non écrites[97]. Mieux, à la différence du droit au lucre qui peut être conventionnellement réduit, cette prérogative ne peut faire l'objet d'aucune restriction contractuelle. Les seuls aménagements acceptés sont ceux qui tendent à le renforcer.

À l'image des droits de participer aux bénéfices et aux décisions collectives, d'autres droits sont expressément reconnus par les magistrats comme étant de l'essence de la qualité d'associé.

---

[92] Art. L228-55 du Code de commerce.
[93] Art. L823-17 du Code de commerce.
[94] Y. PACLOT, « Repenser l'attribution du droit de vote en cas de démembrement de droit sociaux », art. cit., n°10, selon cet auteur, en soustrayant le droit de vote du droit de participer, ce dernier n'a plus aucune consistance.
[95] Cass. civ. 7 avril 1932, *D.* 1933, 1, p. 153, note P. Cordonnier ; *S.* 1933, 1, p. 177, note P. Cordonnier ; Cass. Req. 23 juin 1941, *Journ. sociétés*, 1943, p. 209, note R. B. ; Cass. com. 9 février 1999 ; *JCP* E, 1999, p. 724, note Y. Guyon ; *Rev. sociétés*, 1999, p. 81, note P. Le Cannu; *RTD. com.* 1999, p. 902, note Y. Reinhard.
[96] A. VIANDIER, *La notion d'associé*, *op.cit.*, n°173. Selon lui, le droit d'intervention comporte celui de « *de contribuer à la définition des objectifs de la société* ».
[97] Mémento Francis Lefebvre, *Sociétés commerciales*, *op. cit.*, n°89840.

B. Les droits inhérents à la qualité d'associé consacrés par la jurisprudence

482. Dans son travail d'interprétation des lois, la jurisprudence a formellement déclaré que le droit de vote (I) tout comme le droit à l'information (II) constituaient des prérogatives indéfectiblement liées au statut d'associé.

I. Le droit de vote

483. L'étude de la relation entre le droit de vote et la qualité d'associé conduit à traiter la question de savoir si cette prérogative est « *encore un attribut essentiel de l'associé* »[98]. Jusqu'à l'introduction des actions à dividende prioritaire sans droit de vote[99] et des certificats de vote[100] en droit français, la réponse était indiscutablement positive puisque, d'une part, aucune disposition légale ne permettait sa remise en cause totale et définitive et, d'autre part, la jurisprudence qui prévalait retenait que « *le droit de vote aux assemblées générales est l'un des attributs essentiels de l'action ; (…) si, (…) son exercice peut être réglementé dans une certaine mesure par les statuts, il ne saurait en aucun cas être supprimé* »[101]. La doctrine en avait, à juste titre, déduit que le droit de vote était un droit propre de l'associé[102].

484. Mais comme l'a souligné le Professeur Terré, « *le droit de vote a beaucoup évolué à travers le temps* »[103]. Le législateur a prévu de nombreux mécanismes permettant de le séparer de la qualité d'associé, soit en le supprimant, soit en l'accordant à des personnes qui ne sont pas associés.

485. Sur le premier point, on se souvient justement des actions à dividendes prioritaires sans droit de vote et des certificats de vote avec lesquels la loi admettait pour la première fois la possibilité de priver un associé de cette prérogative politique. De même, l'article 11 *bis* de la loi du 10 septembre 1947 permet aux sociétés coopératives d'attribuer des parts d'intérêts

---

[98] J.-J. DAIGRE, « Le droit de vote est-il encore un attribut essentiel de l'associé ? », *JCP* E, 1996, I, 575, p. 317.
[99] Art. 177-1 de la Loi n°66-537 du 24 juillet 1966. Il convient de noter que ce texte a été abrogé par l'Ordonnance n°2000-912 du 18 septembre 2000 et ces titres ne peuvent plus être émis.
[100] Ar. 283-1 de la Loi n°66-537 du 24 juillet 1966, également abrogé par l'Ordonnance n°2000-912 du 18 septembre 2000 et les certificats de vote ne peuvent plus être émis.
[101] Cass. civ. 7 avril 1932, *D.* 1933, 1, p. 153, note P. Cordonnier ; *S.* 1933, 1, p. 177, note P. Cordonnier. À rapprocher, Cass. Req. 23 juin 1941, *Journ. sociétés*, 1943, p. 209, note R. B. ; Cass. com. 9 février 1999 ; *JCP* E, 1999, p. 724, note Y. Guyon ; *Rev. sociétés*, 1999, p. 81, note P. Le Cannu ; *RTD. com.* 1999, p. 902, note Y. Reinhard.
[102] C. CLUZANT, *Les pouvoirs de l'assemblée générale de la société par actions et les droits propres de l'actionnaire (Étude critique de Doctrine et de Jurisprudence)*, th. Toulouse, 1906, n^{os}41 et s. ; J. du GARREAU de la MECHENIE, *Les droits propres de l'actionnaire*, *op.cit*., pp. 69 et s.
[103] F. TERRÉ, « Le droit de vote », *Dr. sociétés*, juillet 2014, édito., p. 1.

sans droit de vote à des associés non-coopérateurs. Aussi, depuis 2004, l'article L228-11 du Code de commerce permet-il aux sociétés par actions de créer des actions de préférence sans droit de vote. Il existe toutefois une limite à cet égard puisque, selon l'alinéa 3 de ce texte, les actions dépourvues du droit de vote ne peuvent représenter plus de la moitié du capital social dans les sociétés non cotées et plus du quart dans les sociétés cotées. On pourrait aussi croire que l'article L225-122 du Code de commerce prohibe la suppression du vote dans les SA et les SCA dans la mesure où il exige un minimum d'une voix par action. En vérité, il n'en est rien, car la règle qu'il pose signifie seulement que « *lorsque le droit de vote est attaché à l'action, le minimum est d'une voix, et ce ne peut être qu'une seule voix par action* »[104]. Il ressort de ces lignes que la loi permet parfois de priver l'associé du droit de vote.

486. Sur le second point, nous songeons au locataire de titres[105], au tiers mandataire de l'indivision[106], au mandataire *ad hoc* choisi pour voter à la place des minoritaires en cas d'abus de minorité[107] ou de refus d'une augmentation de capital prévue par un plan de redressement[108] et à l'usufruitier de droits sociaux. Pour ce dernier, la jurisprudence estime que les statuts peuvent lui attribuer la totalité des droits de vote[109]. De plus, indépendamment de toute convention, la Cour de cassation lui reconnaît, sur le fondement du droit des biens, un droit irréductible de voter dans les décisions d'affectation des bénéfices[110]. On constate, à travers ces deux situations, que les juges admettent la possibilité, d'un côté, de priver le nu-propriétaire de son droit de vote, alors que la qualité d'associé de ce dernier n'est discutée, ni devant les tribunaux[111], ni en doctrine[112] et, de l'autre, d'attribuer l'intégralité des droits de vote ou un droit de vote incompressible à un usufruitier dont la qualité d'associé demeure pourtant réfutée[113].

487. À la lumière de cette analyse, il existe de nombreuses hypothèses dans lesquelles le droit de vote peut être détaché de la qualité d'associé. Certains en ont déduit que cette

[104] Voir Le FUR, « Concilier l'inconciliable : réflexion sur le droit de vote de l'actionnaire », art. cit., p. 2016.
[105] Art. L239-3 al. 2 du Code de commerce.
[106] Art. 1844 al. 2 du Code civil ; art. L225-110 al. 2 du Code de commerce
[107] Cass. com. 9 mars 1993, préc.
[108] Art. L631-19-2 du Code de commerce.
[109] Cass. com. 4 janvier 1994, préc.
[110] Cass. com. 31 mars 2004, *D*. 2004, AJ, 1167, obs. A. Lienhard ; somm. 2925, obs. J.-C. Hallouin ; *D*. 2005, Pan. 1430, obs. B. Thullier ; *Rev. sociétés*, 2004, p. 317, note P. Le Cannu ; *JCP* E, 2004, 929, note A. Rabreau ; *RTD com*. 2004, p. 542, note P. Le Cannu ; *RTD civ*. 2004, p. 318, obs. T. Revet ; *Dr. sociétés*, 2004, n°107, note H. Hovasse ; *Bull. Joly*, 2004, p. 836, avis M.-A. Lafortune, note J. Madon et T. Jacomet.
[111] Cass. 3e, 5 juin 1973, *Bull. civ*. 1973, III, n°403 ; Cass. com. 4 janvier 1994, préc.
[112] Y. PACLOT, « Repenser l'attribution du droit de vote en cas de démembrement de droit sociaux », art. cit., n°14.
[113] Cass. civ. 3e, 29 novembre 2006, préc.

prérogative n'est plus un droit fondamental de l'associé au sens, ni du droit des sociétés[114], ni d'ailleurs des droits et libertés fondamentaux[115]. Une telle affirmation doit être relativisée, car ces mécanismes de remise en cause du droit de vote ne sont que des « *exceptions, de droit stricte* », n'ayant aucune incidence sur le caractère intangible de ladite prérogative[116]. Cela est d'autant plus vrai que la Cour de cassation refuse depuis l'arrêt précité *Arts et Entreprises*, sa suppression contractuelle en dehors des hypothèses prévues par la loi[117]. Ainsi, les juges confirment-ils l'idée que « *l'intervention du législateur* (est) *toujours (…) nécessaire pour créer des titres de capital ne conférant pas le droit de vote (…)* »[118]. Donc, il faut admettre que le droit de vote reste toujours doté de son caractère fondamental[119].

488. Au regard de notre sujet, on retiendra que, hormis les actions de préférence et les parts d'intérêt des coopératives, dépourvues du droit de vote, le droit des sociétés ne permet pas à l'associé de renoncer[120] totalement et définitivement à sa prérogative de voter. Toute clause statutaire sera considérée comme illicite. Sous cette réserve, le droit de vote est susceptible d'être renforcé de manière discriminatoire dans toutes les sociétés, à l'exception des SA et des SCA. Il peut aussi faire l'objet de tout autre aménagement et ce, dans toutes les sociétés. La situation est relativement différente pour ce qui est du droit à l'information de l'associé.

II. Le droit à l'information

489. Ayant toujours été au cœur des préoccupations du législateur français[121] et même européen[122], le droit à l'information, appelé aussi droit au savoir[123], est considéré comme un

---

[114] J.-J. DAIGRE, « Le droit de vote est-il encore un attribut essentiel de l'associé ? », art. cit, p. 318. Nous signalerons toutefois que l'auteur s'est ravisé, puisqu'en commentant l'arrêt *de Gaste*, il avait affirmé que le droit de vote était un attribut essentiel de l'associé, voir J.-J. DAIGRE, « Un arrêt de principe : le nu-propriétaire de droits sociaux ne peut pas être totalement privé de son droit de vote (à propos de Cass. com., 4 janvier 1994) », *Bull. Joly*, 1994, p. 249.

[115] M. ROUSSILLE, « Le droit de vote de l'associé, droit fondamental ? », *Dr. sociétés*, juillet 2014, p. 7, spéc. n^{os}6 et s.

[116] J.-J. DAIGRE, « Le droit de vote est-il encore un attribut essentiel de l'associé ? », art. cit., p. 317.

[117] D. PORACCHIA, obs. sous Cass. com. 22 février 2005, *Dr. et patr*. mai 2005, n°137, p. 102, spéc. 103.

[118] Y. PACLOT, « Repenser l'attribution du droit de vote en cas de démembrement de droit sociaux », art. cit., n°11, pp. 299 et 300.

[119] F. FRULEUX, « Dissociation des droits de l'associé : le cas des sociétés d'exercice libéral », *JCP* E, 2006, I, 1252, p. 302, spéc. n° 5 ; Y. PACLOT, « Repenser l'attribution du droit de vote en cas de démembrement de droit sociaux », art. cit., n°11.

[120] Cass. com. 10 juin 1960, *Rev. sociétés*, 1961, p. 34, note, J. Autesserre ; CA Paris, 22 février 1933, *DH*. 1933, p. 258.

[121] M. GERMAIN et V. MAGNIER *op.cit*., n^{os}2110 et s.

[122] Art. 5 Directive 2007/36/ce du 11 juillet 2007 du Parlement européen et du conseil.

[123] Sur l'ensemble de la question, voir C. HEURTEUX, *L'information des actionnaires et des épargnants en droit français et comparé*, *op.cit*. ; M. ERFANI*, L'information des actionnaires, étude comparative*, th. Paris II, 1976 ; M. NEUNREUTHER*, Permanence et renouvellement du principe d'égalité entre actionnaire dans les sociétés anonymes*, *op.cit*. ; L.-D. MUKA TSHIBENDE, *L'information des actionnaires, source d'un contre-pouvoir dans les sociétés anonymes de droit français et du périmètre O.H.A.D.A*, th. Aix-Marseille, 2008 ;

moyen de contrôle de la gestion de la société[124]. Pour cette raison, il bénéficie à tout associé[125], qu'il soit dans les sociétés civiles[126] ou commerciales[127]. Ce droit à communication s'exerce tout au long de la vie sociale, y compris en période de liquidation[128]. Par son application, les dirigeants sont tenus d'informer les associés de la situation globale de la société, notamment sur tout fait susceptible d'affecter leur statut individuel ou collectif. Il en va ainsi par exemple lorsqu'il est prévu d'augmenter de capital[129], de supprimer le droit préférentiel de souscription[130], d'attribuer une option de souscription d'actions aux salariés[131], de rémunérer les dirigeants[132], etc.

490. Matériellement, le droit d'être informé s'exerce de différentes manières. Quelques fois, il oblige la société à communiquer un certain nombre de documents et de renseignements aux associés[133]. Cette communication qui se traduit par l'envoi de documents peut concerner l'information occasionnelle ou ponctuelle[134], c'est-à-dire celle fournie avant toute assemblée générale[135] ou l'information permanente[136]. D'autres fois, le devoir d'informer oblige

---

A. ADAS, *Le droit d'information des actionnaires des sociétés anonymes, étude comparative des droits français et jordanien. « Propositions pour un renforcement en droit jordanien »*, th. Aix-Marseille, 2011.

[124] M. GERMAIN, « Confirmation du droit à l'information des associés de SAS », note sous CA Limoges, 28 mars 2012, *Bull. Joly*, p. 623, spéc. n°4. Voir également, A. HAWARI, *Le contrôle de la gestion au sein de la société anonyme en droit français*, th. Aix-Marseille, 2012.

[125] Dans les SA et SCA, ce droit est également attribué aux nu-propriétaires, aux copropriétaires de droits sociaux et même aux usufruitiers de titres sociaux, voir art. L225-118 du Code de commerce. Voir aussi l'article L228-69 du même code, qui accorde, dans une certaine mesure, un droit à l'information aux obligataires.

[126] Art. 1855 et 1856 du Code civil.

[127] Articles L221-7, L221-8 et R221-8 du Code de commerce pour les SNC ; L222-7 et R222-3 du Code de commerce pour les SCS ; L223-26 et R223-15 du Code de commerce concernant les SARL ; L225-8, L225-15, L225-16, L225-17 et R225-83 du Code de commerce pour les SA et SCA. Nous remarquerons que la loi ne prévoit pas formellement un droit à l'information des actionnaires des SAS. Toutefois, la jurisprudence estime que cette prérogative est un principe général du droit des sociétés qui s'applique donc dans cette forme sociale, voir CA Limoges, 28 mars 2012, *Bull. Joly*, p. 623.

[128] Art. L237-26 du Code de commerce.

[129] En application des articles L225-129 et L229-5 du Code de commerce, lorsque l'assemblée générale délègue au conseil d'administration ou au directoire la compétence d'augmenter le capital social, ces deux organes doivent établir un rapport complémentaire à remettre à l'assemblée générale ordinaire suivante.

[130] Art. L225-135 et L225-38 du Code de commerce

[131] Dans ce cas, l'article L225-177 du Code de commerce dispose que l'assemblée doit statuer sur rapport du conseil d'administration et du commissaire aux comptes. L'article L225-184 du même code ajoute qu'un rapport spécial sur ces options doit être soumis à l'assemblée générale annuelle.

[132] Voir par exemple, art. L225-102-1 du Code de commerce pour les dirigeants de SA.

[133] Un auteur a fait remarquer que, en énumérant des documents accessibles à l'associé, la loi fixe *de facto* des limites au droit à l'information, voir J.-P. MATTOUT, « Les limites du droit à l'information de l'actionnaire, note sous Cour de cassation (com.) 23 juin 2009 », *Rev. sociétés*, 2009, p. 817.

[134] Mais chacun conviendra que l'information ne présentera d'intérêt que si les associés ont pu étudier les documents envoyés dans le temps. Ce qui, à l'évidence, ne peut se faire au cours de l'assemblée, voir C. HEURTEUX, *L'information des actionnaires et des épargnants en droit français et comparé*, *op.cit.* n°62. C'est pourquoi, la loi prévoit globalement un délai de 15 jours entre l'envoi des documents et la tenue de l'assemblée.

[135] Art. L221-7 du Code de commerce pour les SNC ; art. 41 décret 78-704 du 3 juillet 1978 pour les sociétés civiles ; Articles L223-26 al. 1 et 2 et R223-18 du Code de commerce pour les SARL ; art. L225-108, L225-115, L225-116, L225-105 et R225-81 du Code de commerce pour les SA et SCA.

seulement la société à mettre à la disposition des associés un certain nombre de documents consultables au siège social[137]. Dans cette hypothèse, la loi prévoit parfois la possibilité pour l'associé de se faire assister ou représenter[138] et de faire des copies[139]. Enfin, le droit à l'information peut se traduire par la possibilité de poser des questions aux dirigeants qui seront obligés d'y répondre[140]. Ces questionnements peuvent porter sur tout fait de nature à compromettre le fonctionnement de la société[141]. De plus, dans les SARL et les sociétés par actions, les associés peuvent interroger les dirigeants sur certaines opérations de gestion[142] ou demander la mise en place d'une expertise de gestion[143]. On constate que, au titre de leur droit à l'information, les associés disposent d'un « *fonds commun d'informations soit préalablement à une assemblée soit en dehors de toute assemblée* »[144]. Peut-on pour autant affirmer que cette prérogative à l'information est de l'essence de la qualité d'associé ?

491. Un début de réponse peut être trouvé dans l'article L238-1 du Code de commerce. Issu de la loi NRE[145], ce texte a institué une procédure d'injonction de faire pour contraindre les dirigeants sociaux à communiquer les documents destinés à informer les associés[146]. Concrètement, lorsque ces derniers n'obtiennent pas l'information, ils peuvent demander au juge de forcer la société de la leur fournir sous astreinte ou de nommer un mandataire chargé d'effectuer cette communication. Outre cette possibilité d'injonction, le défaut d'information peut provoquer, d'une part, l'engagement de la responsabilité des dirigeants défaillants[147] et, d'autre part, l'annulation d'une décision de l'assemblée générale[148]. On le voit, en mettant en place des mécanismes aussi coercitifs pour pallier le défaut d'information, le législateur semble admettre le caractère d'ordre public du droit au savoir.

---

[136] Art. L221-8 du Code de commerce pour les SNC et SCS ; art. L222-7 du Code de commerce pour les SCS ; art. L225-117 du Code de commerce pour les SA et SCA.
[137] Art. R221-8 du Code de commerce pour les SCN et SCS ; art. R223-15 du Code de commerce pour les SARL ; articles L225-105 et L225-108 du Code de commerce pour les SA et SCA.
[138] Articles R225-94 et R225-92 du Code de commerce.
[139] Art. R221-8 pour les SNC et SCS ; art. R223-15 du Code de commerce pour les SARL.
[140] Art. L225-108 du Code de commerce pour les SA. Add. P. Le CANNU, « Des questions sans réponses », in *Mél. en l'honneur d'Y.* Guyon, éd. Dalloz, 2003, p. 603.
[141] On parle du pouvoir d'alerte, voir articles L225-232 du Code de commerce pour les sociétés par actions et L223-36 pour les SARL.
[142] Art. L225-231 du Code de commerce.
[143] Articles L223-37 et L225-231 du Code de commerce.
[144] M. NEUNREUTHER*, op.cit.,* n°22, p. 21.
[145] En effet, l'article 122 de cette loi a abrogé l'article L225-119 du Code de commerce, qui concernait spécifiquement les SA pour le remplacer par l'article L238-1 du Code de commerce applicable à l'ensemble des sociétés par actions.
[146] Sur les contours de l'obligation d'information sous injonction, voir CA Paris 26 mars 2003, *RJDA*, 2003, n°841, p. 745.
[147] Cass. com. 29 juin 1899, *S.* 1899, 1, 409.
[148] Art. L225-121 al. 2 du Code de commerce.

492. Cette affirmation se confirme lorsque l'on examine la jurisprudence et la doctrine. Pour la première, le droit à l'information est un principe général du droit des sociétés[149] et pour la seconde elle constitue un droit propre[150] ou fondamental[151]. Ces positions doctrinales et jurisprudentielles doivent être approuvées car le droit à l'information « *se déduit de la construction générale du droit des sociétés* »[152]. Il est un préalable et une modalité d'exercice de tous les autres droits de l'associé. Sans une information appropriée, il serait difficile, voire impossible, d'exercer convenablement les autres prérogatives attachées au statut d'associé. De la même façon que les citoyens doivent être informés sur les affaires publiques, l'associé doit donc être mis au courant de l'ensemble des questions relatives aux affaires sociales. Il s'ensuit que le droit à l'information n'est pas détachable de la qualité d'associé. Il ne peut être contractuellement supprimé. À notre avis, même les simples restrictions à cette prérogative ne seront acceptées que si elles portent sur les documents non visés par la loi. C'est dire que seules les clauses qui consistent à le renforcer demeurent admissibles.

Au terme cette analyse, il apparaît que, bien peu nombreuses, sont les prérogatives de l'associé déclarées comme essentielles par la loi et la jurisprudence. Il convient toutefois de vérifier s'il n'en existe pas d'autres qui présentent les mêmes caractéristiques.

§ 2. La détermination des autres droits inhérents à la qualité d'associé

493. En l'absence de précisions légales, il est tentant de recourir à la théorie doctrinale des droits propres pour identifier les autres droits de l'associé indivisiblement liés à sa qualité,. Nous savons que la doctrine avait utilisé cette technique pour retrancher un certain nombre de prérogatives de l'associé, jugées fondamentales, du domaine de la loi majoritaire. L'utilisation de cette théorie doctrinale paraît donc parfaitement justifiée.

Cependant, nous verrons qu'elle sera vaine (A). Ce constat nous conduisant à suivre une autre démarche pour rechercher les autres prérogatives fondamentales de l'associé (B).

[149] CA Limoges, 28 mars 2012, *Bull. Joly*, p. 623 note M. Germain.
[150] R. DAVID, *La protection des minorités dans les sociétés par actions*, *op.cit*., n^{os}99 et s.
[151] Y GUYON, *Traité des contrats : les sociétés, aménagements statutaires et conventions entre associés*, *op.cit*., n°122, p. 203.
[152] M. GERMAIN, « Confirmation du droit à l'information des associés de SAS, note sous CA Limoges, 28 mars 2012 », art. cit., n°4.

A. L'inutile recours à la théorie des droits propres de l'associé

494. Avant de démontrer en quoi la doctrine des droits propres est inappropriée pour l'identification des autres droits relevant de l'essence de la qualité d'associé (II), revenons brièvement sur sa signification (I).

I. La signification de la théorie des droits propres de l'associé

495. D'origine allemande[153] et qualifiée de théorie des droits acquis ou intangibles[154] ou de théorie des droits individuels[155], la doctrine des droits propres est apparue en France pour la première fois sous la plume de Thaller.

496. Avant son avènement, la jurisprudence appliquait la technique des bases constitutives[156] ou des bases essentielles[157] pour limiter les pouvoirs de l'assemblée générale. Sous l'empire de cette construction prétorienne, le domaine de compétence de l'assemblée générale était réduit aux décisions qui ne remettaient pas en question les éléments essentiels sur lesquels les associés s'étaient accordés. Il était donc interdit à la majorité d'adopter des résolutions de nature à porter atteinte aux stipulations qui avaient nécessairement attiré l'attention des souscripteurs et qui avaient déterminé leur adhésion[158]. À titre indicatif, la jurisprudence retenait comme bases essentielles, entre autres, « *le principe d'égalité entre actionnaires, le maintien de l'objet, le droit pour l'actionnaire de ne pas être dessaisi de sa part, la limitation de l'engagement de l'actionnaire au montant nominal de son action, le maintien de l'indépendance de la société qui ne pourra fusionner avec une autre* »[159]. Toutefois, la doctrine avait considéré que cette technique jurisprudentielle était « *beaucoup trop abstraite et imprécise* »[160] car, comme le faisait remarquer Thaller, « *la démarcation des*

---

[153] Voir les allusions faites par Thaller au droit Allemand, E. THALLER, note sous Cass. civ. 30 mai 1892, *D*. 1893, 1, p. 105, spéc. p. 108.
[154] Voir sur ces auteurs, B. CAILLAUD, *L'exclusion d'un associé, op.cit.,* p. 200, note 2.
[155] M.GERMAIN et V. MAGNIER, *op.cit*., n°2142. Nous devons souligner que cette confusion des droits fondamentaux ou propres aux droits individuels nous paraît contestable. En effet, si tous les droits propres sont des droits individuels, en ce sens qu'ils sont exercés individuellement, tous les droits individuels ne sont pas des droits propres. Il en est ainsi, nous semble-t-il, du droit préférentiel de souscription qui, certes, est un droit individuel, mais peut être supprimé. En somme, les droits propres font partie de la catégorie plus générale des droits individuels. Sur cette distinction, voir D. SCHMIDT, *Les droits de la minorité dans la société anonyme*, *op.cit*., n^{os}52 et s. pp. 36 et s.
[156] CA Paris, 19 avril 1875, *D*. 1876, II, p. 161.
[157] Cass. civ. 30 mai 1892, préc.
[158] J. Du GARREAU de LA MECHENIE, *Les droits propres de l'actionnaire*, th. Poitiers, 1937, n°10, p. 17.
[159] *Ibid*., n°11, p. 18.
[160] B. CAILLAUD, *L'exclusion d'un associé, op.cit.,* p. 200.

faits de pure modification d'avec ceux qui auraient une portée plus ample et échapperaient à ce titre aux pouvoirs de l'assemblée est extrêmement difficile à préciser »[161]. De plus, la mise en œuvre de ce mécanisme conduisait à une *« recherche d'intention qui ne peut être que dépourvue de toute base solide* »[162].

497. L'ensemble de ces insuffisances avait conduit la doctrine à introduire la doctrine des droits propres en droit français. L'idée était de dire que « *si considérable que soit l'abandon fait par l'actionnaire de sa personnalité, il y a un certain nombre de points irréductibles dans sa situation individuelle et en quelque sorte intangibles quant à l'assemblée* »[163]. Selon les défenseurs de cette thèse, ces droits incompressibles sont tellement vitaux que si l'assemblée générale les supprime, elle fait nécessairement disparaître la société[164] et en crée une nouvelle[165]. Ces prérogatives sont tantôt attachées à la situation de contractant de l'associé[166], tantôt à sa situation politique dans la société[167]. On a aussi pu lire qu'elles préexistaient à leur reconnaissance par le droit positif[168] et qu'elles étaient liées à la possession ou à la propriété des titres[169] et étaient par ailleurs soit déclarées, comme telles, par une clause expresse des statuts, soit consacrées par la loi en une règle impérative d'ordre public[170].

498. Quant à la teneur de ce « *bastion imprenable par les dirigeants et la majorité* »[171], Thaller affirmait qu'il s'agissait des droit acquis à traiter avec une société régulière, à ne pas être exclu de la société sans compensation, à limiter son risque au montant nominal de son action et à garder ou à négocier son titre[172]. D'autres listes ont été établies en doctrine[173]. Par exemple Monsieur Cluzant[174] avait identifié six droits propres de l'associé que sont les droits à la qualité de membre, à l'égalité de traitement, à l'intangibilité des engagements, de négociation et de cession des titres, celui de voter et de partager les bénéfices. Sous la plume de Monsieur David, on peut lire que l'associé a un droit fondamental de changer la nationalité de la société, de ne pas voir ses engagements augmentés, d'être convoqué et de participer aux

[161] E. THALLER, note sous Cass. civ. 30 mai 1892, *D*. 1893, 1, p. 105, spéc. p. 109.
[162] J. du GARREAU de LA MECHENIE, *Les droits propres de l'actionnaire*, *op.cit*., n°16, p. 21.
[163] E. THALLER, note sous Cass. civ. 30 mai 1892, préc. p. 114.
[164] D. SCHMIDT, *Les droits de la minorité dans la société anonyme*, *op.cit*., n°53, p. 38.
[165] E. THALLER, note sous Cass. civ. 30 mai 1892, préc. p. 114.
[166] J. Du GARREAU de LA MECHENIE, *Les droits propres de l'actionnaire*, *op.cit*., n^{os}66 et s., pp. 62 et s.
[167] M. GERMAIN et V. MAGNIER, *op.cit*., n°2143.
[168] A. COURET, *Le droit préférentiel de souscription de l'actionnaire*, t. 1, *op.cit*., n°96, p. 116.
[169] WAHL, « Pouvoirs des assemblées générales d'actionnaires au point de vue de la modification des statuts », *Journ. sociétés*, 1900, p. 337, spéc. p. 347.
[170] C. CLUZANT, *op.cit*., n°40, p. 97.
[171] L. JOBERT, « La notion d'augmentation des engagements des associés », art. cit., n°3, p. 628.
[172] *Ibid.*
[173] J. du GARREAU de la MECHENIE, *Les droits propres de l'actionnaire*, *op.cit*., n°23, p. 25.
[174] C. CLUZANT, *op.cit*., n^{os}41 et s.

décisions collectives, d'obtenir la communication de certains documents et au respect de la loi[175].

On retrouve une énumération plus ou moins similaire dans la thèse de Monsieur du Garreau de la Méchenie. À suivre ce dernier, figurent dans la sphère des droits impératifs de l'associé, le droit à l'intangibilité des engagements, le droit de négocier ses titres, le droit aux bénéfices, le droit de vote, le droit d'être consulté, le droit de changer la nationalité de la société et le droit au respect de la loi[176]. Quant à Monsieur Dominique Schmidt[177], il estime que les droits propres de l'associé sont constitués de celui de traiter avec une société régulière, celui aux bénéfices, celui de rester associé, celui de négocier ses titres et du droit préférentiel de souscription. Les auteurs du traité de droit des affaires Germain et Magnier[178] retiennent, quant à eux, sept droits propres qu'ils qualifient d'individuels. Il s'agit en l'occurrence des droits de rester associé, à l'intangibilité des engagements, de participer et de voter aux assemblées, de participer aux bénéfices, de négocier ses titres et de les céder, d'agir en nullité et, enfin, d'agir en responsabilité contre les dirigeants. On s'aperçoit avec ce tour d'horizon que le contenu des droits propres n'a pas fait l'unanimité entre les auteurs.

499. Pourtant, cette doctrine des droits propres a quelques fois fait écho en jurisprudence. En fonction des cas qui se présentaient devant eux, les juges ont pu déclarer telle ou telle prérogative de droit propre à l'associé. Ce fut le cas par exemple du droit de vote. Dans un arrêt du 7 avril 1932[179], la Cour de cassation avait affirmé que « *le droit de vote aux assemblées générales est l'un des attributs essentiels de l'action* »[180]. De la même manière, le droit de négocier ses titres[181] et celui d'assister aux assemblées[182] ont respectivement été déclarés comme étant de l'essence de la société anonyme et comme un droit fondamental de l'associé. Mais, comme la doctrine, la jurisprudence n'a pas pu déterminer de manière claire et certaine la liste des droits intangibles.

500. On s'en tiendra donc de la formule de la cour d'appel de Paris selon laquelle les droits propres de l'associé peuvent être pécuniaires ou extrapécuniaires, qu'ils ne sont pas

[175] R. DAVID, *La protection des minorités dans les sociétés par actions*, *op.cit*., n^{os}99 et s.
[176] J. du GARREAU de la MECHENIE, *Les droits propres de l'actionnaire*, *op.cit*., pp. 69 et s.
[177] D. SCHMIDT, *Les droits de la minorité dans la société anonyme*, *op.cit*., n°53, p. 37.
[178] M. GERMAIN et V. MAGNIER, *op.cit*., n°1598, p. 424.
[179] Cass. civ. 7 avril 1932, *D*. 1933, I, p. 153.
[180] Voir également, CA Douai, 7 janvier 1954, *S.* 1954, II, p. 100 ; CA Paris, 2 juin 1954, *Gaz. pal*. 1954, II, p. 251 ; CA Paris, 24 novembre 1954, *D*. 1955, p. 236.
[181] Cass. com. 22 octobre 1969, *JCP* G 1970, 88094, obs. J. Paillusseau.
[182] Cass. com. 8 mai 1963, *JCP*, 1963, 13282 ; CA Paris, 6 décembre 1954, *JCP*, 1955, II, 8592.

limitativement énumérés[183] et ne peuvent être retirés à l'associé sans son consentement[184]. Il reste que cette construction doctrinale des droits propres ne permet pas d'identifier les autres droits de l'associé inhérents à sa qualité.

II. Les limites de la théorie des droits propres à l'associé quant à la détermination des droits inhérents à la qualité d'associé

501. Il existe plusieurs raisons qui font que la doctrine des droits propres ne permette pas de déterminer les droits indissociables de la qualité d'associé. D'abord, elle n'a pas permis de définir la notion de droits propres. Ensuite, si certains continuent de l'invoquer, d'autres soutiennent qu'elle n'a pas survécu à la loi du 22 novembre 1913[185]. Enfin, si tous les auteurs sont d'accord pour admettre la réalité de ces droits fondamentaux de l'associé échappant au pouvoir majoritaire, il n'existe aucun accord quant à la composition de ces droits. Nous avons vu que le nombre et la nature des droits retenus variaient en fonction des auteurs. Par exemple, Monsieur Thaller avait identifié quatre prérogatives irréductibles alors que Monsieur Cluzant en avaient retenu six. De même, si ce dernier avait classé « l'égalité de traitement » parmi les droits fondamentaux, il n'en est rien chez les autres. Aussi, Monsieur David estimait que le « droit d'obtenir la communication de certains documents » était un droit propre alors que cette prérogative ne figure pas sur les listes dressées par les autres. Il apparaît *in fine* que cette théorie manque d'homogénéité et ne rend pas compte de toute la réalité. C'est dire que « *le concept ancien de droits propres n'est pas des plus assurés* »[186].

502. Par ailleurs, cette construction avait pour vocation de réguler ou plus exactement de limiter le pouvoir de la majorité sur les droits des associés[187]. En fixant un « *domaine réservé à l'indépendance de l'actionnaire* »[188], elle interdisait simplement à l'assemblée de procéder à une réduction ou à une suppression arbitraire de ces prérogatives[189]. Ce qui laisse entendre qu'il suffisait que l'associé donne son consentement pour que la réduction et parfois même la suppression du droit deviennent licites. Or, tel que nous les entendons, les droits inhérents à la qualité d'associé ne peuvent en aucun cas être supprimés, même avec l'accord de l'associé.

---

[183] CA Paris, 2 juin 1954, préc.
[184] CA Paris, 6 décembre 1954, préc.
[185] Sur cette divergence, voir R. DAVID, *La protection des minorités dans les sociétés par actions*, *op.cit*., n°108, pp. 123 et 124.
[186] M. GERMAIN, « La renonciation aux droits propres des associés : illustrations », art. cit., p. 441.
[187] C. GOYET, « Les limites du pouvoir majoritaire dans les sociétés », *RJ com.* 1991, numéro spéc. p. 58, spéc. pp. 59 et s.
[188] J. du GARREAU de la MECHENIE, *Les droits propres de l'actionnaire*, *op.cit*., n°16, p. 21.
[189] B. CAILLAUD, *L'exclusion d'un associé, op.cit.,* p. 200.

503. Ces différentes raisons constituent la preuve qu'il est inutile de recourir à cette théorie doctrinale pour singulariser les droits indissociables de la qualité d'associé, autres que ceux déclarés comme tels en droit positif. En conséquence, pour identifier les autres droits de l'associé pouvant revêtir un caractère intangible, il suffit de vérifier pour chaque prérogative, si un associé peut en être privé sans perdre sa qualité.

B. La recherche des autres droits inhérents à la qualité d'associé

504. Globalement, les droits conférés par le statut d'associé sont de deux ordres. Il existe, d'une part, les droits pécuniaires et, d'autre part, ceux extrapécuniaires.

505. Pour caractériser les autres droits fondamentaux de l'associé, il suffira donc de confronter la qualité d'associé, d'une part, à ses prérogatives pécuniaires (I) et, d'autre part, à celles extrapécuniaires (II). Cependant, pour la commodité de l'analyse, et en raison de la spécificité accusée du droit à l'intangibilité des engagements, celui-ci sera analysé séparément des autres (III).

I. Les autres droits pécuniaires et la qualité d'associé

506. Outre le droit de profiter des bénéfices ou de l'économie, l'associé est doté de trois autres principales prérogatives pécuniaires. Il s'agit des droits de partager le boni de liquidation (a), d'obtenir le remboursement ses apports (b) et de céder ses titres sociaux (c).

a. Droit au boni de liquidation et qualité d'associé

507. Aux termes de l'alinéa 1er de l'article 1844-9 du Code civil, « *après paiement des dettes et remboursement du capital social, le partage de l'actif est effectué entre les associés… »*. Au sens matériel, cet actif, appelé aussi « *bénéfice de liquidation* »[190] ou « *excédent d'actif social sur l'ensemble des apport* »[191], correspond à la « *différence entre le montant de l'actif net social*[192] *apparaissant à la suite de la liquidation et le montant des*

[190] D. DIBIRILA, *Droit des sociétés*, éd. Ellipses, 2015, n°306.
[191] B. BRIGNON, *L'actif social, plaidoyer pour la reconnaissance de la notion*, éd. PUAM, 2009, n°135, p. 105.
[192] Ce montant étant constitué du capital, des réserves et des résultats, Y. REINHARD, « L'actif net des sociétés (les capitaux propres) », art. cit., spéc. pp. 300 et s.

apports réels ou assimilés susceptibles d'être repris »[193]. Ainsi, lorsqu'il est établi, ce boni de liquidation doit-il être réparti entre tous les associés[194], y compris ceux ayant effectué un apport en industrie[195].

508. Dans les sociétés commerciales, la distribution du solde disponible entre les associés s'effectue « *sauf clause contraire des statuts, (...) dans les mêmes proportions que leur participation au capital social* »[196]. Au sein des autres sociétés, elle s'opère, sauf clause ou convention contraire, suivant les mêmes proportions que la *« participation aux bénéfices »*[197]. À la lecture des textes, la distribution doit en principe intervenir à la fin de la liquidation. Toutefois, la loi habilite le liquidateur à verser des acomptes sur le montant à répartir avant même la fin des opérations de liquidation[198]. Nous signalerons, enfin, que les associés peuvent choisir de maintenir tout ou partie de cet actif en indivision[199]. Il apparaît que le droit éventuel[200] au boni de liquidation figure parmi les prérogatives financières de l'associé.

509. Est-ce pour autant un attribut essentiel de l'associé qui se soustrait à toute possibilité de suppression ? Plusieurs raisons conduisent à une réponse négative. Quand bien même le boni de liquidation n'est rien d'autre que les « *bénéfices accumulés* »[201], le droit d'y participer ne figure nulle part parmi les éléments constitutifs de la société, tels que prévus par l'article 1832 du Code civil. De plus, lorsque l'on parcourt les textes, on se rend compte que certains associés en sont exclus. L'on pense ici aux apporteurs en savoir-faire dans les sociétés commerciales. En vertu de l'article L237-29 du Code de commerce, le bénéfice de liquidation doit, en l'absence de dérogations statutaires, être réparti entre les associés conformément à la quotité qu'ils détiennent dans le capital social. Or, la loi dispose clairement que l'apport en industrie ne participe pas à la formation de ce capital[202]. Il s'en déduit que son auteur ne

[193] J.-L. PIERRE, « Détermination du boni de liquidation, commentaire sous CE, 29 avril 2002, *Merotto », Dr. sociétés,* n°8-9, août 2002, comm. 166.
[194] Toutefois, la Cour de cassation estime depuis l'arrêt « *Chabert* », que cette prérogative ne bénéficie pas à l'associé retrayant car l'article 1844-9 du Code civil ne s'applique qu'en cas de liquidation, alors que le retrait ne saurait être assimilé à une liquidation, voir Cass. civ. 3e, 15 janvier 1997, *Chabert*, *JCP* E, 1997, II, 930, note A. Couret ; *Bull. civ*. III, n°15 ; *Defrénois*, 1998, ar. 36709, note A. Chappert ; *Defrénois*, 1997, art. 36580, note H. Hovasse ; *D*. 1997, p. 216, note Ph. Malaurie ; *RTD Civ*. 1997, p. 687 ; obs. P.-Y. Gautier ; *Bull. Joly*, 1997, p. 328, note J.-J. Daigre ; *Dr. sociétés*, 1997, comm. n°38, note Th. Bonneau ; *RJDA*, 1997, p. 503, rapp. C. Daum et n°786.
[195] Art. 1843-2 al. 2 du Code civil.
[196] Art. L237-29 du Code de commerce.
[197] Art. 1844-9 al. 1 du Code civil.
[198] Articles L237-31 du Code de commerce et 1844-9 al. 1er du Code civil.
[199] Art. 1844-9 al. 4 du Code civil.
[200] Cette éventualité vient du fait que les associés ne percevront de boni de liquidation que s'il existe des sommes distribuables après paiement des créanciers et remboursement des apports.
[201] M. GERMAIN et V. MAGNIER, *op.cit*., n°1641, p. 133.
[202] Art. 1843-2 al. 2 du Code civil.

saurait participer à la répartition de l'actif net[203]. Enfin, vu le caractère supplétif des articles 1844-9 du Code civil et L237-29 du Code de commerce, nous pensons, comme beaucoup d'auteurs[204], que cette prérogative de l'associé peut être supprimée[205].

En définitive, ne faisant pas partie de la matrice impérative d'associé, le droit au boni de liquidation est susceptible de diverses combinaisons inégalitaires pouvant consister à son renforcement, sa réduction et même sa suppression totale et définitive. La même remarque peut s'appliquer au droit au remboursement des apports.

b. Droit au remboursement des apports et qualité d'associé

510. Au vu de l'article 1844-9 al. 1er du Code civil, le boni de liquidation ne peut être distribué qu'une fois les dettes sociales payées et les apports remboursés. Ce qui laisse transparaître que le remboursement de l'apport, ou plus exactement, du nominal des titres[206]. est un droit de l'associé. Toutefois, il ne bénéficie pas aux apporteurs en industrie car, selon la Cour de cassation, lors de la liquidation de société, « *il n'y a lieu ni à la reprise, ni au remboursement des apports en industrie* »[207]. Cette prérogative au remboursement s'explique par le fait que l'associé qui réalise un apport devient un créancier de la société. Plus exactement, il devient un créancier de dernier rang, dans la mesure où il ne peut obtenir son remboursement qu'après le désintéressement de tous les autres créanciers. Cette situation contraste, par exemple, avec celle des préteurs en compte courant d'associé qui peuvent demander le remboursement à tout moment[208], sauf abus[209].

511. En principe, le remboursement s'effectue en espèces. Cependant, la loi permet à celui qui a réalisé un apport en nature de reprendre son bien[210]. Si ce bien est apporté en usufruit ou en jouissance, la reprise se fait purement et simplement en raison du fait que l'apporteur

[203] Pour un avis similaire, voir L. NURIT-PONTIER, « Repenser les apports en industrie », art. cit., spéc. n°26.
[204] LAMY, *Sociétés commerciales*, 2015, n°1731, p. 861 ; Mémento Pratique F. Lefebvre, *Sociétés commerciales*, *op. cit*., n°87770.
[205] Le seul cas dans lequel une telle suppression pourrait être interdite demeure l'hypothèse où ces associés n'auraient perçu aucun bénéfice durant l'existence de la société, voir aussi LAMY, *Sociétés commerciales*, *op.cit*., n°1731, p. 861. Ce qui paraît tout à fait justifié, car le boni de liquidation est avant tout une partie des bénéfices.
[206] N. ROKAS, « Les droits de l'associé sortant envers la société », *RTD com*. 1966, p. 285, spéc. p. 288.
[207] Cass. civ. 1re, 19 avril 2005, préc.
[208] Cass. com. 15 juillet 1982, *Rev. sociétés*, 1983, p. 75, note J.-J. Daigre; Cass. com. 18 novembre 1986, *Rev. sociétés*, 1987, p. 581, note G. Parléani ; *D*. 1987, p. 389, note Bousquet.
[209] CA Aix-en-Provence, 6 oct. 1981, *Rev. sociétés*, 1982, p. 308, note Sortais ; CA Aix-en-Provence, 14 nov. 1980 qui a néanmoins été cassé par Cass. com. 15 juillet 1982, *Rev. sociétés*, 1983, p. 75, note J.-J. Daigre.
[210] B. BRIGNON, *L'actif social, plaidoyer pour la reconnaissance de la notion*, *op.cit*., n°108, p. 87.

n'aura pas transféré la propriété à la personne morale. Il faut remarquer que si le bien a fait l'objet d'un apport en jouissance pour une durée supérieure à celle de la société, la jouissance continuera d'appartenir à la société jusqu'à l'expiration du délai et sa valeur devra être intégrée dans la masse à distribuer[211]. Si, toutefois, le bien a été apporté en pleine propriété, l'apporteur pourra toujours demander la reprise, avec versement éventuel d'une soulte[212], à moins que le bien en question ne se trouve plus dans la masse disponible ou que les statuts l'aient attribué à un autre associé[213]. Nous relèverons que cette reprise par l'associé de son bien peut procurer un avantage fiscal car, en application de la théorie dite des mutations conditionnelles des apports, elle ne donne lieu à aucun versement de droits d'enregistrement si la société n'est pas soumise à l'impôt sur les sociétés[214]. Lorsque des actions à dividende prioritaire sans droit de vote ont été émises dans les sociétés par actions, le remboursement du nominal de ces titres privilégiés est prioritaire sur celui des actions ordinaires[215].

512. Ceci étant dit, l'on se demande si cette prérogative à la reprise est-elle inhérente à la qualité d'associé. Un associé peut-il en être dépourvu sans perdre sa qualité ? Il est permis de répondre par l'affirmative. En effet, l'article 1832 du Code civil ne fait pas de la reprise de la mise une condition de validité du contrat de société. De plus, il a été vu que la jurisprudence exclue l'associé en industrie du bénéfice de cette prérogative. Or, la qualité d'associé de l'apporteur en industrie n'est pas discutée en droit positif. Par-delà ces remarques, il n'existe aucun obstacle juridique à ce qu'un associé puisse renoncer définitivement à son droit d'être remboursé. Un tel acte s'analyserait comme un simple abandon de créance étant donné que l'associé demeure un créancier de la personne morale.

Il se déduit de ce qui précède que le droit au remboursement n'entretient pas de lien indéfectible avec la qualité d'associé. Ce faisant, en application de la liberté contractuelle, il peut être renforcé, restreint ou supprimé en faveur ou en défaveur de certains associés. Nous allons à présent examiner le droit de céder les titres sociaux.

---

[211] À noter toutefois que selon la cour d'appel d'Aix, si l'apport en jouissance a été effectué pour la durée de la société et que la dissolution intervienne avant le terme, l'apporteur pourra demander la restitution dès cette dissolution, voir CA Aix-en-Provence, 31 mai 1951, *JCP* G, 1952, II, n°6792, note Bastian.
[212] Art. 1844-9 al. 3 du Code civil.
[213] Art. 1844-9 al. 3 du Code civil.
[214] Il en va ainsi même en cas de versement d'une soulte, voir B. BRIGNON, *L'actif social, plaidoyer pour la reconnaissance de la notion*, *op.cit*., n°110, p. 88.
[215] Art. L237-30 du Code de commerce. Nous signalerons qu'un tel dispositif n'a pas été expressément reconduit lors de l'introduction des actions de préférence.

c. Droit de céder ses titres et qualité d'associé

513. Nulle part consacrée dans la loi[216], la liberté de disposer[217] de ses titres[218] n'en reste pas moins reconnue comme un droit de l'associé. De manière générale, la doctrine considère que chaque associé a le droit de « *liquider son investissement, de récupérer sa mise et d'encaisser le montant de la plus-value éventuelle* »[219]. Dans les sociétés par actions, ce droit demeure renforcé, car les actions sont négociables[220] et librement cessibles. La situation est, en revanche, différente dans les autres types de sociétés, puisque la cession de parts sociales, notamment à des tiers, n'est pas libre et nécessite l'agrément social[221].

514. Quoi qu'il en soit, le droit de céder ses actions ou parts sociales apparaît aujourd'hui comme un véritable droit de l'associé. Peut-on dire qu'il est une prérogative indissociable de la qualité d'associé ? Une analyse attentive du droit positif conduit à répondre par l'affirmative. En effet, à l'examen des textes, il apparaît que même les restrictions légales apportées à cette prérogative demeurent strictement encadrées. Il en est ainsi des stipulations d'inaliénabilité portant sur les titres[222]. Si les articles L227-13 et L229-11 du Code de commerce autorisent ce type de clauses respectivement dans les SAS ou les sociétés européennes, ils précisent que la restriction à la liberté de cession ne peut avoir une durée supérieure à dix ans. S'inspirant de l'article 900-1 du Code civil, la jurisprudence ajoute que ces stipulations doivent être justifiées par un intérêt sérieux et légitime[223].

Cette « restriction à la restriction » se vérifie également concernant l'obligation de

[216] Y. CHARTIER, « La société dans le Code civil après la loi du 4 janvier 1978 », art. cit., n°147.
[217] À propos des législations récentes sur le droit à la cession des titres, voir D. PORACCHIA et N. GOETZ, « Le droit de disposer de ses titres : remarques autour de quelques législations récentes », *RTDF*, n°4-2015, p. 69.
[218] Liberté qui n'est rien d'autre que l'expression d'un principe plus général de libre disposition de ses biens posé par l'article 537 al. 1er du Code civil.
[219] M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *op.cit*., n°968.
[220] J. du GARREAU de la MECHENIE, *Les droits propres de l'actionnaire*, *op.cit*., n°83, p. 82.
[221] Articles 1861 al. 1 du Code civil pour les sociétés civiles ; L221-13 du Code de commerce pour les SNC ; art. L223-14 du Code de commerce pour les SARL. Il faut préciser que dans les SNC, cet agrément est obligatoire que la cession intervienne entre associés ou avec des tiers, ascendants ou descendants des associés et ne sera valable que s'il est donné par l'ensemble des associés. En revanche, dans les sociétés civiles et les SARL, l'agrément n'est pas exigé lorsque la cession intervient entre associés (art. L223-16 du Code de commerce) ou entre l'associé et ses ascendants et descendants (art. L223-13 du Code de commerce), le tout sauf clause contraire des statuts.
[222] Pour plus de détails sur la question, voir J.-F. BARBIERI, « L'inaliénabilité affectant des droits sociaux », *Bull. Joly*, 2008, p. 450 ; FAVARIO, « La clause statutaire d'inaliénabilité », *Bull. Joly*, 2010, p. 101 ; FERRY, « Validité des clauses d'inaliénabilité », *JCP* E, 2010, 1327 ; R. MORTIER, « L'inaliénabilité généralisée au service des sociétés », *Dr. sociétés, Actes pratiques*, 2008/98, p. 1.
[223] CA Douai, 23 juin 1851, *D*. 1852, II, p. 245 ; Cass. Req. 9 mars 1868, *D*. 1868, jur. p. 309 ; Cass. civ. 16 février 1953, *D*. 1953, jur. p. 282 ; CA Paris, 4 mai 1982, *Gaz. pal*. 1983, 1, jur. p. 152, note APS. Nous noterons que, selon la Cour de cassation, la clause restera valable quand bien même l'intérêt sérieux disparaît ultérieurement à sa conclusion, voir Cass. civ. 1re, 8 décembre 1998, *D*. 1999, p. 26.

demander un agrément. Il a été vu que cette contrainte légale était de mise dans les sociétés dominées par *l'intuitu personae*. Or là encore, la loi a parfois prévu des solutions pour atténuer les effets de la restriction, en organisant une issue en cas de refus d'agrément. Par exemple, dans les SARL, l'article L223-14 du Code de commerce permet à l'associé qui se heurte à un refus d'agrément d'exiger des associés ou de la société le rachat de ses parts sociales[224]. La jurisprudence applique la même solution dans les SA lorsqu'un agrément statutaire a été refusé à un actionnaire[225].

515. Outre ces observations, il faut noter que l'associé qui renonce définitivement à son droit de se séparer de ses droits sociaux, ferait une allégeance perpétuelle à la société, puisque l'assemblée générale peut juridiquement prolonger indéfiniment la durée de la société[226]. D'évidence, une telle situation ne s'accommoderait pas du principe général du droit des contrats qui prohibe les engagements perpétuels[227].

516. En définitive, les clauses contractuelles destinées à fermer la porte de sortie à certains associés, en les empêchant de céder leurs droits sociaux, doivent être tenues pour illicites. En revanche, rien n'interdit de faciliter ou de durcir contractuellement les conditions de cession des titres en faveur ou au détriment de certains associés.

Ayant ainsi terminé l'étude des relations entre droits pécuniaires et qualité d'associé, reste à aborder l'analyse du lien entre cette qualité et les autres droits extrapécuniaires de l'associé.

II. Les autres droits extrapécuniaires et la qualité d'associé

517. Existe-t-il, au-delà du droit de participer et de voter aux décisions collectives et du droit à l'information, d'autres prérogatives non pécuniaires constitutives d'attributs essentiels de l'associé ? Pour le savoir, nous allons rapprocher les principaux droits extrapécuniaires de l'associé, à savoir le droit de participer à la gestion (c), le droit préférentiel de souscription (c) et le droit de rester dans la société (d) à la qualité d'associé.

Il est vrai que le droit préférentiel de souscription n'est prévu que dans certaines

[224] Il faudra cependant qu'il ait détenu ses parts depuis au moins deux ans.
[225] CA Paris, 2 décembre 1987, *Rev. sociétés*, 1989, p. 57.
[226] J. du GARREAU de la MECHENIE, *Les droits propres de l'actionnaire, op.cit.,* n°98, p. 99.
[227] M. ROUSSEAU, note sous CA Paris, 2 juillet 1930, *Sirey*, 1931, II, p. 169.

sociétés, de sorte qu'il semble exclu des droits inhérents à la qualité d'associé. Néanmoins, étant donné qu'il a pu être qualifié de droit propre de l'associé[228], nous avons jugé nécessaire d'examiner ses rapports avec la notion d'associé.

a. Droit à la gestion de la société et qualité d'associé

518. Le droit de l'associé de diriger la société n'est pas mentionné dans la loi. Il n'en demeure pas moins une prérogative conférée par le statut d'associé. En effet, lorsqu'une personne souscrit à des actions ou des parts sociales, elle prend un risque qui, selon le type de société, sera illimité ou limité au montant de l'apport. La réalisation de ce risque dépend en grande partie des résultats sociaux, qui eux-mêmes sont pour l'essentiel tributaires de la conduite des affaires sociales. Il est, dès lors, logique que soit reconnu à chaque associé, au moins théoriquement, un droit de participer à la direction de la personne morale. Cette idée est très bien traduite dans l'article L221-3 du Code de commerce qui prévoit, à propos des SNC, que tous les associés sont gérants, sauf stipulations contraires des statuts. Pour le surplus, la loi demeure muette et l'on se demande si le droit de faire partie de l'équipe dirigeante de la société est de l'essence de la qualité d'associé.

519. Remarquons que cette prérogative se traduit concrètement par la faculté de participer au choix des dirigeants sociaux. En effet, dans les sociétés composées d'un nombre important d'associés, il est difficilement imaginable que tous les associés puissent être dirigeants. La raison est simple : elle réside dans le fait qu'il est en pratique impossible de réunir régulièrement des centaines, des milliers, voire des dizaines de milliers d'associés. On se souvient d'ailleurs que cette difficulté fut l'une des raisons qui avaient conduit à l'abandon de la règle de l'unanimité au profit du principe majoritaire dans les assemblées générales.

520. C'est aussi sans doute la raison pour laquelle, dans chaque société, la loi a fixé un nombre limité de postes de dirigeants et laisse à la collectivité des associés le soin de choisir les personnes qui devront les occuper. Ainsi, le droit de prendre part à la gestion se réduit-il à la faculté de l'associé de participer aux instances choisissant les organes de direction. D'après la cour d'appel de Paris, « *le droit de participer à la désignation des gérants fait partie des décisions collectives auxquelles tout associé a le droit de participer*»[229]. L'on se demande si,

[228] D. SCHMIDT, *Les droits de la minorité dans la société anonyme*, *op.cit*., n°53, p. 37.
[229] CA Paris, 27 février 1997, *D*. 1997, IR, 140 ; *Bull. Joly* 1997, p. 573. Add. J.-P. GARÇON, « La programmation de la gérance des sociétés civiles de gestion » *Bull. Joly*, 2011, p. 80.

en désignant les dirigeants, les associés n'exercent-ils pas, ne serait-ce qu'indirectement, leur droit de gérer la société ? Certains semble avoir répondu par la positive, arguant du fait que les dirigeants sociaux ne sont que des mandataires des associés[230]. Cette opinion doit être repoussée. Tout d'abord, il peut arriver que tous les associés ne prennent pas part à l'instance qui désigne les organes. Il en est ainsi des titulaires d'actions de préférence sans droit de vote. Il serait difficile de soutenir que ces actionnaires exercent indirectement leur prérogative de gestion alors qu'ils n'ont pas pu participer au choix des organes. Il paraît plus exacte de retenir que les dirigeants sociaux représentent la société[231], puisque l'assemblée générale qui les choisit exprime la volonté de cette dernière et non celle des associés.

521. De plus, à l'analyse du droit positif, il n'existe ni disposition légale ni jurisprudence qui s'opposent à ce que certains associés puissent être écartés de la gérance de la société. Au contraire, dans les commandites[232], la loi exclue expressément les commanditaires du bénéfice de cette prérogative politique. Certes, il ne s'agit que d'une exclusion partielle, dans la mesure où l'alinéa 1er de l'article L222-6 du Code de commerce affirme seulement qu'il « *ne peut faire aucun acte de gestion externe* ». Il n'en reste pas moins qu'il s'agit d'une déconnection du droit de gérer la société de la qualité d'associé. Ces différents éléments montrent, *in fine,* que peuvent exister des associés sans droit de participer à la gestion. Nous en déduisons que le droit des sociétés ne reconnaît pas à chaque associé un droit irréductible de participer à la direction de la société.

Ainsi, n'étant pas indispensable à l'existence de la qualité d'associé, cette prérogative pourra faire l'objet d'une renonciation totale de la part de certains associés. Elle peut aussi être conventionnellement réduite ou renforcée.

Qu'en est-il du droit préférentiel de souscription ?

b. Droit préférentiel de souscription (DPS) et qualité d'associé

522. Réglementé à l'article L225-132 du Code de commerce[233], le droit préférentiel de

[230] En ce sens, voir J.-C. PAGNUCCO, *L'action sociale ut singuli et ut universi en droit des groupements*, éd. LGDJ, 2005, nos238 et s.
[231] Sur cette question, voir aussi S. ASENCIO, « Le dirigeant de société, un mandataire 'spécial' d'intérêt commun », *Rev. sociétés*, 2000, p. 683.
[232] Art. L222-6 du Code de commerce.
[233] Sur la législation en la matière, voir Z. HAGE, *Le droit préférentiel de souscription*, th. Aix-Marseille, 2013, n°8, p. 16.

souscription (DPS)[234] a été introduit pour la première fois en droit français par le décret-loi du 8 août 1935[235]. Mais bien avant l'intervention du législateur, la technique de la souscription préférentielle était connue en pratique[236] et la jurisprudence n'y était pas hostile[237]. La raison tient au fait que malgré quelques insuffisances[238], ce procédé était la meilleure solution parmi celles proposées[239] à l'époque pour pallier le potentiel danger que représentait l'augmentation de capital pour les anciens actionnaires. Doté d'une fonction égalitaire[240], le DPS vise en effet à protéger l'actionnaire ancien face à la dilution qui peut se matérialiser soit par une perte dans l'actif, soit par une diminution de son pouvoir politique dans les assemblées[241]. Jugée cependant gênant pour les sociétés cotées et plus largement pour les sociétés de croissance[242], cette prérogative voit son champ d'application doublement limité. Elle n'est instituée qu'au profit des associés des sociétés par actions[243] et n'est applicable que dans les hypothèses d'augmentation de capital en numéraire[244].

523. Schématiquement, il permet aux anciens actionnaires, en cas d'augmentation de capital en numéraire, de procéder, dans un premier temps, à ce que l'on appelle une souscription à titre irréductible. Ce procédé permet aux anciens actionnaires d'acheter par priorité un nombre de titres nouveaux proportionnel à leur participation dans le capital[245]. Ils disposent, dans ce cas, d'un délai minimum de cinq jours de bourse à partir de l'ouverture de la souscription[246]. Si certains actionnaires ne souscrivent pas ou s'il existe des rompus, c'est-à-dire des actions nouvelles restantes après que tous les associés aient exercé leur droit de

[234] Cet acronyme sera utilisé pour la suite des développements.
[235] D. GERRY, *Le droit préférentiel de souscription*, Th. Paris II, 1981, p. 10 ; J.-Y. CADIC, *L'aménagement du droit préférentiel de souscription en matière d'augmentation de capital par apports en numéraire réalisées par les sociétés cotées en bourses*, Th. Rennes, 1977, p. 13.
[236] Il semblerait que le financier « Law » fut le premier à avoir recouru à ce procédé lors d'une augmentation de capital de la compagnie des Indes en 1719. Par la suite, la technique était devenue une pratique courante, car de nombreuses sociétés l'insérèrent dans leurs statuts, voir A. COURET, *Le droit préférentiel de souscription de l'actionnaire*, *op.cit*., n^{os}15 et s. ; A. JAUFFRET, *Du droit de souscrire par préférence à des actions nouvelles*, Th. Aix, 1926, p. 6. Selon un auteur, la clause de souscription préférentielle pouvait être rencontrée dans tous les types de sociétés, voir M. U. CAITUCOLI, *Les augmentations de capital dans les sociétés françaises par actions,* Th. Paris, 1923, p. 51.
[237] Voir TC Seine, 28 juin 1900, *Jour. sociétés*, 1901, p. 82 ; CA Paris, 17 mai 1901, *Jour. sociétés*, 1908, p. 13, qui organisaient son régime en prévoyant la possibilité de le supprimer par l'assemblée générale.
[238] A. JAUFFRET, *Du droit de souscrire par préférence à des actions nouvelles*, *op.cit*., pp. 27 à 30.
[239] Sur ces solutions, voir A. JAUFFRET, *Du droit de souscrire par préférence à des actions nouvelles*, *op.cit*., pp. 16 à 23.
[240] A. COURET, *Le droit préférentiel de souscription de l'actionnaire*, *op.cit*., n°58, p. 81.
[241] A. JAUFFRET, *Du droit de souscrire par préférence à des actions nouvelles*, *op.cit*., pp. 14 à 16.
[242] J.-J. DAIGRE, « Les émissions sans droit préférentiel de souscription », *Rev. sociétés*, 3/2004, p. 479
[243] Art. L225-132 du Code de commerce. Cependant, la jurisprudence a admis la possibilité de l'instituer dans les autres sociétés, voir Cass. com. 18 avril 2000, *Dr. sociétés*, 2000, comm. n°108, obs. D. Vidal.
[244] M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *op. cit*., n°1121.
[245] Art. L225-132 al. 2 du Code de commerce.
[246] Art. L225-141 du Code commerce.

souscription à titre irréductible, l'assemblée générale pourra décider une souscription à titre réductible[247]. Cette deuxième technique instituée dans l'intérêt de l'entreprise[248] permettra, dans un second temps, de distribuer le stock de droits sociaux restant aux anciens actionnaires volontaires proportionnellement à leur DPS et dans la limite de leur demande. Et, si au bout de cette opération il reste toujours des actions nouvelles, la loi permet de les répartir entre les actionnaires ou de les offrir au public[249], sachant que l'assemblée générale peut, dans ce cas, autoriser le conseil d'administration ou le directoire à réduire l'augmentation de capital à un montant qui ne peut toutefois être inférieur aux trois quarts du montant initialement prévu[250].

524. Considéré comme un simple démembrement[251] ou une partie intégrante[252] de l'action ancienne, le DPS appartient au titulaire des actions anciennes. Cela signifie qu'en cas de démembrement de la propriété sur l'action, il reviendra au nu-propriétaire qui pourra l'exercer ou le céder[253]. Pour le reste, le DPS profite à tous les actionnaires, sauf aux détenteurs d'actions de préférence dépourvues du droit de vote et auxquelles est attaché un droit limité de participer aux réserves ou à l'actif net[254]. Cette exclusion se justifie par le fait qu'en pareil cas, il n'existe pas ou peu de risque de dilution politique ou pécuniaire, puisque les actions en cause sont privées de vote et les droits financiers qu'elles confèrent restent insignifiants[255].

525. Il apparaît, en dernière analyse, que le DPS est un droit de l'associé. Pour certains, il s'agit d'un droit propre[256] ou d'une prérogative essentielle[257] de celui-ci. Ces opinions nous paraissent excessives. Certes, l'article L225-149-3 al. 2 du Code de commerce considère comme nulles les décisions prises en violation de l'article L225-132 du même code, alors que ce dernier texte réglemente justement le DPS. Mais, ce qui est sanctionné ici c'est le non-respect de la proportionnalité entre le nombre de titres nouveaux souscrits et le montant du

[247] Art. L225-133 du Code de commerce.
[248] Puisque les intérêts des actionnaires ont déjà été suffisamment protégés dans le cadre de la souscription irréductible, voir A. COURET, *Le droit préférentiel de souscription de l'actionnaire*, *op.cit*., n°663.
[249] Art. L225-34, I, 2 et 3 du Code de commerce.
[250] Art. L225-34, I, 1. Add. Z. HAGE, *Le droit préférentiel de souscription*, th. Aix-Marseille, 2013, n°267, p. 234.
[251] A. JAUFFRET, *Du droit de souscrire par préférence à des actions nouvelles*, *op.cit*., p. 164 ; J. PERROUD, « Effet de la dotalité des actions conférant de le droit de souscrire par préférence à une augmentation de capital », *Rev. sociétés*, 1922, p. 280 ; F. BARATIN, « De la dotalité qui affecte le droit de souscrire par préférence à des actions nouvelles émises contre espèces, lorsque ce droit est attaché à des actions dotales. Des effets de cette dotalité », *Rev. sociétés*, 1922, p. 573.
[252] Cass. Req. 24 juin 1903, *D*. 1904, 1, p. 591 ; *Journ. sociétés*, 1905, p. 248 ; T. civil Orléans, 16 mars 1943, *JCP* G, 1943, II, 2453, note M. Fréjaville.
[253] Art. L225-140 al. 1er du Code de commerce.
[254] Art. L228-11 dernier al. du Code de commerce. Les statuts peuvent toutefois déroger à cette règle.
[255] Voir en ce sens, B. SAINTOURENS, « Les réformes du droit des sociétés par la loi du 4 août 2008 de modernisation de l'économie », *Rev. sociétés*, 2008, p. 477, spéc. n°25, p. 490.
[256] D. SCHMIDT, *Les droits de la minorité dans la société anonyme*, *op.cit*., n°53, p. 37.
[257] Z. HAGE, *Le droit préférentiel de souscription*, *op.cit*., n°17, p. 21.

capital détenu par l'actionnaire. Donc, l'impérativité posée par ce texte ne vise pas le DPS lui-même. Pour s'en convaincre, il suffit de noter qu'il est permis à l'assemblée générale[258] de le supprimer totalement ou partiellement[259], soit au profit de quelques actionnaires nommément désignés ou d'une catégorie d'actionnaires[260], soit sans indiquer les bénéficiaires[261]. Sur le plan pratique, cette suppression peut parfois s'avérer opportune, notamment lorsque la société est en difficulté et souhaite attirer des investisseurs. C'est d'ailleurs pour cette raison que la doctrine[262] et la jurisprudence[263] l'avaient admise bien avant le décret de 1935.

Outre la suppression, le législateur a expressément prévu la possibilité pour les actionnaires bénéficiaires du DPS d'y renoncer individuellement au profit d'un tiers ou sans indication de bénéficiaires[264]. Cette renonciation peut être tacite et découler d'une décision de l'assemblée générale de convertir des actions de préférence[265] ou d'émettre des titres donnant accès au capital social[266]. Par ailleurs, dans la mesure où le DPS est doté d'une valeur économique[267], le Code de commerce autorise l'associé à le céder[268]. Ainsi, n'étant reconnu qu'à certains associés et pouvant être supprimé, le DPS ne semble pas être un droit fondamental lié à la qualité d'associé. Ce constat corrobore l'affirmation du professeur Alain Couret selon laquelle, l'« *aspect simplement médicinal*[269] *du droit semble en partie lui retirer la valeur d'un droit propre* »[270].

526. Il reste que, eu égard à notre sujet, les textes ne semblent pas admettre qu'un associé puisse contractuellement renoncer à cette prérogative par avance. Sous cette réserve, il n'existe pas d'autres restrictions à la liberté de l'aménager de manière discriminatoire. En va-t-il ainsi pour le droit de rester dans la société ?

---

[258] La Cour de cassation considère cependant que, sous peine de nullité, cette suppression doit figurer à l'ordre du jour de l'assemblée Cass. com. 25 septembre 2012, *Rev. sociétés*, 2013, p. 158, note H. Le Nabasque.
[259] Art. L225-135 al. 1 du Code de commerce.
[260] Art. L225-138, I, du Code de commerce.
[261] Voir Art. L225-135 al. 5 du Code de commerce qui prévoit que si la suppression intervient dans le cadre d'une société cotée, l'assemblée générale, le conseil d'administration ou le directoire peuvent instituer un délai de priorité au profit des actionnaires pour souscrire aux actions.
[262] H. BOSVIEUX, « De l'exercice du droit de préférence réservé aux actionnaires et porteurs de parts de fondateur en cas d'augmentation de capital », *Jour. sociétés*, 1911, pp. 385 et s. ; P. MARIA, *Des modifications du capital social, th. Marseille*, 1913, p. 158.
[263] CA Paris, 17 mai 1901, *Jour. sociétés*, 1908, p. 13.
[264] Art. L225-132 al. 4 du Code de commerce. Il convient de mentionner que dans les sociétés cotées, seule la renonciation sans indication du bénéficiaire est autorisée, voir art. R225-122 du Code de commerce.
[265] Art.L225-132 al. 5 du Code de commerce.
[266] Art.L225-132 al. 6 du Code de commerce.
[267] Selon l'article L225-132 du code de commerce, modifié par l'ordonnance n°2014-863 du 31 juillet 20 et entré en vigueur le 1er octobre 2016, les actionnaires peuvent le céder.
[268] Art. L225-132 al. 3 du Code de commerce.
[269] C'est-à-dire de remède pour éviter certains préjudices.
[270] A. COURET, *Le droit préférentiel de souscription de l'actionnaire*, *op.cit*., n°98, p. 118.

c. Droit de rester associé et qualité d'associé

527. Également appelé « *droit de ne pas être exclu* »[271], le droit de rester dans la société n'est pas affirmé par la loi[272]. Cependant, la doctrine considère qu'il relève de l'évidence[273] et n'en constitue pas moins un droit propre[274] ou individuel[275] de l'associé. Une jurisprudence ancienne l'avait d'ailleurs revêtu du caractère intangible[276]. Est-ce à dire que cette prérogative demeure absolue, de telle sorte qu'il ne puisse être contractuellement supprimé ?

528. À l'évidence, la réponse demeure négative. En effet, loin d'être absolu[277], le droit de demeurer dans la société souffre de nombreuses dérogations[278], pouvant aller jusqu'à sa suppression pure et simple. On sait que le droit des sociétés admet largement l'exclusion et le retrait d'associés. Pourtant, ces procédés constituent les atteintes les plus radicales au droit de rester dans la société puisqu'ils conduisent à leur anéantissement.

529. S'agissant de l'exclusion, elle est parfois directement prévue par la loi. Ainsi, lorsqu'un associé demande la nullité de la société, les textes[279] permettent aux dirigeants et à tout associé de demander au tribunal de prononcer son exclusion[280]. De même, l'associé qui manque à ses obligations peut, en vertu de la loi, faire l'objet d'une sortie forcée[281]. L'expulsion de l'associé peut encore résulter d'une réalisation forcée de ses droits sociaux

[271] Y GUYON, *Traité des contrats : les sociétés, aménagements statutaires et conventions entre associés*, *op.cit*., n°49, p. 87.
[272] C. BERR, *L'exercice du pouvoir dans les sociétés commerciales*, éd. Sirey, 1961, p. 222.
[273] P. MOUSSERON et L. CHATAIN-AUTAJON, *Droit des sociétés*, *op.cit*., n°152, p. 130.
[274] J. HEMARD, F. TERRE, P. MABILAT, *Sociétés commerciales*, *op.cit.* p. 312 ; M. GERMAIN et V. MAGNIER, *op. cit.,* n°2144. Sur la notion de droits propres, voir J. du GARREAU de la MECHENIE, *Les droits propres de l'actionnaire*, th. Poitiers, 1937 ; LECHNER, *Des droits propres des actionnaires*, th. Nancy, 1932.
[275] G. DURAND-LEPINE, « L'exclusion des actionnaires dans les sociétés non cotées », *LPA*, juillet 1995, n°88, p. 7.
[276] H. BOSVIEUX, note sous CA Rennes, 3 juillet 1912, *Journ. sociétés*, 1913, p. 23. Voir cependant, CA Reims, 24 avril 1989, *Gaz. pal*. 1989, 2, somm. p. 431, obs. P. de Fontbressin ; *RTD com*. 1989, p. 683, obs. Y. Reinhard ; *JCP* E, 1990, II, 15677, n°2, note A. Viandier et J.-J. Caussain, qui avait validé l'exclusion d'un groupe d'actionnaires au motif que « *cette mesure d'exclusion ayant pour but de modifier la composition de la société tout en assurant sa pérennité est cependant conforme à la notion institutionnelle de la société qui veut qu'une société ne soit pas qu'un contrat abandonné en tant que tel à la volonté de ceux qui lui ont donné naissance, mais plutôt une institution, c'est-à-dire un corps social dépassant les volontés individuelles ; dans cette hypothèse, il faut prendre en considération l'intérêt social et admettre que les associés n'ont pas un droit intangible à faire partie de la société* ». Voir également, R. DAVID, *La protection des minorités dans les sociétés par actions*, th. Paris, 1928, pp. 123 et s.
[277] D. MARTIN, « L'exclusion d'un actionnaire », *RJ com*. n° spéc. novembre 1990, p. 94, spéc. p. 97.
[278] G. DURAND-LEPINE, art. cit., p. 8.
[279] Voir art. L235-6 du Code de commerce pour les sociétés commerciales et 1844-12 du Code civil applicable à toutes les sociétés.
[280] Évidemment, le juge pourra toujours refuser de prononcer l'exclusion.
[281] M. GERMAIN et V. MAGNIER, *op. cit.,* n°2145.

ayant fait l'objet d'un nantissement[282]. Dans les sociétés d'exercice libéral (SEL)[283], il est légalement permis de se séparer des ayants droits d'associés décédés après un délai de cinq ans à compter du décès. Pareillement, dans les SCP de notaires[284], de commissaires-priseurs[285], d'avocats[286] ou de médecins[287], les dispositions législatives ont organisé la possibilité d'imposer la sortie aux associés frappés d'une mesure d'interdiction d'exercer la profession. Les sociétés coopératives agricoles[288] et les sociétés coopératives et participatives (SCOP)[289] sont également habilitées, dans certains cas, à exclure des associés. Tout récemment, la loi Macron[290] a admis la faculté de pousser à la sortie, sous certaines conditions[291], les associés majoritaires qui refuseraient de voter une augmentation de capital nécessaire au redressement d'une société en difficulté[292]. Dans l'ensemble de ces hypothèses, l'expulsion interviendra directement lorsque les conditions légales sont réunies[293].

