



LIBERTÉ CONTRACTUELLE ET DROIT DES SOCIÉTÉS *

CONFÉRENCE ASSOCIATION DROIT ET COMMERCE
TRIBUNAL DE COMMERCE DE PARIS - 27 JANVIER 2003

PAR YVES GUYON

*Professeur émérite de l'Université Paris I (Panthéon-Sorbonne)
Directeur de la Revue des sociétés*

1. Les relations de la liberté contractuelle et du droit des sociétés une question qui a beaucoup évolué depuis une dizaine d'années et qui continuera vraisemblablement de le faire. En effet les sociétés, au moins lorsqu'elles sont pluri-personnelles, sont à la fois des contrats et des personnes morales et selon que l'on fait prévaloir l'une ou l'autre de ces composantes l'étendue de la liberté reconnue aux associés est plus ou moins étendue.

Dans une conception contractuelle de la société, la liberté est le principe, comme dans tout contrat. Tout ce qui n'est pas contraire à l'ordre public est par conséquent permis. Dans une conception institutionnelle au contraire, fondée sur l'idée que la personnalité morale produit des effets à l'égard des tiers, les sociétés sont régies par une réglementation impérative, à laquelle les associés ne peuvent déroger que dans les cas où la loi l'autorise expressément. Tout ce qui n'est pas permis est interdit.

2. Le droit français a toujours été partagé entre ces deux tendances.

Pendant tout le XIX^e siècle, l'aspect contractuel a été prépondérant parce que les sociétés les plus habituelles, c'est à dire les sociétés en nom collectif et les sociétés civiles impliquaient une obligation indéfinie des associés au passif social. La liberté contractuelle y était quasi absolue et c'est d'ailleurs seulement à la fin du siècle que la jurisprudence a reconnu que ces sociétés jouissaient de la personnalité morale¹. Au contraire l'aspect institutionnel l'emportait dans les sociétés par actions et plus spécialement dans les sociétés anonymes. Jusqu'à la loi du 24 juillet 1867, celles-ci ne pouvaient se constituer qu'avec une autorisation gouvernementale, donnée avec parcimonie par le Conseil d'Etat puisqu'elle

* Conférence donnée à l'Association Droit et Commerce le 27 janvier 2003.

1. Cass. req. 23 févr. 1891 : DP 1891, I, 337 ; S. 1892, I, 73 note Meynial.

supposait en pratique que les fondateurs adoptent des statuts types ². La liberté contractuelle y était par conséquent restreinte.

La loi du 24 juillet 1867 modifie cette situation. Non seulement les sociétés anonymes peuvent se constituer librement, mais les dispositions qui les régissent sont à la fois peu nombreuses et généralement supplétives. Les choix essentiels sont librement opérés par les statuts et l'on voit apparaître pour la première fois l'idée, venue d'Outre-Manche que l'on peut faire co-exister l'efficacité découlant de la personnalité morale, la limitation de la responsabilité au montant des apports et la liberté contractuelle.

Ce libéralisme n'allait pas durer. D'une part des règles impératives de plus en plus tatillonnes sont venues s'appliquer aux sociétés anonymes et notamment à celles qui faisaient publiquement appel à l'épargne au fur et à mesure que des fondateurs peu scrupuleux abusaient de la liberté que leur avait reconnue le législateur. Les nombreux décrets-lois intervenus en 1935 sont particulièrement révélateurs de cette tendance interventionniste. Le domaine de la liberté contractuelle se resserre, l'ordre public s'étend avec notamment un foisonnement de sanctions pénales. D'autre part, et plus curieusement, les sociétés anonymes tendant à se différencier des contrats afin de pouvoir s'adapter à des circonstances nouvelles en modifiant leurs statuts par une décision collective prise à la majorité, alors qu'un contrat ne peut être modifié que par le consentement unanime de ceux qui l'ont conclu. En effet au lendemain de la loi du 24 juillet 1867, les tribunaux estimaient que l'assemblée générale, même extraordinaire, ne pouvait pas modifier les bases essentielles du contrat de société, ce qui entraînait une excessive rigidité de la vie sociale. La loi du 22 novembre 1913 puis plus radicalement celle du 1^{er} mai 1930 donnent à l'assemblée extraordinaire le pouvoir de modifier à la majorité les statuts dans toutes leurs dispositions. Enfin la loi du 25 février 1953 fait sauter le dernier verrou en n'exigeant plus des conditions renforcées de quorum et de majorité pour la modification de la forme ou de l'objet de la société. La société anonyme se détache ainsi du contrat pour se rapprocher de l'institution.

