

Cahiers Teutates *

Revue de droit et économie

n°2/3 – 2013



***TEUTATES** [tetatês]. var. *Toutatis*. ♦1. Mot gaulois, *teuto-tatis*, signifiant « père de tous ». ♦2. Dieu gaulois, souvent assimilé après la conquête romaine au Mercure, Dieu du commerce, des voyages et messenger des Dieux ou au Mars, Dieu de la guerre, romains. Il est le dieu central de la mythologie gauloise, le dieu totémique de chaque tribu. Il représente la tribu au sens actuel de nation, l'union des hommes dans la paix (Mercure) comme dans la guerre (Mars). ♦3. Revue de droit économique en ligne du Centre de droit de la consommation et du marché de Montpellier (équipe CNRS 5815 « Dynamiques du droit »).

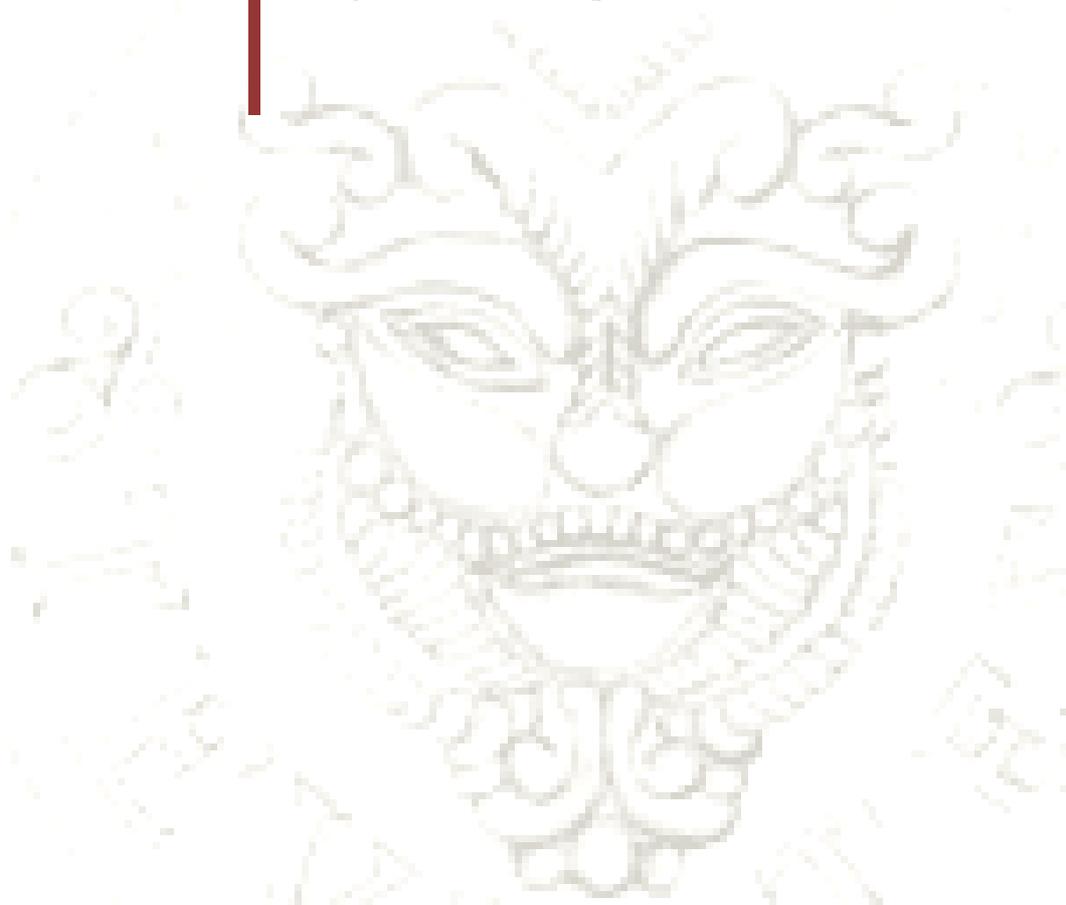


Etude de jurisprudence

Par Vincent Cadoret

Docteur en droit

Chargé d'enseignements aux facultés de droit
d'Avignon et de Montpellier





Cahiers Teutates *

Revue de droit et économie

n° 2/2 – 2013

***TEUTATES** [tœtatès]. var. *Toutatis*. ♦1. *Mot gaulois, teuto-tatis, signifiant « père de tous ».* ♦2. *Dieu gaulois, souvent assimilé après la conquête romaine au Mercure, Dieu du commerce, des voyages et messager des Dieux ou au Mars, Dieu de la guerre, romains. Il est le dieu central de la mythologie gauloise, le dieu totémique de chaque tribu. Il représente la tribu au sens actuel de nation, l'union des hommes dans la paix (Mercure) comme dans la guerre (Mars).* ♦3. *Revue de droit économique en ligne du Centre de droit de la consommation et du marché de Montpellier (équipe CNRS 5815 « Dynamiques du droit »).*

Les *Cahiers Teutates* c'est une revue éditée et diffusée par le Centre du droit de la consommation et du marché (équipe CNRS 5815 « Dynamiques du droit »), Faculté de droit et des sciences politiques (Université Montpellier I), 14 rue Cardinal de Cabrières, 34060 Montpellier.



La revue, électronique, est également disponible en format pdf téléchargeable sur le site du Centre de droit de la consommation et du marché (www.cdcp-montpellier.fr), sous la forme de numéros édités au fil de leur publication, et rassemblés deux fois par an. Elle s'accompagne de dossiers ou ouvrages en ligne, les *Cahiers Teutates* et les *Cahiers Teutates*.

La revue est disponible sur papier et brochée sur demande à un prix disponible sur le site.

