



Université Panthéon-Assas

BANQUE DES MEMOIRES

Master de Droit privé général
Dirigé par Monsieur le Professeur Yves Lequette
2011

***La clause de buy or sell à l'épreuve du
droit des obligations***

Diane Galbois

Sous la direction de Monsieur le Professeur Yves Lequette

Principales abréviations

Ass. Plén. : Assemblée plénière (Cour de Cassation)
Bull. Civ. : Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambres civiles
Bull. Joly : Bulletin Joly Sociétés
Cass. : Cour de cassation
Civ. 1^{ère} : Première chambre civile (Cour de cassation)
Civ. 2^{ème} : Deuxième chambre civile (Cour de cassation)
Civ. 3^{ème} : Troisième chambre civile (Cour de cassation)
CEDH : Cour européenne des droits de l'homme
Comm. : commentaire
Cons. const. : Conseil constitutionnel
c/ : contre
chr. : chronique
D. : Recueil Dalloz
Defrénois : Répertoire du notariat Defrénois
DH : Dalloz hebdomadaire
Dr. Sociétés : Droit des sociétés
Éd. : Édition
Grands arrêts : Grands arrêts de la jurisprudence civile, 12^{ème} éd. 2008
Gaz. Pal. : Gazette du palais
J.-Cl. : Juris-Classeur (Encyclopédies)
JCP : Juris-Classeur périodique, édition générale
JCP E : Juris-Classeur périodique, édition entreprises
LPA : Les Petites Affiches
Obs. : Observations
Op. cit. : *opere citato*
P. : Page
PUF : Presses universitaires de France
RDAI : Revue de droit des affaires internationales
RDC : Revue des contrats
Rép. civ. : Répertoire de droit civil Dalloz
Req. : chambre des requêtes (Cour de cassation)
Rev. sociétés : Revue des sociétés
RJDA : Revue de jurisprudence de droit des affaires
RLDC : Revue Lamy droit civil
RTD civ. : Revue trimestrielle de droit civil
RTD com. : Revue trimestrielle de droit commercial
S. : Recueil Sirey
Soc. : chambre sociale (Cour de cassation)
Somm. : sommaire
T. : tome
Trib. com. : Tribunal de commerce
Vol. : volume

Sommaire

Introduction

Première partie : La qualification de la clause de buy or sell

Titre I : Des promesses croisées sous condition suspensive : un vêtement mal ajusté

Chapitre 1 : Le vêtement proposé

Chapitre 2 : Un vêtement imparfait

Titre II : Un enchevêtrement de deux droits potestatifs : un vêtement sur mesure

Chapitre 1 : Au stade du déclenchement : un droit potestatif d'activation de la clause

Chapitre 2 : Au stade du dénouement : un droit potestatif d'option

Deuxième partie : Le régime de la clause de *buy or sell*

Titre I : La validité de la clause de *buy or sell*

Chapitre 1 : Les conditions de validité du droit d'activation

Chapitre 2 : Les conditions de validité du droit d'option

Titre II : La mise en œuvre de la clause de *buy or sell*

Chapitre 1 : Les conditions d'efficacité de la clause de *buy or sell*

Chapitre 2 : Les effets de la clause de *buy or sell*

Conclusion

*LE COMTE: Mais comme le texte dit: "laquelle
somme je payerai à la première réquisition, ou bien
j'épouserai, etc.", la Cour condamne le défendeur à
payer deux mille piastres fortes à la demanderesse,
ou bien à l'épouser dans le jour.¹*

¹ P.-A. CARON DE BEAUMARCHAIS, *Le Mariage de Figaro*, acte III, scène 15, *Théâtre complet*, Gallimard, coll. Bibliothèque de la Pléiade, 1973, p. 321

Introduction

1. Les pactes d'actionnaires. Le principe de liberté contractuelle, présenté comme le fondement sacro-saint du droit des contrats par la doctrine civiliste du XIX^e siècle, trouve un terrain particulièrement fertile en droit des sociétés. Ce principe, clé de voûte de la philosophie individualiste des Lumières défendue par Rousseau – désigné par Kant comme le « Newton » de la philosophie morale¹ – a certes été, depuis lors, concurrencé par d'autres théories relatives aux fondements du contrat – parmi lesquelles le positivisme kelsénien², ou encore la théorie du « juste » et de « l'utile »³ – et ne correspond certes pas exclusivement à la conception qu'avaient retenue les rédacteurs du Code civil – également imprégnés de la tradition formaliste du droit romain et de la conception moraliste de l'Ancien droit – mais est indiscutablement toujours particulièrement vivace en matière de droit des sociétés, ce qui se traduit par la prolifération de pactes d'actionnaires. En effet, la pratique regorge de pactes qui viennent compléter les statuts et modifier les rapports entre certains associés d'une société – exclusivement les parties à l'acte. Les objectifs poursuivis sont multiples et aussi variés que l'imagination des intéressés le permet : pactes relatifs à la négociabilité des parts sociales ou actions, au droit de vote, ou encore à la répartition du capital social pour ne citer que les plus fréquents.

2. Les clauses de sortie. Les pactes d'actionnaires peuvent plus particulièrement contenir des clauses de sortie, c'est-à-dire des « stipulations convenues entre associés et dont l'objet est de prévoir, pour les régler, les modalités à venir de cession de leurs titres ou celles de leur retrait, volontaire ou forcé, du capital social »⁴. La présence de telles clauses peut s'expliquer par le fait que le droit des sociétés ne tient peut-être pas suffisamment compte du caractère disponible de la qualité d'associé, d'où le souci des associés de prévoir eux-mêmes des modalités de sortie de la société. A cette fin, différentes modalités peuvent être prévues. On rencontre par exemple des clauses dites de « sortie-garantie », dont le but est de contraindre l'acquéreur à racheter des titres à ses partenaires à l'issue d'une période donnée. A la date convenue, il doit racheter les titres des minoritaires

¹ E. KANT, *Observations concernant le Sentiment du Beau et du Sublime*, 1764

² H. KELSEN, « La théorie juridique de la convention », *Archives de philosophie du droit*, 1940, p. 33 et s.

³ J. GHESTIN, « Le juste et l'utile », *D.* 1982. 1

⁴ H. LE NABASQUE *et alii*, « Les clauses de sortie dans les pactes d'actionnaires », *Dr. Sociétés, Actes pratiques*, 1992/5, p. 2 et s., spéc. n° 1, p. 2

désireux de vendre, à un prix calculé d'avance. Une autre variété de clause de sortie est la clause d'entraînement (*tag along*), qui permet d'obliger les minoritaires à céder leurs actions en même temps que les majoritaires, de sorte par exemple que les premiers ne bloquent pas une acquisition⁵. A l'opposé, la clause dite de sortie conjointe permet aux minoritaires d'exiger d'un associé cédant qu'il obtienne du cessionnaire que ce dernier rachète également leurs actions, aux mêmes conditions que celles du cédant⁶.

3. Dénominations. La clause de *buy or sell* est connue sous différentes dénominations, toutes plus imagées les unes que les autres. On la rencontre sous la plume de certains auteurs sous l'appellation « clause américaine »⁷, qui témoigne de son origine, ou encore « clause texane »⁸, qui ne se contente probablement pas de renvoyer à son origine géographique, mais plutôt à son caractère dissuasif, de même que l'appellation plus imagée « clause *shotgun* »⁹. En effet, ces références à la terminologie du *western* et des armes à feu décrivent bien l'arme à double tranchant que représente ce mécanisme de sortie qui peut toujours se retourner contre son initiateur¹⁰. De manière encore plus originale – et passablement obscure – il est parfois fait usage de l'appellation « clause omelette » pour se référer à cette convention¹¹. D'autres auteurs préfèrent l'appellation expressive « clause du choix de Salomon » ou « clause de la roulette russe »¹², ce qui a pour avantage de mettre en lumière le caractère éminemment risqué de cette clause – certains ont d'ailleurs évoqué à propos de son mécanisme une « loterie à deux chiffres »¹³. Enfin, on retrouve la clause de *buy or sell* derrière l'appellation « clause d'offre alternative »¹⁴, ce qui a le mérite de toucher du doigt l'un de ses éléments constitutifs (Cf. *infra*, n° 56 et s.). Ce florilège de dénominations doctrinales d'une même clause montre l'imagination débordante des auteurs, mais force est de constater que la pratique, comme le prouve la jurisprudence rendue à la matière, semble préférer l'anglicisme « clause de *buy*

⁵ R. LIBCHABER, « Un étrange avant-contrat : la convention de *buy or sell* », *Defrénois*, 2009, art. 39040, p. 2324, spéc. p. 2328

⁶ H. LE NABASQUE *et alii*, art. préc., n° 25, p. 5

⁷ S. PRAT, *Les pactes d'actionnaires relatifs au transfert de valeurs mobilières*, préface A. Viandier, thèse Paris V, Litec, 1992, n° 158 et s., p. 92 et s.

⁸ J.-J. UETTWILLER et Ch.-E. PRIEUR, « Comment organiser efficacement la liberté contractuelle statutaire de la SAS ? », *Revue Lamy droit des affaires*, 2003, n° 57 et s.

⁹ J.-J. UETTWILLER et Ch.-E. PRIEUR, art. préc.

¹⁰ S. SCHILLER et H. DIENER, « Les clauses d'offre alternative », *Dr. Sociétés, Actes pratiques*, 2002/9, p. 32 et s.

¹¹ G. PARLEANI, « Les pactes d'actionnaires », *Rev. Sociétés* 1991. 1, spéc. n° 39

¹² S. SCHILLER et H. DIENER, art. préc.

¹³ D. LAMETHE, « La procédure de séparation des partenaires d'une filiale commune », *Gaz. Pal.*, 1978. II. Doctr. 549, spéc. p. 551

¹⁴ D. LAMETHE, art. préc., p. 550

or sell » ; c'est donc l'appellation que nous retiendrons au cours de cette étude.

4. Mécanisme. Parmi les clauses organisant la sortie d'un associé d'une société, la clause dite de *buy or sell* occupe une place particulière. Le mécanisme sur lequel repose cette clause est quelque peu complexe, et dans un souci de clarté nous appellerons *Primus* et *Secundus* les deux associés signataires. Aux termes d'une clause de *buy or sell* type, *Primus* peut proposer à *Secundus* de lui acheter ses parts à un certain prix. Si *Secundus* refuse de céder ses parts, il devra racheter celles de *Primus* au même prix. La clause de *buy or sell* prévoit une bilatéralisation de ce mécanisme, autrement dit chacun des deux signataires peut mettre en œuvre la clause et jouer le rôle de *Primus*. En outre, la pratique prévoit parfois que *Primus* – quel qu'il soit – peut soit proposer de racheter les titres de *Secundus* (comme décrit précédemment), soit proposer de vendre ses titres à *Secundus*, auquel cas ce dernier, s'il refuse, devra vendre ses propres titres à *Primus*¹⁵. La clause de *buy or sell* correspond donc bien à une clause de sortie puisque, à terme, l'un des deux associés devra se retirer de la société.

5. Origines. Les prémices de la clause de *buy or sell* sont loin d'être récents. En effet, l'esprit de la clause de *buy or sell* est sous-jacent dans une disposition du *Corpus Juris Civilis* de Justinien en vertu de laquelle si l'une des parties a le droit de diviser la chose, l'autre a le droit de choisir¹⁶. La clause de *buy or sell* elle-même semble présente dans la pratique américaine des affaires à partir des années 1960¹⁷. Ce n'est que quelques décennies plus tard que cette clause a franchi l'Atlantique, puisque la doctrine française semble n'avoir commencé à y prêter réellement attention qu'au début des années 1990. La clause de *buy or sell* semble d'abord avoir trouvé un terrain propice à son développement dans les contextes de *joint-venture* ou de filiale commune¹⁸. Dans un tel cadre, il s'agit d'organiser la fin anticipée de la *joint-venture*. L'avantage de la clause de *buy or sell*, du point de vue de la filiale commune, est qu'en cas de mise en œuvre, le partenaire restant continuera normalement l'entreprise. Le revers de la médaille est que ce mécanisme, contrairement à d'autres, consacre définitivement la fin de la relation de collaboration au

¹⁵ Elle est décrite en doctrine comme la clause qui « permet à un actionnaire de proposer ses parts à un autre à un certain prix. Si ce dernier refuse, il est obligé de vendre ses propres parts au prix indiqué à l'associé ayant proposé la transaction », v. L. MOSSER, « La prévision en droit des sociétés », *Gaz. Pal.*, 30 décembre 2010 n°364, p. 29 et s., spéc. p. 29

¹⁶ J. COSTANTINI, « L'offre alternative croisée, voie de sortie d'une filiale commune », *RDAI* 1997 n°4, p. 419 et s.

¹⁷ X., « *Notes – joint ventures corporations : drafting the corporate papers* », *Harvard Law Review*, 1964, p. 393 et s., spéc. p. 421, cité par J.-M. JONET et M. EVRARD, *Joint ventures : des noces au divorce*, Larcier, 2006, p. 83

¹⁸ J.-M. JONET et M. EVRARD, *Joint ventures : des noces au divorce*, Larcier, 2006, p. 83

sein de la *joint-venture*, mais c'en est précisément la finalité.

6. Champ d'application. Une telle clause n'est pas susceptible de pouvoir prospérer indifféremment dans tous les types de sociétés. En effet, il existe, dans les sociétés caractérisées par un fort *intuitu personae*, des limites à la libre cessibilité des parts sociales qui empêchent par contrecoup le recours à des clauses de sortie, et cela – de manière quelque peu paradoxale – même entre associés. A l'inverse, seules des clauses d'agrément peuvent conférer un certain caractère fermé – y compris envers les associés – aux sociétés de capitaux, dans lesquelles les cessions de titres sont en principes libres. Les associés d'une société souhaitant conclure entre eux une clause de *buy or sell* devront donc tenir compte de ces limites qui varient selon la forme sociale. Tout d'abord, dans les sociétés de personnes, la cession des parts sociales est étroitement encadrée, car ces sociétés reposent sur un *intuitus personae* très fort. Ainsi, dans les sociétés en nom collectif (SNC), les cessions, à quelque personne que ce soit, ne sont autorisées que si tous les associés y consentent unanimement. Cette règle est d'ordre public et concerne tant les cessions aux tiers que les cessions entre associés ou les cessions au profit du conjoint¹⁹. La SNC est en effet le parangon des sociétés fermées : si la cession n'est pas autorisée à l'unanimité des associés, l'associé qui envisageait de céder ses parts demeure « prisonnier » de la société. Dans ce type de structure, la convention de *buy or sell* ne saurait produire aucun effet à défaut d'accord unanime des associés²⁰ : elle serait réputée non écrite en vertu de l'alinéa 2 de l'article L.221-13 du Code de commerce. De même, dans les sociétés civiles, les parts sociales ne peuvent en principe être cédées qu'avec l'agrément de tous les associés, conformément à l'article 1861 alinéa 1^{er} du Code civil. Toutefois, à la différence de la solution retenue par le législateur pour les SNC, ce principe n'est que supplétif s'agissant des cessions entre associés²¹. Dès lors, la clause de *buy or sell* présente davantage d'intérêt dans les sociétés civiles que dans les SNC, à condition que les statuts aient prévu une telle exception au principe du consentement unanime. Dans les sociétés à responsabilité limitée (SARL) – sociétés hybrides empruntant tantôt au régime des sociétés de personnes tantôt à celui des sociétés de capitaux – les parts sociales sont en principe librement cessibles entre associés. Toutefois, les statuts peuvent imposer l'agrément du projet de cession, soit selon les modalités prévues pour l'agrément

¹⁹ M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, 23^{ème} éd., Litec, 2010, n° 1066 et s., p. 538 et s.

²⁰ Art. L. 221-13 al. 1^{er} du Code de commerce

²¹ M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *op. cit.*, n° 1211 et s., p. 617 et s.

obligatoire en cas de cession à un tiers²², soit, en vertu de l'article L. 223-16 alinéa 2 du même Code, à une majorité plus réduite ou dans des délais plus courts²³. Les clauses de *buy or sell* pourront donc en principe déployer pleinement leurs effets dans les SARL.

Par ailleurs, dans les sociétés par actions, les actions sont en principe librement cessibles à quelque personne que ce soit. Ce principe est néanmoins tempéré par une exception légale : des clauses d'agrément peuvent être insérées dans les statuts en vertu de l'article L.228-23 du Code de commerce²⁴. L'existence d'une telle clause dénature le caractère ouvert des sociétés de capitaux et les imprègne d'*intuitus personae*. Le champ d'application des clauses d'agrément a été récemment étendu aux cessions entre actionnaires, alors qu'avant 2004 elles étaient interdites dans cette hypothèse²⁵. L'exception au principe de libre cessibilité des actions que constitue la clause d'agrément est toutefois encadrée par l'article L.228-23²⁶. L'efficacité des clauses de *buy or sell* dans les sociétés de capitaux non cotées ne sera donc limitée qu'en présence d'une clause d'agrément répondant à toutes les conditions requises par cet article. Enfin, dans les sociétés de capitaux admises aux négociations sur un marché réglementé, l'efficacité des clauses de *buy or sell* est limitée par l'obligation d'informer la société et l'Autorité des marchés financiers (AMF) de l'existence d'une telle clause²⁷. En effet, étant donné que la clause de *buy or sell* prévoit des conditions préférentielles de cession ou d'acquisition d'actions, il convient de préserver une certaine transparence du marché. La clause de *buy or sell* est ainsi dans la dépendance de différentes règles, relatives à la libre cessibilité des actions, selon les diverses formes de sociétés.

Il convient par ailleurs de garder en mémoire que, dans le cas où *Primus* et *Secundus* sont les uniques associés d'une société, le rachat des parts de l'un par l'autre à l'issue de la clause de *buy or sell* aura pour conséquence de réunir en une seule main l'intégralité des parts ou actions. Si la société concernée est une SARL ou une société par actions simplifiées (SAS), elle se muera automatiquement respectivement en entreprise

²² Art. L.223-14 alinéa 1^{er} du Code de commerce

²³ M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *op. cit.*, n° 1068 et s., p. 540 et s.

²⁴ M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *op. cit.*, n° 731 et s., p. 391 et s.

²⁵ Art. L. 228-23 alinéa 1^{er} du Code de commerce, issu de l'Ordonnance n°2004-604 du 24 juin 2004, *JO*, 26 juin 2004, article 31

²⁶ Tout d'abord, la clause d'agrément doit figurer dans les statuts ; ensuite, l'agrément ne peut concerner que des titres nominatifs ; par ailleurs, la clause d'agrément est écartée en cas de succession, de liquidation du régime matrimonial ou de cession, soit à un conjoint, soit à un ascendant ou à un descendant ; enfin et surtout, cette clause ne peut concerner une société dont les titres sont admis sur un marché réglementé.

²⁷ L'article L.223-11 du Code de commerce prévoit que cette information doit être transmise à la société concernée et à l'AMF dans un délai de cinq jours de bourse à compter de la signature de la convention ou de l'avenant introduisant la clause concernée. V. M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *op. cit.*, n° 990, p. 500

unipersonnelle à responsabilité limitée (EURL) ou en société par actions simplifiée unipersonnelle (SASU)²⁸. Hormis ces deux hypothèses, la société devenue unipersonnelle n'est pas automatiquement dissoute, mais tout intéressé pourra demander en justice sa dissolution si la situation n'a pas été régularisée dans un délai d'un an, conformément aux prévisions de l'alinéa 1^{er} de l'article 1844-5 du Code civil. La régularisation peut prendre la forme de l'entrée d'un nouvel associé dans la société ou encore de la transformation en une EURL ou en une SASU. A défaut de régularisation, la société perdurera tant que personne n'aura agi en justice pour demander la dissolution de la société.

7. Plan. Illustration de l'inventivité de la pratique commerciale et des affaires, la clause de *buy or sell* peut être considérée comme l'un des « véritables "produits nouveaux" dont le contenu, généralement simple, n'emprunte pas à des moules préexistants »²⁹. Elle apparaît comme « des combinaisons nouvelles de procédés connus. Plusieurs types de contrats ou de clauses traditionnels sont amalgamés dans un ensemble complexe et indivisible qui acquiert son autonomie par rapport à ses composants »³⁰. Toutefois, l'autonomie d'une telle convention ne doit pas nous dissuader de son étude théorique afin de discerner les différents éléments qui la composent, et qui vont guider son régime juridique. Si l'on peut admettre, à la suite de certains auteurs, que la clause de *buy or sell* est « un mécanisme *sui generis*, difficilement réductible à la qualification de promesses unilatérales, fussent-elles croisées »³¹, cette affirmation ne doit pas être un frein à la décomposition du mécanisme sur lequel repose la clause de *buy or sell*. L'enjeu de ce « décorticage » est de permettre une qualification juridique, non pas de la clause elle-même dans toute sa complexité, mais de ses éléments constitutifs. A l'issue de cette opération de qualification juridique, à laquelle préexiste une « donnée brute », va être révélée une notion juridique³². Comme l'a mis en lumière Thaller, « le droit civil a pris son ascendant sur le commercial, en lui communiquant sa chaîne logique, sa méthode, ses cadres de démonstration : on est arrivé par là à donner plus de sécurité aux relations d'affaires, à mettre davantage les procès à l'abri de l'arbitraire »³³. L'enjeu de l'exercice de rationalisation de la clause de *buy or sell* est donc de garantir aux milieux d'affaires qui

²⁸ Art. L.223-1 al. 1^{er} du Code de commerce ; Art. L.227-1 al. 1^{er} du Code de commerce

²⁹ M. CABRILLAC, « Remarques sur la théorie générale du contrat et les créations récentes de la pratique commerciale », in *Mélanges dédiés à Gabriel Marty*, DL 1978, p. 236 et s., spéc. n° 3, p. 236

³⁰ M. CABRILLAC, art. préc., n° 3, p. 236

³¹ B. FAGES, « L'efficacité de la clause de *buy or sell* », *RTD civ.* 2009. 525, spéc. p. 526

³² G. CORNU, *Droit civil, Introduction au droit*, 13^{ème} éd., Montchrestien, coll. Domat droit privé, 2007, n° 194, p. 108

³³ E. THALLER, « De l'attraction exercée par le Code civil et par ses méthodes sur le Droit commercial », *Le code civil, Livre du centenaire*, Paris, 1904, p. 225 et s., spéc. p. 226

l'utilisent une certaine sécurité juridique et une certaine prévisibilité quant à son régime juridique. Finalement, puisqu'à chaque catégorie juridique correspond un régime juridique, l'opération de qualification des différents éléments de la clause de *buy or sell* va permettre de préciser le régime juridique de celle-ci. L'étude de la clause de *buy or sell* nous conduira donc à traiter au préalable sur sa qualification (première partie) avant d'en tirer les conséquences qui s'imposent en termes de régime (deuxième partie).

*

Première partie : La qualification de la clause de *buy or sell*

8. La clause de *buy or sell* a commencé à susciter l'intérêt de la doctrine française au début des années 1990, avant de faire de rares apparitions dans la jurisprudence des juges du fond, puis très récemment de la Cour de cassation. Face à cette figure issue de la pratique des affaires, les auteurs se sont trouvés quelque peu démunis. Si certains ont d'emblée affirmé le caractère *sui generis* de la clause de *buy or sell*, irréductible à une qualification juridique connue³⁴, d'autres ont tenté de qualifier positivement cette figure, en utilisant les catégories juridiques existantes. Comme d'aucuns ont pu le souligner, « la classification est à la base de toute science, de la science juridique comme des autres »³⁵. La classification repose au préalable sur la qualification juridique ; or cette « opération d'habillage »³⁶ peut s'avérer délicate, et le vêtement est parfois finalement mal adapté. La plupart des auteurs ont qualifié, ou plutôt simplement décrit, le mécanisme de la clause de *buy or sell* comme des promesses unilatérales croisées d'achat et de vente. Or une telle qualification nous semble davantage relever de l'artifice que de la qualification juridique (Titre I). Il semble en effet que cet habillage ne soit pas apte à révéler la véritable nature de la clause de *buy or sell*, mais au contraire la masque. La clause de *buy or sell* repose sur un mécanisme plus complexe qui met en jeu, de manière successive, deux droits potestatifs (Titre II).

Titre I : Des promesses croisées sous condition suspensive : un vêtement mal ajusté

9. La jurisprudence, quand elle se risque à un exercice de qualification de la clause de *buy or sell*, semble suivre la majorité des auteurs qui se sont attachés à revêtir cette figure d'une addition de promesses de vente et d'achat portant sur des titres sociaux (Chapitre 1). Il semble pourtant que ce vêtement soit mal ajusté et qu'il souffre de quelques imperfections (Chapitre 2).