La jurisprudence va dans le même sens que le législateur. Ainsi dans le célèbre arrêt Motte, rendu en 1946, la Cour de cassation juge que la société anonyme est une société dont les organes sont hiérarchisés. Elle déduit de ce principe de séparation des pouvoirs que l'assemblée ne peut pas empiéter sur les prérogatives du conseil d'administration et notamment désigner directement son président ³. La liberté contractuelle semblait ainsi réduite à la portion congrue. Cette tendance n'était d'ailleurs pas propre au droit des sociétés. Dans tous les domaines du droit on constatait un déclin de la liberté contractuelle.

La loi du 24 juillet 1966 parachève cette évolution en étendant aux SARL de nombreuses dispositions impératives applicables jusque là aux seules sociétés par actions.

2. A. Lefebvre-Teillard, *La société anonyme au XIX^e siècle*, Paris 1985.

3. Cass. civ. 4 juin 1946 : S. 1947,I,153 note Barbry ; JCP 1947,II,3518 note D. Bastian.

3. Mais cette loi contient pourtant un germe de libéralisme puisqu'elle insiste plus sur l'information que sur la protection et prépare par conséquent un changement dont le coup d'envoi est donné dans le domaine para-sociétaire par l'ordonnance du 23 septembre 1967 instaurant les GIE. Ces nouvelles personnes morales sont conçues comme des structures souples et légères où la volonté des membres joue le rôle essentiel, car les dispositions impératives sont peu nombreuses⁴. Toutefois l'innovation reste doublement limitée, puisque les membres des GIE sont indéfiniment et solidairement tenus de leur passif et que les GIE sont de simples groupements de moyens et non d'exercice. Structures d'appoint, de transition ou de réconfort, ils prolongent l'activité de leurs membres, sans pouvoir s'y substituer. Néanmoins l'innovation était importante car pour la première fois depuis longtemps le législateur acceptait de combiner l'efficacité de la personnalité morale avec la liberté contractuelle.

Mais les milieux d'affaires ne se contentent pas de cette réforme. En relation de plus en plus étroites avec des concurrents et des partenaires étrangers, ils demandent d'avantage de souplesse et de liberté dans l'organisation et le fonctionnement de leurs entreprises et dénoncent l'excessive rigidité du droit français, qui provoquerait des délocalisations qu'une législation mieux adaptée aurait permis d'éviter⁵. Dans le même temps les juristes français deviennent plus familiers des conceptions anglaises ou américaines de la société, qui sont beaucoup plus pragmatiques que le droit français.

Une certaine liberté pénètre le droit français des sociétés, avec notamment l'instauration puis la banalisation des sociétés par actions simplifiées. Mais l'ordre public reste contraignant, et continue même parfois de s'étendre, comme le montrent certaines dispositions de la loi NRE.

Phénomène plus surprenant la tendance à la liberté et la tendance à la réglementation ont souvent la même origine. Ainsi le droit financier et boursier, dont l'influence sur le droit des sociétés cotées en bourse est de plus en plus marquée, édicte à la fois de nouvelles contraintes (déclarations de franchissements de seuils, offres publiques obligatoires etc) et de nouveaux espaces de liberté notamment en matière d'émission de valeurs mobilières⁶. De même le droit communautaire se traduit directement par la mise en harmonie du droit français avec des directives complexes, rigides et exagérément détaillées mais favorise indirectement, par le biais de la liberté d'établissement, la pénétration dans notre espace juridique de structures sociétaires plus libérales, qui mettent en lumière les insuffisances du droit français des sociétés et incitent à les corriger.

Mais l'ambiguïté ne s'arrête pas là. Si à titre principal la liberté contractuelle permet d'assouplir le droit des sociétés et de l'adapter à des besoins de plus en plus complexes et diversifiés, par d'autres côtés le droit des sociétés génère de nouvelles contraintes qui s'appliquent dès lors qu'une société participe directe-

4. Y. Guyon, *Droit des affaires*, t. I, 11^e éd., n° 527, 2002.

5. P. Bissara, *L'adaptation du droit français aux besoins des entreprises et les aléas des solutions* : *Rev. sociétés* 1990, 53.

6. A. Pietrancosta, *Le droit des sociétés sous l'effet des impératifs financiers et boursiers*, thèse Paris I, 1999.

ment ou indirectement à une relation contractuelle. En pareil cas, la liberté contractuelle n'est plus aussi étendue qu'en droit commun.