La revue doit être citée de la manière suivante : *Revue Teutates* ou *Teutates*, n°X/Y, 201Z, p.ii.

rédacteur en chef

Daniel Mainguy, professeur à la faculté de droit de Montpellier

secrétaires de rédaction

Malo Depincé, maître de conférences à la faculté de droit de Montpellier

Julien Roque, maître de conférences à l'université de Grenoble, Pierre-Mendès France

Caroline Raja, maître de conférences à l'université Montpellier I

conseil scientifique

comité de rédaction

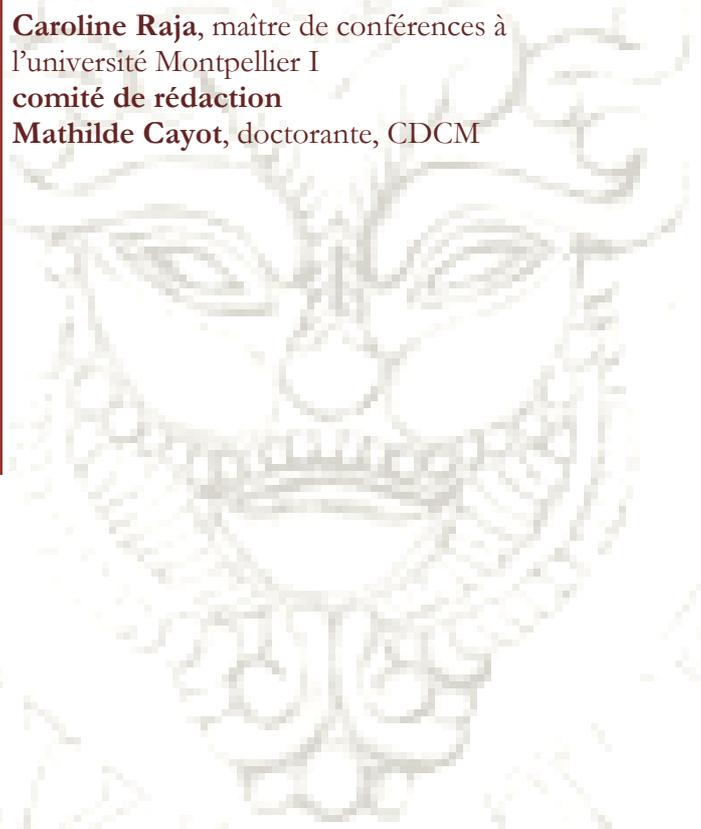
Daniel Mainguy, professeur à la faculté de droit de Montpellier

Mathilde Cayot, doctorante, CDCM

Regis Fabre, maître de conférences à la faculté de droit de Montpellier, avocat, managing partner de baker mckenzie

Hughes Kenfack, professeur à la faculté de droit de Toulouse

Malo Depincé, maître de conférences à la faculté de droit de Montpellier



Etudes

La poursuite des contrats intuitu personae en cas de cession de contrôle

**Par Vincent Cadoret
Docteur en droit**

Chargé d'enseignement aux facultés de droit de Montpellier et Avignon

Cass. Com., 29 janvier 2013, n° 11-23676.

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Montpellier, 17 mai 2011), que les sociétés Castes industrie et Seeb, après avoir été en relations d'affaires pendant deux ans, ont conclu en février 1999 une convention de distribution et de licence de marque accordant à la seconde une exclusivité de vente dans un secteur déterminé, pour une durée initiale de 2 ans, tacitement renouvelable par période d'un an ; qu'ayant appris que l'intégralité du capital de la société Seeb était, à la suite d'une cession totale, détenue par un actionnaire unique et que cette situation avait entraîné un changement de dirigeant social, la société Castes industrie a entendu mettre un terme au contrat en décembre 2007 ; qu'estimant que cette brusque résiliation était fautive, la société Seeb l'a fait assigner en paiement de dommages-intérêts ;

Sur le premier moyen :

Attendu que la société Castes industrie fait grief à l'arrêt d'avoir accueilli cette demande, alors, selon le moyen :

1°/ que le contrat conclu en considération de la personne du dirigeant est résilié de plein droit en cas de changement de cette personne non agréé par le partenaire ; que cette résiliation intervient de plein droit et ne peut présenter aucun caractère abusif ; qu'un contrat de distribution est un contrat intuitu personae par nature, compte tenu de l'intégration du distributeur au réseau et de la confiance entre partenaires que cela suppose ; qu'en refusant, pour apprécier les circonstances de sa rupture, de tenir compte du caractère intuitu personae du contrat de distribution, la cour d'appel a violé l'article L. 442-6-1-5° du code de commerce ;

2°/ qu'en retenant, pour écarter le caractère intuitu personae du contrat, que la société Castes avait continué à approvisionner la société Seeb, la cour d'appel, qui a confondu la rupture du contrat de distribution litigieuse et le fait que la société Castes ait accepté de satisfaire, hors réseau, les commandes de la société Seeb, a violé l'article L442-6-1-5° du code de commerce ;

Mais attendu qu'ayant justement énoncé qu'en raison du principe d'autonomie de la personne morale cette dernière reste inchangée en cas de cession de la totalité des parts ou actions d'une société ou de changement de ses dirigeants et relevé l'absence de stipulation contractuelle autorisant la rupture avant échéance dans de telles hypothèses, la cour d'appel, qui a ainsi fait ressortir qu'il n'était pas établi que la convention de distribution exclusive ait été conclue en considération de la personne du dirigeant, en a déduit à bon droit, sans écarter le caractère intuitu personae du contrat, qu'en l'absence d'une stipulation particulière, la convention était maintenue en dépit des changements survenus ; que le moyen, qui manque en fait en sa seconde branche, n'est pas fondé en sa première branche ;

Sur le second moyen :

Attendu que la société Castes industrie fait encore le même grief à l'arrêt, alors, selon le moyen :

1°/ que pour condamner la société Castes, la cour d'appel a retenu que la société Seeb n'avait bénéficié que d'un préavis de 5 mois effectifs ; qu'en ne recherchant pas si le préavis en cours n'avait pas été rompu par la société Seeb elle-même, qui avait de son propre chef cessé de passer commande à la société Castes et saisi, le 5 mai 2008, le tribunal de commerce de Rodez, tandis que la société Castes avait de son côté maintenu son offre d'approvisionnement aux conditions habituelles, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 442-6-1-5° du code de commerce ;

2°/ que le préjudice consécutif à la rupture abusive d'une relation commerciale établie s'établit à la perte de marge à raison de l'absence ou de l'insuffisance du préavis ; qu'en retenant que la société Seeb n'avait bénéficié, à compter du 13 décembre 2007, que de 5 mois de préavis, tout en constatant qu'elle avait continué à utiliser la marque de la société Castes jusqu'au 11 juin 2008, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations et a violé l'article L. 442-6-1-5° du code de commerce ;