³⁴ B. FAGES, art. préc., p. 526

³⁵ H. MAZEAUD, « Essai de classification des obligations », *RTD civ.* 1936. 2

³⁶ G. CORNU, *op. cit.*, n° 194, p. 108

Chapitre 1 : Le vêtement proposé

10. La doctrine dans un premier temps (I), suivie par des juridictions du fond (II), a habillé la clause de *buy or sell* d'un accoutrement consistant en des promesses croisées d'achat et de vente portant sur des titres sociaux.

I/ La description doctrinale : des promesses croisées

11. Face à la présence de plus en plus fréquente en pratique des clauses de *buy or sell* dans les pactes d'actionnaires, certains auteurs, peut-être désarmés face à la complexité de la clause, se sont contentés d'en décrire le mécanisme sans chercher à l'analyser ou à le qualifier, en affirmant par exemple que cette clause « permet à un actionnaire de proposer ses parts à un autre à un certain prix. Si ce dernier refuse, il est obligé de vendre ses propres parts au prix indiqué à l'associé ayant proposé la transaction »³⁷. Une telle description, si elle a le mérite de la clarté, n'est toutefois pas pleinement satisfaisante du point de vue de l'analyse juridique. D'autres auteurs ont quant à eux proposé de faire rentrer le mécanisme de la clause de *buy or sell* dans des catégories juridiques connues.

12. C'est au détour de son exposé sur le droit de préemption que le Professeur Guyon traite de la clause de *buy or sell*, à propos de la question de la fixation du prix des titres objets du droit de préemption, question cruciale pour le bénéficiaire qui souhaite contourner le double risque d'une obligation d'acquérir au prix fixé par le cédant ou à dire d'expert³⁸. La clause de *buy or sell* est en effet censée pallier cet inconvénient, de par la possibilité qu'elle offre à celui qui refuse d'acquérir les titres de son coassocié de forcer ce dernier à acquérir sa participation sur les mêmes bases d'évaluation. Dans cette optique, la clause de *buy or sell* est qualifiée par le professeur Guyon de « promesses de vente et d'achat croisées »³⁹.

13. De même, M. Prat décrit cette clause comme des « options d'achat et de vente entrecroisées »⁴⁰. Plus précisément, il décrit ainsi une clause qu'il dénomme « clause

³⁷ L. MOSSER, art. préc., p. 29

³⁸ Y. GUYON, *Traité des contrats, Les sociétés, Aménagements statutaires et conventions entre associés*, 5^{ème} éd., LGDJ, 2002, n° 220 et s., p. 334 et s.

³⁹ Y. GUYON, *op. cit.*, n° 220, p. 335

⁴⁰ S. PRAT, *op. cit.*, n° 158 et s., p. 92 et s.

américaine », distincte selon lui de ce qu'il appelle « clause d'offre alternative », mais sous ce vocable il convient de reconnaître la clause de *buy or sell* telle que nous la concevons. Selon cet auteur, le mécanisme repose sur une option d'achat, reconnue à chacune des parties, sur les titres de l'autre. Ainsi, si *Primus* décide de céder ses titres, *Secundus* pourra lever l'option dont il dispose sur les titres de *Primus*. A défaut, *Primus* pourra à son tour lever son option d'achat sur les titres de *Secundus*. A suivre cet auteur, l'option dont dispose *Secundus* n'est autre qu'un droit de préférence. Mais il concède que « le déroulement de l'opération lui donne une nature particulière puisque s'il n'exerce pas son droit de préférence, il pourra se trouver exclu de la société, [*Primus*] ayant alors le droit de lui acheter tous ses titres »⁴¹.

14. Plus simplement, certains auteurs affirment que la clause de *buy or sell* « associ[e] une promesse de vente et une promesse d'achat » ou encore qu'elle « repose sur une double promesse, celle de vendre des actions à un prix proposé au bénéficiaire de la promesse et celle d'acheter à celui-ci ses actions au même prix »⁴².

15. La doctrine belge assimile de même le mécanisme de la clause de *buy or sell* à des « options croisées d'achat et de vente, en vertu desquelles l'une des parties peut demander à son associé de racheter ses titres, mais, au cas où ce dernier refuse, celui-ci peut contraindre la première citée à lui racheter sa propre participation »⁴³.

16. La présentation qu'offre le professeur Le Nabasque est quelque peu originale par rapport aux précédentes, en ce qu'il distingue les différentes étapes du mécanisme. Selon lui, la clause de *buy or sell* (qu'il préfère nommer « clause d'offre alternative ») associe « une première offre (de vente) et une double promesse : de vente, d'abord, de la part de celui qui refuserait d'acheter les titres du pollicitant ; d'achat, ensuite, du pollicitant lui-même »⁴⁴.

II/ La précision jurisprudentielle : des promesses croisées sous condition suspensive

17. La jurisprudence a rarement eu l'occasion de se prononcer à propos des clauses

⁴¹ S. PRAT, *op. cit.*, n° 152, p. 90

⁴² J. PRIEUR, « Les PME et le capital-risque », *Bull. Joly*, octobre 1998 n°10, p. 1033 et s. ; H. HOVASSE, « Convention *buy or sell* et condition suspensive », *Dr. sociétés* 2009, comm. n° 136

⁴³ B. FERON, « Les conventions d'actionnaires après la loi du 13 avril 1995 », *Revue de droit commercial belge*, 01/08/1996, p. 674 et s., spéc. p. 678

⁴⁴ H. LE NABASQUE *et alii*, art. préc., n° 58, p. 13

de *buy or sell*. Elle l'a toutefois fait dans quelques arrêts, et a parfois saisi l'occasion pour tenter un effort de systématisation et de qualification de la clause, sans se contenter de reprendre la description donnée par les parties.

18. Ainsi en est-il d'un jugement du Tribunal de commerce de Paris en date du 17 octobre 2006⁴⁵, qui qualifie successivement l'« engagement réciproque » litigieux d'« option d'achat des titres » puis de « promesse réciproque d'achat ou de vente, librement consentie par des professionnels avertis, de toutes ou seulement d'une partie des actions détenues par l'un ou l'autre des signataires du pacte, dans le cas de survenance d'événements prévus par les parties ».

19. Dans la même affaire, la Cour d'appel de Paris, dans un arrêt rendu le 15 décembre 2006⁴⁶, est allée plus loin dans son effort d'analyse, en qualifiant cette opération de « promesses croisées d'achat et de vente sous la condition suspensive qu'un événement déterminé survienne, à savoir la décision dont l'une ou l'autre partie serait à l'origine et qui aurait pour conséquence un manquement à l'accord de coopération ou un changement substantiel de politique de la société ».

20. La Cour de cassation, quant à elle, dans l'unique arrêt relatif à une clause de *buy or sell* rendu à ce jour⁴⁷, ne s'est pas risquée à de telles acrobaties juridiques et a préféré se contenter d'une qualification *a minima* – « convention de vente ou d'achat d'actions, dite *buy or sell* » – accompagnée d'une description du mécanisme – « aux termes de laquelle chacun avait la faculté de proposer à l'autre le rachat de ses actions de la société BVC, en indiquant le prix offert, le groupe sollicité ayant le choix soit de céder la totalité de ses actions, soit d'acquérir toutes les actions et obligations détenues par l'offreur au prix proposé par ce dernier ».

21. Les auteurs et la jurisprudence semblent donc s'entendre pour concevoir le mécanisme de la clause de *buy or sell* comme reposant sur des promesses croisées d'achat et de vente. Toutefois, cette qualification quelque peu simpliste ne nous paraît pas pleinement satisfaisante. D'ailleurs, ces mêmes auteurs se voient obligés de reconnaître que l'« économie de la clause de *buy or sell* dépasse, et de beaucoup, une simple option

⁴⁵ Trib. com. Paris, 17 octobre 2006, *Bull. Joly*, janvier 2007 n° 1, p. 72, note F.-X. LUCAS, *Dr. sociétés* 2007, comm. n° 137, par H. HOVASSE, *RTD com.* 2007. 169, obs. P. LE CANNU

⁴⁶ Paris, 15 décembre 2006, *Bull. Joly*, avril 2007 n° 4, p. 479, note F.-X. LUCAS, *D.* 2007. 2045, note J. MOURY, *D.* 2008. 1024, note B. DONDERO, *RTD com.* 2007. 169, obs. P. LE CANNU

⁴⁷ Cass. Com., 28 avril 2009, *Defrénois* 2009, art. 39040, p. 2324, obs. R. LIBCHABER, *Dr. sociétés* 2009, comm. n° 136, par H. HOVASSE, *RTD civ.* 2009. 525, obs. B. FAGES,

croisée »⁴⁸.

Chapitre 2 : Un vêtement imparfait

22. La qualification doctrinale et jurisprudentielle de promesses croisées sous condition suspensive ne semble être qu'un habillage qui masque la nature réelle de la clause de *buy or sell*. En effet, ce vêtement s'adapte mal à la clause de *buy or sell* à deux égards : quant à la qualification de promesses croisées (I) et quant à celle de condition suspensive (II).

I/ L'ambigüité de la notion de promesses croisées

23. La qualification de promesses croisées d'achat et de vente est ambiguë, non seulement parce que le terme « croisées » est équivoque et susceptible de deux interprétations différentes (A) mais aussi et surtout parce que la qualification de promesse emporte des conséquences qui sont incompatibles avec l'économie de la clause de *buy or sell* et qui ne peuvent par hypothèse pas se déployer en la matière (B).

A. L'ambigüité terminologique

24. La qualification de promesses croisées qui est retenue par la quasi-unanimité de la doctrine et de la jurisprudence laisse subsister un doute que ces mêmes auteurs ne lèvent pas vraiment. En effet, l'expression promesses « croisées » peut couvrir deux réalités différentes.

25. Tout d'abord, l'expression renvoie à l'idée d'un enchâssement d'une promesse de vente au bénéfice d'un des contractants et d'une promesse d'achat au bénéfice de l'autre contractant. C'est, semble-t-il, la conception retenue par le professeur Le Nabasque : une promesse de vente obligerait celui qui refuserait d'acheter les titres du pollicitant, et une

⁴⁸ S. PRAT, *op. cit.*, n° 154, p. 91

promesse d'achat pèserait sur le pollicitant lui-même⁴⁹.

26. Or cette description nous semble incomplète, dans la mesure où elle ne met pas en lumière la réciprocité du mécanisme. En effet, l'économie de la clause de *buy or sell* repose sur la bilatéralisation du mécanisme : chacune des parties se voit reconnaître la possibilité d'offrir l'acquisition des titres de son coassocié, avec le risque de devoir *in fine* vendre ses propres titres. C'est précisément la deuxième acception que l'on peut reconnaître à l'expression « promesses croisées » : les promesses d'achat et de vente seraient croisées en ce sens que chaque partie serait bénéficiaire d'une option d'achat et débiteur d'une promesse d'achat. Ce caractère réciproque de la clause de *buy or sell* est d'ailleurs essentiel dans la mesure où l'enjeu final est l'exclusion d'un associé de la société.

27. En outre, les clauses de *buy or sell* que l'on rencontre en pratique sont généralement rédigées de telle sorte que chaque partie puisse proposer l'acquisition des titres de l'autre, ou la vente de ses propres titres, quoique cette dernière hypothèse semble moins fréquente (les arrêts qui ont donné lieu à contentieux devant les juridictions étatiques françaises concernaient tous la seule hypothèse d'une offre de rachat). Toutefois, il n'est pas exclu que la clause de *buy or sell* puisse jouer tant le rôle d'une sorte de clause de retrait que celui d'une sorte de clause d'exclusion. Dans une telle hypothèse, il pourrait exister non pas deux, mais quatre promesses, afin de pouvoir embrasser non seulement l'hypothèse d'une offre de rachat mais aussi celle d'une offre de vente de ses propres titres. Outre cette ambiguïté terminologique, la qualification de promesses croisées souffre de critiques sur le fond.

B. L'ambiguïté conceptuelle

28. Tout d'abord, certains auteurs retiennent la qualification de droit de préemption. Cette qualification nous semble erronée dans la mesure où le pacte de préférence ou de préemption est une figure très peu contraignante parmi les avant-contrats⁵⁰, certains auteurs allant même jusqu'à la qualifier d'« avant-avant-contrat »⁵¹.

⁴⁹ H. LE NABASQUE *et alii*, art. préc., n° 58, p. 13

⁵⁰ Fr. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 10^{ème} éd., Dalloz, coll. Précis, 2009, n° 195, p. 205

Prenons l'hypothèse d'une clause-type de *buy or sell* en vertu de laquelle *Primus* a la faculté de proposer à *Secundus* de lui racheter tous ses titres, *Secundus* étant obligé soit d'accepter de lui vendre ses titres, soit de racheter les titres de *Primus*. Dans une telle conception, *Primus* bénéficierait d'un droit de préemption sur les titres de *Secundus*. Or cela ne correspond absolument pas à l'économie de la clause de *buy or sell* : *Secundus* ne projette nullement de céder ses titres, il n'a donc pas à les proposer de manière prioritaire à *Primus*. *Secundus* est au contraire passif, et c'est *Primus* qui souhaite acquérir les titres de *Secundus*. La clause de *buy or sell*, telle que généralement conçue par les praticiens, n'interdit pas aux parties de vendre leurs droits sociaux ou actions à des tiers. Il ne s'agit nullement d'un quelconque droit de préférence ou de préemption qui serait conféré au cocontractant.

29. *A fortiori*, on voit mal comment l'on peut qualifier de promesse de vente ou d'achat un engagement qui n'interdit nullement de vendre à un tiers l'objet de la promesse considérée. En effet, la promesse unilatérale crée une véritable obligation à la charge du promettant, qui est d'ores et déjà engagé. La doctrine la plus classique affirmait déjà que le promettant s'interdit en même temps de vendre à un tiers la chose objet de sa promesse⁵². Traditionnellement, on considérait que, dans l'hypothèse où d'une part le promettant rétractait son engagement pendant le délai d'option, et d'autre part le bénéficiaire, après rétractation mais pendant ce délai d'option, levait l'option, il pouvait y avoir exécution forcée de la promesse, en vertu du principe de la force obligatoire des contrats telle qu'énoncée par l'alinéa 2 de l'article 1134 du Code civil. Certes, cette conception classique a été bafouée par la troisième chambre civile de la Cour de cassation⁵³, qui affirme que la rétractation par le promettant de sa promesse ne peut se résoudre qu'en dommages et intérêts ; mais cette jurisprudence a été unanimement critiquée par la doctrine et est toujours déplorée. D'ailleurs, un arrêt récent pourrait annoncer un revirement en la matière⁵⁴. En effet, la Cour de cassation a considéré que le décès du promettant n'empêchait pas la formation du contrat promis, au motif que, le consentement du défunt étant définitif, il suffisait que la levée de l'option ait lieu pendant le délai d'option pour que

⁵¹ R. LIBCHABER, *Defrénois* 2007, art. 38624, p. 1048, obs. ss. Cass. Civ. 3^{ème}, 31 janv. 2007 et Civ. 3^{ème}, 14 févr. 2007

⁵² L. LAROMBIERE, *Théorie et pratique des obligations ou Commentaire des titres III et IV livre III du Code Napoléon*, art. 1101 à 1386, t. 1, éd. G. Pedone-Lauriel, 1885, sous l'article 1138, n° 13, p. 450

⁵³ Cass. Civ. 3^{ème}, 15 décembre 1993, *D.* 1994. 507 note F. BÉNAC-SCHMIDT, somm. com. p. 230, obs. O. TOURNAFOND, *D.* 1995, somm. com. p.87, obs. L. AYNÈS, *Defrénois* 1994, art. 35845, n° 61, p. 795, obs. Ph. DELEBECQUE, *JCP* 1995. II. 22366 note D. MAZEAUD, *RTD civ.* 1994. 588, obs. J. MESTRE

⁵⁴ Cass. Civ. 3^{ème}, 8 septembre 2010, *Defrénois* 2010, art. 39170, p. 2123, obs. L. AYNÈS

le contrat promis soit conclu. Certains auteurs ont proposé de transposer cette solution, rendue en matière de décès du promettant, au cas de la rétractation de la promesse⁵⁵. L'effet obligatoire de la promesse de vente et l'interdiction de vendre le bien objet de la promesse à un tiers seraient ainsi renforcés.

30. Quoiqu'il advienne de cette jurisprudence à l'avenir, il est indéniable que la vente, par le promettant, de ses titres à un tiers devrait conduire à une condamnation, si ce n'est à l'exécution forcée, du moins à des dommages et intérêts. Or tel n'est pas le cas en matière de clause de *buy or sell*. La preuve en est que, dans l'une des espèces ayant donné lieu à contentieux devant la Cour d'appel de Paris, les parties avaient dû préciser expressément, en plus des stipulations habituellement contenues dans une clause de *buy or sell*, que « chaque cessionnaire s'engage irrévocablement à ne pas entamer de négociations portant sur la cession ou l'apport de la totalité des titres sans l'autorisation préalable du Conseil d'administration »⁵⁶. En effet, la clause de *buy or sell* repose essentiellement sur un mécanisme de dissuasion et n'a pas pour finalité première un transfert de droits sociaux. Au contraire, les parties y ont recours afin « sous sa menace, [d'] assurer la bonne exécution des obligations souscrites de part et d'autre »⁵⁷. Une telle clause garantit un « équilibre de la terreur »⁵⁸. Il n'est donc nullement dans l'esprit des parties d'interdire toute cession à un tiers, ce qui serait la conséquence naturelle d'une promesse de vente.

31. Si les auteurs qui se sont risqués à chercher une qualification juridique de la clause de *buy or sell* se sont généralement arrêtés à la qualification de promesses croisées, la Cour d'appel de Paris est allée plus loin et a assorti les promesses croisées d'un mécanisme de condition suspensive⁵⁹. Cet autre élément de qualification n'emporte pour autant pas davantage notre adhésion.

II/ La vanité du recours à la condition suspensive

32. La Cour d'appel de Paris, dans son arrêt précité du 15 décembre 2006⁶⁰, avait considéré que les promesses croisées d'achat et de vente avaient été consenties « sous la

⁵⁵ Cass. Civ. 3^{ème}, 8 septembre 2010, *Defrénois* 2010, art. 39170, p. 2123, obs. L. AYNES

⁵⁶ Paris, 21 décembre 2001, *Bull. Joly*, avril 2002 n° 4, p. 509, note H. LE NABASQUE

⁵⁷ B. FAGES, art. préc., p. 525

⁵⁸ S. PRAT, *op. cit.*, n° 154, p. 91

⁵⁹ Paris, 15 déc. 2006, préc.

⁶⁰ Paris, 15 déc. 2006, préc.

condition suspensive qu'un événement déterminé survienne, à savoir la décision dont l'une ou l'autre partie serait à l'origine et qui aurait pour conséquence un manquement à l'accord de coopération ou un changement substantiel de politique de la société ». Cette analyse en termes de condition suspensive nous paraît doublement critiquable : elle procède d'une confusion entre levée de l'option et condition (A), et elle est totalement incohérente quant au régime de la condition suspensive (B).

A. La confusion entre condition suspensive et levée d'option

33. La Cour d'appel, comme on l'a vu précédemment, retient la qualification – insatisfaisante, selon nous – de promesses croisées d'achat et de vente, pour ensuite qualifier de condition suspensive ce qui devrait logiquement s'analyser comme une levée d'option.

34. Certes, la doctrine du XIX^{ème} siècle a pu, pendant un certain temps, analyser la promesse unilatérale de vente en une vente conclue sous la condition suspensive de l'acceptation du bénéficiaire⁶¹. Ainsi, Duranton affirmait-il qu'« une telle promesse est nécessairement conditionnelle »⁶². Mais cette analyse a été rapidement démentie et l'autonomie de la promesse unilatérale de vente reconnue. Plusieurs arguments en effet s'y opposent. En premier lieu, la prohibition des conditions potestatives édictée par l'article 1174 du Code civil empêche l'admission d'une telle condition, dont la réalisation dépend de la seule volonté du bénéficiaire. Surtout, la condition étant considérée comme une simple modalité d'exécution du contrat ne faisant pas obstacle à sa perfection, elle ne peut porter sur un élément essentiel à sa validité, en l'occurrence le consentement⁶³. La plupart des auteurs s'accordent aujourd'hui sur ce point, et même ceux qui considèrent que les qualifications de condition et d'élément de validité peuvent se superposer admettent que la qualification de condition devient inutile car elle cède le pas devant celle d'élément de validité⁶⁴. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle la vente à la dégustation, régie par l'article 1587 du Code civil – où la formation de la vente dépend du résultat de la dégustation – ne peut être qualifiée de vente conditionnelle car on ne peut pas faire du

⁶¹ L. LAROMBIERE, *op. cit.*, sous l'art. 1138, n° 13, p. 450

⁶² A. DURANTON, *Cours de droit français suivant le Code civil*, t. 16, éd. A. Gobelet, 1833, n° 53, p. 79

⁶³ S. VALORY, *La potestativité dans les relations contractuelles*, préface J. Mestre, thèse Aix-Marseille III, PUAM, 1999, p. 143, n° 237

⁶⁴ G. CORNU, S. 1951. I. 125, obs. sous Cass. Civ., 8 novembre 1950

consentement une condition ; il s'agit en réalité d'une promesse unilatérale de vente, le destinataire ayant une option qu'il peut lever si la dégustation le convainc. La jurisprudence distingue nettement la levée de l'option et la réalisation d'une condition suspensive, l'une n'étant pas assimilable à l'autre. Par exemple, on rencontre fréquemment en pratique des promesses de vente conclues sous condition suspensive de l'obtention d'un prêt, sans que quiconque ne songe à affirmer que l'obtention du prêt est une seconde condition, qui s'ajoute à celle du consentement du bénéficiaire. De même, la Cour de cassation a récemment affirmé, à propos d'une promesse de vente conclue sous condition suspensive, que « si la condition suspensive du non exercice du droit de préemption s'était réalisée, [le bénéficiaire de la promesse] n'avait pas levé l'option, la Cour d'appel a exactement retenu que la promesse était devenue caduque »⁶⁵.

B. L'incohérence quant au régime de la condition suspensive

35. La qualification de condition suspensive ne semble pas non plus cohérente eu égard au caractère rétroactif de la condition, qui ne se retrouve nullement dans le cadre du mécanisme de la clause de *buy or sell*. En effet, l'article 1179 du Code civil dispose que « la condition accomplie a un effet rétroactif au jour auquel l'engagement a été contracté ». A suivre cette analyse, la décision de l'un ou l'autre des associés contractants de mettre en œuvre la clause de *buy or sell*, en l'espèce suite à « un manquement à l'accord de coopération ou un changement substantiel de politique de la société », devrait avoir un effet rétroactif. En d'autres termes, l'issue de la mise en jeu de la clause – l'achat par l'une ou l'autre des parties des titres de son coassocié – devrait être réputée intervenue dès le moment où les « promesses croisées » avaient été consenties.

36. Dans une convention, telle que la clause de *buy or sell*, impliquant un transfert de propriété, l'effet rétroactif de la réalisation de la condition a une incidence particulièrement forte, puisque le transfert de propriété est réputé acquis dès le moment de la conclusion du contrat⁶⁶. Cette conséquence peut être de nature à poser de graves difficultés, puisque les actes accomplis par le vendeur entre le moment de la conclusion du contrat et celui de la réalisation de la condition sont rétroactivement anéantis. Cela est

⁶⁵ Cass. Civ. 3^{ème}, 22 septembre 2010, *RLDC* 2010, n°73, p.12, obs. A. PAULIN

⁶⁶ Fr. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 1231, p. 1216

d'autant plus problématique dans un contexte de droit des sociétés ; cela signifie que le cédant des titres sociaux a cessé d'être associé lors de la conclusion de la convention, et donc qu'il n'avait ni le droit d'assister aux assemblées générales d'associés, ni celui de percevoir d'éventuels dividendes, ni aucun autre droit lié à la qualité d'associé. Ainsi, s'il avait cédé une partie de ses parts à un tiers – ce que la clause de *buy or sell* n'interdit nullement (Cf. *supra*, n° 28 et s.) – ce contrat de cession devrait théoriquement être rétroactivement anéanti. Certes, les cessionnaires de valeurs mobilières sont désormais protégés par une disposition équivalente de l'article 2276 du Code civil (l'article L211-16 du Code monétaire et financier), mais cette protection ne concerne que les porteurs de valeurs mobilières, autrement dit les actionnaires de sociétés par actions, et non pas les associés de sociétés autres que les sociétés par actions.