C'est ce double mouvement en sens contraire qu'il conviendra d'examiner en recherchant d'abord l'influence de la liberté contractuelle sur le droit des sociétés (I) puis l'influence du droit des sociétés sur la liberté contractuelle (II).

I L'influence de la liberté contractuelle sur le droit des sociétés

4. La mondialisation de l'économie et le progrès des techniques ont pour conséquence que les associés peuvent de moins en moins souvent se satisfaire de l'adoption de modèles sociétaires pré-établis entre lesquels ils se bornaient à choisir, sans pouvoir les modifier ou les adapter. Dès qu'une opération atteint une certaine importance ou prend un caractère trans-communautaire ou international, il devient nécessaire de faire du sur mesure. Le législateur français a fini par l'admettre. Il a assoupli le droit des sociétés. Mais il n'a pas été assez loin et la pratique a dû conquérir une marge de liberté supplémentaire.

5. A) L'action du législateur en faveur de plus de liberté a été importante. On en retiendra les deux manifestations les plus remarquables, qui montrent bien la pénétration de la liberté contractuelle dans le droit des sociétés.

La première est la loi du 14 décembre 1985 sur les valeurs mobilières. La loi du 24 juillet 1966 avait adopté une conception rigide des valeurs mobilières. Partant de l'idée que ces titres intéressaient tout autant les tiers que les sociétés émettrices, elle avait limitativement prévu les catégories de valeurs mobilières et fixé impérativement leurs caractéristiques. Une société ne pouvait par conséquent émettre que des actions, titres d'associés ou des obligations, titres de créance, puisque l'émission de parts de fondateurs était interdite à partir de l'entrée en vigueur de la nouvelle loi. On était dans un système fermé, comparable à celui applicable en matière de droits réels. Certes des lois ultérieures avaient permis l'émission de valeurs mobilières échangeables, transformables, mixtes ou cumulatives. Mais on restait dans ce que, par référence au droit des contrats spéciaux, on pourrait appeler les valeurs mobilières nommées, comme on parle de contrats nommés, c'est à dire de titres dont le régime était fixé par la loi. Ce verrou saute en 1985 afin de répondre aux besoins des investisseurs attirés par des produits financiers de plus en plus sophistiqués, combinant les avantages des titres de capital et des titres de créance. De même que les parties peuvent conclure n'importe quel contrat innommé, fruit de leur seule imagination, de même - et je cite l'article L. 228-91 du Code de commerce - les sociétés par actions peuvent émettre toute catégorie de valeur mobilière donnant droit par conversion, échange, remboursement, présentation d'un bon ou tout autre procédé à l'attribution, à tout moment ou à date fixe, de titres qui, à cet effet, sont ou seront émis en représentation d'une quotité de capital de la société émettrice. Ce sont les valeurs mobilières composées, voire sur-composées ou sur-complexes, mises au point par les spécialistes de l'ingénierie financière et qui résultent de la combinaison, de l'éclatement ou du contournement des titres clas-

siques⁷. Les droits de titulaires ne sont plus déterminés par la loi mais fixés librement par le contrat d'émission. Bien mieux, les titres de créance émis par une filiale peuvent être convertis en actions de la société mère. La loi du 14 décembre 1985 n'impose que deux contraintes minimales. Puisque ces nouvelles valeurs mobilières ont pour objectif d'augmenter les fonds propres des sociétés, elles doivent aller dans le sens de la conversion de titres de créance en titres de capital, mais non l'inverse. Et les actionnaires anciens doivent avoir en principe le droit de souscrire prioritairement ces nouveaux titres. La liberté est donc considérable, même si certains souhaitent que l'on puisse aller encore plus loin en autorisant l'émission de bons donnant droit à une part des bénéfices, sans participation au capital ou d'actions à reflet (tracking stocks)⁸. Cette libéralisation a facilité le financement des sociétés. Mais elle n'a pas eu que des conséquences favorables car on ne sait plus ce qu'est une valeur mobilière et l'extraordinaire désordre de cette branche du droit appelle une harmonisation.

6. L'instauration des sociétés par actions simplifiées constitue la seconde illustration du renouveau de la liberté contractuelle dans le droit des sociétés. Cette réforme étant bien connue, il suffit d'en rappeler l'essentiel. La loi du 3 janvier 1994, votée à l'initiative du CNPF, crée une nouvelle catégorie de société par actions, la société par actions simplifiée (SAS). La liberté statutaire y est le principe puisque les associés fixent les règles qui gouvernent la prise des décisions collectives ainsi que l'administration et la direction de la société. En outre les statuts peuvent stipuler des clauses d'agrément, applicables même aux cessions intervenues entre associés, des clauses d'inaliénabilité et des clauses d'exclusion. Ainsi la SAS échappe aux principales contraintes qui pèsent sur les sociétés anonymes dont les assemblées d'actionnaires sont soumises à un formalisme rigide et dont l'administration et la direction doivent se couler dans des modèles préétablis.