Mais attendu, d'une part, que l'adéquation du préavis écrit qui est consenti, tenant compte de la durée de la relation commerciale, s'apprécie à la date à laquelle l'auteur de la rupture notifie son intention d'y mettre fin; qu'ayant relevé qu'après dix ans de relation commerciale établie, la société Castes avait notifié à la société Seeb la caducité de la convention les liant, par une lettre reçue le 13 décembre 2007, lui demandant à compter de ce jour de ne plus faire usage ni du logo ni de la marque sous licence, tout en lui proposant de maintenir les conditions d'achats et de

règlements, à titre provisoire, dans l'attente d'une rencontre entre les parties, ce dont il se déduisait qu'inexistant à l'égard de l'usage de la marque, le préavis demeurait incertain à l'égard des conditions d'approvisionnement à la date de notification de la rupture, la cour d'appel, qui n'était pas tenue de procéder à une recherche que ces constatations rendaient inopérantes, a caractérisé l'insuffisance du préavis reprochée à l'auteur de la rupture ;

Et attendu, d'autre part, qu'ayant constaté que l'offre de maintenir les conditions d'approvisionnement avait cessé au bout de cinq mois après notification de la rupture, ce qui établissait le caractère effectif de cette dernière, et relevé qu'en dépit de la demande de cessation immédiate d'usage de la marque notifiée en décembre 2007 la société Seeb n'avait obtempéré qu'en juin 2008, ce dont il ne se déduisait aucune poursuite de la relation commerciale jusqu'à cette date, la cour d'appel a justement retenu que la période de cinq mois correspondant au maintien effectif et provisoire de la relation commerciale établie devait être imputée sur le délai de préavis jugé nécessaire ;

D'où il suit que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

Condamne la société Castes industrie aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, la condamne à payer à la société Seeb la somme de 2 500 euros et rejette sa demande ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, chambre commerciale, financière et économique, et prononcé par le président en son audience publique du vingt-neuf janvier deux mille treize

Alors que la pratique des « cessions d'entreprise » opère régulièrement le choix du mécanisme juridique pour des raisons fiscales ou financières, l'arrêt du 29 janvier 2013 vient utilement rappeler que le régime juridique du mécanisme en cause, notamment au regard de la poursuite des contrats en cours, doit entrer en considération dans les paramètres de choix.

Après avoir entretenu des relations d'affaires depuis 1997, les sociétés Seeb et Castes industries ont conclu en 1999 un contrat de distribution exclusive pour une durée de deux ans, tacitement renouvelable. Par ce contrat, la société Castes industries a concédé à la société Seeb à la fois une licence de marque et une exclusivité de distribution pour la vente de ses produits dans un secteur déterminé. Au cours de l'exécution de ce contrat, la société Seeb a fait l'objet d'une cession de contrôle. L'intégralité des actions composant son capital a été cédée à un actionnaire unique, et un nouveau dirigeant a été désigné. S'apercevant de ce changement de contrôle, la société Castes industries a entendu dénoncer son engagement contractuel par un courrier du 13 décembre 2007. Dans ce courrier, la société Castes industries notifiait la caducité du

contrat conclu, lui demandait de cesser immédiatement l'usage du logo et de marque, et proposait de maintenir à titre provisoire ses conditions d'achat et de règlement, « *dans l'attente d'une rencontre entre les parties* ».

Dans ces circonstances, la société Seeb a entendu agir en responsabilité contre la société Castes industries, sur le fondement de l'article L.442-6, I, 5°) du Code de commerce. La société Seeb a demandé ainsi aux juges du fond d'analyser le courrier du 13 décembre 2007 en une rupture brutale d'une relation commerciale établie. La société Castes industries lui a opposé à titre principal le caractère intuitu personae du contrat. Le contrat de distribution exclusive étant conclu en considération de la personne du distributeur, le changement de contrôle et le changement de dirigeant dans la société Seeb serait une cause légitime d'extinction du contrat, n'entrant pas dans le champ d'application du texte visé. Subsidiairement, dans l'hypothèse où les juges du fond décideraient d'appliquer cette disposition, la société Castes industries a également exposé que le maintien provisoire des conditions d'achat et de règlement était un préavis suffisant et que la rupture ne pouvait pas être qualifiée de brutale. Dans un arrêt du 17 mai 2011, la Cour d'appel de Montpellier a écarté l'argumentation tant principale que subsidiaire de la société Castes industries. Elle a qualifiée la rupture de brutale, et tenant compte d'une relation commerciale établie sur dix ans, a accordé des dommages et intérêts au profit de la société Seeb. La société Castes industries a alors formé un pourvoi en cassation, reprenant les deux moyens déjà évoqués. Principalement, l'extinction du contrat se justifierait par le caractère intuitu personae du contrat de distribution exclusive. Subsidiairement, le maintien provisoire des conditions d'achat et de règlement constituerait un préavis suffisant.

Dans un arrêt du 29 janvier 2013 destiné à la publication au Bulletin, la chambre commerciale de la Cour de cassation a rejeté le pourvoi, en écartant l'un et l'autre des deux moyens. Elle a d'abord énoncé « *qu'en raison du principe d'autonomie de la personne morale cette dernière reste inchangée en cas de cession de la totalité des parts ou actions d'une société ou de changement de ses dirigeants et relevé l'absence de stipulation contractuelle autorisant la rupture avant échéance dans de telles hypothèses, la cour d'appel, qui a ainsi fait ressortir qu'il n'était pas établi que la convention de distribution exclusive ait été conclue en considération de la personne du dirigeant, en a déduit à bon droit, sans écarter le caractère intuitu personae du contrat* ». Par suite, la Cour a constaté que les juges du fond avaient exactement caractérisé l'incertitude et l'insuffisance du préavis accordé. Sans méconnaître le second moyen, il semble que l'intérêt de la décision soit concentré dans la réponse apportée au premier. C'est en effet parce que la Cour a constaté que l'intuitu personae n'était pas un obstacle à la poursuite du contrat en cas de cession de contrôle, qu'elle s'est ensuite penchée sur l'insuffisance du préavis. Comparativement à la durée de dix ans de la relation commerciale, le caractère brutal ne faisait guère de doute dès lors que mise en demeure était délivrée de cesser immédiatement l'usage du logo et de la marque et que le maintien des conditions d'achat et de règlements apparaissait

comme plus précaire que provisoire¹. Le point essentiel du litige se concentrait donc sur la question de savoir si un contrat conclu *intuitu personae* avait ou non vocation à se poursuivre en cas de cession de contrôle dans une des sociétés contractantes.