530. Dans d'autres cas, le législateur se contente d'autoriser les sociétés à organiser l'exclusion dans les statuts. À cet égard, l'alinéa 2 de l'article L231-6 du Code de commerce précise, concernant les sociétés à capital variable, qu'« *il peut être stipulé que l'assemblée générale a le droit de décider, à la majorité fixée pour la modification des statuts, que l'un ou plusieurs des associés cessent de faire partie de la société* ». Une solution similaire figure dans l'alinéa 2 de l'article R323-38 du Code rural et de la pêche maritime pour les groupements agricoles d'exploitation en commun (GAEC)[294]. Dans cette hypothèse, la jurisprudence estime, d'une part, que la décision d'expulsion doit être justifiée par un motif grave et légitime[295] et, d'autre part, que l'associé dont l'exclusion est envisagée ne saurait être

[282] Art. L223-15 du Code de commerce pour les SARL ; art. L228-26 du Code de commerce concernant les sociétés par actions ; art. 1867 al. 3 du Code civil pour les sociétés civiles.
[283] Art. 5 dernier al. de la loi n°90-1258 du 31 décembre 1990.
[284] Art. 56 du décret n°67-868 du 2 octobre 1967.
[285] Art. 56 du décret n°69-763 du 24 juillet 1969.
[286] Art. 52 du décret n°92-680 du 20 juillet 1992.
[287] Art. 58 du décret n°77-636 du 14 juin 1977.
[288] Voir art. R522-8 du Code rural et de la pêche maritime qui dispose que « *L'exclusion d'un associé coopérateur peut être prononcée par le conseil d'administration pour des raisons graves, notamment si l'associé coopérateur a été condamné à une peine criminelle, s'il a nui sérieusement ou tenté de nuire à la société par des actes injustifiés ou s'il a falsifié les produits qu'il a apportés à la coopérative* ».
[289] Voir par exemple, art. 29 de la loi n°78-763 du 19 juillet 1978 visant les associés des sociétés coopératives ouvrières de production et de crédit qui ne sont pas employés dans l'entreprise. Pour ces associés, la société peut librement et unilatéralement décider de leur rembourser leurs parts. Ce qui s'analysera comme une exclusion.
[290] Loi n°2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques.
[291] Sur ces conditions, voir l'alinéa 1 de l'article L631-19-2 du Code de commerce.
[292] Art. L631-19-2 du Code de commerce.
[293] S. MAJEROWICZ, « L'exclusion de l'associé en l'absence de clause statutaire », *LPA*, 31 mai 1991, p. 26.
[294] Cet alinéa dispose que « *les statuts peuvent stipuler que l'assemblée générale aura le droit de décider* (…) *à une majorité qu'ils fixeront, qu'un associé cessera de faire partie du groupement* ».
[295] Cela peut consister, par exemple, en un défaut de participation effective aux travaux (CA Chambéry, 14 janvier 2014, n°12/01995) ou un abus de confiance (CA Toulouse, 10 septembre 2012, n°11/02430).

privé de son vote[296]. On peut, enfin, citer le cas des SAS[297], à propos desquelles l'article L227-16 du Code de commerce habilite les statuts, dans les conditions qu'ils déterminent, de prévoir qu'un associé peut être tenu de céder ses actions. En dehors de ces exemples, les clauses statutaires d'exclusion ne sont pas expressément admises par la loi dans les autres sociétés.

531. Pourtant, leur admission ne fait plus l'objet de discussions. Il est vrai que pendant longtemps une partie de la doctrine n'y était pas favorable[298]. Elle estimait que l'exclusion était une « *monstruosité juridique* »[299] qui heurtait plusieurs dispositions du droit civil et de la législation sur les sociétés. Ainsi, disait-on qu'elle portait atteinte à l'article 1134 (devenu l'article 1103) du Code civil en ce sens qu'elle conduisait à une rupture unilatérale du contrat conclu entre l'associé et la société[300]. Plus encore, pour ces auteurs, elle portait atteinte au droit de propriété[301] de l'associé sur ses titres sociaux[302], puisqu'elle n'était rien d'autre qu'une expropriation pour cause d'utilité privée[303], alors qu'aux termes de l'article 545 du Code civil « *nul ne peut être contraint de céder sa propriété, si ce n'est pour cause d'utilité publique, et moyennant une juste et préalable indemnité* ». Du point de vue du droit des sociétés, la doctrine opposait à l'exclusion le fait que, d'une part, les associés étant égaux, certains ne sauraient se prévaloir d'un quelconque pouvoir disciplinaire pour prononcer

[296] Cass. com. 10 février 2015, n°13-17.555.

[297] J. STOUFFLET, « Aménagements statutaires et actionnariat de la société par actions simplifiée », *Rev. sociétés*, 2000, p. 241, spéc. n°7, pp. 242 et 243.

[298] Notons que la doctrine rejette toujours les clauses d'exclusion extrastatutaires au motif que, la « *qualité d'associé naissant du contrat de société, sa disparition directe ne peut provenir d'une convention distincte de ce même contrat de société »,* voir R. MORTIER, *Le rachat par la société de ses droits sociaux*, éd. Dalloz, 2003, n°165, p. 137 ; J.-J. DAIGRE, « La perte de la qualité d'actionnaire », *Rev. sociétés*, 1999, p. 535, spéc. p. 541. Contra : Voir D. VELARDOCCHIO-FLORES, *Les accords extra-statutaires entre associés*, th. Aix-Marseille, 1991, n^{os}192 et s., qui estime que ces clauses sont valables sous certaines conditions. Cette position doctrinale est également partagée par les juges, voir par exemple Cass. com. 8 février 1982, *Bull. Joly*, 1982, p. 970, où les juges avaient rejeté le pourvoi formé contre un arrêt de la cour d'appel de Paris qui avait retenu la nullité d'une clause d'exclusion extrastatutaire.

[299] R. RODIERE, note sous CA Rouen 8 février 1974, *Rev. sociétés*, 1974, p. 507, spéc. p. 513, car selon l'auteur « *le droit de faire partie de la société est le droit fondamental de tout membre de la* société ».

[300] E. THALLER, note sous Cass. civ. 30 mai 1892, *D*. 1893, 1, p. 105, spéc. p. 113 ; S. PRAT, *op.cit*., n°317 ; A. VIANDIER et J.-J. CAUSSAIN, note sous CA Reims 24 avril 1989, préc. ; Y GUYON, *Traité des contrats : les sociétés, aménagements statutaires et conventions entre associés*, *op.cit*., n°49, p. 87.

[301] Art. 544 du Code civil. La valeur constitutionnelle de cette prérogative a été reconnue depuis une décision du Conseil constitutionnel du 16 janvier 1982, *D*. 1983, p. 169, note L. Hamon.

[302] Ce que certains auteurs contestent pour ce qui concerne les actions. Voir par exemple, H. Le NABASQUE, « Les actions sont des droits de créances négociables », in *Aspects actuels de droit des affaires, Mél. en l'honneur de Y. Guyon*, éd. Dalloz, 2003, p. 671.

[303] D. MARTIN, « L'exclusion d'un actionnaire », art. cit., p. 97. Voir cependant Thaller qui réfutait l'expropriation qu'en l'absence de juste compensation. Ce qui signifiait, pour lui, que l'associé pouvait être exclu dès lors qu'il bénéficiait d'une compensation suffisante, voir E. THALLER, note sous Cass. civ. 30 mai 1892, préc. p. 114. Voir cependant, S. MAJEROWICZ, art. cit., p. 32, qui propose de s'inspirer de l'article 36 du projet de constitution du 19 avril 1946 selon lequel « *le droit de propriété ne saurait être exercé contrairement à l'utilité social* ». Il semble s'en déduire que la protection de l'intérêt de la société puisse justifier l'expropriation.

l'expulsion des autres[304] et, d'autre part, que la réduction du capital qui découlait du rachat des titres de l'associé poussé à la sortie était une entorse au principe de fixité de ce capital[305] et constituait une menace pour les intérêts des créanciers.

532. Ces arguments ont été tour à tour battus en brèche. On a fait remarquer que la validité des clauses résolutoires dans les contrats ne souffre plus d'aucune contestation[306]. Or, à travers ces stipulations, les parties se donnent mutuellement le pouvoir de mettre un terme unilatéralement au contrat. De plus, à supposer même que l'exclusion implique un pouvoir disciplinaire, cette prérogative appartiendrait, non pas aux autres associés, mais à la société[307]. À cela, il a été ajouté que l'exclusion ne pourrait plus s'analyser en une expropriation dès lors que l'associé y aura consenti[308]. Enfin, l'argument tiré de la fixité du capital s'accommode difficilement de la possibilité accordée par la loi aux sociétés de réduire leur capital social indépendamment de toutes pertes[309]. Aujourd'hui, la validité des clauses statutaires d'exclusion demeure largement acceptée en doctrine[310].

533. Il en est de même en jurisprudence. On peut citer un arrêt de la cour d'appel de Paris rendu en 1893[311] qui précisait que, si l'exclusion d'un associé n'est pas en principe prévue par la loi, il est loisible aux associés de la régler dans le pacte social. Une solution similaire a été rendue par la cour d'appel de Rennes[312] quelques années plus tard. La Cour de Caen s'était également inscrite dans le même registre en déclarant que la clause d'exclusion « *n'avait rien d'illicite ou de contraire à l'ordre public* »[313]. Dans un arrêt du 6 mars 1935[314], la Cour de cassation prit part au débat et entérina cette position. Depuis, la validité des clauses statutaires

[304] J.-P. STORCK, « La continuation de la société par l'élimination d'un associé », *Rev. sociétés*, 1982, p. 233, spéc. n°18, p. 244 ; A. LEGAL et J. BRETHE de la GRESSAYE, *Le pouvoir disciplinaire dans les institutions privées*, éd. Sirey, 1938, p. 218.
[305] S. DARIOSECQ et N. METAIS, « La clause d'exclusion, solution à la mésentente entre associés », *Bull. Joly*, 1998, p. 908, spéc. p. 909.
[306] C. PAULIN, *La clause résolutoire*, éd. LGDJ, 1996.
[307] Sur l'ensemble de la question, M. GERMAIN et R. VATINET, « Le pouvoir disciplinaire des personnes morales de droit privé », in *Aspects actuels de droit des affaires, Mél. en l'honneur de Y. Guyon*, éd. Dalloz, 2003, p. 397.
[308] G. DURAND-LEPINE, art. cit., pp. 7 et 8.
[309] Tel est le cas lorsque la société met en œuvre une promesse de rachat. Cette réduction doit cependant se faire dans le respect du droit d'opposition des créanciers, voir par exemple, les articles L223-34 du Code de commerce pour les SARL et L225-205 du même code pour les SA.
[310] B. CAILLAUD, *L'exclusion d'un associé dans les sociétés,* éd. Sirey, 1966, p. 241 ; J. LEPARGNEUR, « L'exclusion d'un associé », *Journ. sociétés*, 1928, p. 257 ; D. MARTIN, « L'exclusion d'un actionnaire », art. cit., p. 94 ; J.-C. BOUSQUET, *D.* 1992, Jur. p. 340 ; G. DURAND-LEPINE, art. cit., p. 7 ; J.-M. de BERMOND de VAULX, « L'exclusion d'un associé », *Dr. sociétés*, 1996, Chron. n°10, p. 6 ; J.-J. ANSAULT, « Les clauses statutaires d'exclusion à l'aune de la liberté contractuelle », *Journ. sociétés*, 2012, n°104, p. 28 ; LAMY, *Sociétés commerciales*, 2014, n°876, p. 432.
[311] CA Paris, 18 novembre 1893, *D.* 1894, 1, p. 10.
[312] CA Rennes, 12 juillet 1912, *Jour. sociétés*, 1913, p. 23, note A. Bosvieux.
[313] CA Caen, 11 Avril 1927, *DP.* 1928, II, p. 65, note Lepargneur.
[314] Cass. civ. 6 mars 1935, préc.

de cession forcée n'a fait que se confirmer au fil des décisions, comme en témoignent plusieurs arrêts des cours d'appel de Rouen[315], d'Aix[316], de Paris[317] et d'Orléans[318]. On peut également mentionner un arrêt du 13 décembre 1994[319] dans lequel la Haute juridiction avait approuvé la cour d'appel de Montpellier d'avoir relevé qu'en l'absence de clause statutaire d'exclusion, la société ne pouvait pas ordonner la cession forcée des titres d'un associé. Par cette décision, les magistrats venaient réaffirmer la validité des stipulations statutaires d'expulsion. Plus récemment, ces mêmes juges ont réitéré cette position, en validant des stipulations statutaires qui avaient prévu l'éviction forcée d'associés qui aurait, soit fait l'objet d'une procédure de redressement judiciaire[320], soit perdu leur qualité de salarié[321].

534. Au regard des développements antérieurs, il s'avère que, de manière générale, les clauses statutaires d'exclusion restent acceptées en droit des sociétés. Elles peuvent être insérées dans le pacte social de tout type de société. Pour ce faire, il faudra l'accord de tous les associés, ou du moins de ceux auxquels elles s'appliquent, car de telles stipulations sont de nature à augmenter leurs engagements[322]. Si la clause est introduite au moment de la constitution de la société, l'adhésion aux statuts suffira pour emporter le consentement. En revanche, si l'insertion s'effectue en cours de vie sociale, l'assentiment des associés concernés doit être expressément donné.

535. Les conventions d'exclusion doivent prévoir les motifs de sortie qui ne sauraient être contraires ni à l'intérêt social, ni à l'ordre public[323]. Elles doivent également comporter les modalités, d'évaluation de la valeur des titres de l'associé exclu[324], d'exercice des droits de la

[315] CA Rouen 8 février 1974, *Rev. sociétés*, 1974, p. 507, note R. Rodière.
[316] CA Aix-en-Provence, 13 juillet 1978, *Bull. Aix*, 1978/3, n°193, p. 44 ; CA Aix-en-Provence, 26 juin 1984, *D.* 1985, p. 372, note J. Mestre.
[317] CA Paris, 7 juin 1988, *Rev. sociétés*, 1989, p. 246, note Danat-Démaret ; voir aussi, CA Paris, 12 avril 1996, *Rev. sociétés*, p. 596, obs. Y. Guyon.
[318] CA Orléans, 26 septembre 1989, *Dr. sociétés*, juin 1990, n°163 ; *Rev. sociétés*, 1990, p. 644, obs. Y. Guyon.
[319] Cass. com. 13 décembre 1994, *Bull. civ*. IV, n°384 ; *Bull. Joly*, 1995, n°2, p. 152, note P. Le Cannu ; *JCP* E, 1995, II, n°705, note Paclot.
[320] Cass. com. 8 mars 2005, *D*. 2005, p. 839, obs. A. Lienhard ; *JCP* E, 2005, 1171, obs. Caussain, Deboissy et Wicker, rejetant le pourvoi formé contre CA Montpellier, 28 mai 2002, *RTD com.* 2003, p. 521, obs. C. Champaud et Danet ; *Dr. sociétés*, 2003, n°92, obs. J. Monnet.
[321] Cass. com. 29 septembre 2015, *Rev. sociétés*, 2016, p. 228, note M. J.-J. Ansault ; *Dr. patr*. juin 2016, Chron. D. Poracchia.
[322] CA Paris, 27 mars 2001, *Dr. sociétés*, 2002, p. 30, note F.-X. Lucas. Voir aussi, H. Le NABASQUE, « Les clauses de sorties dans les pactes d'actionnaires », *Dr. sociétés, Actes pratiques*, 1992, n°5 ; S. DARIOSECQ, N. METAIS, art. cit., p. 908.
[323] Cass. com. 8 mars 2005, préc.
[324] Le cas échéant et à défaut d'accord, le prix sera fixé à dires d'expert, art. 1843-4 du Code civil

défense[325] et du choix de l'organe habilité à prononcer l'exclusion[326]. Nous remarquerons que, depuis la jurisprudence « *Arts et entreprises* » du 23 octobre 2007, si la pouvoir d'exclure est conféré à l'assemblée générale, l'associé dont l'exclusion est envisagée ne saurait être écarté du vote. Toute clause contraire serait réputée non écrite, quand bien même la société aurait régularisé la situation en permettant à l'associé de participer effectivement au scrutin[327]. Il faut noter que, selon la jurisprudence, l'associé exclu sur la base d'une clause statutaire irrégulière devra non seulement être réintégré dans la société, mais pourra demander l'annulation des délibérations intervenues entre la date de son exclusion et celle de sa réintégration[328].

536. En plus de l'exclusion, la loi offre aux associés de certaines sociétés, la possibilité de se retirer. Il s'agit plus précisément des associés, des sociétés coopératives[329], des sociétés civiles[330], des sociétés à capital variable[331], des sociétés d'attribution d'immeubles[332] et des SCP[333]. Sont également titulaires de cette prérogative, les gérants-associés d'une SNC qui sont révoqués[334], les membres des GIE[335] et ceux des GAEC[336]. Dans l'ensemble de ces hypothèses, l'associé peut obtenir le rachat de ses titres en exerçant son droit de retrait lorsque les conditions fixées par la loi sont réunies[337]. On s'aperçoit, finalement, que l'exclusion et le retrait sont deux techniques largement admises en droit des sociétés. Or, comme nous l'avons évoqué, ces combinaisons détruisent le droit de rester associé.

537. Ceci suffit largement pour nous convaincre que l'associé n'a pas un droit absolu de rester dans la société. Ne faisant pas partie de la matrice impérative d'associé, cette prérogative de demeurer associé peut être réduite ou supprimée. La situation est différente

---

[325] Il faut préciser, à cet égard, que selon la Haute juridiction, le non-respect du principe du contradictoire se résout par l'octroi de dommages et intérêts et non par l'annulation de l'exclusion, Cass. com. 13 juillet 2010, n°09-16.156, *Dr. sociétés* 2010, comm. 200, obs. H. Hovasse ; *D.* 2010, p. 2880, note B. Dondero ; *Bull. Joly* 2010, p. 990, note P. Le Cannu.

[326] Il peut s'agir par exemple du dirigeant de la société, voir Cass. com. 20 mars 2012, n°11-10.855.

[327] Cass. com. 9 juillet 2013, n°12-21.238, *JCP* E 2013, n°1516.

[328] Cass. civ. 2e, 26 septembre 2013, *Gaz. pal*. 19 novembre 2013, n°XX, p. 33, note B. Dondero.

[329] Art. 18 de loi du 10 septembre 1947.

[330] Art. 1869 du Code civil pour tous les associés. Art. 1851 al. 3 et 1862 al. 2 du Code civil pour le gérant révoqué.

[331] Art. L231-6 du Code de commerce. Rappelons que toutes les sociétés, à l'exception des SA, peuvent adopter le mécanisme du capital variable, voir P. Le CANNU, « SARL à capital variable et libération des parts (arrêt EME du 1er juin 1995) », *Bull. Joly*, 1995, n°12, p. 1034.

[332] Art. L212-9 al. 9 du Code de la construction et de l'habitation.

[333] Art. 18 de la loi n°66-879 du 29 novembre 1966.

[334] Art.L221-12 du Code de commerce ; art. 18 alinéa 1 loi du 24 juillet 1966.

[335] Art. L251-9 al. 2 du Code de commerce.

[336] Art. L323-4 al. 2 du Code rural et de la pêche maritime.

[337] R. MORTIER, *Le rachat par la société de ses droits sociaux*, *op.cit*., pp. 150 et s. ; L. GODON, *Les obligations des associés*, *op.cit*., n°240, p. 131.

pour ce qui est du droit à l'intangibilité des engagements.

III. Droit à l'intangibilité des engagements et qualité d'associé

538. Selon l'article 1836 al. 2 du Code civil, « *en aucun cas, les engagements d'un associé ne peuvent être augmentés sans le consentement de celui-ci* ». Cette formule qui semblait évoquer « *le fait de ne pas être engagé au-delà de ce à quoi on s'est engagé* »[338], a été transformée en un droit, appelé droit de ne pas voir ses engagements augmentés. Reprise dans divers textes particuliers[339], cette prérogative fait donc partie des droits de l'associé. Par son application, il est interdit à l'assemblée générale[340] de contraindre ce dernier à supporter un risque plus important que celui qu'il a accepté[341]. D'après Didier Poracchia, ce risque renvoie à « *l'engagement juridique accepté par chaque associé, et non sa 'valeur financière' éventuelle à un instant T de la vie de la société* »[342].

539. Mais que signifie au juste cette notion d'augmentation des engagements[343] ? Dans quelle mesure peut-on dire que les obligations de l'associé sont augmentées ? À la vérité, il est difficile de répondre à ces interrogations, car l'alinéa 2 de l'article 1836 est loin d'être univoque[344]. Un auteur se demande, à juste titre, s'il n'est pas le texte le plus obscur du droit des sociétés[345].

540. Au départ, la jurisprudence[346] faisait une interprétation restrictive de la notion d'aggravation des engagements qu'elle distinguait de la simple réduction des droits de l'associé. La doctrine en avait déduit que « *la loi autorise, à la majorité des deux tiers, les*

---

[338] M. GERMAIN, « La renonciation aux droits propres des associés : illustrations », art. cit. p. 402.
[339] Voir par exemple, art. L225-96, L236-5 du Code de commerce.
[340] Toutefois, la Cour de cassation écarte l'application de l'article 1836 al. 2 aux décisions de l'assemblée qui ne font que mettre en exécution une clause des statuts, voir Cass. com. 9 juin 2004, n°01-12.887, *BRDA*, 2004, n°12, p. 2 ; *D.* 2004, p. 1816 ; *RJDA*, 2004, n°1123 ; *Bull. Joly*, 2005, p. 119, note A. Couret ; *Rev. sociétés*, 2005, p. 176, note J.-F. Barbièri; *Dr. sociétés*, 2005, n°24, note F.-G. Trébulle; *Banque et dr*., 2005, n°100,p. 37, obs. I. Riassetto.
[341] P. Le CANNU et B. DONDERO, *op.cit.,* n°144.
[342] D. PORACCHIA, note sous Cass. com. 13 novembre 200, *Dr. et patr*. mars 2004, p. 107, spéc. p. 109.
[343] Sur toute la question, voir L. JOBERT, « La notion d'augmentation des engagements des associés », *Bull. Joly*, 2004, p. 627 ; F. RIZZO, « Le principe d'intangibilité des engagements… », *RTD com*. 2000, p. 27 ; M. GERMAIN, « La renonciation aux droits propres des associés : illustrations », art. cit. ; G. TAORMINA, « Réflexions sur l'aggravation des engagements de l'associé », *Rev. sociétés*, 2002, n°2, p. 267.
[344] Cette obscurité du texte apparaît également dans son interprétation par la jurisprudence, voir P. Le CANNU et B. DONDERO, *op.cit.,* n°145.
[345] H. Le NABASQUE, « L'article 1836, alinéa 2, du Code civil serait-il l'un des textes les plus obscurs du droit des sociétés ? » *Bull. Joly*, 2004, n°2, p. 413.
[346] Cass. civ. 9 février 1937, préc. À rapprocher, Cass. com. 22 octobre 1956, *JCP* G, 1956, II, 9678, note Bastian ; Cass. civ. 22 juin 1982, *D.* 1983, p. 87, note Gourlay. À rapprocher, Cass. com. 3 décembre 1991, *Bull. Joly*, 1992, p. 167, note P. Le Cannu.

modifications statutaires qui, sans toucher aux charges pécuniaires des actionnaires, peuvent rendre leur situation moins bonne »[347]. Donc, seule l'augmentation de la « *dette contractée par les associés envers la société ou envers les tiers* », devait être considérée comme une aggravation de leurs engagements[348], soumise à leur accord individuel[349].

541. La difficulté résidait dans le fait qu'il n'était pas toujours aisé d'établir une distinction rigoureuse entre accroissement des engagements et diminution des droits. Comme le mentionne le professeur Le Nabasque, « *la modification des droits des associés peut en effet être fréquemment présentée comme emportant tout à la fois augmentation de leurs engagements envers la société et diminution de leurs droits à l'intérieur du groupement* »[350]. Pour illustrer son propos, l'auteur cite l'exemple de l'augmentation de la durée de l'engagement de l'associé qui, selon lui, entraîne non seulement un alourdissement des engagements de ce dernier envers la société, mais aussi une restriction de son droit de se retirer du groupement. Il en est de même, d'après lui, de la décision de blocage de compte courant d'associé qui conduit à la fois à une augmentation des obligations de l'associé envers la société[351] et à un amoindrissement de son droit d'être remboursé à tout moment[352]. Malgré ces remarques, rien ne permet dans le droit positif de s'assurer que les juges ont abandonné cette distinction entre renforcement des obligations et réduction des droits[353].

542. Reste à savoir ce que la jurisprudence entendait par dettes de l'associé. À ce propos, il semble qu'il s'agissait de celles « *de sommes d'argent* »[354], de sorte que l'augmentation des engagements se réduisait au renforcement de « *la responsabilité financière* » de l'associé. Cette solution semble abandonnée puisque les juges s'orientent vers une extension de la notion d'augmentation des engagements. C'est en tout cas la lecture qu'il convient de faire d'un certain nombre d'arrêts relativement récents. Par exemple, un jugement du tribunal de commerce de Paris[355] avait annulé une décision d'absorption d'une société anonyme par une

[347] A. BESSON, note sous Cass. civ. 9 février 1937, *DP*. 1937, 1, p. 73, spéc. n°2, p. 75.
[348] Tel est le cas, lorsque la société demande aux associés d'effectuer de nouveaux apports, voir Cass. civ. 3 juillet 1979, *RTD com*. 1980, p. 94, note Alfandari et Jeantin.
[349] Cass. com. 7 mars 1989, *Bull. Joly*, 1989, p. 443 ; *Rev. sociétés*, 1989, p. 473, note Y. Chartier.
[350] H. Le NABASQUE, « La notion d'engagements nouveaux en droit des sociétés », *Dr. sociétés, Actes pratiques*, déc. 1997, p. 36.
[351] Car, l'associé est appelé à prêter pour une durée plus longue que prévue.
[352] Cass. com. 24 juin 1997, *JCP*, 1997, II, 22966, note P. Mousseron ; *Dr. sociétés*, 1997, n°138, note T. Bonneau ; CA Paris, 5 mai 1995, *JCP* E, 1995, pan. 817.
[353] Voir P. Le Cannu, note sous Cass. com. 26 mars 1996, *Bull. Joly*, 1996, p. 604, spéc. p. 607, qui estime que l'arrêt *Chazalon* ne périme pas la distinction entre l'augmentation des engagements et la diminution des droits, mais introduit seulement une espèce intermédiaire qui se trouve dans le domaine de l'augmentation des engagements.
[354] F. RIZZO, « Le principe d'intangibilité des engagements… », art. cit., n°5, p. 33.
[355] TC Paris, 24 novembre 1980, *Bull. Joly*, 1980, p. 701.

société coopérative ouvrière de production, au motif que les actionnaires de la première allaient voir leur obligation financière se doubler de celle personnelle d'exercer en commun leur profession. Dans l'arrêt *Usinor*[356], la Cour de cassation avait déclaré que la décision de réduction du capital social consécutive à une augmentation de ce capital n'augmentait pas les engagements des associés, car elle ne mettait à la charge de ces derniers aucune obligation nouvelle. À l'inverse, des décisions de prorogation de la durée de l'engagement de coopérateurs envers la société[357], de prise d'un engagement de garantie de passif des associés d'une société civile au bénéfice d'un tiers[358], d'insertion d'une clause de non-concurrence dans les statuts[359] ou de blocage des fonds prêtés par les associés à la société pendant une certaine durée[360], ont été considérés comme augmentant les engagements des associés concernés. Il est pourtant évident que, dans ces différentes hypothèses, l'associé n'a été amené à « *verser quoi que ce soit dans la caisse sociale* »[361].

En définitive, les engagements de l'associé seront augmentés chaque fois que celui-ci est appelé à supporter de nouvelles charges qui ne résultaient pas du contrat initial[362]. Ces contraintes peuvent être de nature financière, mais elles peuvent tout aussi consister en des obligations de faire ou de ne pas faire[363].

543. Ayant ainsi cerné la notion d'augmentation des engagements, il convient de se demander si le droit à l'intangibilité est une prérogative absolue à laquelle l'associé ne peut jamais ni renoncer, ni être définitivement privé. Une analyse attentive du droit positif mène nécessairement à une réponse affirmative. Selon la jurisprudence, ce droit est une prérogative d'ordre public dont l'inobservation est sanctionnée par une nullité absolue[364]. Pour la

[356] Cass. com. 17 mai 1994, *Bull. Joly*, 1994, p. 816, note J.-J. Daigre. À rapprocher, CA Versailles, 29 novembre 1990, *D*. 1991, Jur. p. 133, Y. Guyon.
[357] Cass. civ. 1re, 12 octobre 1976, *Rev. sociétés* 1977, p. 525, note C. Atias ; Cass. civ. 22 juin 1982, *D*. 1983, note Gourlay ; Cass. civ. 4 avril 1995, *Rev. sociétés*, 1996, p. 309, note B. Saintourens.
[358] Cass. civ. 5 novembre 1996, *Dr. sociétés*, jan. 1997, n°4, obs. T. Bonneau.
[359] Cass. com. 26 mars 1996, *Chazalon*, *Bull. Joly*, 1996, p. 604, note P. le Cannu ; *Rev. sociétés*, 1996, p. 793, note L. Godon ; *D*. 1996, somm. 343, obs. J.-C. Hallouin.
[360] Cass. com. 24 juin 1997, *JCP*, 1997, II, 22966, note P. Mousseron ; *Dr. sociétés*, 1997, n°138, note T. Bonneau ; CA Paris, 5 mai 1995, *JCP* E, 1995, pan. 817.
[361] L. Godon, note sous Cass. com. 26 mars 1996, préc. p. 796.
[362] H. Le NABASQUE, « La notion d'engagements nouveaux en droit des sociétés », art. cit., p. 36.
[363] F. RIZZO, « Le principe d'intangibilité des engagements… », art. cit., n°18, p. 51 ; H. Le NABASQUE, « La notion d'engagements nouveaux en droit des sociétés », art. cit., p. 37.
[364] Cass. com. 13 novembre 2003, *JCP* E, 2004, p. 337, note A. Viandier ; *JCP* E, 2004, n°601, obs. crit. J.-J. Caussain, F. Deboissy, et G. Wicker ; *Rev. sociétés*, 2004, p. 97, note B. Saintourens, *Bull. Joly*, 2004, p. 413, note H. Le Nabasque ; *RTD com*. 2004, p. 118, obs. Monsèrié-Bon et L. Grosclaude ; *Dr. et patr*. mars 2004, p. 107, obs. D. Poracchia ; *D*. 2004, somm. 2033, obs. B. Thuillier.

doctrine, il fait partie des droits propres de l'associé[365] qui « *constituent le fondement même de la société* »[366].

544. Il existe, il est vrai, des hypothèses dans lesquelles la loi permet à la société de contraindre les associés à répondre à des appels de fonds. Tel est le cas des sociétés de construction[367] et de celles d'attribution d'immeubles en jouissance à temps partagé[368], même s'il faut signaler que la jurisprudence a tâché de contenir cette possibilité en affirmant que ces appels devaient porter sur des opérations déterminées[369]. De plus, en se contentant d'interdire les augmentations auxquelles l'associé n'a pas consenti, l'article 1836 al. 2 du Code civil pourrait laisser penser que l'associé puisse accepter de renoncer définitivement à cette protection en acceptant par avance toute aggravation de ses engagements que la société aurait décidée. On pourrait d'autant plus le croire que selon un auteur le droit à l'intangibilité demeure un droit discrétionnaire de l'associé[370].

545. Cette analyse s'accommoderait pourtant difficilement de certaines dispositions du droit des sociétés et du droit des contrats. En droit des sociétés, et plus précisément en ce qui concerne les sociétés à risque limité, c'est le principe de la limitation de la responsabilité qui vient se dresser devant toute suppression définitive du droit à l'intangibilité des engagements. Cette règle postule que, dans ces sociétés, l'associé *« ne contribue aux pertes que dans la limite de son apport et n'est jamais, en cours de vie sociale, obligé aux dettes dans ses rapports avec les créanciers sociaux* »[371]. Or, une remise en cause du droit de ne pas voir ses engagements augmentés aurait pour conséquence d'anéantir un tel principe, dans la mesure où elle rendrait la responsabilité illimitée. Certes, une doctrine[372] et une jurisprudence[373] anciennes ne voyaient dans ce principe qu'une règle supplétive à laquelle les associés pouvaient déroger par des stipulations contractuelles. Mais une telle opinion ne peut plus être

[365] E. THALLER, note sous Cass. civ. 30 mai 1892, préc. p. 109 ; J. du GARREAU de la MECHENIE, *Les droits propres de l'actionnaire*, *op.cit*., n°23, p. 25.
[366] D. SCHMIDT, *Les droits de la minorité dans la société anonyme*, *op.cit*., n°58, p. 40.
[367] Art. 211-3 et 212-3 du Code de la construction et de l'habitation.
[368] Art. 3 Loi n°86-18 du 6 janvier 1986 relative aux sociétés d'attribution d'immeubles en jouissance à temps partagé.
[369] Cass. civ. 11 octobre 1989, *JCP*, 1991, II, 21691, note Dubois ; Cass. civ. 3 décembre 1997, *Dr. sociétés*, 1998, n°58.
[370] F. RIZZO, « Le principe d'intangibilité des engagements… », art. cit., n^{os}26 et s. Sur la notion de droits discrétionnaires, voir A. ROUAST, « Les droits discrétionnaires et les droits contrôlés », *RTD civ*. 1944, p. 1 ; D. ROETS, « Les droits discrétionnaires : une catégorie juridique en voie de disparition ? », *D*. 1997, Chron. p. 92.
[371] L. JOBERT, « Le principe de responsabilité limitée », *Bull. Joly*, 2007, p. 225, spéc. n°4, p. 226.
[372] Voir C. LYON-CAEN et RENAULT, *Traité de droit commercial*, t. II, Librairie Cotillon, 1929, n°679 ter, cité par L. JOBERT, « Le principe de responsabilité limitée », art. cit., note 6.
[373] Cass. com. 13 juin 1978, *Bull. civ*. IV, n°163 ; *Rev. sociétés*, 1979, p. 843, note F. Terré, qui avait affirmé, à propos d'une société anonyme, que la règle selon laquelle les actionnaires ne supportent les pertes qu'à concurrence de leurs apports est supplétive, voir Cass. com. 13 juin 1978, *Bull. civ*. IV, n°163 ; *Rev. sociétés*, 1979, p. 843, note F. Terré. À rapprocher, CA Aix, 15 octobre 1982, *RTD com*. 1984, p. 484, n°10, obs. E. Alfandari et M. Jeantin.

défendue car, désormais, la jurisprudence estime que cette règle est dotée d'un caractère absolu[374]. Ce qui conduit à conclure que dans les sociétés à risque limité, une remise en cause du droit de ne pas voir ses engagements aggravés devrait aboutir à une nullité ou à une requalification de la société[375].

546. En renfort à l'argument tiré du droit des sociétés qui ne s'applique qu'aux sociétés dans lesquelles la responsabilité des associés est limitée, vient un autre qui s'appuie sur le droit des contrats. Au demeurant, comme le soulignait Michel Germain[376], conformément à l'ancien article 29[377] du code civil, « *dans tout contrat, société ou autre, dans toute convention annexée à un contrat de plus grande étendue, il faut, à peine de nullité, traiter sur une chose plus ou moins déterminée quant à son espèce* ». Selon lui, « *appliqué à l'augmentation des engagements,* (ce texte) *impose alors que la quotité de la chose, si elle est certaine, puisse être objectivement déterminable* »[378]. Or, admettre que le droit à l'intangibilité puisse être supprimé revient à reconnaître que la société puisse aggraver les engagements de l'associé comme bon lui semble. Il s'agirait d'une sorte de signature en blanc donnée à la personne morale, puisque l'associé s'engagerait à l'aveugle sans pouvoir mesurer à l'avance l'étendue de son engagement. Ainsi, la société pourrait par exemple à tout moment mettre à sa charge une obligation supplémentaire de toute nature ou prolonger la durée de son engagement.

On l'aura compris, en l'état actuel du droit positif, le droit à l'intangibilité des obligations de l'associé ne peut conventionnellement être supprimé[379]. Il peut cependant être réduit par l'instauration de charges supplémentaires, pourvu que celles-ci soient suffisamment déterminées à l'avance.

547. Cette analyse a montré qu'il existe des droits impératifs de l'associé pour lesquels la liberté d'aménagement inégalitaire reste réduite. Dans l'ensemble, ces prérogatives sont celles relatives à la participation aux bénéfices, aux décisions collectives, au vote, à la cession des titres, à l'intangibilité des engagements et à l'information. Aucun de ces droits ne peut être

[374] Cass. com. 26 juin 1984, *Bull. civ*. IV, n°206 ; *Rev. sociétés*, 1985, p. 124, note J. Hémard ; D. 1986, IR, p. 42, cassant CA Aix, 15 octobre 1982, *RTD com*. 1984, p. 484, n°10, obs. E. Alfandari et M. Jeantin. Nous noterons que la Cour de cassation s'est ravisée, puisqu'elle avait décidé le contraire dans l'arrêt précité du 13 juin 1978.
[375] F. TERRÉ, note sous Cass. com. 13 juin 1978, préc.
[376] M. GERMAIN, « La renonciation aux droits propres des associés : illustrations », art. cit., p. 409.
[377] On signalera que ce texte est devenu l'article 1163 depuis le 1er octobre 2016.
[378] M. GERMAIN, « La renonciation aux droits propres des associés : illustrations », art. cit., p. 409.
[379] D. SCHMIDT, *Les droits de la minorité dans la société anonyme*, *op.cit*., n°58, p. 40.

contractuellement anéanti. Plus encore, certains, comme le droit de participer aux décisions collectives et celui à l'information, échappent à toute possibilité de restriction. Ainsi, le devoir de respecter ces prérogatives réduit-il la liberté de discriminer entre associés. Il en est de même de celui de ne pas anéantir les obligations fondamentales de l'associé.

Section 2. Les obligations inhérentes à la qualité d'associé

548. À la différence des droits, les obligations mise à la charge de l'associé restent peu nombreuses en droit des sociétés[380]. Traditionnellement, on enseigne que deux obligations lui incombent : d'une part, il doit effectuer un apport et, d'autre part, il est tenu de participer aux pertes que subirait la société. Ces deux contraintes s'imposent à tout associé quelle que soit la forme sociétaire dans laquelle il est membre.

549. Il arrive cependant que l'associé soit amené à supporter d'autres devoirs en vertu de la loi ou d'une stipulation statutaire. Ces charges sont quelques fois liées à la qualité de contractant de l'associé. C'est ainsi qu'en tant que partie au contrat de souscription, chaque associé doit, tout au long de la vie sociale, se comporter de bonne foi[381] à l'égard de l'être moral. D'autres fois, ces devoirs sont imposés à l'associé en fonction de la nature de la société ou du type d'apport réalisé. Dans le premier cas, on peut évoquer l'obligation aux dettes sociales prévue exclusivement à la charge des associés des sociétés à risque illimité. Nous songeons également à l'exigence de solliciter l'agrément de la société en cas de cession des titres qui s'impose aux associés des sociétés dites fermées[382]. Dans le même mouvement, les associés des sociétés cotées sont parfois obligés de déclarer un franchissement de seuil[383] ou de se retirer de la société[384]. Quant aux obligations liées à la nature de l'apport, on pense naturellement à l'obligation de non-concurrence qui incombe à tout apporteur en industrie[385].

---

[380] Sur l'ensemble de la question, voir Actes du colloque, *Les devoirs de l'actionnaire*, *Gaz. pal*. 6 juin 2016, n°hors-série, pp. 1958 et s.

[381] Pour plus de détails, voir Y GUYON, *Traité des contrats : les sociétés, aménagements statutaires et conventions entre associés*, *op.cit*., n°36, p. 72 ; H. Le NABASQUE, « Le développement du devoir de loyauté en droit des sociétés », *RTD com*. 1999, p. 273 ; S. MAZE, *Les devoirs des actionnaires prépondérants en droit comparé français, anglais et nord-américain*, th. Paris I, 1987 ; L. GODON, *Les obligations des associés*, *op.cit*., pp. 89 et s. ; L. VOGEL, « Loyauté et droit des affaires : l'impossible mariage ? », in *Liber amicorum, Mél. en l'honneur de Ph. Merle*, éd. Dalloz, 2013, p. 745 ; K. GRÉVAIN-LEMERCIER, *Le devoir de loyauté en droit des sociétés*, PUAM, 2013.

[382] C'est-à-dire des SARL, SNC et des sociétés civiles.

[383] Art. L133-7 du Code de commerce.

[384] Articles 237-1 et 237-14 RG AMF.

[385] Cette obligation n'est pas inscrite dans la loi, mais elle relève de l'évidence car on peut difficilement imaginer que l'associé puisse mettre à la disposition d'une société concurrente ses talents qu'il aurait déjà apportés à la société.

Il apparaît finalement que l'associé peut se retrouver débiteur de nombreuses autres obligations.

Mais le devoir de bonne foi[386] étant impliqué par une autre qualité que celle d'associé et les autres charges ne s'appliquant qu'à certains types d'associés ou dans certaines situations particulières, nous estimons qu'elles ne font pas partie du noyau commun à tous les associés. Ce faisant, elles ne seront abordées dans l'étude de la matrice impérative d'associé

Il sera donc procédé à l'analyse des seules obligations financières de l'associé, à savoir la contribution aux pertes (§ 1) et l'obligation d'apport (§ 2).

§ 1. Le devoir éventuel de contribuer aux pertes sociales

550. La contribution aux pertes est une condition de validité du contrat de société[387]. Elle pèse sur tous les associés et dans toutes les sociétés[388]. Le Code civil[389] en fait un devoir fondamental dans la mesure où il proscrit formellement les clauses qui mettent à la charge d'un associé l'ensemble des pertes ou l'exonèrent totalement de toute participation au déficit social. De telles stipulations sont également qualifiées de pactes léonins et sont réputées non écrites[390].

551. À l'image du droit aux bénéfices, l'obligation dont la remise en question est prohibée est une obligation conditionnelle ou virtuelle. En tant que contrat aléatoire, le contrat de société peut procurer du profit, tout comme il peut générer des pertes. Le devoir de contribution s'entend ainsi de l'engagement pris par l'associé de participer aux éventuelles pertes constatées à la dissolution et auxquelles la société n'aura pas pu faire face. En clair, l'associé devra s'engager à supporter le risque[391] de perdre son apport[392] ou la valeur de ses titres[393]. Lorsque l'apport est en industrie ou en jouissance, il faut et il suffit que son auteur accepte de ne pas percevoir la rémunération de son travail ou de la jouissance du bien après la

[386] D'ailleurs, on voit mal comment la société pourrait réduire ou supprimer l'obligation de bonne foi en faveur de certains associés.
[387] Art. 1832 al. 3 du Code civil. Pour plus détails, voir *supra*, n^{os}176 et s.
[388] L. GODON, *Les obligations des associés*, *op.cit*., n°53, p. 41.
[389] Art. 1844-1 al. 2.
[390] Voir *supra*, n^{os}461 et s.
[391] Voir cependant, M. CAFFIN-MOI, art. cit. n^{os}20 et s., qui distingue prise de risque et contribution aux pertes.
[392] H. Le NABASQUE et M. BARBIER, « Les clauses léonines », art. cit., p. 13.
[393] Valeur qui se distingue du prix des titres, voir T. LAMBERT, *Le prix dans les cessions d'actions et de parts sociales*, th. Nancy, 1991, n°1, p. 1.

dissolution[394]. Seules les stipulations qui suppriment ce devoir abstrait de l'associé ou qui le réduisent à une part insignifiante, seront qualifiées de léonines[395]. Il en est ainsi de la clause de garantie de rémunération[396] qui assure à son bénéficiaire la perception d'un profit, quand bien même il y aurait des pertes.

552. Selon la jurisprudence, l'appréciation du caractère léonin doit se faire, sauf en cas de fraude[397], au regard de l'objet de la clause et non de ses effets[398] ou de sa cause[399]. C'est pour cette raison que la Chambre commerciale de la Cour de cassation valide les promesses extrastatutaires de vente ou d'achat de titres sociaux à un prix garanti ou minimum ou encore plancher qu'elles soient conclues entre associés[400] ou entre un associé et un tiers[401]. À cet égard, deux précisions méritent d'être apportées. D'une part, la Chambre commerciale a opéré un revirement de jurisprudence car, à l'origine, elle condamnait de telles conventions[402]. D'autre part, la première Chambre civile de la Cour de cassation a une démarche balbutiante, puisque tantôt elle condamne[403], tantôt elle valide ces conventions[404]. Pour certains auteurs, cette divergence entre les chambres n'a qu'une portée limitée[405], dans la mesure où c'est la Chambre commerciale qui est appelée à connaître de l'essentiel du contentieux en la

[394] H. Le NABASQUE et M. BARBIER, « Les clauses léonines », art. cit., n°98, p. 21.
[395] LAMY, *Sociétés commerciales*, 2015, n°351, p. 151.
[396] Voir par exemple, Cass. Req. 18 mai 1896, D.1897, 1, p. 249 ; Cass. Req. 31 janvier 1917, *Journ. sociétés*, 1918, p. 158, note HB ; Cass. com. 18 octobre 1994, *Dr. sociétés*, n°205, note H. Le Nabasque ; *Bull. Joly*, 1995, p. 157, note P. Le Cannu ; *Defrénois,*1994, 1550, art. 35954, n°3, obs. H. Hovasse CA Montpellier, 10 novembre 1992, *Dr. sociétés*, 1993, n°113.
[397] Par exemple, si le promettant a pour intention d'exonérer le bénéficiaire de toute contribution aux pertes H. Le NABASQUE et M. BARBIER, « Les clauses léonines », art. cit., n°85, p. 16.
[398] Cass. com. 20 mai 1986, *JCP* E, 1986, I, 15846, n°1, obs. A. Viandier et J.-J. Caussain.
[399] Cass. com. 24 mai 1994, *Dr. sociétés*, 1994, n°141, note HLN ; *Bull. Joly,* 1994, p. 797, note P. Le Cannu.
[400] Cass. com. 15 juin 1982, *BRDA*, 1982, n°18, p. 15 ; *Rev. sociétés*, 1983, p. 329 ; *Gaz. pal.* 1983, 1, p. 23. Add. Le BRAS, « Les promesses de cession de droits sociaux et la prohibition des clauses léonines », *Bull. Joly*, 1984, p. 463 ; Cass. com. 3 mars 2009, n°08-12.359, *RJDA* 5/09, n°434 ; CA Paris, 7 février 2013, n°11/05209, *RJDA* 6/13, n°512.
[401] Cass. com. 27 octobre 1981, n°80-13. 165, *Bull. civ*. IV, n°373 ; Cass. civ. 1re, 29 octobre 1990, *Bull. Joly*, 1990, p. 1052, note P. Le cannu.
[402] Cass. Req. 16 janvier 1867, *S.* 1867, I, p. 173 ; Cass. Req. 14 avril 1882, *S.* 1882, 1, p. 423 ; Cass. civ. 11 juillet 1894, *D*. 1894, 1, p. 531 ; Cass. Req. 9 avril 1941, préc.
[403] Cass. civ. 1re, 22 juillet 1986, *Bull. Joly*, 1986, p. 860, note P. Le Cannu ; *RTD com*. 1987, p. 70, obs. Alfandari et M. Jeantin ; *Dr. sociétés*, 1987, somm. comm. p. 391, obs. Bousquet ; Cass. civ. 1re, 7 avril 1987, *Bull. Joly*, 1987, p. 278 ; *Rev. sociétés*, 1987, p. 395 ; *RDB*, 1987, p. 92, obs. A. Viandier et M. Jeantin ; *RTD com.* 1987, p. 523 ; 1988, p. 66, obs. C. Champaud et Le Floch ; *JCP*, 1988, 2, 21006, note M. Germain ; *Defrénois*, 1988, p. 601, note J. Honorat ; Cass. civ. 1re, 16 décembre 1992, *Bull. Joly*, 1993, p. 319, note P. Le Cannu ; *Dr. sociétés*, 1993, n°30, obs. T. Bonneau.
[404] Cass. civ. 1re, 29 octobre 1990, *Bull. Joly*, 1990, p. 1052, note P. Le Cannu, où elle a admis qu'un associé puisse s'engager à rembourser à un autre son apport, sans porter une entorse à la nature du pacte social dès lors que le bénéficiaire de cette garantie n'était pas, par ailleurs, exonéré de toute participation aux pertes.
[405] Voir par exemple P. Le CANNU et B. DONDERO, *op.cit*., n°186, qui estiment que les arrêts cités de la chambre civile sont anciens et non convaincants.

matière[406].

Or pour cette dernière, ces promesses, souvent inclues dans des conventions dites de portage[407], ont pour seul objet d'assurer, moyennant un prix librement convenu et dans des conditions assurant l'équilibre des conventions conclues entre les parties, une transmission de droits sociaux[408]. Partant, elles restent étrangères au pacte social et n'ont aucune incidence sur la participation aux pertes[409]. Ce caractère d'extranéité de la clause par rapport au pacte social doit être compris dans un sens intellectuel et pas seulement géographique[410]. Autrement dit, indépendamment de sa position géographique, la clause doit, pour ne pas tomber sous l'interdiction, être insérée dans un acte dont l'objet n'est pas de régir les rapports collectifs qui unissent les associés[411]. Ce qui signifie en creux que si une promesse extrastatutaire de rachat pèse sur la société et que ne subsiste aucun risque de perte réel[412], la qualification de pacte léonin devra retrouver application[413], puisque l'obligation de rachat grève le patrimoine social[414]. Toutefois, nous remarquerons que si la promesse profite à des bailleurs de fonds, la Cour de cassation estime qu'elle échappe à la prohibition des clauses léonines[415], peu importe qu'elle soit ou non insérée dans les statuts.

553. En tout état de cause, en prohibant les pactes léonins et en les réputant non écrits[416],

---

[406] M. GERMAIN, V. MAGNIER, *op.cit*., n°1056-47, p. 39.

[407] « *Le portage est une convention par laquelle une partie, le porteur, souscrit ou acquiert des titres sociaux (le plus généralement des actions) pour le compte d'un associé de la société émettrice ou d'un tiers, le donneur d'ordre, et se fait promettre par ce dernier que ces titres lui seront rachetés au terme d'une période déterminée, selon des modalités, et notamment un prix, fixées dès l'origine* », voir F. NAFTALSKI, F.-D. POITRINAL et J.-C. PAROT, « Les conventions de portage », *Dr. sociétés, Actes pratiques*, 1997, n°33, p. 1, spéc. n°3, pp. 2 et 3.

[408] Cass. com. 20 mai 1986, *Bowater*, *JCP* E, 1986, I, 15846, n°1, obs. A. Viandier et J.-J. Caussain.

[409] Cass. com. 10 janvier 1989, *JCP*, 1989, II, 21256, note A. Viandier ; *JCP* E, 1989, II, 15492, note A. Viandier ; *Bull. Joly*, 1989, p. 256, note P. Le Cannu ; Cass. com. 24 mai 1994, *RJDA* 10/94, n°1034 ; Cass. com. 12 mars 1996, *RJDA* 8-9/96, n°1064 ; Cass. com. 12 mars 1996, *Bull. Joly*, 1996, p. 516, note Rontchevsky ; *RDB*, 1996, p. 175, obs. M. Germain et M. A. Frison-Roche ; *Defrénois*, 1996, p. 1300, note J. Honorat ; Cass. com. 19 mai 1998, *Bull. Joly*, 1998, p. 1060 ; Cass. com. 19 octobre 1999, *Bull. Joly*, 2000, p. 69 ; *JCP*, 2000, 2, 10250, note Y. Guyon.

[410] Une partie de la doctrine estime qu'il suffit que la clause soit extérieure aux statuts pour échapper à la sanction des clauses léonines, voir par exemple, A. VIANDIER et J.-J. CAUSSAIN, note sous Cass. com. 12 mars 1996, *JCP* E, 1996, I, 589, comm. n°11, selon qui « *dès lors qu'elle* (la clause) *figure dans une convention distincte des statuts, une telle stipulation échappe à la prohibition des clauses léonines* ».

[411] H. Le NABASQUE et M. BARBIER, « Les clauses léonines », art. cit., n°82, p. 15.

[412] Cass. com. 22 février 2005, n°02-14.392.

[413] Pour un avis similaire, voir S. SYLVESTRE, « Validité de la promesse de rachat consentie par la société émettrice au souscripteur qu'elle a émis », *Bull. Joly*, 2004, n°2, p. 179, spéc. p. 182.

[414] Nous devons néanmoins rappeler que si la promesse est attribuée à un investisseur, elle devrait échapper à la nullité, puisque la Cour de cassation considère que les promesses de rachats consenties à un investisseur, même dans les statuts, échappent à la prohibition des clauses léonines, voir par exemple, Cass. com. 16 novembre 2004, préc.

[415] Voir par exemple, Cass. com. 16 novembre 2004, préc. ; Cass. com. 3 mars 2009, préc. ; CA Paris, 7 février 2013, préc.

[416] Nous ne reviendrons pas sur cette sanction car elle a déjà été étudiée à propos des clauses léonines relatives aux bénéfices. Il convient ainsi de se rapporter aux développements précédents y afférents.

la loi fait indéniablement du devoir de participer aux pertes, une obligation essentielle attachée à la qualité d'associé. Pourtant, selon un auteur, il existe « *en droit positif, des situations dans lesquelles des associés ne contribuent pas aux pertes* »[417]. Ce qui le conduit à remettre en cause l'affirmation selon laquelle l'obligation de contribuer aux pertes serait indivisiblement liée à la qualité d'associé. Pour étayer son propos, il évoque en premier lieu, le fait que certains associés, tels que les bénéficiaires d'actions gratuites, n'effectuent pas d'apport et que d'autres réalisent des apports dérisoires, notamment dans les sociétés où n'existe plus de capital minimum. L'idée est de dire que si la contribution aux pertes sociales correspond à un non-remboursement de l'apport, il serait techniquement impossible pour ces associés d'y contribuer[418]. Si l'argument paraît séduisant, il ne résiste pas à l'analyse.

554. D'abord, pour les associés bénéficiaires de titres gratuits, force est d'admettre qu'ils participent bel et bien aux pertes, car la contribution au déficit social peut aussi s'analyser en la perte de la valeur que représentent les titres. Cela est d'autant plus vrai que la jurisprudence assimile la participation aux pertes à tout manque à gagner[419]. C'est dire que la vocation aux pertes doit être déconnectée de l'apport, au moins lorsqu'il s'agit d'apprécier son existence. Pour ce qui est des associés ayant réalisé un apport insignifiant, on peut objecter que l'existence juridique de la contribution aux pertes doit être distinguée de l'étendue de cette contribution. Peu importe son montant, la participation au déficit existe dès lors que l'associé aura perdu, ou est susceptible de perdre, quelque chose.

555. Par ailleurs, l'auteur argue du fait que la jurisprudence valide les promesses statutaires de rachat de droits sociaux à prix plancher attribuées par la personne morale à des bailleurs de fonds. Selon lui, de telles stipulations libèrent définitivement leurs bénéficiaires de toute obligation de prendre part aux pertes. Nous ne souscrivons pas à cette opinion, pour la simple raison que ces investisseurs ne sont pas exempts de tout risque. En effet, il est bien possible que la société périclite avant l'écoulement de la durée de la promesse ou, plus précisément, avant la levée de l'option. Or, si cette situation venait à se produire, la promesse deviendrait caduque puisque son objet, à savoir les titres, aura disparu[420]. Il ressort de ces développements qu'il n'existe pas en droit positif, comme le soutient cet auteur, d'hypothèses dans lesquelles une personne serait considérée comme associé tout en étant affranchie de toute participation aux pertes sociales.

---

[417] M. CAFFIN-MOI, art. cit. n°22.
[418] *Ibid*., n^{os}14 à 16.
[419] Cass. com. 31 janvier 1917, préc.
[420] Cass. com. 22 février 2005, *RJDA*, 6/05, n°702.

Ce qui permet d'affirmer que la contribution au déficit est une obligation essentielle de l'associé qui ne peut en aucun cas être supprimée par l'application de la liberté de discriminer entre associés. On notera cependant que la loi n'interdit ni son renforcement, ni son abaissement. Qu'en est-il de l'obligation d'apport ?

§ 2. Le devoir d'effectuer un apport

556. L'apport[421] est-il une obligation capitale de l'associé, indissociable de sa qualité ? Notre étude a révélé que des situations existaient en droit des sociétés dans lesquelles la loi reconnait la qualité d'associé à des personnes n'ayant pas effectué d'apport ou ayant repris la valeur de leur mise. Tel est le cas du système des actions gratuites[422] et du procédé de l'amortissement du capital[423]. Dans le même mouvement, un auteur a pu faire remarquer que « *la majorité des formes sociétaires peuvent aujourd'hui être légalement constituées sur la base d'un capital (et donc d'un apport) purement symbolique, ce qui démontre bien que l'essentiel réside théoriquement dans la fixation contractuelle, par les statuts, des droits pécuniaires et politiques de associés, et non dans l'exigence de réalisation d'un apport véritable* »[424]. Ce constat semble accréditer l'idée selon laquelle le capital social n'a plus grande utilité[425] et que l'apport est devenu une « *contrainte inutile pour devenir associé* »[426]. Dans ces conditions, la tentation est grande de considérer que l'obligation d'apport n'est pas inhérente à la qualité d'associé et que rien n'empêche la société d'en exonérer certains associés.

557. Les choses ne sont pourtant pas si évidentes qu'elles n'y paraissent. En disposant que la société est instituée par des personnes qui, par contrat, conviennent « *d'affecter à une entreprise commune leurs biens ou industrie* », l'article 1832 du Code civil semble faire de l'apport une condition indispensable à l'existence de la société et donc de la qualité d'associé. En dehors des mécanismes d'attribution d'actions gratuites et d'amortissement du capital, le droit des sociétés ne contient aucune disposition qui permet la suppression de cette obligation légale. Par conséquent, il convient de retenir, comme la jurisprudence[427] et la majorité de la

[421] Pour plus de détails, voir *supra*, n°160 et s.
[422] J. LEDAN, « Nouveau regard sur la notion d'associé », art. cit., n°6, p. 8.
[423] P. CORDONNIER, *De l'égalité entre actionnaires*, *op.cit.,* n°228, p. 412 ; G. COUHARD, *De l'amortissement du capital-actions dans les sociétés*, th. Dijon, 1906, pp. 102 et s.
[424] A. CONSTANTIN, « Recherche notion d'associé, désespérément ! », art. cit., p. 30.
[425] G. PARLEANI, « Réflexion sur l'utilité de la notion de capital social et son avenir », *Rev. sociétés*, 2005, p. 19.
[426] T. MASSART, « La société sans apport », art. cit., p. 292.
[427] CE, 23 novembre 2001, préc.

doctrine[428], que le devoir d'effectuer un apport reste encore une obligation essentielle qui incombe à tout associé. C'est justement lui qui sépare l'associé des personnes qui participent à un autre titre à la vie sociale, tels que les préteurs ou les salariés.

Il convient de retenir que l'obligation d'apport ne peut faire l'objet d'aménagements contractuels pouvant affecter son existence. En revanche, ces modalités d'exécution peuvent être durcies ou assouplies en faveur ou au détriment de certains associés.

Conclusion du chapitre 1

558. En générant des droits et des obligations intangibles, ou du moins non supprimables, la qualité d'associé restreint les possibilités de traitement inégalitaire entre associés. Cependant, la portée de cette limite varie en fonction des droits et obligations. Pour certains, seule la suppression est interdite. Tel est le cas des prérogatives de partager les bénéfices, de voter aux décisions collectives, de céder les titres sociaux et de ne pas voir les engagements augmentés. De la même façon, le devoir de contribuer aux pertes sociales n'est susceptible d'aucune suppression. Pour d'autres, même les restrictions sont bannies. Il en est ainsi du droit à l'information, de celui de participer aux décisions collectives et de l'obligation d'apport.

Cette restriction de la liberté de discriminer entre associés se retrouve aussi dans l'obligation de ne pas porter atteinte aux droits attribués à l'associé en sa qualité d'organe.

[428] L. GODON, « La condition juridique de l'associé de SAS : une originalité contenue », *Rev. sociétés* 2016, p. 580, spéc. n°11. M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *op.cit.,* n^{os}125 et 126 ; D. SCHMIDT, « Les lois du 1er août 2003 et le droit des sociétés », *D.* 2003, p. 2619 ; H. BLAISE, *L'apport en société, op.cit.,* n°7, p. 15 ; A. VIANDIER, *La notion d'associé*, *op.cit*., n^{os}153 et s.

CHAPITRE 2 – L'inégalité limitée par la qualité d'organe de l'associé

559. Chargés de gérer et de représenter l'être moral en toutes circonstances, les dirigeants sont, en principe, les seuls organes sociaux. Il reste que dans certaines situations, la loi permet aux associés d'agir comme des représentants légaux de la société, en exerçant des droits sociaux[1]. Ces prérogatives ne leur profitent ni directement ni exclusivement, mais sont utilisées dans l'intérêt de la collectivité, et plus encore, dans celui de la personne morale.

Attribuées aux associés en tant qu'organes, ces prérogatives échappent, à l'évidence, à toute possibilité de restriction. Seraient dès lors illicites, toutes les stipulations par lesquelles un ou certains associés s'engageraient envers la société à renoncer à les exercer partiellement ou totalement.

Au plan matériel, ces droits peuvent être divisés en deux groupes suivant leur mode d'exercice. Il existe, d'une part, ceux qui peuvent être individuellement mis en application par l'associé et que nous qualifierons de droits individuels (Section 1) et, d'autre part, celui qui n'est exerçable que de manière collective et qui sera appelé droit collectif (Section 2).

Section 1. L'impossibilité d'anéantir les droits individuels attribués aux associés en tant qu'organe de la société

560. Parmi les droits sociaux que l'associé peut individuellement mettre en application, certains n'ont aucun rapport avec les assemblées générales (§ 1), alors que d'autres sont relatifs à celles-ci (§ 2).

§ 1. Les droits exerçables en dehors des assemblées générales

561. Il s'agit, ici, tout d'abord de la possibilité de mettre en mouvement l'action *ut singuli* (A). Toutefois, l'examen du droit positif laisse apparaître que d'autres prérogatives peuvent être exercées par chaque associé indépendamment de toute assemblée générale (B).

[1] C. GOYET, « Les limites du pouvoir majoritaire dans les sociétés », *RJ com.* 1991, n° spéc. p. 58, p. 59, spéc. p. 62.

A. Le droit d'exercer l'action sociale ut singuli

562. En principe, il appartient aux dirigeants sociaux d'agir en justice pour demander la réparation de tout préjudice du fait d'autrui subi par la personne morale. Lorsque l'action sociale est déclenchée par ces représentants légaux, on dira qu'elle est exercée *ut universi*. Cependant, peuvent se présenter des situations dans lesquelles le dommage dont souffre la personne morale résulte d'une faute commise par ces mêmes dirigeants. On comprend, dès lors, aisément le risque de paralysie de l'action sociale, puisque le dirigeant fautif sera peu enclin à agir contre lui-même[2]. De plus, l'expérience montre que même en cas de remplacement de l'auteur des manquements, les nouveaux hésitent souvent à poursuivre leurs prédécesseurs[3]. Finalement, « *l'action sociale ne sera guère exercée* ut universi *que s'il s'agit de la faute d'un isolé, désavoué par ses collègues, ou s'il y a faillite de la société* »[4].

563. Face à cette situation d'anomalie ou de carence[5], la loi[6] a mis en place un correctif qui permet à tout associé d'agir afin de protéger le patrimoine social[7]. C'est ce mécanisme que la doctrine dénomme action *ut singuli*, par opposition à l'action *ut universi*. Par son application, l'associé cherche à obtenir réparation de l'intégralité[8] du dommage causé à la société[9], en engageant la responsabilité civile[10] du ou des dirigeants fautifs. La Cour de cassation a eu l'occasion de préciser que seuls les dirigeants pouvaient être mis en cause dans le cadre de ce mécanisme[11]. En conséquence, sauf s'ils sont complices du ou des dirigeants fautifs[12], les tiers ne sauraient être poursuivis dans le cadre de cette action[13]. Sont donc

---

[2] D. PORACCHIA, « L'actionnaire bénéficie du droit propre d'exercer l'action sociale au nom et pour le compte de la société », obs. sous Cass. crim. 12 décembre 2000, *Dr. et patr*., juin 2001, p. 108, spéc. p. 9.
[3] G. CHESNÉ, « L'exercice '*ut singuli*' de l'action sociale dans la société anonyme », *RDT.com.* 1962, p. 347, spéc. n°2.
[4] *Ibid*.
[5] R. VATINET, « La réparation du préjudice causé par la faute des dirigeants sociaux, devant les juridictions civiles », *Rev. sociétés*, 2003, p. 247, spéc. n°12.
[6] Art. 1843-5 du Code civil qui s'applique à toutes les sociétés ; art. L225-252 du Code de commerce pour les sociétés par actions.
[7] G. CHESNÉ, « L'exercice '*ut singuli*' de l'action sociale dans la société anonyme », art. cit., n°2.
[8] Avant la loi du 24 juillet 1966, la jurisprudence estimait que l'associé ne pouvait obtenir réparation que de la fraction du dommage social qui correspondait à sa part dans le capital social, voir par exemple, Cass. com. 4 août 1952, *JCP* 1952, 2,7180, note Lescot.
[9] Sur les fonctions de cette responsabilité, voir PH. DIDIER, « Les fonctions de la responsabilité civile des dirigeants sociaux », *Rev. sociétés*, 2003, p. 238.
[10] Sur les contours de cette responsabilité, voir M. GERMAIN, « La responsabilité civile des dirigeants, rapport de synthèse », *Rev. sociétés*, 2003, p. 284.
[11] Cass. com. 19 mars 2013, *Bull. civ*. IV, n°42 ; *Bull. Joly* 2013, p. 316, note J.-F. Barbièri ; *Gaz. pal*. 28-29 juin 2013, p. 23, note B. Dondero.
[12] Cass. crim. 28 janvier 2004, *Bull. Joly* 2004, p. 678, note J.-F. Barbièri ; *D*. 2004, p. 1447, note H. Matsopoulou ; *Dr. et patr*., 7-8/2004, p. 108, obs. D. Poracchia.
[13] Cass. com. 19 mars 2013, *Bull. civ*. IV, n°42 ; *Bull. Joly* 2013, p. 316, note J.-F. Barbièri ; *Gaz. pal*. 28-29 juin 2013, p. 23, note B. Dondero.

matériellement concernés, les gérants de SARL, de SNC et de GIE, les directeurs généraux, directeurs généraux délégués et les administrateurs de SA ainsi que les présidents ou autres dirigeants statutaires de SAS. Nous pensons, par ailleurs, que cette action peut être dirigée contre les dirigeants de fait. On notera que selon la Cour de cassation, ce droit d'agir ne se limite pas à la possibilité d'introduire la demande initiale, mais implique également la faculté d'exercer une voie de recours que ces dirigeants auraient négligée[14].

564. L'action *ut singuli* peut être mise en mouvement par tout associé, quelle que soit l'étendue de sa participation dans le capital social ou la forme sociétaire concernée[15]. Il suffit seulement, d'une part, que la qualité d'associé de celui qui agit soit démontrée[16] et, d'autre part, que le dirigeant ait commis une faute de gestion[17], ayant été à l'origine du préjudice de la société. Si ces conditions sont satisfaites, les associés peuvent agir, seuls ou en groupe[18]. Dans les sociétés cotées, le législateur reconnaît cette prérogative d'action aux associations d'actionnaires remplissant les conditions de l'article L225-120 du Code de commerce[19]. De même, la loi habilite les associés qui représentent au moins le vingtième du capital dans les sociétés par actions[20] ou le dixième dans les SARL[21] à se faire représenter par un ou plusieurs parmi eux pour agir contre le dirigeant. Cependant, la jurisprudence refuse aux associés la possibilité de demander la nomination d'un mandataire *ad hoc* chargé de présenter les demandes de réparation en justice[22]. Pour le reste, l'associé qui décide d'agir dispose d'un délai de trois ans à compter du fait dommageable ou de sa révélation si ce fait a été dissimulé[23]. Il devra également mettre en cause la société[24], c'est-à-dire l'inviter à venir

[14] Cass. crim. 12 décembre 2000, *Bull. Joly* mai 2001, p. 508, note J.-F. Barbièri ; *Rev. sociétés* 2001, p. 865, note B. Bouloc ; *Dr. et patr*., juin 2001, p. 108, obs. D. Poracchia.
[15] M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *op.cit*., n°359.
[16] C'est ce qui explique que lorsque l'associé perd cette qualité en cédant ses titres, il perd concomitamment le droit d'exercer cette action, même si toutes les conditions d'exercice étaient réunies avant la cession, voir Cass. com. 26 janvier 1970, *JCP* 1970, II, 16385, note Y. Guyon ; *RTD com*. 1970, p. 431, note R. Houin. À rapprocher, CA Paris, 6 avril 2001, *RJDA*, 10/01, n°982.
[17] Cass. req. 1er décembre 1931, *D*. 1933, 1, p. 89, note J. Hamel ; Cass. civ. 3e, 18 juin 1970, *Bull. civ*. III, n°429 ; Cass. civ. 3e, 17 janvier 1978, *Bull. civ*. III, n°43 ; *JCP* G, IV, 1978, 95. Nous signalerons que cette faute peut consister en tout manquement de la part du dirigeant, J.-C. PAGNUCCO, *L'action sociale* ut singuli *et* ut universi *en droit des groupements*, éd. LGDJ, 2005, nos669 et s.
[18] Art. 1843-5 al. 1 du Code civil.
[19] Selon ce texte, « *les actionnaires justifiant d'une inscription nominative depuis au moins deux ans et détenant ensemble au moins 5% des droits de vote peuvent se regrouper en associations destinées à représenter leurs intérêts au sein de la société* ».
[20] Art. L225-169 al. 1 du Code de commerce.
[21] Art. L223-31 al. 1 du Code de commerce.
[22] Cass. com. 14 décembre 2004, *Bull. civ*. IV, n°229 ; *Bull. Joly* 2005, p. 512, note D. Schmidt ; *Dr. sociétés*, avril 2005, p. 26, note H. Hovasse ; *Rev. sociétés* 2005, p. 448, note B. Bouloc.
[23] Art. L225-254 du Code de commerce.
[24] Art. R223-31 et R225-170 du Code de commerce. Voir aussi, CA Paris, 15 février 1990, *Bull. Joly* 1990, p. 536.

devant la juridiction[25]. Une fois l'action enclenchée, il lui incombe non seulement d'avancer les frais de procédure[26], mais aussi de reverser les éventuels dommages et intérêts à la société[27]. Il apparaît que le droit d'agir conféré à l'associé est institué dans l'intérêt exclusif de la personne morale. En représentant la société, l'associé agit incontestablement comme un organe[28].

565. De plus, la jurisprudence considère que cette prérogative est un droit propre[29] qu'aucune décision de l'assemblée générale ne peut remettre en cause[30]. Cette affirmation est confirmée par la loi, puisque celle-ci écarte toutes les restrictions unilatérales ou conventionnelles qui pourraient être apportées à cette prérogative. C'est ce qui ressort des articles 1843-5 du Code civil et L225-253 du Code de commerce selon lesquels, « *est réputée non écrite toute clause des statuts ayant pour effet de subordonner l'exercice de l'action sociale à l'avis préalable ou à l'autorisation de l'assemblée ou qui comporterait par avance renonciation à l'exercice de cette action* ». Nous remarquerons que, jusqu'à la loi n°88-15 du 5 janvier 1988, ce droit ne semblait revêtir un caractère absolu. Deux raisons conduisaient à le penser. D'une part, faute de texte spécial, il était refusé aux associés des sociétés civiles[31]. D'autre part, même dans les sociétés où il était admis, il pouvait être éteint soit par le quitus[32] (ce fut le cas dans les sociétés commerciales de personnes), soit par une transaction avec la société[33].

Aujourd'hui, le caractère intangible du droit d'exercer l'action *ut singuli* ne souffre d'aucune contestation en droit positif. Ce qui vient naturellement limiter la liberté de discriminer entre associés, dans la mesure où aucune atteinte n'est tolérée, peu importe qu'elle soit acceptée par l'associé.