Une réforme aussi importante nécessitait une période d'adaptation. Prudemment la loi de 1994 n'avait ouvert les SAS qu'aux sociétés dotées d'un capital important. Cette limitation a été supprimée à la sauvette par un amendement apporté à la loi du 12 juillet 1999, dont l'objet principal était la recherche scientifique. Désormais les SAS sont ouvertes à tous et peuvent être unipersonnelles. Mais, et cette restriction est justifiée, elles ne peuvent pas faire publiquement appel à l'épargne. Cette nouvelle forme de société a été adoptée par de nombreuses sociétés fermées, notamment des filiales pour lesquelles la réglementation applicable aux sociétés anonymes était trop rigide. La pratique ne signale pas d'abus, ce qui montre bien que la liberté contractuelle n'est pas incompatible avec le fonctionnement des sociétés.

On regrettera cependant que la Cour de cassation ait récemment jugé que les statuts d'une SAS ne pouvaient pas conférer à son directeur général la qualité de représentant légal de cette personne morale⁹. Cette solution résulte d'une inter-

7. P. Le Camu, *L'ambiguïté d'un concept négatif, les valeurs mobilières* : Bull. Joly 1993, 395.

8. Y. Guyon, *Les trackings stocks* : Mélanges AEDBF-France, t. III, p. 183, 2001.

9. Cass. com. 2 juill. 2002 : D. 2002, 2263 note A. Lienhard ; JCP 2002 éd. E 1844 note B. Dondero.

prétation trop restrictive de l'article L. 227-6 du Code de commerce. Celui-ci prévoit que la SAS est représentée à l'égard des tiers par un président. Dans l'esprit de ses rédacteurs, il signifie que la SAS doit avoir au moins un représentant légal. Mais la sécurité des tiers n'aurait pas été compromise si elle en avait eu plusieurs. En somme la Chambre commerciale semble considérer que c'est tout le régime de la représentation légale de la SAS qui est d'ordre public, alors que l'article L. 227-6 semble faire prévaloir une solution inverse. Mais une récente réponse ministérielle admet que les délégations de pouvoirs sont valables et opposables aux tiers dès lors qu'elles sont publiées ¹⁰.

7. Bien qu'indéniable ce mouvement de libéralisation du droit des sociétés demeure limité et ambigu, car il convient de protéger les tiers, qui entrent en relation avec les sociétés, les associés minoritaires et les épargnants en général lorsque la société fait publiquement appel à l'épargne.

Sur le plan interne de nouvelles contraintes apparaissent. Elles ont parfois un caractère indirect, le législateur imposant seulement aux actionnaires de se prononcer sur une question à laquelle il leur est difficile de donner une réponse négative. Ainsi depuis la loi du 19 février 2001, en cas d'augmentation de capital, l'assemblée des actionnaires doit délibérer sur un projet de résolution tendant à réaliser une augmentation complémentaire réservée aux salariés (C. com. art. L 225-129). Mieux même, si les salariés détiennent moins de 3 % du capital, une assemblée doit être convoquée tous les trois ans afin de se prononcer sur l'opportunité d'une augmentation de capital qui leur serait réservée (art. L. 225-129-VII al. 2).

Parfois le renouveau de l'ordre public est plus direct. De façon assez inattendue une loi du 12 juillet 1994 plafonne à 10 % la majoration du dividende qui peut être accordé aux actionnaires, alors pourtant que selon l'article 1844-1 du Code civil la répartition des dividendes est librement déterminée par les statuts. Surtout la loi NRE du 15 mai 2001 opère sous le vocable trompeur de « régulation » un retour en force de l'ordre public. Certes cette loi réalise une timide dépénalisation, permet de dissocier la présidence du conseil d'administration de la direction générale, ou d'utiliser des procédés de télétransmission, ce qui va dans le sens de la souplesse. Mais pour l'essentiel elle édicte de nouvelles contraintes en matière de cumul des mandats sociaux, de réglementation des conventions conclues entre une société anonyme et ses dirigeants ou ses associés prépondérants, de publicité individuelle des rémunérations etc. Certes beaucoup de ces réformes ne sont pas injustifiées. Mais au lieu de les limiter aux seules sociétés cotées, la loi les a étendues à toutes les sociétés anonymes, y compris les sociétés fermées où elles entraînent des rigidités injustifiées. La récente loi Houillon du 29 octobre 2002 a atténué les inconvénients les plus évidents en matière de cumuls de mandats, mais une réflexion plus générale demeure souhaitable.