En se fondant d'abord sur le principe de l'autonomie de la personne morale, puis en énonçant ensuite que le contrat devait se poursuivre sans méconnaître son caractère *intuitu personae*, la Cour de cassation a opéré un double degré d'analyse entre les effets d'une cession de contrôle sur la personne de la société cible d'une part, et les effets d'une cession de contrôle sur la substance du contrat conclu d'autre part. Ce faisant, les magistrats de la chambre commerciale ont constaté que la cession de contrôle n'altère pas la personne morale contractante (I). Par voie de conséquence et sauf clause contraire, la cession de contrôle n'altère pas davantage le lien contractuel même conclu *intuitu personae* (II).

I. L'inaltération de la personne morale contractante en cas de cession de contrôle

L'arrêt du 29 janvier 2013 se remarque tout d'abord par la référence expresse au principe d'autonomie de la personne morale, en tant que fondement de la décision. De ce fondement découle la démonstration selon laquelle la personne morale n'est pas affectée par l'opération de cession de contrôle, ni en tant que telle (A), ni dans ses attributs patrimoniaux (B).

A. L'inaltération de la personnalité juridique de la société

L'analyse économique de la cession de contrôle. En l'espèce, le litige trouve sa source dans une opération de cession de contrôle. L'intégralité du capital social de la société Seeb a été cédée à un nouvel actionnaire. Cette opération de cession massive des droits sociaux a pour effet juridique de transférer la propriété des actions du cédant vers le cessionnaire. Elle a surtout pour effet économique de transférer le contrôle de la société au profit du nouvel actionnaire. Elle est utilisée à cette fin, dans un but de « cession d'entreprise »², quand bien même elle n'est plus assimilée à une vente de fonds de commerce³. La cession de contrôle remplit ainsi une fonction analogue à celle de la vente de fonds de commerce, de la fusion-absorption ou encore de l'apport partiel d'actif. Paradoxalement, la cession de contrôle, dans une analyse économique, est bien plus proche de ces mécanismes que des opérations revêtant la même

¹ Comp. : Cass. com., 3 décembre 2002, JCP E 2002, p. 2065, note D. Mainguy ; Cass. com., 7 juin 2011, CCC 2011, n° 213, note N. Mathey.

² V. notamment C. Hannoun, Les conventions portant transfert du contrôle et la transparence des sociétés, D. 1994, chr. p. 67.

³ Cass. com., 21 janvier 1970, JCP 1970, II,16541, note B. Oppetit.

nature juridique. La cession de parts sociales ou d'actions pour une fraction minoritaire notamment est d'une économie générale bien différente de la cession de contrôle. C'est pourquoi, en dépit de l'identité de nature¹, les contrats de cession de droits sociaux répondent à une économie générale différente selon qu'ils transfèrent ou non le contrôle de la société sur la tête du cessionnaire. C'est pourquoi également la négociation de l'acte de cession est généralement subordonnée par condition au transfert d'un minimum de droits sociaux, voire de l'intégralité des droits sociaux. Du point de vue des parties, elles arbitrent entre une cession de contrôle et une autre opération qui leur permettrait de transférer le contrôle de la société. Elles ne choisissent pas la cession de contrôle en lieu et place d'une cession de droits sociaux pour une fraction minoritaire. Il est donc peu pertinent de comparer la cession de contrôle aux autres cessions de droits sociaux, car la commune intention des parties se construit autour de l'option entre les différentes techniques contractuelles permettant le transfert d'activité. Lorsque les parties, comme c'est le cas en l'espèce, décident d'opter pour une cession de contrôle, l'évaluation du prix de la cession s'opère la plupart du temps au regard du bilan de la société, en s'accordant sur la valeur des immobilisations en lieu et place de leur valeur nette comptable, puis en déterminant le montant de l'actif net en fonction de ces nouvelles valeurs, et enfin en prévoyant un ajustement du prix en fonction de la variation de l'actif net ainsi déterminé. Au surplus, il n'est pas rare que soient intégrées dans ce calcul des valeurs qui n'apparaissent pas en comptabilité, comme une autorisation administrative ou encore un contrat de longue durée qui valorise le fonds. C'est précisément le cas en l'espèce. Le fonds de commerce de la société Seeb était valorisé par le contrat de distribution exclusive conclu avec la société Castes industries. Non compris dans les biens d'actif immobilisé, ce contrat n'en est pas moins une valeur pour l'entreprise, car le flux d'affaires qu'il organise impacte directement le résultat d'exploitation et la rentabilité de l'activité.

L'analyse juridique de la cession de contrôle. Entendue ainsi, la cession de contrôle est une technique de reprise d'une activité par achat des titres qui permet de contrôler cette activité. Ainsi, la reprise d'activité est juridiquement indirecte. La cession de contrôle a pour seul objet des droits sociaux, parts sociales ou actions. Ce n'est qu'indirectement que l'activité est transférée au profit du cessionnaire, à travers le contrôle qu'il exerce sur la société. Juridiquement, la cession de contrôle est une vente, soumise au droit commun et à quelques dispositions particulières de droit des sociétés. La vente a pour objet des parts sociales ou des actions, mais en aucun cas les éléments d'actifs afférents à l'activité. Ainsi, le fonds de commerce ne peut s'analyser ni comme

¹ A l'exception du caractère civil reconnu aux cessions de droits sociaux pour une fraction minoritaire et du caractère commercial reconnu aux cessions de contrôle (V. notamment Cass. com., 28 novembre 1978, D. 1980, 316, note J.-C. Bousquet)

l'objet, ni comme une partie de l'objet de la vente¹, et ce quand bien même sa valorisation est déterminante du prix de cession. Le contrôle sur le fonds de commerce au profit du cessionnaire se réalise de manière subséquente par la mainmise du cessionnaire sur les organes sociaux², soit qu'il soit à la fois dirigeant et associé majoritaire, soit qu'il soit associé majoritaire et désigne un dirigeant qui lui est subordonné. Ainsi, en l'espèce, la cession de contrôle a par la suite donné lieu au remplacement du dirigeant social. Toutefois, malgré l'économie générale de la cession de contrôle et en dépit du changement qu'elle opère dans les organes sociaux, le principe d'autonomie de la personne morale conduit à analyser juridiquement la situation comme une continuité et non pas comme une rupture³. C'est ce qu'a entendu énoncer la Cour de cassation par le recours formel au fondement du principe d'autonomie de la personne morale. Ce principe aussi essentiel qu'élémentaire en droit des sociétés signifie que la personne morale ne se confond pas avec la personne de ces membres. Chaque personnalité juridique est distincte. Partant, quand bien même elle opère une modification dans le contrôle de la société, et malgré le changement de dirigeant qui en découle, la cession de droit sociaux ne modifie, ni ne bouleverse la personne morale. Puisque la personne morale ne se confond pas avec la personne de ses membres, il importe d'analyser la cession de contrôle comme opérant une modification de la personne des membres de la société, sans qu'il faille en déduire une modification dans la personne de la société. Les transferts et modifications sont cantonnés aux relations entre associés, ainsi qu'aux relations entre associés et dirigeant. Mais ils n'affectent en aucune manière la personnalité juridique de la société. Par le passé, la Cour de cassation a déjà jugé que la personnalité juridique d'une société demeurait identique, y compris lorsqu'une cession de contrôle se poursuivait la transformation de la société de SA en SAS⁴. Par l'écran de la personnalité morale, la cession de contrôle permet de transférer le contrôle d'une activité économique sans pour autant emporter à l'égard des tiers une modification juridique dans la personne qui exerce cette activité.