37. Il semble que la Cour d'appel de Paris, dans son arrêt du 15 décembre 2006, n'ait pas pris la mesure des conséquences qu'impliquait la qualification de condition suspensive.

38. La qualification de promesses unilatérales croisées ne semble donc être qu'un vêtement mal ajusté qui habille de manière disgracieuse la clause de *buy or sell* et ne rend pas compte de sa véritable nature. On ne saurait toutefois s'arrêter à ce constat négatif, il convient désormais de révéler la véritable nature de la clause de *buy or sell*.

Titre II : Un enchevêtrement de deux droits potestatifs : un vêtement sur mesure

39. La notion de droit potestatif est peu connue en droit français. Elle a été promue au plan doctrinal par MM. Najjar et Valory⁶⁷, mais n'est pas réellement consacrée en tant que telle et de manière autonome en droit positif. Le droit potestatif se distingue de la condition potestative, seule connue du droit français, définie par l'article 1170 comme « celle qui fait dépendre l'exécution de la convention d'un événement qu'il est au pouvoir de l'une ou de l'autre des parties contractantes de faire arriver ou d'empêcher », et prohibée par l'article 1174 lorsqu'elle est purement potestative. En effet, alors que la

⁶⁷ I. NAJJAR, *Le droit d'option, contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, préface P. Raynaud, thèse Paris, LGDJ, 1967 ; S. VALORY, *op. cit.*

condition potestative est un « pouvoir conféré par l'une des parties sur l'événement érigé en modalité de l'obligation », le droit potestatif est relatif au « pouvoir reconnu au titulaire de modifier unilatéralement la situation juridique d'autrui »⁶⁸. Le droit potestatif peut être défini comme « le pouvoir, pour son titulaire, d'influer sur une situation juridique préexistante en la modifiant, l'éteignant ou en en créant une nouvelle, par sa seule volonté unilatérale et sans que son partenaire, placé dans une position de totale sujétion, puisse y faire obstacle »⁶⁹.

40. Selon une doctrine autorisée, la notion de potestativité a été généralisée à outrance. En effet, le Code civil ne prohibe que les « conditions » potestatives, or les auteurs et la jurisprudence ont étendu la notion aux clauses du contrat, c'est-à-dire à des obligations non affectées de conditions. Le grief de potestativité devient ainsi particulièrement dangereux, car « la potestativité vient quelque peu se confondre avec toutes les manifestations d'unilatéralisme dans le champ du contrat : tout exercice d'une liberté individuelle, d'un choix, est suspect d'être dans la dépendance de la puissance d'une des parties, et critiquable en cela »⁷⁰. Or les droits potestatifs, à l'opposé des conditions potestatives qui peuvent être annulées, ne sont qu'une des manifestations de la liberté contractuelle et de la volonté commune des parties.

41. Le concept de droit potestatif irrigue notre droit positif, à travers des figures telles que les promesses unilatérales, le droit de rupture unilatérale, le droit de retrait, etc. L'institution remonte d'ailleurs au droit romain, où était déjà connue la vente à réméré. Le développement des droits potestatifs accompagne le développement de l'unilatéralisme dans le contrat, dont la faculté de détermination unilatérale du prix et le droit de résiliation unilatérale en cas d'inexécution sont des exemples topiques. L'Assemblée plénière de la Cour de cassation, par des arrêts d'un renom particulier, a en effet admis que l'article 1129 du Code civil n'était plus applicable à la détermination du prix, et que lorsqu'une convention prévoit la conclusion de contrats ultérieurs, l'indétermination du prix de ces contrats dans la convention initiale n'affecte pas, sauf dispositions particulières, la validité de celle-ci⁷¹. Ce n'est que si une partie use de son pouvoir unilatéral de fixation du prix de manière abusive qu'il pourra y avoir lieu à indemnisation ou résiliation. Dans la même veine, la Cour de cassation a introduit en droit positif une troisième voie aux côtés de

⁶⁸ S. VALORY, *op. cit.*, n° 9, p. 23

⁶⁹ I. NAJAR, *op. cit.*, n° 99, p. 102

⁷⁰ R. LIBCHABER, « L'obligation alternative ne peut pas donner prise au grief de potestativité », *Defrénois* 2006, art. 38433, n° 43, p. 1220, spéc. p. 1221, obs. sous Cass. Com., 16 mai 2006

⁷¹ Cass. Ass. Plén., 1^{er} décembre 1995 (4 arrêts), *Grands arrêts*, t. 2, n° 152-155

celles ouvertes par l'alternative de l'article 1184 alinéa 2 du Code civil : désormais, un créancier qui se heurte à l'inexécution de son cocontractant peut non seulement poursuivre celui-ci en exécution forcée ou demander au juge la résolution du contrat, accompagnée le cas échéant de dommages et intérêts, mais aussi prendre l'initiative de mettre lui-même fin au contrat, par une résolution unilatérale à ses risques et périls⁷². Dans un tel contexte d'unilatéralisme croissant au sein des relations contractuelles, il n'est guère étonnant de voir apparaître des droits potestatifs au profit de l'une ou des deux parties.

42. Or, précisément, il nous semble possible d'expliquer le mécanisme de la clause de *buy or sell* par un enchevêtrement de deux droits potestatifs. En effet, plutôt que d'y découvrir une sorte de promesses croisées sous condition suspensive, en étant obligé de tordre quelque peu ces notions pourtant on ne peut plus connues et courantes, il nous semble préférable de retenir l'existence d'un premier droit potestatif quant à l'activation de la clause, au bénéfice de chacune des parties (Chapitre 1). Une fois la clause activée par l'une des parties, l'autre partie serait elle-même titulaire d'un second droit potestatif : un droit d'option, et plus précisément une obligation alternative (Chapitre 2).

Chapitre 1 : Au stade du déclenchement : un droit potestatif d'activation de la clause

43. Selon les théoriciens de la notion de droit potestatif, celle-ci présente deux caractéristiques essentielles : l'existence d'un pouvoir direct sur une situation juridique (I) et un élément de sujétion (II).

I/ L'objet du droit potestatif : un pouvoir direct sur une situation juridique

44. Suivant le schéma du syllogisme juridique, il conviendra dans un premier temps de présenter de manière générale l'objet du droit potestatif, à savoir un pouvoir direct sur une situation juridique (A), avant de démontrer qu'il se retrouve exactement dans la clause de *buy or sell* au stade de la formation du droit (B).

⁷² Cass. Civ. 1^{ère}, 13 octobre 1998, *Grands arrêts*, t. 2, n° 180

A. Analyse théorique de l'objet du droit potestatif

45. La notion de droit potestatif, ignorée par la jurisprudence française et encore boudée par une grande partie de la doctrine française, a en revanche fait l'objet de nombreux développements dans des systèmes juridiques voisins du nôtre, et notamment en droit allemand – qui connaît la notion de *Kann-Rechte* – italien – sous le terme de *diritto potestativo* – ou suisse – sous l'appellation voisine de « droit formateur »⁷³.

46. Un droit potestatif peut être accordé tant par la loi – c'est par exemple le cas des droits de préemption ou de retrait, ou encore des droits de rétractation – que par la jurisprudence – citons notamment le droit de résiliation unilatérale dans les contrats à durée indéterminée ou le droit de résolution en cas d'inexécution déjà mentionné (Cf *supra*, n° 41).

47. Surtout, rien n'interdit les droits potestatifs d'origine conventionnelle. Certes, l'article 1101 du Code civil dispose que « le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose ». Mais M. Valory a fait valoir plusieurs arguments à l'encontre de cet obstacle textuel⁷⁴. D'une part, les rédacteurs du Code civil, ignorant le concept de droit potestatif, ne pouvaient envisager d'autres hypothèses que les obligations. D'autre part, la notion de contrat a évolué et est désormais à même d'embrasser l'existence de droits potestatifs.

48. Dans ce cas, une clause « autorise l'une des parties (ou les deux) à appuyer de façon unilatérale, mais efficace, sur un certain bouton propre à déclencher des effets de droit », pour reprendre l'expression imagée de M. Jestaz⁷⁵. L'objet du droit potestatif n'est donc ni un pouvoir sur une chose, ni un droit de créance ; c'est plutôt un pouvoir direct sur une situation juridique. Le droit potestatif n'est donc pas réductible à la classification binaire qui oppose les droits réels aux droits personnels. En effet, d'une part il ne donne pas de pouvoir immédiat sur une chose, et d'autre part il ne vise pas à exiger d'une personne la fourniture d'une prestation, autrement dit il ne vise pas à conférer un droit de

⁷³ A. VON THUR, *Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts*, 3^{ème} éd., Berlin, 1928, § 7, p. 162 ; L. ENNECERUS, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, 14^{ème} éd., par H.-C. Nipperdey, Mohr, Tübingen, 1955, n°300 ; G. MESSIMA, *Nuovo Digesto Italiano*, v° Diritti potestativi, t. 3, p. 872 et s. ; L. L'HUILLIER, *La notion de droit formateur en droit privé suisse*, thèse Genève, 1947, cités par S. VALORY, *op. cit.*, n° 6, p. 23

⁷⁴ S. VALORY, *op. cit.*, n° 232, p. 140

⁷⁵ P. JESTAZ, « Rapport de synthèse », in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, C. Jamin et D. Mazeaud (dir.), Economica, coll. Etudes juridiques, 1999, p. 87 et s., spéc. p. 92

créance sur la personne du cocontractant.

B. Analyse concrète de l'objet de la clause de *buy or sell*

49. En vertu d'une clause de *buy or sell*, chacune des parties se voit reconnaître la possibilité de mettre en œuvre le processus qui aboutira au rachat par l'une ou l'autre de la totalité des parts de son coassocié. Les auteurs et la jurisprudence ont globalement, comme on l'a vu précédemment, analysé cet acte en une levée d'option sous condition suspensive (Cf. *supra*, n° 10 et s.). Or, dans la mesure où la qualification première de promesses croisées est peu satisfaisante, il paraît difficile de retenir la qualification de levée d'option. Il semble en revanche que l'on puisse sans difficulté se situer au niveau du genre auquel appartient l'espèce des promesses de contrat, à savoir le droit potestatif. Dans cette optique, il n'est pas nécessaire de se hasarder à une qualification de promesses croisées biscornues, qualification qui se réduit nécessairement à une simple description, faute de correspondre à la réalité des promesses croisées.

50. Selon Mme Rochfeld, les droits d'option offerts par les avant-contrats sont l'une des manifestations des droits potestatifs accordés par un contrat ; ils sont « offerts par le contrat » et « assumés en tant que tels. Ils composent l'objet même du contrat »⁷⁶. A retenir la qualification de droit potestatif, les difficultés énoncées plus haut s'évanouissent. Il s'agit alors seulement d'admettre que la clause de *buy or sell* attribue à chacune des parties le droit de mettre en œuvre le processus, que l'on pourrait qualifier de « droit d'activation ». Il ne s'agit ni d'un droit de créance ni d'un droit réel, mais bien d'un pouvoir direct sur une situation juridique. En effet, en exerçant son droit d'activation, l'une des parties (*Primus*) modifie une situation juridique préexistante : d'une situation neutre d'attente, on passe à une situation dynamique. Selon la doctrine allemande, il s'agit, au sein des droits potestatifs, d'un « pouvoir de formation » (*Gestaltungsrechte*)⁷⁷. Dans le cas d'une levée d'option d'un contrat de promesse, on passe d'une situation d'attente à une situation créatrice d'effets de droits : le contrat définitif est conclu par la simple levée de l'option. Mais dans le cas de la clause de *buy or sell*, la situation est plus complexe puisque

⁷⁶ J. ROCHFELD, « Les droits potestatifs accordés par le contrat », in *Etudes offertes à J. Ghestin, Le contrat au début du XXI^{ème} siècle*, LGDJ, 2001, p. 747 et s., spéc. n° 7, p. 752

⁷⁷ E. SECKEL, *Die Gestaltungsrechte, Festgabe für R. Koch*, p. 203 et s., cité par I. NAJAR, *op. cit.*, n° 116, p. 119

le droit d'activation ne conduit pas immédiatement à la conclusion du contrat définitif. C'est une des raisons pour lesquelles la qualification de promesses croisées est inapte à rendre compte de la réalité de la clause de *buy or sell* dans toutes ses subtilités. Le droit d'activation de la clause de *buy or sell* débouche bien sur une situation juridique différente de la situation préexistante à sa mise en œuvre – en ce sens il s'agit bien d'un droit potestatif – mais la situation qui en découle est elle-même sujette à l'exercice d'un autre droit potestatif par l'autre partie (*Secundus*) : le droit de choisir entre accéder à la demande de celui qui a exercé son droit d'activation (par exemple, accepter de lui vendre ses titres) ou renverser la situation (par exemple en lui achetant ses titres). Ce droit de choisir est en réalité plutôt une obligation, caractérisée par un élément de sujétion, ce qu'il convient désormais d'étudier.

II/ L'élément caractéristique du droit potestatif : l'élément de sujétion

51. Le droit potestatif se caractérise essentiellement, outre son objet, par l'élément de sujétion qui lui est inhérent. Afin de prouver notre propos selon lequel la première étape de la clause de *buy or sell* correspond à un droit potestatif, il convient tout d'abord d'exposer de manière générale cet élément caractéristique de tout droit potestatif (A) avant d'établir qu'il se retrouve dans notre contexte (B).

A. Analyse théorique de l'élément de sujétion dans les droits potestatifs

52. Le droit potestatif se distingue de la condition potestative, qui renvoie à une certaine dose d'arbitraire, puisque le droit potestatif équivaut quant à lui à la notion de sujétion. Sa licéité peut alors être admise sans problème ; elle est un « instrument technique à l'usage des praticiens »⁷⁸.

53. La sujétion n'équivaut pas, comme on vient de le voir, à un droit de créance de l'une des parties sur l'autre. En revanche, elle se traduit par l'existence d'un lien de droit entre un « sujet actif » et un « sujet passif »⁷⁹, ce dernier étant assujéti et ne pouvant

⁷⁸ S. VALORY, *op. cit.*, n° 10, p. 25

⁷⁹ S. VALORY, *op. cit.*, n° 37, p. 43

s'opposer au droit potestatif de son cocontractant. L'exemple de la situation du promettant dans le cadre des promesses unilatérales permet de comprendre cette situation de sujétion, étant entendu que les auteurs qui consacrent la notion de droit potestatif considèrent que la levée de l'option par le bénéficiaire d'une promesse de contrat est un exemple de droit potestatif. Une grande incertitude règne en matière de promesse unilatérale lorsqu'on l'appréhende du point de vue du promettant : est-il débiteur d'une obligation de ne pas faire (ne pas faire obstacle à l'exercice de l'option par le bénéficiaire de la promesse), ou d'une obligation de faire – ce que retient la Cour de cassation⁸⁰ ? A suivre cette dernière analyse, le promettant serait tenu d'une obligation de maintenir son offre. On a pourtant objecté à cette dernière qualification que, une fois la promesse unilatérale de contrat conclue, la situation du promettant se résume à la passivité ; il n'a rien de positif à faire, on n'attend de lui aucune prestation. En effet, si le bénéficiaire lève l'option, le promettant n'a rien à faire pour que le contrat soit conclu. Certains auteurs sont allés plus loin dans l'analyse en montrant que l'obligation pour le promettant de maintenir son offre n'est pas une obligation spécifique au contrat de promesse, mais seulement une conséquence de la force obligatoire du contrat⁸¹. En réalité, il semble donc que le promettant ne soit tenu à aucune sorte d'obligation. Ayant d'ores et déjà manifesté sa volonté de conclure le contrat promis, son consentement est donné dans la promesse et figé dans celle-ci. Il ne fait qu'attendre ce que fera le bénéficiaire, lequel est titulaire d'un droit potestatif.

B. Analyse concrète de l'élément de sujétion dans la clause de *buy or sell*

54. Il est indéniable que le caractère de sujétion propre aux droits potestatifs se retrouve dans la clause de *buy or sell*. Certes, à la différence du promettant dans une promesse de vente, qui serait tenu de vendre ses titres conséquemment à la levée de l'option par le bénéficiaire, le « sujet passif » du droit d'option dans la clause de *buy or sell* (*Secundus*) n'est pas tenu à proprement parler d'accéder à la demande du « sujet actif » (*Primus*), puisqu'il peut renverser la situation. Par exemple, si *Primus* a proposé à *Secundus* d'acheter ses titres, ce dernier pourra choisir, non pas de les lui vendre, mais au contraire d'acheter ceux de *Primus*. Toutefois, malgré cette latitude, *Secundus* est

⁸⁰ Cass., Civ. 3^{ème}, 15 décembre 1993, préc.

⁸¹ P. ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD civ.* 1999. 771, spéc. n° 21, p. 785

néanmoins dans une situation de sujétion par rapport à son cocontractant : il ne peut pas se contenter de garder le silence ou de refuser d'accéder à sa proposition sans émettre de contre-proposition ; il doit nécessairement choisir l'une des branches de l'alternative qui lui est offerte. A défaut, *Primus* pourrait le mettre en demeure d'opérer son choix (Cf. *infra*, n° 131 et s).

55. Si le stade du déclenchement de la clause de *buy or sell* correspond bel et bien à un droit potestatif, que l'on qualifie « d'activation », et correspond aux deux éléments caractéristiques des droits potestatifs, on peut de même observer qu'au stade du dénouement de la clause de *buy or sell* correspond un autre droit potestatif, dit « d'option ».

Chapitre 2 : Au stade du dénouement : un droit potestatif d'option

56. La clause de *buy or sell* semble présenter une remarquable symétrie. En effet, après que *Primus* a mis en œuvre son droit potestatif d'activation, *Secundus*, par une sorte d'effet de balance, va se voir reconnaître un droit potestatif d'option, notion mise en exergue par M. Najjar⁸². Plus précisément, la clause de *buy or sell* offre à *Secundus* un choix entre deux branches d'une alternative : acheter les titres de *Primus* ou lui vendre les siens propres. Ce droit offert à *Secundus* ressemble étrangement à une obligation alternative, que M. Najjar qualifie lui-même de « droit d'option véritable »⁸³. Il conviendra, afin d'étayer ce propos, d'exposer la présentation classique de la clause de *buy or sell* (I) avant de voir que cette présentation peut être renouvelée de telle sorte que l'on puisse reconnaître dans la clause de *buy or sell* une application particulière de la notion d'obligation alternative (II).

I/ La description classique de l'obligation alternative

57. L'obligation alternative est une figure peu connue des juristes français, dont

⁸² I. NAJJAR, *op. cit.*

⁸³ I. NAJJAR, *op. cit.*, n° 154, p. 169

l'origine remonte au droit romain⁸⁴. Les jurisconsultes ne lui avaient pas donné de nom particulier, mais on la retrouvait en pratique sous l'appellation *alternativa obligatio* de manière assez fréquente, notamment dans le cadre de la pratique de l'esclavage : un maître s'engageait par exemple à donner à son créancier tel esclave ou tel autre. Pothier y avait également consacré quelques dispositions dans son *Traité des obligations*⁸⁵. L'institution a été reprise par les rédacteurs du Code civil et consacrée aux articles 1189 et suivants. Si la doctrine du XIX^{ème} siècle lui a consacré des développements⁸⁶, l'institution de l'obligation alternative a cependant été quelque peu oubliée par la doctrine moderne, à tel point que le doyen Carbonnier a pu écrire à son sujet que « toute cette matière de l'objet est paisible et quelque peu teintée d'archaïsme »⁸⁷. Rares sont les auteurs qui se sont aventurés sur ce terrain depuis la seconde moitié du XX^{ème} siècle⁸⁸. La jurisprudence n'a pas été plus prolixe en la matière. Même les contractants ne semblent pas particulièrement enclins à insérer des obligations alternatives dans leurs conventions.

58. Deux explications peuvent être avancées en ce sens⁸⁹. Tout d'abord, les deux branches de l'alternative doivent être considérées comme équivalentes par les parties, exigence qui est susceptible de restreindre *de facto* le champ d'application des obligations alternatives d'origine conventionnelle. En effet, si les deux prestations alternatives ne sont pas équivalentes en fait, elles sont néanmoins réputées juridiquement équivalentes, le créancier ne pouvant se plaindre *a posteriori* du choix opéré par son cocontractant en faveur de la prestation la moins onéreuse pour lui⁹⁰. Mme Gébler illustre cette donnée par l'exemple d'un investisseur dans le marché de l'art, qui cherche avant tout à réaliser un placement, et pour qui il est indifférent d'acheter un tableau de Picasso ou un tableau de Botticelli. A l'inverse, un amateur de peinture du XX^{ème} siècle n'admettra jamais cette même alternative. En outre, on s'accordait traditionnellement à reconnaître aux obligations alternatives un rôle de garantie de paiement. Or, depuis l'invention de l'institution et même depuis 1804, d'autres moyens de parvenir à ce but se sont développés ; les parties songeront par exemple plus naturellement à constituer une sûreté.

⁸⁴ V. GISCARD, *De l'obligation alternative en droit romain*, thèse Dijon, 1888

⁸⁵ A.-M.-J.-J. DUPIN, *Œuvres de Pothier*, t. 1, éd. Ch. Béchét, 1835, partie II, chapitre III, article 6, cité par A. BAYDOUN, *L'obligation alternative*, thèse Paris II, 2005, p. 11

⁸⁶ V. notamment Ch. DEMOLOMBE, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, t. 3, vol. 26, Imprimerie générale, Coll. Cours de code Napoléon, Paris 1876-1882 ; Fr. MOURLON, *Répétitions écrites sur le premier examen du Code Napoléon*, t. 2, par A. Maresq, Paris, 1852, p. 671

⁸⁷ J. CARBONNIER, *Droit civil, les biens et les obligations*, 21^{ème} éd., PUF, coll. Thémis, 1998, n° 57, p. 119

⁸⁸ V. cependant M.-J. GEBLER, « Les obligations alternatives », *RTD civ.* 1969. 1. V. aussi A. BAYDOUN, *op. cit.* ; L. BINEAU, « Les obligations alternatives en droit privé », *LPA*, 06 juin 2002, n° 113, p. 9 et s.

⁸⁹ M.-J. GEBLER, art. préc., p. 2

⁹⁰ Fr. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 1239, p. 1225

59. Selon la brillante analyse de Mme Gébler, l'obligation alternative présente deux caractéristiques : la dualité (A) et l'indétermination (B)⁹¹.

A. La dualité

60. Les obligations alternatives s'insèrent dans la catégorie plus large des obligations plures, lesquelles, comme leur nom l'indique, ont plusieurs objets. Pour être tout à fait précis, l'obligation alternative ne se réduit pas à l'hypothèse d'une dualité de choix, l'article 1196 du Code civil précisant que « les mêmes solutions s'appliquent lorsque le choix est entre plus de deux prestations ». Toutefois, la pratique ouvre généralement une alternative à deux branches. Néanmoins, la seule existence d'une dualité – ou d'une pluralité – de choses dues ne suffit pas à distinguer l'obligation alternative d'autres figures qui lui ressemblent : les options de procédure (1), les obligations conjonctives et les obligations facultatives (2).

1) Obligation alternative et option de procédure

61. En effet, une dualité peut exister sans pour autant que soit caractérisée une obligation alternative, notamment à défaut de toute obligation. Il en est ainsi en matière d'options de procédure, qui certes laissent un choix dual à une partie, mais qui n'obligent nullement celle-ci à choisir. Par exemple, l'acheteur a certes le choix, en vertu de l'article 1644 du Code civil, entre l'action rédhibitoire et l'action estimatoire dans la garantie des vices cachés, mais il n'a aucunement l'obligation de choisir puisqu'il n'a aucune obligation d'agir en justice.

2) Obligation alternative, obligation conjonctive et obligation facultative

62. Par ailleurs, d'autres figures impliquent la dualité ou la pluralité d'objet. On trouve en droit positif trois sortes d'obligations plures : les obligations conjonctives, les obligations alternatives et les obligations facultatives.