---

[25] B. BOULOC, « L'action civile exercée devant le juge pénal par la voie de l'action sociale '*ut singuli*' », note sous Cass. crim. 12 décembre 2000, *Rev. sociétés* 2001, p. 865, spéc. n°6.
[26] Frais dont il n'est pas sûr de récupérer. C'est d'ailleurs l'une des raisons qui expliquent le faible engouement des associés pour ce procédé.
[27] Alors qu'avant il avait le droit de conserver pour lui les dommages et intérêts alloués, en ce sens, voir Cass. req. 6 août 1894, *D*. 1896, 1, p. 144 ; Cass. req. 31 juillet 1985, *D*. 1896, 1, p. 260.
[28] D. SCHMIDT, *Les droits de la minorité dans la société anonyme*, *op.cit*., n^{os}262 et s.
D. PORACCHIA, « L'actionnaire bénéficie du droit propre d'exercer l'action sociale au nom et pour le compte de la société », art. cit., p. 109.
[29] Cass. crim. 12 décembre 2000, *Bull. Joly* mai 2001, p. 508, note J.-F. Barbièri ; *Rev. sociétés* 2001, p. 865, note B. Bouloc ; *Dr. et patr*., juin 2001, p. 108, obs. D. Poracchia.
[30] Cass. com. 8 mars 2016, n°14-16621, *Gaz. pal*. 6 septembre 2016, p. 73, note B. Dondero.
[31] Cass. civ. 1re, 30 novembre 1980, *Rev. sociétés* 1982, p. 110, note Y. Chartier ; Cass. civ. 1re, 18 mai 1983, *RTD com*. 1984, p. 101, obs. E. Alfandari et M. Jeantin ; *D*. 1984, IR, 391, obs. J.-C. Bousquet et V. Selinsky.
[32] Cass. crim. 26 janvier 1938, *S*. 1939, 1, p. 49.
[33] Cass. civ. 4 février 1931, *Gaz. pal*. 1931, 1, p. 528.

En plus de ce droit d'action, l'associé exerce, en tant qu'organe et en dehors des assemblées, d'autres droits individuels.

B. Les autres droits exerçables hors assemblée

566. Il existe d'autres situations dans lesquelles la loi accorde à l'associé des prérogatives dont l'objet est de défendre l'intérêt social comme l'auraient fait les organes sociaux. On songe au droit de demander la nomination de certains organes tels que le commissaire aux comptes, le liquidateur, l'administrateur provisoire ou l'expert de gestion. On peut également évoquer la faculté de demander la dissolution de la société ou la nullité d'une décision collective. Comme l'a souligné le professeur Schmidt[34], ces différents procédés ne sont pas institués dans l'intérêt personnel et direct de l'associé, mais plutôt dans celui de la personne morale[35] puisque, d'une part, le titulaire ne peut conclure pour ses intérêts singuliers et, d'autre part, son action ne sera accueillie que si les intérêts de la collectivité le justifient. Il suffit d'analyser chacune des hypothèses citées pour s'en rendre compte.

567. Droit de demander la nomination ou de récuser les commissaires aux comptes. Deux cas de figure existent en droit des sociétés dans lesquels il est permis à un associé de solliciter la nomination en justice des commissaires aux comptes. Soit l'organe habilité à les nommer, en l'occurrence l'assemblée générale ordinaire ou un organe équivalent[36], n'y a pas procédé alors même que cette nomination est obligatoire[37], soit la nomination du commissaire n'est que facultative[38]. Dans les deux cas, l'associé qui provoque la nomination met en exercice une prérogative normalement dévolue aux dirigeants sociaux[39].

568. Donc, en lui attribuant le droit de demander cette nomination, la loi[40] permet à l'associé d'agir en qualité d'organe. Cette affirmation est d'autant plus exacte que l'associé ne sert pas ici ses intérêts personnels. Bien au contraire, en sollicitant la mise en place de cet organe de contrôle, il vise à protéger l'intérêt général. Si la demande de nomination intervient

---

[34] D. SCHMIDT, *Les droits de la minorité dans les sociétés anonymes, op.cit*., n°268, p. 202.
[35] Rappelons que pour Monsieur Schmidt cet intérêt social se confond avec celui des associés, voir D. SCHMIDT, *Les droits de la minorité dans les sociétés anonymes, op.cit*., n^{os}81 et s.
[36] Articles L823-1 al. 1 et L225-228 du Code de commerce.
[37] Art. L823-4 du Code de commerce. Tel est le cas par exemple dans les SNC : art. L221-9 al. 3du Code de commerce, des SARL : art. L223-35 al. 3 ou encore des SAS : art. L227-9-1 dernier alinéa du Code de commerce.
[38] Art. L221-9 al. 3 du Code de commerce pour les SNC. Dans les SARL et les SAS, les articles L223-35 al. 3 et L227-9-1 dernier alinéa du Code de commerce réserve ce droit aux associés qui disposent, seuls ou groupés, au moins un dixième du capital social.
[39] Sur les sanctions pénales du non-respect de cette obligation légale, voir art. L820-4 al. 1 du Code de commerce.
[40] Art. L823-6 du Code de commerce.

pour pallier une omission des dirigeants, alors elle permettra de corriger un manquement à la loi. Ce qui rentre bien dans l'intérêt de la société, puisque cette dernière doit à tout moment se conformer aux lois et règlements en vigueur. De même, si l'associé demande la désignation d'un commissaire alors que la société n'est pas obligée de mettre en place cet organe, les juges n'accèderont à sa requête que si celle-ci se trouve justifiée par la protection de l'intérêt social.

569. Un auteur argument peut être trouvé dans les fonctions des commissaires aux comptes pour appuyer l'idée que l'associé demandeur ne sert pas ses propres intérêts. En effet, s'ils doivent s'assurer que l'égalité entre associés a été respectée[41], les commissaires aux comptes sont surtout chargés de contrôler la gestion de la personne morale[42], d'informer les associés des irrégularités dans les comptes[43], de signaler au procureur tout fait délictueux[44] et d'alerter les dirigeants sur tout fait pouvant compromettre la continuité de l'exploitation[45]. Ainsi, apparaît-il incontestablement que leur mission consiste, au premier chef, à protéger le patrimoine social. Inversé, l'ensemble de ces arguments demeure applicable aux hypothèses de récusation du commissaire aux comptes prévue par l'article L823-7 du Code de commerce.

On constate que l'associé qui demande la nomination d'un commissaire aux comptes ou leur récusation exerce un pouvoir d'organe. Ce pouvoir qui lui est reconnu ne saurait être ni réduit ni supprimé par une clause statutaire.

570. Droit de demander la nomination d'un liquidateur. En cas de dissolution d'une société, un ou plusieurs liquidateurs doivent être nommés dans les statuts[46] ou par l'assemblée générale des associés[47]. Si la nomination n'est pas intervenue, la loi donne à chaque associé le droit de la réclamer en justice[48].

571. La plupart des remarques qui ont été faites à propos des commissaires aux comptes demeurent valables ici. L'associé qui introduit la demande de nomination agit comme un organe car le droit qu'il met en application ne lui profite pas directement et personnellement. Au contraire, sa requête ne sera acceptée par le juge que si la protection des intérêts de la

[41] Art. L823-11 du Code de commerce.
[42] Art. L823-10 du Code de commerce.
[43] L823-12 al.1 du Code de commerce.
[44] L823-12 al. 2 du Code de commerce.
[45] Art. L234-1 du Code de commerce pour les SA.
[46] Art. 1844-8 du Code civil applicable à toutes les sociétés.
[47] Art. 1844-8 du Code civil applicable à toutes les sociétés ; L237-18 du code de commerce pour les sociétés commerciales.
[48] Articles 1844-8 al. 2 du Code civil et L237-19 du Code de commerce.

collectivité l'exige. Aussi dans le fond, le liquidateur est chargé de remplacer les dirigeants sociaux et de procéder aux opérations de liquidation[49]. Il doit désintéresser les créanciers sociaux et, si l'actif restant le permet, rembourser à chaque associé sa mise. Cela permet à la collectivité de ne pas rester dans une situation d'incertitudes. Ce qui équivaut à une protection de ces intérêts.

Il s'ensuit qu'aucune atteinte du droit de demander la désignation du liquidateur ne peut être admise, y compris par voie contractuelle.

572. Droit de demander la nomination d'un administrateur provisoire ou d'un mandataire *ad hoc*. Les tribunaux admettent depuis longtemps la possibilité de demander au juge la nomination d'un administrateur provisoire chargé de remplacer temporairement les organes sociaux en cas de circonstances exceptionnelles[50]. Selon la Haute juridiction, il y a circonstances exceptionnelles, lorsqu'il existe une crise affectant gravement le fonctionnement de la société[51] et que d'autres solutions du droit des sociétés ne permettent pas de juguler[52]. C'est donc l'urgence et le péril dans les biens de la personne morale qui justifient la mise en place de cet instrument[53].

573. En principe, si ces conditions sont remplies, tout intéressé, y compris les associés, peut formuler une telle demande[54]. Il s'avère ainsi que cette action n'est pas instituée dans le but de défendre les intérêts égoïstes de celui qui l'exerce, puisque la demande ne sera recevable que si elle est fondée sur la nécessité de sauvegarder le patrimoine social, d'où l'exigence d'un péril imminent. Aussi, chargé de remplacer totalement ou partiellement les organes de la société pendant un certain temps, l'administrateur provisoire veille-t-il sur les intérêts de l'ensemble des associés. Ce cas de figure peut être rapproché de celui dans lequel il est permis aux associés de demander la nomination d'un mandataire *ad hoc*. On pense par exemple aux hypothèses d'abus de minorité, dans lesquelles la jurisprudence considère que l'action ne sera recevable que si elle est justifiée par la protection de l'intérêt social[55] qui est

[49] M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *op.cit*., n°616.
[50] Voir en ce sens Cass. req. 6 février 1929, *S*. 1929, 1, p. 88 ; *S*. 1933, 2, p. 1022 ; *S*. 1934, 1, p. 21 ; Cass. com. 22 avril 1966, *Gaz. pal*. 1966, II, p. 269 ; *RTD com*. 1967, p. 136, note Houin.
[51] Cass. com. 25 janvier 2005, *Rev. sociétés* 2006, p. 828, note A. Lecourt ; Cass. com. 6 février 2007, *Dr. sociétés* 2007, n°73, note H. Hovasse ; *Bull. Joly* 2007, p. 690, note P. Scholer ; Cass. com. 21 février 2012, *Rev. sociétés* 2012, p. 289, note B. Brignon et D. Poracchia.
[52] CA Paris, 5 mai 2004, *RTD com*. 2004, obs. C. Champaud et D. Danet.
[53] D. SCHMIDT, *Les droits de la minorité dans les sociétés anonymes, op.cit*., n°269, p. 203.
[54] Sur cette question, voir G. BOLARD, « Administration provisoire et mandat *ad hoc* », *JCP* E 1995, I, 509.
[55] CA Douai, 11 février 1972, D. 1972, p. 279, note D. Schmidt ; *RTD com*. 1972, p. 405, obs. Houin ; *Rev. sociétés* 1972, p. 496, note J. H. ; CA Colmar, 24 septembre 1975, *D*. 1976, p. 348, note Y. Guyon ; *RTD com*.

différent de l'intérêt du groupe auquel la société appartient[56].

En définitive, l'associé qui demande la nomination d'un administrateur provisoire ou d'un mandataire *ad hoc* exerce un pouvoir d'organe social. Il est dès lors difficilement imaginable que les statuts puissent limiter ou interdire l'exercice de cette prérogative.

574. Droit de demander la nomination d'un expert de gestion. Dans certaines sociétés, il est permis aux associés de demander la nomination d'un expert de gestion[57]. Au sein des SARL, la demande peut être présentée directement au juge par un ou plusieurs associés représentant au moins un dixième du capital, soit individuellement, soit en groupe. La situation est sensiblement différente dans les sociétés par actions. Ici, les actionnaires demandeurs doivent non seulement détenir au moins 5% du capital, mais sont également contraints, sous peine de voir leur demande rejeté[58], de poser au préalable des questions aux dirigeants. C'est seulement en cas d'absence de réponse ou de réponse insuffisante, qu'ils pourront saisir le juge. Pour le surplus, la demande doit porter sur une ou plusieurs opérations de gestions[59] bien déterminées[60].

575. Comme pour les hypothèses précédentes, cette action n'est pas destinée à protéger les intérêts personnels de l'associé demandeur. Il est vrai que ce dernier garde une certaine liberté quant aux résultats de l'expertise. Si l'examen révèle des irrégularités, il pourra demander réparation s'il subit un préjudice personnel, engager l'action *ut singuli* ou même ne rien faire. Mais cela ne suffit pas pour retenir qu'il agit dans le sens de ses intérêts. Plusieurs raisons permettent de corroborer le propos. D'abord, il est évident que le juge n'accueillera sa

---

1976, p. 554, obs. Houin ; TC Paris, 3 décembre 2003, *aff. Eurotunnel*, *JCP* E 2004, p. 71, note A. Viandier ; *Dr. sociétés* 2004, n°46, obs. Monnet ; *Rev. sociétés* 2005, p. 847, note Monsallier-Saint Mleux.

[56] CA Paris, 10 avril 1989, *Gaz. pal*. 21-22 avril 1989 ; *LPA* 15 mai 1989, p. 5, note Jalade ; *Bull. joly* 1989, p. 529 ; *Rev. fr. comptab*. sept. 1989, p. 46, note Reigne ; *Rev. sociétés* 1989, p. 485, note Forschbach.

[57] Ce privilège n'est accordé qu'aux associés des SARL (L223-37 du Code de commerce) et des sociétés par actions (art. L225-231 du Code de commerce). C'est ainsi qu'une demande de nomination d'un expert de gestion dans une société coopérative a été rejetée, voir Cass. com. 30 novembre 2004, *Bull. Joly* 2005, p. 410, note B. Saintourens.

[58] Cass. com. 14 février 2006, *Bull. Joly* 2006, p. 619, note L. Godon ; *JCP* E 2006, VI, 2035, obs. J.-J. Caussain, F. Deboissy et G. Wicker.

[59] Pour déterminer les opérations de gestion, la Cour de cassation fait prévaloir le critère organique. Ainsi, a-t-elle pu considérer qu'une augmentation de capital n'est pas une opération de gestion parce qu'elle est effectuée par l'assemblée générale, voir Cass. com. 25 septembre 2012, *Bull. Joly* 2013, p. 48, note I. Parachkévova ; *Dr. sociétés* 2012, n°206, obs. M. Roussille ; *Rev. sociétés* 2013, p. 286, note J.-F. Barbièri. Cependant, il y a lieu de noter que la jurisprudence accepte la nomination d'un expert pour des opérations qui relèvent de la compétence des organes de gestions nécessitant l'intervention de l'assemblée générale. Il en est ainsi des apports partiels d'actifs non soumis au régime des scissions, (Cass. com. 12 janvier 1993, *JCP* E 1993, II, 415, note A. Viandier) ou des conventions réglementées (CA Versailles, 27 février 1997, *Bull. Joly* 1997, p. 543, note P. Le Cannu et M. Menjucq.

[60] Car l'expertise de gestion ne doit pas être un prétexte pour faire un audit général de la gestion.

demande que si l'opération visée crée un risque sérieux sur l'intérêt de la personne morale. Ensuite, lorsque l'expert établit son rapport, les demandeurs ne sont pas les seuls destinataires. Ce document doit être non seulement publié, mais aussi transmis « *au ministère public, au comité d'entreprise, au commissaire aux comptes ainsi qu'au gérant* »[61].

Il ressort de cette démonstration que le droit de demander l'expertise de gestion est une prérogative individuelle appartenant à la collectivité. Dès lors, elle ne saurait être affectée par une discrimination dans la société.

576. Droit de demander la dissolution de la société ou l'annulation d'une décision collective. Peut encore être rangée dans la catégorie des prérogatives sociales, la faculté de demander la dissolution de la société. Rappelons que la loi permet à chaque associé de requérir cette dissolution en cas de juste motif[62] ou de perte de la moitié du capital social[63]. Généralement, ce juste motif réside dans une mésentente entre associés. Dans ce cas, la demande ne sera admise que si cette mésentente entraîne une paralysie de fonctionnement[64]. En tout état de cause, il est de l'intérêt d'une société dont le fonctionnement est paralysé d'être dissoute. De la même façon, une société de capitaux qui perd la moitié de son capital social et qui ne bénéficie d'aucun nouvel apport contrevient à la loi, de sorte qu'il sera de son intérêt d'être dissoute[65].

577. Dans le même esprit, lorsque l'associé demande la nullité d'une décision de l'assemblée générale pour irrégularité ou pour abus de majorité, il agit au profit de la collectivité. Si la décision est irrégulière, c'est-à-dire contraire aux règles légales, la démarche de l'associé aura pour but de permettre à la société de se conformer à celles-ci. Ce qui rentre évidemment dans l'intérêt de cette dernière. Il en va de même si la délibération attaquée est constitutive d'un abus du droit de vote, puisque si l'abus de majorité suppose une rupture d'égalité entre associés, il implique aussi et surtout, une atteinte à l'intérêt social.

578. Dans l'ensemble de ces hypothèses, l'action de l'associé « *tend à réparer ou à prévenir un désordre collectif, et il ne saurait être mis en doute qu'elle profite d'abord, et à*

[61] Selon les articles L223-37 et L225-231 du Code de commerce.
[62] Art. 1844-7 al. 5 du Code civil.
[63] CA Paris, 18 février 1994, *RTD com*. 1994, p. 284, obs. C. Champaud et D. Danet. Cette possibilité n'existe cependant que dans les sociétés de capitaux.
[64] D. SCHMIDT, *Les droits de la minorité dans les sociétés anonymes, op.cit*., n°269, p. 203.
[65] Abstraction faite bien entendu de la protection des tiers.

titre principal, à la collectivité »[66]. Peut-on dès lors admettre que ces prérogatives puissent être réduites ou supprimées par la société ? La réponse est évidemment négative. En vérité, à l'instar des situations précédemment, les droits de demander la dissolution de la personne morale ou la nullité d'une délibération relèvent du caractère institutionnel de la société et s'imposent à tous[67]. Ce faisant, ils se dérobent de la libre disposition de l'associé et de la société.

Ainsi se termine l'étude des droits individuels reconnus à l'associé en dehors de toute assemblée. Mais nous avions annoncé qu'en sa qualité d'organe social, l'associé disposait aussi de prérogatives individuelles s'exerçant dans le cadre des assemblées.

§ 2. Les droits exerçables dans le cadre des assemblées générales

579. Au sein des prérogatives individuelles que l'associé peut mettre en œuvre dans le cadre des assemblées, certaines sont exercées avant la tenue de l'assemblée (A), d'autres pendant le déroulement de celle-ci (B).

A. Les droits exerçables préalablement à la tenue des assemblées générales

580. Il s'agit essentiellement des droits de l'associé de provoquer la tenue de l'assemblée (I) et de demander l'inscription de points ou de projets à l'ordre du jour (II).

I. Le droit de convocation des assemblées générales

581. Dans les sociétés, les associés ne peuvent pas se réunir de leur propre autorité[68]. Il appartient aux dirigeants sociaux de les convoquer en assemblées générales. Dans les SA, cette prérogative appartient, selon les cas, au conseil d'administration, au directoire[69] ou au conseil de surveillance[70]. Dans les SARL[71], les SCS, les SNC[72] et les GIE, ce pouvoir revient au gérant et dans les SAS au président. Cependant, peuvent se présenter des cas dans lesquels

[66] D. SCHMIDT, *Les droits de la minorité dans les sociétés anonymes, op.cit*., n°268, p. 203.
[67] Sauf si l'action est fondée sur la violation d'un droit de l'associé. Dans ce cas, il ne s'agit plus de protéger l'intérêt social.
[68] Cass. com. 30 avril 1968, *JCP* 1968, 2, 15695 ; *D*. 1969, p. 89, note J. Lacombe.
[69] Art. L225-103, I, du Code de commerce.
[70] Art. L225-103, III, du Code de commerce.
[71] Art. L223-27 al. 2 du Code de commerce.
[72] Art. L221-4 du Code de commerce, qui donne les pouvoirs les plus larges au gérant dans la gestion interne.

le dirigeant ne provoque pas la réunion de l'assemblée. Pour combler cette lacune, la loi donne, dans la plupart des sociétés, à l'associé le droit de convoquer ou de demander en justice la tenue de la réunion[73]. Il existe trois mécanismes qui sont prévus en ce sens en droit positif.

582. Parfois, la loi donne à un ou certains associés le droit de convoquer directement l'assemblée. Par exemple depuis 1989, il est permis aux actionnaires majoritaires en capital ou en droit de vote d'une SA de convoquer l'assemblée, suite à une OPA ou OPE ou après une cession de bloc de contrôle. L'objectif, ici, est de permettre à la nouvelle majorité de révoquer les dirigeants devenus indésirables[74]. De la même façon, le législateur permet à tout associé d'une SARL de convoquer une assemblée en vue de procéder au remplacement du gérant unique décédé[75].

583. D'autres fois, la loi autorise simplement les associés à demander en justice la nomination d'un mandataire chargé de procéder à cette convocation[76]. Ainsi, en va-t-il dans les SA et les SCA, où la loi permet, sous certaines conditions, aux associés de s'adresser à la justice pour obtenir la nomination d'un mandataire chargé de convoquer l'assemblée[77]. Tel est le cas s'il existe une urgence ou une défaillance des organes chargés de la convocation. En pareil cas, la demande peut être introduite par un ou plusieurs associés représentant au moins 5% du capital social, directement[78] ou par le biais d'un représentant[79]. L'action peut également être mise en exercice par une association d'actionnaires répondant aux conditions de l'article L225-120 du Code de commerce. Dans les SARL, elle peut être exercée par tout associé[80].

584. Plus encore, la loi permet parfois aux associés de demander la réunion d'une assemblée alors même que la tenue de celle-ci n'est pas obligatoire. Il en est ainsi dans les SNC[81] et dans les SCS pour lesquelles le Code de commerce dispose que la tenue d'une assemblée est de droit si elle est demandée, soit par un associé commandité, soit par le quart

[73] F. BONDIL, *Volontés individuelles et genèse des délibérations collectives*, éd. PUAM, 2003, n^{os}50 et s.
[74] M. GERMAIN et V. MAGNIER *op.cit*., n°2117, p. 395.
[75] Art. L223-27 al. 6 du Code de commerce.
[76] À noter qu'une jurisprudence ancienne avait déjà admis cette possibilité, voir par exemple Cass. civ. 12 janvier 1927, *Gaz. pal*. 1927, 1, p. 525 ; Cass. civ. 11 juin 1954, *JCP* 1954, 2, 8397.
[77] Art. L225-103, II, 2° du Code de commerce. Voir aussi art. L225-100 al. 1 du même code.
[78] Art. L225-103, II, 2° du Code de commerce.
[79] Art. R225-65 du Code de commerce.
[80] Art. L223-27 al. 5 du Code de commerce.
[81] Art. L221-6 al. 2 du Code de commerce.

en nombre ou en capital des commanditaires[82]. Dans les SARL, l'associé qui détient la moitié des parts sociales ou le dixième des associés représentant le dixième des parts sociales[83] peuvent exiger la tenue d'une assemblée. Concernant les GIE, la loi rend obligatoire la tenue de l'assemblée lorsque celle-ci est demandée par un quart au moins des membres[84]. Nous remarquerons cependant que ni le droit de convoquer ni celui de demander cette convocation de l'assemblée ne sont prévus dans les SAS. Cela est certainement dû au fait que dans cette forme sociétaire, il appartient aux statuts d'organiser les modes de prise de décisions[85].

585. Ceci étant dit, force est de constater que dans ces hypothèses, l'associé agit comme un organe social pour protéger l'intérêt de la collectivité, même s'il sauvegarde, de fait, ses propres intérêts. Sa demande ne saurait être motivée par des intérêts personnels. Elle doit, au contraire, être recommandée par l'intérêt collectif. D'ailleurs, à y regarder de près, toutes les fois où le législateur permet à l'associé de convoquer directement l'assemblée, c'est parce que la protection de l'intérêt de la personne morale est en jeu. Ainsi, l'associé d'une SARL qui convoque une assemblée pour remplacer le gérant unique décédé défend-il incontestablement l'intérêt social, puisqu'il permet à la société de ne pas rester sans dirigeant. En cas d'OPA, d'OPE ou de cession de contrôle, il se peut que les dirigeants en place ne servent plus l'intérêt social. De ce fait, ils méritent d'être remplacés. Enfin, dans les hypothèses où la loi permet à l'associé de demander la tenue d'une assemblée alors que celle-ci n'est pas exigée, cette assemblée ne devrait être réunie que si la sauvegarde de l'intérêt social le recommande. On s'aperçoit, en définitive, que la prérogative offerte à l'associé en matière de convocation doit s'exercer dans le but de protéger l'intérêt social.

586. On en déduit qu'elle n'est pas accordée à l'associé pris comme tel, mais plutôt en sa qualité d'organe. Ce dernier ne saurait, dès lors, en faire ce qu'il veut, en permettant par exemple à la société de la supprimer ou en y renonçant volontairement[86]. Ni les statuts, ni l'assemblée générale ne peuvent le réduire ou l'anéantir, tout comme il est impossible de porter atteinte au droit de certains associés de demander l'inscription de points ou de projets à l'ordre du jour.

[82] Art. L222-5 du Code de commerce.
[83] Art. L223-27 al. 4 du Code de commerce.
[84] Art. L251-10 du Code de commerce.
[85] L. GODON, « La condition juridique de l'associé de SAS : une originalité contenue », art. cit., n°10.
[86] Nous pensons toutefois que l'associé peut ne pas l'exercer sans que la société puisse l'y contraindre. Mais en pareil cas, il ne s'agirait que d'une renonciation de fait.

II. Le droit de demander l'inscription de points ou de projets à l'ordre du jour

587. Dans toutes les sociétés, lorsqu'une assemblée générale est convoquée un ordre du jour doit être défini à l'avance[87]. Pour éviter un vote surprise, cet ordre du jour doit être annexé à la convocation et envoyé aux associés afin de leur permettre de prendre connaissance de l'objet de la réunion[88]. En principe, une fois fixé, l'ordre du jour devient intangible. Ni l'assemblée, ni le juge[89], ni les dirigeants ne sont habilités à le modifier. En clair, seuls les points ou projets qui y sont indiqués pourront valablement être examinés. La Cour de cassation a récemment rappelé cette règle à propos de la suppression du droit préférentiel de souscription dans une société anonyme[90].

588. Il faut cependant noter que ce principe souffre de quelques dérogations. Ainsi, quand bien même ils ne figureraient pas à l'ordre du jour, les points d'importance minime pouvant y être rattachés[91] ou ceux afférents à la révocation des dirigeants sociaux pourront être abordés[92]. Quant à la détermination de l'ordre du jour, elle incombe en principe aux dirigeants[93], même s'il est des cas où ce pouvoir est attribué au juge[94] ou au mandataire judiciaire chargé de la convocation[95].

589. Aussi, la loi du 24 juillet 1966 a-t-elle introduit dans le droit positif la faculté, pour les associés des SA et des SCA, d'exiger l'inscription de points ou de résolutions à l'ordre du jour. Cette règle est désormais inscrite dans l'article L225-105 du Code de commerce selon lequel *« un ou plusieurs actionnaires représentant au moins 5% du capital ou une association d'actionnaires répondant aux conditions fixées à l'article L225-120 ont la faculté de requérir l'inscription à l'ordre du jour de points[96] ou de projets de résolution. Ces points ou ces projets de résolution sont inscrits à l'ordre du jour de l'assemblée et portés à la connaissance des actionnaires…* ». Nous remarquerons, d'une part, que cette pratique était semble-t-il déjà

[87] Articles R225-66 du Code de commerce pour les SA et SCA ; R223-20 du Code de commerce pour les SARL ; art. 40 du décret 3 juillet 1978 pour les sociétés civiles.
[88] R. KADDOUCH, *Le droit de vote de l'associé, op.cit*. p. 358.
[89] TC Paris, 26 avril 1999, *JCP* E 1999, p. 1245, note J.-J. Daigre ; *JCP* 1999, I, n°162, obs. A. Viandier et J.-J. Caussain.
[90] Cass. com. 25 septembre 2012, *Rev. sociétés*, 2013, p. 158, note H. Le Nabasque.
[91] Voir par exemple à propos d'une SARL, Cass. com. 25 avril 1989, *Bull. Joly* 1989, p. 531, note M. Jeantin.
[92] R. KADDOUCH, *Le droit de vote de l'associé, op.cit*. p. 360.
[93] Art L225-105 du Code de commerce.
[94] Voir R225-65 du Code de commerce, qui permet au juge d'arrêter l'ordre du jour dans le cas où il est amené à nommer, à la demande d'un ou plusieurs actionnaires de SA représentant au moins cinq pour cent du capital, un mandataire chargé de convoquer l'assemblée.
[95] Voir notamment pour les SARL, art. L223-27 al. 4 du Code de commerce.
[96] Avant la transposition de la directive n° 2010/36/CE du 9 décembre 2010, seul le dépôt de projets était visé. C'est depuis cette transposition que l'ordonnance n°2010-1511 du 9 décembre 2010 a ajouté à l'article L225-105, la possibilité d'ajouter des points.

assez répandue dans les sociétés[97] et, d'autre part, que cette possibilité n'est pas conférée par la loi aux associés des autres sociétés. Ces précisions étant faites, les actionnaires qui souhaitent exercer cette prérogative doivent envoyer leurs demandes d'inscription au moins vingt-cinq jours avant l'assemblée[98].

590. Là encore, les actionnaires exercent un pouvoir qui est normalement dévolu aux dirigeants. Ils agissent ainsi dans l'intérêt de la collectivité, étant entendu que les points ou projets qui sont proposés doivent être liés à des problématiques sociales[99] et le débat qu'ils provoqueront permettra d'éclaircir un certain nombre de questions relatives aux affaires sociales. C'est pourquoi, la doctrine estime que cette prérogative est d'ordre public et ne peut souffrir d'aucune restriction[100]. La société ne saurait ni la supprimer, ni la réduire, ni même contrôler l'opportunité des projets proposés[101]. Ces interdictions s'appliquent également aux droits que l'associé peut exercer pendant l'assemblée générale.

B. Les droits exerçables lors des assemblées générales

591. Selon la jurisprudence et la doctrine, l'associé doit pouvoir exercer son droit de vote de manière libre et éclairée. Cette règle se justifie tout d'abord par le fait que la prérogative de vote est, dans une certaine mesure, un moyen d'exprimer un consentement. Or pour être valable, un assentiment doit être exprimé sans contrainte et en toute connaissance de cause. Ainsi, comme le souligne le Professeur Paul Didier, le principe de liberté de vote protège chaque associé contre le vote de ses coassociés car, à la différence des contrats qui n'obligent que ceux qui y ont consenti, une résolution sociale s'impose aussi à ceux qui ne l'ont pas approuvée[102]. Il importe ainsi, d'après lui, de sauvegarder aussi les droits des autres associés.

592. Reste à déterminer la signification et la portée de cette règle. Concernant la liberté de vote, elle postule que l'associé puisse voter selon sa propre conscience. C'est à lui de déterminer sans aucune pression ce qu'il estime être meilleur pour l'intérêt social. Il est interdit à la société de lui imposer le sens ou les orientations dans lesquels il doit exercer son

[97] M. GERMAIN et V. MAGNIER, *op.cit*., n°2121.
[98] Articles R225-72 al. 2 et R225-73, II, du Code de commerce.
[99] Il existe toutefois des controverses sur cette question, voir. M. GERMAIN et V. MAGNIER, *op.cit*., note 131.
[100] J.-M. MOULIN, « Les actions de préférence », art. cit., p. 40.
[101] M. GERMAIN et V. MAGNIER, *op.cit*., n°2121.
[102] P. DIDIER, « Les conventions de vote », in *Ecrits offertes à J. Foyer*, éd. PUF, 1997, p. 341, spéc. p. 345.

vote[103]. Quant au vote éclairé, il signifie que l'associé soit informé sur la nature et les implications de la décision projetée. À cet effet, le droit des sociétés impose, on l'a vu, aux dirigeants une obligation de lui communiquer un certain nombre de documents préalablement à l'assemblée. Il sera présumé informé dès lors qu'il aura reçu ces documents[104] et qu'il participe au débat le jour du scrutin.

593. Aussi, en mettant en exercice son droit de vote, l'associé protège, il est vrai, ses propres intérêts, mais il sert surtout l'intérêt de la collectivité[105], car le droit de vote est un droit subjectif et un droit-fonction[106]. Certes, certains auteurs rejettent cette conception hybride, considérant que les droits mixtes n'existent pas[107]. De sorte que le droit de vote doit seulement être appréhendé comme un droit individuel que l'associé peut exercer dans son intérêt personnel et contre celui de la société ou encore refuser d'exercer ou de mal l'exercer, sans être sanctionné[108]. Le professeur Paul Didier affirmait qu'« *on ne voit pas pourquoi on exigerait d'un associé qu'il fasse preuve d'altruisme dans des affaires d'argent et qu'il vote, non dans son intérêt, mais dans l'intérêt social* »[109]. Il est pourtant difficile de souscrire à cette opinion, car nous avons pu voir que pour caractériser et sanctionner les abus de majorité ou de minorité, la jurisprudence exigeait, outre la rupture d'égalité entre associés, la contrariété de la décision à l'intérêt social. Or, si l'associé n'était pas contraint de voter dans le sens de cet intérêt de la société, on ne voit pas pourquoi les juges sanctionneraient l'entorse à cet intérêt.

594. Pour toutes ces raisons, nous retiendrons que l'exercice du droit de vote se fait essentiellement dans le but de protéger les intérêts de la collectivité. Ce qui signifie que l'associé agit, dans une certaine mesure, comme un organe de la personne morale. C'est la raison pour laquelle, la liberté de vote est une prérogative d'ordre public dont la violation est sanctionnée par la jurisprudence[110]. Certes, comme nous le verrons, le droit positif reconnaît la validité des conventions de vote[111], qui constituent pourtant une entorse à ce principe. Mais force est de noter que demeurent toujours prohibés, les accords qui portent une atteinte grave

[103] A. CONSTANTIN, « Réflexions sur la validité des conventions de vote », in *Le contrat au début du XXI^e siècle, Études offertes à J. Ghestin*, éd. LGDJ, Lextenso, réed. 2015, p. 253, spéc. n°11, p. 259.
[104] Peu importe qu'il ait pu ou non exploiter ces documents.
[105] Puisqu'il doit voter dans le sens de l'intérêt social.
[106] Cass. Req. 23 juin 1941, *Journ. sociétés*, 1943, p. 209, note R. B.
[107] E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, *op.cit*. n^os^35 et s. ; A. CONSTANTIN, « Réflexions sur la validité des conventions de vote », art. cit., n°9, p. 257.
[108] *Ibid*., n°9, pp. 257 et 258.
[109] P. DIDIER, « Les conventions de vote », in *Ecrits offertes à J. Foyer*, éd. PUF, 1997, p. 341, spéc. p. 346.
[110] CA Paris, 14 mars 1950, *JCP* 1950, II, 5694, note Bastian.
[111] Voir *infra*, n^os^716 et s.

à cette liberté de vote. Ce qui permet de conclure que la liberté de créer des inégalités entre associés ne permet pas à la société d'anéantir totalement la liberté de vote de l'associé.

Au terme de cette analyse, il apparaît qu'au titre de sa qualité d'organe, l'associé exerce plusieurs droits individuels qui ne peuvent faire l'objet d'aucune atteinte par la société. À ces droits individuels vient s'ajouter un autre qui est de nature collective.

Section 2. L'impossibilité d'anéantir le droit collectif des associés d'exprimer la volonté sociale

595. Au-delà des droits individuels précédemment étudiés, la liberté de discriminer entre associés se heurte à une autre prérogative collective reconnue aux associés en vertu de leur qualité d'organes sociaux. Il s'agit du pouvoir de former et d'exprimer la volonté sociale. Il est, au demeurant, des domaines en droit des sociétés dans lesquels la loi réserve aux associés la faculté de prendre les décisions au nom et pour le compte de la personne morale. S'étendant de manière générale sur l'ensemble des décisions qui excèdent les pouvoirs des dirigeants, cette compétence réservée aux associés s'applique sur des matières diverses et variées. Elle concerne, entre autres, la nomination[112] et la révocation[113] des dirigeants sociaux, l'attribution d'avantages particuliers[114], l'approbation des conventions réglementées[115] et des comptes annuels[116], l'octroi de l'agrément de la société en cas de cession de titres[117] et, de manière générale, toutes les modifications des statuts[118]. Sur toutes ces questions, les personnes liées par le pacte social agissent comme des représentants de l'être moral[119].

Cette prérogative légale de représentation de la société ne constitue pas un privilège personnel[120], directement et individuellement, accordé à chaque associé. Au contraire, elle profite collectivement et indivisiblement à tous les associés. En clair, elle appartient à l'organe social qu'est la collectivité des associés. Ce pouvoir qui s'exerce à travers les résolutions collectives (§ 1), relève de l'ordre public sociétaire (§ 2).

---

[112] Articles 1846 al. 1 du Code civil ; L223-18 al. 2, L225-18 al. 1, L226-2, L227-6 al. 1, L251-11 du Code de commerce.
[113] Voir par exemple, art. L223-25 al. 1 du Code de commerce.
[114] Articles L225-8 et L225-147 du Code de commerce.
[115] Articles L223-19, L225-40 et L227-10 al. 2 du Code de commerce.
[116] Articles L223-29, L225-98 et L227-9 al. 2 du Code de commerce.
[117] Articles L221-13 et L223-14 du Code de commerce.
[118] Articles L223-27, L227-30 et L225-96 du Code de commerce.
[119] Voir D. SCHMIDT, *Les droits de la minorité dans les sociétés anonymes, op.cit*., pp. 48 et s., qui estime que la volonté sociale est composée du but social et de l'intérêt social.
[120] A. CONSTANTIN, « Réflexions sur la validité des conventions de vote », art. cit., n°9, p. 258.

§ 1. Un droit exercé dans les décisions collectives

596. Les délibérations collectives des associés qui expriment la volonté sociales sont parfois prises à l'unanimité[121]. Il en est ainsi dans toutes les sociétés lorsque la décision change la nationalité de la société[122] ou si elle aggrave les engagements de tous les associés[123]. Dans les SNC, l'accord de tous les associés reste également exigé dans les assemblées, s'il n'en est pas autrement disposé dans les statuts[124] et, dans tous les cas, s'il s'agit d'agréer un cessionnaire de parts sociales[125] ou de révoquer un gérant-associé nommé dans les statuts[126]. L'unanimité demeure encore requise dans les délibérations collectives des sociétés civiles[127] et des GIE[128], sauf dispositions contraires des statuts. Enfin, nous avons vu que la loi permettait aux associés des SARL[129] et des sociétés civiles[130] d'adopter les décisions collectives, ou certaines d'entre elles, par la signature d'un acte unique. Si cette voie est empruntée, le législateur impose l'assentiment de l'intégralité des associés[131]. Dans toutes ces hypothèses, la validité des décisions est subordonnée à l'approbation de chaque associé. Plutôt que de déléguer son pouvoir d'accepter ces résolutions sociales, l'associé l'exerce personnellement.

597. Toutefois, dans la plupart des cas, l'expression de la volonté sociale relève de la majorité (A). Dans ces conditions, l'interrogation qui naît inévitablement est celle de savoir si la société peut accorder à un associé un droit de véto qui lui permettra de tenir en échec cette volonté majoritaire. La question mérite d'être posée car elle reste discutée en doctrine. C'est pourquoi, des développements y seront consacrés (B).

---

[121] Contra : D. BERT, « La mise en œuvre de la règle de l'unanimité en droit des sociétés (à propos de CA Versailles, 12e ch., 24 février 2005) », *D.* 2005, p. 1853 qui estime que la règle de l'unanimité intéresse le consentement individuel de l'associé.

[122] À moins que « *le pays d'accueil ait conclu avec la France une convention spéciale permettant d'acquérir sa nationalité et de transférer le siège social sur son territoire, et conservant à la société sa personnalité juridique* », voir les articles L223-30 al. 1 et L225-97 du Code de commerce.

[123] Art. 1836 al. 2 du Code civil. Il en est ainsi par exemple des décisions par lesquelles une société à risque limité se transforme en société à risque illimité.

[124] Art. L221-6 du Code de commerce.

[125] Art. L221-13 du Code de commerce.

[126] Art. L221-12 du Code de commerce.

[127] Art. 1852 du Code civil.

[128] Art. L251-10 du Code de commerce.

[129] Art. L223-27 al. 1 du Code de commerce. Selon ce texte, cette technique doit être prévue dans les statuts. Elle peut être employée pour toutes les résolutions, sauf celles relatives à l'approbation des comptes annuels.

[130] Art. 1854 du Code civil. Elle peut être utilisée pour toutes les délibérations collectives

[131] Notons que cette exigence d'unanimité nous paraît curieuse et rien ne semble pouvoir la justifier.

A. Un pouvoir exercé par la majorité

598. En dehors des hypothèses évoquées ci-dessus, le pouvoir de la collectivité est exercé par la majorité[132]. Peu importe que des associés émettent un vote négatif, la volonté de la société sera émise dès lors que le minimum de voix nécessaire est atteint. Cette majorité est déterminée différemment suivant le type de société. Par exemple, dans les assemblées générales des SA, des SCA et des SARL, elle est fixée par la loi alors que dans les autres sociétés, le législateur laisse aux associés la liberté de la définir dans leurs statuts.

599. Cette majorité varie également en fonction de la nature de la décision. Il suffit de prendre deux exemples pour étayer le propos. Dans les SA, les assemblées générales extraordinaires délibèrent à la majorité des deux tiers des voix dont disposent les associés présents ou représentés ; cette majorité étant calculée sur la base d'un quorum d'un quart des actions dotées du droit de vote sur première convocation et d'un cinquième de ces actions sur seconde convocation[133]. Alors que parallèlement les assemblées générales ordinaires de ces mêmes sociétés décident à la majorité simple des voix[134]. De même, si les délibérations des assemblées générales extraordinaires des SARL sont adoptées à la majorité des trois quarts des parts sociales[135], il n'en va pas de même des décisions ordinaires qui sont prises à la majorité simple des parts[136] ou encore des décisions d'agrément d'une cession de parts sociales qui doivent être adoptées à la majorité des associés représentant au moins la moitié des parts sociales[137].

600. Il apparaît, au bout du compte, que les règles de majorité diffèrent selon les formes sociales et la nature de la décision. Mais ce qu'il importe de retenir c'est que le pouvoir d'exprimer la volonté de la société appartient à la collectivité qui l'exerce généralement par le truchement de la majorité. Cela nous conduit à aborder la question qui a été posée, consistant à savoir si un droit de véto peut être institué au profit de certains associés dans les

---

[132] D. SCHMIDT, *Les droits de la minorité dans les sociétés anonymes, op.cit*., p. 75, n°111.
[133] Art. L225-96 du Code de commerce. À remarquer que ces critères de majorité et de quorum demeurent impératifs et les associés ne sauraient y déroger.
[134] Il faut cependant signaler que lors de la première convocation, un quorum d'un cinquième des actions dotées du droit de vote est requis, voir art. L225-98 du Code de commerce.
[135] Art. L223-30 du Code de commerce. Nous remarquerons que cette règle n'est impérative que pour les sociétés créées avant la loi n°2005-882 du 2 août 2005. Pour celles mises en place après cette date, les assemblées générales extraordinaires décident à la majorité des deux tiers des associés présents ou représentés, sachant que ces derniers doivent détenir le quart des parts sociales sur première convocation ou le cinquième de ces parts sur deuxième convocation.
[136] Art. L223-29 du Code de commerce.
[137] Art. L223-14 al. 1 du Code de commerce.

délibérations collectives.

B. La question de la légitimité du droit de véto aux décisions collectives

601. La reconnaissance d'un droit de véto aux délibérations collectives fait partie des questions les plus discutées en droit des sociétés. Sans parler des divergences doctrinales dont elle est l'objet[138], rien dans le droit positif ne permet d'y répondre de manière satisfaisante.

602. Dans son acception large, le droit de véto signifie le pouvoir attribué à une personne de s'opposer à une décision d'un organe social[139]. Suivant cette conception, force est de relever que cette prérogative n'est pas inconnue en droit des sociétés. On la rencontre dans certaines situations. Nous pensons par exemple aux *golden shares* ou actions spécifiques que la personne morale peut accorder à l'État, qui lui donnent la possibilité d'empêcher certaines opérations de restructuration décidées par la collectivité des associés. De la même manière, au sein des sociétés civiles[140], des SARL[141] et des SNC[142], la loi reconnaît à chaque gérant, dans les cas où ils sont plusieurs, la faculté de s'opposer aux opérations effectuées par les autres. Enfin, notons que certaines situations produisent les mêmes effets que le véto. On pense aux hypothèses suivant lesquelles la législation requiert l'unanimité. En pareils cas, la loi accorde, *de facto*, un droit de véto à chaque associé, puisqu'il suffit que l'un d'entre-deux s'oppose à la décision pour que celle-ci soit bloquée. Cette observation se retrouve également dans le cas de minorités de blocage.

603. Pour autant, ce constat doit-il conduire à admettre la légitimité du droit de véto dans le cadre des décisions collectives ? Peut-on s'appuyer sur ces hypothèses pour admettre que la société puisse licitement conférer à un associé le droit de s'opposer aux délibérations collectives ?

Comme nous l'avons dit, cette question demeure toujours controversée en droit positif (I). Ainsi, après avoir décrit les différentes positions dégagées en doctrine et en jurisprudence, nous tenterons d'en établir une synthèse (II).

---

[138] A. COURET, « Sur la légitimité du droit de véto », éditorial, *Bull. Joly* 2016, p. 237.
[139] H. HOVASSE, « Le droit de véto », *Dr. sociétés*, juillet 2014, p. 13, spéc. n°1.
[140] Art. 1848 al. 2 du Code civil.
[141] Art. L223-18 al. 7 du Code de commerce.
[142] Art. L221-4 al. 2 du Code de commerce.

I. Une question controversée en droit positif

604. Nous traiterons ici de l'état de la question *de lege lata*, en évoquant d'abord les différentes positions doctrinales (a) puis celle qui se dégage en jurisprudence (b).

a. Les positions doctrinales

605. L'analyse des travaux doctrinaux montre que l'admission d'un droit de véto dans les délibérations collectives demeure une problématique complexe. Les raisons sont bien connues. Elles résident dans le fait, d'une part, qu'il « *est difficile d'admettre que le fonctionnement d'un organe collégial soit paralysé par une seule volonté* »[143] et, d'autre part, que l'exercice du véto ruine le droit de vote des autres associés[144].

606. Aussi, l'état de la doctrine sur la question cache-t-il des réalités différentes. Tout d'abord, il existe un consensus doctrinal qui consiste à réfuter tout droit de véto dans les délibérations sociales de certaines sociétés. La majorité des auteurs s'accorde pour considérer que « *nul droit de véto ne peut être institué pour neutraliser des délibérations de SARL, de SA et de SCA* »[145]. La raison de cette hostilité tient au fait que, dans ces formes sociales, la loi écarte toute possibilité de séparer le pouvoir politique de la participation au capital. Rappelons que pour ce qui concerne les SA et SCA, l'article L225-122 du Code de commerce pose la règle « une action-une voix » en vertu de laquelle une action ne peut donner droit tout au plus qu'à une voix.

Ce faisant, un associé ne peut obtenir un nombre de voix supérieur au nombre d'actions en sa possession. Ce qui signifie qu'il ne peut pas disposer d'un pouvoir politique plus important que sa participation dans le capital. De portée impérative, cette règle ne semble pouvoir souffrir d'aucune dérogation[146]. On retrouve le même principe dans les dispositions qui régissent les SARL. Aux termes de l'article L223-28 al. 1 du Code de commerce, chaque associé « *dispose d'un nombre de voix égal à celui des parts sociales qu'il possède* ». Comme l'article L225-122, ce texte relève également de l'ordre public sociétaire. C'est sur la base de ces dispositions que la doctrine rejette toute possibilité d'un véto dans les décisions des associés de ces formes sociales.

[143] A. VIANDIER, « Les actions de préférence », art. cit.,. n°27, p. 1532.
[144] M. GERMAIN, « Les actions de préférence », art. cit., n°15, p. 604.
[145] H. HOVASSE, « Le droit de véto », art. cit., n°6.
[146] Il est à noter que ce principe n'interdit pas la suppression du droit de vote.

607. Cependant, ce consensus disparaît pour ce qui est des sociétés civiles et des SAS. S'agissant de ces formes sociales, les avis sont partagés. Certains auteurs considèrent qu'une utilisation excessive du véto dans les décisions collectives peut conduire à un risque de contentieux. De ce fait, s'ils y admettent la validité de ce mécanisme, ils estiment qu'il doit « *être utilisés avec précaution* »[147] et devrait être confiné à certaines décisions[148].

608. À noter que cette solution recoupe celle qui est globalement retenue en doctrine à propos de l'octroi d'un droit de véto aux décisions des organes de gestions. En effet, s'il est largement admis que ladite prérogative peut être attribuée à certaines personnes, associés ou non, pour s'opposer aux décisions de ces organes, y compris dans les sociétés anonymes[149], la doctrine, tout comme la jurisprudence[150], considèrent qu'elle doit être fermement encadrée, de manière à ne pas anéantir les pouvoirs conférés à ces organes.

609. Cette précision étant apportée, il faut dire que d'autres auteurs considèrent qu'un droit de véto général ou « omnibus »[151] dans les décisions collectives des SAS[152] et des sociétés civiles[153] demeure parfaitement imaginable. Selon cette opinion, l'objection que cette prérogative élude le droit de vote des autres associés manque de pertinence. En ce sens, on a fait remarquer que le véto ne retirait en rien au droit de vote et de participation des autres associés. Il ajoute tout au plus une prérogative à certains droits sociaux en offrant à leurs bénéficiaires une sorte « *de minorité de blocage à un seuil bas* »[154], minorité qui existe dans toutes les hypothèses où l'unanimité est requise[155].

Aussi, après avoir souligné que l'exercice du droit de véto était susceptible d'être tempéré en cas d'abus, le professeur Havasse ajoute que le vote plural, qui est un mécanisme bien admis dans ces sociétés, n'en affecte pas moins le droit de vote des autres associés[156]. L'auteur finit par faire remarquer que le titulaire du droit de véto ne se substitue pas aux associés pour imposer une décision, il s'oppose seulement à une décision prise par ces

[147] M GERMAIN et P.-L. PÉRIN, *SAS*, éd. Joly, 2013, n°494.
[148] L. GODON, *La SAS*, éd. LGDJ, 2014, p. 296.
[149] H. HOVASSE, « Le droit de véto », art. cit., n^{os}15 à 17.
[150] Cass. com. 6 mai 1995, *Dr. sociétés* 1996, comm. 149, 2^{e} espèce ; *Bull. Joly* 1996, p. 822, note P. Le Cannu.
[151] Ce terme a été emprunté à J.-P. DOM, « Le statut des dirigeants », in *Pacte d'associés ou clause statutaire : quel choix pour l'entreprise sociétaire*, éd. Lexis-Nexis, 2013, p. 56.
[152] H. HOVASSE, « Le droit de véto », art. cit., n^{os}9 et s. ; J.-P. DOM, « Le statut des dirigeants », art. cit., p. 56 ; J.-J. DAIGRE, F. MONOD et F. BASDEVANT, « Les actions à privilèges non financiers », art. cit., p. 12.
[153] L. GROSCLAUDE, « Les parts sociales catégorielles dans les sociétés civiles », art. cit., p. 33.
[154] *Ibid*., p. 33, note 16.
[155] Tel est le cas des délibérations qui augmentent les engagements des associés.
[156] H. HOVASSE, « Le droit de véto », art. cit., n°11.

derniers[157]. Le professeur Viandier pense même qu'un droit de véto peut être naturel dans certains cas[158]. Il en irait ainsi lorsque des droits financiers particuliers attachés à des actions de préférence dépendent des résultats de tel ou tel actif. Dans ce cas, la disparition de cet actif devrait nécessairement être approuvée au préalable par une assemblée spéciale puisqu'elle affecte ces droits financiers. Nous pensons, toutefois, que la portée de cet argument doit être relativisée car, ici, le véto n'est pas attribué à chaque associé mais à l'organe qu'est l'assemblée spéciale.

610. En somme, si l'étude de la doctrine a permis de constater un rejet global du véto dans les décisions sociales des SARL, des SA et des SCA, elle n'a pas permis de s'assurer de la validité de cette combinaison dans les décisions collectives des autres sociétés. Reste donc à examiner la jurisprudence.

b. La position jurisprudentielle

611. À ce jour, la jurisprudence reste relativement pauvre en référence au droit de véto dans les groupements de droits privé. De plus, quand elles ne sont pas rendues dans des organismes autres que les sociétés, les décisions de justice portent sur le véto relatif aux délibérations des organes de gestion. Ainsi, dans un arrêt du 16 février 2016[159], la Cour de cassation a eu à connaître d'une question concernant l'application d'un droit de véto conféré à un président d'une SAS. En l'espèce, les statuts de la SAS avaient, en vertu de l'article L227-6 du Code de commerce, institué un poste de directeur général en plus de celui de président. Il ressortait des dispositions statutaires que cet organe facultatif était doté des mêmes pouvoirs que le président « sous réserve du droit de véto attribué à ce dernier ».

612. Suite à quelques difficultés, la SAS a été placée en redressement judiciaire, puis en liquidation judiciaire, par le tribunal de commerce. Pour s'opposer à cette conversion de la procédure collective, le directeur général interjeta appel contre cette décision au nom et pour le compte de la société. Toutefois, l'appel fut déclaré irrecevable au motif que le président, qui était favorable à la liquidation judiciaire, y avait implicitement opposé son droit de véto. Ce raisonnement a été censuré par les hauts magistrats. Pour la Cour de cassation, l'exercice du droit de véto doit s'effectuer de manière formelle et non tacite. Cependant, pour Bruno

[157] Voir aussi, P. MOUSSERON, *Les conventions sociétaires*, *op.cit*., n°297.
[158] A. VIANDIER, « Les actions de préférence », art. cit.,. n°27, p. 1532.
[159] Cass. com. 16 février 2016, n°14-23.093.

Dondero, il s'agit d'une solution d'espèce qui se justifie par les circonstances particulières de l'affaire[160]. En clair, elle ne s'oppose pas à ce que les statuts d'une SAS puissent prévoir un droit de véto au profit du président qui s'exercerait par le silence. Les principaux enseignements qu'il faut tirer de cette jurisprudence tiennent au fait que les juges ne sont pas hostiles à la mise en place d'un droit véto aux décisions des organes de gestion de la SAS et que s'il est créé, ce droit s'impose au juge en vertu de la liberté contractuelle[161].

613. Plus significatif, est l'arrêt qui a été rendu par la première Chambre civile de la Cour de cassation dans le domaine des associations[162]. Contrairement au cas précédent, cette décision se prononce directement sur la validité du droit de véto. En l'espèce, un membre de droit d'une association diocésaine s'était vu attribué par les statuts un droit de véto aux délibérations du conseil d'administration et de l'assemblée générale des sociétaires. Alors qu'il était envisagé de nommer des administrateurs par cooptation pour se conformer aux statuts, celui-ci avait fait usage de cette prérogative pour faire échec à cette désignation. C'est ainsi que d'autres administrateurs avaient été nommés. Mécontents, trois membres évincés des postes d'administrateurs avaient alors critiqué l'exercice de ce véto et demandé la nullité des résolutions qui avaient nommé les nouveaux administrateurs.

614. Suivant leur raisonnement, l'exercice du droit de véto portait atteinte à l'esprit de la loi de 1901, dans la mesure où il permettait à son titulaire de gérer seul l'association. À vrai dire, l'argument n'a pas emporté la conviction des juges. Pour la cour d'appel, l'application du véto ne remettait pas en question le principe selon lequel une association ne peut être constituée ou dirigée par une seule personne. Selon elle, si cette prérogative peut faire échec à la volonté majoritaire, elle ne permet pas à son titulaire de se substituer à celle-ci et oblige seulement à ce qu'un accord soit trouvé. D'ailleurs, pour trouver un tel accord, le titulaire du véto avait, en l'espèce, convoqué une assemblée pour faire respecter les statuts qui fixaient un nombre minimum d'administrateurs.

615. Reprenant cet argumentaire à son compte, la Haute juridiction approuve la décision des juges du fond. Elle vient ainsi consacrer la légitimité du droit de véto dans les associations. Force est d'admettre que sa décision mérite approbation car, effectivement, le

[160] B. DONDERO, « SAS : le droit de véto du président », *JCP* E, 2016, 1199, p. 28, spéc. p. 29.
[161] J. COUARD, « Opposer son véto n'est pas être dictateur ! Petite leçon d'herméneutique pour administrateurs », *Bull. Joly* 2016, p. 339, spéc. p. 341.
[162] Cass. civ. 1re, 17 février 2016, n°15-11304, *Bull. Joly* 2016, p. 237 ; *Gaz. pal*. 6 septembre 2016, p. 63, note J. Delvallée, confirmant CA Paris, 30 octobre 2014, n°13/04266.

bénéficiaire du véto n'exerce pas une prérogative positive lui permettant de se substituer aux organes de l'association, en l'occurrence le conseil d'administration. Son pouvoir ne lui permet que de s'opposer. C'est d'ailleurs pour cette raison que le gouvernement avait déclaré que le droit de véto dans le conseil d'administration des associations[163] n'avait rien d'illégal, car le fonctionnement de ces structures est régi par la liberté contractuelle[164].

616. Il apparaît, *in fine*, que la jurisprudence actuelle ne consacre nulle part la validité d'un droit de véto dans les délibérations collectives des sociétés. Nous nous demandons si la solution rendue en matière associative ne pourrait pas être transposée aux sociétés. C'est ce qu'il convient de vérifier.

II. Synthèse

617. Au regard des lignes précédentes, le droit de véto ne bénéficie d'aucune validité claire et générale dans les décisions collectives des sociétés. Du point de vue doctrinal, on a pu remarquer que, outre le fait qu'il soit écarté dans les SARL, SA et SCA, une partie des auteurs rejette tout véto général dans les décisions des autres sociétés. S'ajoute à cela qu'au plan jurisprudentiel aucun arrêt ni jugement ne reconnaît formellement sa légitimité. Ne doit-on pas en déduire qu'un véto dans les délibérations collectives de toutes les sociétés demeure inadmissible ? Il est sans doute difficile de s'en convaincre car plusieurs raisons conduisent à penser le contraire.

618. En premier lieu, l'argument opposé par la doctrine à la reconnaissance du véto dans les assemblées des SARL, SA et SCA paraît discutable. Pour rappel, il tient au fait que dans ces sociétés la loi impose une stricte proportionnalité entre le nombre de titres détenus et celui des voix. Pourtant, une analyse fine permet de s'apercevoir que cette liaison du pouvoir au capital ne constitue pas un obstacle dirimant à la reconnaissance d'un droit de véto. Il suffit pour s'en rendre compte de préciser que le véto n'est pas un droit de vote. Dans sa conception simple, le droit de vote est un pouvoir positif et négatif. Il permet à son titulaire de bloquer une décision sociale mais aussi, et surtout, de contribuer à la formation de cette décision. Le droit de véto n'est pas doté de ces deux attributs. Son détenteur n'a pas de pouvoir de décision étant donné qu'il est exclu de la formation de la volonté générale. Il ne peut tout au plus que s'y opposer. Il s'en déduit que le droit de véto n'est pas concerné par cette proportionnalité

[163] Sauf pour les associations déclarées d'utilité publique.
[164] Rép. min. n°15448, *JO* sénat, 10 juin 1999, p. 1980.

impérative. Par ailleurs, nous pensons que si les règles de quorum et de majorité sont impératives dans certaines sociétés comme les SA, cela signifie simplement que les associés ne peuvent ni les baisser ni les renforcer. Mais cette intangibilité ne postule en aucun cas que la décision doit forcément être adoptée dès lors que ces conditions de quorum et de majorité sont remplies.

619. En deuxième lieu, nous avons vu que certains auteurs étaient opposés à tout véto général dans les assemblées des sociétés civiles et des SAS, craignant ainsi un risque de contentieux. Il est vrai que l'exercice du véto peut créer ou renforcer les phénomènes de blocage, puisqu'il « *tend effectivement à figer les situations en opposant son titulaire à une majorité désireuse de décider en sens inverse* »[165]. Mais en réalité, cet argument concerne plus l'utilisation de la prérogative que sa légitimité. Et à ce titre, comme l'a fait remarquer le professeur Hovasse[166], un exercice abusif du véto est susceptible d'être sanctionné[167].

620. En troisième et dernier lieu, nous pensons, comme certains auteurs[168], que rien ne s'oppose à ce que la solution jurisprudentielle rendue dans le cadre du droit associatif puisse être transposée dans les sociétés. Rappelons que pour consacrer le véto dans les associations, la jurisprudence s'appuie sur deux principaux arguments. Elle a invoqué, d'une part, l'absence de dispositions impératives régissant le fonctionnement de ces organismes et, d'autre part, le fait que le véto ne donne pas à son titulaire un pouvoir de substitution aux organes légaux.

La transposition de cette solution aux sociétés civiles et aux SAS ne soulève aucune difficulté car, à l'image des associations, le fonctionnement interne de ces organismes est abandonné à la liberté contractuelle. La situation se présente différemment concernant les SARL, SA et SCA, puisqu'il existe des dispositions impératives qui y organisent la répartition du droit de vote, le quorum et la majorité. Toutefois, nous avons vu, d'une part, que n'étant pas un droit de vote, le droit de véto ne semblait pas être concerné par la règle de connexion du pouvoir au capital et, d'autre part, que les règles de quorum et de majorité n'étaient pas incompatibles avec l'instauration du droit de véto puisqu'elles n'imposent pas expressément que la décision soit adoptée dès que ce quorum et cette majorité sont atteints.

---

[165] J. COUARD, « Opposer son véto n'est pas être dictateur ! Petite leçon d'herméneutique pour administrateurs », art. cit., p. 340.
[166] H. HOVASSE, « Le droit de véto », art. cit., n°11.
[167] Nous signalerons cependant que pour certains, le droit de véto est un droit discrétionnaire dont l'exercice n'est pas susceptible d'abus, voir en ce sens, D. PORACCHIA, « Le rôle de l'intérêt social dans la société par action simplifiée », *Rev. sociétés* 2000, p. 223, spéc. n° 13 et s.
[168] A. COURET, « Sur la légitimité du droit de véto », art. cit., p. 237.

621. Au vu de ces éléments, il est permis de conclure que la licéité du droit de véto aux délibérations collectives doit être admise dans toutes les formes sociales. Cependant, au risque de vider le pouvoir de la collectivité, ce privilège ne doit pas avoir un domaine d'application trop large[169]. En clair, il ne saurait s'appliquer à l'ensemble des décisions de cet organe.

Mais, si la société peut accorder à certains associés la faculté de bloquer une décision collective, elle ne saurait leur conférer le pouvoir d'exprimer la volonté sociale reconnue à la collectivité.

§ 2. Un droit d'ordre public

622. Dans l'arrêt du 17 février 2016 évoqué ci-dessus, la Cour de cassation avait validé le droit de véto sous prétexte qu'il ne donnait pas à son attributaire le pouvoir de se substituer au conseil d'administration et à l'assemblée générale. Ce qui laisse entendre, à l'inverse, qu'il n'est pas envisageable pour une association d'attribuer à l'un de ses membres le privilège d'exercer le pouvoir réservé à ces organes. Cette même observation s'applique dans les sociétés en ce qui concerne le pouvoir de la collectivité des associés d'exprimer la volonté sociale.

623. Dans les sociétés anonymes, c'est le principe de la séparation des pouvoirs[170] qui interdit à la société de permettre à un associé ou à un autre organe d'exercer les prérogatives que la loi attribue à la collectivité. En effet, depuis le célèbre arrêt *Motte*[171], la Cour de cassation considère qu'il existe une règle selon laquelle chaque organe de la SA doit se cantonner à son domaine de compétence tel que défini par la loi. Considéré comme l'une des bases de la SA[172], ce principe conduit à un cloisonnement des pouvoirs qui empêche tout empiétement d'un organe sur la sphère de compétence d'un autre. Comme on a pu le souligner, « *la jurisprudence répute d'ordre public toutes les dispositions légales partageant les compétences(...)* »[173]. Il s'en infère que « *chacun des organes sociaux a une fonction*

[169] J. DELVALLÉE, « Droit de véto et collégialité : quand le droit des associations éclaire le droit des sociétés », note sous Cass. civ. 1re, 17 février 2016, *Gaz. pal*. 6 septembre 2016, p. 63, spéc. p. 66.
[170] Pour une étude approfondie de ce principe, voir N. ABDELMOUMEN, *Hiérarchie et séparation des pouvoirs dans les sociétés anonymes de type classique,* th. Paris 1, 2013.
[171] Cass. com. 4 juin 1946, *JCP*, 1947, I, 3518, obs. D. Bastian ; *Gaz. pal*. 1946, 2, p. 136 ; *S*. 1947, 1, p. 153, note Barbry. À rapprocher, CA Aix-en-Provence, 28 septembre 1982, *Rev. sociétés*, 1983, p. 173, note J. Mestre.
[172] M.-C. MONSALLIER, *L'aménagement contractuel du fonctionnement de la société anonyme, op.cit*., n°880.
[173] J. MESTRE, note sous CA Aix, 28 septembre 1982, *Rev. sociétés*, 1983, p. 173, spéc. p. 177.

déterminée, dont on ne peut le priver et à laquelle il ne peut renoncer »[174]. C'est dire que les prérogatives de l'assemblée générale ne sauraient être attribuées au conseil d'administration ou à la direction générale et à plus forte raison, à un ou certains associés.

624. S'agissant des autres sociétés, aucun texte, ni décision de justice ne consacre formellement le caractère d'ordre public du pouvoir de la collectivité d'exprimer la volonté sociale. Il existe toutefois des domaines dans lesquels cette intangibilité ne suscite guère de difficulté. Il en est ainsi par exemple en matière de modification des statuts. En effet, selon l'article 1836 al. 1er du Code civil, « *Les statuts ne peuvent être modifiés, à défaut de clause contraire, que par accord unanime des associés* ». Dans un arrêt rendu à propos d'une société civile, la Cour de cassation a considéré que ce texte relève des dispositions impératives du titre visé par l'article 1844-10 du Code civil dont la violation entraine la nullité des décisions collectives[175]. Il s'ensuit que pour la Cour, seule la collectivité des associés est compétente pour modifier les statuts, soit à l'unanimité, soit à la majorité prévue par les statuts[176]. Aussi, comme la fait remarquer, à juste titre, Didier Poracchia, « *par le jeu de l'article L235-1 du code de commerce et du renvoi au droit des contrats ou aux lois qui régissent la nullité des contrats* », cette solution peut « *s'appliquer plus largement aux décisions sociétaires prises dans les sociétés commerciales* »[177] Dans ses conditions, il est interdit aux autres sociétés, à l'instar des SA, de réserver le droit de modifier les statuts à un associé ou groupe d'associés.

625. Pour le reste, l'interdiction de porter atteinte au pouvoir de la collectivité se détermine au cas par cas. Par exemple, dans les SARL, les articles L223-18 et L223-29 du Code de commerce interdisent toute possibilité d'attribuer à un ou certains associés le pouvoir de nommer les gérants à la place de l'assemblée générale.

À la fin de cette analyse, il apparaît que le pouvoir de la collectivité de former et d'extérioriser la volonté sociale fait partie du bloc impératif qui limite la liberté de discriminer entre associés.

---

[174] J. LEBLOND, « Les pouvoirs respectifs de l'assemblée générale, du conseil d'administration, du Président directeur général et du Directeur-général adjoint, dans la doctrine institutionnelle », *Gaz. pal*. 1957, I, doctr. p. 29.
[175] Cass. civ. 3e, 8 juillet 2015, *Dr. et patr*. juin 2016, Chron. D. Poracchia ; *Rev. sociétés* 2016, p. 169, note E. Schlumberger ; *RTD com*. 2015, p. 533, note A. Constantin ; *Dr. sociétés* 2015 comm. 190, note R. Mortier ; *Bull. Joly* 2015, p. 643, note H. Hovasse.
[176] D. PORACCHIA, Chron. sous Cass. civ. 3e, 8 juillet 2015, *Dr. et patr*. juin 2016, p. 85, spéc. p. 86.
[177] *Ibid*., pp. 86 et 87.

Conclusion du chapitre 2

626. Outre l'impossibilité de porter atteinte aux droits et obligations indéfectiblement liés à la qualité d'associé, la liberté de discriminer entre associés se retrouve réduite par le devoir de respecter les droits attribués à l'associé en sa qualité d'organe de la société. Parce qu'ils doivent s'exercer dans l'intérêt de la personne morale, ces droits échappent à toute possibilité de réduction et, *a fortiori*, de suppression. Globalement, elles se subdivisent en deux catégories. On trouve, d'une part, ceux qui peuvent être exercés façon individuelle dans le cadre des assemblées générales ou en dehors de celles-ci et, d'autre part, ceux qui ne peuvent être utilisés que de manière collective, en l'occurrence la faculté d'exprimer la volonté sociale.

CONCLUSION DU TITRE 1

627. Généralement, les études portant sur l'aménagement contractuel des droits et obligations des associés en droit des sociétés commencent par l'analyse des possibilités pour se terminer par la détermination des limites. Pour permettre aux praticiens d'optimiser la sécurité juridique de leurs opérations, nous avons choisi d'inverser la démarche en identifiant d'abord les bornes de cette liberté pour ensuite explorer le champ des possibilités.

628. Cette recherche a révélé qu'est interdite l'inégalité entre associés qui consisterait à porter atteinte à l'ordre public sociétaire. Il faut cependant noter que ce ne sont pas toutes les règles de cet ordre public qui viennent restreindre la liberté de discriminer. Il a fallu donc opérer un tri pour identifier celles qui entraient en jeu en matière d'inégalité entre associés. Cette sélection a permis de constater que ces dispositions consistent d'abord en celles qui réfutent la suppression ou la réduction des droits et obligations fondamentaux attachés à la qualité d'associé. Mais parmi les dispositions d'ordre public qui s'imposent à la société et aux associés, figurent aussi celles qui encadrent les droits attribués à l'associé en tant qu'organe de la société. À cet égard, l'analyse a montré que la personne morale ne saurait s'accorder avec un ou certains associés pour supprimer ou restreindre ces prérogatives exercées par les associés au nom et pour son compte. Si cette prohibition est respectée, la société pourra librement pratiquer de nombreuses discriminations.

TITRE 2

Une liberté résiduelle d'aménagement inégalitaire

629. À la lumière des lignes précédentes, le domaine de l'inégalité entre associés interdite demeure restreint. Il se confine globalement à l'interdiction de réduire ou de supprimer les droits et les devoirs composant le bloc impératif d'associé. Lorsque cet interdit est respecté, les sociétés peuvent instaurer des discriminations pouvant aller de l'amplification de ces prérogatives ou obligations intangibles, à la restriction, la suppression ou au renforcement des autres droits et obligations non essentiels de l'associé. Il apparaît que, malgré ses limites, la liberté contractuelle garde une grande capacité de rayonnement en matière de discriminations entre associés.

630. Or, comme on a pu le faire remarquer, « *la liberté est espace et horizon. La liberté est création et possibilités* »[1]. Ainsi, conviendra-t-il d'examiner le champ des possibilités, en identifiant concrètement les combinaisons que la liberté de discriminer entre associés offre à la pratique. En clair, il s'agira de systématiser les formules inégalitaires concevables sur les droits (Section 1) et les obligations (Section 2) des associés.

[1] G. HORSMANS, « Les nouveaux rivages de la liberté sociétaire », in *Mél. en l'honneur de D. Tricot*, éd. Litec, Dalloz, 2011, p. 670, spéc. n°16, p. 687.

CHAPITRE 1 – L'aménagement inégalitaire des droits des associés

631. Pour les besoins de cette analyse, nous classerons les droits des associés en deux catégories. D'un côté, ceux qui ont trait au patrimoine et que nous qualifierons de droits patrimoniaux[1] et, de l'autre, ceux qui n'ont pas le caractère d'un bien et qui demeurent étrangers à ce patrimoine. Ces derniers seront appelés droits extrapatrimoniaux. Il sera traité l'aménagement inégalitaire des droits patrimoniaux (Section 1) et extrapatrimoniaux (Section 2) des associés.

632. Il existe, toutefois, une prérogative de l'associé qui, de par sa nature, ne peut être rangée ni dans l'une, ni dans l'autre catégorie. Il s'agit du droit à l'intangibilité des engagements. Cette particularité conduit à traiter séparément les discriminations dont il peut être l'objet (Section 3).

Section 1. L'aménagement inégalitaire des droits patrimoniaux des associés

633. Il est question ici des discriminations possibles sur les droits financiers (A) et les prérogatives attachées aux titres sociaux (B).

§ 1. Les discriminations possibles sur les droits financiers des associés

634. Englobant les droits de participer aux dividendes, aux réserves et à l'actif social, les droits financiers ou pécuniaires constituent la terre d'élection de l'inégalité entre associés. Qu'il s'agisse des sociétés par actions ou des autres formes sociales, la liberté de les aménager de manière discriminatoire s'exerce pleinement[2]. Nous avons noté que la seule limite édictée par la loi consistait en la prohibition des clauses léonines.

Ainsi, seront étudiés les avantages particuliers (I) et les désavantages particuliers (II) concevables sur chacune de ces prérogatives.

[1] Il convient de mentionner que la lexie « droits patrimoniaux » est généralement employée par la doctrine pour désigner le droit de céder les titres ou de les donner en garantie, voir par exemple, M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *op.cit.*, n°967.

[2] Y GUYON, *Traité des contrats : les sociétés, aménagements statutaires et conventions entre associés*, *op.cit.*, n°112, p. 190.

A. Les avantages particuliers liés aux droits financiers des associés

635. À l'exploration de l'article 1844-1 du Code civil, il apparaît que cette disposition offre de nombreuses possibilités de création d'avantages particuliers sur les fruits de l'activité sociale. Globalement, ces faveurs peuvent avoir trait à l'étendue des droits financiers, à leurs modalités de calcul et à leurs modes de paiements.

636. Concernant l'accroissement des droits financiers, les formules envisageables sont multiples et variées, à telle enseigne qu'il est difficile, voire impossible, d'en établir une énumération exhaustive. Partant, nous nous contenterons d'évoquer quelques exemples. Parmi les combinaisons les plus employées en pratique, on peut citer le dividende majoré. Il est en effet largement admis que les sociétés, toutes formes confondues, peuvent attribuer un dividende gonflé à certains de leurs associés[3]. Ainsi, les attributaires de cette préférence percevront une quote-part des dividendes supérieure à celle des autres, quand bien même leurs participations dans la société seraient égales[4]. Cette pratique peut constituer un moyen d'attraction de certaines personnes dans la société, tels que les apporteurs en industrie[5]. À noter cependant que s'il s'agit d'une société par actions, ce droit amplifié au dividende devra être distingué de la prime de fidélité[6] prévue dans l'article L232-14 du Code de commerce et qui doit être attribuée à l'ensemble des actionnaires qui remplissent les conditions établies par la loi. Outre le dividende amplifié, la doctrine opine également la possibilité pour la personne morale de conférer à certains associés un dividende progressif qui augmente suivant les résultats de la société[7].