Ainsi, en dépit de son économie générale, la cession de contrôle n'altère pas la personnalité juridique de la société cible. La Cour a donc pu en déduire que le patrimoine social n'avait pas été non plus altéré par l'opération.

¹ Cass. com., 21 janvier 1970, précit.

² J. Paillusseau, La cession de contrôle, JCP G 1986, I, 3224 ; La cession de contrôle et la situation financière de la société cédée (ou de la nature juridique du contrôle et de la cession de contrôle), JCP G 1992, I, 3578.

³ Contra : C. Hannoun, Les conventions portant transfert du contrôle et la transparence des sociétés, D. 1994, chr. p. 67.

⁴ Cass. civ. 3^{ème}, 28 avril 2011, Bull. civ. III, n° 61.

B. L'inaltération du patrimoine social

La continuité du patrimoine social. Le principe d'autonomie de la personne morale, sur lequel est fondée la décision, implique une fonction d'écran remplie par la personnalité morale. Cet écran de la personnalité morale se concrétise notamment par l'autonomie du patrimoine social par rapport au patrimoine des associés¹. Ainsi, le patrimoine des actionnaires comprend les seuls titres sociaux, sans inclure les éléments d'actif ou de passif détenus par la société. Ces éléments d'actif et de passif sont inclus dans le seul patrimoine de la société. Le principe de l'autonomie de la personne morale, conjugué à la théorie de l'unicité du patrimoine², démontre cet état patrimonial. En effet, la personne morale étant distincte de la personne de ses membres, le patrimoine de la société est nécessairement distinct du patrimoine de ses membres³. Par conséquent, le transfert de propriété des actions entre les anciens actionnaires de la société Seeb et le nouvel actionnaire unique n'affecte que les patrimoines des associés. Les titres sociaux sont transférés du patrimoine de l'ancien actionnaire vers celui du nouvel actionnaire, et le prix de vente est transféré du patrimoine du nouvel actionnaire vers celui de l'ancien actionnaire. En aucune façon, le patrimoine de la société n'est affecté par l'opération. De ce point de vue, la cession de contrôle se distingue d'une opération de reprise d'activité par un mécanisme de fusion, scission ou d'apport partiel d'actif. Ces opérations de fusion, scission ou apport partiel d'actif emportent en effet transmission universelle du patrimoine⁴. Dans le cadre d'une fusion-absorption notamment, le patrimoine de la société absorbée est transféré de manière universelle vers le patrimoine de la société absorbante. Dans une telle hypothèse, le patrimoine de la société cible est affecté par l'opération, via la transmission de ses éléments d'actif et de passif vers un autre patrimoine⁵. La cession de contrôle, même lorsqu'elle porte sur la totalité du capital de la société, n'emporte pas une telle transmission universelle du patrimoine. La société cible demeure titulaire de l'intégralité des éléments d'actif et de passif qui composaient son patrimoine avant l'opération. Seuls certains éléments de passif sont modifiés par la cession de contrôle. Les actions, qui du point de vue de la société s'analysent comme des dettes à l'égard des actionnaires, ont changé de titulaire. Ainsi, aucun actif n'est ajouté ni retiré. Aucun passif n'est ajouté ni retiré. Seules certaines dettes ont changé de créancier. Aussi, dans le cas d'espèce, en énonçant que la personne morale « *reste*

¹ B. Oppetit, Les cessions de droits sociaux emportant le transfert du contrôle d'une société, *Rev. Sociétés* 1976, p. 631.

² C. Aubry et C. Rau, *Cours de droit civil français*, t. 6, 4^{ème} éd., 1873, § 573.

³ B. Oppetit, *op. cit.*

⁴ A la condition toutefois pour les apports partiels d'actif que les parties à l'apport optent pour le régime des fusions et scissions.

⁵ Cass. com., 13 décembre 2005, *Bull. civ. IV*, n° 255.

inchangée », la Cour constate également que son patrimoine n'a pas été affecté par l'opération de cession de contrôle.

La continuité des contrats en cours. L'inaltération du patrimoine de la société implique alors nécessairement la continuité des contrats en cours. L'ensemble des créances et des dettes nées de ces contrats demeurent dans le patrimoine de la société cible. Elles ne font l'objet d'aucune transmission, même à titre universel. Ainsi, en l'espèce, la société Seeb nouvellement contrôlée n'est pas un ayant cause à titre universel de la société Seeb anciennement contrôlée. Elle est encore moins un ayant cause à titre particulier de la société Seeb anciennement contrôlée. Elle est et demeure la personne qu'elle a toujours été depuis sa fondation. Pareillement, le nouvel actionnaire n'est pas un ayant cause ni à titre particulier, ni à titre universel de la société Seeb. Il est un ayant cause à titre particulier des anciens actionnaires de la société Seeb. La problématique des contrats en cours ne trouve donc pas sa solution dans une logique de transmission du contrat. Par principe, les contrats se poursuivent. Ainsi, la Cour expose que « *la convention était maintenue en dépit des changements survenus* ». Le contrat de distribution exclusive aurait donc dû se poursuivre selon les mêmes termes et modalités, sans que l'opération de cession de contrôle ne s'analyse comme une transmission de ce contrat. Il est et demeure un contrat conclu entre la société Seeb et la société Casties industries, et doit par conséquent s'exécuter entre ces parties selon les termes et modalités qu'il a prévus. Ce principe de la continuité pure et simple des contrats en cours est d'ordre général¹. Il s'applique à tous les contrats pour lesquels la société cible est partie, sauf lorsqu'une règle particulière y déroge. C'est ainsi notamment que les journalistes professionnels disposent du droit de faire constater la rupture du contrat de travail comme intervenant à l'initiative de l'employeur, en cas de cession du contrôle du journal dans lequel ils sont employés (2). Hormis ces exceptions expressément prévues par la Loi, la portée de la décision apparaît donc sur ce point comme générale. Les créances et dettes trouvant leur source dans les contrats en cours n'ont pas changé de titulaire par l'effet de la cession de contrôle. Dédire d'une cession de contrôle que les dettes et créances auraient été transférées reviendrait à confondre le patrimoine de la société avec les patrimoines respectifs des associés. Le recours au principe d'autonomie de la personne morale permet ainsi d'expliquer la continuité des contrats en cours. Par voie de conséquence, la lettre de la société Casties industries qui constate improprement la caducité du contrat s'analyse en une résiliation unilatérale et, s'agissant d'un contrat organisant une relation commerciale établie, cette rupture devait donner lieu à un préavis raisonnable en vertu de l'article L.442-6, I, 5°) du Code de commerce.