63. L'obligation alternative se distingue aisément de l'obligation conjonctive, dans

⁹¹ M.-J. GEBLER, art. préc., p. 3

laquelle le débiteur doit les deux prestations prévues au contrat, et ce de manière cumulative. La distinction repose donc sur le fait que le débiteur doit telle et telle chose, et non pas telle ou telle chose, comme ce serait le cas en vertu d'une obligation alternative. La littérature donne un exemple de cette distinction : dans le *Mariage de Figaro*, de Beaumarchais, il est débattu du point de savoir si un prêt doit être remboursé en argent et par un mariage ou bien s'il doit l'être en argent ou par un mariage. Selon Figaro, « il y a, Messieurs, malice, erreur, ou distraction dans la manière dont on a lu la pièce; car il n'est pas dit dans l'écrit: "laquelle somme je lui rendrai et je l'épouserai"; mais: "laquelle somme je lui rendrai, ou je l'épouserai"; ce qui est bien différent »⁹². La différence tient au fait que dans le premier cas il s'agit d'une obligation conjonctive, tandis que dans le second il s'agit d'une obligation alternative.

64. La distinction entre obligation alternative et obligation facultative est bien plus délicate, et souvent source de confusion. Non prévue par le Code civil, la figure de l'obligation facultative était toutefois présente en droit romain et chez Pothier⁹³. Elle se caractérise par l'unicité de son objet, que doit en principe fournir le débiteur, celui-ci pouvant néanmoins se libérer par une autre prestation. La plupart des auteurs s'accordent à considérer que le critère de distinction le plus pertinent entre obligation facultative et obligation alternative est celui de la hiérarchie ou non des deux obligations⁹⁴. Dans l'obligation facultative, le débiteur n'est pas dans la même situation à l'égard des deux prestations, il ne dispose pas d'une faculté de choix ; seule la prestation principale fait vraiment l'objet de l'obligation, et, à titre accessoire, le débiteur a la possibilité de se libérer en fournissant une autre prestation. Selon certains auteurs, le débiteur ne jouit alors pas d'une entière liberté de choix ; son exécution de l'obligation par la livraison de l'objet de remplacement ou la fourniture de la prestation de remplacement doit être justifiée par une raison légitime de ne pas pouvoir exécuter l'obligation prévue à titre principal⁹⁵. Au contraire, dans l'obligation alternative, les différentes prestations sont sur le même plan ; elles entrent de la même manière dans l'objet de l'obligation, et la réalisation de l'une ou de l'autre dépend uniquement du choix discrétionnaire de l'une des parties. C'est en ce sens

⁹² P.-A. CARON DE BEAUMARCHAIS, *Le Mariage de Figaro*, acte III, scène 15, *Théâtre complet*, Gallimard, coll. Bibliothèque de la Pléiade, 1973, p. 318

⁹³ J-Ph. LEVY et A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, 1^{ère} éd., Dalloz, coll. Précis, 2002, n° 643, p. 924 ; R.-J. POTHIER, *Traité des obligations*, par Bugnet, 1861, n° 243

⁹⁴ A. BAYDOUN, *op. cit.*, p. 70 et s. ; M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations, Contrat et engagement unilatéral*, 2^{ème} éd., PUF, coll. Thémis, 2010, p. 187 et s. ; M.-J. GEBLER, art. préc., p. 8 ; M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. 7, 2^{ème} éd., par P. Esmein, J. Radouant et G. Gabolde, LGDJ, 1954, n° 1047 et 1052

⁹⁵ M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, p. 188

que l'obligation alternative peut être qualifiée de droit potestatif. En effet, en exerçant son choix, le débiteur n'exerce ni un droit réel ni un droit de créance. Le choix ne vise que les prestations, donc une situation juridique. En outre, le créancier de l'obligation va être soumis au choix du débiteur, sans pouvoir s'en plaindre, puisqu'il est réputé être également satisfait par l'exécution de l'une ou de l'autre des prestations.

65. La difficulté de la distinction entre obligation alternative et obligation facultative est on ne peut mieux illustrée par l'évolution jurisprudentielle qui a eu lieu en matière de vente immobilière lésionnaire⁹⁶. Aux termes de l'article 1681 du Code civil, « dans le cas où l'action en rescision est admise, l'acquéreur a le choix ou de rendre la chose en retirant le prix qu'il en a payé, ou de garder le fonds en payant le supplément du juste prix, sous la déduction du dixième du prix total ». Dans un premier temps, la Cour de cassation considéra qu'il s'agissait d'une obligation facultative, l'obligation principale de l'acheteur étant de verser un complément de prix, mais la loi lui offrant la faculté d'abandonner l'immeuble s'il préférerait reprendre le prix qu'il avait versé⁹⁷. Par la suite, la Cour de cassation a opéré un revirement de jurisprudence, décidant que l'acheteur devait au contraire à titre principal restituer l'immeuble, sauf à profiter de la possibilité que lui offrait la loi de verser un complément de prix⁹⁸. Puis, au terme d'un ultime revirement, la Cour de cassation a semblé abandonner la qualification d'obligation facultative pour préférer celle d'obligation alternative⁹⁹.

66. A l'évidence, la distinction entre obligation alternative et obligation facultative est assez subtile. Il semble donc nécessaire d'affiner le critère de distinction – l'existence d'une hiérarchie entre les deux prestations – en recherchant si l'exécution de l'une des obligations plutôt que de l'autre résulte d'un choix libre ou n'intervient qu'à titre de précaution, de garantie du créancier. En effet, dans l'obligation facultative, il semble que la seconde prestation due ne soit exécutée qu'en cas de difficulté d'exécution de la première. Dans cette optique, l'obligation facultative conserverait un rôle traditionnel de garantie, de « sûreté » au sens propre, c'est-à-dire de sécurité fournie au créancier de ce qu'il percevra son dû. Du point de vue du débiteur, l'obligation facultative présenterait pour lui l'avantage de pouvoir se libérer sans devoir subir une procédure d'exécution¹⁰⁰. C'est ce

⁹⁶ D. VEAUX, *J.-Cl. Civil Code*, Art. 1189 à 1196

⁹⁷ Cass. Req., 14 mai 1806, *S.* 1806. I. 244

⁹⁸ Cass. Com., 20 novembre 1963, *Bull. civ.* IV, n° 492

⁹⁹ Cass. Civ. 1^{ère}, 17 juin 1963, *JCP* 1963. II. 13313, note R. L.

¹⁰⁰ P.-Y. GAUTIER, « Vers une nouvelle forme de garantie contractuelle : la renaissance des obligations facultatives », *RDC* 2004. 543

qu'observaient déjà Aubry et Rau lorsqu'ils affirmaient que, dans l'obligation facultative, le second objet est un accessoire au premier, « il se trouve seulement adjoint à l'obligation pour la facilité du paiement »¹⁰¹. A l'opposé, l'obligation alternative joue de moins en moins le rôle de sûreté au profit d'un rôle de plus en plus spéculatif, en concédant à l'une des parties l'avantage de pouvoir choisir entre deux options, afin de tirer le maximum de profit de la situation.

67. L'enjeu principal de la distinction entre obligations alternatives et obligations facultatives réside dans la charge des risques. Dans l'obligation alternative, si l'une des choses à livrer périt par cas fortuit, ou si l'une des prestations est illicite, l'autre reste due : l'obligation devient pure et simple, en vertu de l'article 1192 du Code civil. En cas de perte, le prix de la chose périe ne peut pas être offert à la place de la chose subsistante (article 1193 du Code civil). A l'inverse, dans l'obligation facultative, si l'objet dû vient à périr par cas fortuit ou si la prestation due est illicite, l'obligation s'éteint ; le débiteur est libéré ; il n'a plus du tout l'obligation de payer la somme qu'il ne devait qu'à titre facultatif. Or comme nous le verrons plus loin, cet enjeu est insignifiant en matière de clause de *buy or sell* (Cf. *infra*, n° 74).

B. L'indétermination

68. Outre leur caractère dual, les obligations alternatives se caractérisent par la situation d'indétermination qui prévaut en amont du choix. L'indétermination n'est certes pas un caractère exclusif de l'obligation alternative, puisqu'elle se retrouve également dans le domaine de l'aléa ou encore des obligations conditionnelles. En matière d'obligation alternative, l'indétermination ne sera levée qu'au moment de l'exécution de l'obligation, lorsque le choix entre les deux prestations envisagées aura été opéré. En attendant que le titulaire du choix prenne parti, la situation est incertaine, indéterminée. Les deux alternatives sont déterminées ou déterminables, mais il n'est pas encore possible de déterminer laquelle sera choisie.

69. Il est intéressant de constater que les deux traits essentiels de l'obligation alternative que sont la dualité et l'indétermination se retrouvent de manière plus large pour tous les droits d'option, lesquels sont eux-mêmes une espèce particulière de droits

¹⁰¹ Ch. AUBRY et Fr.-Ch. RAU, *Cours de droit civil français*, t. 4, 6^{ème} éd., par E. Bartin, Litec, 1942, § 300

potestatifs. En effet, M. Najjar caractérise la situation juridique antérieure à l'exercice du droit d'option d'une part par une alternative et d'autre part par une incertitude ¹⁰². En revanche, ce second trait caractéristique ne se retrouve pas dans les obligations facultatives, et est donc un critère de distinction supplémentaire de ces deux figures proches. En effet, le créancier d'une obligation facultative n'est pas dans une situation génératrice d'incertitude, puisque le débiteur ne doit qu'une seule prestation et n'est donc pas placé devant une quelconque alternative. C'est pourquoi M. Najjar estime qu'on ne peut pas parler de droit d'option au sujet des obligations facultatives ¹⁰³.

70. Une telle présentation des obligations alternatives peut être actualisée afin qu'elle englobe la clause de *buy or sell*.

II/ La description renouvelée de l'obligation alternative

71. Certaines qualifications, plus ou moins fantaisistes, de la clause de *buy or sell*, telles que celle de « clause du choix de Salomon » ou d' « offre alternative », mettent parfaitement en exergue l'élément alternatif qui caractérise le mécanisme, mais sans en tirer toutes les conséquences qui s'imposent. Certains auteurs ont d'ailleurs effleuré cette approche, mais sans s'y appesantir outre mesure. Ainsi, d'aucuns ont-ils pu écrire que la clause de *buy or sell* « prévoyait l'engagement réciproque et alternatif de chacun des signataires de vendre la totalité de ses actions ou d'acheter la totalité de celles détenues par l'autre » ¹⁰⁴. L'idée d' « engagement alternatif » traduit assurément le mécanisme de l'institution de l'obligation alternative. Dans la même veine, il est possible de découvrir l'idée de l'obligation alternative en lisant entre les lignes, quand M. Libchaber affirme que « ce qui singularise la présente convention, c'est que l'objet de la cession à venir n'est pas fixé, mais se révèle alternatif : on sait que ce seront les droits sociaux détenus par l'une ou l'autre des parties au pacte qui seront cédés ; mais on ne sait lesquels » ¹⁰⁵. Or dire que l'objet du contrat est alternatif, n'est-ce pas utiliser une périphrase pour faire référence à l'obligation alternative – une obligation alternative peut-être inhabituelle, mais une

¹⁰² I. NAJJAR, *op. cit.*, n° 30 et s., p. 32 et s.

¹⁰³ I. NAJJAR, *op. cit.*, n° 135, p. 141

¹⁰⁴ D. PORACCHIA et L. MELRAND, « LBO (Acquisition avec effet de levier) », *Répertoire de droit des sociétés, Dalloz encyclopédies*, décembre 2010, n° 47

¹⁰⁵ R. LIBCHABER, « Un étrange avant-contrat : la convention de *buy or sell* », *Defrénois*, 2009, art. 39040, p. 2324, spéc. p. 2328

obligation alternative tout de même ?

72. Dès lors, on pourrait tout à fait admettre, comme semble le suggérer M. Libchaber, que la clause de *buy or sell* consiste en une obligation alternative dont les objets sont alternativement les titres sociaux de l'un des associés ou ceux de l'autre. On retrouve d'ailleurs bien à propos de la clause de *buy or sell* les deux éléments caractéristiques de l'obligation alternative, à savoir la dualité et l'indétermination.

73. L'incertitude est l'un des mécanismes essentiels de la clause de *buy or sell* qui, sans cet élément, serait dénuée de tout intérêt. L'incertitude quant à l'option de *Secundus* influe sur les modalités d'activation de la clause par l'autre partie, et notamment, comme on le verra plus loin, sur le prix proposé (Cf *infra*, n° 81 et s.). En outre, la clause implique que l'une des deux parties, à terme, se trouvera exclue de la société, et l'incertitude quant à celle des parties qui perdra la qualité d'associé est essentielle pour maintenir un « équilibre de la terreur »¹⁰⁶. Les qualifications suggestives de « clause du choix de Salomon » ou de « clause de roulette russe » illustrent parfaitement l'importance de la faculté de choix et de la situation d'incertitude qui prévaut antérieurement à ce choix.

74. C'est sur le plan de la dualité caractéristique de l'obligation alternative que la clause de *buy or sell* pourrait suggérer un renouvellement de la présentation de la notion, en considérant non plus seulement la dualité de l'objet de la prestation (A) mais plus fondamentalement la dualité de la qualité des parties à la convention (B).

A. L'existence d'une alternative quant à l'objet de la prestation

75. La dualité est évidente dans une clause de *buy or sell* puisque l'intérêt de cette convention est d'offrir à l'une des parties une faculté de choix entre accepter de vendre ses titres à son cocontractant ou au contraire racheter les titres de celui-ci. A la différence de ce qui prévaut en matière d'obligations facultatives, il dispose en la matière d'un véritable choix. Certes, la rédaction des clauses de *buy or sell* pourrait laisser croire qu'il s'agit d'une obligation facultative, dans la mesure où la partie qui active la clause demande l'exécution d'une obligation (généralement, *Primus* souhaite acheter les titres de *Secundus*). Mais il s'agit de sa part d'une simple préférence, qui n'ôte nullement le

¹⁰⁶ S. PRAT, *op. cit.*, n° 154, p. 91

caractère libre du choix de son cocontractant. D'ailleurs, il est possible, et même fréquent en pratique, que les clauses de *buy or sell* prévoient que la partie qui active la clause puisse, au choix, proposer l'achat des titres de son coassocié, ou la vente des siens. C'est pourquoi, en passant par la qualification de promesses croisées, on était parfois dans la nécessité de retenir un enchevêtrement de quatre promesses (Cf. *supra*, n° 27). En tout état de cause, le débat est passablement stérile en matière de clause de *buy or sell*, dans la mesure où l'enjeu essentiel de la distinction entre les obligations alternatives et les obligations facultatives est la question de la charge des risques. Or dans le cadre d'une clause de *buy or sell*, l'impossibilité de l'une des branches de l'alternative correspondra à l'hypothèse où une partie ne peut plus céder ses titres à l'autre car elle ne les possède plus, autrement dit parce qu'elle n'est plus associée de la société. Si l'on raisonne à partir d'une clause de *buy or sell* type, en vertu de laquelle *Primus* va offrir à *Secundus* de lui racheter ses titres, *Secundus* ayant la faculté soit de lui vendre ses titres, soit racheter ceux de *Primus*, deux hypothèses doivent être envisagées. La première hypothèse est celle où *Secundus* est dans l'impossibilité de vendre ses titres parce qu'il n'est plus associé ; mais cette hypothèse est chimérique en pratique car alors *Primus* ne pourrait plus activer la clause à son encontre. La seconde hypothèse est celle où c'est *Primus* qui n'est plus associé et qui est dans l'impossibilité de vendre ses titres. Dès lors, *Primus* n'étant plus associé, il ne devrait plus pouvoir activer la clause (Cf. *infra*, n° 125 et s.). A supposer même qu'il le puisse, le résultat ne différerait guère selon qu'il s'agit d'une obligation alternative ou d'une obligation facultative. En effet, s'il s'agit d'une obligation alternative, l'une des branches de l'alternative étant devenue impossible, *Secundus* devra exécuter l'autre branche, à savoir vendre ses titres à *Primus*. Si, à l'inverse, il s'agit d'une obligation facultative, nous sommes dans l'hypothèse où c'est l'obligation subsidiaire (l'obligation *in facultate solutioni*) qui est impossible, ce qui n'a aucune incidence : le débiteur est toujours tenu d'exécuter l'obligation principale qui, elle, reste possible, c'est-à-dire que *Secundus* doit vendre ses titres à *Primus*. Qu'il s'agisse d'une obligation alternative ou d'une obligation facultative, l'impossibilité d'exécuter l'une des deux obligations n'aura donc aucune incidence sur ce qui sera finalement dû au créancier.

B. L'existence d'une alternative quant à la qualité des parties

76. Au-delà, il est possible de proposer une acception plus originale de l'institution d'obligation alternative, en considérant que l'élément alternatif est, non pas l'objet de la prestation comme cela est généralement admis et se rencontre dans les applications classiques de l'obligation alternative (donner tel esclave ou tel autre, tel bien ou tel autre...), mais la qualité des parties à l'acte final. Une telle évolution n'est ni inenvisageable ni fantaisiste, dans la mesure où il est admis depuis longtemps que l'obligation alternative ne se réduit pas à la possibilité, pour le débiteur, de se libérer « par la délivrance de l'une des deux choses qui étaient comprises dans l'obligation », ce qui est pourtant la définition retenue par le Code civil. Une certaine ambiguïté a pu naître de la lettre de l'article 1189 du Code civil, qui fait mention de deux « choses » à propos des objets de l'obligation alternative. Toutefois, les rédacteurs du Code civil ne semblaient pas avoir à l'esprit une conception aussi étroite de l'obligation alternative. En témoigne Bigot de Préameneu qui avait indiqué, dans son exposé des motifs, qu' « une obligation est alternative lorsque quelqu'un s'oblige à donner ou à faire une chose ou une autre »¹⁰⁷. Partant, il faut comprendre le mot « choses » comme désignant plus généralement des « prestations ». D'ailleurs, si l'on se réfère à l'étymologie du mot « prestation », on constate que le terme latin dont il est issu (*praestatio*, de *praestare*) signifie l'action de fournir, mais par extension on a utilisé le terme « prestation » pour désigner l'objet fourni ou dû. Généralement, la prestation est donc définie comme l'objet de l'obligation en général qui peut, selon le contexte, désigner soit la chose due, dans sa matérialité, soit l'activité attendue du débiteur relativement à cette chose¹⁰⁸. Il est donc admis que les objets d'une obligation alternative peuvent être non seulement des obligations de donner une chose, mais aussi des obligations de faire ou de ne pas faire.

77. En franchissant un pas de plus vers l'élargissement de la notion d'obligation alternative, on pourrait admettre que non seulement l'objet de l'obligation peut varier, mais aussi la qualité des parties. Ainsi, en matière de clause de *buy or sell*, le choix opéré par *Secundus* conditionne sa qualité de cédant ou de cessionnaire, donc de débiteur ou de créancier ; l'obligation finale étant dans tous les cas de conclure un contrat de transmission des titres sociaux.

¹⁰⁷ J.-G. LOCRE, *La législation... de la France*, t. 12, éd. Treuttel et Würtz, 1827-32, p. 344

¹⁰⁸ Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, 5^{ème} éd., PUF, coll. Quadrige, 1996, p. 625, V° Prestation

78. Ainsi, l'examen de l'analyse doctrinale et jurisprudentielle de la clause de *buy or sell* laisse un certain sentiment d'insatisfaction, et il semble que la qualification de promesses croisées sous condition suspensive soit mal ajustée à la figure de la clause de *buy or sell*. La qualification de droit potestatif d'activation et de droit potestatif d'option semble davantage épouser les formes de cette clause. Cela acquis, il convient d'en tirer les conséquences en termes de régime juridique applicable à la convention de *buy or sell*.

*

Deuxième partie : Le régime de la clause de *buy or sell*

79. Après s'être livré à un exercice de qualification de la clause de *buy or sell*, en détaillant les différentes étapes du mécanisme sur lequel elle repose, il convient d'en tirer les conséquences en termes de régime juridique de cette convention. En effet, tout l'intérêt de faire entrer la clause de *buy or sell* dans des catégories juridiques connues, plutôt que de se contenter de retenir qu'il s'agit d'une convention *sui generis*, est d'être à même de prévoir le régime juridique qui va s'appliquer à cette clause, et ainsi de favoriser une certaine sécurité juridique. Il est ainsi possible de prévoir à quelles conditions de validité la clause de *buy or sell* doit répondre (Titre I) et dans quelles conditions elle peut être mise en œuvre (Titre II).

Titre I : La validité de la clause de *buy or sell*

80. Comme nous l'avons vu précédemment, la clause de *buy or sell* repose sur un mécanisme que l'on se doit de décomposer en deux étapes successives : l'étape du déclenchement, avec un droit potestatif d'activation, et l'étape du dénouement, avec un droit potestatif d'option (Cf. *supra*, n° 39 et s.). Il convient donc d'étudier successivement les conditions de validité du droit potestatif d'activation (Chapitre 1) et celles du droit potestatif d'option (Chapitre 2).

Chapitre 1 : Les conditions de validité du droit d'activation

81. Deux questions ont particulièrement agité la doctrine à propos de la rédaction des clauses de *buy or sell* : la nécessité ou non de prédéterminer le prix proposé par *Primus* et l'éventuelle exigence de prévoir à l'avance les circonstances dans lesquelles *Primus* pourra mettre en œuvre le processus de la clause de *buy or sell*. Certains auteurs, qualifiant la clause de *buy or sell* d'avant-contrat et s'arc-boutant sur les traditionnelles conditions de validité des conventions, ont mis en doute la validité des clauses de *buy or sell* qui ne

détermineraient pas à l'avance les deux points évoqués ci-dessus. Une telle conclusion est naturellement un frein au développement des clauses de *buy or sell* dans la pratique commerciale française. On s'attachera à démontrer que, contrairement à l'attitude réservée de certains auteurs, il ne nous semble pas nécessaire ni que le prix soit déterminé à l'avance (I) ni que les circonstances présidant à l'activation de la clause de *buy or sell* soient limitées par la clause (II).

I/ Le débat sur la détermination du prix

82. Le point de savoir si le prix proposé par *Primus* doit ou non être déterminé ou déterminable à la seule lecture de la clause de *buy or sell* a été débattu en doctrine. Il nous semble que non seulement la détermination initiale du prix est inutile (A) mais encore que l'indétermination initiale du prix peut se révéler plus profitable (B).