Cette possibilité de renforcer les prérogatives financières s'étend également aux droits aux réserves et au boni de liquidation. À ce titre, certains associés peuvent se voir attribuer des titres procurant une quote-part plus importante dans les réserves que ce que prévoit la loi proportionnelle. De même, par dérogation à l'article 1844-9, al. 1 du Code civil, la personne morale peut s'engager envers certains associés à leur concéder une part plus significative dans

[3] J.-M. de BERMOND de VAULX, « Les parts sociales privilégiées », art. cit. n°10, p. 522 ; J.-M. MOULIN, « Les actions de préférence », art. cit., p. 28.
[4] J.-M. de BERMOND de VAULX, « Les parts sociales privilégiées », art. cit. n°10, p. 522.
[5] Y GUYON, *Traité des contrats : les sociétés, aménagements statutaires et conventions entre associés*, *op.cit*., n°112, p. 193.
[6] B. PICHARD, « Quelques incertitudes sur les primes de fidélité », art. cit. ; R. ROUTIER, « Primes de fidélité : le revers de la médaille », art. cit.
[7] J. MESTRE, « La réforme des valeurs mobilières », art. cit., p. 15.

le boni de liquidation que celle que leur donnerait leur apport[8].

637. Les modalités de calcul des prérogatives financières peuvent également être rendues plus avantageuses pour certains associés que pour les autres. En ce sens, on se souvient que la pratique avait importé du droit américain les actions dites « reflets » ou « traçantes », encore appelées « *tracking stocks* »[9]. Ces titres spécifiques avaient pour vocation d'offrir à leurs titulaires des droits financiers indexés sur les performances d'une branche d'activité particulière de la société. Dans la même logique, les praticiens utilisaient une autre technique dénommée « *dividend access* » qui consistait à accorder à certains associés une fraction significative des bénéfices distribuables d'une filiale[10]. L'ordonnance du 24 juin 2004 a facilité la création de telles préférences, puisque ces altérités peuvent désormais être intégrées dans des actions de préférence que la société pourra attribuer à certains actionnaires. Nous verrons, d'ailleurs, que les actions de préférence permettent d'aller plus loin en conférant des droits financiers qui s'exercent carrément dans une autre société que l'émettrice. Pour le surplus, il y a lieu de noter que si ces dispositifs des titres reflets et du « *dividend access* » sont principalement employés au sein des sociétés par actions, ils n'en demeurent pas moins envisageables dans les autres sociétés.

638. Dans la même veine, nous pensons que certaines sociétés peuvent s'engager à l'égard d'un ou de certains associés à leur assurer un dividende minimum quels que soient les résultats de la société. Tel est l'objectif des clauses d'intérêt fixe[11]. Si la loi[12] interdit de telles stipulations dans les sociétés par actions et les SARL[13], leur admission dans les sociétés civiles[14] et les sociétés coopératives[15] n'est pas contestée[16]. Par voie de conséquence, ces formes sociales peuvent créer des parts sociales spécifiques qui offrent à leurs attributaires le privilège de percevoir un intérêt fixe indépendamment de l'existence de bénéfices. Cette stipulation ne doit toutefois pas enfreindre la prohibition des pactes léonins.

---

[8] *Ibid*.

[9] Sur ces titres, voir Y. GUYON, « Les '*tracking stocks*' », in *Mél. AEDBF*, éd. Banque Ed., 2001, t. III, p. 183 ; RAPPORT COB, « L'introduction en France d'actions traçantes », juillet 2000.

[10] À noter toutefois que le bénéficiaire doit être associé, ne serait-ce que minoritaire, de la filiale.

[11] Dans ce cas, le dividende est payé sous forme d'intérêt indépendamment de l'existence d'un bénéfice distribuable.

[12] Art. L232-15 du Code de commerce.

[13] M. COZIAN, « Du bon usage des sociétés civiles immobilières », *D*. 1994, Chron. p. 199.

[14] D. GALLOIS-COCHET, « Brèves observations sur la distribution des dividendes dans les sociétés civiles », *Dr. sociétés*, février 2016, p. 5.

[15] Voir art. 14 de la loi du 10 septembre 1947 dans sa rédaction issue de la loi n°92-643 du 13 juillet 1992, qui dispose que « *Les coopératives ne peuvent servir à leur capital qu'un intérêt dont le taux, déterminé par leurs statuts, est au plus égal au taux moyen de rendement des obligations des sociétés privées publié par le ministre chargé de l'Économie* ».

[16] La Cour de cassation estime toutefois que leur mise en œuvre ne doit pas entamer le capital social, voir Cass. civ. 8 mai 1867, *D*. 1867, 1, p. 193, note C. Beudant.

639. Les avantages particuliers sont encore susceptibles de résulter de l'octroi à certains associés d'une priorité dans le versement des dividendes et des réserves. À cet égard, est admise dans toutes les formes sociétaires, la possibilité d'instaurer au bénéfice de quelques associés, un dividende préciputaire ou prioritaire[17]. Par ce dispositif, les associés avantagés percevront leurs dividendes avant les autres. Il s'ensuit que si cette faveur absorbe l'intégralité des bénéfices distribuables, les non-bénéficiaires se retrouveront privés de tout dividende[18]. Cette prévalence dans le paiement peut aussi être conférée dans le partage des réserves ou du boni de liquidation[19] ou le remboursement de la valeur des droits sociaux. Ainsi, en cas d'amortissement du capital, la doctrine considère-t-elle que la société peut permettre à des associés d'obtenir, par priorité, l'amortissement de leurs titres[20]. Rappelons que ce procédé de l'amortissement du capital n'est prévu que dans les sociétés par actions[21]. Cependant, la doctrine n'est pas hostile à ce qu'il puisse être étendu aux autres types de sociétés[22]. La seule obligation, ici, étant de veiller à ce que les sommes employées soient effectivement prélevées sur les bénéfices distribuables[23].

640. Outre la priorité dans le paiement, il existe d'autres combinaisons qui constituent des moyens de favoriser certains associés, eu égard aux droits financiers. Par exemple, il est largement admis que l'être moral puisse instituer au profit de certains associés un dividende cumulatif[24]. La particularité de cette technique réside dans le fait que le dividende sera « *versé sur des bénéfices ultérieurs si ceux de l'exercice ne permettent pas sa satisfaction* »[25]. Dans le même esprit, l'article L232-18, al. 1 du Code de commerce permet aux sociétés commerciales de prévoir dans leurs statuts que l'assemblée générale qui statue sur les comptes annuels pourra attribuer à chaque actionnaire, pour le paiement de ses dividendes, une option entre le versement de sommes d'argent et l'attribution d'actions. Se pose la question de savoir si ces sociétés peuvent réserver cette possibilité à certains associés. La réponse paraît positive car, à la lecture de l'article L228-18 du Code de commerce, il est possible de prévoir dans les statuts ou par assemblée générale que le dividende attaché aux actions de préférence sera payé en

[17] P. ENGEL et P. TROUSSIERE, art. cit., p. 372, n°7.
[18] J. MESTRE et *alii*, *Droit commercial, droit interne et aspects de droit international*, 29e éd. LGDJ-Lextenso, 2012, n°566, pp. 439 et 440.
[19] J.-M. MOULIN, *Le principe d'égalité dans la société anonyme, op.cit*., n°152, p. 96.
[20] J.-J. DAIGRE, F. MONOD et F. BASDEVANT, « Les actions à privilèges financiers », art. cit., n°33, p. 8 ; C. HOUPIN, *Jour. sociétés*, 1930, p. 198.
[21] Art. L225-198 du Code de commerce.
[22] M. BUCHBERGER, *op.cit.,* n°349, pp. 298 et 299.
[23] Cette condition permet d'éviter que les associés échappent à leurs obligations de contribuer aux pertes.
[24] Il est préférable dans ce cas de déterminer la durée maximale du dividende afin d'éviter de mettre à la charge de la société des sommes considérables pouvant, à terme, compromettre son développement.
[25] Voir J. MESTRE et *alii*, *op.cit*., n°566, p. 440.

titres de capital. Or, les actions de préférence ne bénéficiant par essence qu'à certains associés, il est permis d'admettre la possibilité de limiter le bénéfice de ce mode de paiement à une partie des associés. À notre avis, en pareil cas, le droit préférentiel de souscription devra être supprimé suivant la procédure légale, puisqu'il s'agit bien d'un cas d'augmentation de capital en numéraire. Donc, l'assemblée générale extraordinaire[26], à laquelle les bénéficiaires ne pourront prendre part[27], devra le supprimer[28] au profit des actionnaires ou de la catégorie d'actionnaires[29], bénéficiaires de la préférence de paiement.

641. On sait également que la jurisprudence admet depuis longtemps[30], la possibilité de verser le dividende en nature, c'est-à-dire par l'attribution d'un bien. Il est, dès lors, imaginable qu'une clause des statuts puisse favoriser des associés en leur réservant ce mode de paiement. Cet avantage demeure également concevable concernant le remboursement de l'apport ou le versement du boni de liquidation[31]. Pour nous, il peut être attaché à la personne ou à des actions de préférence ou des parts catégorielles.

642. Enfin, selon l'article L228-13 du Code de commerce, les sociétés par actions peuvent émettre des actions de préférence auxquelles seront liés des droits particuliers pouvant s'exercer *« dans la société qui possède directement ou indirectement plus de la moitié du capital de l'émettrice ou dans la société dont l'émettrice possède directement ou indirectement plus de la moitié du capital* ». Le texte ajoute que « *l'émission doit alors être autorisée par l'assemblée générale extraordinaire de la société appelée à émettre des actions de préférence et par celle de la société au sein de laquelle les droits sont exercés* » et que « *les commissaires aux comptes des sociétés intéressées doivent établir un rapport spécial* ».

643. Cette disposition appelle deux remarques. D'une part, la majorité visée est celle en capital[32], de sorte que la détention de plus de la moitié des droits de vote serait indifférente.

[26] Pour être valable, cette suppression doit figurer à l'ordre du jour de l'assemblée, voir Cass. com. 25 septembre 2012, *Rev. sociétés*, 2013, p. 158, note H. Le Nabasque.
[27] Art. L225-138, I, du Code de commerce.
[28] Art. L225-135 al. 1 du Code de commerce.
[29] Art. L225-138, I, du Code de commerce.
[30] CA Paris, 18 novembre 1953, *Gaz. pal*. 1954, 2, p. 84 ; Cass. com. 12 février 2008, n°05-17.085.
[31] C'est toutefois à la condition que le bien en cause ne soit pas apporté par un associé, autrement, celui-ci bénéficie d'une priorité pour le récupérer, voir art. 1844-9 al. 3 du Code civil.
[32] La doctrine considère que cette condition de majorité doit être satisfaite tout au long de la vie des actions de préférence, de sorte que sa disparition emporte celle des actions en question, voir J. MESTRE, « La réforme des valeurs mobilières », art. cit., p. 17 ; A. VIANDIER, « Les actions de préférence », art. cit., n°34 ; J.-M. MOULIN, « Les actions de préférence », art. cit., p. 31.

Sous cette réserve, le contrôle peut être direct ou indirect[33]. D'autre part, à défaut d'autorisation de l'assemblée générale de la société d'exercice, l'émission ne pourra pas être annulée faute de texte[34], mais s'avèrera inopposable dans celle-ci. Si ces conditions sont respectées, toute société par actions peut attribuer à certains de ses actionnaires des préférences exerçables au sein d'une société qu'elle contrôle ou qui la contrôle[35]. D'évidence, cette combinaison entraine une entorse considérable au principe de l'autonomie des personnes morales au sein des groupes de sociétés[36].

644. S'agissant des droits susceptibles d'être exercés au sein d'une autre société, la doctrine considère qu'ils peuvent être de nature financières[37]. L'on se demande alors quels sont les droits pécuniaires concernés. Cette interrogation mérite d'être soulevée, d'autant que l'article L228-13 du Code de commerce « *introduit une innovation considérable dans son principe, mais dont il est difficile de cerner exactement la portée* »[38]. Aussi, la doctrine considère-t-elle que le droit financier ne saurait consister en un droit direct aux dividendes[39]. Si une telle combinaison n'est pas exclue en théorie[40], il est aujourd'hui bien établi que « *seul l'associé a droit à un dividende* »[41]. Il s'ensuit que, contrairement à l'avis de certains[42], nous estimons, comme la majorité des auteurs, que le droit pécuniaire ne saurait prendre la forme d'un dividende[43]. Ceci étant dit, rien ne s'oppose à ce que le droit financier corresponde à des versements de sommes d'une autre nature, à des moments et selon des montants déterminés ou déterminables[44]. Toutefois, ces sommes ne sont distribuables que si la société d'exercice a

[33] Dans ce dernier cas, la chaîne doit être ininterrompue. En ce sens, voir J. MESTRE, « La réforme des valeurs mobilières », art. cit., p. 17.
[34] A. VIANDIER, « Les actions de préférence », art. cit., n°36 ; J.-M. MOULIN, « Les actions de préférence », art. cit., p. 31. Contra : J. MESTRE, « La réforme des valeurs mobilières », art. cit., p. 17.
[35] F. DESPREZ, « Actions de préférence et exercice de droits financiers dans une société du groupe », *Journ. sociétés*, 2006, p. 48 ; J. MESTRE et *alii*, *op. cit.,* n°567, p. 440.
[36] M. GERMAIN, « Les actions de préférence », art. cit., p. 601, n°9.
[37] J. MESTRE, « La réforme des valeurs mobilières », art. cit., p. 17 ; M. GERMAIN, « Les actions de préférence », art. cit., p. 601, n°10.
[38] M. GERMAIN, « Les actions de préférence », art. cit., p. 601, n°9.
[39] Pour un avis contraire, voir T. ALLAIN, « Regards optimiste sur la validité des actions de préférence 'dissociées' », *Journ. sociétés* juin 2013, p. 27, spéc. p. 29.
[40] F. DESPREZ, « Actions de préférence et exercice de droits financiers dans une société du groupe », *Journ. sociétés*, 2006, p. 48.
[41] A. VIANDIER, « Les actions de préférence », art. cit., n°43.
[42] Avis du comité juridique de l'ANSA, « Actions de préférence : exercice des droits particuliers dans une autre société contrôlée ou contrôlante », 1er décembre 2004, n°04-080, où le comité avait affirmé qu'*« il paraît possible de conférer à ce titre des droits pécuniaires dans une autre société du groupe dont les intéressés ne seraient pas actionnaires »* ; T. ALLAIN, « Regards optimistes sur la validité des actions de préférence 'dissociées' », art. cit., p. 29.
[43] J.-M. MOULIN, « Les actions de préférence », art. cit., p. 31.
[44] J. MESTRE, « La réforme des valeurs mobilières », art. cit., p. 17 ; J.-M. MOULIN, « Les actions de préférence », art. cit., p. 31.

réalisé des bénéfices[45].

Au total, les droits pécuniaires des associés peuvent être l'objet de multiples avantages particuliers, tout comme ils se prêtent à nombreux inconvénients particuliers.

B. Les désavantages particuliers liés aux droits financiers des associés

645. S'ils peuvent être aménagés positivement, les droits pécuniaires sont pareillement susceptibles d'aménagements défavorables à certains associés. Là encore, le champ des possibilités s'avère vaste. On pense à la faculté de réserver à certains associés des actions de préférence ou des parts sociales modulables auxquelles sera attaché un droit réduit aux bénéfices, aux réserves ou au boni de liquidation. Sans évoquer la possibilité d'abandonner son droit certain aux dividendes, il a été vu que l'associé pouvait renoncer partiellement à sa prérogative conditionnelle aux bénéfices si, du moins, cette renonciation ne rendait pas ce droit insignifiant[46] ou dérisoire[47]. Serait également admissible, la clause par laquelle le montant du remboursement des apports de certains associés serait amoindri. Quant au droit au boni de liquidation, il peut être réduit ou purement et simplement supprimé au détriment de certains associés. Cet anéantissement ne contreviendrait pas l'interdiction des clauses léonine[48].

646. Plus encore, le désavantage particulier peut être relatif à la naissance ou au paiement des droits financiers. Il est par exemple admissible de suspendre temporairement[49] le droit de participer aux bénéfices de certains associés. Cette suspension temporaire peut être totale et être liée à un terme ou à une condition[50]. Dans le premier cas, les associés concernés seront écartés de toute distribution de dividendes jusqu'à l'arrivée du terme[51]. Dans la seconde hypothèse, le paiement des droits concernés sera différé jusqu'à la réalisation de la condition. Nous pensons toutefois que cette condition ne doit pas être potestative. Ainsi, serait valable la stipulation selon laquelle la société ne sera contrainte de verser le dividende à certains associés que si les bénéfices ou les réserves atteignent un certain montant.

[45] J. MESTRE, « La réforme des valeurs mobilières », art. cit., p. 17.
[46] M. GERMAIN et V. MAGNIER, *op.cit*., n°1545.
[47] H. Le NABASQUE et M. BARBIER, « Les clauses léonines », art. cit., n°51, p. 12.
[48] Sauf si la société n'a jamais versé de dividendes.
[49] H. Le NABASQUE et M. BARBIER, « Les clauses léonines », art. cit., n°17, p. 5.
[50] M. BUCHBERGER, *op.cit.,* n°334, p. 287.
[51] *Ibid*., n°334, p. 286.

647. Dans le même ordre d'idées, certains associés peuvent s'engager à laisser en compte courant d'associés la totalité ou une partie des dividendes ou réserves perçus pendant une période déterminée[52]. La société pourrait encore désavantager certains associés par une stipulation selon laquelle, ces derniers n'obtiendront le remboursement de leur apport ou le versement de leur boni de liquidation qu'après tous les autres.

Il apparaît en définitive que la liberté d'aménagement inégalitaire des droits financiers des associés a un domaine d'application très large. Cette remarque demeure valable pour ce qui est de l'aménagement des droits attachés aux titres sociaux.

§ 2. Les discriminations possibles sur les titres sociaux

648. Par discriminations sur les titres sociaux, nous entendons les traitements inégalitaires relatifs, d'une part, au nombre de titres détenus par les associés (A) et, d'autre part, au droit de les aliéner (B).

A. Les discriminations relatives à la composition du capital social

649. En droit des sociétés, chaque associé détient en principe un nombre de titres proportionnel à la somme qu'il a accepté de mettre dans l'entreprise commune. Le respect de l'égalité devrait conduire à conserver cette proportionnalité chaque fois que le capital devra être accru ou diminué[53].

Mais l'égalité n'étant pas absolue, la société peut s'accorder avec certains associés pour renforcer (I) ou réduire (II) le nombre de leurs titres.

I. Les avantages particuliers liés à la participation dans le capital social

650. L'accroissement discriminatoire de la participation des associés dans le capital demeure admis en droit positif. Pour ce faire, plusieurs mécanismes peuvent être empruntés. Le premier peut consister à réserver à certains associés une augmentation de capital. En ce sens, il est accepté en doctrine que la société puisse attribuer dans les statuts une exclusivité

[52] J. MESTRE, « La réforme des valeurs mobilières », art. cit., p. 16.
[53] Y. de CORDT, *L'égalité entre actionnaires*, *op.cit*., n°214, p. 304.

de souscription, ponctuellement ou pour une période déterminée[54]. Ce privilège aura pour conséquence de permettre à ses bénéficiaires de renforcer le nombre de leurs droits sociaux en acquérant seuls les nouveaux titres. Dans les sociétés, autres que celles par actions, ce privilège peut résulter de l'attachement d'un droit préférentiel[55] aux parts sociales donnant à leurs titulaires une priorité de souscription à des augmentations de capital déterminées[56]. Malgré l'absence de prévision légale, la jurisprudence considère qu'un droit préférentiel de souscription peut être institué dans ces formes sociales[57].

651. S'agissant des sociétés par actions dans lesquelles le législateur a instauré un droit préférentiel de souscription, l'article L225-138 du Code de commerce ouvre la possibilité à l'assemblée générale, qui décide une augmentation de capital en espèces, de supprimer cette prérogative au profit d'actionnaires ou de groupes d'actionnaires obéissant à certains critères[58]. La question est de savoir si l'on peut aller plus loin en supprimant à l'avance dans les statuts cette préférence de souscription au profit d'actionnaires déterminés. En vérité, il ne semble pas, car la possibilité d'abandonner le DPS, par anticipation et de manière générale, paraît douteuse. Néanmoins, cet abandon reste imaginable pour une ou des augmentations de capital à terme.

652. Un autre procédé peut être utilisé par la société afin de permettre à certains associés de gonfler le nombre de leurs droits sociaux. Il s'agit de la clause de « *ratchet* », connue aussi sous la dénomination de « clause d'ajustement de prix ». Ayant pour objectif de permettre aux investisseurs de protéger la valeur de leur investissement, cette technique vise à augmenter la participation dans le capital au cas où les titres de l'associé perdraient de la valeur depuis une date de référence[59]. Pour bien comprendre son fonctionnement, prenons l'exemple suivant : un investisseur apporte 50 000 euros à une société valorisée à 450 000 euros. Ce qui lui donne 10% du capital (50 000/ (450 000 + 50 000 qu'il a investi). Si lors d'une levée de fonds ultérieure à la date de souscription, la société est valorisée à 250 000 euros, la valeur de sa mise aura alors baissé, puisqu'elle passe de 50 000 à 25 000, c'est à dire 10% de 25 000. Avec la clause de *ratchet*, il pourra se faire attribuer le nombre nécessaire (soit 10% ici) de titres

[54] P. MOUSSERON, *Les conventions sociétaires*, *op.cit*., n°559, p. 373 ; P. MOUSSERON et L. CHATAIN-AUTAJON, *Droit des sociétés*, *op.cit*., n°159, p. 135 ; R. TUNC, *op.cit.,* n°30, p. 32.
[55] J.-M. de BERMOND de VAULX, « Les parts sociales privilégiées », art. cit. n°16, p. 523 ; L. GROSCLAUDE, « Les parts sociales catégorielles dans les sociétés civiles », art. cit., p. 33.
[56] Nous pensons que ces augmentations de capital peuvent être en nature ou en numéraire.
[57] Cass. com. 18 avril 2000, *Dr. sociétés*, 2000, comm. n°108, obs. D. Vidal.
[58] L. FAUGÉROLAS et S. SABATIER, « Les émissions réservées », *Rev. sociétés*, 2004, p. 515.
[59] Cette date étant généralement celle de leur souscription, voir P. MOUSSERON, *Les conventions sociétaires*, *op.cit*., n°559, p. 373.

nouveaux et à un prix symbolique (généralement égal à la valeur nominale), pour maintenir la valorisation de son investissement initial (soit 50 000). Ainsi, aura-t-il évité une dilution de sa participation.

653. Dans le même mouvement, la doctrine considère qu'il est possible de concéder à certains associés le privilège de subir une réduction de capital pour pertes après les autres. Dans ce cas, les titres du bénéficiaire ne pourront être réduits que si le déficit dépasse la quotité du capital représentée par ceux des autres associés[60].

Au terme de cette analyse, on constate que beaucoup d'avantages particuliers sont envisageables sur le nombre de titres sociaux détenus par les associés. On peut en dire autant pour les désavantages particuliers.

II. Les désavantages particuliers liés à la participation dans le capital social

654. Certains associés peuvent accepter une réduction de leur part dans le capital de la société. Par exemple, l'associé qui effectue un apport en nature peut toujours accepter de recevoir une contrepartie inférieure à la valeur du bien sur le marché[61]. Cette dépréférence conduira à lui remettre un nombre de droits sociaux inférieur à celui qu'il était en droit d'attendre si l'évaluation normale était suivie. De la même façon, rien ne semble s'opposer à ce que certains associés puissent renoncer ponctuellement à participer à des augmentations de capital déterminées. On peut même admettre que cette renonciation puisse porter sur toutes les augmentations de capital susceptibles d'intervenir durant une période donnée. Il est vrai qu'en pareil cas, le nombre de leurs titres ne sera pas abaissé. Mais ils seront défavorisés par rapport aux associés qui conserveront la possibilité de souscrire aux nouveaux titres.

655. Pareillement, lorsque la personne morale décide de procéder à une restriction de son capital, certains associés pourront accepter que les conditions de cette diminution leur soient moins favorables que leurs coassociés.

Si la réduction est non motivée par des pertes, trois situations sont envisageables. Soit au moment de la réduction, ces associés acceptent de supporter seuls la réduction[62] ou une

[60] J.-J. DAIGRE, F. MONOD et F. BASDEVANT, « Les actions à privilèges financiers », art. cit., n°34, p. 8.
[61] Cette renonciation sera sans préjudice sur les droits de ses créanciers qui pourront toujours exercer l'action oblique.
[62] Si la réduction est motivée par des pertes, encore faudra-t-il que la quotité du capital que représente les titres de cet ou de ces associés soit au moins égale au montant des pertes.

proportion supérieure à celle qu'ils devraient subir en application de la règle proportionnelle. Soit la personne morale leur attribue des actions ou parts sociales comportant un inconvénient en vertu duquel, en cas d'abaissement du capital, leurs droits sociaux subiront la diminution avant ceux des autres. Il s'agirait dans ce cas d'une sorte de priorité de réduction à l'envers. Dans les SA, on pourrait croire que cette discrimination soit prohibée par l'exigence d'égalité entre associés en cas de réduction de capital[63]. Pourtant, il n'en est rien, car si elle est d'ordre public, cette règle interdit seulement à la société d'effectuer une diminution inégalitaire non approuvée par les associés. Pour peu que ces derniers expriment un consentement libre et éclairé, cette discrimination devient admissible.

Si la réduction de capital est motivée par des pertes, il sera possible de prévoir dans les statuts que certains associés supporteront plus que ce qui leur incombe ou subiront la réduction avant les autres. Mais en raison de l'interdiction des clauses léonines posée par l'article 1844-1 du Code civil, ils ne pourront, en aucun cas, comporter une clause qui stipulerait que certains s'engageraient à supporter la totalité de la diminution du capital.

Finalement, la répartition du nombre de titres sociaux entre les associés peut être l'occasion d'instaurer de nombreuses inégalités dans les sociétés. Il en va de même pour celle du droit des associés à la cession des titres.

B. Les discriminations relatives au droit de céder les titres sociaux

656. La cession des droits sociaux fait partie de ces matières largement abandonnées à la liberté contractuelle. C'est dire qu'elle peut donner lieu à de nombreux avantages (I) ou désavantages (II) particuliers.

I. Les avantages particuliers liés au droit de céder les titres sociaux

657. Dans les SARL[64], les SNC[65] et les sociétés civiles[66], la loi soumet la cession des parts sociales à l'agrément de la personne morale, obligeant ainsi l'associé qui souhaite se séparer de ses titres à solliciter cette autorisation. L'on se demande s'il est permis de limiter cette contrainte à des parts sociales détenues par certains associés. La réponse paraît positive.

[63] Art. L225-204 du Code de commerce.
[64] Art. L223-14 du Code de commerce.
[65] Art. L221-13 du Code de commerce.
[66] Art. 1861 al. 1 du Code civil.

Certes, une dispense d'agrément conduit à rendre librement transférables, les parts sociales qui en sont l'objet. Ce qui semble, au premier abord, contrevenir à la règle selon laquelle les parts sociales ne sont pas librement cessibles[67]. C'est pour cette raison que certains estiment que les clauses de rachat de parts sont illicites dans les SNC car, elles seraient contraires à l'article L221-13 du Code de commerce qui réfute toute négociabilité des parts[68]. Toutefois, nous considérons qu'en instituant l'agrément, le législateur souhaite simplement donner à ces personnes morales un moyen de contrôler leur actionnariat. Dès lors, rien de devrait empêcher ces dernières d'organiser ce contrôle à leur convenance, en prévoyant dans leurs statuts, que cette restriction ne s'appliquera qu'à certaines parts.

L'observation est encore plus vraie au sein des sociétés par actions où la loi permet d'instituer un agrément statutaire. Dans ce cas, il est admis en doctrine que la société puisse avantager certains associés en émettant à leur profit des actions de préférence dispensées de cette contrainte[69]. La personne morale peut même aller plus loin en réservant à un associé, le privilège de « *céder sa part à une personne déterminée* »[70]. Ce procédé s'avère intéressant pour les deux parties car il permet à la société de faire entrer une personne dotée de certaines qualités appréciables et à l'associé bénéficiaire non seulement d'être libéré de son obligation de solliciter l'agrément, mais aussi de celle de chercher un cessionnaire.

658. Dans la même veine, on se rappelle que la loi[71] conférait une priorité de rachat aux titulaires d'actions à dividende prioritaire sans droit de vote, lorsque la société décidait de racheter ou de rembourser les actions[72]. Grâce à cette faveur, les détenteurs de ces titres pouvaient faire racheter leurs titres avant les autres. Nous considérons, avec certains[73], que cette possibilité peut être reconduite avec les actions de préférence.

659. Au-delà de ces hypothèses, les sociétés peuvent-elles consentir des promesses de

[67] Articles L221-13 et L223-12 du Code de commerce.
[68] T. de RAVEL d'ESCLAPON, « La validité des clauses de rachat dans les sociétés en nom collectif », *LPA*, 2008, n°224, p. 4, spéc. pp. 5 et s., qui estime que les clause de rachat sont illicites dans les SNC, car elles contreviendraient à la lettre et à l'esprit de l'article L221-13 du Code de commerce qui réfute toute négociabilité ou toute cession des parts sociales *« sans le consentement de tous les associés »*. Dans le même sens, voir Mémento lefebvre, *Sociétés commerciales*, *op.cit*., n°24440. Voir cependant, CA Aix-en-Provence, 25 mai 2007, n° 05-3172, *RJDA* 3/08, n° 282, qui a admis la validité de telles clauses.
[69] J.-J. DAIGRE, F. MONOD et F. BASDEVANT, « Les actions à privilèges non financiers », art. cit., p. 10.
[70] M. GERMAIN, V. MAGNIER, *op.cit*., n°1184, p. 164.
[71] Art. 269-7 loi du 24 juillet 1966.
[72] J.-M. MOULIN, *Le principe d'égalité dans la société anonyme, op.cit*., n°268, p. 159.
[73] Voir J.-J. DAIGRE, F. MONOD, F. BASDEVANT, « Les actions à privilèges financiers », art. cit., n°32, p. 8.

rachat de titres ou attribuer des titres rachetables à l'initiative du bénéficiaire[74] ? Notons que le rachat des droits sociaux est parfois de plein droit. Il en est ainsi lorsque l'agrément légal prévu dans les sociétés civiles[75] et les SARL[76] ou un agrément conventionnel dans les sociétés par actions[77], est refusé à un cessionnaire proposé par un associé désireux de se séparer de ses titres[78]. Ne pouvant pas être prisonnier de ses droits[79], le cédant dispose, dans ces situations, d'un droit de les faire racheter par la personne morale[80]. Aussi, dans les sociétés où il existe un droit légal de retrait, la personne morale peut parfois être obligée de rembourser les titres d'un associé retrayant[81]. Telle est la solution par exemple dans les sociétés coopératives[82]. Mais, qu'elle soit consécutive à un refus d'agrément ou à l'exercice du droit de retrait, cette prérogative de rachat reste ouverte à tous les associés, de sorte qu'aucune inégalité ne peut être relevée. Le même constat s'impose concernant les promesses extrastatutaires de rachat de titres conclues entre associés[83]. N'intéressant pas le pacte social, ces conventions ne sauraient conduire à une rupture d'égalité entre associés. C'est l'une des raisons pour lesquelles, la jurisprudence a reconnu leur validité sans grande difficulté.

660. Laissons de côté ces hypothèses particulières et revenons à la question de savoir si une société peut promettre à un associé de lui racheter ses titres ou de lui accorder des titres rachetables dès que celui-ci en formule la demande. En vérité, la réponse ne peut être positive que si trois conditions sont réunies. Il faut, d'une part, que la société puisse juridiquement racheter ses propres titres, d'autre part, qu'elle puisse réserver le rachat à certains associés et, enfin, que le bénéficiaire puisse en demander l'exécution. Il conviendra de vérifier chacune de ces exigences en opérant une distinction entre les sociétés par actions et les autres.

661. Dans les premières, il existe plusieurs hypothèses dans lesquelles la loi reconnaît la possibilité pour une société de racheter et d'auto-détenir ses propres actions. Selon l'article

---

[74] Nous ne visons ici que le remboursement-retrait, c'est-à-dire à l'initiative de l'associé car s'il est à l'initiative de la société, il paraît, *a priori*, défavorable à l'associé. À noter, cependant, qu'en fonction du prix stipulé, il peut être au bénéfice de ce dernier.
[75] Art. 1861 du Code civil.
[76] Art. L223-14 du Code de commerce.
[77] Voir dernier alinéa de l'article L228-24 du Code de commerce. Pour plus de détails sur la question, voir B. SAINTOURENS, « Le nouveau droit des clauses d'agrément », *Rev. sociétés* 2004, p. 611.
[78] R. MORTIER, *Le rachat par la société de ses droits sociaux*, *op. cit*., n^{os}172 et s. pp. 144 et s.
[79] Cass. com. 22octobre 1969, *JCP* 1970, II, 16197.
[80] Après le rachat, la société devra réduire son capital ou rétrocéder les titres.
[81] R. MORTIER, *Le rachat par la société de ses droits sociaux*, *op.cit*., pp. 150 et s. ; L. GODON, *Les obligations des associés*, *op.cit*., n°240, p. 131.
[82] Art. 18 de loi du 10 septembre 1947.
[83] CA Paris, 22 septembre 1995, *Bull. Joly*, 1995, p. 1069, note J.-C. Hallouin. Voir aussi Cass. civ. 1re 18 juillet 1995, *Rev. sociétés*, 1996, p. 80, note P. Le Cannu, qui estime que ces promesses de rachat ne peuvent pas porter sur des actions reçues en échange lors d'une fusion.

L225-206, II, du Code de commerce « *l'achat par une société de ses propres actions est autorisé dans les conditions et selon les modalités prévues aux articles L225-207 à L225-217* ». Trois types de rachats sont globalement visés par les dispositions citées dans ce texte. Le premier est relatif au rachat en vue d'une réduction de capital non motivée par des pertes[84]. La deuxième hypothèse vise le cas particulier du rachat destiné à promouvoir la participation des salariés aux résultats de l'entreprise[85]. Le troisième cas de figure concerne le rachat des titres dans le but d'une gestion financière du capital, communément appelé programmes de rachat[86]. Nous noterons que, jusqu'en 2012, cette dernière possibilité était réservée aux sociétés cotées qui pouvaient procéder à des « *rachats à toutes fins utiles* »[87] dans la limite de 10% de leur capital social. Cependant, la loi de finances rectificative du 14 mars 2012[88] a créé l'article L225-209-2[89], qui a étendu ces hypothèses de rachats aux sociétés non cotées. Désormais, ces dernières peuvent prévoir de tels programmes qui, selon les cas[90], peuvent concerner 5 à 10% de leur capital. En dehors de ces cas, aucun autre type de rachat n'est autorisé dans les sociétés par actions. Mais c'est déjà beaucoup.

662. Se pose alors la question de savoir s'il est possible de réserver ces possibilités de rachat à certains actionnaires. Nous écarterons le cas du rachat destiné à développer l'actionnariat salarié qui concerne une situation spécifique. Il en sera de même pour le rachat-réduction à propos duquel la loi impose à l'assemblée générale de respecter scrupuleusement l'égalité entre actionnaires[91]. On se rappelle que la cour d'appel de Paris avait annulé une promesse de rachat d'actions qui avait justement méconnu ce principe[92]. On mentionnera cependant que, malgré l'exigence d'égalité, un rachat discriminatoire est toujours possible si

[84] Art. L225-207 du Code de commerce.
[85] Art. L225-208 du Code de commerce.
[86] R. MORTIER, *Le rachat par la société de ses droits sociaux*, *op.cit*., n^os^228 et s. pp. 179 et s.
[87] *Ibid*., n°170-1, p. 142.
[88] Le décret d'application de ce texte n'est toutefois intervenu que le 26 mai 2014 (D. n°2014-543, *JO*. 28 mai 2014, p. 8917). Ce retard fut d'ailleurs dénoncé par la doctrine, voir D. PORACCHIA, « Éditorial. Alternance politique, légalité républicaine et rachat d'actions », *Bull. Joly*, 2013, n°4, p. 237. Quoi qu'il en soit, ce décret a inséré trois nouveaux textes dans la partie réglementaire du Code de commerce, à savoir les articles R225-160-1, R225-160-2 et R225-160-3. Sur l'ensemble de la question, voir S. TORCK, « Le rachat d'actions aux fins de gestion financière du capital des sociétés non cotées sur un marché réglementé ou organisé », *Bull. Joly*, 2014, n°10, p. 377.
[89] Art. 6 de la Loi n°2012-354 du 14 mars 2012.
[90] Pour plus de détails sur les cas visés, voir S. TORCK, « Le rachat d'actions aux fins de gestion financière du capital enfin ouvert aux sociétés non cotées enfin opérationnel ! », art. cit., n^os^4 et s. Voir aussi, H. Le NABASQUE, « Les programmes de rachat d'actions des sociétés non cotées (après la loi de finances rectificative pour 2012) », *Rev. sociétés*, 2012, p. 271.
[91] Articles L225-204 et R225-153 du Code de commerce. Il faut néanmoins préciser que cette règle doit être écartée lorsque la société est contrainte par les statuts ou la loi de racheter les titres d'un associé.
[92] CA Paris 21 février 2003, préc.

la société obtient l'accord de l'ensemble des actionnaires[93]. À noter également que la loi dispense la société de respecter l'égalité lorsque celle-ci souhaite « *acheter un petit nombre d'actions en vue de les annuler* »[94]. Cette brèche demeure cependant bien encadrée car, selon le texte, ce rachat doit être destiné à « *faciliter une augmentation du capital, une émission de valeurs mobilières donnant accès au capital, une fusion ou une scission* ».

663. Finalement, ce sont les programmes de rachat qui semblent offrir le terreau le plus fertile aux rachats sélectifs. À cet égard, une précision préalable s'impose. À la lecture du dernier alinéa de l'article L225-209-2 du Code de commerce, les programmes de rachat dans les sociétés non cotées doivent se réaliser dans le strict respect de l'égalité des actionnaires. Par conséquent, aucune discrimination ne paraît être tolérée à cet égard. Pourtant, un auteur estime que ces programmes de rachat permettent désormais de donner leur pleine mesure aux promesses de rachat d'actions consenties par les sociétés non cotées qui, lorsque l'AGO de la société aura arrêté un programme de rachat en vue d'assurer la liquidité du titre, viendront, en amont des opérations de cession organisées au profit des actionnaires, en permettre la réalisation[95]. Cette opinion nous paraît curieuse, car la lettre du texte semble imposer que l'offre de rachat soit toujours faite à l'ensemble des actionnaires[96]. Ainsi, si les sociétés non cotées peuvent effectuer des rachats sélectifs d'actions, cette discrimination doit s'effectuer dans le cadre des autres hypothèses prévues par les articles L225-207 et suivants du code de commerce.

Concernant, les programmes de rachat des sociétés cotées, l'article R225-157 du Code de commerce dispose que l'article R225-153 du Code de commerce n'est pas applicable aux rachats organisés par l'article L225-209. Or, la disposition écartée impose justement à la société qui souhaite diminuer son capital d'adresser l'offre de rachat à tous les actionnaires. Il s'en déduit que, dans le cadre des programmes de rachat des sociétés cotées, la personne morale n'est soumise à aucune obligation d'observer l'égalité entre actionnaires. Elle peut, au contraire, attribuer à un ou certains actionnaires seulement le privilège de racheter leurs titres[97]. Ces différents textes offrent ainsi un fondement légal aux rachats discriminatoires

[93] H. Le NABASQUE, « Le rachat par une société de ses propres actions. Le rachat réservé à certains actionnaires », *LPA*, 4 mai 2001, n°4, p. 25, spéc. n°17, p. 30.
[94] Art. R225-156.
[95] S. TORCK, « Le rachat d'actions aux fins de gestion financière du capital enfin ouvert aux sociétés non cotées sur un marché réglementé ou organisé », art. cit., n°19.
[96] H. Le NABASQUE, « L'égalité entre actionnaires faces aux programmes de rachat d'actions », *RDBF,* n°3, mai 2012, repère 3.
[97] H. Le NABASQUE, « Le rachat par une société de ses propres actions. Le rachat réservé à certains actionnaires », art. cit., n^{os}12 et s.

dans les sociétés par actions[98].

664. Reste à vérifier si l'exécution du privilège de rachat peut être laissée à l'initiative des actionnaires bénéficiaires. Cette question renvoie à celle de savoir s'il est possible d'attribuer un droit potestatif à l'actionnaire bénéficiaire de la préférence de rachat contre la société. Pour y répondre, il convient de distinguer entre les promesses de rachat et les actions de préférence rachetables. Concernant les premières, on notera, d'emblée, qu'il semble largement accepté que leur exécution puisse dépendre d'un événement futur[99], dont la réalisation ne serait liée à la volonté d'aucune partie[100]. En pareille situation, seuls les faits déclenchent le rachat[101]. La jurisprudence accepte cette possibilité depuis longtemps[102]. Pour Alain Viandier, l'exécution de ces promesses devrait toujours être subordonnée à un évènement extérieur aux parties, sous prétexte qu'il serait inadmissible que l'initiative du rachat soit laissée à l'associé ou à la société[103]. Cette opinion est-elle conforme au droit positif ?

665. On se souvient que la Cour de cassation avait, dans un arrêt du 15 novembre 2010[104], censuré la décision d'une cour d'appel qui avait admis l'exécution forcée d'une promesse de rachat d'actions consentie par une société anonyme à l'un de ses actionnaires. Selon la Cour, parmi les cas de rachat prévus par les articles L225-207 à L225-217 du Code de commerce, ne figurait pas *« la situation dans laquelle la société anonyme se serait engagée envers un actionnaire à lui racheter des actions »*. Autrement dit, « *en l'espèce, ladite promesse, destinée à organiser un retrait conventionnel, n'entrait dans aucune des prévisions légales sur le rachat d'actions* »[105]. Deux précisions méritent d'être apportées : d'une part, les hauts magistrats n'écartent pas l'idée qu'une société anonyme puisse consentir une promesse de rachat à certains actionnaires. La raison est simple : « *on ne connaît aucune disposition qui*

[98] S. TORCK, « Le rachat d'actions aux fins de gestion financière du capital enfin ouvert aux sociétés non cotées sur un marché réglementé ou organisé », *Bull. Joly* 2012, p. 510, spéc. n°19.
[99] Voir par exemple, Cass. Req. 16 novembre 1943, *Journ. sociétés*, 1944, p. 215, concl. Picard, où le rachat était lié à la cessation des fonctions de directeur technique qu'occupait le gérant-associé bénéficiaire de la promesse.
[100] A. VIANDIER, « Les actions de préférence », art. cit., n°82.
[101] R. MORTIER, « Rachat d'actions et actions rachetables », art. cit. n°27, p. 649.
[102] Cass. Req. 24 janvier 1934, *D.* 1934, p. 161, S. 1935, 1, p. 17, note P. Esmen ; *Journ. sociétés*, 1935, p. 545, note P. Cordonnier.
[103] A. VIANDIER, « Les actions de préférence », art. cit., n[os]82 et 86. Selon l'auteur, ni la société, ni l'associé ne doivent avoir de droit potestatif sur la décision de rachat, celle devant dépendre que d'un événement extérieur à la volonté des parties.
[104] Cass. civ. 1[re], 15 novembre 2010, *Dr. sociétés*, 2011, n°29, note R. Roussille ; *Rev. sociétés*, 2011, p. 168, note R. Mortier ; *Bull. Joly*, 2011, p. 179, note H. Le Nabasque. Voir également, M. GERMAIN, « La création et la disparition des actions de préférence », art. cit., n[os]10 et s. ; J.-J. DAIGRE, « Le rachat d'actions de préférence cotées », *RDBF* mars-avril 2005, p. 3.
[105] S. TORCK, « Le rachat d'actions aux fins de gestion financière du capital enfin ouvert aux sociétés non cotées sur un marché réglementé ou organisé », art. cit., n°19.

interdise à une société anonyme de promettre de racheter ses propres titres de capital à l'un de ses actionnaires »[106]. D'autre part, cette décision a été rendue dans une SA non cotée, alors qu'à cette époque, le recours aux programmes de rachat d'actions à des fins de gestion financière n'y étaient pas autorisé.

666. Pour le surplus, ce qu'a reproché la Haute juridiction aux juges du fond, c'est d'avoir imposé l'exécution forcée en dehors des conditions et procédures impératives prévues par les articles L225-207 et suivants du Code de commerce. En d'autres termes, en décidant comme ils l'avaient fait, les juges du second degré permettaient au bénéficiaire de la promesse de décider le rachat. Or au regard de la loi, seule l'assemblée générale est dotée du pouvoir de décider le rachat des actions conformément à une procédure déterminée. Aucune autre volonté ne peut contraindre la personne morale de prendre une telle résolution[107].

667. Faute de jurisprudence nouvelle sur la question, nous estimons que cette solution doit être considérée comme faisant le droit positif. De sorte qu'il est déconseillé aux sociétés par actions d'octroyer des promesses de rachat d'actions dont l'exécution dépendrait de la seule volonté du bénéficiaire. Si elles peuvent promettre de racheter, ces sociétés doivent rester dépositaires du pouvoir de déclencher le rachat ou, à tout le moins, faire dépendre cette exécution d'un événement sur lequel le bénéficiaire de la promesse n'aura aucune prise. Il est évident que cela relativise la nature avantageuse de ces conventions pour les cocontractants de la société.

668. Concernant les actions de préférence rachetables, l'examen du droit positif permet de s'apercevoir que leur exécution ne peut jamais dépendre du bon vouloir du bénéficiaire. Si les articles L228-12, L225-209 et L225-209-2 du Code commerce offrent un fondement juridique à ces titres singuliers, ces textes n'admettent pas que le pouvoir de déclencher le rachat soit laissé à l'associé. Rappelons cependant que jusqu'en 2008, c'est la solution inverse qui prévalait dans les sociétés cotées, puisque l'ancien l'article L228-20 du Code de commerce admettait que l'initiative du rachat puisse être attribuée à la société ou aux actionnaires, voire, aux deux[108]. Mais avec l'ordonnance n°2014-863 du 31 juillet 2014, le gouvernement, sur habilitation du Parlement[109], est venu affirmer que le rachat des actions de préférence devait

[106] H. Le NABASQUE, « Si la promesse de rachat d'actions est libre, son exécution est complexe », note sous Cass. Civ. 1re, 15 novembre 2010, *Bull. Joly* 2011, p. 179.
[107] M. ROUSSILLE, note sous Cass. civ. 1re, 15 novembre 2010, préc.
[108] R. MORTIER, « Rachat d'actions et actions rachetables », art. cit., n°33, p. 652.
[109] Art. 3 de la Loi n°2014-1 du 2 janvier 2014 habilitant le Gouvernement à simplifier et sécuriser la vie des entreprises.

être *« à l'initiative exclusive de la société »*[110]. Cette position a remis en question une réponse ministérielle[111] qui avait reconnu la validité des actions de préférences rachetables[112] à la demande du bénéficiaire[113]. On retiendra au final que dans les sociétés par actions, cotées ou non, il serait illicite d'offrir des actions de préférence rachetables à l'initiative de l'associé.

669. Cette solution est sans doute excessive. En effet, les arguments qui la sous-tendent tiennent, de manière générale, à l'interdiction de transformer les titres de capital en titres de créance[114], au fait que ce rachat conduirait à instaurer un droit de retrait dans des sociétés qui ne connaissent pas normalement cette prérogative, à la prohibition des clauses léonines[115], à l'interdiction faite aux SA d'avoir un capital variable[116] et, enfin, à l'intangibilité du capital social[117]. Tous ces arguments ont pourtant été, tour à tour, battus en brèche par la doctrine[118]. Il a ainsi été démontré que l'idée selon laquelle le rachat convertirait les titres de capital en titres de créance était irrecevable puisque le rachat ne convertit pas l'action de préférence en obligation[119]. De même, l'argument tiré de l'instauration d'un droit de retrait a été considéré comme plus philosophique que technique et que l'introduction de cette prérogative dans ces sociétés ne serait que la mise en œuvre d'une liberté octroyée par la loi[120]. Concernant la variabilité du capital, on a pu objecter, avec justesse, que « *la prohibition (de la variabilité du capital dans les sociétés anonymes) a pour objet d'empêcher les sociétés anonymes d'adopter le statut de société à capital variable, c'est-à-dire son régime très spécifique (la dispensant notamment des formalités de dépôt et de publication des actes constatant les augmentations ou réductions de capital). Rien de tel avec les actions rachetables, ces dernières étant respectueuses des formalités de la réduction de capital* »[121].

---

[110] Art. L228-12, III, 4e du Code de commerce. Voir également, R. MORTIER, « Dispositions relatives au rachat des actions de préférence », *Rev. sociétés*, 2014, p. 627, spéc. n°12.
[111] Rép. min. à M. Adnot, n°00431, *JO*. Sénat Q, 27 décembre 2007, p. 2371. Sur les contours de cette circulaire, voir A. COURET, « L'action de préférence rachetable à la demande du porteur », *Bull. Joly*, 2008 n°4, p. 344
[112] Dans ce cas, la doctrine estime que les conditions du rachat doivent être arrêtées *ab initio*, c'est-à-dire avant l'émission, voir en ce sens R. MORTIER, « Rachat d'actions et actions rachetables », art. cit., n°26, p. 648 ; A. VIANDIER, « Les actions de préférence », art. cit., n°86.
[113] A. LIENHARD, « Rachat d'actions de préférence : précision ministérielle », *D*. 2008, p. 151.
[114] Art. L228-91 al.3 du Code de commerce.
[115] Selon le gouvernement, le rachat à un prix déterminé à l'avance affranchirait les bénéficiaires de leur obligation de contribuer aux pertes sociales.
[116] Art. L231-1 du Code de commerce.
[117] S. VERMEILLE et A. BÉZERT, « Plaidoyer en faveur de l'introduction des actions de préférence rachetables à l'initiative de l'actionnaire en droit français », *RTDF*, 2015, n°4, Doctr. p. 3.
[118] A. COURET, « L'action de préférence rachetable à la demande du porteur », art. cit., p. 344 ; P. MOUSSERON, Les actions remboursables, art. cit., nos5et s.
[119] A. COURET, « L'action de préférence rachetable à la demande du porteur », art. cit., n°9, p. 345.
[120] *Ibid*., n°10.
[121] R. MORTIER, « Rachat d'actions et actions rachetables », *Rev. sociétés* 2004, p. 639, spéc. n°32.

Pour ce qui est de l'obstacle relatif à la prohibition des clauses léonines, force est de reconnaître qu'il peut facilement être contourné puisqu'il suffit de s'abstenir de fixer un prix plancher. Enfin, à propos de l'objection tirée de l'intangibilité du capital, il faut préciser qu'elle n'est justifiée que si les actions rachetée sont annulées car, c'est uniquement dans ce cas, que le capital est réduit, entraînant ainsi un appauvrissement de la société à la demande de l'associé. De plus, sans évoquer le fait que le capital social ne soit pas, vraiment, le gage des créanciers[122], nous pensons, comme Alain Couret, que le rachat des actions déclenche l'application de l'article L225-205 du Code de commerce[123] qui prévoit un droit d'opposition des créanciers sociaux[124]. Cette faculté de s'opposer ne devrait toutefois bénéficier qu'aux créanciers dont la créance est née avant la création des titres en cause. À ces arguments s'ajoute encore le fait que « *l'absence de potestativité n'est pas une condition générale de validité des actes juridiques* »[125]. Tous ces éléments montrent que l'interdiction des actions rachetables sur demande du titulaire ne s'impose pas avec évidence. Ce constat réconforte ceux qui plaident pour une levée de cette prohibition[126]. En tout état de cause, on retiendra, en dernière analyse, qu'il est interdit aux sociétés par actions d'émettre des actions de préférence rachetables ou remboursables sur demande des bénéficiaires.

670. S'agissant des autres sociétés, il n'existe pas d'éclairages en droit positif ni sur la validité des promesses de rachat ni sur celle des parts sociales rachetables sur demande du bénéficiaire. Aussi, faut-il admettre que les articles L225-207 à L225-217 du Code de commerce n'épuisent pas les possibilités de rachat des titres de capital[127]. En réalité, l'auto-détention de parts sociales n'est prohibée que dans les SARL[128]. Aux termes de l'article L223-34 du Code de commerce, ces formes sociétaires ne peuvent racheter leurs propres parts que lorsque l'assemblée décide une réduction de capital[129]. Ici, le rachat apparaît comme une conséquence de la décision collective et ne peut s'effectuer que dans le respect de l'égalité des associés. Hormis cette hypothèse, tout rachat y est interdit[130]. Partant, les promesses de rachat et les parts sociales rachetables doivent y être tenues pour interdites.

---

[122] Certains souhaitent même l'admission d'un capital social négatif, J.-P. CHIFFAUT-MOLIARD, « Plaidoyer pour un capital social négatif », *JCP* E, 2003, p. 1860.
[123] A. COURET, « L'action de préférence rachetable à la demande du porteur », art. cit., n°17.
[124] Contra : A. VIANDIER, « Les actions de préférence », art. cit., n°87 ; P. MOUSSERON, « Les actions remboursables », art. cit., n^{os}18 et 19. Sur la notion d'opposition en droit des sociétés, M. GERMAIN, « L'opposition en droit des sociétés », *LPA*, 4 avril 2007, n°68.
[125] P. MOUSSERON, *Les conventions sociétaires*, *op.cit*., n°497, p. 338.
[126] S. VERMEILLE et A. BÉZERT, art. cit.
[127] H. Le NABASQUE, « À propos de l'article 217-9 de la loi du 24 juill. 1966 », *JCP* E, 1992, I, 107, p. 21.
[128] R. MORTIER, *Le rachat par la société de ses droits sociaux*, *op.cit*., n°645, p. 502.
[129] Et, dans ce cas, les titres devront être annulés, voir art. L223-34 dernier al. du Code de commerce.
[130] Art. L223-34 dernier al. du Code de commerce.

671. Pour les autres sociétés, le rachat suivi de l'auto-détention de parts semble reconnu. Un auteur a pu démontrer que, en l'absence de texte, ce sont les principes de droit commun qui s'appliquent en la matière[131]. Or, comme on a pu le faire remarquer, ces principes ne constituent pas un obstacle au rachat[132]. Il est vrai que l'auto-détention des parts sociales est susceptible de porter atteinte aux droits des créanciers dans la mesure où elle rend le capital social partiellement fictif[133]. Mais cet argument n'est pas recevable ici, puisque ces sociétés étant à risque illimité, le capital y joue un rôle secondaire dans la protection des créanciers sociaux[134]. Il convient d'admettre que, à l'exception des SARL, « *toutes les sociétés émettant des parts sociales (...) peuvent les racheter, puis les conserver en portefeuille, particulièrement en vue de les rétrocéder* »[135]. Ce faisant, ces personnes morales devraient pouvoir accorder des promesses de rachat ou des parts sociales rachetables à certains associés[136].

672. Il reste cependant à vérifier si l'initiative du rachat peut être laissée à la discrétion du bénéficiaire de l'avantage de rachat. S'il s'agit d'une promesse, nous pensons que la solution de l'arrêt du 15 novembre 2010 doit être respectée. Bien que rendue dans le cadre d'une société par actions, celle-ci semble applicable dans toutes les sociétés. Car, comme pour les sociétés par actions, la décision de rachat reste l'apanage de ces groupements. Pour ce qui est des parts rachetables sur demande du titulaire, ni les textes ni les juges n'ont apporté une réponse. De plus, elles se heurteraient aux obstacles soulevés précédemment concernant les sociétés par actions. Il a été vu que les motifs opposés aux actions rachetables à l'initiative du bénéficiaire étaient liés à l'intangibilité du capital, à l'interdiction des clauses léonines, à celle de transformer des titres de capital en titres de créance, à la variabilité du capital et au droit de retrait. Mais nous avons déjà montré les limites de ces arguments et pensons que tout ce qui a été dit à ce propos demeure applicable ici. Il faut d'ailleurs y ajouter que les arguments tirés du droit de retrait et de la protection des créanciers demeurent sans objet concernant ces sociétés, puisque non seulement le retrait y est institué, mais les créanciers de ces organismes sont suffisamment protégés compte tenu de la responsabilité indéfinie des associés.

---

[131] H. Le NABASQUE, « À propos de l'article 217-9 de la loi du 24 juill. 1966 », art. cit.
[132] R. MORTIER, *Le rachat par la société de ses droits sociaux*, *op.cit*., note n° 2498.
[133] Voir toutefois, I. SAUGET, *Le droit de retrait de l'associé,* th. Paris X, 1991, n°363, p. 317.
[134] R. MORTIER, *Le rachat par la société de ses droits sociaux*, *op.cit*., n°645, p. 503.
[135] *Ibid*., n°645, p. 502.
[136] Faut-il remarquer que si la promesse est faite dans une société à risque illimité, la jurisprudence estime qu'elle doit être votée à l'unanimité des associés, voir Cass. com. 13 nov. 2003, *D*. 2004, Somm. p. 2033, obs. B. Thullier ; *RTD com*. 2004, p. 118, obs. M.-H. Monsérié-Bon, et p. 314, obs. C. Champaud et D. Danet ; *Rev. sociétés*, 2004, p. 97, obs. B. Saintourens ; *Bull. Joly*, 2004, p. 413, note H. Le Nabasque.

Par conséquent, en vertu du principe selon lequel « tout ce qui n'est pas interdit est autorisé », on peut conclure que toutes les sociétés dont les titres sont des parts sociales, à l'exception des SARL, peuvent émettre des parts sociales rachetables à l'initiative des bénéficiaires. Ce mécanisme peut être particulièrement opportun dans les sociétés comme les SNC[137] dans lesquelles la loi n'oblige pas la personne morale à rembourser les parts en cas de refus d'agrément.

Cette analyse a permis de mettre en exergue les avantages particuliers pouvant porter sur le droit à la cession des droits sociaux. Qu'en est-il des inconvénients particuliers ?

II. Les désavantages particuliers liés au droit de céder les titres sociaux

673. La première question, ici, est de savoir s'il est possible d'introduire dans les statuts une clause d'inaliénabilité au profit de la société et applicable à certains associés seulement. De manière générale, la convention d'inaliénabilité peut être définie comme « *la stipulation contractuelle ayant pour effet d'empêcher le propriétaire d'un bien de transférer librement (...) la propriété du bien objet de la clause et plus largement de faire sur ce bien un quelconque acte de disposition* »[138]. Qualifiée parfois de clause d'indisponibilité[139], cette stipulation constitue une atteinte au principe de libre disposition de ses biens, affirmé par l'alinéa 1er de l'article 537 du Code civil. C'est pourquoi, à la lecture de l'article 900-1 du même code, elle doit être limitée dans le temps et justifiée par un intérêt sérieux et légitime[140]. Pour la jurisprudence, ce type de convention peut porter sur tout transfert de biens, qu'il soit gratuit ou effectué à titres onéreux[141]. Il s'en déduit l'existence d'un principe général de validité des clauses d'inaliénabilité[142]. Pour autant, cela suffit-il pour admettre de telles stipulations dans les statuts des sociétés, surtout lorsqu'elles ne visent que certains associés ?

674. Dans les SAS, la réponse est fournie par l'article L227-13 du Code de commerce qui proclame la validité des clauses statutaires d'inaliénabilité des actions. Selon cette disposition,

---

[137] R. MORTIER, *Le rachat par la société de ses droits sociaux*, *op.cit*., n°177, p. 148. Ici, contrairement à l'opinion de certains, (Mémento LEFEBVRE, *Sociétés commerciales*, *op.cit*., n°24440), le rachat n'entraînera pas une nouvelle répartition des parts contre la volonté des associés qui se seraient opposés à la cession.

[138] R. MARTY, « De l'indisponibilité conventionnelle des biens », *LPA* 21 novembre 2000, n°232, spéc. p. 6, n°4.

[139] Voir par exemple, Cass. com. 30 septembre 2008, n°07-12.768, *RDBF* 2008, comm. 171, obs. A. Cercles ; JCP E 2008, 2353, note S. Piedelièvre. Cette assimilation est, pour le moins contestable, car l'inaliénabilité n'est qu'une cause de l'indisponibilité au même titre que la mise en séquestre ou encore la saisie.

[140] FAVARIO, « clause statutaire d'inaliénabilité », art. cit., nos11 et 12.

[141] Cass. civ. 1re, 31 octobre 2007, *D*. 2007, 2594, obs. Bigot de La Touane ; *Rev. sociétés*, 2008, p. 321, note S. Schiller ; *Bull. Joly*, 2008, p. 121, note A. Couret.

[142] C. FERRY, « Validité des clauses d'inaliénabilité portant sur des actions », art. cit., n°2.

« *les statuts de la société peuvent prévoir l'inaliénabilité des actions pour une durée n'excédant pas dix ans* »[143]. Une solution similaire existe dans l'article L229-11 du même code en ce qui concerne la société européenne ne faisant pas appel public à l'épargne. Ainsi, ces groupements peuvent-ils, soit prévoir dans leurs statuts que les actions de certains associés seront inaliénables, soit leur attribuer des actions de préférence inaliénables. Dans tous les cas, l'inaliénabilité ne peut être instituée pour une durée supérieure à dix ans. On notera que la condition relative à l'intérêt sérieux et légitime n'étant pas visé par ces textes, elle ne semble pas nécessaire.

675. La situation se présente différemment si ces stipulations sont envisagées dans les autres sociétés, car aucun texte ni décision de justice ne consacre leur légitimité. Pour traiter la question, il nous semble nécessaire de distinguer les SA et SCA des autres formes sociales.

676. Concernant les premières, si la doctrine est quasi-unanime pour reconnaître la licéité des clauses extrastatutaires d'inaliénabilité[144], d'aucuns[145] rejettent toute inaliénabilité statutaire au motif qu'elle remet en cause le principe de la libre négociabilité des actions[146]. Cette opinion n'emporte pas notre adhésion pour deux raisons. D'abord, la libre négociabilité « *n'a cessé de pâtir de l'œuvre du temps* »[147], au point qu'il n'en reste plus grand-chose. Pour s'en convaincre, il suffit de rappeler que les clauses statutaires d'agrément[148] et de préemption[149] sont admises dans l'ensemble des sociétés par actions. Or, ces stipulations constituent sans aucun doute des dérogations au principe invoqué. Ensuite, comment réfuter l'inaliénabilité statutaire dans les SA au nom de la libre négociabilité des actions alors que la loi l'établit dans les SAS et la société européenne ? Il ressort de ces éléments que les stipulations statutaires d'inaliénabilité doivent être tenues pour acceptées dans les SA et les SCA[150]. Elles devront, toutefois, remplir les exigences posées par l'article 900-1 et reprises par la jurisprudence[151], à savoir une limitation dans le temps et une justification par un intérêt sérieux et légitime.

---

[143] Ce texte précise toutefois que l'inaliénabilité des actions ne doit pas dépasser dix ans.
[144] C. FERRY, « Validité des clauses d'inaliénabilité portant sur des actions », art. cit., n°3.
[145] S. SCHILLER, « La Cour de cassation a-t-elle révolutionné les conventions d'inaliénabilité en droit des sociétés ? », note sous Cass. civ. 1re 31 octobre 2007, *Rev. sociétés* 2008, p. 321 ; Y. GUYON, *Droit des affaires*, t. 1, éd. Économica, 2003, n°739, pour qui la clause statutaire d'inaliénabilité dénature la société anonyme.
[146] Ce principe signifie que les titres puissent être cédés à un cessionnaire librement choisi par l'actionnaire et selon une forme simplifiée, voir en ce sens, M. JEANTIN, « Les clauses de préemption statutaires entre actionnaires », note sous CA Paris 14 mars 1990, *JCP* E, 1991, p. 49, spéc. n°12.
[147] A. COURET, « L'état du droit des sociétés, 50 ans après la loi du 24 juillet 1966 », *Bull. Joly* 2016, p. 433, spéc. n°21.
[148] Art. L228-23 du Code de commerce.
[149] Cass. req. 13 mars 1882, *D*. 1883, 1, p. 83.
[150] A. COURET, note sous Cass. civ. 1re, 31 octobre 2007, préc. spéc. p. 123.
[151] Cass. civ. 1re, 31 octobre 2007, préc.

677. S'agissant des autres sociétés, il n'existe pas de principe de libre négociabilité. Au contraire, ces formes sociétaires étant dominées par *l'intuitu personae*, la cession des parts sociale n'y est pas libre. Un auteur en a déduit qu'une clause d'inaliénabilité n'y présenterait que peu d'intérêt[152]. Pourtant, une telle stipulation peut être utile dans la mesure où elle peut contraindre l'associé à ne pas exercer son agrément pendant la durée de l'inaliénabilité. Quoi qu'il en soit, il n'existe aucun principe en droit positif interdisant à ces sociétés d'insérer dans leurs statuts une clause rendant temporairement incessibles les parts sociales de certains associés ou de créer des parts sociales catégorielles inaliénables[153]. On notera que, s'il s'agit d'une société à capital variable, la jurisprudence estime que l'inaliénabilité conventionnelle ne peut pas faire obstacle au remboursement de la valeur des titres de l'associé ayant exercé son droit de retrait[154].

678. Outre l'inaliénabilité, est-il possible de stipuler une clause statutaire d'agrément limitée à certains associés ? Dans sa conception large, l'agrément est la technique juridique destinée à subordonner la cession de titres sociaux à l'autorisation de la société[155]. En cela, elle restreint la liberté des associés de disposer de leurs droits sociaux[156], puisque ces derniers ne pourront exercer leur droit de cession qu'avec l'accord de l'être moral.

679. Il faut rappeler que dans les sociétés de personnes, appelées aussi sociétés fermées, la loi soumet à l'agrément de la personne morale, les cessions de parts sociales à des tiers[157]. Selon la Cour de cassation la violation de cette obligation d'agrément entraîne la nullité de l'opération[158]. Cela étant, il ne servirait à rien d'y mettre en place des stipulations statutaires d'agrément portant sur les transferts de titres à des tiers.

680. Les clauses d'agrément y sont plus pertinentes lorsqu'elles visent les transmissions de titres entre associés ou celles bénéficiant à des personnes proches de ces derniers. On sait que dans les SARL, lorsqu'une cession de parts intervient entre des associés ou au profit de conjoint, héritiers, ascendants ou descendants de l'associé cédant, la loi[159] n'exige aucun

[152] M. BUCHBERGER, *op.cit.,* n°358, p. 303.
[153] Plus nuancé, L. GROSCLAUDE, « Les parts sociales catégorielles dans les sociétés civiles », art. cit., p. 33.
[154] CA Grenoble, 6 janvier 2011, *RJDA* 4/11, n°316.
[155] D. PORACCHIA, « Les clauses d'agréments dans les sociétés par action-questions contemporaines », in *Mél. offert à M. Germain*, éd. LexisNexis-Lextenso-LGDJ, 2015, p. 679.
[156] Sur la validité de ces clauses, voir J. MOURY, art. cit.
[157] Tel est le cas des SNC (art. L221-13 du Code de commerce), des SARL (art. L223-14 du Code de commerce) et des sociétés civiles (art. 1861 du Code civil), pour les coopératives (art. 11 loi du 10 septembre 1947).
[158] Cass. com. 21 janvier 2014, n°12-29.221, rendu à propos d'une SARL, mais valable aussi pour les sociétés civiles et les SNC.
[159] Articles L223-13 et L223-16 du Code de commerce.

agrément. Elle laisse seulement la possibilité aux statuts d'instaurer une telle restriction. Il en est de même dans les sociétés civiles où le législateur[160] a prévu, outre la dispense d'agrément pour les cessions intervenant au profit des ascendants ou descendants du cédant, la possibilité pour les statuts de dispenser d'agrément le transfert de parts effectué au bénéfice des associés ou de leur conjoint. Il devient donc concevable d'introduire des clauses dans les statuts de ces formes sociétaires qui obligeraient certains associés à obtenir l'agrément de la société en cas de transfert de leurs parts à d'autres associés ou à leur conjoint, ascendants ou descendants. Il faut cependant noter que dans les SARL, les conditions d'obtention de cet agrément statutaire ne sauraient être plus contraignantes que celles prévues pour la cession à des tiers[161].

681. Mais c'est dans les sociétés par actions que l'agrément statutaire trouve tout son sens puisque l'instauration de ces clauses n'y est qu'une simple faculté ouverte par la loi[162]. On signalera que la jurisprudence de l'*Union commerciale de Meaux*[163] l'avait déjà timidement[164] admis. Ainsi, les statuts de ces sociétés peuvent-ils soumettre la cession des actions à une autorisation sociale. Il existe cependant plusieurs limites à cette possibilité. Aux termes de l'article L228-23 du Code de commerce, l'agrément n'est envisageable ni dans les sociétés cotées (alinéa 1), ni sur les actions au porteur (alinéa 2), ni « *en cas de succession, de liquidation du régime matrimoniale ou de succession, soit à un conjoint, soit à un ascendant ou à un descendant* » (alinéa 3). De plus, la jurisprudence considère que, si l'agrément est stipulé, son attribution ne doit ni porter atteinte au fonctionnement de la libre concurrence[165], ni être soumise à des conditions[166].

682. Sous réserves de ces limites, la doctrine considère que l'agrément statutaire peut être limité à une catégorie d'actions détenues par certains associés[167]. Pour ce faire, il suffit que le pacte social fixe « *les conditions particulières auxquelles est soumis l'agrément* »[168]. Les

[160] Art. 1861 al. 2 du Code civil.
[161] Articles L223-13 al. 2 et L223-16 al. 2 du Code de commerce.
[162] Il en va ainsi pour les SA et les SCA (articles L228-23, L228-24 et R210-9 du Code de commerce) ainsi que pour les SAS (art. L227-14 du même code). Add. B. SAINTOURENS, « Le nouveau droit des clauses d'agrément », art. cit.
[163] Cass. com. 22 octobre 1956, n°56-10.550, *D*. 1957, p. 177, note G. Ripert ; *JCP* 1956, II, 9678, note Bastian.
[164] Cette solution écartait ces types de clauses dans les rapports familiaux et entre actionnaires. De plus, il fallait que la société s'engage à racheter les titres au cas où l'agrément serait refusé.
[165] Cons. conc. 27 septembre 2002, *Contrats conc. conso*. févier 2003, p. 19. Pour un approfondissement de la question, voir H. LESGUILLONS, « Le droit de la concurrence et les accords entre actionnaires », *RDAI*, 2/2005, p. 153.
[166] Cass. com. 17 janvier 2012, *D*. 2012, p. 179, obs. A. Lienhard ; p. 719, note J. Moury ; *RTD com*. 2012, p. 141, obs. P. Le Cannu et B. Dondero ; *Rev. sociétés*, 2012, p. 370, note P. Le Cannu ; *RTD civ*. 2012, p. 312, note B. Fages ; p. 334, obs. P.-Y. Gautier ; *RLDA* 2012/69, n° 3899, note I. Parachkévova.
[167] J.-J. DAIGRE, F. MONOD et F. BASDEVANT, « Les actions à privilèges non financiers », art. cit., p. 9.
[168] Selon les termes de l'article R224-2, 3 du Code de commerce.

actionnaires soumis à ce désavantage ne pourront céder leurs titres que si la société donne son accord. Toutefois, étant donné que l'associé ne peut être prisonnier de ses titres, l'autorisation sera réputée acquise si, au bout du délai fixé, la vente n'est pas réalisée[169]. Partant, il peut être utile d'organiser contractuellement les conséquences d'un éventuel refus, en prévoyant par exemple l'obligation des associés ou de la société de racheter les titres. La cour d'appel d'Aix a pu valider de tels accords au motif qu'ils constituaient « *une contrepartie nécessaire et équilibrée au refus d'agrément* »[170].

683. Sur le plan pratique, la stipulation d'agrément peut s'avérer à la fois opportune et efficace. Opportune, si pour des raisons familiales ou professionnelles on veut fermer l'accès à la société à certaines personnes ou catégories de personnes. Efficace car, d'une part, elle peut s'appliquer à tous les types de transferts de titres, y compris à ceux consécutifs à une fusion-absorption[171], (il appartient seulement à la société et aux associés concernés de définir ensemble les opérations qui entreront dans son champ d'application[172]) et, d'autre part, sa violation entraîne la nullité de la cession[173].

684. Au-delà de l'agrément, les statuts peuvent-ils contenir une stipulation statutaire de préemption au profit de la société et qui s'exerce contre quelques associés ? Contrairement à la convention d'agrément qui conduit à demander l'autorisation du bénéficiaire, la clause de préemption ou de préférence[174] est celle qui oblige à proposer la cession des titres en priorité à son attributaire[175]. Lorsqu'elle est consentie à la société, ce mécanisme permet à cette dernière de maintenir le mode de répartition du capital en cas de retrait d'un associé, puisqu'elle lui donne le droit d'acheter par priorité les titres concernés pour les annuler ou les rétrocéder à

[169] Art. L228-24 dernier al. du Code de commerce.
[170] CA Aix-en-Provence, 25 mai 2007, *RJDA* 3/08, n°282.
[171] Cass. com. 3 juin 1986, *D.* 1987, Jur. p. 95. Rappelons qu'il s'agit-là d'un revirement de jurisprudence puisque la Haute juridiction avait déjà décidé dans un arrêt rendu en 1972 (Cass. com. 19 avril 1972, *D.* 1972, Jur. p. 538, note D. Schmidt ; *Gaz. pal*. 1972, 2, p. 755, note P. Delaisi ; *Rev. sociétés*, 1973, p. 105, note J. H.), que l'agrément ne pouvait pas être appliqué à la transmission des droits sociaux issue d'une fusion.
[172] P. MOUSSERON, *Les conventions sociétaires*, *op.cit*., n°523, p. 348.
[173] Articles L227-15 et L228-23 dernier al. du Code de commerce.
[174] Voir cependant, S. PRAT, *Les pactes d'actionnaires relatifs au transfert de valeurs mobilières*, éd. Litec, 1992, n°183, p. 108, pour qui la clause de préemption doit être distinguée de celle de préférence. Selon cet auteur, si le prix est fixé dans le projet de cession, il s'agira d'une clause de préférence mais si, au contraire, il est déterminé de façon indépendante, on parlera de clause de préemption. À vrai dire, une telle analyse n'est guère convaincante. En réalité, comme le souligne un auteur (P. MOUSSERON, *Les conventions sociétaires*, *op.cit*., n°530, p. 353), « *la préemption n'est qu'un type particulier de préférence à l'achat* ».
[175] B. DONDERO, « Cession de parts de SARL : la sanction de la violation d'une clause statutaire de préemption », note sous Cass. com. 11 mars 2014, *JCP* E 2014, 1224, spéc. n°7.

des personnes de son choix ou encore de les faire racheter par un acquéreur de son choix[176].