Sur le plan communautaire, la bataille de la liberté contractuelle est également loin d'être gagnée. Non seulement les directives d'harmonisation sont sou-

10. Rép. min. Marini 19 déc. 2002 : D. 2003,50.

vent détaillées et contraignantes mais le règlement instaurant la société européenne prévoit que ses dispositions sont impératives, sauf si une faculté de dérogation est expressément prévue (Rég. 2157-2001 du 8 octobre 2001, art. 9-1). Contrairement au principe applicable en droit interne, tout ce qui n'est pas permis est interdit.

Face aux hésitations du législateur, la pratique devait faire preuve d'imagination pour introduire plus de liberté contractuelle dans le droit des sociétés, notamment celui des SARL et des sociétés anonymes, dont le régime est le plus contraignant.

8. B) Cette nouvelle façon de pratiquer le droit des sociétés a sans doute été suggérée aux juristes français par les juristes anglais et américains. Elle a pris essentiellement deux formes ¹¹.

Tout d'abord les fondateurs des sociétés ont découvert ou redécouvert que, même dans les sociétés les plus réglementées, il est possible de s'évader de la routine des statuts types afin de parvenir à une construction mieux adaptée aux objectifs des associés.

Le législateur offre en premier lieu de nombreuses facultés de choix. C'est une évidence sur laquelle il est inutile d'insister (sinon pour rappeler que la loi NRE a prévu une nouvelle modalité d'organisation de la société anonyme, la société dont la présidence du conseil d'administration est dissociée de la direction générale, ce qui constitue une solution à mi-distance de la société moniste classique et de la société à directoire).

Les statuts peuvent, en second lieu, compléter le régime légal en créant de nouveaux organes ou de nouveaux mécanismes. Ainsi pour éviter la dilution de la participation des actionnaires anciens en cas d'augmentation de capital par apport en nature, il peut être prévu que toute opération de ce genre s'accompagnera d'une augmentation de capital en numéraire de même montant réservée aux anciens actionnaires ¹². Pour la même raison les statuts d'une SARL peuvent instaurer un droit préférentiel de souscription dont le Code de commerce ne prévoit pas l'existence ¹³. Ou bien encore pour permettre une représentation au conseil d'administration de toutes les composantes de l'actionnariat, les statuts peuvent répartir les actions en groupes dont chacun propose au vote de l'assemblée un nombre prédéterminé de candidats ¹⁴. Enfin la doctrine de la « corporate governance » invite à organiser dans les sociétés des comités d'audit, dont le Code de commerce ne prévoit pas l'existence.

Les statuts peuvent enfin déroger aux règles légales, à condition que celles-ci ne soient pas d'ordre public. Par exemple, dans les filiales communes, les statuts peuvent conférer à l'assemblée générale certaines attributions de gestion, exercées normalement par le conseil d'administration, comme par exemple la

11. Y. Guyon, *Traité des contrats, Sociétés, aménagements statutaires et conventions entre associés*, 5^e éd., LGDJ 2002 ; S. Schiller, *Les limites de la liberté contractuelle en droit des sociétés, les connexions radicales*, LGDJ 2002.

12. CJCE 19 nov. 1996 : Bull. Joly 1997, 121 note M. Luby.

13. Cass. com. 7 févr. 1972 : *Rev. sociétés* 1973, 297 note E. du Pontavice, 18 avr. 2000 : Bull. Joly 2000, 920 note J.J. Daigre.

14. CA Douai 24 mai 1962 : JCP 1962, II, 12871 note D. Bastian ; D. 1962, 688 note A. Dalsace.

conclusion de contrats d'un certain montant ou d'une certaine nature. Cette stipulation est valable dans l'ordre interne, mais inopposable aux tiers. Toutefois le principe de l'organisation hiérarchisée de la société anonyme et de la séparation des pouvoirs interdit de retirer au conseil les attributions que la loi lui confère expressément comme la désignation du président ou l'arrêté des comptes. De même on se demande si les statuts peuvent stipuler un renforcement du quorum ou de la majorité. La réponse est incertaine ¹⁵.

La voie statutaire étant assez étroite, les associés épris de liberté vont alors se tourner vers la voie extra-statutaire, c'est-à-dire la conclusion de pactes d'actionnaires.