¹ J. Mestre, La spécificité juridique des contrats conclus par les sociétés, RLDC 2004, n° 1, p. 41.

² C. trav., art. L.7112-5 ; Cass. soc., 21 juin 1984, Bull. civ.V, n° 266 ; Rev. sociétés 1985, p. 125, note M. Jeantin.

Par un raisonnement fondé sur le principe de l'autonomie de la personne morale, l'arrêt du 29 janvier 2013 permet de poser la règle selon laquelle l'opération de cession de contrôle n'altère pas la personne morale contractant. En découle ainsi un principe selon lequel les contrats se poursuivent. La Cour poursuit en énonçant que le caractère *intuitu personae* du contrat n'est pas une exception au principe de poursuite des contrats en cours, manifestant ainsi l'idée selon laquelle l'opération de cession de contrôle n'altère pas le lien contractuel en cause.

II. L'inaltération du contrat conclu *intuitu personae* en cas de cession de contrôle

En constatant que le lien contractuel n'avait pas été altéré par l'opération de cession de contrôle, la Cour décide sans ambages que le contrat de distribution exclusive avait vocation à se poursuivre, sans que son caractère *intuitu personae* ne puisse y faire obstacle (A). Toutefois, par *obiter dictum*, la chambre commerciale réserve l'hypothèse d'une stipulation contraire, qui aurait pour objet d'étendre le champ de l'*intuitu personae* aux dirigeants ou associés (B).

A. La notion d'*intuitu personae* dans les contrats conclus par une personne morale

L'*intuitu personae* préservé malgré la cession de contrôle. Afin d'échapper à l'application de l'article L.442-6, I, 5°) du Code de commerce, la société Casties industries s'est prévalu du caractère *intuitu personae* du contrat de distribution exclusive. Selon le pourvoi, ce contrat ne pouvait pas se poursuivre en cas de cession de contrôle. Déclarant le moyen infondé, l'arrêt du 29 janvier 2013 poursuit le raisonnement fondé sur l'autonomie de la personne morale en énonçant que la poursuite du contrat de distribution exclusive ne méconnaît pas, sauf stipulation particulière en ce sens, le caractère *intuitu personae* de ce contrat. Le principe selon lequel les contrats en cours se poursuivent en cas de cession de contrôle est alors d'une portée d'autant plus générale que le caractère *intuitu personae* du contrat n'est pas en soi une exception. La généralité du principe concerne encore les autorisations administratives *intuitu personae*, en l'absence de réglementation l'excluant expressément¹. En se prononçant sur le caractère *intuitu personae*, le raisonnement de la Cour de cassation change de perspective. Il est une chose de dire que la personne morale demeure inchangée par une opération de cession de contrôle. C'est en est une autre de dire que le

¹ Pour une illustration en matière d'autorisation de pêche, V. R. Laulier, Le cas d'un *intuitus personæ* administratif en péril face au droit des sociétés - Le risque d'une transmission occulte de l'autorisation d'exploitation des ressources halieutiques, Rev. Dr. Rural 2010, étude 29.

contrat conclu intuitu personae n'est pas affecté par cette opération. La Cour entend l'articulation de ces deux éléments de solution comme un rapport de cause à effet. C'est parce que la personne morale n'est pas altérée par l'opération que le contrat conclu intuitu personae ne l'est pas davantage. En présence d'un contrat conclu intuitu personae, la personne du contractant devient un élément essentiel du contrat. Si la personne du contractant n'est pas altérée par la cession de contrôle, alors cet élément essentiel du contrat perdure (1). C'est le même raisonnement qui, a contrario, justifie que le contrat intuitu personae ne soit pas transmis lors d'une opération de fusion. En effet, c'est parce que la personne du contractant est affectée par une fusion, scission ou apport partiel d'actif, que cet élément essentiel du contrat intuitu personae disparaît². Cette solution, bien que prévisible³, n'allait pas nécessairement de soi. Autonomie de la personne morale et intuitu personae sont deux notions qui ne relèvent pas du même stade d'analyse. A l'égard des tiers, l'autonomie de la personne morale a principalement une fonction d'écran patrimonial. Or, la notion d'intuitu personae est davantage une notion relevant de l'interprétation du contrat. Il s'agit de déterminer si la personne du contractant est ou non un élément essentiel du contrat. Ce caractère peut se déduire soit de la nature du contrat en cause, soit des stipulations contractuelles. Il n'est pas certain que le principe d'autonomie de la personne morale soit le fondement technique le plus pertinent pour en tirer des conclusions sur l'interprétation du contrat conclu par une personne morale⁴. L'on pourrait alors envisager que le principe d'autonomie de la personne morale implique la poursuite des contrats en cours, tout en considérant que les contrats conclus intuitu personae devenaient caducs. Ce n'est pas confondre les personnes et les patrimoines que de dire qu'un contrat a été conclu en considération de la personne d'une société et du groupe auquel elle appartient ou de la personne qui la dirige. C'est d'ailleurs ce qui avait été retenu par la Cour d'appel de Paris dans l'arrêt *Sanders*⁵ et même sous-

¹ Cass. civ. 3^{ème}, 28 avril 2011, Bull. civ. III, n° 61 ; voir déjà : Cass. com., 15 janvier 1991, n° 89-12537.

² Cass. civ. 3^{ème}, 10 novembre 1998, JCP G 1999, II, 10051, note A. Djigo ; RTDciv. 1999, p. 397, obs. J. Mestre ; Cass. com., 29 octobre 2002, D. 2003, p. 2231, note J.-P. Brill et C. Koering ; Bull. Joly 2003, p. 192, § 43, note D. Krajieski ; RTDciv 2003, p. 295, obs. J. Mestre et B. Fages ; Cass. com., 13 décembre 2005, Bull. civ. IV, n° 255.