685. Dans les sociétés de personnes, malgré l'absence de texte, il n'existe pas objection à la possibilité d'y stipuler des clauses statutaires de préemption à la charge de certains associés. Au fond, de telles stipulations ne feraient que renforcer le caractère fermé de ces organismes. Néanmoins, deux situations doivent être distinguées. Si la clause donne seulement à la société le droit de choisir une personne de son choix pour acquérir les titres, sa validité échappe à toute critique. Cependant, s'il est prévu dans la stipulation que la société rachètera les parts sociales, encore faudra-t-il s'assurer que celle-ci soit juridiquement habilitée à procéder au rachat de ses propres parts. À ce titre, il a été vu que les SARL ne pouvaient effectuer un rachat que si l'assemblée générale décidait une réduction de capital. Par conséquent, ces types de clauses doivent y être écartés. Au reste, il y a lieu de noter que l'efficacité des conventions de préemption demeure relative puisque leur violation n'est pas sanctionnée par la nullité mais plutôt par l'allocation de dommages et intérêts[177].

686. À propos des sociétés par actions, la question a connu une évolution mouvementée. La Cour de cassation avait, antérieurement à la loi de 1966, reconnu la licéité d'une clause statutaire de préemption stipulée d'abord aux profits des associés, puis de la société, et qui s'étendait à tout type de transfert d'actions[178]. Il est vrai que, dans cet arrêt, la problématique principale que devait trancher les hauts juges était de savoir si la majorité avait le pouvoir d'insérer une telle stipulation dans les statuts. Mais en répondant positivement à cette question, la Cour de cassation affirmait incontestablement la validité de la clause en question. Avec l'avènement de la loi du 24 juillet 1966, toutes les restrictions à la libre négociabilité des actions avaient été interdites, y compris donc les clauses de préemption[179].

687. Toutefois, cette prohibition s'est progressivement effritée et la possibilité d'instituer une préemption a fini par être reconnue. La doctrine[180] et la jurisprudence[181] ont d'abord

[176] J. MOURY, « Des clauses restrictives de la libre négociabilité des actions », *RTD com.* 1989, p. 187, spéc. n°14.
[177] Cass. com. 11 mars 2014, n°13-10.366, *JCP* E 2014, 1224, note B. Dondero.
[178] Cass. 9 février 1937 préc.
[179] Voir ancien article 274 de la loi du 24 juillet 1966 pour les clauses d'agrément, mais qui s'appliquait aussi aux clauses de préemption.
[180] J. MOURY, « Des clauses restrictives de la libre négociabilité des actions », art. cit., n°13 ; F. CHERCHOULY-SICARD, « Les pacte de préemption », *RJ. com*. 1990, p. 49.
[181] CA Angers, 20 septembre 1988, *Bull. Joly* 1988, p. 850 ; *RDB* 1988, p. 68, obs. M. Jeantin et A. Viandier ; Cass. com. 7 mars 1989, *Rev. sociétés* 1989, p. 478, note Faugerolas ; *Bull. Joly* 1989, p. 430 ; *JCP* G 1989, 21316, concl. Jéol, note Y. Reinard ; *JCP* E 1989, II, 15517, obs. Viandier et Caussain.

admis la validité des pactes extrastatutaires[182] de préemption conclus entre actionnaires. Puis, les juges sont venus consacrer la possibilité d'établir une préemption statutaire. Il est vrai que la première décision dans ce sens, à savoir un jugement du tribunal de grande instance de Dijon[183], fut unanimement critiquée[184]. Mais, elle a été confirmée par la cour d'appel de Paris dans un arrêt du 14 mars 1990[185]. En l'espèce, les statuts d'une SA non cotée comportaient une convention de préemption aux termes de laquelle tout actionnaire qui souhaitait céder ses actions était contraint d'en faire la proposition prioritairement à ses coassociés. Un groupe d'actionnaires représentés par une société contestait la validité de cette stipulation au motif que non seulement elle contrevenait au principe de la libre négociabilité des actions, mais elle correspondait à une clause d'agrément déguisée[186].

688. Après avoir fait observer *« qu'aucune prescription légale n'interdit l'instauration d'un droit de préemption en cas de cession d'actions entre les actionnaires d'une société anonyme* », les juges du fond ajoutèrent que « *la clause de préemption critiquée dont la mise en œuvre est limitée dans le temps*[187]*, qui réserve un juste prix au cédant et lui laisse la possibilité de vendre ses parts, même à un tiers, en cas de renonciation à la préférence, n'est pas incompatible avec le principe de libre négociabilité des actions des sociétés anonymes ».* Il découle de cette jurisprudence, un principe général de validité des clauses statutaires de préemption entre associés dans les sociétés par actions. Cette décision a été approuvée par la doctrine qui considère que les clauses de préemption ne sont pas incompatibles avec les notions d'intérêt commun et d'égalité entre associés[188]. Cette position demeure justifiée car, effectivement, ces principes n'imposent pas un traitement égalitaire ou uniforme à tout point de vue.

---

[182] Sur l'ensemble de la question, voir M.-B. SALGADO, « Le régime des clauses de préemption dans les pactes d'actionnaires des sociétés anonymes », *Dr. sociétés*, mars 2003, Chron. 3.

[183] TGI Dijon, 8 mars 1977, *Rev. sociétés*, p. 279, note D. Randoux ; *D*. 1977, p. 482, note Bousquet ; *JCP* N 1978, II, p. 89, note Rabut ; *RTD com*. 1977, p. 521, obs. Houin.

[184] M. JEANTIN, « Les clauses de préemption statutaires entre actionnaires », note sous CA Paris 14 mars 1990, *JCP* E, 1991, p. 49, spéc. n°5.

[185] CA Paris, 14 mars 1990, *Bull. Joly,* 1990, p. 325, note P. Le Cannu ; *JCP* E, n°18, 1991, p. 49, note M. Jeantin.

[186] Cet argument est pour le moins subtil, car à l'époque, la loi n'avait pas admis les clauses d'agrément applicable à la cession d'actions et la jurisprudence les interdisait, voir en ce sens, Cass. com. 10 mars 1976, *D*. 1977, p. 455, note Bousquet.

[187] À ce titre, la cour ne fait que reprendre une jurisprudence constante selon laquelle, la mise en place de modalités d'exercice d'un droit trop restrictives doit être assimilée à une remise en cause de ce droit, voir par exemple, Cass. civ. 1re, 3 juillet 1973, *D*. 1973, I.R., p. 204. Dans tous les cas, si la clause de préemption est à durée indéterminée, chacune des parties pourra la résilier à tout moment sous réserve de respecter un préavis raisonnable, P. MOUSSERON, *Les conventions sociétaires*, *op.cit*., n°540, p. 357.

[188] J.-P. BOUERE, « Quelques remarques sur les clauses de préemption statutaires réservées à une catégorie déterminée d'actionnaires », *Bull. Joly*, 1992, n°4, p. 376, spéc. p. 379.

Il s'ensuit que les stipulations statutaires de préemption, au bénéfice de la société contre quelques associés, doivent être admises dans toutes les sociétés par actions. Elles doivent cependant, comme le précise la cour de Paris, être limitée dans le temps et prévoir un juste prix. Pour le reste, l'inconvénient de préemption peut porter sur des actions ordinaires ou être insérée dans des actions de préférence.

689. Parallèlement au droit de préempter, un ou certains associés peuvent consentir à la société une clause de première offre. Par ce procédé, les associés s'engagent à offrir à la personne morale une priorité de proposition d'achat[189]. Ainsi, s'ils décident de céder leurs titres, ils devront signifier à la société leur intention ainsi que le prix de cession. Si la société est intéressée, elle pourra racheter les titres. Autrement, ils seront libres de les transférer à un tiers dans le délai fixé dans la convention, à la condition, toutefois, que les termes et modalités ne soient pas plus favorables que ceux offerts à la société.

Voilà identifiées les combinaisons inégalitaires globalement envisageables sur les prérogatives patrimoniales des associés. Il convient de déterminer celles pouvant porter sur les droits extrapatrimoniaux de ces derniers.

Section 2. L'aménagement inégalitaire des droits extrapatrimoniaux des associés

690. Pour l'essentiel, les droits extrapatrimoniaux des associés sont composés des prérogatives qui permettent à l'associé, en tant que membre de cette cité qu'est la société[190], d'intervenir dans la vie sociale. Mais ces droits d'intervention n'épuisent pas les prérogatives extrapatrimoniales de l'associé. D'autres droit non patrimoniaux lui sont reconnus, dont le plus significatif, demeure celui de rester dans la société.

Il sera ainsi abordé les aménagements inégalitaires imaginables, d'abord sur les prérogatives d'intervention (A), puis sur le droit de ne pas être exclu de la société (B).

[189] P. MOUSSERON, *Les conventions sociétaires*, *op.cit*., n°529, p. 352.
[190] M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *op.cit*., n°434.

§ 1. Les discriminations possibles sur les droits d'intervention des associés

691. Les droits accordés aux associés pour intervenir dans la vie de la société sont de deux ordres. Certains sont relatifs au pouvoir législatif et d'autres au pouvoir exécutif.

Seront étudiées les discriminations possibles sur le partage des droits liés au pouvoir délibératif (B) et ceux afférents au pouvoir exécutif (A).

A. Les discriminations relatives au droit de participer au pouvoir délibératif

692. Afin de jouer son rôle dans les prises de décisions collectives, l'associé dispose d'un droit de participer à ces délibérations, d'y voter et d'être informé.

Nous analyserons les différents aménagements possibles respectivement sur, le droit de participer (I), celui de voter (II) et celui d'être informé (III).

I. Les discriminations liées au droit de participer aux décisions collectives

693. Le droit de prendre part aux décisions collectives n'est pas rétif à tout aménagement inégalitaire. S'il est vrai que les marges de manœuvre demeurent très réduites au plan pratique, il n'en demeure pas moins que certaines combinaisons restent imaginables.

Nous examinerons successivement les avantages particuliers (a) et les désavantages particuliers (b) possibles.

a. Les avantages particuliers liés au droit de participer

694. La société peut-elle donner à un associé la possibilité d'être accompagné par un tiers lors des délibérations collectives ? La réunion d'une assemblée est un moment important et il arrive souvent, compte tenu des questions qui y seront traitées, que certains associés éprouvent le besoin d'être assistés par une autre personne. Il en est ainsi lorsque l'associé est menacé de sanction ou lorsque les points inscrits à l'ordre jour sont hautement techniques. En pareilles circonstances, il est évident qu'il peut avoir besoin d'être défendu ou orienté par un avocat ou par toute autre personne dotée d'une expertise avérée dans le domaine des affaires.

695. Malgré cette nécessité, l'attribution d'un tel privilège ne relève pas de l'évidence. On se rappelle que la première Chambre civile de la Cour de cassation avait, dans un arrêt qui remonte à 1993[191], refusé à un coopérateur sous le coup d'une exclusion, le droit de se faire assister par un avocat. En l'espèce, l'assemblée générale d'une coopérative avait expulsé un associé en application d'une clause des statuts, sans que ce dernier ait pu se faire assister par un avocat pendant le processus décisionnel. Ayant estimé que ce refus avait porté atteinte à ses droits, l'associé mis en cause avait interjeté appel pour obtenir l'annulation de la résolution. Mais la cour d'appel de Bastia l'avait débouté de cette demande au motif que « *cette assemblée générale n'était pas un organisme juridictionnel ou disciplinaire, établi par la loi, mais un organe de gestion interne à la société, dont la décision relevait du contrôle juridictionnel du tribunal de grande instance, puis de la cour d'appel* ». Reprenant à son compte cet attendu des juges du fond, la Haute juridiction avait confirmé cette solution.

696. Cette position a été réitérée par la Chambre commerciale dans un arrêt du 10 mai 2006[192]. En l'occurrence, l'assemblée d'une SELARL avait prononcé simultanément la révocation et l'exclusion d'un gérant-associé, tout en refusant à ce dernier la possibilité d'être assisté par un avocat. Statuant en matière de référé, une cour d'appel avait prononcé la nullité de la délibération. Cependant, sa décision fut censurée par la Haute juridiction dans les mêmes termes que l'arrêt rendu treize ans auparavant. Force est de noter que la plupart des commentateurs de cette jurisprudence l'ont approuvée. À l'instar des magistrats, ces derniers estiment que l'assemblée n'étant pas un organe juridictionnel, il n'y a aucune raison de soumettre ses décisions aux principes processuels fondamentaux tels que les droits de la défense[193] ou encore le principe du contradictoire[194]. Plus récemment, la troisième Chambre civile de la Cour de cassation a annulé une décision collective des associés d'une SCI en se basant sur le fait que des héritiers d'un associé, non agréés par la société, y avaient participé[195]. Comme certains auteurs[196], la Cour a considéré qu'en vertu de l'article 1844 du

[191] Cass. civ. 1re, 16 juin 1993, n°91-15.649, *Bull. Joly* 1993, p. 909, note G. Gourlay ; *Rev. sociétés* 1994, p. 295, note Y. Chartier ; *Dr. sociétés* 1993, n°156, obs. Th. Bonneau ; *RTD com.* 1994, p. 71, n°4, obs. E. Alfandari et M. Jeantin.
[192] Cass. com. 10 mai 2006, n°05-16.909, *RDC,* 2006, n°4, p. 1186, note X.-F. Lucas ; *Bull. Joly* 2006, p. 1154, note J.-J. Daigre.
[193] J.-J. DAIGRE, « L'assemblée générale d'une société est un organe de gestion interne, non un organisme juridictionnel ou disciplinaire ; l'exclusion d'un associé ne permet pas à celui-ci d'exiger la présence d'un avocat lors de la délibération », note sous Cass. com. 10 mai 2006, *Bull. Joly* 2006, p. 1154.
[194] X.-F. LUCAS, « Assistance par un avocat d'un associé gérant exposé à une révocation et à une exclusion », note sous Cass. com. 10 mai 2006*, RDC,* 2006, n°4, p. 1186. Voir aussi du même auteur, « Le principe du contradictoire en droit des sociétés », in R. Cabrillac (dir. sous), *Libertés et droits fondamentaux*, 12e éd. Dalloz, 2006.
[195] Cass. civ. 3e, 8 juillet 2015, n°13-27.248.
[196] P. DIDIER, « Les conventions de vote », art. cit., pp. 341 et 342.

Code civil, seules les personnes dotées de la qualité d'associé ont la possibilité de siéger à l'assemblée.

697. De ces différentes solutions jurisprudentielles, il semble ressortir un principe général de portée absolue en vertu duquel seuls les associés, à l'exclusion de toute autre personne, peuvent assister aux assemblées. Il est évident que dans ces conditions la réponse à la question de savoir si la société peut autoriser un associé à être accompagné par un tiers aux assemblées générales ne peut qu'être négative.

698. Pourtant, à y regarder de près, les choses ne sont pas aussi évidentes qu'il n'y paraît. Il est vrai que l'assemblée n'étant ni une juridiction, ni un organe disciplinaire, il n'y a pas lieu d'y accepter l'assistance d'un associé par un avocat. Cependant, cette hypothèse mise à part, il n'est nulle part affirmé en droit positif que seuls les associés sont habilités à assister aux assemblées. Au contraire, la lecture des textes laisse apparaître que d'autres personnes que les associés sont, ou peuvent être autorisées à prendre part à ces délibérations. Nous songeons par exemple au représentant de la masse des obligataires[197] ou encore aux commissaires aux comptes[198]. Plus encore, aux termes des alinéas 2 et 3 de l'article L223-28 du Code de commerce, un associé d'une SARL peut se faire représenter à l'assemblée par son conjoint ou, si les statuts le prévoient, par une autre personne dépourvue de la qualité d'associé. Or, la représentation est un mécanisme plus grave que l'assistance, puisqu'elle implique en principe l'absence de l'associé. En tout état de cause, il apparaît que dans l'ensemble de ces figures, la loi admet la présence de personnes, autres que les associés, dans l'instance délibérative.

699. En conséquence, on ne voit pas pourquoi les statuts d'une société ne pourraient pas octroyer à un ou plusieurs associés, nommément désignés ou détenteurs d'une catégorie de titres, l'avantage d'être assistés aux assemblées ou à certaines d'entre elles par une personne dépourvue de la qualité d'associé. Ceci étant dit, on n'aura pas pour autant résolu toutes les difficultés, car se pose immédiatement la question de la procédure d'intégration de cette faveur particulière dans les statuts. Autrement dit, laquelle de la majorité ou de l'unanimité pourra inclure une telle stipulation dans les statuts de la société. À ce propos, si on considère que, en tant que membres de l'organe qu'est la collectivité, les associés ont un droit individuel intangible de s'opposer à la participation de toute personne n'ayant pas effectué un apport à la

[197] Art. L228-55 du Code de commerce.
[198] Art. L823-17 du Code de commerce.

réunion de l'assemblée, alors la réservation d'un droit d'assistance dans les statuts relèvera incontestablement de l'unanimité. Seulement, dans ce cas, il n'y aura aucune rupture de l'égalité entre les associés, puisque ces derniers n'ont fait que renoncer à une prérogative qui leur appartient. Si toutefois on estime que l'organisation des assemblées relève du pouvoir exclusif de la société, alors l'institutionnalisation de cette faveur statutaire pourra s'opérer à la majorité.

700. Aucun texte ou décision de justice ne tranche cette question. Et si l'on se tourne vers la doctrine, on s'aperçoit que les auteurs ne se sont guère penchés sur cette problématique. Pour notre part, nous pensons que les associés n'ont pas un droit individuel intangible de s'opposer à l'accès d'un tiers à l'assemblée. En réalité, l'assemblée générale est un organe de la société. Celle-ci a, dès lors, la liberté de déterminer qui, au-delà des associés, peut y être admis. À l'image du droit d'exprimer la volonté sociale, le droit de permettre à une personne d'assister à l'assemblée appartient à la collectivité. Par conséquent, nous estimons que la majorité pourrait tout à fait inclure une clause dans les statuts qui attribuerait à un associé la possibilité de se faire assister par une personne de son choix. Il ne doit cependant pas s'agir d'une personne dont la présence pourrait nuire à l'intérêt social[199].

701. Outre l'attribution de la faculté d'assistance, la société pourrait s'engager envers un ou certains associés à les convoquer aux réunions ou à certaines d'entre elles, à la fois par lettre recommandée avec accusé de réception et par courriel, là où les autres ne le seraient que par lettre simple. Dans le même ordre d'idée, la doctrine considère que la société peut accorder à certains associés le privilège de demander une seconde délibération[200].

Mais la société peut-elle réduire le droit de participer de certains associés aux décisions des assemblées ?

b. Les désavantages particuliers liés au droit de participer

702. Vu son intangibilité, la faculté de participer aux assemblées semble échapper à toute possibilité de restriction. On remarquera que, même les atteintes à cette prérogative qui étaient auparavant tolérées par la loi sont, ont été rendues illicites. Par exemple, la loi NRE a supprimé l'article 165 de la loi du 24 juillet 1966 qui autorisait l'introduction dans les statuts

[199] On songe principalement aux personnes pouvant jouer le rôle d'espions pour une entreprise concurrente.
[200] J.-J. DAIGRE, F. MONOD et F. BASDEVANT, « Les actions à privilèges non financiers », art. cit., p. 12.

des sociétés par actions d'une clause subordonnant l'accès aux assemblées à la détention d'un nombre minimal d'actions. Il s'agissait ainsi de la suppression d'une entrave au droit de participer aux décisions collectives[201]. Il est vrai que, pour certains auteurs[202], cette possibilité pourrait être réintroduite par le truchement des actions de préférence. Toutefois, il est difficile de se rallier à cette opinion, car, aux termes de l'article L225-113 du Code de commerce, sera réputé non écrite toute clause qui porte atteinte au droit de participer.

On l'aura compris, si le droit de participer aux décisions collectives n'est pas rétif à tout renforcement, il ne semble pas pouvoir être réduit. La situation est différente en ce qui concerne le droit de vote.

II. Les discriminations relatives au droit de vote des associés

703. Domaine de prédilection de la liberté contractuelle, le droit de vote se prête à de nombreux aménagements discriminatoires qui peuvent consister en des avantages particuliers (a) ou des désavantages particuliers (b).

a. Les avantages particuliers liés au droit de vote des associés

704. Signalons que dans certaines sociétés, l'accroissement du droit de vote demeure prohibé par la loi. Cela concerne les SARL[203], les SA et les SCA[204] pour lesquelles la loi impose une stricte proportionnalité entre le droit de vote et la quotité de capital que représente le titre social. La seule exception admise concerne les SA et SCA et réside dans la possibilité pour les statuts d'attribuer un droit de vote double « *à toutes les actions entièrement libérées pour lesquelles il sera justifié d'une inscription nominative, depuis deux ans au moins, au nom du même actionnaire* »[205]. Lorsque la société est cotée, ce privilège est de droit, « *sauf clause contraire des statuts adoptée postérieurement à la promulgation de la loi n°2014-384 du 29 mars 2014* ». Toutefois, en imposant l'attribution de cette faveur à tout actionnaire qui

[201] Plus dubitative, M. NEUNREUTHER, *op.cit*., n°173, p. 124.
[202] J.-M. MOULIN, « Les actions de préférence », art. cit., p. 29 ; M. BUCHBERGER, *op.cit.,* n°345, p. 296.
[203] J.-M. de BERMOND de VAULX, « Les parts sociales privilégiées », art. cit. p. 521.
[204] Art. L225-122 du Code de commerce. C'est ce que la doctrine appelle la règle, « une action-une voix ». Sur l'ensemble de cette question, voir C. KOERING, *La règle « une action-une voix*, th. Paris I, 2000.
[205] Art. L225-123 du Code de commerce. Signalons également que les sociétés coopératives peuvent être constituées sous la forme de SA. Dans ce cas, les aménagements possibles du droit de vote dans cette forme sociale s'appliquent, sauf pour les associés coopérateurs pour qui, le principe « un homme-une voix » demeure d'ordre public.

réunit les conditions fixées, la loi ne semble admettre ici aucune discrimination[206].

705. Sous réserves de ces hypothèses, il n'existe aucun doute que les autres formes sociétaires peuvent amplifier la prérogative de vote au bénéfice exclusif de certains associés. Ainsi, tout le monde s'accorde à considérer que les SAS peuvent, aux termes de l'article L228-11 du Code de commerce, émettre des actions de préférence conférant à leurs attributaires un droit de vote augmenté[207]. Concrètement, il est envisageable d'y créer des actions de préférence avec un droit de vote double, voire, multiple[208]. Au sein des sociétés de personnes, l'idée d'un droit de vote renforcé apparaît, à première vue, inutile en raison du fait que les décisions collectives y sont, en principe, prises à l'unanimité. Cependant, dans la plupart de ces groupements, la loi autorise les statuts à déroger à cette règle en stipulant que les décisions ou certaines d'entre elles seront adoptées à la majorité. Tel est le cas des SNC pour lesquelles l'article L221-6, al. 1 du Code de commerce dispose que certaines décisions peuvent être adoptées à une majorité qu'ils fixent. De même, dans les sociétés en commandite simple[209], les sociétés civiles[210] et les GIE[211], les délibérations ne sont régies par la règle de l'unanimité qu'en l'absence de dérogations statutaires. Dans ces conditions, il devient imaginable de soumettre l'adoption des décisions à la majorité des parts sociales et, ainsi, d'attribuer à certains associés des parts assorties d'un droit de vote double ou multiple[212].

706. Une autre possibilité d'amplification du droit de vote peut être trouvée dans les sociétés coopératives, non constituées sous la forme de SA. En effet, la loi dispose à propos de ces dernières que « *les associés non-coopérateurs ne peuvent détenir ensemble plus de 49% du total des droits de vote, sans que les droits des associés qui ne sont pas des sociétés coopératives puissent excéder la limite de 35%* »[213]. Il s'en déduit une faculté pour ces organismes d'accorder aux associés non-coopérateurs, dans les limites fixées par ce texte, des parts sociales auxquelles sera attaché un droit de vote gonflé.

707. Est-il possible d'attribuer un droit de véto à certains associés ? Dans les sociétés

---

[206] J.-J. DAIGRE, « L'aménagement du droit de vote », art. cit., p. 366.
[207] V. TANDEAU de MARSAC, art. cit., p. 44 ; A. COURET et H. LE NABASQUE, *Valeurs mobilières - Augmentations de capital - Nouveau régime - Ordonnance des 25 mars et 24 juin 2004*, *op.cit.,* n°505, p. 223.
[208] R. KADDOUCH, « *Le droit de vote attaché aux actions de préférence », Dr. sociétés, actes pratiques, 2005,* p. 37, spéc. p. 40 ; A. VIANDIER, « Les actions de préférence », art. cit., p. 1531, note 32.
[209] Art. L222-5 du Code de commerce.
[210] Art. 1852 du Code civil.
[211] Art. L251-10 du Code de commerce.
[212] Pour les sociétés civiles, voir L. GROSCLAUDE, « Les parts sociales catégorielles dans les sociétés civiles », art. cit., p. 33.
[213] Art. 3 *bis*, loi n°47-1775 du 10 septembre 1947.

civiles[214], les SARL[215] et les SAS[216], l'organisation des pouvoirs des dirigeants relève globalement des statuts. De ce fait, en application de la liberté contractuelle, il est possible d'octroyer un véto statutaire à certains associés relativement aux décisions de ces organes de gestion. Un peu différente est la situation qui règne dans les SA, puisque la loi y détermine de manière impérative le domaine d'intervention de chaque organe. De plus, les délibérations du conseil d'administration et du directoire sont enfermées dans un formalisme rigoureux. On pourrait dès lors en déduire qu'il n'y aurait aucune place à un droit de véto. Pourtant, il n'en est rien car, comme le montre un auteur[217], un droit de véto ne prive pas ces organes, des pouvoirs qui leur sont conférés par la loi et ne perturbe pas non plus leurs délibérations[218]. De la sorte, il est permis d'affirmer la possibilité d'instituer un véto aux décisions de ces organes. Toutefois, au risque de paralyser le fonctionnement de ceux-ci, la jurisprudence considère que ce véto ne doit pas s'étendre à toutes les décisions[219].

708. Dans le même sens, est admise en doctrine la possibilité d'attacher à des parts sociales catégorielles d'une société civile[220] ou des actions de préférence d'une SAS[221], un droit de véto qui permet aux titulaires de s'opposer à certaines délibérations collectives des associés. Cela se justifie, là encore, par le fait que le fonctionnement des assemblées de ces sociétés est abandonné à la liberté contractuelle. En revanche, la doctrine dominante rejette tout véto aux assemblées des SARL, des SA et des SCA. Pourtant, nous avons pu démontrer que les obstacles invoqués n'étaient guère dirimants. Cela nous conduits à admettre la possibilité de conférer une telle prérogative à certains associés.

709. La société peut-elle conférer un droit de vote s'exerçant dans une autre société ? Nous avons vu que dans les groupes de sociétés par actions, l'article L228-13 du Code de commerce permettait la création d'actions de préférence conférant des droits particuliers exerçables dans une société autre que l'émettrice. Ces prérogatives particulières peuvent-elles consister en un droit de vote ? À cette interrogation, la doctrine est quasi-unanime pour répondre par la négative[222]. Elle estime qu'il n'est pas possible « *d'émettre un droit de vote*

[214] Art. 1848 du Code civil.
[215] Art. L223-18 du Code de commerce.
[216] Art. L227-5 du Code de commerce.
[217] H. HOVASSE, « Le droit de véto », art. cit., n^{os}15 et s.
[218] Il empêche seulement leur exécution.
[219] Cass. com. 6 mai 1995, *Dr. sociétés* 1996, comm. 149, 2^{e} espèce ; *Bull. Joly* 1996, p. 822, note P. Le Cannu.
[220] L. GROSCLAUDE, « Les parts sociales catégorielles dans les sociétés civiles », art. cit., p. 33.
[221] H. HOVASSE, « Le droit de véto », art. cit., n^{os}9 et s.
[222] H. Le NABASQUE, « Les actions de préférence 'de groupe' », art. cit., p. 1305 ; M. BANDRAC et *alii*, art. cit. n°43, p. 14 ; J. MESTRE, « La réforme des valeurs mobilières », art. cit., p. 17 ; J.-M. MOULIN, « Les

sans action »[223] et que « *pour jouir des droits d'un associé... il faut être associé* »[224]. Pour ce qui est des autres sociétés, la possibilité d'octroyer un droit de vote exerçable dans une autre société n'est pas reconnue par la loi[225]. Et de toute façon, les mêmes raisons auraient conduit à s'y opposer.

Après l'analyse des avantages particuliers envisageables sur le droit de vote, doivent être abordés les inconvénients particuliers pouvant porter sur cette prérogative.

b. Les désavantages particuliers liés au droit de vote des associés

710. Même s'il demeure dans une certaine mesure une prérogative inhérente à la qualité d'associé, le droit de vote peut subir de nombreuses restrictions qui, dans certains cas, peuvent affecter son existence. Pour bien analyser les possibilités, il nous paraît nécessaire d'opérer une distinction entre les sociétés par actions et les autres.

711. Concernant les premières, l'alinéa 1 de l'article L228-11 du Code de commerce, dispose qu'il peut être créé des actions de préférence, assorties ou non du droit de vote. Cette disposition est complétée par l'alinéa 2 qui ajoute que le droit de vote attaché à ces actions *« peut être aménagé pour un délai déterminé ou déterminable. Il peut être suspendu pour une durée déterminée ou déterminable* »[226]. Ce texte opère une véritable « *révolution contractuelle* »[227] en matière d'aménagement du droit de vote, puisqu'il « *autorise toutes les nuances possibles, de l'absence de droit de vote à un droit de vote plein et entier. Cet entre-deux sera sans doute la zone dans laquelle la pratique se montrera la plus imaginative* »[228].

712. Globalement, les mécanismes qui s'offrent à la société et aux associés peuvent être rangés en deux catégories. Le premier lot englobe les hypothèses de suppression de la prérogative de vote. En effet, tout le monde est d'accord pour admettre que les sociétés par actions peuvent attribuer à certains actionnaires des titres de préférence dépourvus du droit de

---

actions de préférence », art. cit., p. 31 ; M. GERMAIN, « Les actions de préférence », art. cit., n°10. Contra : voir T. ALLAIN, « Regards optimiste sur la validité des actions de préférence 'dissociées' », *Journ. sociétés* juin 2013, p. 27, spéc. p. 31.

[223] J.-J. DAIGRE, « L'aménagement du droit de vote », art. cit., p. 367.

[224] A. VIANDIER, « Les actions de préférence », art. cit.,. n°41, p. 1533.

[225] H. Le NABASQUE, « Les actions de préférence 'de groupe' », art. cit., p. 1299.

[226] Nous précisons au passage que ce texte s'applique également aux SAS.

[227] J.-J. DAIGRE, « L'aménagement du droit de vote », art. cit., p. 364.

[228] M. GERMAIN, « Les actions de préférence », art. cit., n°12, p. 602.

vote[229]. À cet égard, trois remarques méritent d'être faites. D'une part, il semblerait que la suppression du droit de vote ne puisse s'appliquer dans le cadre des assemblées spéciales des porteurs d'actions de préférence[230]. D'autre part, contrairement aux anciennes actions à dividende prioritaire sans droit de vote[231], la loi n'oblige pas la société à compenser l'absence du droit de participer au scrutin par un privilège financier[232]. Enfin, les actions de préférence privées du droit de vote ne peuvent représenter plus de la moitié du capital dans les sociétés non cotée, et plus du quart de ce capital, dans celles ayant accès à la cote[233].

Cela étant, la suppression du droit de vote peut être définitive ou temporaire[234]. Elle peut être limitée à certaines assemblées ou certaines décisions[235]. Seraient ainsi parfaitement imaginables, des actions de préférence dont le droit de vote ne s'exercerait que dans les assemblées générales ordinaires ou extraordinaires ou encore aux décisions de nomination ou de révocation des dirigeants[236], etc.

713. Dans le même sens que la suppression, on peut se demander si les sociétés par actions peuvent plafonner le nombre de voix de certains actionnaires[237]. Nous savons qu'en vertu de l'article L225-125 du Code de commerce, les statuts peuvent *« limiter le nombre de voix dont chaque actionnaire dispose dans les assemblées »*[238]. Il apparaît à la lumière de ce texte que le nombre de voix des actionnaires peut être plafonné. Toutefois, il ressort aussi de cette disposition que cette limitation n'est possible que si elle est « *imposée à toutes les actions sans distinction de catégorie* ». Or, aux termes de l'article L228-11, al. 1 du Code de commerce, cette disposition doit être respectée en cas de création d'actions de préférence. Cette remarque conduit logiquement à écarter tout plafonnement discriminatoire des voix dans les SA et les SCA. En revanche, l'article L227-1 du Code de commerce indique que l'article L225-125 n'est pas applicable à la SAS. Il devient, dès lors, envisageable de réduire le nombre de voix de certains associés dans cette forme sociale.

---

[229] Pour une analyse critique des textes et de la jurisprudence sur la suppression du droit de vote, voir A.-V. Le FUR, « Concilier l'inconciliable : réflexion sur le droit de vote de l'actionnaire », art. cit.
[230] J. MESTRE, « La réforme des valeurs mobilières », art. cit., n°8, p. 14.
[231] Art. L228-14 ancien du Code de commerce.
[232] J. MESTRE, « L'égalité entre associés, (aspects de droit privé) », art. cit., p. 407.
[233] Art. L228-11 al. 3 du Code de commerce.
[234] J.-M. MOULIN, « Les actions de préférence », art. cit., p. 29.
[235] T. MASSART, « Les actions de préférence et la question du droit de vote », *Dr. et patr*. 2004, n°130, p. 84, spéc. 85.
[236] J.-M. MOULIN, « Les actions de préférence », art. cit., p. 29.
[237] Sur cette question, voir J.-J. DAIGRE, « La prise de contrôle rampante », *Cah. dr. entr*., 2000, n°6, p. 8 ; D. SCHMIDT, « Plafonnement du droit de vote et OPA », *RDBF*, 1994, p. 151.
[238] Nous remarquerons d'ailleurs qu'un tel plafonnement s'analyserait comme une forme de suppression partielle du droit de vote.

714. La seconde catégorie de combinaisons possibles concerne la suspension du droit de vote. Au vu de l'article L228-11, la société peut, de façon moins radicale, créer des actions de préférence dont le droit de vote sera simplement suspendu. Cette suspension peut être « *pour un certain temps seulement, temps déterminé ou déterminable* »[239]. C'est ce que la doctrine appelle un droit de vote « *à éclipse* »[240]. La personne morale peut également soumettre certains associés à une « *clause de stage* »[241]. Par ce procédé, les droits de vote attachés aux actions de préférence ne pourront être exercés qu'après une détention des actions pendant une certaine durée[242]. La suspension du droit de vote peut, enfin, être subordonnée à l'atteinte d'objectifs déterminés. Par exemple, il est possible de prévoir dans les statuts que les droits de vote attachés à une catégorie d'actions de préférence ne seront pas exerçables, tant que la société remplit certains objectifs de rentabilité, etc.

715. Dans les autres sociétés, la seule hypothèse suivant laquelle il est permis de remettre en cause le droit de vote concerne les coopératives[243]. Dans le même esprit et dans les mêmes conditions que les actions à dividende prioritaire sans droit de vote, l'article 11 *bis* de la loi du 10 septembre 1947 dispose que les statuts de ces sociétés peuvent prévoir la création de parts d'intérêt sans droit de vote au profit des associés non-coopérateurs. Mais ici encore, en cas de non-versement des droits financiers pendant trois exercices consécutifs, les associés concernés retrouvent leur droit de vote. En dehors de cette figure, aucun texte n'autorise formellement l'anéantissement du droit de vote. Et, la jurisprudence refuse cette suppression si elle n'est pas autorisée par la loi[244]. Par voie de conséquence, dans les sociétés, autres que par actions, il n'est pas envisageable de remettre définitivement en cause le droit de vote[245].

Sous cette réserve, toutes les autres formes d'atteintes à cette prérogative y sont envisageables. Ainsi, la doctrine considère-t-elle que le droit de vote est susceptible d'y être « *réduit, ou plafonné, temporairement supprimé ou suspendu, modulé en fonction du type d'assemblée ou des types de résolutions adoptés, conditionné à un événement* »[246]. Bref, l'ensemble des restrictions de cette prérogative qui ont été évoquées à propos des sociétés par

[239] J.-M. MOULIN, « Les actions de préférence », art. cit., p. 29.
[240] J.-J. DAIGRE, « L'aménagement du droit de vote », art. cit., p. 365.
[241] J. MESTRE, « La réforme des valeurs mobilières », art. cit., n°8, p. 14.
[242] P. MOUSSERON, *Les conventions sociétaires*, *op.cit*., n°441, p. 306.
[243] D. HIEZ, « L'incidence de l'introduction des actions de préférence sur le droit coopératif », *Dr. sociétés*, n°8, 2005, étude 8, spéc. n°15.
[244] Cass. com. 23 octobre 2007, préc.
[245] Y GUYON, *Traité des contrats : les sociétés, aménagements statutaires et conventions entre associés*, *op.cit*., n°57-1, p. 105.
[246] L. GROSCLAUDE, « Les parts sociales catégorielles dans les sociétés civiles », art. cit., p. 33.

actions, à l'exception de la suppression, demeurent transposables aux autres sociétés.

716. Le droit de vote peut encore faire l'objet de désavantages particuliers affectant son exercice. L'on songe principalement aux engagements ou conventions de vote[247]. Ces accords peuvent être entendus comme ceux par lesquels un ou « *plusieurs associés ou actionnaires s'engagent (...) à voter dans un sens déterminé lors des scrutins dont sortiront les décisions sociales, ou par(* lesquelles*) un ou plusieurs associés renoncent à prendre part à certains votes ou s'engagent à voter dans un sens déterminé* »[248]. Au plan pratique, ces contrats peuvent consister en des engagements individuels ou collectifs[249]. Ils peuvent, de surcroît, porter sur des objets divers et exister sous différentes formes[250].

717. À la lecture du doit positif, la validité de ces conventions semble admise par le Code de commerce. En effet, selon l'article L233-10, l'action de concert peut résulter d'« *un accord en vue d'acquérir, de céder ou d'exercer des droits de vote* ». Dans le même sens, l'article L233-11, al. 1 prévoit des obligations de déclarations au conseil des marchés financiers pour toute convention « *portant sur au moins 0,5% du capital ou des droits de vote de la société* ». Enfin, l'article L233-3, III, vise les accords destinés à mettre en œuvre une politique commune. De ces différents textes, il ressort que le législateur n'est pas hostile à ces accords de vote. De plus, la doctrine[251] et la jurisprudence se prononcent globalement en faveur de leur admission.

718. Classiquement, on estime que, pour être valables, ces conventions doivent respecter un certain nombre de conditions. Elles doivent, tout d'abord, être limitées dans le temps[252]. Bien que son fondement soit contesté par un auteur[253], cette condition a toujours été exigée en

[247] Sans exhaustivité, A. TUNC, « Les conventions relatives au droit de vote dans les sociétés anonymes », *RGDC.,* 1942, p. 97 ; C. FREYRIA « Étude de la jurisprudence sur les conventions portant atteinte à la liberté du vote dans les sociétés », *RTD com.* 1951, p. 434 ; A. VIANDIER, « Observations sur les conventions de vote », *JCP* E 1987, II, 15405, p. 180 ; JCP G 1986, I, n°3253 ; du même auteur, « Après l'article de Michel Jeantin sur les conventions de vote » in *Mél. offerts à Jeantin*, 1999, p. 313 ; M. JEANTIN, « Les conventions de vote », *RJ com.* n° spéc. novembre 1990, p. 124 ; M. STORCK « la réglementation des conventions de vote », *RJ com.* 1991, p. 97 ; B. MERCADAL « Pour la validité des conventions de vote entre actionnaires » *RJDA*, 10/1992, p. 727 ; P. DIDIER, « Les conventions de vote », in *Écrits offerts à J. Foyer*, éd. PUF, 1997, p. 341.

[248] TC Marseille, 8 septembre 1983, *Rev. sociétés* 1984, p. 80, note J. Mestre.

[249] A. CONSTANTIN, « Réflexions sur la validité des conventions de vote », in *Le contrat au début du XXI^e siècle, Études offertes à J. Ghestin*, éd. LGDJ, Lextenso, réed. 2015, p. 253, spéc. n°5.

[250] A. VIANDIER, « Observations sur les conventions de vote », art. cit., p. 180.

[251] A. VIANDIER, « Observations sur les conventions de vote », art. cit. ; B. MERCADAL « Pour la validité des conventions de vote entre actionnaires », art. cit.

[252] G. PARLEANI, « Les pactes d'actionnaires », *Rev. sociétés* 1991, p. 1, spéc. n°44 ; A. VIANDIER, « Après l'article de Michel Jeantin sur les conventions de vote » in *Mél. offerts à Jeantin*, 1999, p. 313, spéc. n°10, p. 314.

[253] A. CONSTANTIN, « Réflexions sur la validité des conventions de vote », art. cit., n°13, p. 260.

jurisprudence[254]. C'est elle qui avait justifié l'annulation d'une convention par laquelle un associé avait donné à un autre un mandat permanent et irrévocable[255]. C'est également elle qui conduit à l'anéantissement d'un engagement par lequel un actionnaire avait consenti, par avance et pour toujours, de voter ou de ne pas voter dans tel ou tel sens, qu'elles qu'en soient les conséquences sur les affaires sociales[256]. Enfin, cette nécessité d'une limitation de durée avait poussé la jurisprudence[257] à remettre en cause les « pactes de majorité » ou « syndicats de blocages »[258], par lesquels un certain nombre d'actionnaires s'engageaient indéfiniment « *à voter dans les assemblées de la société, selon les résultats d'un vote majoritaire interne à leur groupe* »[259].

En plus de la limitation dans le temps, la licéité des engagements de vote suppose le respect des règles impératives du droit des sociétés[260]. Parmi ces règles, on retrouve l'interdiction du trafic de voix[261]. Concrètement, serait condamné l'engagement pris par un ou certains associés de voter dans un sens déterminé, moyennant un avantage attribué par la société. Il a été vu que dans les SA[262] et les SCA[263], l'établissement d'un tel accord pouvait même donner lieu à des poursuites pénales contre l'associé et la personne morale[264]. Outre le trafic de voix, les conventions de vote doivent se conformer à la prohibition de la cession du droit de vote[265] ainsi qu'au principe de libre révocabilité des dirigeants[266].

En dernier lieu, excepté Paul Didier[267], la doctrine considère que les conventions de vote doivent être justifiées par l'intérêt social ou, du moins, ne doivent pas y contrevenir[268]. Cette position est partagée par les tribunaux qui ont toujours apprécié la validité de ces accords à l'aune de cet intérêt. C'est ainsi qu'ils ont été conduits à approuver des conventions

---

[254] TC Seine, 24 janvier 1963, *RJ com*. 1963, p. 106 ; Cass. civ. 9 février 1937, *S*. 1937, 1, p. 129 ; CA Paris, 22 février 1933, *D*. 1933, p. 258.
[255] Cass. com. 17 juin 1974, n°73-10.541, *RTD com*. 1975, p. 534, note Houin.
[256] CA Paris, 22 février 1933, *D*. 1933, p. 258.
[257] TC Lyon, 20 octobre 1902, *Journ. sociétés* 1903, p. 67 ; TC Seine, 9 décembre 1920, *Journ. sociétés* 1924, p. 517, note P. Cordonnier.
[258] Sur cette question, voir KAYSER, « Les syndicats de blocage des titres au porteur », cité par A. CONSTANTIN, « Réflexions sur la validité des conventions de vote », art. cit., note 8.
[259] P. DIDIER, « Les conventions de vote », art. cit., p. 343.
[260] A. CONSTANTIN, « Réflexions sur la validité des conventions de vote », art. cit., n°14, pp. 60 et 61.
[261] Art. L242-9 du Code de commerce.
[262] Art. L242-9 du Code de commerce.
[263] Art. L243-1 du Code de commerce renvoyant à l'article L242-9 du même code.
[264] R. SALOMON, « Droit de vote et droit pénal », *Dr. sociétés*, juillet 2014, p. 24, spéc. n^{os}21 et s.
[265] Cass. civ. 7 avril 1932, *D*. 1933, 1, p. 153, note P. Cordonnier.
[266] Cass. com. 4 juin 1996, *Dr. et patr*. 1996, p. 87, obs. J.-P. Bertrel ; *JCP* E 1996, I, p. 589, obs. A. Viandier.
[267] P. DIDIER, « Les conventions de vote », art. cit., p. 352.
[268] Sur ce point, voir A. CONSTANTIN, « Réflexions sur la validité des conventions de vote », art. cit., note 42, p. 63, pour qui le critère de l'intérêt social demeure vague et impraticable.

jugées bénéfiques pour la personne morale. Tel fut le cas pour des accords qui étaient destinés à faciliter, l'exploitation[269], le renflouement des caisses[270] ou encore la restructuration[271] de la société. À l'inverse, les magistrats n'ont pas hésité à condamner les engagements de vote qui étaient de nature à porter atteinte à cet intérêt[272]. Depuis la jurisprudence *Rivoire et Carret Lusturu*[273], ce critère du respect de l'intérêt social semble prépondérant dans l'appréciation de la validité des conventions de vote. Désormais, il suffit que ces accords tendent à l'adoption d'une politique conforme à l'intérêt de la société pour échapper à la critique.

719. En raison de ce qui précède, les accords de vote remplissant les conditions sus-évoquées doivent être tenus pour valables dans toutes les sociétés, peu importe qu'ils soient statutaires ou extrastatutaires. Il doit également en être ainsi qu'ils soient contractés envers la société ou vis-à-vis des autres associés. Cela étant, rien n'empêcherait un ou certains associés de s'engager envers la société à voter dans un sens déterminé lors de certaines décisions. À titre illustratif, serait valable, l'engagement personnel pris par un associé dans les statuts d'exprimer un vote favorable à une augmentation de capital[274] ou à la nomination d'un dirigeant de la société[275]. Serait encore acceptable, la clause par laquelle un associé s'engage à s'abstenir de voter telle ou telle décision. Le non-respect de ces engagements entraîne la responsabilité civile du débiteur défaillant[276].

Il apparaît que l'aménagement inégalitaire du droit de vote fait partie de ces domaines dans lesquels la société et les associés disposent d'une importante marge de manœuvre. Il ne semble pas possible d'en dire autant quant au droit à l'information.

III. Les discriminations relatives au droit à l'information des associés

720. Parce que le droit à l'information est un principe générale du droit, il est plus imaginable de la renforcer (a) que de la réduire (b).

[269] Cass. com. 2 juillet 1985, *BRDA* 15/10/1986 ; *Bull. Joly* 1986, p. 229.
[270] CA Paris, 30 juin 1995, *JCP* E 1996, p. 795, note J.-J. Daigre.
[271] CA Amiens, 4 avril 1951, *JCP* 1952, II, 7124.
[272] CA Paris, 14 mars 1950, *JCP* 1950, II, 5694, note Bastian ; CA Paris, 4 décembre 2012, n°11/15313.
[273] Cas. com. 19 décembre 1983, *Rev. sociétés* 1985, p. 105, note D. SCHMIDT. À rapprocher, Cass. com. 2 juillet 1985, *Bull. Joly* 1986, p. 374 ; CA Paris, 30 juin 1995, *JCP* E 1996, p. 795, note J.-J. Daigre.
[274] CA Paris, 30 Juin 1995, *JCP* E, 1996, II, p. 795, note J.-J. Daigre ; *Dr. sociétés*, 1995, n°198, obs. D. Vidal.
[275] Cass. com. 21 février 1949, *Bull. civ*. II, n°93.
[276] T. com. Paris, 12 février 1991, *Bull. Joly*, 1991, p. 592, note M. Jeantin.

a. Les avantages particuliers liés au droit à l'information des associés

721. Quelle que soit la forme sociale, il ne fait aucun doute que le droit à l'information de certains associés est susceptible d'être renforcé. Une société peut toujours s'engager à fournir à un ou certains associés des informations plus importantes que ne l'y oblige la loi[277]. Elle peut ajouter des informations supplémentaires à celles dont les associés sont en droit de recevoir dans le cadre du minimum légal. En ce sens, il est envisageable d'incorporer dans des actions de préférence ou des parts sociales catégorielles, le privilège d'effectuer un audit ponctuel ou d'être consulté préalablement à la prise de certains actes[278] ou encore d'être mis au courant de tout fait susceptible de provoquer la dégradation de la santé financière du groupement. Ces avantages permettront à leurs attributaires de compléter leur information afin d'être mieux éclairés sur les modalités et enjeux des faits ou opérations en question. La société a également la possibilité d'agir sur les moyens d'acheminement de l'information pour favoriser certains associés. On pense ici à la faculté de créer des actions de préférence ou des parts catégorielles qui permettent à leurs titulaires d'être informés au moyen d'états financiers plus détaillés et plus fréquents ou par un questionnement adressé au commissaire aux comptes[279].

722. Dans les sociétés par actions, il est possible d'attribuer un droit d'information applicable dans une autre société. Il a été précisé que l'article L228-13 du Code de commerce autorisait la création de droits particuliers susceptibles d'être exercés dans une autre société. La doctrine considère que le droit à l'information peut faire partie du moule de ces préférences particulières[280]. Il s'en infère que les sociétés appartenant à un groupe sont libres d'accorder à certains associés des actions de préférence portant un droit à l'information qui s'exercera dans une autre société[281].

On constate que la faculté de la société à amplifier le droit à l'information de certains associés est assez étendue. Tel n'est pas le cas de la possibilité de réduire cette prérogative.

[277] M. BUCHBERGER, *op.cit.*, n°346, p. 297.
[278] J.-J. DAIGRE, F. MONOD et F. BASDEVANT, « Les actions à privilèges non financiers », art. cit., p. 10.
[279] J.-M. MOULIN, « Les actions de préférence », art. cit., p. 29.
[280] M. GERMAIN, « Les actions de préférence », art. cit., n°10.
[281] A. VIANDIER, « Les actions de préférence », art. cit., n°47, p. 1534 ; M. GERMAIN, « Les actions de préférence », art. cit., n°10, p. 601.

b. Les désavantages particuliers liés au droit à l'information des associés

723. Contrairement à l'hypothèse du renforcement, il est difficilement imaginable que la liberté contractuelle puisse justifier des restrictions du droit à communication des associés. Cela s'explique, nous l'avons dit, par le fait que le noyau dur d'informations que la loi reconnaît à chaque associé ne semble susceptible d'aucune forme de réduction. Ce faisant, rares pour ne pas dire inexistantes, sont les situations dans lesquelles on peut retrouver des exemples d'aménagements à la baisse du droit d'être informé.

724. Un auteur pense néanmoins qu'il est possible de restreindre le droit à communication d'associés très minoritaires qui n'auraient acquis les titres que dans le but d'obtenir certaines informations confidentielles sur la société[282]. La difficulté est toutefois de savoir comment un tel procédé pourrait être mis en place sans se heurter à l'ordre public sociétaire.

Qu'en est-il des aménagements inégalitaires sur les prérogatives de l'associé dans le pouvoir exécutif ?

B. Les discriminations relatives au droit de participer au pouvoir exécutif

725. Seront successivement abordés les avantages (I) et les inconvénients (II) particuliers concevables sur le droit de prendre part à la gestion de la société.

I. Les avantages particuliers liés au droit de participer à la gestion

726. La société peut-elle réserver des postes de dirigeants à certains associés ? L'étendue des possibilités de conférer des postes de dirigeants à certains associés dépend du domaine laissé à l'initiative des associés dans l'organisation de la direction de la société. Dans les sociétés civiles, l'article 1846 du Code civil laisse aux statuts la liberté de fixer « *les règles de désignation du ou des gérants et le mode d'organisation de la gérance* ». En conséquence, serait parfaitement concevable dans ces sociétés, l'attribution de parts sociales modulables qui donneraient à leurs titulaires la possibilité de nommer le ou les gérants[283] ou le droit d'être nommés directement dirigeants. Cette observation est valable dans les SAS, dans la mesure où l'article L227-6 du Code de commerce confère aux statuts la faculté de déterminer les

[282] P. MOUSSERON, *Les conventions sociétaires*, *op.cit*., n°563, p. 375.
[283] L. GROSCLAUDE, « Les parts sociales catégorielles dans les sociétés civiles », art. cit., p. 33.

conditions de désignation des dirigeants. Il est donc imaginable d'insérer dans une catégorie d'actions de préférence une promesse de nomination à un poste. Il peut s'agir de celui de président ou de tout autre poste que la société souhaiterait créer ultérieurement[284].

727. L'admission de tels mécanismes semble plus délicate dans les SARL et les SA, car les conditions de nomination des dirigeants y sont plus strictes[285]. Il est vrai que la doctrine ne s'oppose pas à leur mise en place. Par exemple, un auteur considère qu'il est possible, pour une SARL, d'émettre des parts sociales privilégiées qui ouvriront à leurs titulaires, le droit d'occuper les postes de gérants[286]. De la même façon, il est admis que les sociétés par actions, y compris les SA, puissent émettre des actions de préférence offrant une faculté d'occuper des postes de direction[287]. Dans le même mouvement, est acceptée en doctrine, l'idée d'attribuer aux minoritaires des SA, un droit de représentation au conseil d'administration[288]. Ces différents mécanismes permettent de pallier le risque pour certains associés, notamment minoritaires, de n'avoir aucun représentant dans les instances de décisions.

728. Il reste que la validité de ces combinaisons demeure subordonnée à une condition impérative. D'après la jurisprudence, la réservation de sièges ne doit pas remettre en cause la faculté de choix de l'organe doté du pouvoir de nomination[289]. En clair, les assemblées générales des SARL ou des SA ou le conseil d'administration[290] doivent toujours pouvoir exercer un choix effectif. Pour ce faire, la cour d'appel de Douai estime que le nombre de candidats proposés doit être supérieur à celui des postes à pourvoir[291]. C'est dire qu'il est impossible, dans lesdites sociétés, de réserver les postes de dirigeants de manière nominative à des associés. On remarquera que ces préférences n'ont qu'une valeur relative car, comme l'a fait remarquer un auteur[292], en application du principe de la libre révocabilité[293], leurs bénéficiaires pourront être révoqués aussitôt après avoir été nommés.

---

[284] Rappelons que l'article L227-6 du Code de commerce permet à cette société de créer d'autres postes que celui de président.
[285] Voir les articles L223-18 et L225-18 du Code de commerce.
[286] J.-M. de BERMOND de VAULX, « Les parts sociales privilégiées », art. cit. n°17, p. 523.
[287] J.-M. MOULIN, « Les actions de préférence », art. cit., p. 29.
[288] J.-J. DAIGRE, F. MONOD et F. BASDEVANT, « Les actions à privilèges non financiers », art. cit., pp. 10 et 11.
[289] CA Paris, 17 décembre 1954, *Journ. sociétés* 1955, p. 338, note R. Plaisant ; CA Douai, 24 mai 1962, *D*. 1962, p. 688, note A. DALSACE ; *JCP* 1962, II, 12871, note D. Bastian ; *RTD com*. 1963, p. 114, obs. R. Houin ; *Journ. sociétés* 1963, p. 65, note P. Bosvieux, cassé par Cass. com. 4 juin 1966, *Bull. civ*. III, p. 256.
[290] Cet organe est compétent pour nommer les directeurs généraux et directeurs généraux délégués dans les SA, articles L225-51-1 et L225-53 du Code de commerce.
[291] CA Douai, 24 mai 1962, préc.
[292] P. DIDIER, « Les conventions de vote », art. cit., p. 343.
[293] PH. MERLE, « La révocation des mandataires sociaux », *RJ com*. janvier-février 2017, p. 2, spéc. p. 3.

Il ressort de cette analyse que le droit de certains associés de prendre part à la gestion peut être amplifié. Il peut tout être réduit.

II. Les désavantages particuliers liés au droit de participer à la gestion

729. Est-il possible d'écarter conventionnellement certains associés de la direction de la société ? Il faut, d'emblée, remarquer que chaque fois que la société réserve les postes de dirigeants à certains associés, les autres s'en trouveront exclus de fait. Par-delà cette remarque, il a été vu que dans les commandites, la loi prive le commanditaire du droit à la gestion.

730. Il semble concevable de s'inspirer de cette possibilité légale pour instituer des parts sociales catégorielles ou des actions de préférence dont l'une des caractéristiques, voire la caractéristique principale, consistera à exclure leurs titulaires de tout droit d'intervention à la direction de la personne morale. Les associés qui ne sont pas intéressés par la gouvernance peuvent accepter de recevoir de tels droits sociaux, en contrepartie d'un renforcement de leurs droits financiers ou autres prérogatives politiques.

Il convient maintenant d'envisager l'aménagement discriminatoire du droit de rester associé.

§ 2. Les discriminations possibles sur le droit de rester dans la société

731. Le droit de demeurer dans la société peut être aménagé à la hausse (A), mais il peut aussi faire l'objet de nombreuses restrictions (B).

A. Les avantages particuliers liés au droit de rester dans la société

732. Parce qu'il est d'ordre public, le droit de ne pas être exclu de la société peut, à l'évidence, être renforcé. Une telle possibilité ne se heurte à aucun obstacle en droit positif. Seulement, en tant que prérogative intangible, cette prérogative demeure suffisamment protégée par la loi et la jurisprudence. Au fond, hormis les cas prévus par la loi, sa remise en cause demeure toujours subordonnée à son consentement libre et éclairé de l'associé. Il s'en infère que l'amplification de cette prérogative n'ajoutera rien à la protection légale.

C'est donc la question des atteintes portées au droit de se maintenir dans la société qui doit davantage retenir l'attention.

B. Les désavantages particuliers liés au droit de rester dans la société

733. La problématique des inconvénients particuliers ayant pour objet le droit de rester associé peut être résumée en ces termes : les statuts peuvent-ils contenir une clause d'exclusion, de « *rachat forcé* » ou « *rachat éviction* »[294] au bénéfice de la société et contre certains associés ? Techniquement, une telle stipulation donne à la société le pouvoir de faire racheter les titres par une personne de son choix ou de les racheter pour les annuler ou les rétrocéder à une autre personne.

734. Dans les SAS, la réponse est donnée par l'article L227-16, al. 1 du Code de commerce qui dispose que « *dans les conditions qu'ils déterminent, les statuts peuvent prévoir qu'un associé peut être tenu de céder ses actions* ». Pour forcer les associés débiteurs à s'exécuter, l'alinéa 2 permet à la société de suspendre leurs droits non-pécuniaires aussi longtemps que la cession de leur sociaux n'aura pas été effectuée. De cette disposition, il appert que les statuts peuvent octroyer à la société le droit de racheter ou de faire racheter par une personne de son choix, les actions d'un ou de certains associés[295]. Les actionnaires désavantagés seront dans l'obligation de procéder à cette cession ou rétrocession des titres à la date qui aura été fixée dans la clause. Cette date peut également être liée à la survenance d'un événement, telle la perte de la qualité de dirigeant[296] ou de salarié. Nous noterons que cet inconvénient peut être attaché à la personne ou rattaché à des actions de préférence rachetables à l'initiative de la société[297].

735. En dehors de cette hypothèse, la validité des clauses de rachat forcé n'est pas expressément affirmée. Cependant, la solution prévue dans les SAS n'est que l'expression d'un principe plus général[298]. En effet, nous avons déjà noté que l'admission des clauses statutaires d'exclusion n'était plus contestée en droit positif. Il faut et il suffit que le pacte

[294] P. ROUX, « La clause de rachat forcé dans les statuts de société », *LPA*, 1991, n°1, p. 16.
[295] En application de l'article 1836 al. 2 du Code civil, l'introduction de cette clause dans les statuts requiert l'accord des associés concernés.
[296] Cass. com. 6 mai 2014, *JCP* E, 2014, II, 1515, obs. M. Buchberger ; *JCP* E, 2014, II, 1317, note B. Dondero ; *Dr. sociétés*, 2014, comm. 182, note R. Mortier.
[297] Articles L228-11 et L228-12 du Code de commerce. M. GERMAIN, et V. MAGNIER, *op.cit*., n°1547, p. 377.
[298] H. HOVASSE, M. DESLANDES et R. GENTILHOMME, « La séparation d'associés », *Actes pratiques et ingénierie sociétaire,* décembre 1997, n°36, p. 4, spéc., p. 16.

social détermine les motifs de l'exclusion, les modalités du remboursement des titres de l'associé[299], les conditions d'exercice des droits de la défense et l'organe compétent pour prononcer l'éviction[300]. Ce faisant, un associé peut toujours s'engager envers la société, quelle que soit sa forme, à se faire racheter ses droits sociaux dans les conditions qui auront été fixées ou à recevoir des actions de préférence ou parts sociales rachetables[301] sur décision de la personne morale. Certes, la loi et la jurisprudence réfutent les titres de préférence rachetables ou les promesses de rachat exécutables à la demande de l'associé dans les sociétés par actions. Cependant, l'instauration de tels mécanismes devient possible lorsque le déclenchement du rachat est subordonné à la décision de la société[302].

À l'issu de cette analyse, il apparaît que le droit de rester dans la société peut être l'objet de nombreux aménagements discriminatoires, pouvant aller jusqu'à sa suppression totale et définitive. Cette conclusion nous conduit à aborder les discriminations relatives au droit des associés de ne pas voir leurs engagements augmentés.

Section 3. L'aménagement discriminatoire des engagements des associés

736. Absence d'intérêts des avantages particuliers. Comme cela a été rappelé plus haut, le droit à l'intangibilité des engagements demeure par excellence un droit fondamental de l'associé. Outre l'interdiction de le supprimer, la Cour de cassation estime que l'associé qui a approuvé une résolution amplifiant ses engagements reste toujours recevable à en demander la nullité[303]. À la lumière de ce constat, les associés apparaissent suffisamment protégés par la loi[304] et les tribunaux. Il s'en infère que les privilèges particuliers consistant à renforcer cette prérogative restent inutiles car n'ajoutant pas grand-chose à cette protection organisée par le droit positif. Cela étant, l'aménagement inégalitaire du droit de ne pas voir ses engagements

[299] H. HOVASSE, M. DESLANDES, R. GENTILHOMME, « La séparation d'associés », *Actes pratiques et ingénierie sociétaire,* décembre 1997, n°36, p. 4, spéc., p. 16.
[300] Nous devons rappeler que selon, la Cour de cassation, si la décision d'exclusion est conférée à l'assemblée générale, l'associé dont l'exclusion est envisagée ne peut être écarté du vote, voir Cass. com. 23 octobre 2007, n°06-16.537, *Bull. civ*. IV, n°225 ; *Rev. sociétés*, 2007, p. 814, note P. Le Cannu, *RLDA*, 2008/23, n°1369, obs. H. Guyader ; *Bull. Joly*, 2008, p. 101, note D. Schmidt ; *D*. 2008, p. 47, note Y. Paclot. À rapprocher, CA Montpellier, 5 janvier 2010, *JCP* E, 2010, n°1203, sanctionnant le fait que, si des associés exclus ont pu accéder à l'assemblée générale, ils ont été écartés du vote.
[301] On notera toutefois que les parts sociales rachetables ne semblent pas admises dans les SARL, puisque le rachat n'y est autorisé que si l'assemblée générale décide de réduire le capital.
[302] Puisque l'article L228-12, III, 4e du Code de commerce dispose que de telles actions ne peuvent être rachetées qu'à l'initiative exclusive de la personne morale. S'ajoute à cela que n'existe aucune décision de justice qui prohibe les promesses de rachat sur décision de la personne morale.
[303] Cass. com. 13 novembre 2003, préc.
[304] P. MOUSSERON et L. CHATAIN-AUTAJON, *Droit des sociétés*, *op.cit*., n°183, p. 154.

aggravés n'est pertinent que s'il est envisagé d'y porter atteinte.

737. Les désavantages particuliers possibles. Au vu de l'article 1836, al. 2 du Code civil, il n'est pas interdit aux sociétés d'accroître les engagements légaux de certains associés ou de mettre à leur charge de nouvelles obligations. En réalité, l'intangibilité des engagements ne s'applique que sous réserve d'une volonté contraire de l'associé. Si ce dernier ne peut pas renoncer définitivement à ce droit d'ordre public, il peut toujours accepter de supporter davantage d'engagements qu'il ne devrait. Pour ce faire, plusieurs formules sont concevables. Par exemple, l'associé peut consentir dans les statuts à répondre à des appels de fonds dont le montant serait fixé à l'avance. Il est également envisageable de créer des actions de préférence ou des parts sociales catégorielles qui imposent à leur titulaires d'avoir et de conserver une ou plusieurs qualités professionnelles pendant la durée de leur participation dans la société[305]. Plus encore, « *les statuts peuvent parfaitement mettre à la charge des associés, des obligations supplémentaires qu'elles soient ou non de nature économique* »[306]. Ainsi serait admissible, la stipulation par laquelle un associé s'engage à supporter d'autres obligations précises non initialement prévues dans le contrat[307].

Finalement, si le droit de ne pas voir ses engagements augmentés est un droit intangible, cette intangibilité laisse une place à la liberté d'y porter atteinte.

Conclusion chapitre 1

738. Les droits de l'associé constituent un terreau propice à l'établissement de l'inégalité en droit des sociétés dans la mesure où ils sont susceptibles de diverses et multiples formules inégalitaires. Il est vrai que seuls les principaux droits de l'associé ont été étudiés. Toutefois, il ne fait aucun doute que la plupart des déclinaisons de la liberté de discriminer qui ont été envisagées demeurent applicables aux autres prérogatives de l'associé. Cette observation reste valable en ce qui concerne les obligations des associés.

[305] J.-M. MOULIN, « Les actions de préférence », art. cit., p. 29.
[306] G. DURAND-LEPINE, art. cit., p. 7, note 7.
[307] J. MONNET, « Organisation de l'entreprise et interdiction d'augmenter les engagements des associés », in *Mél. offert à J. Paillusseau*, éd. Dalloz, 2003, p. 403, spéc. n^{os}25 et s.

CHAPITRE 2 – L'aménagement inégalitaire des obligations de l'associé

739. L'étude de l'aménagement inégalitaire des obligations des associés sera confinée aux devoirs financiers[1]. Autrement dit, il sera examiné les discriminations concevables sur l'obligation d'apport (§ 1) et sur celle de contribuer aux pertes sociales (§ 2).

Section 1. Les combinaisons inégalitaires possibles sur l'obligation d'apport

740. Constituant une contrainte essentielle de l'associé, l'obligation d'apport n'est pas susceptible d'aménagements qui affecteraient son existence. C'est donc essentiellement sur ses modalités d'exécution que les discriminations entre associés demeurent imaginables.

Pour bien les cerner, nous étudierons les avantages particuliers (A) et les désavantages particuliers (B) envisageables.

§ 1. Les avantages particuliers liés à l'obligation d'apport

741. Nous avons relevé que la loi permettait aux sociétés par actions d'attribuer à leurs salariés ou mandataires sociaux des actions gratuites[2]. Comme on a pu le faire remarquer, l'idée « *d'attribuer des actions gratuites est (…) communément acceptée et pratiquée en droit des sociétés* »[3]. Ces hypothèses doivent toutefois être tenues pour exceptionnelles, car le Code civil continue de faire de l'apport une condition pour accéder au statut d'associé. Nous pensons donc que ce devoir ne saurait être contractuellement supprimé au profit de certains associés.

742. En revanche, la société peut assouplir les conditions de son exécution au profit de certains associés. Tout d'abord, serait parfaitement valable la stipulation statutaire par laquelle la société accorde à un ou certains associés le droit de libérer leur apport par le moyen de leur

[1] Faut-il encore signaler que dans les sociétés à risque illimité, les associés sont également soumis à une obligation aux dettes sociales. Toutefois, celle-ci ne concerne pas les rapports entre les associés et la société, mais s'applique entre les associés et les tiers. De ce fait son aménagement ne sera pas envisagé ici.
[2] Y. GUYON, « La distribution gratuite d'actions aux salariés », *JCP*, 1982, I, 3006.
[3] J.-PH. DOM, « L'attribution gratuite d'actions », *Bull. Joly* 2005, p. 88, spéc. n°2, p. 89.

choix. Il s'agirait de faire de la contrainte d'apport, une obligation alternative[4] pouvant être libérée en nature ou en numéraire.

743. Dans certaines sociétés, la loi prévoit qu'en cas d'apport en numéraire, une partie du montant souscrit doit être immédiatement libérée et le reste dans un certain délai. Tel est le cas pour les SARL dans lesquelles il est prévu que « *les parts représentant des apports en numéraire doivent être libérées d'au moins un cinquième de leur montant. La libération du surplus intervient en une ou plusieurs fois sur décision du gérant, dans un délai qui ne peut excéder cinq ans à compter de l'immatriculation de la société au registre du commerce et des sociétés* »[5]. Une solution similaire est établie pour les SA et les SCA, à la différence près que, dans ces dernières, la somme qui doit être immédiatement versée correspond à la moitié de l'apport[6]. Dans ces conditions, rien n'interdit à la société d'accorder à certains associés des modalités de paiement plus souples que ce que prévoit la loi relativement à la somme restant à verser. En ce sens, il serait imaginable de fixer une échéance ou encore de reporter une ou plusieurs échéances. Dans les autres sociétés, n'existe aucune norme légale qui organise l'appel des fonds ayant fait l'objet des apports en numéraire[7]. Certes, les dirigeants sont habilités à y procéder. Mais les statuts peuvent fixer des conditions avantageuses de libération pour certains associés ou déléguer le pouvoir de le faire à un organe[8].

744. Aussi, l'article 1843-3, al. 5 du Code civil dispose-t-il que « *l'associé qui devait apporter une somme dans la société et qui ne l'a point fait devient de plein droit et sans demande, débiteur des intérêts de cette somme à compter du jour où elle devait être payée et ce sans préjudice de plus amples dommages-intérêts, s'il y a lieu* ». Lorsqu'un associé se retrouve en situation de retardataire, la société pourrait, par application de la liberté contractuelle, l'exonérer des intérêts dont il serait redevable.

745. Pareillement, nous savons qu'en cas d'apport en pleine propriété d'un bien, l'associé apporteur est tenu à l'égard de la société d'une obligation de garantie[9]. Selon le Code civil[10], il s'agit de la garantie que le vendeur doit à son acheteur. La société ne pourrait-elle pas libérer l'apporteur de certaines de ses obligations, comme celle de garantir les vices cachés ?

[4] Art. 1189 du Code civil.
[5] Art. L223-7 du Code de commerce.
[6] Articles L225-3 et L225-144 du Code de commerce.
[7] L. GODON, *Les obligations des associés*, *op.cit*., n°30, p. 28.
[8] Y GUYON, *Traité des contrats : les sociétés, aménagements statutaires et conventions entre associés*, *op.cit*., n°94, p. 171.
[9] P. MOUSSERON et L. CHATAIN-AUTAJON, *Droit des sociétés*, *op.cit*., n°174, p. 148.
[10] Art. 1843-3 du Code civil.

On sait qu'il est établit en matière de vente, que si le vendeur est occasionnel, les parties peuvent limiter, voire supprimer, la garantie des vices rédhibitoires[11]. Dès lors, on pourrait considérer l'apporteur comme un vendeur occasionnel, sauf bien sûr si le contraire est établi, et admettre que la personne morale puisse le décharger de cette garantie des vices cachés.

Au final, l'obligation d'apport peut diversement être assouplie pour certains associés. Les prochains développements permettront de montrer qu'il peut aussi être durci.

§ 2. Les désavantages particuliers liés à l'obligation d'apport

746. Les inconvénients particuliers matériellement concevables sur l'obligation d'apport sont peu nombreux. Quelques formules demeurent toutefois imaginables.

747. Le droit des sociétés admet que les apports en nature puissent être effectués en jouissance, en usufruit ou en nue-propriété. Se trouvant dans l'une de ces situations, un apporteur pourra s'engager dans les statuts, soit à transformer l'apport en jouissance en une mise en pleine propriété, soit à reconstituer cette pleine propriété entre les mains de la société, en apportant, en plus et selon les cas, l'usufruit ou la nue-propriété.

748. Pour les sociétés de construction, la loi prévoit que « *les associés sont tenus de répondre aux appels de fonds nécessités par l'acquisition, la construction ou l'aménagement de l'immeuble social en proportion de leurs droits dans le capital* »[12]. Cela signifie que les associés puissent être contraints d'effectuer de nouveaux apports. Il nous semble que les statuts de ces sociétés pourraient prévoir une répartition inégalitaire de ces fonds au détriment des associés qui l'auraient acceptée. Ce dispositif serait également applicable aux autres sociétés qui pourraient ainsi émettre des actions de préférence ou des parts sociales spécifiques comportant pour leurs titulaires une obligation de répondre à des appels de fonds liés à certains événements. Ce procédé présente l'avantage de permettre à la personne morale de s'assurer à l'avance qu'elle pourra reconstituer ses fonds propres[13]. En somme, il s'avère que l'obligation d'apport peut être aménagée de différentes manières soit au bénéfice soit au détriment de certains associés.

[11] PH. MALAURIE, L. AYNES et P.-Y. GAUTIER, *Les contrats spéciaux*, 7e éd. LGDJ, Lextensos, 2014, n°432, p. 256.
[12] Art. L212-3 du Code de la construction et de l'habitation.
[13] L. GODON, *Les obligations des associés*, *op.cit*., n°283, p. 187.

La remarque est également valable concernant la contribution aux pertes sociales.

Section 2. Les combinaisons inégalitaires possibles sur la contribution aux pertes

749. Selon l'article 1844-1 du Code civil, aucun associé ne peut être exonéré entièrement et définitivement de son obligation de contribuer aux pertes sociales.

Sous réserve de cette limite, le devoir de contribuer au déficit social peut faire l'objet de divers avantages (A) ou désavantages (B) particuliers.

§ 1. Les avantages particuliers liés à la contribution aux pertes

750. Symétriquement au droit aux bénéfices, l'obligation de contribuer aux pertes peut être aménagée au profit de certains associés. Tout d'abord, il est largement admis que son étendue puisse être réduite[14]. Dans ce cadre, il est possible d'accorder à certains associés des actions de préférence ou des parts privilégiées qui leur permettent de participer aux pertes dans une mesure moindre par rapport à ce qu'ils auraient dû supporter en application de la proportionnalité. Il s'agit d'une exonération partielle du devoir de participer aux pertes.

751. Dans le même sens, serait valable la stipulation par laquelle la personne morale octroie à certains associés une priorité à « l'envers » dans la contribution. Plus précisément, il est admissible d'insérer dans une clause statutaire ou dans des titres catégoriels, une altérité en vertu de laquelle, les associés bénéficiaires ne contribueront aux pertes qu'après leurs coassociés. Par ce mécanisme, les bénéficiaires seront dispensés de toute contribution aux pertes si, à la dissolution, la participation des autres associés a conduit à l'absorption totale du déficit social. Ce privilège ne heurte pas la prohibition des clauses léonines puisque l'associé n'est pas exonéré de toute obligation aux pertes. Seulement, il ne sera obligé d'y contribuer que si la part des autres n'a pas permis de les résorber.