9. Les pactes d'actionnaires sont couramment utilisés, notamment en matière de droit de vote, de transmission de droit sociaux et de financement. Ils ont en effet l'avantage de la souplesse et de la discrétion. Conclut soit par tous les associés soit plus souvent par certains d'entre eux seulement ils introduisent la liberté contractuelle dans le droit des sociétés. Ils présentent cependant trois inconvénients.

La première est d'être d'une validité incertaine ce qui explique leur réputation sulfureuse. Pourtant au premier abord leur licéité ne semble pas discutable car aucun texte n'interdit aux associés de conclure entre eux des contrats et de renforcer ou de compléter les relations découlant des statuts par des stipulations leur imposant des obligations particulières. Mais d'un autre côté, il n'est pas permis de faire indirectement ce qu'il est interdit de faire directement. L'ordre public sociétaire ne serait qu'un tigre de papier si toutes ses dispositions pouvaient être tournées à condition de prendre la précaution purement formelle de faire figurer la disposition contestable non pas dans les statuts eux-mêmes mais dans un contrat séparé. Il faut donc admettre que les pactes d'associés doivent respecter l'ordre public sociétaire. Mais comme l'étendue de cet ordre public est mal définie, les conventions entre associés sont presque toujours d'une validité dubitative ¹⁶. On le voit notamment à propos des conventions de vote ¹⁷. Leur validité paraît contestable dans la mesure où la réglementation applicable au droit de vote est impérative et où le caractère délibérant des assemblées serait réduit à néant si les actionnaires pouvaient s'engager, avant la tenue de celles-ci, à voter dans un sens déterminé. Pourtant non seulement le Code de commerce ne les prohibe pas expressément, mais il prend même en considération des accords conclus en vue de disposer de la majorité des voix (art. L. 233-3, 233-10 et 233-16). Sur ces bases incertaines les juges du fond admettent la validité de ces conventions à condition qu'elles ne privent pas le promettant de toute possibilité de participer aux décisions collectives et d'y voter et qu'elles soient conformes ou au moins non contraires à l'intérêt de la société ou du groupe. La Cour de cassation ne semble pas s'être prononcée sur ces conditions, qui laissent place à une large marge d'interprétation, sinon d'incertitude.

15. Y. Guyon, *Traité des sociétés (aménagement statutaires et conventions entre associés)* n° 163 et s.

16. L. Convert, *L'impératif et le supplétif dans le droit des sociétés*, LGDJ 2002 ; F.D. Poitrial, *Les pactes d'actionnaires : Mélanges Bézard*, p. 127.

17. A. Constantin, *Réflexions sur la validité des conventions de vote : Mélanges J. Ghestin* p. 253 ; P. Didier, *Les conventions de vote : Etudes J. Foyer*, p. 341.

Les pactes d'actionnaires présentent un second inconvénient. Même à les supposer valables, leur efficacité sera limitée car, étant des contrats, ils sont inopposables aux tiers, contrairement aux statuts. Leur violation n'est en principe sanctionnée que par l'attribution de dommages-intérêts. Cette faiblesse se manifeste notamment à propos des clauses extra-statutaires d'agrément ou de préemption. Les cessions d'actions opérées au mépris de ces clauses ne peuvent pas être annulées, dès lors que l'acquéreur, qui est un tiers, est de bonne foi¹⁸. Et il n'est pas certain que la publicité donnée à ces clauses dans les sociétés cotées en application de l'article L. 233-11 du Code de commerce suffise à rendre l'acquéreur de mauvaise foi. La même faiblesse se rencontre à propos des promesses de cession d'actions lorsque le promettant ne veut pas s'exécuter. Toutefois une certaine évolution de la jurisprudence paraît se dessiner. Une promesse de cession pourrait faire l'objet d'une exécution forcée lorsque le promettant est demeuré propriétaire des titres et qu'aucune impossibilité matérielle, juridique ou morale ne fait obstacle à ce transfert¹⁹. La même inefficacité relative atteint les conventions de vote. La nullité d'une résolution n'est pas encourue en cas d'exécution d'une convention de vote nulle ou d'inexécution d'une convention valable, car la société est un tiers à leur égard. Tout au plus pourrait-on envisager la désignation d'un administrateur provisoire si la violation grave et répétée de conventions extra-statutaires révélait une mésentente entre associés susceptible de perturber la vie sociale.