A. L'inutilité de la détermination initiale du prix

83. Les auteurs qui affublent la clause de *buy or sell* d'un habillage juridique consistant en des promesses d'achat et de vente croisées font valoir que l'article 1129 du Code civil exige que le prix soit déterminé ou déterminable. En effet, en matière de vente, l'article 1591 du Code civil fait de la détermination du prix une condition de validité du contrat de vente. La jurisprudence a rapidement assoupli cette exigence, en admettant que le prix soit seulement déterminable, ce qui signifie que les parties peuvent se contenter de prévoir un mode de calcul de détermination du prix, dès lors que les éléments de référence ne sont pas dans la dépendance de l'une d'elles¹⁰⁹. Le prix pourra par exemple être fixé par un tiers estimateur, par l'Etat, ou encore par un marché. Au premier abord, on ne peut que constater que les arrêts rendus par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation le 1^{er} décembre 1995 ont changé la donne, en décidant que l'article 1129 du Code civil n'était plus applicable à la détermination du prix, mais ce « sauf disposition particulière »¹¹⁰. Or l'article 1591 relatif au contrat de vente est précisément une disposition particulière qui justifie le maintien de l'exigence d'un prix déterminé ou déterminable. D'où la tendance en

¹⁰⁹ Cass. Req., 7 janvier 1925, *DH* 1925, p. 57, *Grands arrêts*, t. 2, n° 260

¹¹⁰ Cass. Ass. Plén., 1^{er} décembre 1995, préc.

doctrine à exiger que le prix de vente des titres sociaux soit déterminable à la seule lecture de la clause de *buy or sell* et ne dépende pas de la volonté d'une seule des parties. Certains auteurs suggèrent ainsi de recourir au tiers expert de l'article 1843-4 du Code civil afin de fixer le prix¹¹¹. A ce propos, on peut se demander si le recours à l'article 1592 ne serait pas plus adapté. En effet, en vertu de l'article 1843-4, « dans tous les cas où sont prévus la cession des droits sociaux d'un associé, ou le rachat de ceux-ci par la société, la valeur de ces droits est déterminée, en cas de contestation, par un expert désigné, soit par les parties, soit à défaut d'accord entre elles, par ordonnance du président du tribunal statuant en la forme des référés et sans recours possible » ; le tiers expert n'a donc vocation à intervenir qu'en cas de contestation du prix par l'une des parties. L'article 1592 prévoit quant à lui plus largement que « [le prix] peut cependant être laissé à l'arbitrage d'un tiers ; si le tiers ne veut ou ne peut faire l'estimation, il n'y a point de vente », ce qui correspond davantage à l'hypothèse où les parties prévoient dès l'origine de s'en remettre à l'estimation d'un tiers. Quoi qu'il en soit, selon ces auteurs, l'un des contractants pourrait être tenté de fixer un prix très supérieur à la valeur réelle des parts sociales ou actions, afin d'inciter son cocontractant à vendre ses titres et le dissuader au contraire de racheter ceux du premier. Une telle situation présenterait alors un risque : que celui qui ne peut pas se permettre de racheter les actions de l'autre au prix fixé se trouve obligé de vendre ses actions à ce prix-là, alors que lors de la conclusion de la convention le prix de cession n'était ni déterminé ni même déterminable, sinon par référence à la volonté de celui qui a plus tard mis en œuvre la procédure. Certains y voient une circonstance de nature à entraîner, à elle seule, la nullité de la promesse¹¹². Le danger de la clause résiderait avant tout dans la différence de surface économique entre les deux parties : si l'un des associés a davantage de ressources que l'autre, le premier pourra toujours acquérir les titres en offrant un prix que le second ne peut pas se permettre de débours¹¹³. Pour pallier ce risque, d'aucuns proposent de permettre à *Secundus* de contester le prix offert par *Primus* en émettant, en retour, une contre-proposition. La pratique prévoit ainsi parfois que, suite à la déclaration de volonté de l'une des parties d'enclencher le mécanisme, chacune des parties doit proposer sous pli fermé son prix, le mieux-disant évinçant finalement l'autre. Cette figure est dénommée

¹¹¹ Y. GUYON, *Droit des affaires, Droit commercial général et sociétés*, 11^{ème} éd., Economica, 2001, n° 747, p. 794 ; A. COURET et T. JACOMET, « Les pièges des pactes d'actionnaires : questions récurrentes et interrogations à partir de la jurisprudence récente », *RJDA*, 01/10/2008, n° 20 et s., p. 951 et s., spéc. n° 21, p. 954

¹¹² H. LE NABASQUE *et alii*, art. préc., n° 60, p. 13

¹¹³ A. CAGINALLP, « *Practical aspects of negotiations leading to the termination of a joint venture* », *Newsletter no. 10 – Institute of International Business Law and practice (ICC)*, 1993, p. 84 et s., spéc. p. 86

« offre alternative » ou « clause de *buy or sell* » par M. Prat, et se distingue selon lui de la « clause américaine » qui correspond davantage au mécanisme que nous avons décrit jusqu'alors ; il considère ces deux figures contractuelles comme étant deux clauses distinctes, tout en affirmant qu'elles font parfois double emploi, ce qui expliquerait qu'il soit rare de les rencontrer dans le même pacte¹¹⁴. Il nous semble plus exact de considérer, à la suite du Professeur Le Nabasque, qu'il s'agit en réalité d'une simple variante de la clause de *buy or sell*¹¹⁵. Quoi qu'il en soit, cette variété de clause est une précaution qui nous semble inutile.

84. En effet, d'autres auteurs considèrent au contraire que l'indétermination n'est pas dirimante en matière de clause de *buy or sell*. Mieux, selon M. Libchaber, « cela n'importe guère ; l'essentiel est qu'au moment du déclenchement de l'opération par l'offrant, celui-ci fait une proposition qui servira de prix à la vente, quelle qu'elle soit. On se trouve ainsi dans une situation comparable à celle du pacte de préférence en matière de vente, où la proposition d'acquisition faite par un tiers sert de pivot à l'exercice de la préférence »¹¹⁶. Dans le cas présent, le prix « pivot » ne serait pas celui destiné à un tiers, mais celui fixé entre les deux contractants eux-mêmes. De même que l'on ne songerait à contester pour indétermination du prix une proposition formulée en vertu d'un pacte de préférence, l'indétermination du prix dans la clause de *buy or sell* ne doit pas pouvoir être critiquée.

B. L'utilité de l'indétermination initiale du prix

85. D'ailleurs, tout l'intérêt de la clause de *buy or sell* réside précisément dans cette faculté de détermination du prix laissée à l'une des parties. Comme on a pu le faire remarquer, « l'inventivité des parties n'y est pas seulement étonnamment débridée ; elle atteint aussi à une forme inattendue d'équité, qui mérite qu'on lui prête la plus grande attention »¹¹⁷. Celui qui enclenche le mécanisme doit prêter une grande attention à la situation avant de fixer le prix, sous peine de se trouver pris à son propre piège. S'il offre un prix suffisamment élevé aux yeux de son partenaire, il aura de grandes chances

¹¹⁴ S. PRAT, *op. cit.*, n° 164, p. 95

¹¹⁵ H. LE NABASQUE *et alii*, art. préc., n° 63, p. 14

¹¹⁶ R. LIBCHABER, « Un étrange avant-contrat : la convention de *buy or sell* », *Deffrénois*, 2009, art. 39040, p. 2324, spéc. p. 2328

¹¹⁷ R. LIBCHABER, « Un étrange avant-contrat : la convention de *buy or sell* », *Deffrénois*, 2009, art. 39040, p. 2324, spéc. p. 2329

d'acquérir les titres. A l'inverse, à évaluer trop à la baisse la valeur des titres, la situation risquerait doublement de se retourner contre lui car son partenaire pourrait alors être tenté d'acheter ses titres, ce qui se traduira d'une part par l'éviction de la société de la partie initiatrice du mécanisme – qui par hypothèse avait l'intention d'acheter et non pas de vendre – et ce, d'autre part, à un prix inférieur à la valeur des titres. *Primus* se trouvera ainsi dans la situation de « l'arroseur arrosé »¹¹⁸. C'est d'ailleurs ce qui est arrivé dans l'affaire ayant donné lieu à un arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de cassation en date du 28 avril 2009¹¹⁹, où un associé malheureux s'est trouvé évincé de la société pour avoir proposé un prix sous-évalué, son coassocié en ayant profité pour se porter acquéreur à bas coût. La qualification de « clause de roulette russe » évoque parfaitement l'aléa consubstantiel au mécanisme de cette clause, qui garantit un « équilibre de la terreur »¹²⁰, et agit comme une « arme de dissuasion nucléaire »¹²¹.

86. Du reste, dans l'arrêt susmentionné, la Cour de cassation, quoiqu'elle n'ait pas eu à se prononcer expressément sur la validité de la clause de *buy or sell*, lui a fait produire effet, alors même qu'en l'espèce la clause avait été rédigée de telle manière que les modalités de fixation du prix n'étaient pas prévues, celui-ci étant laissé à l'entière discrétion de la partie qui déciderait d'enclencher le mécanisme. Cette faveur s'inscrit dans la tendance actuelle de la Cour de cassation à reconnaître à l'une des parties ou aux deux un pouvoir unilatéral de fixation du prix (Cf. *supra*, n° 41). Depuis les arrêts d'Assemblée plénière de 1995, la jurisprudence semble admettre de plus en plus largement la possibilité pour une partie de fixer unilatéralement le prix¹²². En effet, désormais, l'indétermination du prix n'est une condition de validité des contrats ni en matière de contrats de services – où l'indétermination du prix était admise de manière traditionnelle – ni en matière de contrats-cadre – hypothèse qui avait suscité des difficultés en jurisprudence et qui a été à l'origine du revirement opéré par les arrêts de 1995 – et il semble même que la jurisprudence considère que l'article 1129 du Code civil n'est pas applicable à la détermination du prix « en toute matière »¹²³. Cette dernière affirmation laisse à penser que l'indétermination du prix est le nouveau principe. Dès lors, il semblerait logique que ce principe prévale en matière de clause de *buy or sell*, figure qui ne peut pas se réduire à des

¹¹⁸ R. LIBCHABER, « Un étrange avant-contrat : la convention de *buy or sell* », *Defrénois*, 2009, art. 39040, p. 2324, spéc. p. 2326

¹¹⁹ Cass. Com., 28 avril 2009, préc.

¹²⁰ S. PRAT, *op. cit.*, n° 154, p. 91

¹²¹ Traduction libre, v. I. HEWITT, *Joint ventures*, London: Sweet & Maxwell, 2005, p. 246 et s.

¹²² Cass. Ass. Plén., 1^{er} décembre 1995, préc.

¹²³ Cass. Civ. 1^{ère}, 12 mai 2004, *RDC* 2004. 925, obs. D. MAZEAUD

promesses de vente et d'achat croisées, et *a fortiori* encore moins à un contrat de vente.

87. A suivre cette analyse, le prix fixé par l'un des associés n'échapperait pas à tout contrôle : l'abus par une partie de son pouvoir unilatéral de fixation du prix pourra donner lieu à indemnisation ou à résiliation. Encore faut-il s'entendre sur ce que recouvre un « abus dans la fixation du prix ». De manière générale, il convient de ne pas confondre l'abus dans la fixation du prix avec un prix déséquilibré (ne correspondant pas au prix du marché) ; et ce de manière encore plus prégnante dans le cadre d'une clause de *buy or sell*, qui peut constituer un mécanisme de spéculation. Deux approches de l'abus sont concevables. Dans une première approche, subjective, l'abus consisterait à détourner le pouvoir unilatéral de sa finalité. Dans une seconde approche, objective, l'abus correspondrait à un « profit illégitime ». Or si ce critère est pertinent dans le domaine des contrats d'intérêt commun, il l'est moins dans celui des contrats-échange, qui se caractérisent avant tout par un antagonisme d'intérêts. D'ailleurs, l'examen de la jurisprudence postérieure aux arrêts de 1995 montre que le contentieux de l'abus dans la fixation du prix est limité aux contrats de distribution ou de franchisage¹²⁴.

88. L'analyse de la jurisprudence peut permettre d'apporter un début de réponse à la question de la définition de l'abus dans la fixation unilatérale du prix. Dans l'arrêt précité du 28 avril 2009, les magistrats de la Chambre commerciale de la Cour de cassation ont retenu une faute à l'encontre de la partie ayant fixé le prix. En l'espèce, cette faute consistait à avoir « propos[é] au groupe minoritaire des conditions de rachat de ses actions disproportionnées avec leur valeur de réalisation ». Cela montre que la Cour de cassation semble plus prompte à retenir la seconde conception, même dans une convention telle que la clause de *buy or sell*, qui repose par définition sur des intérêts divergents. La doctrine a diversement réagi face à cette qualification de faute de l'associé ayant fixé un prix. D'aucuns ont approuvé cette qualification, estimant que la fixation d'un prix anormalement bas constituait « un comportement anormal qui s'expliquait par la volonté du groupe majoritaire de se soustraire à ses engagements de cession envers le tiers, en provoquant la défaillance de la condition suspensive »¹²⁵. A l'inverse, d'autres auteurs ont critiqué la qualification de faute en faisant valoir que l'associé en question, qui avait tenté de maximiser son opération en proposant un prix faible, pensant que son coassocié serait dans

¹²⁴ C. AUBERT DE VINCELLES, « Pour une généralisation, encadrée, de l'abus dans la fixation du prix », *D.* 2006. 2629, spéc. n° 2, p. 2629

¹²⁵ H. HOVASSE, « Convention *buy or sell* et condition suspensive », *Dr. sociétés* n° 7, Juillet 2009, comm. 136

l'incapacité financière d'acheter à ce prix, avait certes « joué avec le feu », mais n'en était pas pour autant fautif¹²⁶. Surtout, on ne saurait lui reprocher d'avoir voulu se soustraire à ses engagements de cession avec un tiers. En effet, cette cession devait lui permettre de réaliser une large marge de profit, alors qu'au contraire, en raison du renversement de situation par son coassocié, il s'est trouvé évincé de la société avec pour contrepartie un prix très faible. Autrement dit, « incontestable faute morale, la cupidité n'est pas pour autant une faute contractuelle »¹²⁷. Toutefois, il convient de remarquer que c'est dans un contexte où une revente des titres sociaux à un tiers était en jeu que les magistrats ont qualifié de faute le fait, pour celui ayant activé une clause de *buy or sell*, d'avoir fixé un prix insuffisant. En l'espèce, il a été reproché à l'associé *Primus* d'avoir commis une faute non envers son coassocié *Secundus*, mais envers le tiers avec lequel il avait conclu un contrat de vente, sous la condition suspensive de l'acquisition de tous les titres de *Secundus*. Il s'agissait donc d'un défaut d'exécution loyale de son obligation de livrer les titres au tiers. On peut se demander s'il en aurait été de même dans un conflit purement interne opposant les deux parties à la convention de *buy or sell* (Cf *infra*, n° 116 et s.).

89. En tout état de cause, rien n'interdit aux parties de prévoir, en vertu du principe de la liberté contractuelle, une possibilité de révision du prix dans certains cas déterminés. Par exemple, dans l'espèce ayant donné lieu à l'arrêt précité du 28 avril 2009, les parties avaient assorti leur clause de *buy or sell* d'un mécanisme permettant de demander une révision du prix en cas de revente quasi-immédiate des titres¹²⁸. Une telle stipulation tend à réduire l'aspect spéculatif de la clause, et à se recentrer sur sa fonction originaires de résolution des conflits entre actionnaires. Cela pose d'ailleurs la question de savoir quel est le champ d'application de la clause, et si sa mise en œuvre doit être subordonnée à la réunion de certaines conditions liées aux circonstances.

II/ Le débat sur la détermination des conditions de mise en œuvre

90. Un autre problème quant à la validité du droit potestatif d'activation de la clause de *buy or sell* concerne celui des conditions dans lesquelles il peut être mis en

¹²⁶ R. LIBCHABER, « Un étrange avant-contrat : la convention de *buy or sell* », *Defrénois*, 2009, art. 39040, p. 2324, spéc. p. 2327

¹²⁷ R. LIBCHABER, « Un étrange avant-contrat : la convention de *buy or sell* », *Defrénois*, 2009, art. 39040, p. 2324, spéc. p. 2327

¹²⁸ Cass. Com., 28 avril 2009, préc.

œuvre. Précisément, le droit d'activation est-il un droit discrétionnaire ou doit-il être encadré par des conditions prédéfinies dans la convention ? A l'appui de la première solution, plusieurs griefs ont été avancés à l'encontre de l'indétermination des conditions de mise en œuvre, mais ces griefs ne nous semblent pas dirimants (A). La seconde solution doit donc être retenue : il n'est nul besoin de prédéterminer les circonstances présidant à la mise en œuvre de la clause (B).

A. Les griefs inopérants

91. Deux arguments ont été avancés à l'encontre de l'activation discrétionnaire de la clause de *buy or sell* par *Primus*, et donc en faveur de la fixation à l'avance des conditions d'activation de la clause : l'activation ne doit pas être une condition purement potestative (1) et elle doit répondre aux conditions qui prévalent en matière de clause d'exclusion (2).

1) Le grief de condition potestative

92. Le problème a été mis en lumière par le Professeur Le Nabasque, selon qui la validité des clauses de *buy or sell* est controversée à cet égard¹²⁹. Il lui semble contestable que l'une des parties puisse mettre en œuvre arbitrairement la clause, simplement parce qu'elle aurait décidé de céder ses actions ou d'acheter toutes celles de son partenaire. Cela serait d'autant plus contestable que la clause a pour effet d'aboutir à l'éviction d'un des partenaires. Partant, il suggère aux rédacteurs de clauses de *buy or sell* de ne permettre l'activation de la clause qu'à des conditions strictes ne dépendant pas de la volonté arbitraire de l'une ou l'autre des parties. Plus précisément, la clause ne devrait, aux dires de cet auteur, « pouvoir jouer qu'à des conditions objectives révélant l'impossibilité réelle et absolue de poursuivre en commun le projet sociétaire »¹³⁰. D'autres auteurs estiment également « souhaitable que l'accord prévoie des causes objectives justifiant la mise en jeu de la clause »¹³¹.

93. Se rangeant à cette opinion, la pratique prend parfois la peine de déterminer

¹²⁹ H. LE NABASQUE *et alii*, art. préc., n° 59, p. 13

¹³⁰ H. LE NABASQUE *et alii*, art. préc., n° 59, p. 13

¹³¹ A. COURET et T. JACOMET, art. préc., n° 21, p. 254

prudemment, à l'avance, les conditions précises dans lesquelles la clause pourra être mise en œuvre, comme le montre un exemple tiré de la jurisprudence¹³². En l'espèce, il était prévu que le processus ne pourrait être enclenché qu'en cas de « manquement à l'accord de coopération ou [de] changement substantiel de politique de la société entraînant un profond désaccord entre [les parties] ». Les parties avaient probablement entendu se soustraire ainsi à tout risque de contestation, et plus précisément au risque de qualification de condition potestative.

94. En effet, l'article 1174 du Code civil dispose que « toute obligation est nulle lorsqu'elle a été contractée sous une condition potestative de la part de celui qui s'oblige », l'article 1170 du Code civil définissant la condition potestative comme « celle qui fait dépendre l'exécution de la convention d'un événement qu'il est au pouvoir de l'une ou de l'autre des parties contractantes de faire arriver ou d'empêcher ». La jurisprudence a opéré une distinction entre les conditions simplement potestatives et les conditions purement potestatives, seules ces dernières tombant sous le coup de la prohibition de l'article 1174 du Code civil. Comme le font remarquer certains auteurs, l'écart entre le simplement potestatif et le purement potestatif est subtil¹³³. La jurisprudence semble se prononcer sur la validité ou non de la condition selon que l'obligation était ou non subordonnée, soit à une décision arbitraire du débiteur, soit à un acte soumis à sa volonté arbitraire. Selon M. Ghestin, la condition purement potestative correspond à la condition *si voluero* du droit romain, c'est-à-dire à la condition dépendant de la volonté du débiteur¹³⁴. Ainsi, pour que l'engagement soit valable au sens de l'article 1174, « il faut mais il suffit que l'événement érigé en condition ne dépende pas de la seule volonté du débiteur, mais aussi de circonstances objectives contrôlées par les tribunaux »¹³⁵. Dans l'espèce susmentionnée, en vertu de la clause, l'une des parties ne pouvait mettre en œuvre le processus de *buy or sell* qu'en écho à la décision dont l'autre partie « serait à l'origine et qui aurait pour conséquence un manquement à l'accord de coopération ou un changement substantiel de politique de la société, entraînant un profond désaccord entre [les parties] »¹³⁶. Certes, la partie qui subit le manquement de l'autre est bien à l'origine du déclenchement du mécanisme de la clause, et ce seulement si elle le souhaite – rien ne lui interdisant en effet

¹³² Paris, 15 décembre 2006, préc.

¹³³ Fr. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 1223, p. 1208

¹³⁴ J. GHESTIN, « La notion de condition potestative au sens de l'article 1174 du Code civil », in *Etudes dédiées à Alex Weill*, Litec, 1983, p. 243 et s., spéc. p. 245

¹³⁵ J. GHESTIN, art. préc., p. 257

¹³⁶ Paris, 15 décembre 2006, préc.

de ne pas prendre la décision de lever l'option dont elle dispose, si elle estime par exemple que le « profond désaccord » les opposant n'est pas tel que la société ne puisse survivre à la coexistence de ces deux associés – ce qui pourrait faire encourir le grief de potestativité. Mais cette condition n'est pas purement potestative, puisque non soumise à la seule volonté d'une des parties. En effet, en l'occurrence, la volonté de la partie qui met en œuvre la clause est orientée par des circonstances de fait, à savoir un manquement de l'autre partie à un accord de coopération ou un changement de politique sociale, entraînant un désaccord profond. Elle est donc simplement potestative, ce qui n'est pas interdit en droit positif.

2) Le grief de l'exclusion d'un associé

95. Selon d'autres auteurs, c'est parce qu'il est possible de reconnaître derrière la clause de *buy or sell* une clause d'exclusion que les conditions de mise en œuvre doivent être prédéterminées et non soumises à la seule volonté de l'une des parties¹³⁷. En effet, la qualification de clause d'exclusion n'atteint pas la clause dans le principe de sa validité – la validité des clauses d'exclusion ayant été affirmée récemment par la jurisprudence¹³⁸ – mais dans ses conditions de validité. En effet, si les clauses d'exclusion ont progressivement été admises par la jurisprudence – malgré le droit de rester associé également consacré par la jurisprudence¹³⁹, et malgré le droit de propriété d'un associé sur ses titres, droit à valeur constitutionnelle et conventionnelle¹⁴⁰ – cette validité est conditionnée. Elle est non seulement soumise à des conditions de procédure, telles que le respect du contradictoire et des droits de la défense, ou encore la possibilité d'un contrôle juridictionnel *a posteriori*, mais aussi et surtout à des conditions de fond, au titre desquelles figurent l'obligation de rachat des parts de l'associé exclu et l'exigence de motifs objectifs déterminés à l'avance.

96. Toutefois, cet argument ne nous paraît pas convaincant, la qualification de clause d'exclusion ayant été expressément écartée par le Tribunal de commerce de Paris,

¹³⁷ H. HOVASSE, « Validité, durée et mise en œuvre d'un pacte extra-statutaire d'exclusion », *Dr. sociétés* n° 7, Juillet 2007, comm. 137

¹³⁸ Cass. Com., 8 mars 2005, *D.* 2005. 839, note A. LIENHARD

¹³⁹ Cass. Com., 12 mars 1996, *Bull. civ. IV*, n° 86

¹⁴⁰ Cons. const., 16 janvier 1982, *JO*, 17 janvier 1982, p. 299, L. FAVOREU et L. PHILIP, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 3^{ème} éd., Dalloz, 2005, n° 28 ; CEDH, arrêt *Sporrong et Lönnroth c/ Suède*, 23 septembre 1982, série A, n° 52, F. SUDRE *et alii*, *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, 3^{ème} éd., PUF, coll. Thémis, 2005, n° 64, p. 632

en cela confirmé par la Cour d'appel de Paris, et approuvé par la plupart des commentateurs¹⁴¹. Certes, la clause de *buy or sell* aboutit à une éviction de l'un des associés, mais cela ne suffit pas à qualifier une telle clause de clause d'exclusion. En réalité, il s'agit plutôt d'une clause de rachat ou de cession forcée permettant de contraindre un associé à céder ses titres à un autre, mais, comme le souligne le tribunal, une telle cession forcée, prévue par une convention extra-statutaire, n'est rien d'autre qu'une promesse de vente « librement consentie par des professionnels »¹⁴². Selon la Cour d'appel de Paris, la clause de *buy or sell* ne peut être qualifiée de clause d'exclusion car l'exclusion est par elle-même une sanction, alors qu'une clause de sortie acceptée ne revêt pas cette nature. La justification de la distinction fondée sur l'acceptation de la clause n'emporte pas nécessairement l'adhésion, puisqu'une clause d'exclusion extrastatutaire doit également être acceptée lors de sa conclusion, et une clause d'exclusion statutaire doit être acceptée à l'unanimité des associés si elle est introduite en cours de vie sociale, car elle correspond à une augmentation de leurs engagements. Un meilleur critère de distinction serait peut-être de prendre en considération le fait que la clause d'exclusion joue dans les rapports entre la société et l'associé exclu (la décision d'exclusion étant prise par un organe social), alors que la clause de *buy or sell* intervient dans les rapports entre les parties à la convention¹⁴³. On retrouve d'ailleurs ce même critère en matière de clauses léonines, afin de distinguer les clauses prohibées par l'article 1844-1 du Code civil des clauses de prix insérées dans des conventions de portage ou des promesses de vente à prix plancher, qui ont, quant à elles, été déclarées valables par la jurisprudence¹⁴⁴. En matière de clauses de *buy or sell*, la qualification de clause d'exclusion semble donc erronée, et dès lors on ne voit pas pourquoi il serait nécessaire d'en respecter néanmoins les conditions.

B. La solution opératoire

97. Dans l'affaire de l'arrêt du 28 avril 2009¹⁴⁵, la clause était rédigée de manière

¹⁴¹ Trib. com. Paris, 17 octobre 2006 ; préc. ; Paris, 15 décembre 2006, préc.