À l'opposé de ces différentes faveurs particulières, l'obligation de contribuer au passif social peut aussi être renforcée au détriment de certains associés.

[14] PH. MERLE et A. FAUCHON, *op.cit.,* n° 54.

§ 2. Les désavantages particuliers liés à la contribution aux pertes

752. Il est évident que certains associés peuvent toujours s'engager à contribuer aux pertes plus que ce qu'ils ne devraient. Cet engagement peut être attaché à des parts ou actions de catégorie.

753. Mais des associés peuvent-ils s'engager à contribuer aux pertes au fur et à mesure de leur constatation comptable ? Dans les sociétés à risque illimité, cela ne soulève *a priori* aucune difficulté, d'autant que l'obligation de contribuer aux pertes est susceptible d'être mise en exécution à tout moment de la vie sociale. Il s'ensuit que certains associés peuvent se proposer dans les statuts de renflouer les caisses en cas de pertes constatées à la fin d'un ou de plusieurs exercices.

754. La question est plus délicate concernant les sociétés à risque limité. Au fond, dans ces types de sociétés, le devoir de participer aux pertes ne peut, en principe, être mis en œuvre qu'après la dissolution. Il s'en déduit que la stipulation qui obligerait les associés à combler les pertes au fur et à mesure de leur constat provoquerait nécessairement une augmentation de leurs engagements. Certes, il n'est pas défendu aux associés d'accepter une certaine aggravation de leurs engagements. Toutefois, un engagement illimité d'une partie des associés transformerait de fait la société en une société en commandite. De plus, dans son état actuel, la jurisprudence considère que le principe de la limitation de responsabilité est doté d'un caractère absolu[15]. Au vu de ces constats, une telle combinaison ne peut, nous semble-t-il, être acceptée dans ces sociétés dont la responsabilité des associés est confinée à leurs apports.

Conclusion du chapitre 2

755. Bien qu'ils demeurent des charges fondamentales de l'associé, l'apport et la contribution aux pertes n'échappent guère à la possibilité d'un aménagement inégalitaire. Concernant le premier, les discriminations ont trait essentiellement à ses modalités de libération, celles-ci pouvant être durcies ou allégées au profit ou au détriment de certains associés. Quant à la seconde, son étendue peut être renforcée ou diminuée en faveur ou en défaveur de certains associés. Certains associés peuvent également être autorisés à l'exécuter avant ou après leurs coassociés.

[15] Cass. com. 26 juin 1984, *Bull. civ*. IV, n°206 ; *Rev. sociétés*, 1985, p. 124, note J. Hémard ; D. 1986, IR, p. 42, cassant CA Aix, 15 octobre 1982, *RTD com*. 1984, p. 484, n°10, obs. E. Alfandari et M. Jeantin.

CONCLUSION DU TITRE 2

756. Tout compte fait, il s'avère que la liberté de discriminer entre associés a un domaine d'application significatif dont l'exploration a permis de noter l'existence d'une large panoplie de combinaisons possibles. Ces combinaisons, dont certaines sont éprouvées en pratique, peuvent être utilisées aussi bien pour les droits que pour les obligations de l'associé.

Ceci étant dit, deux remarques méritent d'être faites. D'une part, les possibilités de discrimination relatives aux prérogatives des associés restent beaucoup plus nombreuses que celles pouvant être établies sur les obligations de ces derniers. D'autre part, les formules qui ont été étudiées ne l'ont été qu'à titre illustratif. C'est dire que les hypothèses d'inégalités imaginables sont loin d'être épuisées.

CONCLUSION DE LA DEUXIÈME PARTIE

757. Admise en droit des sociétés, la discrimination entre associés reste donc encadrée par cette matière. Cela signifie que la personne morale et les associés qui envisagent de la créer doivent s'assurer qu'elle n'aura pas pour objet ou pour effet de porter atteinte à l'ordre public sociétaire.

Cet ordre public est composé, tout d'abord, des règles qui imposent le respect du bloc des droits et obligations inséparables du statut d'associé. De telles prérogatives et obligations caractérisent tout associé, toute forme sociale confondue. Ce faisant, leur remise en cause conduirait sans aucun doute à la perte de la qualité d'associé. Mais ce devoir de veiller au respect des droits fondamentaux s'étend aussi aux prérogatives attribuées à l'associé en sa qualité d'organe de la société. Devant être exercés par l'associé, non pas dans son intérêt personnel, mais plutôt dans celui de la société, ces droits échappent logiquement à la libre disposition de la société et des associés.

En revanche, lorsque la prohibition de supprimer, et dans certains cas de diminuer, les composantes de ce noyau dur est respectée, la liberté de distinguer entre les associés retrouve son empire permettant ainsi à la société de renforcer, réduire, et même supprimer, tous les droits et obligations accessoires de l'associé.

CONCLUSION GENERALE

758. Cette recherche a été l'occasion de démontrer que l'inégalité entre associés est une notion connue du droit. Elle renvoie à la situation dans laquelle la société accorde ou impose à certains associés des droits ou obligations différents de ceux qui devaient leur revenir proportionnellement à leur apport, sans que cette altérité ne soit conférée ou imposées aux autres. En clair, elle correspond à l'hypothèse selon laquelle certains associés sont favorisés ou défavorisés par rapport à leurs coassociés. Se posait donc la question de savoir s'il existait un droit de discriminer entre associés en droit des sociétés.

759. Notre étude a consisté à mettre en évidence que l'inégalité entre associés demeure largement admise en droit des sociétés. Pour ce faire, le principal obstacle qu'il fallait franchir était celui du principe d'égalité entre associés. On sait que de nombreux auteurs continuent de voir en ce principe une règle générale du droit des sociétés. Il fallait donc montrer que celui-ci n'était qu'un faux principe du droit positif qui ne saurait constituer un obstacle à la réception de l'inégalité entre associés. Pour y parvenir, la démarche a été double. Elle a, d'abord, consisté à confronter ce principe aux principes généraux du droit. Cette confrontation a permis de s'apercevoir, d'une part, que celui-ci n'était nulle part consacré en droit positif et, d'autre part, qu'il ne remplissait guère les critères de la notion de principe général du droit. Il s'en est déduit que principe est à la fois absent de la masse des principes généraux du droit et exclu de la qualification de principe général du droit. Ensuite, la remise en cause du principe a consisté à prouver que celui-ci ne bénéficie d'aucun fondement en droit des sociétés. Schématiquement, nous avons montré que, ni le contrat de société, ni la personnalité morale n'offre de base à cette prétendue règle.

760. Pour le reste, la preuve de l'acceptation de l'inégalité entre associés s'est faite par la démonstration de l'existence de nombreuses règles législatives et jurisprudentielles en droit des sociétés qui lui confèrent un cadre juridique propice. Mais telle que nous l'avons conçue, la discrimination n'est que le résultat d'un aménagement du contrat liant la société aux associés discriminés. Elle n'est, dès lors, imaginable que si chacune des parties expriment un consentement libre et éclairé. Il s'en infère que si le droit des sociétés offre à l'inégalité entre associés son cadre d'existence, c'est le droit des contrats qui lui accorde son cadre d'exercice, puisque c'est cette dernière branche du droit privé qui organise sa création, sa modification et sa disparition. Elle permet à la société d'attribuer ou d'imposer une altérité et aux associés

destinataires de l'accepter ou de la refuser. Elle permet également aux parties, par un accord de volonté, de remettre en cause la discrimination ou d'aménager son contenu.

761. Cependant, la liberté contractuelle n'est pas ici absolue. Elle ne saurait tout permettre dans la mesure où l'inégalité entre associés doit se conformer aux règles impératives du droit des sociétés. Autrement dit, l'inégalité entre associés est admise en droit des sociétés, mais elle demeure tout de même encadrée. Si elle permet d'aménager la quasi-totalité des droit et obligations de l'associé, elle ne saurait avoir ni objet, ni effet de supprimer et, parfois, de réduire, les prérogatives et obligations essentielles de l'associé. Aussi, l'étude a-t-elle montré que ces droits et obligations intangibles sont, soit inhérents à la qualité d'associé, soit attachés à la qualité d'organe de l'associé.

762. Après la détermination, l'étude a consisté à systématiser les nombreuses possibilités qui s'offrent en pratique à la société et aux associés en matière de discrimination entre associés. Nous avons ainsi pu noter, à cet égard, que les marges de manœuvres étaient grandes et variaient suivant les types de combinaisons envisagées, mais également en fonction des sociétés.

763. Cette thèse a, finalement, permis de constater que l'inégalité entre associés est une réalité indéniable du droit des sociétés. Elle traduit d'une certaine manière le réalisme de cette branche du droit privé dans la mesure où plutôt que de s'accrocher à une conception égalitaire de la société, elle laisse globalement le choix à la personne morale, suivant les circonstances, de traiter différemment ces associés. L'essentiel étant que ces distinctions ne portent pas atteinte à l'intérêt social. On notera, cependant, qu'il serait prétentieux que de penser avoir épuisé le thème de l'inégalité entre associés. Certes, nous avons tenté de présenter de la manière la plus objective possible ses fondements, son régime, ses déclinaisons ainsi que ses limites. Il est, toutefois, certain que ce sujet comporte des pans entiers qui, soit n'ont pu être explorés, soit mériteraient d'être approfondis. Ainsi, serait-il opportun d'envisager son étude à l'échelle d'une seule société comme la SA ou la SAS ou encore au prisme du droit comparé ■

BIBLIOGRAPHIE

I. TRAITÉS, MANUELS, DICTIONNAIRES ET OUVRAGES GENERAUX

AMIAUD (A)
- *Manuel de droit commercial*, de C. Lyon-caen et L. Renault, 15e éd., LGDJ, 1928

AMRANI MEKKI (S) et **STRICKLER (Y)**
- *Procédure civile*, éd., PUF, 2014

ARISTOTE
- *Ethique à Nicomaque*, trad. J. Barthélemy Saint-Hilaire, éd., Le livre de poche, 1992

AUBERT (J.-L.)
- *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, 9e éd., A. Colin, 2002

BERGEL (J.-L.)
- *Théorie générale du droit*, 5e éd., Dalloz, 2012

BONNEAU (T), et **DRUMMOND (F)**
- *Droit des marchés financiers*, 3e éd., Economica, 2010

BUSSY (J)
- *Droit des affaires*, 2e éd., préf. de Y. Chaput, éd., Presses de science PO-Dalloz, 2004

CABRILLAC (R)
- *Introduction général au droit privé*, éd., Eyrolles, 1993

CARBONNIER (J)
- *Droit civil, Introduction*, 1re éd., PUF- Thémis, 1955
- *Droit civil, Les obligations*, t. 4, 22e éd., PUF, 2000

CHARTIER (Y) et **MESTRE (J)**,
- *Les grandes décisions de la jurisprudence*, *les sociétés*, éd., PUF, 1988

CNRS
- *Trésor de la langue française*, t.10, éd., 1983

CONSTANTIN (A)
- *Droit des sociétés*, 5e éd., Dalloz, 2012

COPPER-ROYER
- *Traité des sociétés anonymes,* t.1, 4e éd., Dalloz, 1931

COPER-ROYER et **Fils**
- *Traité des sociétés, Principes généraux et de leur application à la matière des sociétés*, t. 2, éd., Sirey, 1939

CORNU (G)
- *Vocabulaire juridique*, éd., PUF, 2016

COURET (A) et ***alii***
- *Droit financier*, 2e éd., Dalloz, 2012

COZIAN (M), VIANDIER (A) et **DEBOISSY (F)**
- *Droit des sociétés*, 29e éd., Litec, 2016

DE CAMBACERES (J.-J.)
- *Projet de code civil*, Corps législatif, 1795-1814-Conseil des Cinq-Cents, éd., Librairie Edouard Duchemin, 1977

DE JUGLART (M), B. IPPOLITO (B), DU PONTAVICE (E) et DUPICHOT (J) :
- *Traité de droit commercial*, Partie II, 3e éd., Montchrestien, 1982

DIDIER (P) et **DIDIER (Ph)**
- *Droit commercial*, *Les sociétés commerciales*, t. 2, éd., Economica, 2011

DONDERO (B)
- *Droit des sociétés*, 3 éd., Dalloz, 2013

DWORKIN (R)
- *Prendre les droits aux sérieux*, éd., PUF, Coll. Léviathan, 1977

ENCYCLOPEDIE PHILOSOPHIQUE UNIVERSELLE
- *Les notions philosophiques,* t. 1, éd., PUF, 1998.

ESCARRA et **RAULT**
- *Traité théorique et pratique de de droit commercial, Sociétés commerciales*, t. II, éd., Sirey, 1951

ESMEIN (A)
- *Élément de droit constitutionnel français et comparé*, t. 1, 7e éd., Sirey, 1921

ESMEIN (A)
- *Élément de droit constitutionnel français et comparé*, revue par N. NEZARD, t. 1, 8e éd., Sirey, 1927

GERMAIN (M) et **MAGNIER (V)**
- *Traité de droit des affaires*, *les sociétés commerciales*, t. 2, 21e éd., LGDJ-Lextenso, 2014.

GHESTIN (J), GOUBEAUX (G) et **FABRE-MAGNAN (M)**
- *Traité de droit civil. Introduction générale*, 4e éd., LGDJ, 1994.

GIBIRILA (D)
- *Droit des sociétés*, 4e éd., éd., Ellipses, 201

GRIDEL (J.-P.)
- *Introduction au droit et au droit français*, 2e éd., Dalloz, 1994

GUIHO (M)
- *Cours de droit civil. Introduction générale*, éd., L'Hermès, Lyon, 1978

GUYON (Y)
- *Droit des affaires, droit commercial général et sociétés*, t. 1, 12e éd., Economica, 2003

HAMEL (J), LAGARDE (G) et **JAUFFRET (A)**
- *Droit commercial*, par G. LAGARDE, t. 1, 2e éd., vol. II, Dalloz, 1980

HAURIOU (M)
- *Précis de droit constitutionnel*, 2e éd., Sirey, 1929

HEMARD (J), TERRE (F) et **MABILAT (P)**,
- *Sociétés commerciales*, t.1, éd., Dalloz, 1972
- *Sociétés commerciales*, t.2, éd., Dalloz, 1974

HOBBES (T)
- *Léviathan*, partie II, chapitre XXX « De la fonction du représentant souverain »

KALINOWSKI (G)
- *Introduction à la logique juridique*, éd., LGDJ, 1965

KELSEN (H)
- *Théorie générale des normes*, trad. de l'allemand par O. Beaud et F. Malkani, éd., Léviathan- PUF, 1996

LE CANNU (P) et **DONDERO (B)**
- *Droit des sociétés*, 6e éd., LGDJ-Lextenso, 2015

LE GRAND LAROUSSE ILLUSTRÉ
- *Dictionnaire de la langue française*, éd., 2014

LE PETIT ROBERT
- *Dictionnaire historique de la langue française*, éd., 2013

LE ROBERT
- *Dictionnaire historique de la langue française,* éd., 2010

LEMEUNIER (F)
- *Associations : constitution, gestion, évolution*, 11e éd., Delmas, 2005

LITTRÉ (E)
- *Dictionnaire de la langue française* (en ligne)

LYON-CAEN (C) et **RENAULT (L)**
- *Manuel de droit commercial (y compris le droit maritime*), 13e éd., LGDJ, 1922

MALAURIE (PH), AYNES (L) et **STOFFEL-MUNCK (P)**
- *Les obligations*, 8e éd., Defrénois - Lextenso, 2016

MALAURIE (PH), AYNES (L) et **GAUTIER (P.-Y.)**
- *Les contrats spéciaux*, 7e éd., LGDJ - Lextenso, 2014

MARTY (G), RAYNAUD (P)
- *Introduction générale à l'étude du droit*, 2e éd., Sirey, 1972

MERLE (PH) (avec la collaboration de **A. FAUCHON)**
- *Droit commercial, Sociétés commerciales*, 20e éd., Dalloz, 2017

MESTRE (J) et ***alii***
- *Droit commercial, droit interne et aspects de droit international*, 29e éd., LGDJ-Lextenso, 2012

MOUSSERON (P) et **CHATAIN-AUTAJON (L)**
- *Droit des sociétés*, 2e éd., Joly, 2013

PIC (P) et **J. KREHER (J)**
- *Des sociétés commerciales*, t. 1, éd., Rousseau, 1940

POTHIER (R. J.)
- *Traité des contrats maritimes, société cheptel*, t. 2, éd., Paris, Frères Debure, 1775

RABUT (A)
- *Le droit des bourses et des agents de change*, éd., Litec, 1983

RIALS (S) et **ALLAND (D)** (dir. sous)
- *Dictionnaire de la culture juridique*, éd., PUF-Lamy, 2003

TERRÉ (F), SIMLER (P) et **LEQUETTE (Y)**
- *Droit civil, les obligations*, 11e éd., Dalloz, 2013

THALLER (E)
- *Traité élémentaire de droit commercial à l'exclusion du droit maritime*, par J. Percerou, 6e éd., Librairie Arthur Rousseau, 1922

THALLER (E) et **PERCEROU (J)**
- *Traité élémentaire de droit commercial*, 8e éd., Rousseau, 1931

TRUCHET (D)
- *Droit administratif*, 6e éd., PUF, 2015

VEDEL (G) et **DELVOLVE (P)**
- *Droit administratif*, éd., PUF, Coll. Thémis, 1980

VOLTAIRE
- *Dictionnaire philosophique*, éd., GF-Flammarion

II. OUVRAGES SPECIAUX ET THESES

ABDELMOUMEN (N)
- *Hiérarchie et séparation des pouvoirs dans les sociétés anonymes de type classique,* th.

Paris 1, 2013

ALBIGES (C)
- *De l'équité en droit privé*, éd., LGDJ, 2000

ALIPRANTIS (N)
- *La place de la convention collective dans la hiérarchie des normes*, éd., LGDJ, 1980

ALLEGAERT (V)
- *Le droit des sociétés et les libertés et droits fondamentaux*, éd., PUAM, 2005

AMSELEK (P)
- *Perspectives critiques d'une réflexion épistémologique sur la théorie du droit*, éd., LGDJ, 1964

ASS. H. CAPITANT
- *La construction européenne en droit des affaires*, éd. LGDJ-Lextenso, 2016

AYNÈS (L)
- *La cession de contrat*, éd., Économica, 1984

BACHOFEN (B) et **BERNARDI (B)**
- *ROUSSEAU, Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, éd., Flammarion, 2008

BADY
- *Limitations aux pouvoirs des assemblées générales*, th. Lyon, 1929

BAILLOD (R)
- *L'apport en industrie, déclin ou renouveau*, th. Toulouse, 1980

BALAT (N)
- *Essai sur le droit commun*, éd., LGDJ-Lextenso, 2016

BARRAULT (A)
- *La notion de dividendes fictifs*, th. Paris, 1938

BASTIDE (J)
- *Des dividendes fictifs*, th. Toulouse, 1903

BECQUEY (A)
- *La distribution de dividendes fictifs*, th. Bordeaux, 1939

BELAID (S)
- *Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge*, éd., LGDJ, 1974

BELLET (J)
- *Des actions de priorité*, th. Paris, 1904

BENINI (A)
- *L'intérêt social*, th. Cergy-Pontoise, 2010

BERLIOZ (P)
- *La notion de bien*, préf. Laurent Aynès, éd., LGDJ, 2007

BERR (C)
- *L'exercice du pouvoir dans les sociétés commerciales*, éd., Sirey, 1961

BERTHIAU (D)
- *Le principe d'égalité et le droit civil des contrats*, éd., LGDJ, 1999

BERTRAND (F)
- *L'opposabilité du contrat aux tiers*, th. Paris II, 1979

BLAISE (H)
- *L'apport en société*, éd., Sirey, 1955

BONDIL (F)
- *Volontés individuelles et genèse des délibérations collectives*, éd., PUAM, 2003

BONNASSIES (P)
- *Le dol dans la conclusion des contrats*, th. Lille, 1955

BOSSUYT (M)
- *L'interdiction de la discrimination dans le droit international des droits de l'homme*, éd., Bruylant, 1978

BOYER (I)
- *L'avantage acquis en droit du travail,* th. Toulouse, 1989

BRIGNON (B)
- *L'actif social, plaidoyer pour la reconnaissance de la notion*, éd., PUAM, 2009

BRUNET (R)
- *Le principe d'égalité en droit français*, th. Paris, 1910

BUCHBERGER (M)
- *Le contrat d'apport, essai sur la relation entre la société et son associé*, éd., Panthéon Assas, thèse, 2011

BUGADA (A)
- *L'avantage acquis en droit du travail*, éd., PUAM, 1999

BUREAU (D)
- *Les sources informelles du droit dans les relations privées internationales*, th. Paris II, 1992

CADIC (J.-Y.)
- *L'aménagement du droit préférentiel de souscription en matière d'augmentation de capital par apports en numéraire réalisées par les sociétés cotées en bourses*, th. Rennes, 1977

CAILLAUD (B)
- *L'exclusion d'un associé dans les sociétés,* éd., Sirey, 1966

CAITUCOLI (M. U.)
- *Les augmentations de capital dans les sociétés françaises par actions,* th. Paris, 1923

CAPITANT (H)
- *De la cause des obligations (contrats, engagements unilatéraux, legs)*, éd., Dalloz, 1923

CAPORAL (S)
- *L'affirmation du principe d'égalité dans le droit public de la révolution française (1789-1799)*, th. Aix-Marseille, 1991

CAPORAL (S)
- *L'affirmation du principe d'égalité dans le droit public de la Révolution française (1789-1799)*, éd., Economica-PUAM, 1995

CARBONNIER (J)
- *Essais sur les lois*, éd., Paris, Répertoire du notariat, 1979

CARRE de MALBERG (R)
- *Contribution à la théorie générale de l'Etat spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français*, t.1, éd., Sirey, 1920

CASIMIR (É)
- *Les catégories d'actionnaires*, th. Paris II, 2015

CAUSSE (H)
- *Les titres négociables*, éd., Litec, 1993

CHABERT (C)
- *L'intérêt de l'enfant et le conflit de loi*, th. Aix, 2000

CHAMPAUD (C)
- *Le pouvoir de concentration de la société par actions*, éd., Sirey, 1962

CHAMPETIER de RIBES-JUSTEAU (A.-L.)
- *Les abus de majorité, de minorité et d'égalité : Études comparative des droits français et américain des sociétés*, préf. J-J Daigre, éd., Dalloz, 2010

CHOTTIN (M)
- *De la vérification des apports en nature, avantages particuliers et comptes sociaux*, th. Nancy, 1922

CHOUKROUN (J)
- *Les droits des associés non gérants dans les sociétés à responsabilité limitée*, éd., LGDJ, 1956

CLUZANT (C)
- *Les pouvoirs de l'assemblée générale de la société par actions et les droits propres de l'actionnaire (Etude critique de Doctrine et de Jurisprudence)*, th. Toulouse, 1906.

CONSTANTIN (A)
- *Les rapports de pouvoir entre actionnaires*, th. Paris I, 1998

CONTIN (R)
- *Contrôle de la gestion des sociétés anonymes*, éd., Litec, 1975

COPPENS (P)
- *L'abus de majorité dans les sociétés anonymes*, th. Paris, 1945

CORDELIER
- *L'abus en droit des sociétés*, th. Toulouse 1, 2002

CORDONNIER (P)
- *De l'égalité entre actionnaires*, th. Paris, 1924

CORNU (G)
- *Les notions d'égalité et de discrimination en droit civil français*, Travaux de l'association H. Capitant, t. XIV, 1961-1962, éd., Dalloz, 1965

COTTINI (M)
- *La communauté d'intérêts en droit fiscal français, contribution à l'étude de l'anormalité en matière de preuve fiscale*, th. Aix-Marseille, 1998

COUHARD (G)
- *De l'amortissement du capital-actions dans les sociétés*, th. Dijon, 1906

COURET (A)
- *Le droit préférentiel de souscription de l'actionnaire*, th. Toulouse, 1978

COURET (A) et **Le NABASQUE (H)**
- *Valeurs mobilières - Augmentations de capital - Nouveau régime - Ordonnance des 25 mars et 24 juin 2004*, éd., F. Lefebvre, 2004

CONVERT (L)
- *L'impératif et le supplétif dans le droit des sociétés, étude de droit comparé : Angleterre-Espagne-France*, th. Bordeaux IV, 1998

CUISINIER (V)
- *L'affectio societatis*, th. Dijon, 2006

DABIN (J)
- *La philosophie de l'ordre juridique positif*, éd., Sirey, 1929

DANEY (P)
- *Le principe d'égalité*, th. Bordeaux, 1927

DAVID (R)
- *La protection des minorités dans les sociétés par actions*, th. Paris, 1928

DE BECHILLON (D)
- *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?,* éd., O. Jacob, 1997

DE BECHILLON (M)
- *La notion de principe général en droit privé,* th. Pau, 1996

DE CORDT (Y)
- *L'égalité entre actionnaires*, Préf. par Guy Horsmans, éd., Bruylant, Bruxelles, 2004

DE MALBERG (C)
- *Contribution à la théorie générale de l'État*, éd., Sirey, 1920, réédition CNRS, 1962

DECHENAUD (D)
- *L'égalité en matière pénale*, éd., LGDJ, 2008

DELMAS-MARTY (M)
- *Le flou du droit*, éd., PUF, 1986

DELMAS-SAINT-HILAIRE (P)
- *Le tiers à l'acte juridique*, th. Bordeaux, 1998

DEMOGUE (R)
- *Les notions fondamentales du droit privé*, *Essai critique*, 1911, réimprimé, éd., La Mémoire du droit, 2001

DESIDERI (J.-P.)
- *La préférence dans les relations contractuelles*, th. Aix-Marseille, 1997

DESPAX (M)
- *L'entreprise et le droit*, éd., LGDJ, 1957

DE TOCQUEVELLE (A)
- *De la démocratie en Amérique*, éd., Folio, II, 1993

DEVOLVE (P)
- *Le principe d'égalité devant les charges publiques*, éd., LGDJ, 1969

DEUMIER (P)
- *Le droit spontané,* éd., Economica, 2002

DIETZ (A)
- *L'actionnaire étranger dans les sociétés française*, th. Paris I, 1975

DONDERO (B)
- *Les groupements dépourvus de personnalité juridique en droit privé, contribution à la théorie de la personnalité morale*, éd., PUAM, 2006

DUBET (F)
- *Injustices, l'expérience des inégalités au travail*, éd., Seuil, 2006

DU GARREAU de la MECHENIE (J)
- *Les droits propres de l'actionnaire*, th. Poitiers, 1937

DUMOULIN-MAUDUIT (L)
- *Les organisations intermédiaires d'investisseurs : contribution à l'étude de la dimension collective du capitalisme en France*, Th. Clermont-Ferrand I, éd., Université d'Auvergne, éd., LGDJ, 2001

DECHENAUD (D)
- *L'égalité en matière pénale*, éd., LGDJ, 2008

ERFANI (M)
- *L'information des actionnaires, étude comparative*, th. Paris II, 1976

ESKINAZI (D)
- *La qualité d'associé*, th. Cergy-Pontoise, 2005

FARJAT (G)
- *L'ordre public économique*, éd., LGDJ, 1963

FONTAINE (M) et **GHESTIN (J)**
- *Les effets du contrat à l'égard des tiers, comparaison franco-belge*, éd., LGDJ, 1992

FORRAY (V)
- *Le consensualisme dans la théorie générale du contrat*, préf. G. Pignarre, éd., LGDJ, 2007

FRISON-ROCHE (M.-A.) et **BONFILS (S)**
- *Les grandes questions du droit économique, introduction et documents*, éd., PUF, 2005

GAILLARD (E)
- *La théorie institutionnelle et le fonctionnement de la société anonyme*, th. Lyon, 1932

GALVIN (J.-B.)
- *Les conflits d'intérêt en droit financier*, éd., IRJS Éditions, 2016

GASTAUD (J.-P.)
- *Personnalité morale et droit subjectif*, éd., LGDJ, 1977

GENEVOIS (B)
- *La jurisprudence du Conseil constitutionnel, principes directeurs*, éd., STH, 1988

GENY (F)
- *Sciences et technique en droit privé positif*, t. 1, éd., Sirey, 1913

GERRY (D)
- *Le droit préférentiel de souscription*, th. Paris II, 1981

GODON (L),
- *Les obligations des associés*, préf. Y. Guyon, éd., Economica, 1999
- *La SAS*, éd. LGDJ, 2014

GORGE (A.-S)
- *Le principe d'égalité entre collectivités territoriales*, éd., Dalloz, 2011

GRANOTIER (J)
- *Le transfert de propriété des valeurs mobilières*, préf. D. Cohen, éd., Économica, 2010

GREVAIN-LEMERCIER (K)
- *Le devoir de loyauté en droit des sociétés*, préf. de H. Le Nabasque, éd., PUAM, 2013

GUYON (Y)
- *Traité des contrats : les sociétés, aménagements statutaires et conventions entre associés*, éd., LGDJ, 1993

HAGE (Z)
- *Le droit préférentiel de souscription*, th. Aix-Marseille, 2013

HAMELIN (J.-F.)
- *Le contrat-alliance*, éd., Economica, 2012

HANNOUN (C)
- *Le droit et les groupes de sociétés*, préf. de A. LYON-CAEN, éd., LGDJ, 1991

HEURTEUX (C)
- *L'information des actionnaires et des épargnants- étude comparative*, éd., Sirey, 1961

HOUTCIEFF (D)
- *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, t. 1, éd., PUAM, 2001

HUET (J)
- *Traité de droit civil, les principaux contrats spéciaux*, J. GHESTIN (dir. sous), 2e éd., LGDJ, 1996

JAUFFRET (A)
- *Du droit de souscrire par préférence à des actions nouvelles*, Th. Aix, 1926

JEANNEAU (B)
- *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative*, préf. J. Rivero, éd., Sirey, 1954

KADDOUCH (R)
- *Le droit de vote de l'associé*, th. Aix-Marseille, 2001

KOERING (C)
- *La règle « une action-une voix »*, th. Paris I, 2000

LABORDE-LACOSTE
- *La notion d'ayant-cause à titre particulier*, th. Bordeaux, 1916

LAFFITE (P)
- *Le paradoxe de l'égalité*, éd., Librairie Hachette et Cie, 1887

LAMBERT (T)
- *Le prix dans les cessions d'actions et de parts sociales*, th. Nancy, 1991

LAPIERRE (J.-W.)
- *Qu'est-ce qu'être citoyen ?*, éd. PUF, Coll. la politique éclatée, 2001

LATINA (M)
- *Essai sur la condition en droit des contrats*, éd., LGDJ, 2009

Le GALLOU (C)

- *La notion d'indemnité en droit privé*, préf. A. Sériaux, éd., LGDJ-Bibliothèque de droit privé, 2007

LECA (A)
- *La genèse du droit (Essai d'introduction historique au droit),* 2e éd., PUAM, 2000

LECHNER
- *Des droits propres des actionnaires*, th. Nancy, 1932

LEDOUX (P)
- *Le droit de vote des actionnaires*, éd., LGDJ, 2002

LEGAL (A) et **BRETHE de LA GRESSAYE (J)**
- *Le pouvoir disciplinaire dans les institutions privées*, éd., Sirey, 1938

LEQUETTE (S)
- *Le contrat-coopération : contribution à la théorie générale du contrat,* éd., Économica, 2012

LIBCHABER (R)
- *L'ordre juridique et le discours du droit : Essai sur les limites de la connaissance du droit*, éd., LGDJ-Lextenso, 2013

LUCAS (F.-X)
- *Les transferts temporaires de valeurs mobilières, pour une fiducie de valeurs mobilières*, éd., LGDJ, 1997

LYON-CAEN (A)
- *Le contrôle de la croissance des entreprises par les autorités publiques,* th. Paris II, 1975

MAILLOT (J.-M.)
- *La théorie administrativiste des principes généraux du droit, continuité et modernité*, th. Montpellier I, 2003, éd., Nouvelle Bibliothèque de Thèse, 2003

MALAURIE (P)
- *L'ordre public et le contrat*, th. Paris, 1953

MANIN (F)
- *Les investisseurs institutionnels*, th. Paris I, 1996

MARIA (P)
- *Des modifications du capital social,* th. Marseille, 1913

MASSART (T)
- *Le régime juridique de la cession de contrôle*, th. Paris II, 1995

MAZE (S)
- *Les devoirs des actionnaires prépondérants en droit comparé français, anglais et nord-américain*, th. Paris I, 1987

MAZIERE (P)
- *le principe d'égalité en droit privé,* éd., PUAM, 2003

MÉADEL (J)
- *Les marchés financiers et l'ordre public*, éd., LGDJ, 2007

MELIN-SOUCRAMANIEN (F)
- *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du conseil constitutionnel*, th. Aix-Marseille, 1996

MILHAC (O)
- *La notion de condition dans les actes à titre onéreux*, éd., LGDJ, 2001

MILLET (P)
- *Les avantages particuliers dans les sociétés par actions*, th. Paris, 1931

MONSALLIER (M.-C.)
- *L'aménagement contractuel du fonctionnement de la société anonyme,* éd., LGDJ, 1998

MONTESQUIEU
- *L'esprit des lois*, 1748, Première partie, Livre V, Chapitre III

MORTIER (R)
- *Le rachat par la société de ses droits sociaux*, éd., Dalloz, 2003

MORVAN (P)
- *Le principe en droit privé*, préf. J.-L. Sourioux, éd., Panthéon Assas, LGDJ, 1999

MOULIN (J.-M)
- *Le principe d'égalité dans la société anonyme,* th. Aix-Marseille, 1999

MOURGEONS
- *Les effets des conventions à l'égard des ayants cause à titre particulier en droit français*, th. Paris, 1934

MOUSSERON (P)
- *Les conventions sociétaires*, 2e éd., LGDJ - Lextenso, 2014

MUKA TSHIBENDE (L.-D.)
- *L'information des actionnaires, source d'un contre-pouvoir dans les sociétés anonymes de droit français et du périmètre O.H.A.D.A.*, th. Aix-Marseille, 2008

NECTOUX
- *Les prises de contrôle dans les sociétés commerciales*, th. Toulouse, 1974

NEUBERGER
- *Le détournement de pouvoir dans la société anonyme,* th. Paris, 1936

NEUNREUTHER (M)
- *Permanence et renouvellement du principe d'égalité entre actionnaire dans les sociétés anonymes*, th. Aix-Marseille, 1994

NIZARD (F)
- *Les titres négociables*, éd., Économica, 2003

NOURISSAT (E)
- *Des éléments constitutifs du délit de distribution de dividendes fictifs dans les sociétés par actions*, th. Dijon, 1906

PAGNUCCO (J.-C.)
- *L'action sociale ut singuli et ut universi en droit des groupements*, éd., LGDJ, 2005

PAILLUSSEAU (J)
- *La société anonyme, technique d'organisation de l'entreprise,* éd., Sirey, 1967

PARIENTE-BUTTERLIN (I)
- *Le droit, la norme et le réel,* éd., PUF, 2005

PASTRÉ-BOYER (A.-L.)
- *L'acte juridique collectif en droit privé français*, éd., PUAM, 2006

PAULIN (C)
- *La clause résolutoire*, éd., LGDJ, 1996

PELLISSIER (G)
- *Le principe d'égalité en droit public*, éd., LGDJ, 1996

PIETRANCOSTA (A.-A.)
- *Le droit des sociétés sous l'effet des impératifs financiers et boursiers*, th. Paris Panthéon-Sorbonne, 1999

PORACCHIA (D)
- *La réception juridique des montages conçus par les professionnels*, éd., PUAM, 1998

PRAT (S)
- *Les pactes d'actionnaires relatifs au transfert de valeurs mobilières*, éd., Litec, 1992

PRIETO (C)
- *La société contractante*, préf. J. Mestre, éd., PUAM, 1994

QUEMBRE (A)
- *Le régime des apports en nature et avantages particuliers dans les sociétés anonymes, étude de droit comparé*, th. Lille, 1947

RABREAU (A)
- *L'usufruit des droits sociaux*, éd. Litec, 2006

RAYNAUD (B)
- *La stipulation d'indisponibilité*, th. Paris I, 2001
- *Droit de l'ingénierie sociétaire,* éd. Joly-Lextenso, 2014

RENAUT (A)
- *Égalité et discrimination*, éd. Seuil, 2007

REYMOND de GENTILE (M.-J.)
- *Le principe d'égalité entre les créanciers chirographaires et la loi du 13 juillet 1967*, éd. Sirey, 1973

RIAL (S)
- *Le juge administratif français et la technique du standard*, éd. LGDJ, 1980

RIPERT (G)
- *La règle morale dans les obligations civiles*, 2e éd., LGDJ, 1927
- *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, 2e éd., LGDJ, 1952
- *Les forces créatrices du droit*, éd. LGDJ, 1955

ROSANVALLON (P) et FITOUSSI (J.-P.)
- *Le nouvel âge des inégalités*, éd. Seuil, 1996

ROUAST (J)
- *La notion juridique d'apport en nature*, th. Paris, 1949

ROUJOU DE BOUBÉE (G)
- *Essai sur l'acte juridique collectif*, éd. LGDJ, 1961

RUELLAN (C)
- *La loi de la majorité dans les sociétés commerciales*, th. Paris II, 1997

SALOMON (J)
- *L'égalité de tous les individus devant le service public*, th. Grenoble, 1970

SAUGET (I)
- *Le droit de retrait de l'associé*, th. Paris X, 1991

SAVAUX (E)
- *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité ?*, éd. LGDJ, 1997

SCHLUMBERGER (E)
- *Les contrats préparatoires à l'acquisition de droits sociaux*, éd., Dalloz, 2013

SCHMIDT (D)
- *Les droits de la minorité dans la société anonyme*, éd. Sirey, 1970
- *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme*, nouvelle version, éd., Joly, 2004

SEN (A)
- *Repenser l'inégalité*, éd. Seuil, 2000

SFEZ (L)
- *L'égalité*, éd. PUF, 1989
- *Leçons sur l'égalité*, éd. Presse de la fondation nationale des sciences politiques, 1984

SOUSI (G)
- *L'intérêt social dans le droit français des sociétés commerciales*, th. Lyon III, 1974

STORCK (M)
- *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, éd., LGDJ, 1982

SYLVESTRE-TOUVIN (S)
- *Le coup d'accordéon ou les vicissitudes du capital*, éd. PUAM, 2003

TAISNE (J. J.)
- *La notion de condition dans les actes juridiques*, th. Lille, 1977

TALON (R)
- *Les actions de priorité*, th. Aix-Marseille, 1909

TCHOTOURIAN (I)
- *Vers une définition de l'*affectio societatis *lors de la constitution de la société*, éd., LGDJ, 2011

TEMPLE (H)
- *Les sociétés de fait*, éd. LGDJ, 1975

THIBIERGE (C) et *alii*
- *La force normative-Naissance d'un concept*, éd. LGDJ-Bruylant, 2009

TORCK (S)
- *Essai d'une théorie générale des droits réels sur choses fongibles,* th. Paris II, 2001

TERRÉ (F)
- *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, th. Paris, 1956

TRÉBULLE (F.G.)
- *L'émission de valeurs mobilières*, préf. Y. Guyon, éd. Economica, 2002

TUNC (R)
- *Des avantages particuliers dans les sociétés par actions*, th. Paris, 1936

VASSEUR (M)
- *L'égalité entre les créanciers chirographaires dans la faillite*, éd., Rousseau & Cie, 1949

VELARDOCCHIO-FLORES (D)
- *Les accords extra-statutaires entre associés*, th. Aix-Marseille, 1991

VIANDIER (A)
- *La notion d'associé*, éd. LGDJ, 1978
- *OPA-OPE et autres offres publiques*, 5e éd., Francis Lefebvre, 2014

VIDAL-PAPON (P)
- *L'associé-coopérateur*, th. Limoges, 1998

VOUTSIS (C)
- *La distribution de dividendes fictifs, conséquences pénales et civiles*, éd., LGDJ, 1965

WALINE (M)
- *L'individualisme et le droit*, 2e éd., Montchrestien, 1949, éd., Dalloz, 2007

WINTGEN (R),
- *Etude critique de la notion d'opposabilité, les effets du contrat à l'égard des tiers en droit français et allemand*, th. Paris I, 2004

III. OUVRAGES PRATIQUES ET COLLOQUES

CAIRE (A-B) (dir. sous)
- *Les fictions en droit, les artifices du droit : les fictions,* éd. LGDJ-Lextenso, 2015

CAPRASSE (O) (dir. sous)
- *Les statuts des actionnaires (S.A., SPRL, SC)-questions spéciales*, vol. LXXXIX, éd., Larcier, 10/2006

GADT, éd., 2008

GDCC, 18e éd., Dalloz, 2016

LAMY
- *Sociétés commerciales*, 2016

MÉMENTO PRATIQUE F. LEFEBVRE
- *Sociétés commerciales*, 2015

NICOD (M) (dir. sous)
- *Les affres de la qualification juridique*, éd. LGDJ, Lextenso, Presse de l'université de Toulouse 1 Capitole, 2015

IV. AVIS, RAPPORTS, CIRCULAIRES ET RÉPONSES MINISTÉRIELLES

AFEP-ANSA-MEDEF
- *Pour un droit moderne des sociétés*, octobre 2003

AFIC
- *Actions de préférence*, Commission Venture, juillet 2003

ANSA,
- *Avis du Comité juridique*, 3 février 1999, n°495
- Avis sur l'é*mission d'actions de préférence*, n°04-077, novembre-décembre 2004,
- *Avis du Comité juridique*, 3 septembre 2008, n°08037
- *Avis du Comité juridique*, 2 octobre 1991, n°2575

CE
- *Le principe d'égalité*, Rapport public, éd. La Documentation française, 1996
- *De la sécurité juridique,* Rapport 1991*,* éd. La Documentation française, 1992

CASS.
- *L'ordre public,* Rapport annuel, éd. La Documentation française, 2013

CIRCULAIRE
- relative au vocabulaire judiciaire du 15 septembre 1977 *JO* du 24 septembre 1977 ; *JCP* 1977, 46255

COB
- Rapport annuel 1988
- Avis publié au *JO* du 17 mars 1973
- *L'introduction en France d'actions traçantes,* Rapport du groupe de travail présidé par R. Barbier de la Serre, juillet 2000, *JCP* E 2000, p. 1682

BESSON (E)
- Rapport AN n°2327 sur la loi NRE

BÉTEILLE (M. L.), LAMURE (E) ET MARINI (PH)
- Rapport Sénat n°413 (2007-2008)

DAILLY (M. E)
- Rapport Sénat n°457 s*ur la proposition de loi, autorisant le versement de primes de fidélité*

MEDEF
- *Les actions de préférence : les propositions du MEDEF pour une modernisation du droit des valeurs mobilières*, Rapport de la direction des affaires juridiques, mai 2001

RÉP.
- min. *JO*, déb. Ass. nat., 6 octobre 1973, p. 4166
- min. à QE n°43987, *JO* AN Q., 24 août 2004, p. 6685
- min. à QE n°13389, *JO* AN, 24 décembre 2004, p. 2970
- min. n°13315, Adnot, *JO* Sénat, 19 mai 2005, p. 1441
- min. à QE n°31295, *JO* AN, 3 décembre 1990, p. 5543 ; *Bull. Joly*, janvier 1991, § 9 ; *JCP* E 1991, panorama. 35
- min. n°15448, *JO* Sénat, 10 juin 1999, p. 1980
- min. à M. Adnot, n°00431, *JO*. Sénat Q, 27 décembre 2007, p. 2371

V. ARTICLES, FASCICULES ET CHRONIQUES

AGOSTINI (E)
- « L'équité », *D.* 1978, Chron. II

ALFANDARI (E)
- « Sens du principe d'égalité entre coopérateurs », *RTD Com*. 1994, p. 315

ALLAIN (T),
- « Regards optimiste sur la validité des actions de préférence 'dissociées' », *Journ. sociétés* juin 2013, p. 27

AMIAUD (A)

- « L'*affectio societatis* », in *Mél. offerts à A. Simonius*, éd. Verlag Helbing & Lichtenhahn Basel, 1955, p. 1

AMSELEK (P)
- « Autopsie de la contrainte associée aux normes juridiques », in *La force normative - naissance d'un concept,* C. Thibierge et *alii*, éd. LGDJ, Bruylant, 2009, p. 3

ANSAULT (J.-J.)
- « Les clauses statutaires d'exclusion à l'aune de la liberté contractuelle », *Journ. sociétés* 2012, n°104, p. 28

ASENCIO (S)
- « Le dirigeant de société, un mandataire 'spécial' d'intérêt commun », *Rev. sociétés* 2000, p. 683

ATIAS (C)
- « Quelle positivité ? Quelle notion de droit ? », in *Arch. Philo. du droit*, t. XXVII, p. 209

AUBERT (J.-L.)
- « À propos d'une distinction renouvelée des parties et des tiers », *RTD civ*. 1993, p. 263

AUDIT (B)
- « Qualification et droit privé international », *Droits* 1993, n°18, p. 55

AUGÉROLAS (L) et **SABATIER (S)**
- « Les émissions réservées », *Rev. sociétés* 2004, p. 515

AULAGNON
- « Aperçu sur la force dans la règle de droit », in *Mél. en l'honneur de P. Roubier*, t. 1, éd., Dalloz-Sirey, 1961, p. 29

AUZERO (G)
- « Actions de préférence et actionnariat salarié », *Bull. Joly*, 2006, p. 1287

BAERT (C)
- « Les actions de priorité : une catégorie de titres en voie d'extinction après l'ordonnance du 24 juin 2004 », *Bull. Joly* 2004, p. 1571

BAILLY-MASSON (C)
- « L'intérêt social : une notion fondamentale », *LPA* 2000, p. 6

BAJ (C)
- « Le principe de loyauté et le prix de marché », in *Mél. En honneur de D. Schmidt*, éd., Joly, 2005, p. 1

BARBIÈRI (J.-F.)
- « Retour sur les sanctions de l'abus de minorité », in *Mél. offerts à D. Schmidt*, éd., Joly, 2005, p. 51
- « L'inaliénabilité affectant des droits sociaux », *Bull. Joly* 2008, p. 450
- « Hors du contrat de société, point d'*affectio societatis* dans le monde contractuel ! », *Jour. sociétés* septembre 2013, n°111, p. 64

BARDY (J. M.)
- « L'information privilégiée », in *Les Entretiens de la COB*, 28 novembre 1992 « L'information et l'épargnant », suppl. *Bull. COB*, n°254, 1992, p. 74

BARATIN (F)
- « De la dotalité qui affecte le droit de souscrire par préférence à des actions nouvelles émises contre espèces, lorsque ce droit est attaché à des actions dotales. Des effets de cette dotalité », *Rev. sociétés* 1922, p. 573

BASTIAN (D)
- « Les clauses statutaires concernant l'évaluation des droits sociaux », *Journ. sociétés* 1935, pp. 403 et 466

BASUYAUX (B)
- « L'intérêt social, une notion aux contours aléatoires qui conduit à des situations paradoxales », *LPA* 2005, n°4, p. 3

BATIFFOL (H)
- « Rapport sur les notions d'égalité et de discrimination en droit international privé français », in *Les notions d'égalité et de discrimination en droit interne et en droit international, Travaux de l'asso. H. Capitant*, éd. Dalloz, 1965, p. 460
- « Analogie et relations entre raisonnements sur les principes et raisonnements sur les fins », in *Mél. offerts à R. Vander Elst*, éd. Némésis, 1986, t. 1, p. 43.

BELLIER (S)
- « De l'art de découvrir des principes : le Conseil d'État entre sécurité juridique et confiance légitime », in J.-M. Pontier (dir. sous), *Les principes et le droit*, éd., PUAM, 2007, p. 79

BENOIT (F. P.)
- « Le régime et le fondement de la responsabilité de la puissance publique », *JCP* 1954, I, 1178

BERR (C. J.)
- « La place de la notion de contrôle en droit des sociétés », in *Mél. en l'honneur de D. Bastian*, t.1, éd. Litec, 1974, p. 1

BERT (D)
- « La mise en œuvre de la règle de l'unanimité en droit des sociétés (à propos de CA Versailles, 12e ch., 24 février 2005) », *D*. 2005, p. 1853

BERTREL (J.-P.)
- « Liberté contractuelle et sociétés : essai d'une théorie du 'juste milieu' en droit des sociétés », *RTD. com*. 1996, p. 595
- « La reprise des apports dans les montages sociétaires et la variabilité du capital social », *Bull. Joly* 2009, p. 1191

BERTREL (J.-P.) et *alii*
- « L'intérêt social », *Dr. et patr.* 1997, p. 42

BERTREL (M)
- « La société, 'contrat d'investissement' ? », *RTD com*. 2013, p. 403

BIARD (J.-F.) et **MATTOUT (J.-P.)**
- « Les offres publiques d'acquisition : l'émergence de principes directeurs de droit boursier », *Banque et droit* n°28, mars-avr. 1993

BINCTIN (N)
- « La classification juridique des apports en nature », *Rev. sociétés* 2009, p. 517

BISSARA (P)
- « L'inadaptation du droit français des sociétés aux besoins des entreprises et les aléas des solutions », *Rev. sociétés* 1990, p. 553
- « L'égalité des actionnaires : Mythe ou réalité », *JCP E*, 1994, *Cah. dr. entr*. 1994/5, p. 18
- « L'intérêt social », *Rev. sociétés* 1999, p. 5
- « L'influence de la professionnalisation de l'actionnariat des sociétés cotées » in *Mél. en l'honneur de M. Vasseur*, éd., Banque éditeur, 2000, p. 11
- « Le gouvernement d'entreprise en France : faut-il légiférer encore et de quelle manière ? », *Rev. sociétés*, 2003, p. 51
- « Présentation générale de l'ordonnance portant réforme du régime des valeurs mobilières émises par les sociétés par actions », *Rev. sociétés*, 3/2004, p. 461
- « Les mutations de l'actionnariat et le fonctionnement des sociétés cotées », in *Mél. offerts à D. Schmidt*, éd. *Joly*, 2005, p. 61

BOBBIO (N)
- « Nouvelles réflexions sur les normes primaires et secondaires », in Ch. Perelman (dir. sous), *La règle de droit*, éd. Bruylant, Bruxelles, 1971, p. 104

BOIZARD (M)
- « L'abus de minorité », *Rev. sociétés* 1988, p. 365
- « La réduction du capital social à zéro », *Rev. sociétés* 1999, p. 735

BOLARD (G)
- « Administration provisoire et mandat *ad hoc* », *JCP* E 1995, I, 509

BONIJOLY (O) et **RIQUOIR (F)**
- « Retour sur la jurisprudence relative au principe d'égalité de traitement entre salariés : le principe à l'épreuve de la pratique », *Gaz. pal*. 2011, n°253, p. 19

BONNEAU (T)
- « L'ordonnance n°2004-604 du 24 juin 2004 portant réforme des valeurs mobilières émises par les sociétés commerciales. Son application dans le temps », *Dr. sociétés* 2004, n°8-9, étude n°11, p. 6
- « L'acquisition de la qualité d'actionnaire par le salarié dans le plan d'épargne entreprise » *Bull. Joly* 2005, n° spéc. *Le salarié, sujet de droit des sociétés*, p. 29

BONNECASE (J)
- « La condition juridique du créancier chirographaire », *RTD civ*. 1920, p. 103

BORNET (J.-P)
- « La notion de marché dans la directive européenne sur les marchés d'instruments financiers-« AMF »- du 21 avril 2004 » in *Mél. En honneur de D. Schmidt*, éd., Joly, 2005, p. 77

BOSVIEUX (H)

- « De l'exercice du droit de préférence réservé aux actionnaires et porteurs de parts de fondateur en cas d'augmentation de capital », *Jour. sociétés* 1911, p. 385
- « Commentaire de la loi de 1913 », *Journ. notaires* 1914, p. 95
- « De la notion d'avantage particulier », *Journ. sociétés* 1927, p. 65

BOUCHON (M)
- « Rapport sur l'atteinte portée à l'intérêt collectif appréciée à partir de la méconnaissance de l'intérêt social » in *L'expertise judiciaire en matière d'abus du droit de majorité, rapports présentés au XVII^e^ congrès national de la compagnie nationale des experts judiciaires en comptabilité*, *Rev. sociétés* 1979, p. 26

BOUERE (J.-P.)
- « Quelques remarques sur les clauses de préemption statutaires réservées à une catégorie déterminée d'actionnaires », *Bull. Joly* 1992, n°4, p. 376.
- « De l'Euro aux actions sans mention de valeur nominale », *JCP* E 1998, I, p. 112

BOUGNOUX (A)
- « Sociétés par actions.-Formalités constitutives.-Rédaction des statuts. Contenu », *J-Cl. Sociétés Traité*, Fasc. n°113-20, novembre 2010

BOULANGER (J)
- « Principes généraux du droit et droit positif », in *Etudes offertes à G. Ripert,* éd., LGDJ, 1950, t. 1, p. 51

BOULOC (B)
- « L'action civile exercée devant le juge pénal par la voie de l'action sociale *ut singuli* », note sous Cass. crim. 12 décembre 2000, *Rev. sociétés* 2001, p. 865

BOURCART (M)
- « De l'influence de la loi du 16 novembre 1903 sur les pouvoirs des assemblées générales extraordinaires pour la modification des statuts », *Journ. Sociétés* 1906, p. 97

BRAIBANT (G)
- « Le principe d'égalité dans la jurisprudence du conseil constitutionnel et du conseil d'État », in *la déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence*, Colloque des 25 et 26 mai 1989, éd. PUF, 1989, p. 97

BANDRAC (M) et ***alii***
- « Le régime et l'émission des valeurs mobilières après les ordonnances de 2004 », *Actes pratiques et ingénierie sociétaire* 2004, n°77, p. 7

BRIGNON (B)
- « La place des commissaires aux comptes dans la procédure d'émission des actions de préférence », *Jour. sociétés* juin 2013, n°109, p. 38

BUSSY (F)
- « La notion de partie à l'instance en procédure civile », *D*. 2003, Chron. p. 1376

BUY (M)
- « Le conseil de prud'hommes et l'application des conventions collectives », *Sem. social, Lamy* 1^er^ août 1983, n°174, p. D. 24

CABRILLAC (M)

- « De quelques handicaps dans la construction de l'abus de minorité », *Mél. offerts à A. Colomer*, éd. Litec, 1993, p. 109

CADIET (L)
- « Droit judiciaire privé », *JCP G* 1994, I, 3755 ; *JCP G*, 1992, I, 3587

CAFFIN-MOI (M)
- « Pour un cantonnement de l'exigence de contribution aux pertes », in *Liber amicorum, Mél. en l'honneur de Ph. Merle*, éd. Dalloz, 2013, p. 101

CHAPUT(Y)
- « La liberté et les statuts », *Rev. sociétés* 1989, p. 361

CHESNÉ (G)
- « L'exercice '*ut singuli*' de l'action sociale dans la société anonyme », *RDT.com*. 1962, p. 347

CALENDINI (J.-M.)
- « Le principe de proportionnalité en droit des procédures collectives », *LPA* 30 septembre 1998, n°117, p. 51

CAMBASSEDES (J. M.)
- « La nature et le régime juridique de l'opération d'apport », *Rev. sociétés* 1976, p. 431

CANIN (P)
- « La mésentente entre associés, cause de dissolution judiciaire anticipée des sociétés », *Dr. sociétés* 1998, chron. n°1

CANTENOT
- « Catégories de parts sociales dans les sociétés à responsabilité limitée », *Journ. notarial* 1952, p. 429, art. 43794

CAPORALE
- « Sociétés et indivision », *Rev. sociétés* 1979, p. 265

CARCREFF (P)
- « La notion de pertes sociales et l'obligation pour les associés d'y contribuer », *Gaz. pal*. 1973, p. 569

CATELAN (N)
- « Les principes et le droit (ou le droit a-t-il encore des principes ?) », in J.-M. Pontier (dir. sous), *Les principes et le droit*, éd. PUAM, 2007, p. 171

CAUDAL (S)
- « Rapport introductif », in S. Caudal (dir. sous), *Les principes en droit*, éd., Économica, 2008, p. 1

CAUSSAIN (J.-J.)
- « A propos du devoir de loyauté des dirigeants de sociétés », in *Etudes Offertes à B. Mercadal*, éd. Francis Lefebvre, 2002, p. 303

CAYLA (O)
- « Ouverture : la qualification, ou la vérité du droit », *Droits* 1993, n°18, p. 3

C. B.
- « Nul besoin d'*affectio societatis* pour acquérir des actions », *Gaz. pal*. 2013, p. 3004

CHAMPAUD (C)
- « Contribution à la définition du droit économique », *D*. 1967, Chron., pp. 215 et s.
- « Présentation de la cession de contrôle » in *Nouvelles techniques de concentration*, éd., Litec, 1972, p. 140.
- « Le contrat de société existe-t-il encore ? », in L. CADIET, *Le droit contemporain des contrats*, éd. Economica, 1987, p. 150.
- « Clan et hoirie, société et entreprise », *Dr. et patr*. nov. 1997, p. 64.
- « Catégories d'actions ou sortes d'actionnaires », in *prospectives du droit économique, Dialogues avec M. Jeantin*, éd. Dalloz, 1999, p. 161

CHANTEPIE (G) et **PIGNARRE (G)**
- « Et si l'on parlait de l'ordre public (contractuel) ? », *RDC* 2013, p. 251

CHAPUS (R)
- « De la soumission au droit des règlements autonomes », *D*. 1960, Chron. XXII
- « De la valeur juridique des principes généraux du droit et des autres règles jurisprudentielles du droit administratif », *D*. 1966, Chron. p. 99

CHARTIER (Y)
- « La société dans le code civil après la loi du 4 janvier 1978 », *JCP* G 1978, I, 2917

CHATELIN-ERTUR (C), et **ONNEE (S)**
- « Des forces normatives des Codes de gouvernance des entreprises à la puissance normative du paradigme en économie organisationnelle », in C. Thibierge (dir. sous), *La force normative : naissance d'un concept,* éd. LGDJ, Bruylant, 2009, p. 649

CHAZAL (J.-P.)
- « De la signification du mot loi dans l'article 1134, alinéa 1er du Code civil », *RTD civ*. 2001, p. 265

CHERCHOULY-SICARD (F)
- « Les pacte de préemption », *RJ. com*. 1990, p. 49

CHEVILLARD (A) et **FABRE (D)**
- « Les avantages acquis », *JCP* E n°51-52, 1993, 307, p. 581

CHIFFAUT-MOLIARD (J.-P.)
- « Plaidoyer pour un capital social négatif », *JCP* E 2003, p. 1860

CHOLET (D)
- « La distinction des parties et des tiers appliquée aux sociétés », *D*. 2004, p. 1141

COHEN (D)
- « La légitimité des montages en droit des sociétés », in *Mél. F. Terré, L'avenir du droit*, éd. Dalloz-Litec-PUF, 1999, p. 261.
- « Rapport français », in *La discrimination, Travaux de l'ass. H. Capitant, t. LI 2001*,

éd. Société de législation comparée (SLC), 2004, p. 173.
- « Le 'gouvernement d'entreprise' : une nécessité en droit français ? », in *Mél. offerts à P. Malaurie*, éd. Defrénois, 2005, p. 159

CONSTANTIN (A)
- « L'intérêt social : quel intérêt ? », in *Etudes offertes à B. Mercadal*, éd., Francis Lefebvre, 2002, p. 317.
- « Réforme de l'article 1843-4 du Code civil par l'ordonnance n°2014-863 du 31 juillet 2014 : faut-il s'en réjouir ou s'en inquiéter ? », *RTD com*. 2014, p. 633
- « Réflexions sur la validité des conventions de vote », in *Le contrat au début du XXI^e^ siècle, Études offertes à J. Ghestin*, éd. LGDJ-Lextenso, réed. 2015, p. 253
- « Recherche notion d'associé, désespérément ! », in Dossier « les figures de l'associé », *Dr. sociétés* n°3, mars 2016, p. 30

CONTIN (R)
- « L'arrêt *Fruehauf* et l'évolution du droit des sociétés », *D.* 1968, Chron. p. 45

COPER-ROYER
- « Sur la notion d'*affectio societatis* », *Rev. spéciale*, 1938, p. 593

CORDONNIER (P)
- « L'égalité entre actionnaires avant et depuis la loi du 22 novembre 1913 », *Journ. Sociétés*, 1924, n°9-10, p. 418

CORNU (G)
- « Les notions d'égalité et de discrimination en droit civil *français* », in *Travaux de l'association H. Capitant, t. XIV, 1961-1962*, éd. Dalloz, 1965, p. 87

COUARD (J)
- « Opposer son véto n'est pas être dictateur !-Petite leçon d'herméneutique pour administrateurs », *Bull. Joly* 2016, p. 339

COURET (A)
- « Les apports de la théorie micro-économique moderne à l'analyse du droit des sociétés », *Rev. Sociétés* 1984, p. 243.
- « Groupements de moyens et pactes léonins », *Bull. Joly* 1992, p. 1057
- « Le gouvernement d'entreprise », *D*. 1995, Chron. p. 163.
- « L'ingénierie patrimoniale abusive », *Dr. et patr*. mai 1996, p. 46
- « Première traduction législative de la *corporate governance* : la loi sur les fonds de pensions », *D*. 1997, chron. p. 241, n°1.
- « ADR, EDR, nominees, trustees, partnerships, global custodians, etc. », *Rev. sociétés* 1999, p. 555
- « Deux questions sur le rachat des actions de préférence », *Bull. Joly* 2006, p. 1269.
- « L'action de préférence rachetable à la demande du porteur », *Bull. Joly* 2008 n°4, p. 344
- « L'apport en société entre permanence et précarité », *Bull. Joly* 2009, p. 1199
- « Le retour du débat sur le droit de vote double », *JCP* E 2013, n°39, p. 1518
- « Sur la légitimité du droit de véto », éditorial, *Bull. Joly* 2016, p. 237.
- « L'état du droit des sociétés, 50 ans après la loi du 24 juillet 1966 », *Bull. Joly* 2016, p. 433

COURET (A), DARGENT (A) et **Bureau FRANCIS LEFEBVRE**

- « Le domaine d'application de la procédure d'approbation des avantages particuliers », *Actes pratiques et ingénierie sociétaire* 1999, n°47, p. 23

COVIAUX (J.-C.)
- « L'achat par une sociétés de ses propres actions », in *Dix ans de droit de l'entreprise*, éd. Litec, 1978, p. 187

COZIAN (M)
- « Du bon usage des sociétés civiles immobilières », *D*. 1994, Chron. p. 199.
- « Les avances sans intérêts », *JCP* E 1995, n°48, pp. 474-478

DANA (A)
- « L'expression dualiste de la méconnaissance de l'intérêt collectif des associés », *Rev. sociétés* 1979, p. 715

DAIGRE (J.-J.)
- « Pacte d'actionnaires et capital-risque - Typologie et appréciation », *Bull. Joly* 1993 n°2, p. 157
- « Le gouvernement d'entreprise : feu de paille ou mouvement de fond ? », *Dr. et patr*. 1996, p. 21
- « Le droit de vote est-il encore un attribut essentiel de l'associé ? », *JCP* E 1996, I, 575, p. 317
- « Actions privilégiées, catégories d'actions et avantages particuliers », in *prospectives du droit économique, Dialogues avec M. Jeantin*, éd. Dalloz, 1999, p. 213
- « La perte de la qualité d'actionnaire », *Rev. sociétés* 1999, p. 535
- « La prise de contrôle rampante », *Cah. dr. entr*. 2000, n°6, p. 8
- « L'aménagement du droit de vote », *RDBF* 2004, p. 364
- « Les émissions sans droit préférentiel de souscription », *Rev. sociétés* 3/2004, p. 479
- « Le rachat d'actions de préférence cotées », *RDBF* mars-avril 2005, p. 3
- « L'assemblée générale d'une société est un organe de gestion interne, non un organisme juridictionnel ou disciplinaire ; l'exclusion d'un associé ne permet pas à celui-ci d'exiger la présence d'un avocat lors de la délibération », note sous Cass. com. 10 mai 2006, *Bull. Joly* 2006, p. 1154

DAIGRE (J.-J.), J. TUROT (J) et **AIMÉ (M)**
- « L'évaluation des apports en nature à une société de capitaux », *Actes pratiques*, *ingénierie sociétaire* 1995, n°19, p. 1

DAIGRE (J.-J.), MONOD (F) et **BASDEVANT (F)**
- « Les actions à privilèges non financiers », *Actes pratiques et ingénierie sociétaire,* 1997, p. 4
- « Les actions à privilèges financiers », *Actes pratiques et ingénierie sociétaire*, 1997, p. 2

DAILLY (E)
- « Le dividende majoré, une fausse bonne idée », *Le figaro économique*, 14 avril 1993, p. 11

DALION (A) et **TADROS (A)**
- « La catégorisation des actionnaires, un pas de plus ou un pas de trop ? Libre propos sur les perspectives d'évolution du droit des sociétés », *Bull. Joly Bourse* 2009, n°5, p. 406

DARIOSECQ (S) et **METAIS (N)**
- « La clause d'exclusion, solution à la mésentente entre associés », *Bull. Joly* 1998, p. 908

DEBARD (T)
- « L'égalité des citoyens devant les charges publiques », *D*. 1937, Chron. p. 157

DE BERMOND DE VAULX (J-M)
- « Les parts sociales privilégiées », *JCP* E n°45, 1993, p. 294
- « L'exclusion d'un associé », *Dr. sociétés* 1996, Chron. n°10, p. 6

DE BISSY (A)
- « L'indemnité d'immobilisation », *RDI* 2000, p. 287

DE MONTALIVET (P),
- « Principes généraux du droit », *J-Cl. Administratif*, Fasc. 38, juillet 2016

DEKEUWER (A)
- « Les intérêts protégés en cas d'abus de biens sociaux », *JCP* E 1995, n°43, p. 500

DELMAS-MARTY (M)
- « Réinventer le droit commun », *D*. 1995, Chron., pp. 1-4

DELMOTTE (P)
- « L'égalité des créanciers dans les procédures collectives », in Rapp. Cour de cass. 2003, *L'égalité*, p. 125

DELPEREE (F)
- « La place des principes non écrits dans les avis et les décisions des conseils d'État », *RA* 1999, n° spéc. 4, p. 122

DELVAUX (J.-C.)
- « Le dividende majoré. Solutions proposées à quelques problèmes pratiques », *JCP* E 1994, I, n°414

DEL VECCHIO (G)
- « Les principes généraux du droit », *in, Recueil d'études sur les sources du droit, Les sources générales des systèmes juridiques actuels, Mél. en l'honneur de F. Gény,* t.2*,* éd., Topos Verlag AG Vaduz, Liechtenstein, Librairie Edouard Duchemin, Paris, 1977, p. 1

De NAYER (M.-C.)
- « L'unicité de prix », *Bull. Joly Bourse* 1993, §52, p. 267

De RAVEL d'ESCLAPON (T)
- « La validité des clauses de rachat dans les sociétés en nom collectif », *LPA* 2008, n°224, p. 4

DERRIDA (F)
- « La notion de partie dans les décisions relatives au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises », *D*. 2003, Chron. p. 77

DERRUPPE (J)
- « Les clauses d'intérêts fixes », in *Dix ans de conférences d'agrégation, Etudes de droits*

commercial offertes à J. Hamel, éd. Dalloz, 1961, p. 179
- « Un associé méconnu : l'usufruitier de parts ou actions », *Defrénois* 1994, 1134

DESCAMPS (D) et **SYLVESTRE (S)**
- « La procédure de création des actions de préférence », *Bull. Joly* 2006, p. 1235

DESPREZ (F)
- « Actions de préférence et exercice de droits financiers dans une société du groupe », *Journ. sociétés* 2006, p. 48

De TERNAY (G)
- « SAS et actions de préférence : *modus operandi* », *JCP* E 2005, n°568, p. 615

De VAUPLANE
- « Les notions de marché », *RDBB* n°36, 1993, p. 62

DIDIER (P)
- « Rapport », in « L'égalité des actionnaires : mythe ou réalité ? », *JCP* E 1994, *Cah. dr. ent*. 1994/5, p. 18
- « Les conventions de vote », in *Ecrits offertes à J. Foyer*, éd. PUF, 1997, p. 341
- « La théorie contractualiste de la société », *Rev. sociétés* 2000, p. 99

DIDIER (Ph)
- « Les fonctions de la responsabilité civile des dirigeants sociaux », *Rev. sociétés* 2003, p. 238

DIDIER (P) et **MARTIAL-BRAZ (N)**
- « Certitudes et incertitudes en matières de *crowdfunding* », *D.* 2016, p. 267

DOM (J.-P.),
- « L'attribution gratuite d'actions », *Bull. Joly* 2005, p. 88.
- « Le statut des dirigeants », in *Pacte d'associés ou clause statutaire : quel choix pour l'entreprise sociétaire*, éd. Lexis-Nexis, 2013, p. 56

DONDERO (B)
- « Statuts de SAS et pactes extra-statutaires : questions et confrontations », *Bull. Joly* 2008, n°3, p. 245.
- « L'ordonnance n°2008-1145 du 6 novembre 2008 relative aux actions de préférence », *Rev. sociétés* 2008, p. 715
- « *Affectio societatis* simplex », *Bull. Joly*, 2009, p. 958.
- « Le licenciement ne respectant pas les statuts est dépourvu de cause réelle et sérieuse », note sous Cass. soc. 15 février 2012, *Gaz. pal*. 2012, p. 2277.
- « Distinguer entre les clauses 'purement léonines' et les clauses « simplement léonines », *Bull. Joly* 2013, n°1, p. 39.
- « Le droit des affaires et sa doctrine », in *Liber amicorum, Mél. en l'honneur de Ph. Merle*, éd. Dalloz, 2013, p. 175.
- « Cession de parts de SARL : la sanction de la violation d'une clause statutaire de préemption », note sous Cass. com. 11 mars 2014, *JCP* E 2014, 1224
- « SAS : le droit de véto du président », *JCP* E 2016, 1199, p. 28

DONZEL-TABOUCOU (C)
- « L'associé d'une société civile, apporteur en compte courant, n'est pas un créancier

comme les autres, à propos de Cass. com. 3 mai 2012, n°11-14844 », *Gaz. pal*. 2012, p. 2056

DREYFUS (J.-D.)
- « Le conflit d'intérêt en droit public (aspect non contentieux) », *LPA* 17 juin 2002, pp. 5-7

DRUMMOND (F)
- « Un nouveau principe : la liberté d'émettre « toutes valeurs mobilières », *RDBF* n°5, 2004, p. 361

DUCOULOUX-FAVARD (C)
- « Actionnariat et pouvoir », *D*. 1995, Chron. p. 178

DU GARREAU de la MECHENIE (J)
- « La vocation de l'ayant-cause particulier aux droits et obligations de son auteur », *RTD civ*. 1944, p. 219

DU PONTAVICE (E)
- « Les tâches du commissaire aux comptes depuis la loi du 24 juillet 1966, les décrets des 23 mars et 6 juin 1967 et l'ordonnance du 23 septembre 1967 », *Rev. sociétés* 1968, p. 3

DURAND (P)
- « Rapport », in *L'entreprise*, Travaux de l'ass. H. Capitant, 1947, p. 54

DURAND-LEPINE (G)
- « L'exclusion des actionnaires dans les sociétés non cotées », *LPA* juillet 1995, n°88, p. 7

ELVINGER (A)
- « Rapport sur les notions d'égalité et de discrimination en droit civil français », in *Les notions d'égalité et de discrimination en droit interne et en droit international, Travaux de l'asso. H. Capitant,* éd. Dalloz, 1965, p. 87

ENGEL (P) et **TROUSSIERE (P)**,
- « La prime de fidélité aux actionnaires par attribution d'une majoration de dividende », *JCP* E 1995, I, n°433
- « Création de catégories d'actions et stipulations d'avantages particuliers », *JCP* E 1996, n°36, p. 585

ETAIN (P)
- « Du zéro comme capital social », *LPA* 2011, n°186, p. 4

ETUDES DU CREDA
- *L'endettement, mode de financement des entreprises,* M. Jeantin et A. Sayag (dir. sous) éd. Litec, 1996, n°140, pp. 87 et 88

FAUGEROLAS (L) et **SABATIER (S)**
- « Les émissions réservées », *Rev. sociétés* 3/2004, p. 515

FAVARIO (T)
- « Regards civilistes sur le contrat de société », *Rev. sociétés* 2008, p. 53
- « La clause statutaire d'inaliénabilité », *Bull. Joly* 2010, p. 100

FAVOREUX (L)
- « Objet et portée de la protection des droits fondamentaux, Débats », in L. Favoreux (dir. sous), *Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux*, éd., Économica-PUAM, 1981, p. 399
- « Le principe d'égalité dans la jurisprudence du conseil constitutionnel en France », in *La limitation des droits de l'homme en droit comparé*, colloque Université Mac. Gill. mai 1985, éd. Yvon Blais, 1986, p. 289

FAYE (A)
- « L'égalité entre associés (Acte uniforme sur le droit des sociétés et du G.I.E) », http://www.ohada.com/doctrine/ohadata/D-04-10.html

FERRY (C)
- « Validité des clauses d'inaliénabilité portant sur des actions », *JCP* E 2010, 1327

FEUILLET (P)
- « Rapport sur l'atteinte à l'intérêt collectif apprécié à partir de la rupture d'égalité entre les actionnaires », in *L'expertise judiciaire en matière d'abus du droit de majorité, rapports présentés au XVII^e^ congrès national de la compagnie nationale des experts judiciaires en comptabilité*, *Rev. sociétés-Journ. Sociétés* 1979, p. 26

FORGUES (F)
- *L'actionnaire indirect*, th. Paris I, 2002

FORIERS (P. A.)
- « Règles de droit. Essai d'une problématique » in Ch. Perelman (dir. sous), *La règle de droit,* éd. Bruylant, 1971, n°19
- « Égalité des actionnaires : droit des sociétés, corporate governance… », in *Le droit des affaires en évolution, L'égalité de traitement dans le monde de l'entreprise*, éd., Bruylant, Bruxelles, 2009, p. 117

FOUCHARD (A)
- « L'égalité dans la cité grecque », *Cah. de philosophie juridique et politique*, 1985, n°8, p. 33

FOYER (J)
- « Rapport français », in *La personnalité morale et ses limites*, Travaux et recherches de l'Institut de Droit comparé de l'Université de Paris, t. XVIII, 1960, p. 131

FREYRIA (C)
- « Étude de la jurisprudence sur les conventions portant atteinte à la liberté du vote dans les sociétés », *RTD com*. 1951, p. 434

FRICERO (N)
- « L'impartialité de l'expert, un élément clef d'une expertise équitable », in *Mél. en l'honneur de D. Tricot*, éd. Litec-Dalloz, 2011, p. 355

FRISON-ROCHE (M.-A.)
- « Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droits des contrats », *RTD. civ*. 1995, p. 573
- « La distinction entre sociétés cotées et sociétés non cotées », in *Mél. offerts à AEDBF*, éd. Banque éditeur, 1997, p. 189

- « Les conditions communautaires de validité des *golden shares* dans les entreprises publiques privatisées (arrêts CJEU 4 juin 2002) », *D*. 2002, p. 2242
- « Régulation et droit des sociétés. De l'article 1832 du Code civil à la protection du marché de l'investissement », in *Mél. offerts à D. Schmidt*, éd. Joly, 2005, p. 255

FRULEUX (F)
- « Dissociation des droits de l'associé : le cas des sociétés d'exercice libéral », *JCP* E 2006, I, 1252, p. 302

GALLOIS-COCHET (D)
- « Brèves observations sur la distribution des dividendes dans les sociétés civiles », *Dr. sociétés* février 2016, p. 5

GANSHOF VAN DER MEERSCH (W. J.)
- « Propos sur le texte de la loi et les principes généraux du droit », *Journal des tribunaux* 1970, p. 566

GARAUD (M)
- « La révolution et l'égalité civile », *S*. 1953, p. 2

GARÇON (J.-P.)
- « La programmation de la gérance des sociétés civiles de gestion » *Bull. Joly* 2011, p. 80

GAUDET (R)
- « Paiement des dividendes en actions de priorité : un outil de transmission d'entreprise progressif et efficace » ; *Dr. et patr*. 1997, p. 35

GENINET (M)
- « Les quasi-apports en société », *Rev. sociétés* 1987, p. 25

GENTILHOMME (R)
- « Apports de titres et démembrement de propriété », *JCP N et Immo.* 1994, n°21, p. 2989

GEWINNER (D)
- « Les procédures de data room à l'épreuve du délit d'initié et du manquement d'initié », in *Mél. en honneur de D. Schmidt*, éd. Joly, 2005, p. 273

GERMAIN (M),
- « L'abus du droit de majorité : à propos de l'arrêt du 22 avril 1976 de la Cour de cassation », *Gaz. pal*. II, 1977, Doctr., p. 157
- « L'intérêt commun des actionnaires », *JCP* E*, Cah. dr. l'ent*. 4/1996, p. 13
- « La renonciation aux droits propres des associés : illustrations », in *L'avenir du droit*, *Mél. en hommage de F. Terré*, éd. Dalloz-PUF-Juris-Classeur, 1999, pp. 401-413
- « La responsabilité civile des dirigeants, rapport de synthèse », *Rev. sociétés* 2003, p. 284
- « Les actions de préférence », *Rev. sociétés* 3/2004, pp. 597-609
- « L'ordonnance du 24 juin 2004 : réforme ou révolution », *Dr. sociétés* 2004, Repère 8, p. 3
- « Les actions de préférence : le nouveau régime de création et de suppression », *Dr. et patr*. 2004, n°130, p. 82
- « La création et la disparition des actions de préférence », *RDBF* 2004, p. 367
- « L'opposition en droit des sociétés », *LPA* 4 avril 2007, n°68

- « Les moyens de l'égalité des associés dans les sociétés par actions non cotées », in *Études de droit privé, Mél. Offerts à P. Didier*, éd. Economica, 2008, p. 189
- « Les apports : entre passé et avenir », suppl. thématique *: l'apport en société dans tous ses états*, *Bull. Joly* 2009, p. 1148
- « Confirmation du droit à l'information des associés de SAS », note sous CA Limoges, 28 mars 2012, *Bull. Joly* 2012, p. 623
- « Pactes, statuts et ordre public », in *Liber amicorum, Mél. en l'honneur de Ph. Merle*, éd., Dalloz, 2013, p. 305

GERMAIN (M) et R. **VATINET (R)**
- « Le pouvoir disciplinaire des personnes morales de droit privé », in *Aspects actuels de droit des affaires, Mél. en l'honneur de Y. Guyon*, éd. Dalloz, 2003, p. 397

GHALIMI (N)
- « Le traitement différencié des créanciers dans les plans de sauvegarde et de redressement », *LPA* n°253, 19 décembre 2014, p. 4

GHESTIN (J)
- « Le mandat d'intérêt commun », in *Mél. offerts à Derruppé*, éd., Litec, 1991, p. 105
- « La distinction entre les parties et les tiers au contrat », *JCP* G 1992, I, 3628
- « Nouvelles propositions pour un renouvellement de la distinction des parties et des tiers », *RTD civ.* 1994, p. 777

GIBIRILA (D)
- « L'apport en industrie : du droit commun au droit spécial des SARL et SAS », *Journ. sociétés* septembre 2013, n°111, p. 31

GOBERT (M)
- « Des ouvrages sur le droit civil et ouvrages auxiliaires », *RTD civ*. 1992, p. 329

GODON (L)
- « La condition juridique de l'associé de SAS : une originalité contenue », *Rev. sociétés* 2016, p. 580

GOFFAUX-CALLEBAUT (G)
- « La définition de l'intérêt social : retour sur la notion après les évolutions législatives récentes », *RTD com*. 2004, p. 35

GORE (F)
- « La notion de capital social », in *Etudes offertes à R. Rodière*, éd., Dalloz, 1981, p. 85

GOYET (C)
- « Les limites du pouvoir majoritaire dans les sociétés », *RJ com*. n° spéc. 1991, p. 58

GRANIER (T)
- *v°* « Avantages particuliers », *Rép. sociétés Dalloz*, décembre 2010

GRELON (B)
- « Le nouveau droit commun des valeurs mobilières donnant accès au capital », *Rev. sociétés* 3/2004, p. 579

GRIDEL (J.-P.)