³ D. Mainguy, Cession de contrôle et sort des contrats de la société cédée, Rev. Soc. 1996, p. 17.

⁴ Pour une analyse justifiant la caducité des contrats intuitu personae en cas de cession de contrôle sans méconnaître le principe d'autonomie de la personne morale : C. Hannoun, Les conventions portant transfert du contrôle et la transparence des sociétés, D. 1994, chr. p. 67.

⁵ CA Paris, 7 novembre 1996, JCP G 1997, II, 228571, note P. Mousseron ; RTDciv 1998, p. 103, obs. J. Mestre.

entendu par la Cour de cassation dans une décision inédite¹. Par cet arrêt du 29 janvier 2013, la Cour décide très clairement que l'intuitu personae n'est pas *de jure* contrarié par une opération de cession de contrôle.

La conception stricte de l'intuitu personae. A cet égard, la démonstration opérée sur le terrain de l'autonomie de la personne morale semble superflue. La même solution eût été tout aussi bien fondée si la Haute juridiction avait opéré la démonstration sur le seul caractère intuitu personae entendu strictement, sans nécessairement la rattacher au principe d'autonomie de la personne morale. L'essentiel de la solution est donc bien cette conception stricte de la notion d'intuitu personae. La notion d'intuitu personae est ainsi envisagée à l'aune de la seule personne morale contractante, sans inclure par principe la personne de ses membres. Sauf stipulation contraire, l'intuitu personae en faveur d'une société renvoie à un intuitu firmae². L'intuitu personae dans un contrat conclu par une personne morale est le caractère que revêt un contrat conclu en considération de la société avec laquelle il est conclu, indépendamment de la personne de ses associés ou dirigeants. En l'espèce, la société Seeb demeurant, c'est à son seul égard que doit s'apprécier l'intuitu personae, indépendamment du changement de contrôle. Cette solution doit de ce point de vue être approuvée. L'intuitu personae est une notion dérogatoire. Elle est une exception au principe selon lequel un contrat n'est pas conclu en considération de la personne du contractant³. En tant qu'exception, la notion d'intuitu personae doit ainsi s'entendre strictement. Une conception trop large de la notion d'intuitu personae serait excessivement perturbatrice. S'il est des hypothèses dans lesquelles une partie contracte avec une société en considération de la personne de son dirigeant ou encore en considération du groupe auquel elle appartient, cette circonstance ne justifie pas par principe l'extinction du contrat en cas de modification dans la direction ou le contrôle de la société contractante. Ainsi, l'exécution des contrats, même conclus intuitu personae, n'est pas *de facto* perturbée par l'effet d'une cession de contrôle⁴. Or, la valorisation de l'entreprise en pâtirait parfois gravement. Si l'intuitu personae devait par principe s'apprécier au-delà de la personne morale contractant, alors le nombre des contrats s'éteignant par l'effet d'une cession de contrôle serait exagérément important. L'extinction de ces contrats du seul fait de la cession de contrôle dévaloriserait les parts ou actions cédées, alors même que la volonté manifestée d'acquérir le contrôle d'une société doit au contraire participer à la valorisation

¹ Cass. com. 30 novembre 2004, n° 02-17414. Toutefois, fondée sur l'obligation de loyauté de l'agent commercial et semble-t-il sur l'obligation d'information réciproque, l'arrêt ne signifie pas de manière générale que la cession de contrôle emporte caducité d'un contrat conclu intuitu personae.

² D. Mainguy, Cession de contrôle et sort des contrats de la société cédée, Rev. Soc. 1996, p. 17.

³ M. Contamine-Raynaud, L'intuitus personae dans les contrats, th. Paris II, 1974, n° 28 ; D. Mainguy, Cession de contrôle et sort des contrats de la société cédée, Rev. Soc. 1996, p. 17.

⁴ CA Paris, 11 janvier 2002, Juris-data n° 2002-170790.

de ces parts ou actions. Au-delà des valeurs comptables et des formules de prix, c'est bien l'existence d'un acquéreur potentiel qui donne de la valeur aux droits sociaux. A cet égard, une conception trop large de l'intuitu personae est un facteur de perte de valeur, soit parce que l'acquéreur potentiel diminue son offre en considération du risque d'extinction des contrats conclus intuitu personae, soit parce qu'il engage des coûts supplémentaires à travers la tractation avec chacun des cocontractants de la société cible pour maintenir ces contrats. La conception stricte de l'intuitu personae permet ainsi une sécurité des transactions et une valorisation des droits sociaux.

Le caractère d'intuitu personae n'est pas un obstacle à la poursuite du contrat en cas de cession de contrôle, essentiellement à raison d'une conception stricte de la notion. Il est malgré tout licite d'élargir conventionnellement l'intuitu personae attaché à un contrat.

B. L'extension conventionnelle de l'intuitu personae

La licéité des clauses d'extension d'intuitu personae. La solution eut été inverse si le contrat de distribution exclusive avait, en l'espèce, expressément stipulé que le caractère intuitu personae du contrat recouvrait la personne de l'actionnaire principal ou du dirigeant. La Cour réserve en effet expressément l'hypothèse d'une stipulation en ce sens. Ce faisant, cet arrêt se situe dans la ligne jurisprudentielle désormais ancienne qui a validé ces clauses¹. Régulièrement appelée « clause de contrôle » ou encore « clause d'intuitu personae renforcée », cette clause a pour objet de faire entrer dans le champ contractuel des personnes autres que la personne morale contractante. Elle étend ainsi l'intuitu personae du contrat aux personnes la contrôlant, d'où le vocabulaire de « clause de contrôle ». Cette clause définit alors une conception large intuitu personae, substituant un « intuitu socii »² à l'intuitu firmae de droit commun. Elle est particulièrement utile lorsque la relation contractuelle est conclue en considération du groupe auquel appartient le contractant, ou encore lorsque la réputation personnelle du dirigeant est un facteur d'efficacité de la relation contractuelle. Cette clause est encore fréquemment stipulée dans des relations commerciales de longue durée sur des secteurs particulièrement concurrentiels. Un arrêt du 2 juillet 2002 illustre notamment l'intérêt de cette clause³. Il s'agissait d'un contrat de concession automobile qui stipulait expressément que les opérations tendant à changer le contrôle dans la personne

¹ Cass. com., 15 janvier 1991, n° 89-12537.