Les pactes d'actionnaires présentent une dernière faiblesse. Leur combinaison avec les statuts suscite de nombreuses interrogations. Notamment le pacte et les statuts doivent-ils être considérés comme un ensemble indivisible, régi par la « *lex societatis* » même si les parties au pacte sont des actionnaires étrangers, ayant une même durée, interprétés par la même juridiction arbitrale ou étatique etc. Dans l'affirmative, la disparition du pacte devrait entraîner la dissolution de la société. Faut-il au contraire les considérer comme des actes indépendants, notamment lorsque le pacte n'a été conclu qu'entre certains actionnaires seulement. Les tribunaux ne donnent pas de réponse nette. Ici encore c'est l'incertitude qui domine.

10. Par conséquent si la liberté contractuelle baigne et vivifie le droit des sociétés, et il faut s'en féliciter, cette pénétration se heurte à un ordre public sociétaire au domaine incertain mais nécessaire à la protection des créanciers sociaux, à celle des associés minoritaires et le cas échéant à celle de l'épargne publique. Par ce qu'elle donne naissance à une personne morale, la société ne pourra jamais être un contrat comme les autres. Pour cette raison d'ailleurs un auteur propose de considérer qu'elle constitue une catégorie spéciale de contrat, le contrat-organisation²⁰. Mais les relations de la liberté contractuelle et du droit des sociétés, déjà passablement tumultueuses, ne s'arrêtent pas là. A par-

18. Cass. com. 7 mars 1989 : D. 1989,231 conc. M. Jeol ; JCP 1989,II,21316 note Y. Reinhard ; Rev. sociétés 1989,487 note L. Faugeras ; RTD civ. 1990, 70 note J. Mestre.

19. CA Paris 21 déc. 2001 : D. 2002,3263 note J.C. Hallouin ; A. Colombet, *L'exécution forcée en droit des sociétés*, thèse Paris I, 2002.

20. P. Didier, *Brèves notes sur le contrat-organisation* : Mélanges F. Terre, p. 635 ; P. Hoang, *La protection des tiers face aux associations*, Contribution à la notion de contrat organisation, Paris 2002.

tir du moment où une relation contractuelle met en jeu les intérêts d'une société, le droit commun des obligations subit certains inflexions sur lesquels il convient maintenant de s'interroger.

I L'influence du droit des sociétés sur la liberté contractuelle

11. Si la liberté contractuelle assouplit le droit des sociétés, par un mouvement en sens inverse le droit des sociétés provoque dans quelques cas un recul de la liberté contractuelle. Ce qui aurait été licite en droit commun ne l'est plus dès lors qu'une société est partie au contrat ou plus surprenant encore dès lors que le contrat est en relation avec les intérêts d'une société. Cette situation ne va pas sans rappeler celle des contrats entre époux, dont la validité a longtemps été contestée au motif que la relation contractuelle se combinait difficilement avec l'état d'époux. Ainsi une vente entre époux sera une vente curieuse vente si l'acheteur, faisant prévaloir sa qualité d'époux, cherche à acheter le plus cher possible. Mais, à l'inverse, la paix du ménage risque d'être troublée si le vendeur, oubliant sa qualité d'époux, cherche à vendre le plus cher possible.

12. A) Dès lors qu'un contrat est conclu avec une société, la liberté contractuelle n'est plus aussi complète que si le co-contractant était une personne physique ²¹.

Parfois le contrat est interdit. Ainsi une société ne peut pas racheter librement les droits sociaux qu'elle a émis. L'interdiction ne résulte pas du droit commun des obligations car même si le droit d'associé n'est pas au sens strict un droit de créance contre la société, ce rachat s'apparente à une confusion, au sens de l'article 1300 du code civil par un cumul sur un même titulaire de la qualité de créancier et de débiteur et provoque donc une extinction de l'obligation ²². En réalité si l'opération est interdite c'est pour un motif tenant au droit des sociétés. Un tel rachat aboutirait à une fictivité du capital social, réputée, à tort ou à raison, préjudiciable aux intérêts des tiers.