¹⁴² F.-X. LUCAS, « Validité et efficacité d'un pacte d'actionnaires », *Bull. Joly*, janvier 2007 n° 1, p. 72

¹⁴³ P. LE CANNU, « Validation de la clause *buy or sell*, et durée des pactes d'actionnaires », *RTD com.* 2007. 169

¹⁴⁴ Cass. Com., 20 mai 1986, *Rev. sociétés* 1986. 657, obs. D. RANDOUX ; Cass. Com., 22 février 2005, *Rev. sociétés* 2005. 593, obs. H. LE NABASQUE ; Cass. Com., 16 novembre 2004, *RTD com.* 2005. 111, obs. Cl. CHAMPAUD et D. DANET ; Cass. Com., 3 mars 2009, *Bull. Joly*, juin 2009 n°6, p. 583, note F.-X. LUCAS

¹⁴⁵ Cass. Com., 28 avril 2009, préc.

vague et les parties n'avaient pas précisé les conditions dans lesquelles pourrait être mise en œuvre la clause par l'une ou l'autre des parties. L'activation de la clause n'était notamment pas subordonnée à l'existence d'un désaccord ou d'un conflit entre les deux associés. Certes, la Cour de cassation n'a pas eu à se prononcer directement et de manière expresse sur cette question – pas plus que sur celle de la détermination du prix – dans la mesure où le contentieux était relatif à la non-exécution de la promesse de vente par l'un des deux coassociés envers un tiers. Toutefois, la haute juridiction a implicitement donné sa bénédiction à la clause. En effet, si la clause de *buy or sell* semble à l'origine avoir été conçue afin d'éviter les situations de blocage de la société en cas de mésentente entre deux actionnaires, il n'est nulle raison de limiter la clause à ce seul effet. De même que toute institution juridique ne révèle pleinement toutes ses utilités qu'au fur et à mesure de son utilisation et de l'évolution des besoins sociaux, la clause de *buy or sell* peut également se voir reconnaître plusieurs fonctions, et peut servir tant à organiser le « divorce » entre associés¹⁴⁶, que les modalités de rachat des titres de l'un par l'autre dans un contexte cordial, par exemple pour une opération de spéculation.

98. Surtout, il ne faut pas perdre de vue que l'on peut qualifier le droit d'activation de la clause de *buy or sell* de droit potestatif (Cf. *supra*, n° 43 et s.). Or, selon M. Valory, l'exercice du droit potestatif, ou plus précisément la manifestation unilatérale de volonté, obéit au principe de liberté et n'est pas soumise à un formalisme particulier, sauf possibilité pour les parties d'aménager l'exercice du droit potestatif par des clauses contractuelles, en en subordonnant l'efficacité à certaines conditions¹⁴⁷. Mais le fait que les parties n'aient pas entendu conditionner la mise en œuvre de la clause à l'existence de circonstances prédéterminées n'affecte nullement sa validité. En effet, le propre des droits potestatifs est que l'« incertitude tient à la volonté même de son titulaire de s'en prévaloir » et que « la clause est soumise au pouvoir absolu de l'une des parties, sans sacrifice induit pour elle-même »¹⁴⁸. L'exigence de conditions prédéterminées de mise en œuvre de la clause paraît donc incompatible avec la qualification de droit potestatif d'activation que nous avons retenue. Une telle exigence paraît d'autant plus superfétatoire que la potestativité est en quelque sorte canalisée par le fait que le droit d'activation est reconnu de manière bilatérale à chacune des parties. On accède ainsi à un « unilatéralisme bilatéral », où le « disgracieux unilatéralisme sera éclipsé par le fait non seulement que les

¹⁴⁶ J.-M. JONET et M. EVRARD, *op. cit.*

¹⁴⁷ S. VALORY, *op. cit.*, n° 621, p. 355

¹⁴⁸ J. ROCHFELD, art. préc., n° 12, p. 759

deux parties y auront consenti mais que toutes deux en bénéficieront »¹⁴⁹. Le risque d'arbitraire est d'autant plus éloigné que, non seulement chacune des parties se voit reconnaître ce droit potestatif d'activation, mais encore ce droit, une fois mis en œuvre par l'une des parties, se trouvera canalisé par la reconnaissance d'un autre droit potestatif à l'autre partie. Il convient d'ailleurs désormais d'étudier les conditions de ce second droit potestatif.

Chapitre 2 : Les conditions de validité du droit d'option

99. Comme nous l'avons étudié en première partie, la faculté dont dispose le destinataire de l'activation de la clause de *buy or sell* peut s'analyser en un droit potestatif, et plus précisément en un droit d'option (Cf. *supra*, n° 56 et s.). A l'intérieur de cette catégorie générique, il est possible de déceler, derrière le mécanisme de la clause de *buy or sell*, une obligation alternative. Nous ne reviendrons pas sur la démonstration de cette qualification, mais il s'agit désormais d'en tirer les conséquences quant à son régime, et notamment quant aux conditions de validité de la clause. A cet égard, il convient en premier lieu de se référer aux conditions de validité des conventions en général posées à l'article 1108 du Code civil. Le consentement et la capacité ne soulèvent pas de difficulté particulière en la matière. Plus problématiques sont les conditions relatives à la cause et à l'objet de l'obligation alternative (I) et celles relatives au titulaire du droit d'option (II).

I/ Les conditions quant au contenu du droit d'option

100. Comme pour tout contrat, il convient de réfléchir au *cur debetur*, c'est-à-dire à la raison pour laquelle les parties veulent le contrat, autrement dit la cause du contrat (A), et au *quid debetur*, c'est-à-dire à ce que veulent les parties, autrement dit l'objet du contrat (B).

¹⁴⁹ P. JESTAZ, art. préc., p. 92

A. La cause de l'obligation alternative

101. Quant à la cause de l'obligation alternative, on peut se référer à l'analyse de M. Najjar, qui a théorisé la notion de cause en matière de droit d'option. Selon cet auteur, l'originalité de la cause de l'acte d'option par rapport à la cause en matière contractuelle est due à la nature potestative du droit d'option et au fait que, ne s'agissant pas d'un droit de créance, on ne peut se référer à une contreprestation qui, par hypothèse, n'existe pas¹⁵⁰. Comme en matière de contrat unilatéral, c'est donc aux motifs qui animent le titulaire du droit d'option qu'il convient de se référer. Certes, les motifs, d'ordre purement subjectif, sont susceptibles de varier à l'infini d'une personne à l'autre ; mais on peut considérer que, de manière générale, le titulaire du droit d'option, lorsqu'il exerce ce droit, a en vue un résultat déterminé, qui dépend des effets de l'opération d'option envisagée dans son ensemble. Mais même cette référence générale aux résultats de l'acte d'option ne suffit pas à caractériser la cause de celui-ci. Pour ce faire, il convient, selon M. Najjar, de faire appel à un élément plus objectif, à savoir l'alternative qui donne naissance à une situation incertaine. En effet, pour qu'une personne soit titulaire d'un droit d'option, il est nécessaire que soit réalisée la situation incertaine découlant de l'existence d'une alternative¹⁵¹. Cette théorisation de la cause de l'acte d'option est tout à fait satisfaisante une fois appliquée à la clause de *buy or sell* : la cause du droit d'option de *Secundus* réside dans la situation d'incertitude – laquelle des parties va perdre sa qualité d'associé ? (Cf. *supra*, n° 73) – qui naît de l'activation de la cause par *Primus*.

B. L'objet de l'obligation alternative

102. Au-delà de la cause du droit d'option, c'est surtout l'objet du droit d'option qu'il convient d'examiner. Il est traditionnellement enseigné qu'en matière d'obligation alternative, le choix concentre les effets du lien obligatoire dans l'un des objets en dégageant les autres¹⁵². En effet, dans l'obligation alternative, il y a pluralité d'objets *in obligatione* en ce sens que l'obligation porte sur les deux prestations ; mais il n'y a pas

¹⁵⁰ I. NAJJAR, *op. cit.*, n° 248, p. 256

¹⁵¹ I. NAJJAR, *op. cit.*, n° 261, p. 268

¹⁵² L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, t. 2, 3^{ème} éd., Sirey, Paris, 1932-1933, p. 468

pluralité d'objets *in solutione* puisqu'une seule prestation est due¹⁵³. Le propre de l'obligation alternative est donc d'offrir le choix entre plusieurs (généralement deux) prestations différentes. Il est classiquement professé que les prestations comprises alternativement dans l'obligation doivent différer l'une de l'autre, de sorte que la partie à laquelle le choix appartient ait un intérêt à l'exercer¹⁵⁴.

103. Chacune de ces branches doit donc respecter les conditions relatives à l'objet de l'obligation ; à défaut pour l'une des branches de remplir ces conditions, l'obligation alternative deviendrait une obligation pure et simple, en vertu de l'article 1192 du Code civil. L'article 1108 du Code civil exige un « objet certain qui forme la matière de l'engagement », exigence développée aux articles 1126 et suivants du même Code, notamment quant à l'exigence de détermination de la chose. Or à la date de la formation de l'obligation alternative, l'objet *in solutione* n'est pas encore déterminé. Néanmoins, cet objet est déterminable à partir de l'examen des branches offertes par l'alternative. L'obligation alternative doit donc comprendre déterminément chacune des choses *in obligatione*, autrement dit chacune des choses auxquelles elle s'applique.

104. A la classification tripartite classique qui distingue les obligations de donner, les obligations de faire et les obligations de ne pas faire, la doctrine moderne préfère celle qui oppose les obligations pécuniaires aux obligations en nature¹⁵⁵. Or en matière de clause de *buy or sell*, l'une des branches de l'alternative a pour objet une obligation en nature, portant sur une chose autre que de l'argent (des titres sociaux) et l'autre a pour objet une somme d'argent (le prix des titres sociaux). En effet, la partie titulaire du droit d'option a le choix entre vendre ses titres ou acquérir ceux de son coassocié en payant le prix.

105. Quand l'obligation porte sur une chose autre que de l'argent – soit, en matière de clause de *buy or sell*, sur les titres sociaux du titulaire du droit d'option – la chose doit répondre à trois conditions : elle doit être déterminée ou déterminable, elle doit exister, et elle doit être dans le commerce. Sans entrer dans le débat sur la nature des droits sociaux – droit de créance opposable à la société et/ou droit de propriété opposable *erga omnes* ? – on peut poser comme postulat, à la suite d'une doctrine autorisée, que les titres sociaux

¹⁵³ H., L. et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, t. 2, vol. 1, 9^{ème} éd. par F. Chabas, Montchrestien, 1998, n° 1048 et 1049, p. 1102

¹⁵⁴ Ch. DEMOLOMBE, *op. cit.*, n° 5, p.5

¹⁵⁵ Fr. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 268, p. 283

sont assimilables à des droits de créance¹⁵⁶. La première condition, relative à la détermination de l'objet, sera donc remplie dès lors que l'identité du débiteur (en l'occurrence la société) et l'origine de la créance seront précisées¹⁵⁷. En second lieu, la chose doit en principe exister au moment de la formation du contrat, ce qui ne soulève aucune difficulté dans la matière qui nous intéresse. Il est en effet difficile d'imaginer des associés concluant un pacte d'actionnaires alors que les titres sociaux de l'un n'existent pas. Notons toutefois que si le principe veut que la chose existe dès la conclusion du contrat, un tempérament existe concernant les choses futures¹⁵⁸. Cette précision est utile en matière de clause de *buy or sell*, dans la mesure où l'objet de la cession n'est pas les titres que possédait un associé au jour de la conclusion de la convention, mais ceux qu'il possède au jour du transfert de propriété. L'objet de la cession est le portefeuille des titres sociaux envisagé dans sa globalité, et non pas les titres sociaux en eux-mêmes. En dernier lieu, le Code civil exige que la chose soit dans le commerce, ce qui ne pose guère de problème qu'en matière de cession d'éléments du corps humain, de biens du domaine public, de clientèle civile ou encore de choses dangereuses, ce qui n'est assurément pas le cas de titres sociaux.

106. A l'opposé, quand l'obligation porte sur une somme d'argent – c'est-à-dire en l'occurrence le prix des titres sociaux du coassocié – le Code civil pose l'exigence de détermination du prix. Sans reprendre le débat déjà étudié relatif à la question de la détermination du prix (Cf. *supra*, n° 82 et s.), il suffit de constater qu'en tout état de cause, le mécanisme interne de la clause de *buy or sell* suppose qu'à ce stade, le prix soit déterminé, et il l'est par référence au prix fixé par la partie ayant activé la clause. Au-delà des conditions classiques de validité des conventions que sont l'objet et la cause, il convient de s'intéresser aux conditions du droit d'option sous le prisme de la personne qui en est titulaire.

II/ Les conditions quant au titulaire du droit d'option

107. Il convient avant tout de déterminer laquelle des parties à la convention est

¹⁵⁶ A. CARVERIAT, A. COURET, B. ZABALA, *Sociétés commerciales*, 41^{ème} éd., F. Lefebvre, Memento pratique, 2010, n° 631, p. 70

¹⁵⁷ Fr. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 270, p. 284

¹⁵⁸ Fr. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 272, p. 285

titulaire de ce droit d'option (A). Une fois cette question préalable tranchée, il faudra s'assurer que le droit d'option n'est pas assimilable à une condition purement potestative (B).

A. L'identification du titulaire du droit d'option

108. Il s'agit au préalable de savoir laquelle des parties est à même d'exercer le choix entre les deux branches de l'alternative. L'article 1190 du Code civil offre un début de réponse à cette question, puisqu'il pose comme principe que l'option appartient au débiteur. En matière de clause de *buy or sell*, cette première assertion pourrait, au premier abord, poser problème. En effet, comme on l'a dit précédemment, la clause de *buy or sell* fait jouer l'alternative sur la qualité des parties à l'acte final de cession des titres : avant que le titulaire du droit d'option n'exerce son choix, on ne sait pas qui aura la qualité de cédant et qui aura la qualité de cessionnaire (Cf. *supra*, n° 76 et s.). Dès lors, comment déterminer qui est débiteur ? Toutefois, cette objection ne nous semble pas dirimante, et il semble possible de sortir de cette prétendue impasse en considérant que le titulaire du droit d'option (*Secundus*) est le débiteur de l'obligation alternative. C'est d'ailleurs probablement ainsi que les rédacteurs du Code civil concevaient l'obligation alternative. La difficulté vient du fait que l'appellation « obligation alternative » est quelque peu ambiguë et peut être source d'erreur. En effet, ce n'est pas l'existence du lien d'obligation qui est soumise à une alternative mais seulement son objet. Le débiteur est en effet engagé de manière ferme, quoiqu'il reste libre d'effectuer telle prestation ou telle autre. L'indétermination, caractéristique de l'obligation alternative comme nous l'avons vu précédemment (Cf. *supra*, n° 68 et s.), n'atteint donc pas l'obligation elle-même mais seulement son objet. Le titulaire du droit d'option n'en doit donc pas moins être considéré comme débiteur.

109. Toutefois, le principe énoncé par l'article 1190 n'est que supplétif, puisqu'il ne vaut que « si [le choix] n'a pas été expressément accordé au créancier ». Cela étant, l'équilibre de la clause de *buy or sell* suppose nécessairement que ne soit pas stipulée une telle clause contraire. Il est indispensable que seul celui qui n'a pas activé le mécanisme de la clause de *buy or sell* se voie reconnaître le droit de choisir entre les deux branches de l'alternative. En effet, tout l'équilibre du mécanisme de la clause de *buy or sell* repose sur

la reconnaissance bilatérale d'un droit potestatif à chacune des parties : au droit potestatif d'activation répond le droit potestatif d'option. Certes, le droit potestatif d'activation est reconnu de manière bilatérale à chacune des parties (Cf *supra*, n° 4), alors que l'on est en train de démontrer que le droit potestatif d'option n'est reconnu qu'à l'une des parties, et plus spécialement à *Secundus*. Au premier abord, on pourrait penser que cela constitue une rupture de la symétrie de la clause. Mais il n'en est rien. En effet, dans l'absolu, avant que l'une quelconque des parties n'exerce son droit d'activation, chacune d'elles a vocation à être titulaire du droit d'option. Ce n'est qu'une fois la clause activée que le mécanisme perd son caractère bilatéral. La symétrie n'en est pas moins respectée : les deux parties sont *ab initio* également titulaires d'un droit potestatif d'activation et d'un droit potestatif d'option ; l'exercice du premier par l'une des parties (*Primus*) impliquant l'exercice du second par l'autre partie exclusivement (*Secundus*).

B. La non-potestativité du choix du titulaire du droit d'option

110. L'une des particularités de la clause de *buy or sell* est de laisser le choix de la prestation à l'une des parties, comme c'est généralement le cas pour toute obligation alternative. A cet égard, la Cour de cassation a plusieurs fois affirmé que la liberté de choix ainsi conférée à une partie n'encourait pas la nullité prévue à l'article 1174 du Code civil relatif aux conditions potestatives. Dans un premier temps, la haute juridiction a écarté le grief de potestativité invoqué par l'expéditeur dans un contrat de transport qui prévoyait la possibilité pour le transporteur de choisir le transport par mer ou le transport par route¹⁵⁹. La Cour de cassation a censuré l'arrêt de la Cour d'appel qui avait reconnu le caractère potestatif de cette stipulation et l'a annulé. Au visa des articles 1170 et 1174 du Code civil, les magistrats du Quai de l'Horloge ont excipé de la « vieille théorie de l'obligation alternative » et permis à la société de transport express de sauver ses conditions générales¹⁶⁰. En effet, l'obligation du transporteur existait incontestablement, mais la prestation même du transporteur comportait une alternative, car elle pouvait se traduire soit par un transport aérien, soit par un transport routier. D'aucuns ont pu en conclure que

¹⁵⁹ Cass. Com., 7 décembre 2004, *D.* 2005. 2392, note Ph. DELEBECQUE, *RTD civ.* 2005. 782, note J. MESTRE et B. FAGES

¹⁶⁰ Ph. DELEBECQUE, « Caractère alternatif de l'obligation du transporteur d'acheminer par air ou par route », *D.* 2005. 2392, spéc. n° 1, p. 2392

« l'obligation alternative chasse la condition potestative »¹⁶¹. La Cour de cassation a également eu à se prononcer sur cette question dans une autre affaire ayant pour toile de fond une convention de dépôt-vente de bijoux fantaisie, prévoyant que les marchandises seraient réglées au fur et à mesure des ventes et qu'à l'issue d'un délai de six mois, sauf retour des pièces invendues, le stock restant serait facturé au dépositaire. Les juges du fond avaient considéré que l'obligation à la charge du dépositaire de payer les bijoux avait été contractée sous la condition suspensive qu'il n'ait pas restitué les bijoux invendus au terme d'un délai de six mois sans règlement, et que cette condition était purement potestative. La Cour de cassation a censuré cette décision pour violation de la loi, et plus précisément pour « refus d'application » de l'article 1189 et pour « fausse application » de l'article 1170 du Code civil, au motif que « le débiteur était tenu d'une obligation alternative de restitution en nature ou en valeur »¹⁶². Cet arrêt est particulièrement intéressant pour notre analyse des clauses de *buy or sell* car, comme l'a très justement fait remarquer un commentateur, « l'alternative n'est pas dans les modalités de la restitution (...). [Le dépositaire] est apte à décider s'il deviendra ou non propriétaire des bijoux (...). On peut ainsi se demander si le droit potestatif sur lequel la décision repose effectivement se trouvait dans l'objet de la restitution ou dans l'option d'achat qui avait été consentie au dépositaire par le déposant »¹⁶³. Or il en est exactement de même en matière de clause de *buy or sell* : l'associé titulaire du droit d'option ne décide pas des modalités de la cession des titres sociaux, mais décide s'il deviendra propriétaire des titres de son coassocié, ou s'il lui cèdera les siens propres. Le droit potestatif sur lequel la décision repose effectivement se trouve donc dans l'option d'achat qui lui a été consentie par son coassocié.

Titre II : La mise en œuvre de la clause de *buy or sell*

111. Après avoir étudié la formation de la clause de *buy or sell* et les conditions qui président à cette première étape, il convient d'envisager la convention une fois mise en mouvement. A cet égard, il faut étudier au préalable les conditions de mise en œuvre de la

¹⁶¹ Ph. DELEBECQUE, art. préc., n° 10, p. 2393

¹⁶² Cass. Com., 16 mai 2006, *Defrénois* 2006, art. 38433, n° 43, p. 1220, obs. R. LIBCHABER

¹⁶³ R. LIBCHABER, « L'obligation alternative ne peut pas donner prise au grief de potestativité », *Defrénois* 2006, art. 38433, n° 43, p. 1220, spéc. p. 1223

clause (Chapitre 1), afin de s'assurer qu'elle peut déployer efficacement ses effets, lesquels feront l'objet du deuxième temps de cette présentation (Chapitre 2).

Chapitre 1 : Les conditions d'efficacité de la clause de *buy or sell*

112. Une fois encore, l'équilibre de la clause de *buy or sell* impose d'étudier successivement les conditions d'efficacité du droit d'activation (I) et celles du droit d'option (II).

I/ Les conditions d'efficacité du droit potestatif d'activation

113. A ce stade du développement, deux questions se posent relativement à la mise en œuvre efficace du droit d'activation : comment ? et quand ? La première question renvoie à un contrôle de l'abus dans l'exercice du droit d'activation (A), tandis que la seconde appelle un débat sur la durée de validité de l'exercice de l'option (B).

A. Le contrôle de l'abus dans l'exercice du droit d'activation

114. Une fois admise la validité de l'existence du droit potestatif d'activation de la clause, il convient de s'assurer que la mise en œuvre de ce droit ne sera pas abusive. Toutefois, ce contrôle de l'abus est relativement limité (1), sauf peut-être dans un contexte de groupe de contrats (2).

1) Le contrôle limité de l'abus dans l'exercice du droit d'activation

115. Ce n'est pas parce qu'un droit est potestatif qu'il est soustrait à la limite de l'abus de droit. Le titulaire d'un droit potestatif doit ainsi faire usage du pouvoir unilatéral qui lui est reconnu de bonne foi et sans abus. Certains auteurs vont même jusqu'à

considérer qu'il doit prêter une « considération minimale » aux intérêts de l'autre partie¹⁶⁴. Une telle conception fait écho à la définition du pouvoir donnée par M. Gaillard dans sa thèse : « une prérogative finalisée que son titulaire a reçu mission d'exercer dans un intérêt au moins partiellement distinct du sien et dont l'exercice est soumis au contrôle juridictionnel »¹⁶⁵.

116. Une telle conception nous semble toutefois quelque peu exagérée et illusoire dans un contexte d'opposition d'intérêts comme c'est le cas en matière de clause de *buy or sell*. Le titulaire du droit d'activation ne prend guère en considération que son propre intérêt, et éventuellement celui de la société dans l'hypothèse – non exclusive – d'un conflit entre les deux parties, dans la mesure où une situation conflictuelle peut déboucher sur un blocage de l'activité sociale. Mais la considération de l'intérêt social n'est absolument pas essentielle en matière de cession de droits sociaux, qui par hypothèse concerne les rapports entre associés. C'est en tout cas le raisonnement que tient la Cour de cassation en matière de clauses léonines (Cf. *supra*, n° 96). En outre, la Cour d'appel de Paris, dans l'arrêt précité du 15 décembre 2006, a écarté le grief de contrariété de la clause de *buy or sell* à l'intérêt social. Le titulaire du droit d'activation n'a donc pas à prendre en considération d'autres intérêts que les siens propres lorsqu'il décide de mettre en œuvre son droit. Néanmoins, il ne saurait en abuser et doit l'exercer de bonne foi. Il s'agit alors de savoir quelle sera l'intensité du contrôle opéré par le juge sur la mise en œuvre du droit potestatif d'activation.

117. Certains auteurs ont prôné l'instauration d'un contrôle renforcé de l'exercice de bonne foi des prérogatives unilatérales, notamment en mettant à la charge du titulaire d'une telle prérogative une obligation de motivation¹⁶⁶. Une telle exigence présenterait plusieurs avantages. Elle obligerait tout d'abord la partie qui exerce son droit potestatif à réfléchir à ce qu'elle fait, à vérifier si les conditions requises sont réunies et si elle exerce son pouvoir conformément aux finalités poursuivies. En outre, l'autre partie serait alors informée et serait donc en meilleure position pour faire jouer, le cas échéant, son droit de critique. Enfin, le juge serait ainsi aidé dans son contrôle car il n'aurait pas à rechercher les raisons qui ont guidé celui qui a pris la décision de mettre en œuvre son droit potestatif. Toutefois, une telle obligation aurait pour inconvénient d'« alourdir » la vie contractuelle, argument

¹⁶⁴ J. ROCHFELD, art. préc., n° 14, p. 760

¹⁶⁵ E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, préface G. Cornu, thèse Paris II, Economica, 1985, n° 214, p. 137

¹⁶⁶ M. FABRE-MAGNAN, « L'obligation de motivation », in *Etudes offertes à J. Ghestin, Le contrat au début du XXI^{ème} siècle*, LGDJ, 2001, p. 302 et s.

d'autant plus porteur en matière de droit des sociétés. D'ailleurs, ceux-là même qui prônent l'introduction en droit positif d'une obligation de motivation circonscrivent son domaine d'application par l'adage *cessante razione legis, cessat ejus dispositio*¹⁶⁷. Il ressort de l'examen du domaine des obligations de motivation en droit des contrats spéciaux qu'une telle obligation de motivation se retrouve notamment en matière de droit du travail (à la charge de l'employeur) et de bail (à la charge du bailleur), c'est-à-dire dans des contrats caractérisés par une situation d'inégalité économique entre les parties. Or une telle situation n'est absolument pas caractérisée dans un contexte de pacte d'actionnaires dans une société, où les parties sont deux « professionnels avertis »¹⁶⁸. Du reste, la jurisprudence ne semble pas imposer une telle obligation de motivation, et son contrôle semble plutôt porter, en matière de prérogatives unilatérales, sur le respect de la bonne foi ou l'absence d'abus, la première notion relevant du pouvoir souverain des juges du fond tandis que la qualification de la seconde est contrôlée par la Cour de cassation¹⁶⁹.