² C. Prieto, La société contractante, PUAM, 1994, n° 705 ; Evénements affectant la personne de la société contractante, in La cessation des relations contractuelles d'affaires, PUAM 1997, p. 81.

³ Cass. com., 2 juillet 2002, Bull. civ. IV, n° 113 ; RTDcom 2002, p. 494, obs. J.-P. Chazal et Y. Reinhard.

du concessionnaire devaient, à peine de caducité du contrat de concession, faire l'objet d'un agrément de la part du concédant. Dans cette espèce, le constructeur Opel, concédant, a pu refuser la poursuite du contrat de concession lorsque la société concessionnaire est passée sous le contrôle d'une société liée au constructeur Volkswagen, concurrent direct du concédant¹. L'effet de ces clauses d'extension d'intuitu personae peut varier en fonction de leur rédaction. Les clauses de contrôle peuvent ainsi prévoir que la modification dans les personnes qu'elles visent est une cause de résolution, de résiliation² ou encore de caducité. En l'absence de stipulation précisant la nature de l'effet de la clause, la caducité semble devoir être retenue³. Le mécanisme se rapproche des clauses d'objectivation d'une cause subjective. La clause d'extension de l'intuitu personae comme la clause d'objectivation d'une cause subjective fait entrer dans le champ contractuel ce qui n'y est pas inclus par principe. En cas de disparition de cet élément essentialisé par une clause, il s'agit alors d'une circonstance qui ne devrait pas affecter rétroactivement la période contractuelle déjà exécutée, et qui devrait suffire à emporter l'extinction du contrat sans que la partie concernée n'ait à notifier son intention d'y mettre fin. La caducité serait ainsi cohérente avec la notion d'intuitu personae qu'elle étend.

Les exigences de bonne foi. En tout état de cause, il n'existe pas de limite à la validité des clauses d'extension d'intuitu personae. La principale réserve est relative à leur mise en œuvre. De la même manière que l'ensemble des dispositions contractuelles, la mise en œuvre d'une clause d'extension d'intuitu personae doit satisfaire aux exigences de bonne foi posées par l'article 1134 alinéa 3 du Code civil⁴. Dans un arrêt du 2 juillet 1991 notamment, la Cour de cassation a reconnu qu'un concédant devait engager sa responsabilité à l'égard d'un concessionnaire lorsque la clause d'extension d'intuitu personae avait été invoquée avec trop de légèreté⁵. Dans cette espèce, le contrat de concession prévoyait le décès du dirigeant de la société concessionnaire comme une cause de résiliation du contrat. Sitôt le dirigeant décédé, le concédant avait signifié la résiliation du contrat sur ce motif. Par la suite, la société concessionnaire, dirigée par le fils de l'ancien dirigeant décédé, avait sollicité à nouveau l'agrément du concédant pour conclure un nouveau contrat de concession automobile. Le concédant lui a alors indiqué qu'il allait examiner attentivement et

¹ A la réserve de la motivation du refus d'agrément, car cette clause stipulait également les motifs pour lesquels l'agrément pouvait être refusé.

² CA Paris, 16 novembre 2006, Juris-data n° 2006-322561.

³ P. Mousseron, Quand la clause de non-circulation met en échec la transmission universelle du patrimoine, obs. sous CA Montpellier, 16 septembre 2003, in Chronique de technique contractuelle, JCP E 2004, 384, n° 37

⁴ J. Mestre, obs. sous CA Paris, 7 novembre 1996, RTDciv 1998, p. 103 ; J. Calvo, Les clauses d'intuitu personae dans les contrats commerciaux, Petites Affiches, 5 juillet 1996, n° 81, p. 10.

⁵ Cass. com., 2 juillet 1991, n° 88-18040, inédit.

prioritairement cette candidature. Les juges du fond ont déduit de ce comportement que la poursuite ou l'extinction des relations contractuelles du fait du décès du gérant nécessitait un examen approfondi. Par conséquent, la résiliation du contrat de concession immédiatement après le décès de l'ancien dirigeant a été analysée comme précipitée, brusque et relevant d'une légèreté blâmable. Le concédant a ainsi engagé sa responsabilité à l'égard de l'ancien concessionnaire. Le parallèle peut être fait avec le régime des clauses résolutoires, lesquelles sont privées d'effet dès lors qu'elles sont invoquées de mauvaise foi¹. Plus généralement encore, cette analyse se fonde dans le mouvement jurisprudentiel suivi par la Cour de cassation depuis un peu plus de vingt ans. Les clauses accordant un pouvoir unilatéral à l'une des parties sont valables, à la condition que ce pouvoir soit exercé de bonne foi et ne dégénère pas en abus (²). Aussi, il convient d'en déduire que la clause évoquée dans l'arrêt du 29 janvier 2013 doit asseoir son efficacité sur un *intuitu personae* véritable. Si cette décision prévoit en effet l'hypothèse d'une clause d'extension d'*intuitu personae*, elle ne devrait pas permettre la contractualisation artificielle d'un *intuitu personae*, si l'appréciation *in concreto* de la relation d'affaires démontre que cet *intuitu personae* élargi n'existait pas réellement. Quitte à permettre encore davantage le contrôle judiciaire des stipulations contractuelles, il serait en effet heureux que l'outil contractuel s'ancre dans la réalité et ne serve pas tous les artifices.

¹ V. en matière de baux commerciaux : Ch. Lavabre, L'abus en matière de baux commerciaux statutaires, *Droit et Patrimoine* 2000, n° 83, p. 46 ; Cass. civ. 3^{ème}, 25 janvier 1983, Bull. civ. III, n° 21 ; Cass. civ. 3^{ème}, 10 novembre 2010, Bull. civ. III, n° 199.

² D. Mazeaud, Regards positifs et prospectifs sur le « nouveau monde contractuel », *Petites Affiches*, 7 mai 2004, n° 92, p. 47 ; R. Libchaber, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 28 octobre 2003, *Rep. Def.* 2004, p. 378 ; C. Pomart-Nomdedeo, Le régime juridique des droits potestatifs en matière contractuelle, entre unité et diversité, *RTDciv.* 2010, p. 209.

DISPONIBLES sur www.cdcm-montpellier.fr

Cahiers Teutates : 2012 1/1
2012 1/2
2012 1/3
2012 1/4
2012 1/5
2013 2/1
2013 2/2
2013 2/3

Etudes Teutates : C. Alcalde, *La distribution automobile, Etude juridique*, 2012.