De même les contrats conclus entre une SARL ou une société par actions et ses dirigeants, actionnaires prépondérants ou associés sont soumis à une réglementation particulière qui impose de leur donner un caractère équilibré. L'objectif de cette réglementation est évident. Il s'agit d'éviter les abus que favorisent les conflits d'intérêts et les contrats conclus avec soi-même ²³. Or le droit civil connaît aussi des situations de conflits d'intérêts mais les traite par une solution plus radicale, notamment l'interdiction de contracter applicable au tuteur qui ne peut acheter les biens de l'incapable qu'il représente ou le mandataire les biens qu'il est chargé de vendre (C ; civ. art. 1596). La solution retenue par le droit des sociétés est à la fois plus générale et plus nuancée que celle du droit civil. Elle est plus générale en ce sens qu'elle ne s'applique pas seulement

21. C. Prieto, *La société contractante*, Presses Universitaires Aix, 1994.

22. V. cep. C. Prieto, *op. cit.* n° 386.

23. D. Schmidt, *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme*, 1999.

au représentant légal de la société, c'est à dire à celui qui conclut le contrat, mais à tous ceux qui peuvent exercer une influence sur sa négociation sans à proprement le conclure au nom de la société comme les administrateurs, les membres du conseil de surveillance, les actionnaires importants etc. La sanction est aussi plus nuancée. Dès lors que les formalités d'autorisation ont été accomplies, le contrat est valable. Néanmoins ses conséquences préjudiciables à la société peuvent être mises à la charge du co-contractant. Par conséquent alors que le droit commun des obligations, respectueux de la liberté contractuelle, en principe ne prend pas en considération le déséquilibre des prestations d'un contrat conclu entre personnes capables, le droit des sociétés ne permet dans ce cas que la conclusion de contrats équilibrés, provoquant ainsi un recul de la liberté contractuelle ²⁴.

13. B) Mais, plus surprenant encore, le droit des sociétés et le droit boursier apportent les limitations à la liberté contractuelle dans des hypothèses où pourtant la société n'est pas partie à la convention.

Le droit des offres publiques d'acquisition en donne les applications les plus remarquables ²⁵. Ainsi en droit commun, le contrat est définitivement conclu dès l'acceptation de l'offre. Le pollicitant et l'acceptant sont définitivement engagés. Ils ne peuvent plus se rétracter. Cette règle ne s'applique pas en cas d'OPA ou d'OPE afin de permettre aux actionnaires, qui ont apporté leurs titres à l'offre initiale, de profiter du supplément de prix résultant d'une offre concurrente déposée par un tiers, suivie le cas échéant d'une surenchère du premier initiateur. Par conséquent toute offre concurrente ou tout relèvement de prix entraîne la caducité des acceptations déjà données (Rég. CMF art. 5-2-7).

Les offres publiques nous donne aussi l'exemple inédit au regard du droit commun des contrats, d'une obligation d'acheter puisque tout actionnaire qui vient à détenir plus du tiers des droits de vote d'une société cotée doit déposer une offre d'achat portant sur la totalité des titres (CMF art. L. 433-3- Rég. CMF art. 5-5-1).

Enfin, pour limiter les exemples, depuis la loi NRE, les effets des promesses de vente ou d'achats d'actions voient leurs effets suspendus en cas d'OPA lorsque ces promesses n'ont pas été publiées (C. com. art. L. 233-11). Cette atteinte à la liberté contractuelle est elle aussi déroutante pour les civilistes orthodoxes puisque voilà un contrat dont les effets entre parties sont subordonnés à l'accomplissement d'une mesure de publicité, alors qu'en droit commun la publicité se borne normalement à rendre le contrat opposable aux tiers.

Il serait facile de multiplier les exemples en montrant comment le droit des sociétés fait reculer la liberté contractuelle en matière d'opérations d'initiés.

14. En conclusion on voit qu'il existe aujourd'hui des relations complexes entre la liberté contractuelle et le droit des sociétés. Mais ce n'est que l'un des aspects d'une évolution plus générale. La liberté contractuelle est en train de reconquérir des domaines qu'elle avait perdus, notamment le droit des baux com-

24. Pour le cas voisin des pensions de retraite accordées aux dirigeants v. Cass. com. 24 oct. 2000 : JCP 2001 éd. E,37 note Y. Guyon ; Rev. sociétés 2001,95 note P. Le Cannu ; RTD com. 2001,161 note Y. Reinhard et J.P. Chazal.

25. Y. Guyon, Sociétés, op. cit. n° 224 et s.

merciaux et plus timidement celui des relations du travail. En revanche elle recule sous l'influence du droit de la consommation dans le domaine des contrats de la vie courante, qui était son terrain d'élection.

En droit des sociétés, la situation est contrastée et évolutive en raison d'une opposition entre une aspiration à plus de liberté mais une nécessité tout aussi impérieuse de maintenir un ordre public minimum, même si celui-ci est compatible avec une dépenalisation. L'avenir passera probablement par une distinction plus marquée entre les sociétés fermées, où la liberté contractuelle pourrait être le principe, et les sociétés faisant publiquement appel à l'épargne qui resteraient soumises à une réglementation plus contraignante.