118. En tout état de cause, comme le fait remarquer M. Valory, l'intensité du contrôle de la bonne foi ou de l'abus est variable selon la nature du droit potestatif en cause¹⁷⁰. Ainsi, la potestativité serait « étroitement contrôlée » en matière de droit potestatif de rupture unilatérale et de droits potestatifs portant sur le contenu du contrat, encore que ce contrôle aurait tendance à s'amoindrir depuis la jurisprudence libérale sur la détermination unilatérale du prix¹⁷¹. D'aucuns ont ainsi pris « le pari que la Cour de cassation se référera de manière rituelle à l'abus sans jamais ou presque le caractériser »¹⁷². De fait, en dix ans de jurisprudence, la Cour de cassation ne semble pas avoir considéré qu'il y avait abus dans la détermination unilatérale du prix dans les différentes affaires qui lui ont été soumises¹⁷³.

119. Par ailleurs, la potestativité, toujours selon M. Valory, ne serait que « faiblement contrôlée » en matière de droit de préemption, de droit de dédit, de droit de repentir ou de retrait. Ainsi, concernant le droit de repentir légal octroyé au consommateur en cas de manquement de l'assureur à son obligation de respecter le formalisme légal impératif, la jurisprudence est même allée jusqu'à abandonner tout contrôle de la bonne foi

¹⁶⁷ Que l'on peut traduire par « La raison d'être de la loi cessant, cesse la loi elle-même », v. H. ROLAND et L. BOYER, *Adages du droit français*, 3^{ème} éd., Litec, 1992, n° 44, p. 86

¹⁶⁸ Trib. com. Paris, 17 oct. 2006, préc.

¹⁶⁹ Cass. Civ. 1^{ère}, 10 juillet 2007, *Grands arrêts*, t. 2, n° 164 ; Ass. Plén., 1^{er} décembre 1995, préc.

¹⁷⁰ S. VALORY, *op. cit.*, n° 809 et s., p. 457 et s.

¹⁷¹ Cass. Ass. Plén., 1^{er} décembre 1995, préc.

¹⁷² C. JAMIN, « Les apports au droit des contrats-cadre », *RTD com.* 1997. 19

¹⁷³ C. AUBERT DE VINCELLES, art. préc., n° 16, p. 2633

du consommateur, et a considéré que l'exercice de ce droit « ne peut être subordonn[é] aux circonstances de l'espèce »¹⁷⁴. Sans aller jusqu'à cette extrémité, on peut supposer que les juges, en matière de droit d'activation de la clause de *buy or sell* – qui peut s'apparenter de manière plus ou moins lointaine à un droit de préemption – se feront discrets dans leur contrôle, d'autant plus qu'il est traditionnellement professé que le juge ne doit pas s'immiscer dans la vie de la société.

2) Le contrôle renforcé de l'abus dans un contexte de groupe de contrats

120. Le contrôle par le juge de la mise en œuvre de manière non abusive d'un droit potestatif pourrait toutefois être réintroduit en matière de groupes de contrats. Comme l'a fait remarquer le Professeur Michel Cabrillac, on ne peut plus envisager le contrat comme un « continent superbement isolé » mais on doit désormais le considérer comme « l'île d'un archipel animé d'une vie collective »¹⁷⁵. En effet, de plus en plus, un contrat traduit une réalité économique dans laquelle baignent les différents éléments d'un groupe de contrats. La jurisprudence a progressivement pris en compte cette réalité économique, soit pour sauver de la nullité un contrat conclu en contrepartie d'un prix dérisoire, mais trouvant sa véritable contrepartie au sein de l'ensemble contractuel¹⁷⁶, soit pour constater que la résiliation d'un des contrats du groupe entraînait la caducité des autres contrats¹⁷⁷. Pour caractériser l'existence d'un ensemble contractuel indivisible, la liberté contractuelle peut jouer pleinement, soit pour affirmer expressément l'indivisibilité – ce qui peut être une précaution prudente (Cf. *infra*, n° 121) – soit au contraire pour dénier l'indivisibilité économique apparente, et ce de manière expresse ou tacite¹⁷⁸.

121. Selon M. Valory, l'indivisibilité dans un groupe de contrats peut provoquer la neutralisation d'un droit potestatif auquel l'un des contrats a donné naissance si son exercice se heurte à l'économie générale de l'ensemble du groupe de contrats¹⁷⁹. A l'appui de sa réflexion, cet auteur cite un arrêt dans lequel les magistrats de la Cour d'appel de Versailles ont rejeté les prétentions du bénéficiaire d'une « promesse de promesse de vente », qui se plaignait de l'absence de levée d'option, par une société intermédiaire,

¹⁷⁴ Cass. Civ. 2^{ème}, 7 mars 2006, *Bull. civ.* II, n° 63

¹⁷⁵ M. CABRILLAC, art. préc., p. 248

¹⁷⁶ Cass. Civ. 1^{ère}, 13 mai 2006, *RDC* 2007. 256, obs. D. MAZEAUD

¹⁷⁷ Cass. Com., 4 avril 1995, *D.* 1996. 141, note S. PIQUET

¹⁷⁸ Cass. Civ. 1^{ère}, 28 octobre 2010, *D.* 2011. 566, note D. MAZEAUD

¹⁷⁹ S. VALORY, *op. cit.*, n° 949 et s., p. 523 et s.

d'une promesse de vente portant sur des immeubles appartenant à une société cible qu'elle souhaitait acquérir, au motif notamment que les deux promesses de vente étaient « juridiquement autonomes »¹⁸⁰. En l'espèce, une société souhaitait acquérir les immeubles d'une société cible, mais ne pouvait se faire consentir une promesse de vente directement auprès de celle-ci. Est donc intervenu un tiers, lui-même bénéficiaire d'une promesse de vente sur les immeubles de la société cible. La société intéressée par l'acquisition a conclu avec ce tiers intermédiaire une promesse de vente sur les immeubles de la société cible, que le tiers se proposait d'acquérir en levant son option. Or, après avoir levé l'option dont il était titulaire, le tiers intermédiaire y a ensuite renoncé, en accord avec la société cible. La première société s'est alors plainte d'être dans l'incapacité d'acquérir les immeubles. La Cour d'appel, après avoir qualifié ce montage de « promesse de promesse », a rejeté ses prétentions en considérant que la promesse de vente souscrite par le tiers intermédiaire au bénéfice de la première société ne faisait aucune référence à l'option de vente dont était titulaire ce tiers sur les titres de la société cible, et que ces actes étaient donc « juridiquement autonomes, même s'ils [étaient] en fait liés ». Les juges du fond ont précisé qu'au jour de la conclusion de la promesse entre l'intermédiaire et la première société, les droits de cette dernière sur les immeubles de la société cible n'étaient pas encore nés, et qu'elle ne disposait pas de droit de créance à l'encontre du tiers intermédiaire. Par une lecture *a contrario* de cette décision, M. Valory suggère que, si l'existence d'un ensemble indivisible avait pu être établie, les prétentions de la première société auraient pu être reçues¹⁸¹. Autrement dit, dans l'hypothèse d'un ensemble contractuel indivisible, le droit potestatif dont est titulaire le tiers intermédiaire serait canalisé en raison de l'obligation pour le tiers d'exercer ce droit.

122. Une telle interprétation se trouve d'ailleurs confortée par un arrêt récent, rendu précisément en matière de clause de *buy or sell*¹⁸². Dans cette affaire, deux groupes d'actionnaires d'une société avaient conclu un pacte d'actionnaires comprenant une clause de *buy or sell*. Le groupe majoritaire avait par ailleurs conclu avec une autre société une promesse de vente sur la totalité des titres de la société, à savoir les siens propres et ceux du groupe minoritaire qu'il se proposait d'acquérir en faisant jouer la clause de *buy or sell*. L'examen des pourvois montre que la société non encore actionnaire avait donné son « accord pour que [les minoritaires] participent à l'opération telle que décrite au contrat

¹⁸⁰ Versailles, 20 mars 1992, *Bull. Joly*, juin 1992 n° 6, p. 647, note F. BENAC-SCHMIDT

¹⁸¹ S. VALORY, *op. cit.*, n° 949 et s., p. 523 et s.

¹⁸² Cass. Com., 28 avril 2009, préc.

d'acquisition ». L'indivisibilité entre, d'une part la convention de *buy or sell* conclue entre les deux groupes d'actionnaires, et d'autre part la promesse de vente conclue entre le groupe majoritaire et la société tierce, était ainsi expressément établie par la volonté des parties. Or la mise en œuvre de la clause de *buy or sell* par le groupe majoritaire n'a pas eu le résultat escompté, puisque les minoritaires, plutôt que de céder leurs titres, ont préféré l'autre branche de l'alternative, à savoir acquérir ceux des majoritaires. Ces derniers se sont donc trouvés dans l'impossibilité d'honorer leur promesse à l'égard de la société tierce. Celle-ci s'est alors plainte en justice. Les juges du fond l'avaient déboutée, au motif que la promesse de vente avait été conclue sous condition suspensive de l'acquisition par les promettants de la totalité des actions de la société, et que cette promesse n'avait plus d'objet dès lors que les promettants avaient finalement dû céder leur propre participation à leurs coassociés. La Cour de cassation a censuré cette décision, au motif que « la faute [des majoritaires] avait empêché l'accomplissement de la condition assortissant l'obligation dont ils étaient débiteurs et que celle-ci aurait dû en conséquence être réputée accomplie ». Certes, la Cour de cassation ne se place pas sur le terrain de la bonne foi ou de l'abus, mais elle contrôle néanmoins l'exercice du droit potestatif d'activation par les majoritaires. Plus précisément, la Cour de cassation contrôle non pas le principe de la mise en œuvre du droit d'activation, mais ses modalités, et notamment la fixation du prix par les majoritaires. Or il semble que ce soit précisément en raison de l'existence d'un ensemble contractuel qu'un tel contrôle ait été opéré, et une faute retenue en l'espèce, ce qui n'aurait pas été le cas si des tiers – acquéreurs potentiels – n'avaient pas été en cause. La thèse de M. Valory quant à la résurgence du contrôle de la potestativité en matière de groupe de contrats semble donc corroborée par cet arrêt.

B. Le débat quant à la durée de validité de l'exercice du droit d'option

123. L'une des affaires relatives à une clause de *buy or sell* ayant donné lieu à contentieux devant les juridictions françaises a soulevé le problème de la durée de validité des pactes d'actionnaires, question qui dépasse le seul champ de la clause de *buy or sell*¹⁸³. En l'espèce, une clause du pacte stipulait que « les dispositions du présent pacte s'appliqueront aussi longtemps que [les parties] ou leurs substitués demeureront ensemble

¹⁸³ Paris, 15 décembre 2006, préc.

actionnaires de la Compagnie méridionale de participation ou de la Compagnie méridionale financière ». Les parties avaient interprété cette clause de manière différente. En effet, l'une des parties a argué que la convention ne prévoyait pas de terme, qu'il s'agissait donc d'un contrat à durée indéterminée, dès lors librement résiliable unilatéralement. A l'inverse, son contractant faisait valoir que la convention avait pour limite temporelle la perte de la qualité d'associé par les parties. C'est d'ailleurs ce dernier argument qui avait emporté la conviction des premiers juges, lesquels avaient affirmé que la durée du pacte d'actionnaire n'était « pas limitée par une date précise, mais [était] soumise à une limite de fait : la qualité réciproque d'actionnaire »¹⁸⁴. La dénonciation unilatérale était donc privée d'effet. Cette solution, peut-être formulée de manière un peu trop générale, mais en l'espèce respectueuse de l'intention des parties, avait l'avantage de préserver la sécurité juridique et la force obligatoire des contrats. En outre, dans un contexte de droit des sociétés, elle avait pour effet d'assimiler statuts et pacte extra-statutaire dans un ensemble qui détermine l'équilibre des relations entre les actionnaires¹⁸⁵. Elle a pourtant été infirmée par les juges d'appel.

124. Certains auteurs s'étaient déjà prononcés en faveur de la qualification de contrat à durée indéterminée, à défaut de fixation d'une durée par les parties¹⁸⁶. De même, le Professeur Guyon écrivait que « le pacte conclu sans limitation de durée est réputé produire ses effets jusqu'à la liquidation de la société. Mais il peut être résilié à tout moment à condition de respecter un délai de préavis conforme aux usages et de ne pas agir de mauvaise foi ou à contretemps. En effet, même si la société est nécessairement constituée pour une durée déterminée, le fait qu'elle soit, le cas échéant, susceptible de prorogation sans l'accord du signataire de la convention rend celle-ci assimilable à un contrat à durée illimitée »¹⁸⁷. Dans cette mouvance, la Cour d'appel de Paris a considéré que « la perte, par l'un ou l'autre des cocontractants, de sa qualité d'actionnaire ne présente aucun caractère de certitude, quand bien même l'un ou l'autre peut-il à tout moment céder ses actions ; que la clause précitée ne fixe en tout cas aucun terme, même incertain quant à sa date de réalisation ». Elle en a alors tiré les conclusions qui s'imposaient : ce pacte, conclu pour une durée indéterminée, pouvait être résilié unilatéralement.

¹⁸⁴ Trib. com. Paris, 17 octobre 2006, préc.

¹⁸⁵ H. HOVASSE, « Validité, durée et mise en œuvre d'un pacte extra-statutaire d'exclusion », *Dr. sociétés* 2007, comm. 137

¹⁸⁶ A. CARVERIAT, A. COURET, B. ZABALA, *op. cit.*, n° 18672, p. 1141

¹⁸⁷ Y. GUYON, *Traité des contrats, Les sociétés, Aménagements statutaires et conventions entre associés*, 5^{ème} éd., LGDJ, 2002, n° 202, p. 310

125. Or comme l'ont fait remarquer certains commentateurs, cet arrêt méconnaît la nature des pactes d'actionnaires, notamment ceux comportant des clauses de sortie¹⁸⁸. En effet, l'intérêt des pactes d'actionnaires est précisément de permettre aux associés d'organiser les modalités de leur collaboration dans la société ; ces pactes sont donc fondés sur la qualité d'associé des parties. Lorsque les parties perdent cette qualité, le pacte n'a plus de raison d'être. Partant, une telle stipulation, aux termes de laquelle les parties ne s'obligent que tant qu'elles auront la qualité d'associés « apparaît presque superfétatoire »¹⁸⁹. D'ailleurs, la clause de style qui prévoit que « le pacte régit les relations d'actionnaires des parties dans la société » le montre bien. La perte de la qualité d'associés par les contractants prive le pacte de son objet, et devrait entraîner sa caducité. En outre, l'affirmation de la Cour d'appel selon laquelle « pour un contrat de société, l'arrivée du terme convenu n'est pas inéluctable ou encore une fatalité puisque les associés ont la possibilité, avant la date fatidique, d'en décider la prorogation » est dénuée de portée puisqu'en l'espèce, la clause litigieuse ne calquait pas la durée du pacte sur celle de la société, mais semblait la subordonner à la durée de la qualité d'associé.

126. La solution de la Cour d'appel est donc à plusieurs égards critiquable, d'autant plus, comme l'a fait remarquer un commentateur, que l'article 1157 du Code civil impose comme directive d'interprétation aux juges, en cas d'ambiguïté d'une stipulation, de l'interpréter de manière à ce qu'elle puisse produire effet, plutôt que de manière à la priver de tout effet créateur¹⁹⁰. Or la solution de la Cour d'appel revient précisément à vider la clause de sa substance, en autorisant chaque partie à la dénoncer de manière unilatérale, déniait par là même la volonté des parties qui s'étaient pourtant engagées pour toute la période pendant laquelle elles conserveraient la qualité d'associé. Pire encore, une telle solution constitue une sorte de prime à la mauvaise foi, en incitant à la violation du pacte d'actionnaires. Cette solution est d'autant plus étonnante qu'elle s'inscrit dans un contexte de contractualisation croissante du droit des sociétés (remise en cause des effets de la personnalité morale pour faire transparaître l'activité de ses membres, création de la SAS...)¹⁹¹. Or vouloir renforcer la contractualisation du droit des sociétés d'une part et dénier toute force obligatoire aux conventions ainsi conclues est à tout le moins paradoxal.

¹⁸⁸ P. LE CANNU, « Validation de la clause *buy or sell*, et durée des pactes d'actionnaires », *RTD com.* 2007. 169

¹⁸⁹ J. MOURY, « Remarques sur la qualification, quant à leur durée, des pactes d'associés », *D.* 2007. 2045, spéc. n° 9, p. 2047

¹⁹⁰ J. MOURY, art. préc., n° 11, p. 2048

¹⁹¹ Ch. HANNOUN, « Le droit des sociétés à l'épreuve de la modernité », in *Etudes à la mémoire du professeur Bruno Oppetit*, Litec, 2009, p. 309 et s.

Pour critiquable qu'elle soit, cette solution a pourtant reçu la bénédiction de la Cour de cassation dans un arrêt rendu le 6 novembre 2007¹⁹². On ne peut donc qu'inciter les parties à prévoir expressément un terme à leur clause de *buy or sell*, afin d'éviter toute incertitude quant à la durée pendant laquelle *Primus* peut exercer son droit d'activation.

II/ Les conditions d'efficacité du droit d'option

127. Après avoir étudié les conditions d'efficacité du droit d'activation conféré à chacune des parties, il convient d'envisager l'étape postérieure à l'exercice effectif de ce droit par *Primus*, à savoir l'exercice du droit d'option par *Secundus*, lequel doit également répondre à certaines conditions d'efficacité, tant sur le fond (A) que sur la forme (B).

A. Les conditions de fond

128. Le titulaire du droit d'option dans la clause de *buy or sell*, comme tout débiteur d'une obligation alternative, va exercer son choix entre les différentes branches de l'alternative par un acte unilatéral. A cet égard, un débat a pendant longtemps animé la doctrine quant au point de savoir si le débiteur est entièrement libre quant à son choix ou pas. Selon Mourlon, le choix du débiteur de l'obligation alternative n'avait pas pour effet de transformer en lui-même l'obligation alternative en une obligation pure et simple, cette transformation ne pouvant résulter que de l'acceptation par le créancier du choix ainsi opéré¹⁹³. Cette thèse avait également la préférence d'Aubry et Rau ou encore de Demolombe¹⁹⁴. A l'inverse, Laurent estimait que la seule manifestation unilatérale de volonté du débiteur était suffisante pour transformer l'obligation alternative en une obligation pure et simple¹⁹⁵. La jurisprudence a finalement tranché pour la seconde analyse, en décidant que « le choix de l'objet de l'obligation alternative est définitif dès

¹⁹² Cass. Com., 6 novembre 2007, *D.* 2009. 323, note J.-Cl. HALLOUIN et E. LAMAZEROLLES

¹⁹³ Fr. MOURLON, *Répétitions écrites sur le premier examen du Code Napoléon*, t. 2, éd. A. Maresq, Paris, 1852, p. 672

¹⁹⁴ AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français*, t. 4, 6^{ème} éd. par E. Bartin, Litec, 1942, p. 70 ; Ch. DEMOLOMBE, *op. cit.*, n° 51, p. 44

¹⁹⁵ F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, t. 17, 3^{ème} éd., A. Durand et Pedone-Lauriel, 1878, n° 219, p. 232

qu'il est fait par la partie à laquelle il appartient »¹⁹⁶. Elle a d'ailleurs ultérieurement renforcé sa position en précisant qu'il n'était pas même besoin que le débiteur notifie sa décision au créancier. On doit donc en déduire que la clause ne doit pas exiger une motivation du choix, ce qui a été expressément affirmé par la jurisprudence en matière d'obligations alternatives découlant de conventions collectives de travail, s'agissant de l'option laissée à un syndicat patronal entre la réintégration et le paiement d'une indemnité à un salarié quittant ses fonctions syndicales (le syndicat patronal n'ayant pas à justifier, avant de proposer valablement un reclassement dans le cadre local, d'une impossibilité matérielle absolue ni d'une cause particulière d'empêchement)¹⁹⁷. *A fortiori*, cette solution semble devoir prévaloir dans le cadre d'obligations alternatives conventionnelles.

129. D'ailleurs, un auteur répertorie les droits d'option parmi les droits discrétionnaires et affirme que « si l'hypothèse d'un abus ne peut être exclue, on conçoit mal que [les titulaires d'un droit d'option] puissent subir les conséquences d'un choix auquel, de toute façon, ils devaient procéder »¹⁹⁸. Certes, d'aucuns constatent la disparition progressive des « droits purement discrétionnaires », c'est-à-dire qui « échappent à toute application de la théorie de l'abus de droit et sont (...) exclusifs de toute action en responsabilité », et s'en félicitent¹⁹⁹. Toutefois, il serait difficilement concevable de reprocher au titulaire d'un droit potestatif d'option de tirer profit de cette situation avantageuse, dans la mesure où celle-ci a été voulue par les parties et rendue possible grâce à la potestativité. Si *Secundus* choisit une branche de l'alternative plutôt qu'une autre (vendre ses parts à *Primus* ou acheter les parts de *Primus*), c'est parce qu'il y trouve un intérêt, et on ne saurait lui reprocher ce choix légitime.

B. Les conditions de forme

130. L'exercice du droit d'option pose la question du délai dans lequel le choix doit intervenir et de la signification à accorder au silence. Classiquement, il est professé que le silence ne vaut pas acceptation, mais ce principe est de peu d'utilité en matière

¹⁹⁶ Cass. Civ. 1^{ère}, 3 juin 1966, *RTD civ.* 1967. 384, obs. CHEVALLIER

¹⁹⁷ Cass. Soc., 12 février 1975, *Bull. civ.* V, n° 67

¹⁹⁸ D. ROETS, « Les droits discrétionnaires : une catégorie juridique en voie de disparition ? », *D.* 1997. 92, spéc. p. 95

¹⁹⁹ A. BENABENT, « Le discrétionnaire », in *Etudes offertes au professeur Philippe Malinvaud*, Litec, 2007, p. 11 et s., spéc. p. 13

d'obligation alternative puisqu'il ne s'agit pas d'accepter mais de choisir. On ne peut attribuer une signification juridique au silence que si l'option vise une acceptation ou une renonciation ; or les acceptations et renonciations ne sont pas les seuls termes possibles du choix. Dans l'obligation alternative, il faudra écarter les solutions susmentionnées, car il est impossible d'admettre que l'abstention du bénéficiaire vaut épuisement du droit potestatif par suite du choix de l'une des branches de l'alternative²⁰⁰. Certes, la convention peut tout à fait accorder une certaine signification à l'abstention du titulaire du droit d'option. C'était par exemple le cas dans une affaire ayant donné lieu à un arrêt de la Cour d'appel de Paris le 8 juin 2010²⁰¹. En l'espèce, *Secundus* n'avait pas répondu à la proposition faite par *Primus* de lui vendre ses parts sociales, mais les parties avaient pris soin de stipuler dans leur clause de *buy or sell* que le défaut de réponse de *Secundus* dans un délai donné équivalait à un refus de la proposition initiale, et donc à un renversement de la situation avec l'obligation pour *Secundus* de vendre ses propres parts à *Primus*. Mais à défaut de prévision des parties, le silence du titulaire du droit d'option est problématique.