- « La Cour de cassation française et les principes généraux du droit privé », *D*. 2002, p. 228

GRANIER (T)
- « Définition des avantages particuliers », *Dr. sociétés* 2003, repères 12, p. 3
- « Le rôle des commissaires aux comptes », *Rev. sociétés* 2004, p. 557
- « Titres de capital, titres donnant accès au capital », in *Ingénierie financière, fiscale et juridique*, 2e éd., Dalloz, 2009

GROSCLAUDE (L)
- « Les parts sociales catégorielles dans les sociétés civiles », *Dr. et patr*. 2011, n°204, p. 30

GROULIER (C)
- « La distinction de la force contraignante et de la force obligatoire des normes juridiques : pour une approche duale de la force normative », in C. Thibierge (dir. sous), *La force normative- naissance d'un concept,* éd. LGDJ-Bruylant, 2009, p. 199

GUASTINI (R)
- Les principes de droit en tant que source de perplexité théorique, », in S Caudal (dir. sous), *Les principes en droit,* Etudes juridiques, éd. Economica, 2008, p. 113

GUELFUCCI-THIBIERGE (C)
- « De l'élargissement de la notion de partie au contrat… à l'élargissement de la portée du principe de l'effet relatif », *RTD civ*. 1994, p. 275

GUYON (Y)
- « La distribution gratuite d'actions aux salariés », *JCP* 1982, I, 3006
- « La société anonyme, une démocratie parfaite ! », in *Aspects actuels du droit commercial français, Etudes dédiées à R. Roblot*, éd. LGDJ, 1984, p. 133
- « Le principe de l'égalité des actionnaires et ses conséquences selon le Conseil constitutionnel », *Rev. sociétés* 1988, p. 234
- « La fraternité dans le droit des sociétés », *Rev. sociétés* 1989, p. 439
- « L'application du principe constitutionnel d'égalité aux personnes morales (Conseil constitutionnel *Décision 89.254 DC du 4 juillet 1989)* », *Rev. sociétés* 1990, p. 27.
- « Représentation générale de la société par actions simplifiée », *Rev. sociétés* 1994, p. 217
- « La loi du 12 juillet 1994 sur le dividende majoré », *Rev. sociétés* 1995, p. 1
- « Le principe de proportionnalité en droit commercial », in *Mél. En l'honneur de Michel Vasseur*, éd. Banque éditeur, 2000, p. 75
- « Les '*tracking stocks*', in *Mél. AEDBF*, éd. Banque éditeur, 2001, t. III, p. 183
- « Le régime juridique des sociétés privatisées », in *Mél. offerts à Jean Waline*, éd., Dalloz, 2002, p. 223
- « Liberté contractuelle et droit des sociétés », *RJ com.* n°4, avril 2003, p. 147
- « *Affectio societatis* », *J-Cl. Sociétés Traité*, Fasc. 20-10, septembre 2016
- *v°* « Assemblées d'actionnaires », *Rép. sociétés Dalloz,* janvier 2017

HAMEL (J)
- « L''*affectio societatis'* », *RTD civ*. 1925, p. 761
- « Quelques réflexions sur le contrat de société », in *Mél. en l'honneur de J. Dabin*, t. 2, éd. Bruylant, 1963, p. 645

HANNOUN (C)
- « Le droit des sociétés et la création de valeur », in *Liber amicorum, Mél. en l'honneur de Ph. Merle*, éd. Dalloz, 2013, p. 349

HASSLER (T)
- « L'intérêt commun », *RTD com*. 1984 p. 581

HEMARD (J)
- « L'actionnariat imposé », in *Études dédiées à G. Dehove*, éd. PUF, 1983, p. 325

HIEZ (D)
- « L'incidence de l'introduction des actions de préférence sur le droit coopératif », *Dr. sociétés* 2005, n°8, étude 8

HONORAT (J)
- « La société par actions simplifiée ou la résurgence de l'élément contractuel en droit des sociétés », *LPA* 16 août 1996, n°99

HOPT (J)
- « Le gouvernement d'entreprise-Expériences allemandes et européennes », *Rev. sociétés* 2001, p. 1

HORSMANS (G)
- « Les nouveaux rivages de la liberté sociétaire », in *Mél. en l'honneur de D. Tricot*, éd., Litec-Dalloz, 2011, p. 670

HOUPIN (C)
- « Création d'actions de priorité-vérification des avantages en résultant-applicabilité de l'article 4 de la loi de 1867 », *Journ. sociétés* 1906, p. 193

HOVASSE (H)
- « Contribution aux pertes d'une société civile en liquidation judiciaire », *Dr. sociétés* 2011, n°12, comm. 212
- « L'exclusion d'un associé d'une société coopérative », *Dr. sociétés* 2013, n°3, p. 24
- « Modification de la répartition des droits à dividendes et donation indirecte », *JCP* E 2013, I, 1066, p. 19
- « Le droit de véto », *Dr. sociétés* juillet 2014, p. 13

HOVASSE (H), DESLANDES (M) et GENTILHOMME (R)
- « La séparation d'associés », *Actes pratiques et ingénierie sociétaire,* décembre 1997, n°36, p. 4

INGBER (L)
- « À propos de quelques étapes importantes dans le cheminement récent du processus égalitaire », in C. Perelman (dir. sous), *L'égalité*, Travaux du Centre de philosophie du droit de l'Université de Bruxelles, t. VIII, éd. Bruylant, 1982, p. 6

IONASCO (T. R.)
- « De la volonté dans la formation des contrats », in *Recueil d'études sur les sources du droit*, *Les sources générales des systèmes juridiques actuels*, *Mél. en l'honneur de F. Gény*, t. 2, éd. Topos Verlag AG Vaduz, Liechtenstein, Librairie Édouard Duchemin, Paris, 1977

IZORCHE (M.-L.)
- « Réflexions sur la distinction », in *Mél. en l'honneur de C. Mouly*, t. 1, éd., Litec, 1998, p. 53

JEAMMAUD (A)
- « Les principes généraux dans le droit français du travail », *Dr. sociétés* 1982, p. 618
- « La règle de droit comme modèle », *D*. 1990, chr. p. 199
- « De la polysémie du terme principe dans les langages du droit et des juristes », in S. Caudal (dir. sous), *Les principes en droit,* Coll. études juridiques, éd., Economica, 2008, p. 49

JEANTIN (M)
- « Les conventions de vote », *RJ com*. n° spéc. novembre 1990, p. 124
- « Les clauses de préemption statutaires entre actionnaires », note sous CA Paris 14 mars 1990, *JCP* E 1991, p. 49
- « Constitution de la société par actions simplifiée », in A. Couret et P. Le Cannu (dir. sous), « La société par actions simplifiée », *GLN-Joly*, 1994, p. 11
- « Observations sur la notion de catégorie d'actions », *D*. 1995, Chron. p. 88

JÈZE (G)
- « Valeur juridique des 'déclarations des droits' et des 'Garanties des droits' », note sous CE, 9 mai 1913, *Roubeau et autres, RDP* 1913, p. 685

JEGOUZO (Y)
- « L'égalité : Aspect de droit public (égalité des sociétés du secteur public et du secteur privé) », *Rev. sociétés* 1989, p. 411

JESTAZ (P),
- « La sanction ou l'inconnue du droit », *D*. 1986, Chron., p. 197
- « La qualification en droit civil », *Droits* 1993, n°18, p. 45
- « L'égalité et l'avenir du droit de la famille », *in Autour du droit civil, Écrits dispersé, Idées convergentes,* éd. Dalloz, 2005, p. 289
- « Le principe d'égalité des personnes en droit privé », *in Autour du droit civil, Écrits dispersé, Idées convergentes,* éd. Dalloz, 2005, p. 260

JOBERT (L)
- « La notion d'augmentation des engagements des associés », *Bull. Joly* 2004, p. 627
- « Le principe de responsabilité limitée », *Bull. Joly* 2007, p. 225

KADDOUCH (R)
- « *Le droit de vote attaché aux actions de préférence* », *Dr. sociétés, actes pratiques, 2005,* p. 37
- « LBO : actions de préférence ou pacte d'actionnaires », *JCP* E 2006, n°24, p. 1953

KENDERIAN (F)
- « La contribution aux pertes sociales », *Rev. sociétés* 2003, p. 617

KEREBEL (F)
- « La SAS sous forme de liste à la Prévert : de quelques pièges à déjouer… », *Bull. Joly* 2014, n°11, p. 463

KINT (F.T.) et **De CORDT (Y)**

- « La participation des travailleurs au capital : aspects de droit des sociétés », in *La participation financière des travailleurs*, éd. Bruylant, Bruxelles, 1998

KOERING (C)
- « La notion d'actionnaire » http://www.revuegeneraledudroit.eu/wp-content/uploads/er20010115koerin.pdf

KULLMANN
- « Remarques sur les clauses réputées non écrites », *D.* 1993, p. 59

LABETOULLE (D)
- « La qualification et le juge administratif : quelques remarques », *Droits* 1993, n°18, p. 31

LABORRIER (B)
- « Société à responsabilité limitée.-Constitution », *J-Cl. Notarial Formulaire*, Fasc. I-10, avril 2016, n°64.

LAGARDE (G)
- « Le droit des affaires, droit sentimental », in *Mél. offerts à R. Savatier*, éd., Dalloz, 1965, p. 491

LAMBRECHT (P)
- « Le point à propos du délit d'initié », *Rev. dr. ULB* 1997, p. 85
- « Brèves considérations à propos du délit d'initié en Europe et aux Etats-Unis », in *Liber amicorum Lucient Simont*, éd. Bruylant, 2002, p. 811

LAPRADE (F. M.)
- « Apport et contrepartie », in suppl. thématique *: l'apport en société dans tous ses états, Bull. Joly* 2009, p. 1170

LASKINE (R)
- « La guerre du superdividende », *La vie française,* 22-28 mai 1993, p. 52
- « Dividende majoré : la querelle s'envenime », *La vie française*, 23-29 octobre 1993, p. 41

LASSERRE-KIESOW (V)
- « L'aléa », *JCP* G n°31-35, 27 juillet 2009, 182
- « L'égalité », *JCP G* 2010, n°23, p. 643

Le BARS (B)
- « Les promesses de cession de droits sociaux et la prohibition des clauses léonines », *Bull. Joly* 1984, p. 463
- « Le nouveau visage des augmentations de capital par apport en nature », *RDBF* 2004, p. 369

LEBLOND (J)
- « Les pouvoirs respectifs de l'assemblée générale, du conseil d'administration, du président-directeur général et du directeur-général adjoint, dans la doctrine institutionnelle », *Gaz. pal*. 1957, I, doctr. p. 29

Le CANNU (P),
- « L'abus de minorité », *Bull. Joly* 1986, p. 429
- « Le règlement intérieur des sociétés », *Bull. Joly* 1986, p. 723

- « Le minoritaire inerte (Observations sous l'arrêt Flandin) » *Bull. Joly* n°5, 1993, p. 537
- « La sous filialisation abusive », *Bull. Joly* 1er avril 1995, n°4, p. 303
- « SARL à capital variable et libération des parts (arrêt EME du 1er juin 1995) », *Bull. Joly* 1995, n°12, p. 1034
- « Nullité et participation des associés aux décisions collectives », *RJDA* 1998, p. 987
- « Existe-t-il une société de droit commun ? » in *Dialogues avec M. Jeantin*, éd., Dalloz, 1999, p. 247
- « L'ordonnance n°2004-604 du 24 juin 2004 et les actions de préférence », *RTD com.* 2004, Chron. p. 533
- « La protection des porteurs », *Rev. sociétés* 3/2004, p. 567
- « Sur les actions de préférence dans les SAS », *Bull. Joly* 2006, p. 1311
- « La clause de non concurrence dans les pactes d'actionnaires », *Bull. Joly* 2011, p. 524
- « Monsieur de Saint-Janvier ou le dépouillement de l'article 1832 du Code civil », *Bull. Joly* 2012, n°9, p. 67
- « La cession tient, quand bien même le cessionnaire n'aurait pas l'*affectio societatis* », *Bull. Joly* 2013, p. 624
- « Tout associé a le droit de participer aux décisions collectives », in *Liber Amicorum, Mél. en l'honneur de Ph. Merle*, éd. Dalloz, 2013, p. 443

Le CANNU (P), **CHAMPAUD (C)** et **DANET (D)**
- « L'*affectio societatis* n'est pas une vielle lune juridique », *RTD. Civ*. 1993, p. 516

LÉCUYER (H)
- « Surévaluation d'apports en nature et recevabilité de l'action individuelle d'un actionnaire », *D. sociétés* 2005, n°12, comm. 209

LEDAN (J)
- « Nouveau regard sur la notion d'associé », *Dr. sociétés* 2010, n°11, étude 17

LEDOUX (P)
- « La nature de la préférence », *Bull. Joly* 2006, p. 1219

Le FUR (A.-V)
- « Concilier l'inconciliable » : réflexions sur le droit de vote de l'actionnaire », *D*. 2008, p. 2015

LEMAIRE (F)
- « La 'notion' de non-discrimination dans le droit français : un principe constitutionnel qui nous manque ? », *RFDA* 2010, p. 301

LEMOULAND (J.-J.)
- « Le couple en droit civil », *Dr. de la famille*, n°7-8, juillet 2003, chron. 22

Le NABASQUE (H)
- « Les clauses de sorties dans les pactes d'actionnaires, *Dr. sociétés, Actes pratiques* 1992, n°5
- « Sociétés par actions. La loi autorisant le versement de primes de fidélité a été adoptée », *JCP* E 1994, I, n°413
- « La notion d'engagements nouveaux en droit des sociétés », *Dr. sociétés, Actes pratiques* déc. 1997, p. 36
- « Le développement du devoir de loyauté en droit des sociétés », *RTD com.* 1999, p. 273

- « Le rachat par une société de ses propres actions : le rachat réservé à certains actionnaires », *LPA* 4 mai 2001, n°89, p. 25
- « Les actions sont des droits de créances négociables, », in *Aspects actuels de droit des affaires, Mél. en l'honneur de Y. Guyon*, éd. Dalloz, 2003, p. 671
- « Les augmentations de capital réalisées avec maintien du droit préférentiel de souscription des actionnaires », *Rev. sociétés* 3/2004, p. 491
- « L'article 1836, alinéa 2, du Code civil serait-il l'un des textes les plus obscurs du droit des sociétés ? » *Bull. Joly* 2004, n°2, p. 413
- « Les actions de préférence « de groupe », *Bull. Joly* 2006, p. 1297
- « La réforme des actions de préférence », *JCP* E 2008, 3, n°2445
- « Si la promesse de rachat d'actions est libre, son exécution est complexe », note sous Cass. Civ. 1re, 15 novembre 2010, *Bull. Joly* 2011, p. 179
- « Les programmes de rachat d'actions des sociétés non cotées (après la loi de finances rectificative pour 2012) », *Rev. sociétés* 2012, p. 271
- « L'égalité entre les actionnaires faces aux programmes de rachat d'actions », *RDBF,* n°3, mai 2012, repère 3.

Le NABASQUE (H) et **BARBIER (M)**
- « Les clauses léonines », *Dr. sociétés, Actes pratiques* 1996, n°29, p. 1

LEPARGNEUR (J)
- « L'exclusion d'un associé », *Journ. sociétés* 1928, p. 257

Le POMMELEC (A)
- « La signification de l'ordre public en droit des obligations », in C.-A. Dubreuil (dir. sous), *L'ordre public*, éd. Cujas, 2011, p. 73

LEPOUTRE (E),
- « Autofinancement des entreprises et abus de majorité », *Bull. Joly* 1996, p. 189
- « Vers une singularisation de l'abus d'égalité ? », *Bull. Joly* 1997, p. 980

LEGUEVAQUES (C)
- « L'égalité des créanciers dans les procédures collectives : flux et reflux », *Gaz. pal*. 2002, 1, Doctr. p. 162

LESGUILLONS (H)
- « Le droit de la concurrence et les accords entre actionnaires », *RDAI* 2/2005, p. 153

LESOURD (N)
- « L'annulation pour abus de droit des délibérations d'assemblées générales », *RTD. com*. 1962, p. 1

LIBCHABER (R)
- « La société, contrat spécial », in *Dialogues avec M. JEANTIN*, éd. Dalloz 1999, p. 281

LIENHARD (A)
- « Présentation de l'ordonnance réformant les valeurs mobilières », *D.* 2004, chron. p. 1956
- « Rachat d'actions de préférence : précision ministérielle », *D*. 2008, p. 151

LOCHAK (D)
- « Loi du marché et discrimination », in D. Borillo, (dir. sous), *Lutter contre les*

discriminations, éd. La découverte, Paris, 2003, p. 15

LOQUIN (E)
- « À la recherche du principe d'égalité des parties dans le droit de l'arbitrage », *Gaz. pal*. 2 juillet 2008, n°184, p. 5

LUCAS (F.-X),
- « La société dite 'créée de fait' », in *Aspects actuels du droit des affaires, Mél. en l'honneur de Y. Guyon,* éd. Dalloz, 2003, p. 737
- « Du contrat de société au contrat d'investissement », *RDBF* 2005, p. 32 et *RDC* 2005, n°2, p. 396
- « Assistance par un avocat d'un associé gérant exposé à une révocation et à une exclusion », note sous Cass. com. 10 mai 2006*, RDC* 1er octobre 2006, n°4, p. 1186.
- « Le principe du contradictoire en droit des sociétés », in R. Cabrillac (dir. sous), *Libertés et droits fondamentaux*, 12e éd., Dalloz, 2006
- « Editorial. Vive la discrimination ! », *Bull. Joly* 2009, n°5, p. 445

LUCAS (F.X.) et PORACCHIA (D)
- « Le nouvel article 1843-4 du Code civil », *Bull. Joly* 2014, n° 1, p. 474

LYON-CAEN (A)
- « L'égalité et la loi en droit du travail », *Dr. social* 1990, p. 68

LYON-CAEN (G)
- « Quand cesse-t-on d'être salarié ? », *D*. 1977, p. 109

LYON-CAEN (G), et **LYON-CAEN (A)**
- « La 'doctrine' de l'entreprise », in *Dix ans de droit de l'entreprise*, éd., Litec, 1978, p. 601

MAGNIER (V)
- « Principes (OCDE) relatifs au gouvernement d'entreprise. Premiers éléments d'analyse », *JCP* E 1999, p. 1165
- « Les actions de préférence : à qui profite la préférence ? », *D*. 2004, Chron. p. 2559

MAISTRE du CHAMBON (P)
- « Préface », de l'ouvrage de D. Dechenaud, *L'égalité en matière pénale*, éd., LGDJ, 2008, p. VII

MAJEROWICZ (S)
- « L'exclusion de l'associé en l'absence de clause statutaire », *LPA* 31 mai 1991, p. 26

MALECKI (G),
- « Attribution d'actions de préférence aux dirigeants », *Bull. Joly* 2006, n°11, p. 1275.

MALHERBE (J) et **De CORDT (Y)**
- « La participation des travailleurs au capital et aux bénéfices des sociétés : aspects de droit des sociétés », in *La participation des travailleurs au capital et aux bénéfices des sociétés – Commentaires de la loi du 22 mai 2001*, éd. Bruylant, Bruxelles, 2001

MANSUY (F)

- « Assemblées d'actionnaires.-Règles communes à toutes les assemblées.-Tenue de l'assemblée », *J-Cl. Sociétés Traité*, Fasc. 136-35, décembre 2015, n°180.

MARTIN (D)
- « L'exclusion d'un actionnaire », in « La stabilité du pouvoir et du capital dans les sociétés par actions », *RJ. com*. n° spéc. 1990, p. 94
- « L'intérêt des actionnaires se confond-il avec l'intérêt social ? », in *Mél. en honneur de D. Schmidt*, éd. Joly, 2005, p. 359

MARTIN (D), Le NABASQUE (H), MORTIER (R), FALLET (C) et **PIETRANCOSTA (A)**
- « Les actions de préférence », *Actes pratiques et Ingénierie sociétaire* nov.-déc. 2012, dossier 6, § n°43

MARTY (R)
- « De l'indisponibilité conventionnelle des biens », *LPA* 21 novembre 2000, n°232.

MASSART (T)
- « Les actions de préférence et la question du droit de vote », *Dr. et patr*. 2004, p. 84
- « L'obligation d'information du dirigeant : suite » *Bull. Joly* 2006, n°5, p. 632
- « La société sans apport », in *Etudes de droit privé, Mél. offerts à P. Didier*, éd., Économica, 2008 p. 289
- « Les apports de savoir-faire dans la SAS » *Bull. Joly* 2009, p. 1154

MASSIN (E)
- L'absence abusive de distribution de bénéfices, *RJ com*. 1978, p. 197

MASSON (F),
- « Les métamorphoses de l'associé », *Rev. sociétés* 2016, p. 84

MATTOUT (J.-P.)
- « Les limites du droit à l'information de l'actionnaire, note sous Cour de cassation (com.) 23 juin 2009 », *Rev. sociétés* 2009, p. 817

MAULIN (E)
- « L'invention des principes », in S. Caudal (dir. sous), *Les principes en droit, Coll. études juridiques*, éd. Economica, 2008, p. 23

MAYAUX (L)
- « L'égalité en droit civil », *JCP* 1992, n°39, p. 385

MAZEAUD (A)
- « Rapport français », in *La discrimination, Travaux de l'ass. H. Capitant, t. LI 2001*, éd., Société de législation comparée (SLC), 2004, p. 351

MAZEAUD (H)
- « Les notions de 'droit', de 'justice' et d''équité', in *Mél. offerts à A. Simonius,* éd., Verlag Helbing & Lichtenhahn Basel, 1955, p. 229

MAZEAUD (L)
- « Rapport sur la souveraineté de fait dans les sociétés anonymes en droit français », in *Travaux de l'Ass. H. Capitant*, 1963, p. 331

MERCADAL (B)
- « Pour la validité des conventions de vote entre actionnaires » *RJDA* 10/1992, p. 727

MERLE (PH)
- « L'abus de minorité », *RJ C*om., 1991, n° spéc. *La loi de la majorité*, p. 81
- « La révocation des mandataires sociaux », *RJ com.* janvier-février 2017, p. 2

MESTRE (J)
- « Réflexions sur les pouvoirs du juge dans la vie de sociétés », *RJ com.* 1985, p. 81
- « L'égalité entre associés, (aspects de droit privé) », *Rev. Sociétés* 1989, p. 399
- « Rapport de synthèse », in « la loi de la majorité », *RJ com.* n° spéc. 1991, p. 144
- « L'ordre public dans les relations économiques », in T. Revet (dir. sous), *L'ordre public à la fin du XX^e^ siècle*, éd. Dalloz, 1996, p. 33
- « La société est bien encore un contrat… », in *Mélanges Christian MOULY*, éd., Litec, 1998, p. 131
- « Ethique et droit des sociétés », in *Mél. offerts à A. Honorat*, éd., Frison-Roche, 2000, p. 291
- « La réforme des valeurs mobilières », *RLDA* 2005, p. 78

MESCHERIAKOFF (A. S.)
- « La notion de principes généraux du droit dans la jurisprudence récente », *AJDA* 1976, p. 596

MILLARD (E)
- « Qu'est-ce qu'une norme juridique ? », *Cah. cons. Const.* n°21/2006, p. 59

MODERNE (F)
- « Actualité des principes généraux du droit », *RFDA* 1998, p. 495
- « Légitimité des principes généraux et théorie du droit », *RFDA* 1999, p. 722
- « Le recours par le juge administratif aux « principes dont s'inspire le code civil » (autour de l'arrêt d'assemblée du Conseil d'Etat du 8 juillet 2005, Sté Alusuisse-Lonza-France) », in *Juger l'administration, administrer la justice, Mél. offerts à D. Labetoulle*, éd., Dalloz, 2007, p. 659

MOLFESSIS (N)
- « La notion de principe dans la jurisprudence de la Cour de cassation », *RTD Civ.* 2001, p. 699

MONNET (J)
- « Organisation de l'entreprise et interdiction d'augmenter les engagements des associés », in *Mél. offert à J. Paillusseau*, éd. Dalloz, 2003, p. 403

MORANGE (G)
- « Valeur juridique des principes contenus dans les déclarations des droits », *RDP* 1945, p. 229
- « Une catégorie juridique ambiguë : les principes généraux du droit », *RDP* 1977, p. 761

MORTIER (R)
- « Rachat d'actions et actions rachetables », *Rev. sociétés* 2004, p. 639
- « L'inaliénabilité généralisée au service des sociétés », *Dr. sociétés, Actes pratiques* 2008/98, p. 1

- « Dispositions relatives au rachat des actions de préférence », *Rev. sociétés* 2014, p. 627

MORVAN (P)
- « Les principes généraux du droit et la technique des visas dans les arrêts de la cour de cassation », http://www.courdecassation.fr/IMG/File/intervention_morvan.pdf

MOULIN (J.-M.)
- « Le principe d'égalité devant l'information dans le système répressif boursier : À propos de Cass. com., 5 octobre 1999, *aff. Haddad* », *Bull. Joly Bourse* 2000, n°2, p. 117
- « Les actions de préférence », *LPA* 2005, n°189, p. 24

MOURY (J)
- « Des clauses restrictives de la libre négociabilité des actions », *RTD com.* 1989, p. 187

MOUSSERON (P)
- « Aspects juridiques du know-how », *Cah. dr. ent*. 1972, p. 1
- « Les actions remboursables », *Dr. sociétés* juin 2007, p. 8

NAFTALSKI (F), POITRINAL (F.-D.) et **PAROT (J.-C.)**
- « Les conventions de portage », *Dr. sociétés, Actes pratiques* 1997, n°33, p. 1

NAVARRO (J.-L.)
- « L'obligation de non concurrence en droit des sociétés », *Journ. sociétés* octobre 2013, p. 39

NECHELIS (D)
- « Le gouvernement d'entreprise », *Dr. sociétés* 2000, Chron., n°23, p. 6

NEMEDEU (R)
- « Le principe d'égalité des créanciers : vers une double mutation conceptuelle (etude à la lumière du droit français et Ohada des entreprises en difficulté) », *RTD com*. 2008, p. 241

NEMOZ-RAJOT (Q)
- « La non-exigence d'une *affectio societatis* en matière de cession de droits sociaux », *LPA* 2013, n°221, p. 9

NERSON (R)
- « La volonté de contracter » in *Mél. offerts à R. Secrétan*, éd., Imprimerie Corbaz, Montreux, 1964, p. 209

NURIT-PONTIER (L)
- « Repenser les apports en industrie », *LPA* 3 juillet 2002, n°132, p. 4

NUSSEMBAUM (M)
- « Prime de contrôle, décote de minorité et d'illiquidité », in « La prise de contrôle d'une société », *RJ com*. n° spéc. 1998, p. 15

OHL (D)
- « Aspects de la réforme du droit des valeurs mobilières », *Bull. Joly Bourse*, 2004 n°6, p. 689

-

OPPETIT (B)
- « La prise de contrôle d'une société au moyen d'une cession d'actions », *JCP* 1970, I, 2366
- « Les principes généraux du droit en droit international privé », in *Arch. phil. droit*, t. 32, 1987, p. 179
- « Les 'principes généraux' dans la jurisprudence de cassation », in *Entretiens de Nanterre (17 et 18 mars 1989)*, *JCP E, cah. dr. entr*. 1989, suppl. 5, p. 12
- « Le droit hors de la loi », *Droits*, n°10 1989, p. 47
- « Ethique et vie des affaires », in *Mél. offerts à A. Colomer*, éd. Litec, 1993, p. 319
- « L'ascension des principes généraux : l'exemple du droit international », in *Droit et économie*, éd. PUF, 1998, p. 83

PACLOT (Y)
- « Repenser l'attribution du droit de vote en cas de démembrement de droit sociaux », *JCP* E 2006, I, 1251, p. 297

PAGNUCCO (J.-C.)
- *v°* « Sociétés anonymes.-Constitution avec appel public à l'épargne.-Vérification des apports en nature et des avantages particuliers », *J-Cl. Sociétés Traité*, Fasc. n°117-30, juin 2015

PAILLUSSEAU (J)
- « Les fondements du droit moderne des sociétés », *JCP* E 1984, I, 14193, p. 165
- « Le droit est *aussi* une science d'organisation (et les juristes sont parfois des organisateurs juridiques) », *RTD com*. 1989, p. 1
- « L'efficacité des entreprises et la légitimité du pouvoir », *LPA* 19 juin 1996, n^{os}44 et s.
- « Le big bang du droit des affaires à la fin du XX^{e} siècle », *JCP* E 1998, 15101, p. 58

PAILLUSSEAU (J) et **CONTIN (R)**
- « La cession de contrôle d'une société », *JCP* 1969, I, 2287

PARLEANI (G)
- « Les pactes d'actionnaires », *Rev. sociétés* 1991, p. 1
- « Réflexion sur l'utilité de la notion de capital social et son avenir », *Rev. sociétés* 2005, p. 19
- « Après l'arrêt *Volkswagen* du 23 octobre 2007, quelle liberté pour les Etats actionnaires ? », *Rev. Sociétés*, 2007, p. 868
- « Absence, en droit de l'Union européenne, d'un principe autonome d'égalité entre actionnaires », *Rev. Sociétés*, mars 2010, p. 45

PASQUALINI (F)
- « Les conventions extra-statutaires, outils de modulation de la rémunération des associés », *Rev. sociétés*, 2010, p. 79

PASTOREL (J.-P.)
- « Le principe d'égalité en outre-mer », *Les nouveaux cah. Cons. const*. 1er avril 2012, n°35, p. 73

PATARIN (J)
- « L'impossible perfection, ou les vicissitudes de l'égalité dans le partage », in *Mél. offerts à A. Colomer*, éd. Litec, 1993, p. 335

PELTIER (F)
- « L'attribution d'un dividende majoré à l'actionnaire stable », *Bull. Joly* 1993, n°5, p. 55
- « L'inégalité dans les offres publiques », *RDBF* 2003, p. 244

PERCEROU (J)
- « Du pouvoir modificateur de l'assemblée générale extraordinaire dans les sociétés par actions à l'effet de modifier les statuts envisagé spécialement du point de vue de la loi du 16 novembre 1903 sur les actions de priorité », *Journ. Sociétés* 1907, pp. 5, 49, 97

PERCEROU (R)
- « La notion d''avantage particulier' », in *Dix ans de conférences d'agrégation, Etudes de droits commercial offertes à J. Hamel*, éd. Dalloz, 1961, p. 171

PERROUD (J)
- « Effet de la dotalité des actions conférant de le droit de souscrire par préférence à une augmentation de capital », *Rev. sociétés* 1922, p. 280
- « La condition de l'actionnaire », in *Le droit privé français au milieu du XX^e^ siècle, études offertes à G. Ripert*, éd. LGDJ, 1950, t. 2, p. 319

PETERKA (N)
- « Réflexions sur la nature juridique de l'apport en jouissance », *Bull. Joly* 2000, n°4, p. 361

PETITJEAN (M)
- « Le rapport du commissaire aux apports », *JCP* E 2004, n°48, p. 1737

PETITPIERRE-SAUVAIN (A)
- « L'égalité des actionnaires dans l'offre publique d'achat (OPA) », *RDAI* 1991, p. 645

PIAZZON (T)
- « Retour sur la violation des pactes de préférence », *RTD Civ*. 2009, p. 433

PIC (P)
- « De l'élément intentionnel dans le contrat de société », *Ann. dr. com.*, t. XX, 1906, I, p. 153
- « La défense d'immixtion du commanditaire », *D*. 1933, Chron. 21

PICHARD (B)
- « Quelques incertitudes sur les primes de fidélité », *LPA* 1995, n°88, p. 4
- « Quels droits pour les actions de préférence ? », *LPA* 21 janvier 2005, p. 7

PIERRE (J.-L.)
- « Détermination du boni de liquidation », commentaire sous CE, 29 avril 2002, *Merotto, Dr. sociétés* n°8-9, août 2002, comm. 166

PIETRANCOSTA (A)
- « La protection des titulaires de valeurs mobilières donnant accès au capital après l'ordonnance du 24 juin 2004 », *RDBF* 2004, p. 373

PINIOT (M.-C.)
- « Le *corporate governance* à l'épreuve de la jurisprudence de la chambre commerciale de la Cour de cassation », in *Mél. offerts à AEDBF*, t. 2, éd. Banque éditeur. 1997, p. 369

PIROVANO (A)
- « 'La boussole' de la société. Intérêt commun, intérêt social, intérêt de l'entreprise ? », *D.* 1977, p. 189

POLLAU-DULIAN (F)
- « Le principe d'égalité dans les procédures collectives », *JCP* G 1998, I, Doctr. 138

PONTCHEVSKY (N), STORCK (J.-P.) et **STORCK (M)**
- « Le réalisme du droit des marchés financiers », in *Mél. en l'honneur de D. Schmidt,* éd., Joly, 2005, p. 425

PONTIER (J-M)
- « Considérations générales sur les principes en droit », in J.-M. Pontier (dir. sous), *les principes et le droit*, éd. PUAM, 2007, p. 17

POLLAUD-DULIAN (F)
- « La querelle du dividende majoré, un aspect du principe d'égalité dans le droit des sociétés cotées en bourse », *JCP* G 1993, I, 369

PORACCHIA (D)
- « Le rôle de l'intérêt social dans la société par action simplifiée », *Rev. sociétés* 2000, p. 223
- « L'actionnaire bénéficie du droit propre d'exercer l'action sociale au nom et pour le compte de la société », obs. sous Cass. crim. 12 décembre 2000, *Dr. et patr*. juin 2001, p. 108
- « L'apporteur en industrie est un associé au titre de l'article 1844-5 du code civil relatif à la dissolution d'une société unipersonnelle », note sous Cass. civ.1re 30 mars 2004, *Rev. sociétés* 2004, p. 855
- « La renonciation à percevoir des dividendes ne peut être exprimé par un associé qu'en assemblée générale », obs. sous, Cass. com. 26 mai 2004, *Dr. et patr. 2005*, n°134, p. 132
- « Non-efficacité d'un pacte extrastatutaire instituant un droit de préférence » note sous CA Paris 4 décembre 2007, *Rev. sociétés* 2008, p. 330
- « Éditorial - Alternance politique, légalité républicaine et rachat d'actions », *Bull. Joly* 2013, n°4, p. 237
- « Les clauses d'agréments dans les sociétés par action-questions contemporaines », in *Mél. offert à M. Germain*, éd. LexisNexis-Lextenso-LGDJ, 2015, p. 679

PORACCHIA (D) et **GAY (B)**
- « Sociétés par actions simplifiée et actions de préférence », *Journ. sociétés* 2006, n°34, p. 37

PORACCHIA (D) et **GOETZ (N)**
- « Le droit de disposer de ses titres : remarques autour de quelques législations récentes », *RTDF* n°4-2015, p. 69

PORACCHIA (D) et **MARTIN (D)**
- « Regard sur l'intérêt social », *Rev. Sociétés* 2012, p. 475

PORACCHIA (D) et **GASBAOUI (J)**
- « Droit aux bénéfices, perception des dividendes et donation », *Bull. Joly* 2013, n°3, p. 176

PORACCHIA (D) et **GODON (L)**
- « L'associé à l'épreuve de la liberté contractuelle », in « Dossier les 20 ans de la SAS », *Journ. sociétés* janvier 2015, n°126, p. 28

PORTA (J)
- « Non-discrimination, égalité et égalité de traitement-À propos des sens de l'égalité » in G. Borenfreund et I. Vacarie (dir. sous), *Le droit social, l'égalité et les discriminations*, éd. Dalloz, 2013, p. 9

PUECH (M)
- « Les principes généraux du droit (aspect pénal) », *RIDC* n° spéc. vol. II, 1980, p. 337

PUIG (P)
- « Société et indivision : bref retour vers le futur (après la loi n°2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités) », *Journ. sociétés* 2008, p. 53

PUISOYE (J)
- « Le principe d'égalité devant les charges publiques comme fondement direct de la responsabilité de la puissance publique », *AJDA* 1964, p. 140

RAKOTOVAHINY (M)
- « La contrepartie des apports », *Journ. sociétés* septembre 2013, n°111, p. 58

RANDOUX (D)
- « Le droit des sociétés à la recherche d'un nécessaire équilibre », *Rev. sociétés* 2000, p. 105
- « L'unanimité des associés », in *Mél. G. Daublon, Liber amicorum*, éd., Defrénois, 2001, p. 243.
- « Les modalités de la contribution aux pertes », note sous Cass. com. 13 novembre 2003, *Rev. sociétés* 2/2004, p. 365

REBOULE (N)
- « Remarques sur une notion conceptuelle et fonctionnelle : l'*affectio societatis* », *Rev. sociétés* 2000, p. 425

REIGNE (P) et **DELORME (T)**
- « La nature nécessairement pécuniaire des avantages particuliers », *Bull. Joly* 2002, p. 1117

REINHARD (Y)
- « L'actif net des sociétés (les capitaux propres) », in *Aspects actuels du droit commercial français, études offertes à René ROBLOT*, rééd., LGDJ-Lextenso, 2014, p. 297

REINHARD (Y) et **PASSOT (F)**
- « Tout apport en société mérite rémunération... », *Bull. Joly* 2005, n°1, p. 42

RICHER (L) et **VIANDIER (A)**
- « La loi de privatisation (loi n°93-923 du 19 juillet 1993) », *JCP* E 1993, n°39, 281, p. 445

RIPERT (G)
- « L'ordre économique et la liberté contractuelle », in *Recueil d'études sur les sources du*

droit, *Les sources générales des systèmes juridiques actuels*, *Mél. en l'honneur de F. Gény*, t. 2, éd. Topos Verlag AG Vaduz, Liechtenstein, Librairie Edouard Duchemin, Paris, 1977

RIVERO (M. J.)
- « Rapport sur les notions d'égalité et de discrimination en droit public français », in *Les notions d'égalité et de discrimination en droit interne et en droit international, Travaux de l'asso. H. Capitant,* éd. Dalloz, 1965, p. 343

RIVERO (J)
- « Sanction juridictionnelle et règle de droit », in *Etudes juridiques offertes à L. Julliot de La Morandière*, éd. Dalloz, 1964, p. 457

RIVES-LANGE (J. L)
- « L'abus de majorité », *RJ com.*, 1991, n° spéc. *La loi de la majorité*, p. 65

RIZZO (F)
- « Le principe d'intangibilité des engagements… », *RTD com*. 2000, p. 27

RODIERE (R)
- « Les principes généraux en droit privé français », *RIDC* 1990, p. 366

ROETS (D)
- « Les droits discrétionnaires : une catégorie juridique en voie de disparition ? », *D*. 1997, Chron. p. 92

ROKAS (N)
- « Les droits de l'associé sortant envers la société », *RTD com*. 1966, p. 285

ROLAND (S)
- « L'ordre public et l'Etat, brèves réflexions sur la nature duale de l'ordre public », in C.-A. Dubreuil (dir. sous), *L'ordre public*, éd. Cujas, 2011, p. 9

RONTCHEVSKY (N)
- « La liberté contractuelle et la transaction à l'épreuve de la règlementation boursière », *RTD civ*. 1996, p. 151

ROUAH (P)
- *v°* « Sociétés anonymes.- Nantissement judiciaire de parts sociales et de valeurs mobilières.- Commentaires », *J-Cl. Sociétés* Traité, Fasc. n° K-110, décembre 2010

ROUAST (A)
- « Les droits discrétionnaires et les droits contrôlés », *RTD civ*. 1944, p. 1

ROUSSEAU (S) et **TCHOTOURIAN (I)**
- « L'« intérêt social » en droit des sociétés : Regards canadiens », *Rev. sociétés* 4/2009, p. 735

ROUSSILLE (M)
- « Le droit de vote de l'associé, droit fondamental ? », *Dr. sociétés* Juillet 2014, p. 7

ROUTIER (R)

- « Primes de fidélité : le revers de la médaille », *Bull. Joly* 1996, p. 23

ROUX (P)
- « La clause de rachat forcé dans les statuts de société », *LPA* 1991, n°1, p. 16

SAINT-ALARY-HOUIN (C)
- « Les critères distinctifs de la société et de l'indivision depuis les réformes récentes du code civil », *RTD com.* 1979, p. 645

SAINT-PAU (J.-C.)
- « L'égalité civile », in *Droit de la personnalité,* éd. Lexis-Nexis, 2013, p. 191

SAGOT (J)
- « L'inégalité par la loi », *LPA* 28 novembre 2002, n°238, p. 9

SAINTOURENS (B)
- « La flexibilité du droit des sociétés »*, RTD com.* 1987, p. 457
- « Les titres en voie d'extinction et le doit transitoire », *Rev. sociétés* 3/2004, p. 659
- « Le nouveau droit des clauses d'agrément », *Rev. sociétés* 2004 p. 611
- « Les réformes du droit des sociétés par la loi du 4 août 2008 de modernisation de l'économie », *Rev. sociétés* 2008, p. 477

SALGADO (M.-B.)
- « Le régime des clauses de préemption dans les pactes d'actionnaires des sociétés anonymes », *Dr. sociétés* mars 2003, Chron. 3

SALOMON (R)
- « Droit de vote et droit pénal », *Dr. sociétés* juillet 2014, p. 24

SARGOS (P)
- « Les principes généraux du droit privé dans la jurisprudence de la cour de cassation-les garde-fous des excès du droit », *JCP G* 2001, I, n°12, p. 306

SAVATIER (R),
- « Le prétendu principe de l'effet relatif des contrats », *RTD civ*. 1934, p. 525
- « L'ordre public économique », *D*. 1965, Chron. 37

SCELLE (G)
- « Essai sur les sources formelles du droit international », in *Mél. offerts à F. Gény*, t. 3, éd. Sirey, 1934, p. 400

SCHAPIRA (J)
- « L'intérêt social et le fonctionnement de la société anonyme », *RTD com.* 1971, p. 957

SCHILLER (S)
- « L'évaluation de la préférence », *Rev. sociétés* 2007, p. 703
- « L'égalité en droit des sociétés », in *L'égalité*, *Arch. phil. dr*., t. 51, éd., Dalloz, 2008, p. 119
- « La Cour de cassation a-t-elle révolutionné les conventions d'inaliénabilité en droit des sociétés ? », note sous Cass. civ. 1re 31 octobre 2007, *Rev. sociétés* 2008, p. 321
- « Les apports en industrie dans les SAS », *Rev. sociétés* 2009, p. 59

SCHMIDT (D)
- « Quelques remarques sur les droits de la minorité dans les cessions de contrôle », *D*. 1972, chron., p. 223
- « Exposé introductif », *RJ com*. 1991, n° spéc. *La loi de la majorité*, n°9, p. 8
- « De l'intérêt commun des associés », *JCP* E 1994, I, n°404, p. 535
- « Plafonnement du droit de vote et OPA », *RDBF* 1994, p. 151
- « De l'intérêt social », *JCP* E 1995, p. 361
- « Rapport de synthèse », *JCP, Cah. dr. l'entr*. 4/1996, p. 25
- « Considération des intérêts des actionnaires dans les prises de décisions et le contrôle du juge », *RJ com*. 1997 p. 257
- « Les définitions du contrôle d'une société », *RJ com*. 1998, n° spéc. *La prise de contrôle d'une société,* p. 9
- « Les lois du 1er août 2003 et le droit des sociétés », *D*. 2003, p. 2619
- « Prolégomènes », *Bull. Joly* 2004, n°4, p. 469
- « Libres propos sur l'égalité des actionnaires en cas de cession de contrôle », *Bull. Joly Bourse* 2010, n°1, p. 34

SCHÖDERMEIER (M. D)
- « Clause léonine et renonciation totale ou partielle de participer à la répartition des dividendes », note sous CA Paris, 8 octobre 1993, *Bull. Joly* 1993, p. 1233

SÉRIAUX (A)
- « Légalité des filiations depuis la loi du 3 janvier 1972 », in *Mél. offerts à A. Colomer*, éd., Litec, 1993, p. 341

SERLOOTEN (P)
- « L'*affectio societatis*, une notion à revisiter », in *Aspects actuels du droit des affaires, Mél. en l'honneur de Y. Guyon*, éd. Dalloz, 2003, p. 1007

SOLLE (B)
- « Le domaine de la loi de la majorité dans les groupements de droit privé », *RJ com*. 1991, n° spéc. *La loi de la majorité*, p. 40

SOUSI (G)
- « Intérêt du groupe et intérêt social », *JCP* 1974, II, 11816, p. 381

STARCK (C)
- « L'égalité en tant que mesure de droit », in *Les notions à contenu variables en droit*, éd., Bruylant, Bruxelles, 1984, p. 180

STORCK (J.-P.)
- « La continuation de la société par l'élimination d'un associé », *Rev. sociétés* 1982, p. 233

STORCK (M)
- « Définition légale du contrôle d'une société en droit français », *Rev. sociétés* 1986, p. 385
- « La réglementation des conventions de vote », *RJ com*. 1991, p. 97
- « Réforme du régime des valeurs mobilières émises par les sociétés commerciales », *RTD com*. 2004, p. 558

STORCK (M) et **de RAVEL d'ESCLAPON (T)**
- « Faut-il supprimer les actions à droit de vote double en droit français ? », *Bull. Joly* 2009,

n°1, p. 92

STOUFFLET (J)
- « Aménagements statutaires et actionnariat de la société par actions simplifiée », *Rev. sociétés* 2000, p. 241

SUPIOT (A)
- « Principe d'égalité et limites du droit du travail », *Dr. social* 1992, p. 382

SYLVESTRE (S)
- « Validité de la promesse de rachat consentie par la société émettrice au souscripteur des titres qu'elle a émis », *Bull. Joly* 2004, p. 179

TANDEAU de MARSAC
- « Actions de préférence et droit de vote », *Jour. sociétés* juillet 2006, p. 44

TAORMINA (G)
- « Réflexions sur l'aggravation des engagements de l'associé », *Rev. sociétés* 2002, p. 267

TERRE (F)
- « Fondements historiques et philosophiques de la loi de la majorité », *RJ com*. 1991, n°spéc. *La loi de la majorité*, n°9, p. 139
- « Pitié pour les juristes », *RTD civ*. 2002, p. 247
- « Réflexion sur un couple instable : égalité et équité », in *Arch. Phil. du droit*, t. 51, éd., Dalloz, 2008, p. 21
- « Forces et faiblesses de la norme », in C. Thibierge (dir. sous), *La force normative : naissance d'un concept,* éd. LGDJ*,* Bruylant, 2009*,* p. 19
- « La distinction de la société et de l'association », in *Mél. offerts à Secrétan* éd., Imprimerie Corbaz, Montreux, 1964, p. 325
- « La proportionnalité comme principe ? », *JCP* G 2009, n°25, p. 31
- « Le droit de vote », *Dr. sociétés* juillet 2014, édito, p. 1

TEYSSIE (B)
- « L'intérêt de l'entreprise, aspect de droit du travail », *D*. 2004, p. 1680

THALLER (E),
- « De la clause de répartition d'intérêts à défaut de bénéfices dans les sociétés de commerce », *Journ. sociétés* 1884, p. 171
- « Des divers emplois possibles d'actions de priorité », *Journ. sociétés* 1912, p. 385

THEIMER (A)
- « Les apports en industrie dans une société par actions simplifiée », *Dr. sociétés* n°11, novembre 2009, étude 14

THERON (J)
- « De la 'communauté d'intérêts' », *RTD. civ*. 2009, p. 19

THIBAULT-LAURENT
- « Nature juridique de la souscription à une société anonyme », *RGDC* 1942, p. 261

THIBIERGE (C*)*
- « Le droit souple. Réflexion sur les textures du droit », *RTD civ.* 2003, p. 59

TORCK (S)
- « Le rachat par les sociétés cotées de leurs propres actions (article L 225-209 du code de commerce) et le principe d'égalité des actionnaires », *Bull. Joly Bourse* 2002, p. 509
- « Le rachat d'actions aux fins de gestion financière du capital enfin ouvert aux sociétés non cotées enfin opérationnel ! », *Bull. Joly* 2012, n°6, p. 510
- « Le rachat d'actions aux fins de gestion financière du capital des sociétés non cotées sur un marché réglementé ou organisé », *Bull. Joly* 2014, p. 377

TRIAL (J)
- « Le statut et les tâches des commissaires aux comptes », *RFC* 1967, p. 277

TRICOT (D)
- « Abus de droit dans les sociétés : abus de majorité et abus de minorité », *RTD com.* 1994, p. 617

TUNC (A)
- « Les conventions relatives au droit de vote dans les sociétés anonymes », *RGDC* 1942, p. 97

URBAN (Q)
- « La 'communauté d'intérêts', un outil de régularisation du fonctionnement du groupe de sociétés », *RTD com.* 2000, p. 1

VALDÉS DAL-RÉ (F)
- « Conclusion », in G. Borenfreund et I. Vacarie (dir. sous), *Le droit social, l'égalité et les discriminations*, éd. Dalloz, 2013, p. 199

VALUET (J.-P.)
- « L'identification des actionnaires des sociétés cotées, le rapport du groupe de travail réuni à l'ANSA », *Rev. société*s 1997, pp. 707-703
- « Le droit de vote des actionnaires en AG : le droit de vote double », *Dr. sociétés* octobre 2014, p. 5

VAMPARYS (X)
- « Retour sur un modèle : les *preferred shares* américaines », *Bull. Joly* 2006, p. 1315

VATINET (R)
- « Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit des sociétés », *LPA* 1998, n°117, p. 58
- « La réparation du préjudice causé par la faute des dirigeants sociaux, devant les juridictions civiles », *Rev. sociétés* 2003, p. 247

VAUTROT-SCHWARZ (C)
- « L'ordre public économique », in C.-A. Dubreuil (dir. sous), *L'ordre public*, éd., Cujas, 2011, p. 187

VAVASSEUR (J)
- « Commentaires des lois des 9 juillet 1902 et de 16 novembre 1903 sur les actions de priorité », *Rev. sociétés* 1904, p. 1

VEDEL (G)
- « L'égalité », in C.-A.Colliard, (dir. sous), *La déclaration des droits de l'homme et du*

citoyen de 1789- ses origines, sa pérennité, éd. La Documentation française, 1990, p. 171

VELARDOCCHIO (D)
- « Propos conclusifs », in Dossier « Les figures de l'associé », *Dr. sociétés* 2016, n°3, p. 59

VERMEILLE (S) et **BÉZERT (A)**
- « Plaidoyer en faveur de l'introduction des actions de préférence rachetables à l'initiative de l'actionnaire en droit français », *RTDF* 2015, n°4, Doctr. p. 3

VERNAY (M.-F.)
- « Les *preferred shares* : la fin d'un mythe fiscal ? », *RDBF* 2004, n°4, p. 305

VERPEAUX (M)
- « Les principes en droit constitutionnel », in S. Caudal (dir. sous), *Les principes en droit,* Collection Études juridiques, éd. Économica, 2008, p. 149

VIANDIER (A)
- « Observations sur les conventions de vote », *JCP* E 1987, II, 15405, p. 180 ; *JCP* G 1986, I, n°3253
- « Après l'article de Michel Jeantin sur les conventions de vote » in *Mél. offerts à Jeantin*, 1999, p. 313
- « Les actions de préférence », *JCP* E 2004, n°1440, p. 1528

VIANDIER (A) et **CAUSSAIN (J.-J.)**
- « Prime de fidélité, loi n°94-578 du 12 juillet 1994 », *JCP* E 1994, I, n°392

VIRALLY (M)
- « Le phénomène juridique », *RDP* 1966, p. 5

VITANTYI (B)
- « Les positions doctrinales concernant le sens de la notion de « principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées » *RGDIP* 1982, p. 48

VOGEL (L)
- « Loyauté et droit des affaires : l'impossible mariage ? », in *Liber amicorum, Mél. en l'honneur de Ph. Merle*, éd. Dalloz, 2013, p. 745

WAHL (A)
- « Pouvoirs des assemblées générales d'actionnaires au point de vue de la modification des statuts », *Journ. sociétés* 1900, p. 337
- « Commentaire de la loi de 1913 modifiant le régime des sociétés par actions », *Journ. Sociétés* 1914, p. 4

WYMEERSCH (E)
- « L'offre publique d'achat obligatoire », *RDAI*, n°5, 1991, p. 265

ZAKI (M. S.)
- « Définir l'équité », in *Archives de philosophie de droit*, tome 35

ZATTARA-GROS (A.-F.)
- « N'est pas tiers qui veut ! - À propos de l'associé d'une société civile, prêteur à celle-ci... », *JCP* G 2012, p. 992

ZENATI-CASTAING (F)
- « Les principes généraux en droit privé », in S. Caudal (dir. sous), *Les principes en droit,* Collection études juridiques, éd. Economica, 2008, p. 49, p. 257

ZINE SEFKALI
- « Le droit français des privatisations à l'heure anglo-saxon », *Banque et Droit*, n°34, mars-avril 1994, p. 3

VI. NOTES, OBSERVATIONS, CONCLUSIONS ET COMMENTAIRES DE JURISPRUDENCE

ALFANDARI (E)
- CA Paris, 23 septembre 1993, *RTD com.* 1994, p. 315

ALFANDARI (E) et **JEANTIN (M)**
- obs. sous Cass. civ 1re, 17 octobre 1978, *RTD com*. 1979, p. 767
- note sous Cass. civ. 3 juillet 1979, *RTD com*. 1980, p. 94
- obs. sous Cass. civ. 1re, 4 novembre 1982, *RTD com*. 1982, p. 572
- obs. sous CA Aix, 15 octobre 1982, *RTD com*. 1984, p. 484, n°10
- obs. sous Cass. civ. 1re, 13 avril 1983, *RTD com*. 1984, p. 202
- obs. sous Cass. civ. 1re, 18 mai 1983, *RTD com*. 1984, p. 101
- obs. sous Cass. civ. 1re, 22 juillet 1986, *RTD com*. 1987, p. 70
- obs. sous Cass. civ. 1re, 8 novembre 1988, *RTD com*. 1989, p. 86
- note sous Cass. com. 25 avril 1989, *Bull. Joly* 1989, p. 531
- obs. sous Cass. civ. 1re, 16 juin 1993, *RTD com*. 1994, p. 71, n°4

ALMASEANU (S)
- note sous Cass. com. 5 mai 1998, *LPA* 22 février 1999, p. 10

ANSAULT (J.-J.)
- note sous Cass. com. 29 septembre 2015, *Rev. sociétés* 2016, p. 228

APS
- CA Paris, 4 mai 1982, *Gaz. pal*. 1983, 1, jur. p. 152

ATIAS (C)
- note sous Cass. civ. 1re, 12 octobre 1976, *Rev. sociétés* 1977, p. 525
- note sous Cass. civ. 3e, 9 mars 1988, *D.* 1989, p. 143

AUTESSERRE (J)
- note sous Cass. com. 10 juin 1960, *Rev. sociétés* 1961, p. 34
- note sous CA Douai, 24 mai 1962, *S*. 1962, p. 297.
- note sous Cass. com. 16 octobre 1963, *Rev. sociétés* 1964, p. 37

BALENSI
- note sous Cass. civ. 3e, 8 janvier 1975, *Rev. sociétés* 1976, p. 301

BARBIÈRI (J.-F.)
- note sous Cass. com. 15 juillet 1992, *JCP G* 1992, II, 21944

- note sous Cass. crim. 12 décembre 2000, *Bull. Joly* 2001, p. 508
- note sous Cass. crim. 28 janvier 2004, *Bull. Joly* 2004, p. 678
- note sous Cass. com. 9 juin 2004, *Rev. sociétés* 2005, p. 176
- note sous Cass. com. 9 octobre 2007, *Bull. Joly*, 2008, p. 17
- note sous Cass. com. 17 juin 2008, *Rev. sociétés* 2008, p. 826
- note sous Cass. com. 25 septembre 2012, *Rev. sociétés* 2013, p. 286
- note sous Cass. com. 19 mars 2013, *Bull. Joly* 2013, p. 316
- note sous Cass. com. 10 septembre 2013, *Bull. Joly* 2013, p. 724

BARBRY
- note sous Cass. com. 4 juin 1946, *S*. 1947, 1, p. 153

BARTHEZ (A.-S.)
- obs. sous Cass. civ. 1re 13 avril 1999, *JCP* G 2000, II, 10309

BASTIAN (D)
- obs. sous Cass. com. 4 juin 1946, *JCP* 1947, I, 3518
- note sous CA Paris, 14 mars 1950, *JCP* 1950, II, 5694
- note sous Cass. com. 10 juin 1953, *JCP* 1954, II, p. 7908
- note sous Cass. com. 22 octobre 1956, *JCP* G 1956, II, 9678
- note sous Cass. com. 18 avril 1961, *JCP* 1961, II, 12164
- note sous CA Douai, 24 mai 1962, *JCP* 1962, II, 12871

BELAVAL (M.-L.), ORSINI (I) et **SALOMON (R)**
- chron. sous Cass. com. 5 mai 2009, *D*. 2009, p. 2580

BÉNAC-SCHMIDT (F)
- note sous Cass. com. 9 avril 1996, *Rev. sociétés* 1997, p. 81

BERTREL (J.-P.)
- obs. sous Cass. com. 4 janvier 1994, *Dr. et patr*. 1994, n°18, chron. p. 69
- obs. sous Cass. com. 4 juin 1996, *Dr. et patr*. 1996, p. 87
- note sous Cass com. 21 janvier 1997, *Dr. et patr*. 1997, p. 76
- obs. sous CA Paris, 27 février 1997, *Dr. et patr*. 1997, p. 85

BESSON (A)
- note sous Cass. civ. 9 février 1937, *D*. 1937, 1, p. 73

BEUDANT (C)
- note sous Cass. civ. 8 mai 1867, *D*. 1867, 1, p. 193

BIGOT de La TOUANE
- obs. sous Cass. civ. 1re, 31 octobre 2007, *D*. 2007, 2594

BOIZARD (M)
- note sous Cass. civ. 3e, 28 novembre 2001, *D*. 2002, AJ, p. 215

BONNEAU (T)
- obs. sous Cass. com. 3 décembre 1991, *Dr. sociétés*, 1992, n°2
- obs. sous CA Montpellier, 10 novembre 1992, *Dr. sociétés*, 1992, comm. n°113
- obs. sous Cass. civ. 1re, 16 décembre 1992, *Dr. sociétés* 1993, n°30
- obs. sous Cass. civ. 1re, 16 juin 1993, n° 91-15.649, *Dr. sociétés* 1993, n°156

- note sous Cass. com. 4 janvier 1994, *de GASTE*, *Dr. sociétés* mars 1994, n°45
- obs. sous Cass. com. 13 février 1996, *Dr. sociétés* 1996, n°93
- note sous Cass. com. 26 mars 1996, *Dr. sociétés* 1996, n°122
- obs. sous Cass. civ. 5 novembre 1996, *Dr. sociétés* janvier 1997, n°4
- note sous Cass. civ. 3e, 15 janvier 1997, *Dr. sociétés* 1997, comm. n°38
- note sous Cass. com. 24 juin 1997, *Dr. sociétés* 1997, n°138
- obs. sous Cass. com. 10 octobre 2000, *Dr. sociétés* 2001, comm. no20
- note sous Cass. civ. 1re, 20 novembre 2001, *Dr. sociétés* 2002, n°21
- note sous Cass. civ. 3e, 28 novembre 2001, *Dr. sociétés* 2002, n°34

BONNET (D)
- note sous Cass. civ. 1re, 13 juillet 2004, *Rev. sociétés* 2005, p. 378

BORGA (N)
- note sous Cass. com. 21 janvier 2014, *D*. 2014, p. 647

BOSVIEUX (H),
- note sous CA Rennes, 12 juillet 1912, *Jour. sociétés* 1913, p. 23

BOSVIEUX (P)
- note sous CA Douai, 24 mai 1962, *Journ. sociétés* 1963, p. 65

BOULOC (B)
- note sous Cass. crim. 4 février 1985, *Rev. sociétés* 1985, p. 648
- note sous Cass. crim. 12 décembre 2000, *Rev. sociétés* 2001, p. 865
- note sous Cass. com. 14 décembre 2004, *Rev. sociétés* 2005, p. 448
- obs. sous Cass. com. 5 mai 2009, *RTD com*. 2009, p. 799
- obs. sous Cass. com. 16 février 2010, *RTD. com*. 2010, p. 414

BOUSQUET (J.-C.)
- note sous Cass. com. 10 mars 1976, *D*. 1977, p. 455
- note sous Cass. com. 22 avril 1976, *D*. 1977, pp. 4-7
- note sous TGI Dijon, 8 mars 1977, *D*. 1977, p. 482
- obs. sous Cass. civ. 1re, 22 juillet 1986, *Dr. sociétés* 1987, comm. p. 391
- note sous Cass. com. 18 novembre 1986, *D*. 1987, p. 389
- note sous Cass. com. 14 janvier 1992, *D*. 1992, Jur. 337

BOUSQUET (J.-C.) et **SELINSKY (V)**
- obs. sous Cass. civ. 1re, 18 mai 1983, *D*. 1984, IR, 391

BRAIBANT (G)
- concl. sous CE, 28 mai 1971, *AJDA* 1971, p. 463

BRIGNON (B) et **PORACCHIA (D)**
- note sous Cass. com. 21 février 2012, *Rev. sociétés* 2012, p. 289

BRUN (P)
- note crit. sous Cass. civ. 3e, 11 mai 2011, *RDC* 2011, p. 1259

BUCHBERGER (M)
- obs. sous Cass. com. 6 mai 2014, *JCP* E 2014, II, 1515

BUREAU (D)
- note sous Cass. com. 21 janvier 1997, *Rev. sociétés* 1997, p. 349

CABRILLAC (M) et **VIVANT (M)**
- obs. Cass. com. 19 avril 1985, *JCP* E 1986, I, 15331

CAFFIN-MOI (M)
- note sous Cass. com. 8 octobre 2013, *L'essentiel Droit des contrats* 2013, n° 11, p. 6

CAUSSAIN (J-J.), DEBOISSY (F) ET WICKER (G)
- obs. crit. Cass. com. 13 novembre 2003, *JCP* E 2004, n°601
- obs. n°1, sous Cass. com. 16 novembre 2004, *JCP* E 2005, p. 131
- obs. sous Cass. com. 22 février 2005, *JCP* E 2005, 1046
- obs. sous Cass. com. 8 mars 2005, *JCP* E 2005, 1171
- obs. sous Cass. com. 14 février 2006, *JCP* E 2006, VI, 2035

C. B.
- note sous Cass. com. 11 juin 2013, *Gaz. pal*. 2013, p. 3004

CERCLES (A)
- obs. sous Cass. com. 30 septembre 2008, *RDBF* 2008, comm. 171

CESARO (J.-F.)
- note Cass. soc. 30 janvier 2008, n° 06-46.447, *JCP* S 2008, 1274

CHAMPAUD (C)
- obs. sous CA Basse-Terre, 14 mai 1973, *RTD com*. 1974, p. 98, n°4
- note sous CA Paris, 27 février 1997, *Dr. et patr*. 1997, p. 64

CHAMPAUD (C) et **DANET (D)**
- obs. sous CA Paris, 8 octobre 1993, *RTD com*. 1994, p. 58
- note sous CA Paris, 18 février 1994, *RTD com*. 1994, p. 284
- note sous Cass. civ. 1re, 5 novembre 1996, *RTD com*. 1997, p. 467
- note sous Cass. com. 24 juin 1997, *RTD com*. 1998, p. 153
- note sous Cass. com. 5 mai 1998, *RTD com*. 1998 p. 619
- obs. sous CA Versailles, 1er février 2001, *RTD com*. 2001, p. 711
- obs. sous CA Montpellier, 28 mai 2002, *RTD com*. 2003, p. 521
- obs. sous CA Paris, 5 mai 2004, *RTD com*. 2004, p.
- obs. sous Cass. com. 16 novembre 2004, *Rev. sociétés* 2004, p. 111
- obs. sous Cass. civ. 1re, 19 avril 2005, *RTD com*. 2005, p. 527
- obs. sous Cass. com. 5 mai 2009, *RTD com*. 2009, p. 752
- note sous Cass. com. 7 juillet 2009, *RTD com*. 2009, p. 743

CHAMPAUD (C) et **Le FLOCH**
- obs. sous Cass. civ. 1re, 7 avril 1987, *RTD com.* 1988, p. 66

CHAPPERT (A)
- note sous Cass. civ. 3e, 15 janvier 1997, *Defrénois* 1998, art. 36709

CHARTIER (Y)
- note sous Cass. civ. 1re, 30 novembre 1980, *Rev. sociétés* 1982, p. 110
- note sous Cass. com. 7 mars 1989, *Rev. sociétés* 1989, p. 473

- note sous Cass. civ. 1re, 8 novembre 1988, *Rev. sociétés* 1989, p. 473
- note sous Cass. com. 6 juin 1990, *Rev. sociétés* 1990, p. 606
- note sous Cass. civ. 1re, 16 juin 1993, *Rev. sociétés* 1994, p. 295
- Cass. civ. 1re, 21 mars 2000, *D*. 2000, p. 475

CHAZAL (J.-P.) et **REINHARD (Y)**
- obs. sous Cass. com. 18 Juin 2002, *RTD com*. 2002, p. 496

CHOLEY-COMBE
- note sous Cass. com. 6 juin 1990, *D*.1992, jurispr., p. 56

CLAY (T)
- obs. Cass. civ. 2e 13 juillet 2005, *D*. 2005, Pan. 3054

CONSTANTIN (A)
- obs. sous Cass. civ. 3e, 8 juillet 2015, *RTD com*. 2015, p. 533

CONTIN (R)
- note sous CA Paris, 22 mai 1965, *D*. 1968, jurispr., p. 147

COQUELET (M.-L.)
- note sous Cass. civ. 1re, 27 mai 2010, *Dr. sociétés* 2010, n°11, comm. 195
- note sous Cass. com. 9 novembre 2010, *Dr. sociétés* 2011, comm. 1

CORDONNIER (P),
- note sous Cass. req. 21 décembre 1931, *Journ. sociétés* 1932, p. 543
- note sous Cass. civ. 7 avril 1932, *D*. 1933, 1, p. 153
- note sous Cass. req. 24 janvier 1934, *Journ. sociétés* 1935, p. 545
- note sous Cass. civ. 6 mars 1935, *Journ. sociétés* 1936, p. 614

COURET (A)
- note sous Cass. civ. 3e, 15 janvier 1997, *JCP* E 1997, II, 930
- note sous Cass. civ. 3e, 25 mars 1998, *Bull. Joly* 1998, p. 635
- note sous CA Paris, 3 novembre 1998, *Bull. Joly* 1998, p. 359
- note sous CA Paris, 3 mai 2001, *RJDA* 2001, p. 803
- note sous Cass. com. 9 juin 2004, n°01-12.887, *Bull. Joly* 2005, p. 119
- note sous Cass. com. 16 novembre 2004, *RDBF* 2005, p. 32, comm. n°29
- note sous Cass. com. 27 septembre 2005, *Bull. Joly* 2006, p. 92
- note sous Cass. civ. 1re, 31 octobre 2007, *Bull. Joly* 2008, p. 121
- note sous Cass. com. 15 mars 2011, *JCP* E 2011, 1409

COZIAN (M)
- obs. sous Cass. com. 4 janvier 1994, *JCP* E 1994, I, p. 374

DAGORNE-LABBE (Y)
- note sous Cass. civ. 1re, 2 octobre 2001, *JCP* G 2002, II, 10094

DAIGRE (J.-J.)
- note sous Cass. com. 15 juillet 1982, *Rev. sociétés* 1983, p. 75
- note sous Cass. com. 4 janvier 1994, *de GASTE*, *Bull. Joly* 1994, p. 249
- note sous Cass. com. 17 mai 1994, *Bull. Joly* 1994, p. 816,
- note sous CA Paris, 30 juin 1995, *JCP* E 1996, p. 795

- note sous Cass. civ. 3e, 15 janvier 1997, *Bull. Joly* 1997, p. 328
- note sous Cass com. 21 janvier 1997, *JCP* E 1997, II, 965, p. 145
- obs. sous Cass. com. 10 février 1998, *Bull. Joly* 1998, p. 767
- note sous TC Paris, 26 avril 1999, *JCP* E 1999, p. 1245
- obs. sous CA Versailles, 17 mars 2000, *Bull. Joly* 2000, n°8
- note sous CA Paris, 3 mai 2001, *JCP* G 2001, II, 10456.
- note sous Cass. civ. 1re, 19 avril 2005, *Bull. Joly* 2005, p. 1276,
- note sous Cass. com. 10 mai 2006, *Bull. Joly* 2006, p. 1154

DALSACE (A)
- note sous CA Paris, 28 février 1959, *S*. 1959, jurispr., 134,
- note sous Cass. com. 18 avril 1961, *S*. 1961, p. 257
- note sous CA Douai, 24 mai 1962, *D*. 1962, p. 688

DAMMANN (R) et **PERINOT (S)**
- point de vue sous Cass. com. 5 mai 2009, *D*. 2009, p. 2170

DANAT-DEMARET (S)
- note sous CA Paris, 7 juin 1988, *Rev. sociétés* 1989, p. 246

DAUM (C)
- rapp. sous Cass. civ. 3e, 15 janvier 1997, *RJDA* 1997, p. 503

D. B.
- note sous Cass.com. 6 févier 1957, *JCP* 1957, II, 10325
- note sous CA Paris, 28 février 1959, *JCP* G 1959, II, 11175

DE FONTBRESSIN (P)
- obs. sous CA Reims, 24 avril 1989, *Gaz. pal*. 1989, 2, somm. p. 431

DEBOISSY (F) et **WICKER (G)**
- note sous Cass. civ. 1re, 28 octobre 2010, *JCP* E 2011, 1000, n°5

DELAISI (P)
- note sous Cass. com. 19 avril 1972, *Gaz. pal*. 1972, 2, p. 755

DELARUE (J.-M.)
- note sous CE Ass. 3 juillet 1996, *RFDA* 1996, p. 870

DELVALLÉE (J)
- note sous Cass. civ. 1re, 17 février 2016, *Gaz. pal*. 6 septembre 2016, p. 63

DERRUPPE (J)
- note sous Cass. com. 4 janvier 1994, *Defrénois* 1994, art. 35894

DETRAZ (S)
- note sous Cass. crim. 18 décembre 2007, *D*. 2008, act. jurispr. p. 893
- obs. sous Cass. crim. 20 janvier 2009, *D*. 2009, act. jurispr. p. 997

DEVOLVE (P)
- note sous CE Ass. 3 juillet 1996, *RFDA*, 1996, p. 908

DIENER (P)
- note sous Cass. civ. 3e, 22 juin 1976, *D*. 1977, p. 619

DONDERO (B)
- note sous Cass. civ. 3e 29 novembre 2006, *Rev. sociétés* 2007, p. 319
- note sous Cass. com. 5 mai 2009, *D*. 2009, p. 2195
- note sous Cass. com. 9 juin 2009, *Bull. Joly* 2009, p. 958
- note sous Cass. com. 13 juillet 2010, *D*. 2010, p. 2880
- note sous Cass. com. 4 octobre 2011, *Bull. Joly* 2011, p. 968
- note sous Cass. com. 10 juillet 2012, *Bull. Joly* 2012, p. 693
- note sous Cass. com. 19 mars 2013, *Gaz. pal*. 28-29 juin 2013, p. 23
- note sous Cass. com. 9 juillet 2013, *JCP* E 2013, n°1516
- note sous Cass. civ. 2e, 26 septembre 2013, *Gaz. pal*. 19 novembre 2013, n° 323, p. 33
- note sous Cass. com. 11 mars 2014, *JCP* E 2014, 1224
- note sous Cass. com. 6 mai 2014, *JCP* E 2014, II, 1317
- note sous Cass. com. 8 mars 2016, *Gaz. pal*. 6 septembre 2016, p. 73

DONDOUX (M)
- concl. sur CE 8 décembre 1978, *Dr. social* 1979, p. 57

Du PONTAVICE (E)
- note sous Trib. com. Paris 14 mai 1973, *Rev. Sociétés* 1974, p. 71

DUBOIS
- note sous Cass. civ. 11 octobre 1989, *JCP* 1991, II, 21691

DUFAU (J)
- note sous Cass. civ. 1re, 3 mai 1988, *AJDA* 1988, p. 679

DUPICHOT (J)
- note sous Cass. civ. 1re, 13 avril 1983, *Gaz. Pal*. p. 1983, panorama, 239

DUTILLEUL-FRANCOEUR (P)
- note sous Cass. com. 31 mars 2004, *LPA* 2006, n°30, p. 13

ESMEN (P)
- note sous Cass. Req. 24 Janvier 1934, *D*. 1934, p. 161 ; *S*. 1935, 1, p. 17

FAGES (B)
- note sous Cass. com. 17 janvier 2012, *RTD civ*. 2012, p. 312

FAUGEROLAS (L)
- note sous Cass. com. 7 mars 1989, *Rev. sociétés* 1989, p. 478

FAVOREUX (L)
- note sous CE ass. 3 juillet 1996, *RFDA* 1996, p. 882

FAVOREUX (L) et **L. PHILIP (L)**
- obs. sous Cons. const. 23 juillet 1975, *RDP* 1975, p. 1313

FIORINA (D)
- note sous Cass. com. 22 février 2005, *Défrenois* 2005, art. 38275

FORSCHBACH
- note sous CA Paris, 10 avril 1989, *Rev. sociétés* 1989, p. 485

FRANCK (C)
- note sous Cons. const. 23 juillet 1975, *JCP* 1977, 18200

FRÉJAVILLE (M)
- note sous T. civil Orléans, 16 mars 1943, *JCP* G 1943, II, 2453

GAÏA (P)
- note sous CE Ass. pl. 3 juillet 1996, *RFDA* 1996, p. 885

GARÇON (J.-P.)
- obs. sous Cass. com. 4 janvier 1994, *JCP* N 1995, I, p. 269

GAUDEMET (P.-M.)
- note Cons. const. Décision du 27 décembre 1973 n°73-51 DC, *AJDA* 1974, I, p. 236

GAUTIER (P.-Y.)
- obs. sous Cass. civ. 3e, 15 janvier 1997, *RTD Civ*. 1997, p. 687
- obs. sous Cass. civ. 1re, 2 octobre 2001, *RTD civ*. 2002, p. 118
- obs. sous Cass. com. 5 mai 2009, *RTD civ*. 2009, p. 548
- obs. sous Cass. com. 17 janvier 2012, *RTD civ*. 2012, p. 334

GENEVOIS (B)
- obs. sous Cons. const. n°89-260 DC, 28 juillet 1989, *RFDA* 1989, p. 681

GERMAIN (M)
- note sous Cass. civ. 1re, 7 avril 1987, *JCP* 1988, 2, 21006

GERMAIN (M) et **FRISON-ROCHE (A)**
- obs. sous Cass. com. 12 mars 1996, *RDB* 1996, p. 175
- obs. sous Cass. com. 21 janvier 1997, *RDBB* 1997, n°60, p. 69
- note sous Cass. com. 10 février 1998, *RDBB* 1998, p. 181
- obs. sous CA Paris, 3 mai 2001, *RDBF* 2001, p. 242, comm. n°172

GHESTIN (J)
- note sous Cass. com. 27 février 1996, *JCP* G 1996, II, 22665

GIBIRILA (D)
- note sous Cass. com. 16 juin 1998, *Defrénois*, 1999, n°7, p. 415

GODON (L)
- note sous Cass. com. 26 mars 1996, *Rev. sociétés* 1996, p. 793
- note sous Cass. com. 5 mai 1998, *Bull. Joly* 1998, p. 755
- note sous CA Paris, 5 décembre 2001, *Bull. Joly* 2002, n°4, p. 536
- note sous Cass. com. 18 juin 2002, *Bull. Joly* 2002, p. 1197
- note Cass. com. 14 février 2006, *Bull. Joly* 2006, p. 619
- note sous Cass. com. 15 novembre 2011, *Rev. sociétés* 2012, p. 292
- note sous Cass. civ. 3e, 8 juillet 2015, *Rev. sociétés* 2016, p. 175

GOURLAY,

- note sous Cass. civ. 22 juin 1982, *D*. 1983, p. 87
- note sous Cass. civ. 1re, 16 juin 1993, *Bull. Joly* 1993, p. 90

GOUTTENOIRE-CORNUT (A) et **SUDRE (F)**
- note sous CEDH, 1er février 2000, *Mazurek, JCP* G, 2000, II, 10826

GOYET (C) et **RONTCHEVSKY (N)**
- obs. sous CA Paris, 3 mai 2001, *RTD com*. 2001, p. 727

GROSCLAUDE (L),
- note sous Cass. civ. 3e, 21 octobre 1998, *Bull. Joly* 1999, p. 107
- note sous Cass. civ. 1re, 19 avril 2005, *RTD com*. 2005, p. 785
- obs. sous Cass. civ. 2e, 13 juillet 2005, *RJ com*. 2006, p. 37

GUILLOT (E. J.)
- note sous Cass. civ. 3e, 30 mai 1972, *JCP* 1972, II, 17174

GUYADER (H)
- obs. sous Cass. com. 23 octobre 2007, *RLDA* 2008/23, n°1369

GUYOMAR (M)
- concl. sous CE 20 avril 2005, *Karsenty*, *CFP* 2005, n°8, p. 33

GUYON (Y)
- note sous Cass. com. 26 janvier 1970, *JCP* 1970, II, 16385
- note sous Cass. com. 29 mai 1972, *JCP* 1973, II, 17337
- note sous CA Paris, 7 novembre 1972, *JCP* 1973, II, 17448
- note sous CA Colmar, 24 septembre 1975, *D*. 1976, p. 348
- note sous Cass. com. 3 juin 1986, *Rev. sociétés* 1986, p. 585
- Cons. constit. 18 septembre 1986, *Rev. sociétés* 1986, p. 606
- Cons. Constit. 7 janvier 1988, *Rev. sociétés* 1988, p. 229
- note sous Cons. Constit. 4 juillet 1989*, Rev. sociétés* 1990, p. 27
- obs. sous CA Orléans, 26 septembre 1989, *Rev. sociétés* 1990, p. 644
- note sous CA Versailles, 29 novembre 1990, *D*. 1991, Jur. p. 133
- note sous Cass. com. 15 juillet 1992, *JCP E* II, 1992, p. 375
- note sous Cass. com. 3 décembre 1991, *Rev. sociétés* 1992, p. 52
- note sous Cass. com. 9 mars 1993, *D*. 1993, jurispr. 363
- obs. sous CA Paris, 12 avril 1996, *Rev*. *sociétés* 1996, p. 596
- note sous Cass. civ. 1re, 16 juillet 1998, *Defrénois* 15 janvier 1999, n°1, p. 3
- note sous Cass. com. 9 février 1999, *JCP* E 1999, p. 724
- obs. sous CA Dijon, 30 juin 1998, *Rev. Sociétés* 1999, p. 196
- note sous Cass. com. 19 octobre 1999, *JCP* 2000, 2, 10250
- note sous Cass. civ. 3e, 21 octobre 1998, *JCP* E 1999, p. 86

G. V.
- note sous Cass. civ. 3e, 9 mars 1988, *JCP* 1989, II, 21248

HALLOUIN (J.-C.)
- note sous CA Paris, 22 septembre 1995, *Bull. Joly* 1995, p. 1069
- obs. sous Cass. com. 26 mars 1996, *Chazalon*, *D*. 1996, somm. 343
- obs. sous Cass com. 21 janvier 1997, *D*. 1998, somm. p. 181

- obs. sous Cass. com. 24 juin 1997, *D*. 1998, somm. p. 178
- obs. sous Cass. civ. 1re, 20 novembre 2001, *D*. 2002, somm. p. 3260
- obs. sous Cass. com. 31 mars 2004, *D*. 2004, somm. 2925

HALLOUIN (J.-C.) et **LAMAZEROLLES (E)**
- obs. sous Cass. com. 16 novembre 2004, *D*. 2005, p. 2950
- obs. sous Cass. com. 22 février 2005, *D*. 2005, Pan. 2952,
- obs. crit. sous Cass. civ. 2e, 13 juillet 2005, *D*. 2005, Pan. 2152

HALLOUIN (J.-C.), LAMAZEROLLES (E) et **RABREAU (A)**
- obs. sous Cass. com. 5 mai 2009, *D*. 2010, p. 287

HAMEL (J)
- note sous Cass. req. 1er décembre 1931, *D*. 1933, 1, p. 89

HÉMARD (J)
- note sous Cass. com. 26 juin 1984, *Rev. sociétés* 1985, p. 124

HAMON (L)
- Note Cons. const. Décision du 27 décembre 1973 n°73-51 DC, *D*. 1974, Chron. p. 83
- note sous Const. 16 janvier 1982, *D*. 1983, p. 169

HAMON (L) et **LEVASSEUR (G)**
- note sous Cons. const. 23 juillet 1975, *D*. 1977, p. 629

H. B.
- note sous Cass. Req. 31 janvier 1917, *Journ. sociétés* 1918, p. 158

HÉMARD (J)
- obs. sous Cass. com. 8 octobre 1969, *RTD com*. 1970, p. 473

HERVOUËT (F)
- note sous Cass. civ. 1re, 3 mai 1988, *JCP* 1989, II, 21203

HLN
- note sous Cass. com. 24 mai 1994, *Dr. sociétés* 1994, n°141

HOMONT (A)
- note sous CE, 28 mai 1971, *JCP* G 1971, II, 16873

HONORAT (A)
- note sous Cass. civ. 1re, 7 avril 1987, *Defrénois* 1988, p. 601
- obs. sous Cass. civ. 1re, 8 novembre 1988, *Defrénois* 1989, p. 553
- obs. sous Cass. com. 17 novembre 1992, *D*. 1993, somm. 191
- note sous Cass. com. 12 mars 1996, *Defrénois* 1996, p. 1300
- obs. sous Cass. civ. 3e, 21 octobre 1998, *Defrénois* 1999, p. 1192

HONORAT (J)
- obs. sous CA Paris, 25 novembre 1981, *Defrénois* 1983, p. 574

HOVASSE (H)
- obs. sous Cass. com. 18 octobre 1994, *Defrénois* 1994, 1550, art. 35954, n°3

- obs. sous Cass. com. 13 février 1996, *Defrénois* 1996, art. 36334, n°6, p. 668
- note sous Cass. civ. 1re 10 octobre 1995, *Dr. sociétés* 1996, n°23
- note sous Cass. civ. 3e, 15 janvier 1997, *Defrénois* 1997, art. 36580
- obs. sous CA Paris, 3 mai 2001, *Dr. Sociétés* 2001, comm. n°119
- note sous Cass. com. 18 juin 2002, *JCP* G 2002, II, n°10180
- note sous Cass. com. 13 novembre 2003, *Bull. Joly* 2004, p. 413
- note sous Cass. com. 14 décembre 2004, *Dr. sociétés* 2005, p. 26
- note sous Cass. com. 6 février 2007, *Dr. sociétés* 2007, n°73
- obs. sous Cass. com. 13 juillet 2010, *Dr. sociétés* 2010, comm. 200
- note sous Cass. civ. 1re, 15 novembre 2010, *Bull. Joly* 2011, p. 179
- note sous Cass. civ. 1re, 28 octobre 2010*, Dr. sociétés* 2011, n°5
- note sous Cass. com. 15 novembre 2011, *Bull. Joly* 2012, n°2, p. 112
- note sous Cass. civ. 3e, 8 juillet 2015*Bull. Joly* 2015, p. 643

HOUIN (R)
- obs. sous Cass. com. 18 avril 1961, *RTD com.* 1961, p. 634
- obs. sous CA Douai, 24 mai 1962, *RTD com.* 1963, p. 114
- note sous Cass. com. 22 avril 1966, *RTD com.* 1967, p. 136
- note Cass. com. 17 juin 1967, *RTD com.* 1967, p. 1083
- obs. sous Cass. com. 21 janvier 1970, *RTD com.* 1970, p. 738
- note sous Cass. com. 26 janvier 1970, *RTD com.* 1970, p. 431
- obs. sous CA Douai, 11 février 1972, *RTD com.* 1972, p. 405
- obs. sous Cass. com. 29 mai 1972, *RTD com.* 1972, p. 930
- note sous Cass. com. 17 juin 1974, *RTD com.* 1975, p. 534
- obs. sous CA Colmar, 24 septembre 1975, *RTD com.* 1976, p. 554
- obs. sous TGI Dijon, 8 mars 1977, *RTD com.* 1977, p. 521

JALADE
- note sous CA Paris, 10 avril 1989, *LPA* 15 mai 1989, p. 5

JAUFFRET (A),
- note sous Cass. Civ. 9 février 1937, *RGDC* 1938, p. 529
- note sous Cass. Req. 21 décembre 1937, *Rev. sociétés* 1938, p. 534

JEZE (G)
- note sous CE, 9 mai 1913, *RDP* 1913, p. 685

JEANTIN (M)
- note sous CA Paris, 14 mars 1990, *JCP* E 1991, n°18, p. 49
- note sous T. com. Paris, 12 février 1991, *Bull. Joly* 1991, p. 592
- note sous Cass. com. 24 janvier 1995, *Rev. sociétés* 1995, p. 46

JEANTIN (M) et **VIANDIER (A)**
- obs. sous CA Angers, 20 septembre 1988, *RDB* 1988, p. 68

J. H.
- note sous CA Douai, 11 février 1972, *Rev. sociétés* 1972, p. 496
- note sous Cass. com. 19 avril 1972, *Rev. sociétés* 1973, p. 105

JÉOL
- concl. sous Cass. com. 7 mars 1989, *JCP* G 1989, 21316

KRIMMER (I)
- note sous Cass. com. 21 janvier 1997, *D.* 1998, jurispr., p. 64

LABAYLE (H)
- note sous CE Ass. pl. 3 juillet 1996, *RFDA* 1996, p. 891

LABETOULLE (D) et **CABANES (P)**
- chron. sous CE, 28 mai 1971, *AJDA* 1971, p. 404

LACÈNE-MARÉNAUD
- note sous Cass. com. 4 janvier 1994, *Rev. sociétés*, 1994, p. 278

LACOMBE (J)
- note sous Cass. com. 30 avril 1968, *JCP* 1968, 2, 15695 ; *D.* 1969, p. 89

LAFORTUNE (M.-A.)
- avis sous Cass. com. 31 mars 2004, *Bull. Joly* 2004, p. 836

LAITHIER (Y.-M.)
- note sous Cass. civ. 3e, 11 mai 2011, *RDC* 2011, p. 1133

LAMBERT (J)
- note sous Cass. com. 8 octobre 1969, *D.* 1970, p. 143

LASCOMBE (M)
- note sous CE 20 avril 2005, *AJ* 2005, p. 1732

LASSERRE CAPDEVILLE (J)
- obs. Cass. crim. 20 janvier 2009, *AJP* 2009, p. 180

LEBARS (B)
- note sous CA Besançon, 2 décembre 1998, *Rev. sociétés* 1999, p. 362

Le CANNU (P)
- note sous Cass. com. 18 mai 1982, *Rev. Sociétés* 1982, p. 804
- note sous Cass. com. 2 juillet 1985, *Rev. sociétés* 1986, p. 231
- note sous Cass. civ. 1re, 22 juillet 1986, *Bull. Joly* 1986, p. 860
- note sous Cass. com. 29 novembre 1988, *Rev. sociétés* 1989, p. 64
- note sous Cass. com. 10 janvier 1989, *Bull. Joly* 1989, p. 256
- note sous CA Paris, 14 mars 1990, *Bull. Joly* 1990, p. 325
- note sous Cass. com. 6 juin 1990, *Bull. Joly* 1990, p. 782
- note sous Cass. civ. 1re 16 octobre 1990, *Bull. Joly* 1990, p. 1029
- note sous Cass. civ. 1re, 29 octobre 1990, *Bull. Joly* 1990, p. 1052
- note sous Cass. com. 22 janvier 1991, *Defrénois* 1991, p. 885
- note sous Cass. com. 3 décembre 1991, *Bull. Joly* 1992, p. 167
- note sous Cass. com. 14 janvier 1992, *Bull. Joly* 1992, p. 273
- note sous Cass. com. 15 juillet 1992, *Bull. Joly* 1992, p. 1083
- note sous Cass. civ. 1re, 16 décembre 1992, *Bull. Joly* 1993, p. 319
- note sous Cass. com. 12 juillet 1993, *Bull. Joly* 1993, p. 1010
- note sous Cass. com. 4 janvier 1994, *Defrénois* 1994, art. 35786, n°2, p. 556
- note sous T. com. Roubaix, 6 mai 1994, *Bull. Joly* 1994, p. 651
- note sous Cass. com. 24 mai 1994, *Bull. Joly* 1994, p. 797

- note sous Cass. com. 18 octobre 1994, *Bull. Joly* 1995, p. 157
- note sous Cass. com. 13 décembre 1994, *Bull. Joly* 1995, n°2, p. 152
- note sous Cass. com. 24 janvier 1995, *Bull. Joly* 1995, pp. 321 et 303
- note sous Cass. com. 9 mai 1995, *Defrénois*, 1995 n° 15-16, p. 961
- note sous Cass. com. 6 mai 1995, *Bull. Joly* 1996, p. 822
- note sous Cass. civ. 1re 18 juillet 1995, *Rev. sociétés* 1996, p. 80
- note sous CA Versailles, 17 décembre 1995, *Bull. Joly*, 1996, p. 308
- note sous Cass. com. 13 février 1996, *Bull. Joly* 1996, p. 404
- note sous Cass. com. 26 mars 1996, *Bull. Joly* 1996, p. 604
- note sous Cass. civ. 1re, 5 novembre 1996, *Bull. Joly*, 1997, p. 131
- note sous Cass com. 21 janvier 1997, *Bull. Joly* 1997, p. 312
- note sous Cass civ 3e, 18 juin 1997, *Bull. Joly,* 1997, p. 968
- note sous Cass. com. 9 février 1999, *Rev. sociétés* 1999, p. 81
- note sous CA Paris, 21 mars 2000, *Bull. Joly* 2000, n°10, p. 960
- note sous Cass. civ. 1re, 21 mars 2000, *Bull. Joly* 2000, p. 659
- note sous Cass. com. 31 mars 2004, *Rev. sociétés* 2004, p. 317 ; *RTD com*. 2004, p. 542
- note sous Cass. com. 30 novembre 2004, *Bull. Joly* 2005, p. 241
- note sous Cass. com. 22 février 2005, *Rev. sociétés* 2005, p. 353
- note sous Cass. civ. 2ème, 13 juillet 2005, *Bull. Joly* 2006, p. 217
- note sous Cass. civ. 3e 29 novembre 2006, *Defrénois* 2007, p. 676
- note sous Cass. com. 23 octobre 2007, *Rev. sociétés* 2007, p. 814
- note sous Cass. com. 13 juillet 2010, *Bull. Joly* 2010, p. 990
- note sous Cass. com. 17 janvier 2012, *Rev. sociétés*, 2012, p. 370
- note sous Cass. com. 11 juin 2013, *Bull. Joly* 2013, p. 624

LE CANNU (P) et DONDERO (B)
- obs. sous Cass. com. 17 janvier 2012, *RTD com*. 2012, p. 141

LE CANNU (P) et **MENJUCQ (M)**
- note sous CA Versailles, 27 février 1997, *Bull. Joly* 1997, p. 543

LECÈNE-MARÉNAUD
- note sous Cass. com. 4 janvier 1994, *Rev. sociétés* 1994, p. 278

LECOMPTE
- note sous Cass. civ. 23 juillet 1935, *Journ. sociétés* 1936, p. 544

LECOURT (A)
- note sous Cass. com. 25 janvier 2005, *Rev. sociétés* 2006, p. 828

LEGROS (J.-P.)
- obs. sous Cass. com. 18 juin 2002, *Dr. sociétés* 2003, comm. 72

LEMASURIER (J)
- note sous CE, 28 mai 1971, *D*. 1972, Jur. p. 194

LE NABASQUE (H)
- note sous Cass. com. 18 octobre 1994, *Dr. sociétés* décembre 1994, n°205
- note sous Cass. com. 13 novembre 2003, *Bull. Joly* 2004, p. 413
- note sous Cass. com. 26 mai 2004, *Rev. sociétés* 2005 p. 169
- note sous Cass. com. 16 novembre 2004, *Rev. sociétés* 2005, p. 593

- note sous Cass. com. 25 septembre 2012, *Rev. sociétés* 2013, p. 158

LEPARGNEUR
- note sous CA Caen, 11 avril 1927, *DP*. 1928, II, p. 65

LEPOUTRE (E)
- note sous Cass. com. 8 juillet 1997, *Bull. Joly* 1997, p. 980
- note sous CA Aix-en-Provence, 26 septembre 1997, *Bull. Joly* 1998, p. 262

LESCOT
- note sous Cass. com. 4 août 1952, *JCP* 1952, 2,7180

LETOURNEUR
- concl. sous CE, 9 mars 1951, *Sociétés des concerts du conservatoire*, *Dr. social* 1951, p. 368

LEVENEUR (L)
- obs. sous Cass. civ. 1re 13 avril 1999, *Contrats, concurrence et consommation*, 1999 comm. 125

LEVOYER (L)
- obs. CE 20 avril 2005, *Karsenty*, *JCP* 2005, I, n°177 spéc. n°22

LIENHARD (A)
- note sous CA Paris, 6 juillet 2001, *D*. 2001, p. 2975
- note sous Cass. com. 18 Juin 2002, *D*. 2002, p. 2190
- obs. sous Cass. com. 31 mars 2004, *D*. 2004, AJ, 1167
- obs. sous Cass. com. 8 mars 2005, *D*. 2005, p. 839
- obs. sous Cass. civ. 1re, 19 avril 2005, *D*. 2005, AJ, p. 1230
- obs. sous Cass. com. 27 septembre 2005, *D*. 2005, p. 2681
- note sous Cass. com. 20 mars 2007, *D*. 2007, p. 952
- note sous Cass. com. 17 juin 2008, *D*. 2008, p. 1818
- obs. sous Cass. com. 5 mai 2009, *D*. 2009, p. 1349
- note sous Cass. civ. 1re, 28 octobre 2010, *D*. 2010, p. 2577
- obs. sous Cass. com. 17 janvier 2012, *D*. 2012, p. 179
- obs. sous Cass. civ. 1re, 12 juillet 2012, *D*. 2012. p. 2786
- note sous Cass. com. 9 juillet 2013, *D*. 2013, p. 1833

LOMBARD (M)
- note CE 20 avril 2005, *Karsenty*, *Dr. administratif* 2005, n°105

LUCAS (F.-X.)
- note sous Cass com. 21 janvier 1997, *JCP* 1997, II, 22960
- note sous Cass. com. 5 mai 1998, *RDBB* 1998, 1998, p. 15
- note sous Trib. com. Paris, 31 octobre 2000, *Dr. Sociétés* 2001, n° 83
- note sous CA Paris, 27 mars 2001, *Dr. sociétés* 2002, p. 30
- note sous Cass. com. 14 décembre 2004, *Dr. sociétés* avr. 2005, n°65
- note sous Cass. com. 10 mai 2006, n°05-16.909, *RDC* 2006, n°4, p. 1186
- note sous Cass. civ. 3e, 29 novembre 2006, *Dr. sociétés* 2007, n°25.
- note sous Cass. com. 23 janvier 2007, *Bull. Joly* 2007, p. 610
- note sous Cass. com. 17 juin 2008, *Bull. Joly* 2008, p. 967

LYON-CAEN (A)
- note sous Cass. soc. 29 octobre 1996, *Dr. social* 1996, p. 1013

MADON (J) et **JACOMET (T)**
- note sous Cass. com. 31 mars 2004, *Bull. Joly* 2004, p. 836

MAINGUY (D)
- note sous Cass. civ. 3e, 11 mai 2011, *D*. 2011, p. 1460

MALAURIE (P)
- note sous Cass. com. 27 février 1996, *D.* 1996, p. 518
- note sous Cass. civ. 3e, 15 janvier 1997, *D*. 1997, p. 216

MALECKI (C)
- note sous Cass. civ. 3e, 25 avril 2007, *Rev. sociétés* 2007, p. 839

MARCHI
- note sous TGI Chartres, 15 janvier 1991, *Gaz. pal*. 1991, I, jurispr. p. 211

MARTINE (E. N.)
- note sous CA Paris, 28 février 1959, *D*. 1959, p. 353

MASSIP (J)
- note sous CEDH, 1er février 2000, *Mazurek, LPA* 5 juillet 2000, n°133, p. 18

MATSOPOULOU (H)
- note sous Cass. civ. 1re, 20 novembre 2001, *JCP G* 2002, II, 10148
- note sous Cass. crim. 28 janvier 2004, *D*. 2004, p. 1447

MAYAUD (Y)
obs. sous Cass. crim. 20 janvier 2009, *Rev. sc. crim.* 2009, p. 589

MAZEAUD (D)
- obs. sous Cass. civ. 1re 13 avril 1999, *Defrénois* 1999, p. 1001
- note sous Cass. civ. 3e, 11 mai 2011, *D*. 2011, p. 1457

MEKKI (M)
- chron. sous Cass. civ. 3e, 11 mai 2011, *D*. 2012, p. 467

MERLE (P)
- note sous Cass. com. 22 avril 1976, *RJ com.* 1977, pp. 93-96
- note sous Cass. com. 14 janvier 1992, *Rev. sociétés* 1992, p. 44
- note sous Cass. com. 15 juillet 1992, *Rev. sociétés* 1993, p. 400
- obs. sous Cass. com. 9 mars 1993, *Rev. sociétés*, 1993, p. 403

MESTRE (J)
- note sous CA Aix-en-Provence, 28 septembre 1982, *Rev. sociétés* 1983, p. 173
- note sous TC Marseille, 8 septembre 1983, *Rev. sociétés* 1984, p. 80
- note sous CA Aix-en-Provence, 26 juin 1984, *D*. 1985, p. 372

MONEGER (F)
- note sous TGI Orléans, 17 mai 1984, *RCDIP* 1986, p. 307

MONNET (J)
- obs. sous CA Montpellier, 28 mai 2002, *Dr. sociétés* 2003, n°92
- obs. sous TC Paris, 3 décembre 2003, *Dr. sociétés* 2004, n°46

MONNET (J) et **VIDAL (D)**
- note sous CA Paris, 5 décembre 2001, *Dr. sociétés* n°4, 2002, comm. 63

MONSALLIER-SAINT MLEUX
- note sous TC Paris, 3 décembre 2003, *Rev. sociétés* 2005, p. 847

MORANGE (G)
- CE, Ass. 26 octobre 1945, *D*. 1946, p. 148

MORTIER (R)
- note sous Cass. com. 31 janvier 2006, *Bull. Joly* 2006, p. 801
- note sous Cass. com. 5 mai 2009, *Dr. sociétés* 2009, comm. 181
- note sous Cass. com. 7 juillet 2009, *Bull. Joly* 2009, n°211, p. 1053
- note sous Cass. civ. 1re, 15 novembre 2010, *Rev. sociétés* 2011, p. 168
- note sous Cass. com. 3 mai 2012, *Bull. Joly* 2012, p. 701
- note sous Cass. com. 21 janvier 2014, *Dr. sociétés* 2014, n°59
- note sous Cass. com. 6 mai 2014, *Dr. sociétés* 2014, comm. n°182
- note sous Cass. civ. 3e, 8 juillet 2015*, Dr. sociétés* 2015, comm. 190

MONSÈRIÉ-BON et **GROSCLAUD (L)**
- obs. sous Cass. com. 13 novembre 2003, *RTD com*. 2004, p. 118

MOULIN (J.-M.)
- note sous CJCE, 15 octobre 2009, *Bull. Joly* 2010, p. 371

MOURY (J),
- étude sous Cass. com. 5 mai 2009, *Rev. sociétés* 2009, p. 503
- note sous Cass. com. 17 janvier 2012, *D*. 2012, p. 719
- note sous Cass. com. 3 mai 2012, *Rev. sociétés* 2013, p. 18

MOUSSERON (P)
- note sous Cass. com. 24 juin 1997, *JCP* G 1997, II, 22966

MERLE (PH)
- Cass. com. 14 janvier 1992, *Rev. sociétés* 1992, p. 44
- Cass. com. 15 juillet 1992, *Rev. sociétés* 1993, p. 400
- Cass. com. 9 mars 1993, *Rev. Sociétés* 1993, p. 403

NEMOZ-RAJOT (Q)
- note sous Cass. com. 11 juin 2013, *LPA* 2013, n°221, p. 9

NGUYEN QUOC VINH
- note Cons. const. Décision du 27 décembre 1973 n°73-51 DC, *JCP* 1974, II, 17691

NOÉMIE (S)
- note sous Cass. com. 16 juin 1998, *Bull. Joly* 1998, n°12, p. 1279

ODENT (R)

- concl. sous CE Ass. 26 octobre 1945, *S.* 1946, III, p. 1

OHL (D)
- note sous Cass. crim. 4 février 1985, *D.* 1985, p. 478

OPPETIT (B)
- note sous Cass. com. 21 janvier 1970, *JCP* 1970, II.16541
- note sous TC Paris, 1er août 1974, *Rev. sociétés* 1974, p. 685
- note sous Cass. com. 24 févier 1975, *Rev. sociétés* 1976, p. 92

PACLOT (Y)
- note sous Cass. com. 9 mars 1993, *JCP G* 1993, 22107
- note sous Cass. com. 13 décembre 1994, *JCP* E 1995, II, n°705
- note sous Cass. com. 23 octobre 2007, *D.* 2008, p. 47

PACLOT (Y) et **E. MOREAU (E)**
- note sous Cass. civ. 3e, 11 mai 2011, *JCP* G 2011, 736

PAILLUSSEAU (J)
- obs. sous Cass. com. 22 octobre 1969, *JCP* G 1970, 88094

PARACHKÉVOVA (I)
- note sous Cass. com. 17 janvier 2012, *RLDA* 2012/69, n°3899
- note sous Cass. com. 25 septembre 2012, *Bull. Joly* 2013, p. 48

PARLEANI (G)
- note sous Cass. com. 18 novembre 1986, *Rev. sociétés* 1987, p. 581
- note sous CJCE, 15 octobre 2009, *Rev. sociétés* 2010, p. 45

PERCEROU (J)
- note sous Cass. Req. 31 décembre 1906, *D.* 1908, 1, p. 513

PERIN (P.-L.)
- note sous CA Paris, 20 Juin 2013, *Bull. Joly* 2013, n°11, p. 733

PÉTRERKA (N)
- note sous Cass. civ. 3e, 28 novembre 2001, *Bull. Joly* 2002, n°93, p. 427

PHILIP (L)
- note Cons. const. Décision du 27 décembre 1973 n°73-51 DC, *RDP* 1974, pp. 531 et 1099

PICARD
- concl. sous Cass. Req. 16 novembre 1943, *Journ. sociétés* 1944, p. 215

PICOD (Y)
- note sous Cass. com. 15 mars 2011, *D.* 2011, p. 1261

PIEDELIÈVRE (S)
- note sous Cass. com. 30 septembre 2008, *JCP* E 2008, 2353

PIETRANCOSTA (A)
- étude sous Cass. com. 22 février 2005, *Dr. et patr.* mai 2005, p. 63

P. L.
- note sous Cass. com., 16 octobre 1963, *JCP* 1964. II. 13459

PLAISANT (R)
- note sous CA Paris, 17 décembre 1954, *Journ. sociétés* 1955, p. 338
- note sous Cass. civ 1re 17 octobre 1978, *Rev. sociétés* 1979, p. 565

P. M.
- note sous Cass. com. 4 janvier 1994, *de GASTE*, *Quot. jur*. 1994, n°10, p. 4

PORACCHIA (D)
- obs. sous Cass. crim. 12 décembre 2000, *Dr. et patr*. juin 2001, p. 108
- obs. sous Cass. civ. 1re, 20 novembre 2001, *Dr. et patr*. 2002, p. 103
- obs. sous Cass. com. 13 novembre 2003, *Dr. et patr*. mars 2004, p. 107
- obs. sous Cass. crim. 28 janvier 2004, *Dr. et patr*. 7-8/2004, p. 108
- note sous Cass. civ. 1re, 30 mars 2004, *Rev. sociétés* 2005, p. 855
- note sous Cass. com. 16 novembre 2004, *Dr. et patr*. février 2005, p. 133
- obs. sous Cass. com. 22 février 2005, *Dr. et patr*. mai 2005, n°137, p. 102
- note sous Cass. civ. 1re, 19 avril 2005, *Rev. sociétés* 2005, p. 111
- obs. sous Cass. civ. 2e, 13 juillet 2005, *Dr. et patr*. 2005, n°143, p. 89
- note sous Cass. com. 9 juillet 2013, n°12-21.238, *Bull. Joly*, 2013, n°10
- note sous Cass. com. 9 juillet 2013, n°11-27.235, *Bull. Joly*, 2013, n°10
- chron. sous Cass. com. 29 septembre 2015*, Dr. et patr*. juin 2016, p. 88
- chron. sous Cass. civ. 3e, 8 juillet 2015, *Dr. et patr*. juin 2016, p. 87

PORACCHIA (D) et **BARBIER (H)**
- note sous Cass. com. 21 janvier 2014, *Bull. Joly* 2014, p. 212

PORACCHIA (D) et **GASBAOUI (J)**
- note sous Cass. com. 18 décembre 2012, *Bull. Joly*, 2013, p. 176

PUTMAN (E)
- note sous Cass. com. 21 janvier 1997, *RJ com.* 1998, p. 23

RABREAU (A)
- note sous Cass. com. 31 mars 2004, *JCP* E 2004, 929

RABUT
- note sous TGI Dijon, 8 mars 1977, *JCP* N 1978, II, p. 89

RADE (CH)
- chron. sous Cass. soc. 10 juin 2008, *Dr. soc*. 2008, 981

RANDOUX (D)
- note sous TGI Dijon, 8 mars 1977, *Rev. sociétés* 1977, p. 279
- note sous CA Douai, 7 juillet 1994, *Rev. sociétés* 1994, p. 713
- note sous Cass. com. 13 novembre 2003, *Rev. sociétés* 2/2004, p. 365

RAULT (J)
- obs. sous CA Paris, 28 février 1959, *RTD com*. 1960, p. 99

R. B.

- note sous Cass. Req. 23 juin 1941, *Journ. sociétés* 1943, p. 209

REBOUL-MAUPIN (N)
- note sous Cass. civ. 1re, 20 novembre 2001, *Rev. sociétés* 2002, p. 683

REIGNE (P)
- note sous CA Paris, 10 avril 1989, *RFC* sept. 1989, p. 46

REINHARD (Y)
- note sous CA Lyon, 20 décembre 1984, *D*. 1986 p. 506
- note sous Cass. com. 7 mars 1989, *JCP* G 1989, 21316
- obs. sous CA Reims, 24 avril 1989, *RTD com*. 1989, p. 683
- obs. sous Cass. com. 14 janvier 1992, *RTD com*. 1992, p. 636
- note sous CA Lyon, 6 avril 1995, *D*. 1996, p. 216
- note sous Cass. com. 9 février 1999, *RTD. com*. 1999, p. 902

REINHARD (Y) et **PASSOT (F)**
- note sous Cass. com. 7 juillet 2004, *Bull. Joly* 2005, n°1, p. 42

REVET (T)
- note sous Cass. com. 31 mars 2004, *RTD civ*. 2004, p. 318
- note Cass. civ. 1re, 30 mai 2006, *RTD civ*. 2006, p. 589
- obs. sous Cass. civ. 3e 29 novembre 2006, *RTD civ*. 2007, p. 153

REYGROBELLET (A)
- note sous Cass. com. 9 juillet 2013, *RLDA* 2013/86, n°4753

RIASSETTO (I)
- note sous Cass. com. 9 juin 2004, n°01-12.887, *Banque et droit* 2005, n°100, p. 37

RIPERT (G)
- note sous Cass. com. 22 octobre 1956, *D*. 1957, jurispr. p. 177

RIVERO (M. J.)
- note sous CE, 9 mars 1951, *Dr. social* 1951, p. 368

RIVERO (J)
- note sous Cons. const. 23 juillet 1975, *AJ* 1976, p. 44

RIVES-LANGES (J.-L.)
- obs. sous Cass. com. 19 avril 1985, *Banque* 1985, n°453, p. 856

RODIERE (R)
- obs. sous CA Paris, 22 mai 1965, *RTD com*. 1965, p. 619
- note sous CA Rouen 8 février 1974, *Rev. sociétés* 1974, p. 507

ROME (F)
- édito. sous Cass. civ. 3e, 11 mai 2011, *D*. 2011, p. 1273

RONTCHEVSKY
- note sous Cass. com. 12 mars 1996, *Bull. Joly* 1996, p. 516

ROUQUET
- obs. sous Cass. civ. 3e, 7 mai 2008, *D*. 2008, p. 1413

ROUSSEAU (H)
- note sous Cass. Civ. 9 février 1937, *S*. 1937, p. 129

ROUSSEAU (M)
- note sous CA Paris, 2 juillet 1930, *S.* 1931, II, p. 169

ROUSSEL (G)
- note sous Cass. crim. 18 décembre 2007, *AJP* 2008, p. 140

ROUSSILLE (M)
- obs. sous Cass. com. 25 septembre 2012, *Dr. sociétés* 2012, n°12, comm. n°206

SAINT-JOURS (Y)
- note sous Cass. soc. 10 juillet 1996, *JCP* G 1997, II, 22768

SAINTOURENS (B)
- note sous CA Paris, 3 décembre 1993, *Bull. Joly* 1994, p. 299
- note sous Cass. civ. 4 avril 1995, *Rev. sociétés* 1996, p. 309
- note sous Cass. com. 13 février 1996, *Rev. sociétés* 1996, p. 771
- note sous Cass. com. 21 janvier 1997, *Rev. Sociétés* 1997, p. 527
- note sous Cass. com. 24 juin 1997, *Bull. Joly* 1997, p. 871
- note sous CA Paris, 6 avril 1999, *Bull. Joly* 1999, p. 1168
- note sous Cass. com. 13 novembre 2003, *Rev. sociétés* 2004, p. 97
- note sous Cass. com. 30 novembre 2004, *Bull. Joly* 2005, p. 410
- note sous Cass. soc. 25 octobre 2005, *Bull. Joly* 2006, n°3, p. 395
- note sous Cass. civ. 3e, 25 avril 2007, *Bull. Joly* 2007, p. 1022

SARRUT (L)
- note sous Cass. ch. Réunies, 14 mars 1914, *D.* 1914, 1, p. 257

SCHILLER (S)
- note sous Cass. civ. 1re, 31 octobre 2007, *Rev. sociétés* 2008, p. 321

SCHLUMBERGER (E)
- note sous Cass. civ. 3e, 8 juillet 2015, *Rev. sociétés* 2016, p. 169

SCHMIDT (D)
- note sous CA Douai, 11 février 1972, *D*. 1972, p. 279
- note sous Cass. com. 19 avril 1972, *D*. 1972, Jur. p. 538,
- note sous Cass. com. 22 avril 1976, *Rev. sociétés* 1976, p. 479
- note sous CA Paris, 30 octobre 1976, *Rev. sociétés* 1977, p. 695
- note sous Cass. com. 30 mai 1980, *Rev. sociétés* 1981, p. 313
- note sous Cas. com. 19 décembre 1983, *Rev. sociétés* 1985, p. 105
- note sous Cass. com. 14 décembre 2004, *Bull. Joly* 2005, p. 512
- note sous Cass. com. 20 mars 2007, *Bull. Joly* 2007, p. 745
- note sous Cass. com. 23 octobre 2007, *Bull. Joly* 2008, p. 101
- note sous CJCE, 15 octobre 2009, *Bull. Joly Bourse* 2010, n°1, p. 34

SCHÖDERMEIER (M. D.)

- note sous CA Paris, 8 octobre 1993, *Bull. Joly* 1993, p. 1231

SCHOLER (P)
- note sous Cass. com. 30 mai 2000, *Bull. Joly* 2000, n°11, p. 1094
- note sous Cass. com. 6 février 2007, *Bull. Joly* 2007, p. 690

SEGONDS (M)
- obs. Cass. crim. 20 janvier 2009, *Dr. pénal* 2009, Chron. 10

SORTAIS (J.-P.)
- note sous CA Aix-en-Provence, 6 octobre 1981, *Rev. sociétés*, 1982, p 308,
- note sous Cass. com. 17 novembre 1992, *D*. 1993, Jur. 241

SOUSI (G)
- note sous Cass. civ 1re, 4 novembre 1982, *Rev. sociétés*, 1983, p. 826

SYLVESTRE (S)
- note sous Cass. com. 18 Juin 2002, *Bull. Joly* 2002, p. 1222
- note sous CA Paris, 21 février 2003, *Bull. Joly* 2004, p. 262

TASTE (A) et **MENJUCQ (M)**
- note sous Cass. com. 8 février 2005, *Rev. sociétés* 2006, p. 94

TERRÉ (F)
- note sous Cass. com. 13 juin 1978, *Rev. sociétés* 1979, p. 843

THALLER (E)
- Cass. 30 mai 1892, *D*. 1893, pp. 1 et 105

THIERRY (J)
- note sous, CEDH, 1er février 2000, *D*. 2000, p. 332

THUILLIER (B)
- obs. sous Cass. com. 13 novembre 2003, *D*. 2004, somm. 2033
- obs. sous Cass. com. 31 mars 2004, *D*. 2005, Pan. 1430,
- obs. sous Cass. com. 22 février 2005, *D*. 2005, Pan. 1430

TRÉBULLE (F.G.)
- note sous Cass. com. 9 juin 2004, *Dr. sociétés* 2005, n°24

TREPPOZ (E)
- note sous Cass. civ. 1re, 2 octobre 2001, *JCP* E 2002, p. 593

VELARDOCCHIO (D)
- Cass. com. 15 février 1994, *Bull. Joly* 1994, p. 508

VERON (M)
- obs. Cass. crim. 18 décembre 2007, *Dr. pénal* 2008, comm. 41

VIANDIER (A)
- note sous Cass. com. 10 janvier 1989, *JCP* 1989, II, 21256 ; *JCP* E 1989, II, 15492
- obs. sous Cass. com. 7 mars 1989, *JCP* E 1989, II, 15517

- note sous Cass. com. 14 janvier 1992, *JCP* E 1992, II, n°302, p. 125
- note sous Cass. com. 12 janvier 1993, *JCP* E 1993, II, 415
- note sous Cass. com. 9 mars 1993, *JCP* E 1993, II, p. 141
- obs. sous Cass. com. 4 juin 1996, *JCP* E 1996, I, p. 589
- note sous CA Paris, 27 février 1997, *JCP* E 1997, II, n°982
- obs. sous CA Paris, 3 mai 2001, *JCP* E 2001, p. 1046
- note sous Cass. civ. 1re, 20 novembre 2001, *JCP E* 2002, n°5, p. 225
- note sous Cass. com. 18 Juin 2002, *JCP* E 2002, 1556
- note sous Cass. com. 13 novembre 2003, *JCP* E 2004, p. 337
- note sous TC Paris, 3 décembre 2003, *JCP* E 2004, p. 71
- note sous Cass. com. 8 mars 2005, *Rev. sociétés*, 2005, p. 817
- note sous Cass. com. 20 mars 2007, *JCP* E 2007, I, 1755
- note sous Cass. com. 3 mai 2012, *JCP* E 2012, 1395

VIANDIER (A) et **CAUSSAIN (J.-J.)**
- obs. sous Cass. com. 20 mai 1986, *JCP* E 1986, I, 15846, n°1
- obs. sous Cass. civ. 1re, 7 avril 1987, *RDB* 1987, p. 92
- note sous CA Reims, 24 avril 1989, *JCP* E 1990, II, 15677, n°2
- obs. sous Cass. com. 4 janvier 1994, *JCP* E 1994, I, 363
- obs. sous CA Paris, 10 mai 1995, *JCP E* 1995, I, p. 505, n°1
- note sous Cass. com. 12 mars 1996, *JCP* E 1996, I, 589, comm. n°11
- note sous Cass. com. 5 mai 1998, *JCP* E 1998, p. 1303
- obs. sous TC Paris, 26 avril 1999, *JCP* 1999, I, n°162
- note sous Cass. com. 13 novembre 2003, *JCP* E 2004, p. 337

VIDAL (D)
- note sous CA Paris, 18 décembre 1985, *RJ com.* 1988, p. 89
- obs. sous CA Paris, 30 juin 1995, *Dr. sociétés* 1995, n°198
- obs. sous Cass. com. 5 mai 1998, *Dr. Sociétés* 1998, n°129
- comm. sous CA Paris, 31 mars 2000, *Dr. sociétés* 2000, n°10, comm. 142
- obs. sous Cass. com. 18 avril 2000, *Dr. sociétés* 2000, comm. n°108

WALINE (M)
- note sous CE, 28 mai 1971, *RDP* 1972, p. 454

ZATTARA-GROS (A.-F.)
- note sous Cass. com. 11 juin 2013, *Gaz. pal*. 2013, p. 3121
- note sous Cass. com. 9 juillet 2013, *Gaz. pal*. 15-17 septembre 2013, p. 22

ZENATI (F)
- obs. sous Cass. com. 4 janvier 1994, *RTD civ*. 1994, p. 644

INDEX ALPHABÉTIQUE

A

Abus de droit de vote, **99** s.
- doctrine contractuelle, **101** s.
- doctrine de l'entreprise, **105** s.

Abus de majorité
- critères, **111** s.
- définition, **100**

Abus de minorité et d'égalité
- critères, **111** s.
- définition, **100**.

Actions de sociétés
- gratuites, **164** s., 553, 556, 741.
- spécifiques ou *Golden shares*, **334,** 602.

Actions de préférence, **274** s.
- conception large, **283** s.
- conception stricte, **279** s.
- discussion des conceptions, **285** s.
- la question du monopole dans les SAS, **292** s.
- rachetables, 432, **659** s.

Actions reflets, **637**.

Action *ut singuli,* 562 s.

Administrateur provisoire et mandataire *ad hoc*, 572, 573.

***Affectio societatis,* 182** s.
- absence de lien avec le principe d'égalité, **198** s.
- conception pluraliste, **189 s**.
- conception unitaire, **185** s.
- définition retenue, **190** s.
- notion, **183** s

Agrément légal, 513, 549, 595, **659, 679**
- dispense, 249, **657**.

Altérité complexe, **254** s.

Apport, **159** s.(*voir aussi obligation d'apport*)
- absence de lien avec le principe d'égalité, **163** s.
- obligation (*Voir cette rubrique*).
- notion, **160 s.**

Apporteur en industrie
- absence de discrimination par rapport aux apporteurs en capital, **325 s**.
- caractéristiques, **320** s.

Assemblées générales
- approbation des avantages particuliers, **394** s., **426 s**.
- convocation **581** s.
- demande d'annulation, **577**
- possibilité de se faire assister par un tiers, **694** s.
- expression de la volonté sociale, **598** s.

Assemblées spéciales, **409** s, 432, 438, 439, 609.

Associés
- catégorisation, **240**.
- définition, **24** s.
- diversité, **46**.

Associé commanditaire
- absence de discrimination par rapport aux commandités, **328**
- caractéristiques, **326 s.**
- défense d'immixtion du commanditaire, **327**, 729.

Augmentation de capital
- discriminatoire, **650** s.

Avantage
- notion, **246** s.
- personnel, **258** s.

Avantages particuliers

- action de préférence réservée, **336** s.
- assortis ou non de contrepartie, **342** s.
- contrôle (*voir procédure de vérification*).
- création et disparition (*voir inégalité entre associés-rubrique naissance et extinction*).
- définition classique, **333** s.
- définition moderne, **339** s.
- fondements juridiques, **363** s.

B

Bénéfices
- notion, **172 s**.
- droit aux (*voir cette rubrique*)
- répartition proportionnelle, **61**.

Boni de liquidation, 322, 354.
- définition, **507 s**.
- droit au (*voir cette rubrique*).

C

Capital social, 168 (*voir aussi augmentation de capital*)
- amortissement, 168, 556, **639**.
- fixité, 467, 668.
- réduction (*voir cette rubrique*).

Catégorie de titres
- appréciation, **270** s.
- en voie de disparition, **275**
- notion, **264** s**.**
- protection des titulaires en cas de modification, **402** s.

Clause d'agrément, 354, 406, 676, **678** s.
Clause de première offre, 689.
Clause de préemption, **684** s.
Clause de *ratchet*, **652**.
Clause d'exclusion ou de rachat forcé
- limitées à certains associés, **733** s.
- validité **530** s.

Clause d'inaliénabilité, 252, 481, 514, **673** s.
Clause d'intérêt fixe, **469**, **638**.
Clauses léonines
- notion, **461** s.
- relatives aux bénéfices **464** s.
- relatives aux pertes, **550** s.

Commissaires aux comptes
- demande de nomination ou de récusation par les associés, **567 s**.
- appréciation des avantages particuliers, **387** s.

Compte courant d'associés, 253, 510, 514.
Consentement des parties
- dans la création de l'inégalité, **375** s.
- dans la disparition de l'inégalité, **431** s.
- fondement contractuel, **415** s.

Convention de vote, 594, **716** s.

D

Désavantage
- notion, **251** s.
- personnel, **258** s.

Désavantages particuliers
- création et disparition (*voir inégalité entre associés-rubriques naissance et extinction*).
- définition, **345** s.
- fondements juridiques, **369**, **370**.

Dissolution de la société, 177, 310, 327.
- demandée par les associés, **576**.

Dividendes (*voir aussi droit aux bénéfices*)
- *access*, **637**.
- cumulatifs, **640**.
- fictifs, **467**.
- majorés, 252, **636**.
- minorés, **645**.
- naissance, **175**.
- payables dans une autre société, **644**.
- paiement en titre de capital, **640**.

- paiement en nature, **641**.
- préciputaires, **639**.
- prime de fidélité, **260**, 268, 316.
- suspendus, **646**.

Droit à l'information, **489** s., **720** s.
- aménagement discriminatoire, **720** s.
- exerçable dans une autre société, **722.**
- portée, **491 s.**
- signification, **490 s**.

Droit à l'intangibilité des engagements, 538 s., **736** s.
- aménagement discriminatoire, **736** s.
- notion d'augmentation des engagements, 406, **539** s.
- portée, **543** s.

Droit aux bénéfices, **172 s**., **461 s**., **633** s.
- aménagement discriminatoire, **634** s.
- nature et portée, **461** s.

Droit au boni de liquidation, **507** s., **635** s.
- portée, **509**.
- renforcé, **636**.
- réduit, **645**.

Droit au remboursement des apports, 510 s., **634** s.
- aménagement discriminatoire, **635** s.
- portée, **512**.
- signification, **510, 511**.

Droit de céder ses titres, 513 s., **656** s.
- aménagement discriminatoire, **657** s.
- portée, **514** s.
- signification, **513**

Droit de participer à la gestion, 518 s., **725** s.
- exclusion d'associés de la gestion, **729** s.
- portée, **520** s.
- signification, **518 s.**
- réservation de postes, **726** s.

Droit de participer aux décisions collectives, 471 s., **693** s.,
- portée, **476** s.
- contenu, **472** s.

Droit de rester associé, **527** s., **731** s.
- aménagement discriminatoire, **732** s.
- sens et portée, **527 s.**

Droit de retrait, 536.

Droit de véto, 601 s., **707 s.**
- aux assemblées générales, **601** s., **707** s.
- aux décisions des organes de gestion, **608**.
- dans les associations, **611** s.
- définition, **602**.

Droit de vote, 483 s., **703** s.
- double, **261**, 266, 316, 704
- exerçable dans une autre société, **709**.
- liberté de vote, **591** s.
- plafonnement, **713**.
- portée, **487**
- renforcement, **705** s.
- répartition légale, **62**, **64**.
- suppression, **712**
- suspension, **714**

Droits financiers
- répartition, **61**.
- aménagement inégalitaire, **634** s.

Droit préférentiel de souscription, 522 s., 650, 651

Droits propres de l'actionnaire
- (*voir théorie des droits propres*)

E

Égalité en droit commun, **2** s., 12 s.

Égalité en droit des sociétés (principe)
- champ d'application, **43** s.
- fondements juridiques, **8** s.,**81** s.
- portée, **16** s.
- proportionnel, **61** s.
- signification, **55** s.
- termes du rapport d'égalité, **48** s.
- absence de consécration en droit interne, **80** s., 97 s.
- absence de consécration en droit communautaire, **94** s.
- absence de sanction par la jurisprudence **98** s.
- absence de contenu, 142 s.
- arithmétique, **64**

Égalité en droit financier, 6, **89 s**.
Équité, 91**, 181**.
Exclusion légale, 529.
Expertise de gestion, 316, 322, 490
- droit de demander la nomination, **574, 575**.
-

I

Inégalité
- définition, **22, 23, 242**.

Inégalité entre associés
- critère matériel, **244** s.
- critère personnel, **298** s.
- extinction, **431** s.
- identification, **313** s.
- naissance, **375** s.
- fondements juridiques, **351** s.

Intérêt commun des associés
- absence de lien avec le principe d'égalité, **207** s.
- notion, **204** s.

Intérêt social, **214** s.
- autres conceptions, **222**.
- comme intérêt des associés, **218** s.
- comme intérêt de l'entreprise, **217**
- comme intérêt de la personne morale, **221.**
- conception jurisprudentielle, **223 s.**
- définition retenue, **225 s.**
- remise en cause du principe d'égalité, **227** s.
-

J

Justice
- commutative, **57**.
- distributive, **58**.
-

L

Limitation de responsabilité
- (*voir principe de limitation*)

Liquidateur
- demande de nomination, **570**.

Loi de la majorité, 229 s., **598 s.**
- origine et signification, **230** s.
- anéantissement du principe d'égalité, **234** s.
-

N

Normes juridiques
- critères, **133** s.
- définitions, **132**.
-

O

Obligation d'apport, **556** s., **740** s.
- aménagement inégalitaire, **741** s.
- portée, **557** s.

Obligation de contribuer aux pertes, **550** s., **749** s.
- allègement, **750** s.
- moment d'exécution, **177**.
- exécution en cours de vie sociale, **753** s.
- nature et portée, **550** s.
- aggravation, **752 s.**

Obligation de non concurrence
- apporteur en industrie, **323**.
- clause de non concurrence, **253**

Ordre du jour des assemblées
- demande d'inscription de points ou de projets, **587** s.
-

P

Personnalité morale et principe d'égalité entre associés, 213 s.
Pertes sociales (*voir aussi obligation de contribuer*)
- notion, **177**.
- répartition légale, **178**

Parts fondateurs
- conversion en actions, **201**.

Parts sociales catégorielles
- notion, **296**.
- validité, **367**, **368**.

Participation aux résultats, 170 s.
- absence de liens avec le principe d'égalité, **180** s.

Principe de limitation de responsabilité, 754.
Principe de séparation des pouvoirs, 623 s.
Principes généraux du droit
- consécration, **71** s.
- critère de généralité, **136** s.
- notion, **127** s.

Procédure de vérification, 365, **378** s.
- domaine, **379** s.
- information des associés, **387** s.
- (*voir aussi rubrique assemblée générale*)
-

R

Rachat de titres
- consécutif à un refus d'agrément ou l'exercice du droit de retrait, 514, 536, **659**.
- programmes (de), **661** s.
- promesses (de), 372, 662, **659** s.

Réduction de capital
- respect de l'égalité entre associé, 9, 81, 661
- discriminatoire, **655**

S

Souscription
- qualification contractuelle, **415** s.

T

Théories des bases essentielles, 232, **496**.
Théories des droits propres de l'associé, 232, **495** s.
Tiers
- en droit des obligations, **304 s.**
- en droit des sociétés **27**, **310, 311**

Titres sociaux
- évaluation discriminatoire, **358** s.

U

Unanimité, 230 s., 400, **406**, 410, **596**, 705
Usufruitier
- qualité d'associé, 26, 27, 486
- droit de vote, **472** s., 486,

TABLE DES MATIERES

Introduction ---- 1

Première partie – La réception de l'inégalité entre associés en droit des sociétés ---- 23

Titre 1 – La remise en cause du principe d'égalité entre associés en droit des sociétés ---- 27

Chapitre liminaire – Retour sur la notion d'égalité en droit des sociétés ---- 29

Section 1 – La délimitation des contours de l'égalité en droit des sociétés ---- 29
§1/ Le domaine de l'égalité en droit des sociétés ---- 30
§2/ Les termes du rapport d'égalité en droit des sociétés ---- 33
Section 2 – La signification de l'égalité en droit des sociétés ---- 36
Conclusion du chapitre liminaire ---- 41

Chapitre 1 – L'égalité entre associés, un faux principe du droit positif ---- 43

Section 1 – Un principe introuvable parmi les principes généraux du droit positif ---- 43
§1/ La consécration des principes généraux en droit positif ---- 44
§2/ L'absence de consécration du principe d'égalité entre associés en droit positif ---- 47
A/- Un principe nulle part affirmé dans la législation positive ---- 48
I/- Les enseignements du droit national ---- 48
II/- Les enseignements du droit communautaire ---- 57
B/- Un principe non consacré par la jurisprudence actuelle ---- 59
I/- La réticence du juge judiciaire à appliquer ou à sanctionner le principe ---- 59
II/- L'ambiguïté de la jurisprudence constitutionnelle ---- 72
Section 2 – Un principe exclu de la qualification de principe général du droit ---- 75
§1/ La notion de principe général du droit ---- 76
§2/ L'application de la notion de principe général du droit à l'égalité entre associés ---- 83
A/- L'égalité entre associés n'est pas une norme juridique ---- 84
I/- L'absence de contenu du principe d'égalité entre associés ---- 84
II/- L'a-juridicité du principe d'égalité entre associés ---- 85
a) Principe d'égalité entre associés et critère de la sanction ---- 85
b) Principe d'égalité entre associés et critère de l'effectivité ---- 87
c) Principe d'égalité entre associés et critère de l'insertion au système juridique ---- 87
B/- L'inutilité du détour par le critère de la généralité ---- 89
Conclusion du chapitre 1 ---- 89

Chapitre 2 – L'égalité entre associés, un faux principe du droit des sociétés ---- 90

Section 1 – L'introuvable lien entre principe d'égalité entre associés et contrat de société ---- 90
§1/ Égalité entre associés et éléments constitutifs du contrat de société ---- 90
A/- Égalité entre associés et apport ---- 91
I/- Notion d'apport ---- 91
II/- Présentation critique du fondement de l'obligation d'apport ---- 93
B/- Égalité entre associés et participation aux résultats ---- 96
I/- Notion de participation aux résultats ---- 97
II/- Présentation critique du fondement de la vocation aux résultats ---- 101
C/- Égalité entre associés et affectio societatis ---- 102
I/- Notion d'*affectio societatis* ---- 103
II/- Présentation critique du fondement de l'*affectio societatis* ---- 111

§2/ Égalité entre associés et intérêt commun des associés ---- 113
A/- Notion d'intérêt commun des associés ---- 114
B/- Présentation critique du fondement de l'intérêt commun des associés ---- 115
Section 2 – La négation du principe d'égalité entre associés par la personnalité morale ---- 117
§1/ Égalité entre associés et intérêt social ---- 118
A/- Notion d'intérêt social ---- 118
B/- La relativisation du principe d'égalité par l'intérêt social ---- 124
§2/ Égalité entre associés et contrôle de la société ---- 125
A/- Présentation du principe majoritaire ---- 126
B/- La relativisation du principe d'égalité entre associés par la règle majoritaire ---- 128
Conclusion du chapitre 2 ---- 129
Conclusion du Titre 1 ---- 131

Titre 2 – La reconnaissance de l'inégalité entre associés en droit des sociétés ---- 133

Chapitre 1 – La détermination de l'inégalité entre associés en droit des sociétés ---- 135

Section 1 – Les critères de l'inégalité entre associés ---- 135
Sous-section 1 – Le critère matériel de l'inégalité entre associés ---- 136
§1/ La nature protéiforme du critère matériel ---- 136
A/- L'altérité-avantage ---- 136
B/- L'altérité-désavantage ---- 139
C/- Les hypothèses complexes ---- 140
§2/ Les véhicules du critère matériel ---- 141
A/- L'altérité attachée à la personne ---- 142
B/- L'altérité attachée aux titres sociaux ---- 144
I/- Notion de catégorie de titres sociaux ---- 145
a) La définition de la catégorie de titres sociaux ---- 145
b) L'appréciation quelquefois délicate de la catégorie de titres sociaux ---- 147
II/- Typologie des catégories de titres sociaux ---- 149
a) Les actions de préférence ---- 149
1) Définition de l'action de préférence ---- 151
α- Conception restrictive de l'action de préférence ---- 152
β- Conception large de l'action de préférence ---- 154
ϒ- Discussion des conceptions ---- 155
2) Actions de préférence et SAS ---- 159
b) Les parts sociales catégorielles ---- 160
Sous-section 2 – Le critère personnel de l'inégalité entre associés ---- 161
§1/ La nécessaire limitation du nombre des associés destinataires de l'altérité ---- 162
§2/ La nécessaire prise en compte de la qualité d'associés des destinataires de l'altérité ---- 163
Section 2 – L'identification de l'inégalité entre associés ---- 168
§1/ Les fausses situations d'inégalité entre associés ---- 169
A/- L'altérité ouverte à tous les associés ---- 169
B/- L'altérité attachée à un statut accessible à tous les associés ---- 171
I/- La situation de l'apporteur en industrie ---- 171
II/- La situation de l'associé commanditaire ---- 175
§2/ Les vraies situations d'inégalité entre associés ---- 177
A/- Les avantages particuliers profitant à un ou certains associés ---- 177
I/- Définition de l'avantage particulier ---- 178
a) Déclin de la conception unitaire ou classique de l'avantage particulier ---- 178
1) Rappel de la conception classique ou unitaire ---- 178
2) Limites de la conception classique ou unitaire ---- 180
b) Naissance d'une conception pluraliste ou moderne de l'avantage particulier ---- 182

II/- Avantage particulier et inégalité entre associés ---- 183
B/- Les désavantages particuliers supportés par un ou certains associés ---- 184
Conclusion du chapitre 1 ---- 185
Chapitre 2 – Le cadre juridique de l'inégalité entre associés en droit des sociétés ---- 187
Section 1 – La consécration de l'inégalité entre associés ---- 187
§1/ L'affirmation législative de la validité de l'inégalité entre associés ---- 187
A/- La validité de l'inégalité quant à son objet ---- 187
B/- La validité de l'inégalité quant à ses formes ---- 191
I/- La légitimité des avantages particuliers ---- 192
a) Une légitimité expressément affirmée dans les sociétés par actions ---- 192
b) Une légitimité implicitement admise dans les autres formes sociales ---- 193
II/- La légitimité des désavantages particuliers ---- 194
§2/ La confirmation jurisprudentielle de la validité de l'inégalité entre associés ---- 195
Section 2 – Le contrôle de l'inégalité entre associés ---- 197
Sous-section 1 – Le nécessaire accord de volontés des parties dans la création de l'inégalité entre associés ---- 197
§1/ Les hypothèses où l'accord de volontés des parties est prévu par la loi ---- 197
A/- La création d'avantages particuliers dans les sociétés par actions ---- 198
I/- Le consentement de la société ---- 198
a) Le domaine de la procédure de vérification des avantages particuliers ---- 199
b) La description de la procédure de vérification des avantages particuliers ---- 203
1) L'information des associés non-bénéficiaires des avantages ---- 203
2) Le vote de l'assemblée générale ---- 207
II/- Le consentement des associés attributaires des avantages ---- 211
B/- La création de certains désavantages particuliers ---- 213
I/- Les désavantages augmentant les engagements des associés débiteurs ---- 213
II/- Les désavantages résultant d'une modification de l'altérité attachée à une catégorie d'actions ---- 215
§2/ Les hypothèses où l'accord de volontés des parties n'est pas prévu par la loi ---- 216
A/- La détermination des hypothèses ---- 216
B/- La solution retenue : l'exigence d'un accord des parties ---- 217
I/- Le fondement de l'exigence d'un consentement des parties ---- 217
II/- Les modalités d'exercice du consentement des parties ---- 224
a) L'expression du consentement de la société ---- 225
b) L'expression du consentement des associés destinataires de l'altérité ---- 226
Sous-section 2 – Le nécessaire accord de volonté des parties dans la disparition de l'inégalité entre associés ---- 227
§1/ L'extinction contractualisée de l'inégalité entre associés ---- 228
§2/ L'extinction non contractualisée de l'inégalité entre associés ---- 229
A/- Le consentement des parties dans la disparition des avantages particuliers ---- 229
I/- Dans les sociétés par actions, autres que les SAS ---- 230
II/- Dans les autres sociétés ---- 231
B/- Le consentement des parties dans la disparition des désavantages particuliers ---- 232
Conclusion du chapitre 2 ---- 232
Conclusion du Titre 2 ---- 233
Conclusion de la première partie ---- 234

Seconde partie – L'encadrement de l'inégalité entre associés en droit des sociétés ---- 236

Titre 1 – La matrice impérative d'associé ---- 240

Chapitre 1 – L'inégalité limitée par la qualité d'associé ---- 242

Section 1 – L'impossibilité d'anéantir les droits inhérents à la qualité d'associé ---- 242

§1/ Les droits inhérents à la qualité d'associé expressément proclamés par le droit des sociétés -- 243
A/- Les droits inhérents à la qualité d'associé consacrés par la loi ---------- 243
I/- Le droit conditionnel aux bénéfices et aux réserves ---------- 243
II/- Le droit de participer aux décisions collectives ---------- 250
B/- Les droits inhérents à la qualité d'associé consacrés par la jurisprudence ---------- 255
I/- Le droit de vote ---------- 255
II/- Le droit à l'information ---------- 257
§2/ La détermination des autres droits inhérents à la qualité d'associé ---------- 260
A/- L'inutile recours à la théorie des droits propres de l'associé ---------- 261
I/- La signification de la théorie des droits propres de l'associé ---------- 261
II/- Les limites de la théorie des droits propres de l'associé quant à la détermination des droits inhérents à la qualité d'associé ---------- 264
B/- La recherche des autres droits inhérents à la qualité d'associé ---------- 265
I/- Les autres droits pécuniaires et la qualité d'associé ---------- 265
a) Droit au boni de liquidation et qualité d'associé ---------- 265
b) Droit au remboursement des apports et qualité d'associé ---------- 267
c) Droit de céder ses titres et qualité d'associé ---------- 269
II/- Les autres droits extrapécuniaires et la qualité d'associé ---------- 270
a) Droit à la gestion de la société et qualité d'associé ---------- 271
b) Droit préférentiel de souscription (DPS) et qualité d'associé ---------- 272
c) Droit de rester associé et qualité d'associé ---------- 276
III/- Droit à l'intangibilité des engagements et qualité d'associé ---------- 282
Section 2 – L'impossibilité d'anéantir les obligations inhérentes à la qualité d'associé ---------- 287
§1/ Le devoir éventuel de contribuer aux pertes sociales ---------- 288
§2/ Le devoir d'effectuer un apport ---------- 292
Conclusion du chapitre 1 ---------- 293
Chapitre 2 – L'inégalité limitée par la qualité d'organe de l'associé ---------- 294
Section 1 – L'impossibilité d'anéantir les droits individuels attribués aux associés en tant qu'organe de la société ---------- 294
§1/ Les droits exerçables en dehors des assemblées générales ---------- 294
A/- Le droit d'exercer l'action sociale ut singuli ---------- 295
B/- Les autres droit exerçables hors assemblée ---------- 298
§2/ Les droits exerçables dans le cadre des assemblées générales ---------- 303
A/- Les droits exerçables préalablement à la tenue des assemblées générales ---------- 303
I/- Le droit de convocation des assemblées générales ---------- 303
II/- Le droit de demander l'inscription de points ou de projets à l'ordre du jour ---------- 306
B/- Les droits exerçables lors des assemblées générales ---------- 307
Section 2 – L'impossibilité d'anéantir le droit collectif des associés d'exprimer la volonté sociale ----- 309
§1/ Un droit exercé dans les décisions collectives ---------- 310
A/- Un pouvoir exercé par la majorité ---------- 311
B/- La question de la légitimité du droit de véto aux décisions collectives ---------- 312
I/- Une question controversé en droit positif ---------- 313
a) Les positions doctrinales ---------- 313
b) La position jurisprudentielle ---------- 315
II/- Synthèse ---------- 317
§2/ Un droit d'ordre public ---------- 319
Conclusion du chapitre 2 ---------- 321
Conclusion du Titre 1 ---------- 322

Titre 2 – Une liberté résiduelle d'aménagement inégalitaire ---- 324

Chapitre 1 –L'aménagement inégalitaire des droits des associés ---- 326

Section 1 – L'aménagement inégalitaire des droits patrimoniaux des associés ---- 326
§1/ Les discriminations possibles sur les droits financiers des associés ---- 326
A/- Les avantages particuliers liés aux droits financiers des associés ---- 327
B/- Les désavantages particuliers liés aux droits financiers des associés ---- 332
§2/ Les discriminations possibles sur les titres sociaux ---- 333
A/- Les discriminations relatives à la composition du capital social ---- 333
I/- Les avantages particuliers liés à la participation dans le capital social ---- 333
II/- Les désavantages particuliers liés à la participation dans le capital social ---- 335
B/- Les discriminations relatives au droit de céder les titres sociaux ---- 336
I/- Les avantages particuliers liés au droit de céder les titres sociaux ---- 336
II/- Les désavantages particuliers liés au droit de céder les titres sociaux ---- 346
Section 2 – L'aménagement inégalitaire des droits extrapatrimoniaux des associés ---- 353
§1/ Les discriminations possibles sur les droits d'intervention des associés ---- 354
A/- Les discriminations relatives au droit de participer au pouvoir délibératif ---- 354
I/- Les discriminations liées au droit de participer aux décisions collectives ---- 354
a) Les avantages particuliers liés au droit de participer ---- 354
b) Les désavantages particuliers liés au droit de participer ---- 357
II/- Les discriminations relatives au droit de vote des associés ---- 358
a) Les avantages particuliers liés au droit de vote des associés ---- 358
b) Les désavantages particuliers liés au droit de vote des associés ---- 361
III/- Les discriminations relatives au droit à l'information des associés ---- 366
a) Les avantages particuliers liés au droit à l'information des associés ---- 367
b) Les désavantages particuliers liés au droit à l'information des associés ---- 368
B/- Les discriminations relatives au droit de participer au pouvoir exécutif ---- 368
I/- Les avantages particuliers liés au droit de participer à la gestion ---- 368
II/- Les désavantages particuliers liés au droit de participer à la gestion ---- 370
§2/ Les discriminations possibles sur le droit de rester dans la société ---- 370
A/- Les avantages particuliers liés au droit de rester dans la société ---- 370
B/- Les désavantages particuliers liés au droit de rester dans la société ---- 371
Section 3 – L'aménagement discriminatoire des engagements des associés ---- 372
Conclusion du chapitre 1 ---- 373

Chapitre 2 –L'aménagement inégalitaire du contenu des obligations de l'associé ---- 375

Section 1 – Les combinaisons inégalitaires possibles sur l'obligation d'apport ---- 375
§1/ Les avantages particuliers liés à l'obligation d'apport ---- 375
§2/ Les désavantages particuliers liés à l'obligation d'apport ---- 377
Section 2 – Les combinaisons inégalitaires possibles sur la contribution aux pertes ---- 378
§1/ Les avantages particuliers liés à la contribution aux pertes ---- 378
§2/ Les désavantages particuliers liés à la contribution aux pertes ---- 379
Conclusion du chapitre 2 ---- 379
Conclusion du Titre 2 ---- 380
Conclusion de la première partie ---- 381
Conclusion générale ---- 382
Bibliographie ---- 384
Index ---- 458
Table des matières ---- 464