131. Plus précisément, se pose la question de savoir s'il est possible, passé un certain délai raisonnable, de contraindre *Secundus* à exercer son choix, ou s'il est possible de substituer le choix du juge ou de l'autre partie au choix qu'il refuse d'opérer. Dans le silence du Code civil, la Cour de cassation a reconnu que le créancier d'une obligation alternative peut saisir la justice afin d'obliger le débiteur au choix²⁰². Mais si ce moyen indirect de coercition reste sans effet, les juges ne disposent d'aucun moyen direct d'exécution forcée. En effet, il ne saurait être question d'autoriser le juge à se substituer aux parties pour exercer, en leur nom, une option qu'elles se sont réservées, ni autoriser le cocontractant, qui n'avait pas ce choix d'après la convention, à opérer le choix à la place de la partie défaillante²⁰³. Pourtant, certaines législations étrangères – droit allemand et droit suisse – ont prévu de vaincre la résistance abusive du débiteur d'une obligation alternative en transférant la faculté de choisir à son créancier. Cette solution avait d'ailleurs les faveurs de la doctrine classique et était notamment défendue par Demolombe²⁰⁴, ou encore Planiol et Ripert²⁰⁵. La solution de la Cour de cassation nous semble cependant devoir être approuvée, tant le choix à opérer repose sur des considérations éminemment

²⁰⁰ I. NAJJAR, *op. cit.* n° 293, p. 301

²⁰¹ Paris, 8 juin 2010, *Bull. Joly*, octobre 2010 n° 10, p. 824, note H. BARBIER

²⁰² Cass. Civ., 12 mai 1952, *JCP* 1952. II. 7276, note J.-Ch. LAURENT

²⁰³ Cass. Civ. 3^{ème}, 4 juillet 1968, *Bull. Civ.* III, n° 325

²⁰⁴ Ch. DEMOLOMBE, *op. cit.*, n° 39, p. 35

²⁰⁵ M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. 7, 2^{ème} éd. par P. Esmein, J. Radouant et G. Gabolde, Paris, LGDJ, 1954, n° 1049, p. 403

personnelles. Comme l'indique Mme Gébler, « un jugement ne peut servir de titre pour remplacer un acte aussi personnel que l'exercice d'une option. Les éléments subjectifs qui conditionnent le choix sont trop importants »²⁰⁶. Si *Secundus* tarde à choisir entre les deux branches de l'alternative que lui ouvre la clause de *buy or sell*, *Primus* ne saurait donc effectuer ce choix à sa place, tout au plus peut-il demander au juge de le contraindre à opérer un choix, le cas échéant sous astreinte. Dès lors que la clause de *buy or sell* remplit ces conditions de mise en œuvre, elle va être à même de produire des effets de droit qu'il convient désormais d'exposer.

Chapitre 2 : Les effets de la clause de *buy or sell*

132. L'effet essentiel de la mise en œuvre du droit potestatif d'activation de la clause de *buy or sell* est, non pas de créer directement le contrat définitif comme ce serait le cas s'il s'agissait d'une simple levée d'option, mais d'obliger l'autre partie à mettre en œuvre son droit d'option. C'est seulement après cette dernière opération qu'interviendra la cession des titres sociaux de l'une ou l'autre des parties, selon la branche de l'alternative qui aura été choisie. L'effet ultime de la clause de *buy or sell* est donc de procéder à un transfert de propriété de droits sociaux (I), qui irradie d'autant plus que le transfert de propriété ainsi réalisé est irrévocable et est opposable à tous (II).

I/ L'effet principal : le transfert de propriété des titres sociaux

133. Dans l'hypothèse d'une obligation alternative consistant à vendre tel bien ou tel autre – et par extrapolation, quand il s'agit de vendre ou d'acheter tel ou tel bien, comme c'est le cas en matière de clause *buy or sell* – se pose nécessairement la question du moment du transfert de propriété (A) et celle de la rétroactivité ou non de ce transfert de propriété (B).

²⁰⁶ M.-J. GÉBLER, art. préc., p. 27

A. Le moment du transfert de propriété

134. A la question du moment auquel opère le transfert de propriété, deux réponses sont *a priori* concevables. En premier lieu, on pourrait envisager que le créancier soit propriétaire des deux choses dès la naissance de l'obligation alternative ; l'option aurait alors pour effet de faire disparaître l'un des droits de propriété. Mais cette solution est doublement critiquable. De manière générale, ce serait transformer pendant trop longtemps l'obligation alternative en obligation conjonctive, cumulative. Le créancier pourrait disposer et jouir des deux choses en même temps, réserve faite des prérogatives inhérentes à la détention²⁰⁷. Aux auteurs classiques qui considéraient que l'acheteur sous alternative est propriétaire, Laurent répliquait « qu'on essaie donc de lui appliquer l'article 544 qui définit la propriété ! de quelle maison l'acheteur jouira-t-il ? il ne le sait. De quelle maison disposera-t-il ? il l'ignore. Il a donc un droit absolu dont il ne peut faire le moindre usage »²⁰⁸. Surtout, en ce qui concerne la clause de *buy or sell* en particulier, cette solution conduit à des résultats absurdes, sauf à considérer que chacune des parties est simultanément propriétaire des titres qu'elle détient actuellement en propre et de ceux actuellement détenus par son coassocié. L'intégralité des titres sociaux de l'un et de l'autre seraient ainsi concurremment détenus par les deux associés, ce qui dépasse l'entendement.

135. En second lieu, il pourrait donc être préférable de considérer que le créancier ne devient propriétaire que de la seule chose choisie par le débiteur. On peut d'ailleurs trouver une justification de cette solution chez Bigot de Prémeneu, qui affirmait qu'« il y a incertitude sur celle des choses qui sera délivrée au créancier et de cette incertitude il résulte qu'aucune propriété n'est transmise au créancier que par le paiement de l'une des choses. Jusqu'alors cette propriété reste sur la tête du débiteur »²⁰⁹. Transposée à l'obligation alternative particulière contenue dans la clause de *buy or sell*, cette solution signifierait que le transfert de propriété ne se produit pas immédiatement lors de l'activation de la clause par *Primus*, mais est au contraire retardé jusqu'à l'exercice de l'option par *Secundus*. En effet, dès que l'obligation alternative est née – c'est-à-dire, en matière de clause de *buy or sell*, dès l'activation de la clause par *Primus* – le transfert de

²⁰⁷ M.-J. GÉBLER, art. préc., p. 17

²⁰⁸ F. LAURENT, *op. cit.*, t. 17, n° 221, p. 234

²⁰⁹ J.-G. LOCRE, *op. cit.*, t. 12, n° 78, p. 344

propriété est certes acquis dans son principe ; toutefois, on ne sait alors pas encore quel bien va être transféré d'un patrimoine à un autre, puisque l'objet de l'obligation *in solutione* n'est pas encore déterminé (Cf. *supra*, n° 75). Ce n'est que lors du choix par *Secundus* entre les branches de l'alternative que le transfert de propriété a lieu.

B. La non-rétroactivité du transfert de propriété

136. Une fois acquis que le transfert de propriété se réalise par le choix opéré par le titulaire d'un droit d'option pour l'une des branches de l'alternative, encore faut-il savoir si le transfert de propriété est rétroactif ou non. La doctrine classique penchait plutôt pour l'effet rétroactif du transfert de propriété²¹⁰. Selon ces auteurs, l'exercice du droit d'option aurait non seulement pour effet de permettre le transfert de propriété paralysé jusqu'alors, mais aussi de modifier rétroactivement la situation antérieure, en considérant que seule la branche de l'alternative qui a finalement été choisie était due dès l'origine. Plusieurs justifications ont été avancées pour fonder une telle solution, notamment l'idée de condition suspensive ou encore le principe dit de concentration, développé par Saleilles, qui signifierait que « l'un des deux objets étant écarté ou devenu impossible, l'obligation se concentre sur l'autre et doit être considérée comme ayant toujours été pure et simple ; cela revient à dire que le choix a un effet rétroactif »²¹¹.

137. La jurisprudence n'a pas eu l'occasion de trancher la question. Les arguments avancés par la doctrine classique ne nous semblent pas particulièrement convaincants. D'autres auteurs ont fait valoir à leur encontre, d'une part que la condition ne peut pas porter sur un élément essentiel du contrat (en l'occurrence l'objet de la vente), et d'autre part que ce principe de concentration exprime peut-être la transformation que l'exercice de l'option fait subir à l'obligation alternative, mais n'explique pas pourquoi, dès l'origine, une seule chose était due²¹². Par ailleurs, en application de l'adage *prior tempore, potior jure*²¹³, les droits ne naissent qu'au jour de leur formation régulière²¹⁴. Une telle conception nous paraît préférable, d'autant plus qu'il serait absurde de retenir, dans le

²¹⁰ v. notamment Ch. DEMOLOMBE, *op. cit.*, n° 63, p. 52

²¹¹ R. SALEILLES, *Etude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de Code civil pour l'empire allemand*, 1890, n° 10, p. 10, cité par M.-J. GEBLER, art. préc., p. 20

²¹² M.-J. GÉBLER, art. préc., p. 20

²¹³ Que l'on peut traduire par « Premier en date, meilleur en droit », v. H. ROLAND et L. BOYER, *op. cit.*, n° 323, p. 679

²¹⁴ J. GHESTIN, M. BILLIAU et G. LOISEAU, *op. cit.*, n° 216, p. 234

contexte d'une cession de droits sociaux, que le transfert de propriété opère de manière rétroactive : comment pourrait-on admettre que l'un des deux associés soit rétroactivement privé de sa qualité d'associé, avec les conséquences que cela entraîne en termes de risque d'annulation d'assemblées générales notamment ? D'ailleurs, en matière de promesse unilatérale de contrat, il a toujours été admis que le bénéficiaire d'une promesse de vente, lorsqu'il lève l'option, devient propriétaire sans aucune rétroactivité²¹⁵. En effet, la promesse unilatérale de vente ne saurait être analysée comme étant le contrat définitif assorti d'une condition suspensive que l'option viendrait réaliser (Cf. *supra*, n° 34). Il faut donc considérer que lorsque *Secundus* opte pour l'une quelconque des branches de l'alternative, le transfert de propriété des titres – les siens ou ceux de *Primus* – n'est pas rétroactif et que la partie concernée ne devient propriétaire de ces titres qu'à compter du choix opéré par *Secundus*, et ce sans rétroactivité.

II/ L'effet irradiant de la clause de *buy or sell*

138. Les effets de la clause de *buy or sell*, et notamment son principal effet, à savoir un transfert de propriété des titres sociaux d'un associé à un autre, irradient de manière d'autant plus intense que le choix opéré par le titulaire du droit d'option est irrévocable (A) et que ses effets sont opposables à tous, cocontractant comme tiers (B).

A. L'irrévocabilité du choix

139. Dans le silence des textes, la jurisprudence s'est prononcée en faveur de l'irrévocabilité de l'exercice de l'option par son titulaire en matière d'obligation alternative. En d'autres termes, une fois que *Secundus* a choisi soit de vendre ses titres à *Primus*, soit d'acheter les titres de *Primus*, son choix est définitif et il ne peut plus revenir dessus. La Cour de cassation a posé expressément ce principe pour la première fois, semble-t-il, dans un arrêt en date du 3 juin 1966²¹⁶. La haute juridiction a affirmé, au visa de l'article 1189 du Code civil, que « le choix de l'objet de l'obligation alternative est

²¹⁵ H., L. et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, t. 3, vol. 2, 6^{ème} éd. par M. de Juglart, Montchrestien, 1984, n° 799 ; Fr. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 193, p. 202

²¹⁶ Cass. Civ. 1^{ère}, 3 juin 1966, préc.

définitif, dès qu'il est fait par la partie à laquelle il appartient ». L'arrêt d'appel par lequel les juges du fond avaient méconnu l'exercice irrévocable de l'option – opéré en l'espèce par le commandement adressé par le titulaire de l'option à son cocontractant – a donc été cassé.

140. Une telle solution met en lumière non seulement le caractère unilatéral et non formaliste de l'acte d'option (Cf. *supra*, n° 128 et s.), mais aussi son caractère irrévocable. La seconde caractéristique découle d'ailleurs de la première et en est une conséquence logique qui s'explique par des considérations de sécurité juridique : il serait dangereux d'affirmer d'un côté que l'exercice de l'option est purement unilatéral et produit instantanément effet, et de reconnaître d'un autre côté au titulaire de l'option la possibilité de revenir sur le choix qu'il a exercé. En effet, l'acte d'option de *Secundus* va opérer sur deux plans : d'une part il va transformer l'obligation alternative en obligation pure et simple, et d'autre part il va transférer la propriété des titres concernés, sans rétroactivité et sans formalisme particulier (Cf. *supra*, n° 136 et s.), notamment sans attendre l'exécution de la prestation et la livraison matérielle des titres. La jurisprudence prend ainsi le contrepied de la solution préconisée par MM. Planiol et Ripert, selon qui au contraire « le choix ne doit pouvoir être manifesté que par l'exécution même de l'une des prestations ou par des offres réelles suivies d'une consignation »²¹⁷. Mais ces illustres auteurs justifiaient leur solution par le fait que l' « alternative constitue une garantie de paiement », ce qui n'est plus exclusivement le cas de nos jours, et ce qui n'est certainement pas le cas de la clause de *buy or sell*, qui est avant tout un mécanisme de résolution des conflits entre associés ou l'instrument d'une opération spéculative. Il est désormais admis que les effets de l'obligation alternative transformée en obligation pure et simple sont acquis dès que le titulaire du droit d'option a exercé son choix. Or l'acte d'option a précisément pour conséquence de mettre fin à la situation d'indétermination qui régnait auparavant (Cf. *supra*, n° 68 et s.); il est donc inconcevable que ce même acte d'option puisse être attentatoire à la sécurité juridique en créant une nouvelle incertitude liée cette fois-ci à l'éventuel changement d'avis du titulaire du droit d'option. Le caractère définitif du choix est donc pleinement justifié.

141. D'ailleurs, ce caractère définitif et irrévocable peut être rattaché à l'article 1134 du Code civil : les actes unilatéraux, comme les contrats, ont un caractère obligatoire qui

²¹⁷ M. PLANIOL et G. RIPERT, *op. cit.*, n° 1049, p. 356

postule leur irrévocabilité²¹⁸. De ce fondement il est d'ailleurs possible de tirer une exception à l'irrévocabilité de l'acte d'option : l'hypothèse où celui-ci serait frappé de nullité, notamment en raison d'un vice du consentement. Toutefois, la jurisprudence est à cet égard très exigeante en matière de cession de titres sociaux. Au titre de l'erreur, l'exigence civiliste d'une erreur sur la substance se traduit, en matière de cession de parts sociales ou d'actions, par l'exigence que la cession n'ait eu pour objet que le transfert, à l'insu des cessionnaires, « d'une société déjà privée de son actif et dans l'impossibilité manifeste de réaliser son objet social, de poursuivre son activité économique et donc d'avoir une rentabilité »²¹⁹. En effet, la qualité substantielle des parts sociales et actions est l'aptitude de ces titres à conférer à leur titulaire les droits reconnus à l'associé. La simple erreur sur la valeur des droits sociaux n'est pas une erreur sur les qualités substantielles de ces titres. L'erreur doit en outre, traditionnellement, avoir été déterminante du consentement et être excusable. Or sur ce dernier point également, la jurisprudence commerciale est particulièrement sévère, dans la mesure où le cessionnaire de titres sociaux a l'obligation de se renseigner et doit réclamer ou se procurer tous les documents sociaux disponibles afin de procéder à sa propre évaluation à partir des comptes certifiés. En matière de clause de *buy or sell*, on peut supposer que la jurisprudence sera d'autant plus stricte que la partie qui serait conduite à invoquer une erreur avait nécessairement d'ores et déjà la qualité d'associé de la société et donc disposait d'un certain nombre d'informations concernant la situation de celle-ci. Le dol en matière de cession de titres sociaux est également apprécié de manière stricte par la jurisprudence, laquelle exige que soit rapportée la preuve de l'intention frauduleuse du cocontractant²²⁰, élément par nature difficile à prouver. L'engagement souscrit en vertu d'une clause de *buy or sell* sera donc difficilement révocable. En outre, les effets de cet engagement sont opposables à tous.

B. L'opposabilité erga omnes

142. Le cocontractant du titulaire du droit d'option, *Primus*, est bien entendu le premier concerné par le choix que va opérer *Secundus* entre les deux branches de l'alternative : acheter les titres de *Primus*, ou vendre ses titres à *Primus*. Mais, au-delà du

²¹⁸ D. VEAUX, *J.-Cl. Civil Code*, Art. 1189 à 1196, n° 58

²¹⁹ Cass. Com., 7 février 1995, *Bull. Joly*, mai 1995 n°5, p. 407, note A. COURET ; M. CAFFIN-MOI, *Cession de droits sociaux et droit des contrats*, Economica, 2009, n° 58 et s., p. 49 et s.

²²⁰ Cass. Com., 27 janvier 2009, *Dr. sociétés* 2009, comm. n° 109, par M.-L. COQUELET

cercle des parties, des tiers sont susceptibles d'être concernés de manière indirecte par l'issue de la clause de *buy or sell*, par exemple s'ils ont eux-mêmes des vues sur les titres de *Primus* ou sur ceux de *Secundus*, dans la mesure où la mise en œuvre de la clause n'a pas pour but exclusif d'organiser le « divorce »²²¹ des associés, mais peut constituer une opération purement spéculative, avec une revente des titres à terme. L'unique arrêt rendu à ce jour par la Cour de cassation en matière de clause de *buy or sell* traite d'ailleurs de cette problématique²²². En l'espèce, *Primus* avait conclu avec une société tierce une promesse unilatérale de vente portant sur l'ensemble des titres de la société, sous condition suspensive d'acquiescer l'intégralité des titres de son coassocié, condition qu'il pensait pouvoir voir s'accomplir en mettant en œuvre la convention de *buy or sell* qu'il avait conclue avec *Secundus*. Or *Secundus*, déjouant les plans de *Primus*, avait décidé non pas de vendre ses propres titres à ce dernier, mais de racheter ceux de *Primus*. Ultérieurement, *Secundus* avait lui-même trouvé un tiers acquéreur pour ces titres, réalisant au passage une jolie plus-value. Dans cette affaire, la société tierce bénéficiaire de la promesse de vente consentie par *Primus* s'est retrouvée flouée, puisqu'elle a été dans l'incapacité d'acquiescer les titres qui lui avaient été promis par *Primus* et qui n'appartenaient plus à celui-ci. Dans une telle situation, c'est sur le terrain du droit commun des contrats que le problème a vocation à être réglé, et notamment sur celui de la sanction de la violation d'une promesse unilatérale, question hautement controversée en doctrine depuis l'arrêt précité du 15 décembre 1993²²³. L'émergence d'un contentieux relatif à la clause de *buy or sell* pourrait être une occasion pour la Cour de cassation de revoir sa position sur des questions au cœur du droit des contrats telles que la rétractation par le promettant de sa promesse.

*

²²¹ J.-M. JONET et M. EVRARD, *op. cit.*

²²² Cass. Com., 28 avril 2009, préc.

²²³ Cass. Civ. 3^{ème}, 15 décembre 1993, préc.

Conclusion

143. L'étude de la clause de *buy or sell* a révélé que cette convention, issue de la pratique anglo-saxonne des affaires, peut trouver dans notre Code civil un terrain fertile à son déploiement. Cette convention, qui peut se décomposer en une succession de droits potestatifs – un droit potestatif d'activation et un droit potestatif d'option – nous conduit à recourir à des figures civilistes quelque peu délaissées, voire poussiéreuses, telles que l'obligation alternative. C'est le signe de la remarquable souplesse et de la faculté d'adaptation du Code civil de 1804, à l'heure où l'on s'interroge sur une révision du droit des obligations. Dans cette perspective, la clause de *buy or sell* n'est qu'une illustration supplémentaire des « créations récentes de la pratique commerciale »²²⁴ qui assurent que « le contrat survivra, quitte à se transformer pour s'adapter »²²⁵. En effet, le constat, dressé par MM. Marty et Raynaud, de l'exagération fréquente de la crise du contrat est toujours d'actualité, quoiqu'il s'agisse aujourd'hui d'une autre prétendue crise du droit des contrats. A la soi-disant crise du contrat résultant, dans les années 1960, des théories dirigistes socialisantes, mais consistant en réalité seulement en une remise en cause du fondement de l'autonomie de la volonté²²⁶, a succédé une nouvelle remise en cause du droit des contrats à travers la doctrine solidariste²²⁷. Cette mouvance doctrinale veut penser le contrat autrement et propose un nouvel ordre contractuel qui conduirait à une mutation du contrat. Or, pas plus à l'aube du XXI^{ème} siècle qu'à la fin de la seconde guerre mondiale, n'assiste-t-on à une mutation du droit des contrats ; il s'agit davantage d'une diversification du droit des contrats, phénomène mis en exergue par M. Libchaber à propos notamment de l'émergence d'une nouvelle catégorie de contrats : les contrats d'intérêt commun²²⁸. Un tel mouvement de diversification fait suite et prolonge la découverte par M. Didier de la catégorie des contrats-organisation, dont le parangon est le contrat de société²²⁹. La clause de *buy or sell* est donc un exemple supplémentaire de la

²²⁴ M. CABRILLAC, *op. cit.*, p. 234

²²⁵ G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil, Les obligations, le régime*, 2^{ème} éd., Paris, Sirey, 1989, n° 53

²²⁶ H. BATIFFOL, « La "crise du contrat" et sa portée », *Archives de philosophie du droit*, t. 13, 1968, p. 13 et s.

²²⁷ C. JAMIN, « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », in *Etudes offertes à J. Ghestin, Le contrat au début du XXI^{ème} siècle*, LGDJ, 2001, p. 441 et s. ; C. JAMIN et D. MAZEAUD (dir.), *La nouvelle crise du contrat*, Dalloz, coll. Thèmes & commentaires, 2003 ; D. MAZEAUD, « Loyauté, solidarité, fraternité, la nouvelle devise contractuelle ? », in *Mélanges F. Terré*, 1999, p. 603 et s.

²²⁸ R. LIBCHABER, « Réflexions sur les effets du contrat », in *Mélanges J.-L. Aubert*, Dalloz 2005, p. 211 et s., spéc. n° 21, p. 229

²²⁹ P. DIDIER, « Brèves notes sur le contrat-organisation », in *Mélanges F. Terré*, 1999, p. 635 et s.

diversification du droit des contrats, face à laquelle on ne doit pas rester désarmé, mais qui doit au contraire nous conduire à puiser dans les catégories classiques du droit des contrats, quitte à leur donner un nouveau souffle et à les moderniser. On ne peut que se ranger à l'opinion du Professeur Michel Cabrillac lorsqu'il affirmait il y a une trentaine d'années déjà « que la crise du contrat ait été quelque peu exagérée, le monde des affaires continue de l'attester, dont les animateurs, exploitant le principe de la liberté contractuelle et en démontrant par là la vigueur, ne se lassent pas de forger des conventions inédites »²³⁰.

*

²³⁰ M. CABRILLAC, *op. cit.*, n° 2, p. 235

Bibliographie

I. Ouvrages généraux, traités, cours et manuels

A. Ouvrages généraux

P.-A. CARON DE BEAUMARCHAIS, *Le Mariage de Figaro*, acte III, scène 15, *Théâtre complet*, Gallimard, coll. Bibliothèque de la Pléiade, 1973

E. KANT, *Observations concernant le Sentiment du Beau et du Sublime*, 1764

B. Ouvrages juridiques

Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, 5^{ème} éd., PUF, coll. Quadrige, 1996

Ch. AUBRY et Fr.-Ch. RAU, *Cours de droit civil français*, t. 4, 6^{ème} éd. par E. Bartin, Litec, 1942

H. CAPITANT, F. TERRE, Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. 2, 12^{ème} éd., Dalloz, 2008

J. CARBONNIER, *Droit civil, les biens et les obligations*, 21^{ème} éd., PUF, coll. Themis, 1998

A. CARVERIAT, A. COURET, B. ZABALA, *Sociétés commerciales*, 41^{ème} éd., F. Lefebvre, Memento pratique, 2010

G. CORNU, *Droit civil, Introduction au droit*, 13^{ème} éd., Montchrestien, coll. Domat droit privé, 2007

M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, 23^{ème} éd., Litec, 2010

Ch. DEMOLOMBE, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, t.3, vol. 26, Imprimerie générale, Coll. Cours de code Napoléon, Paris 1876-1882

P. DIDIER, *Droit commercial, L'entreprise en société, Les groupes de sociétés*, 3^{ème} éd., PUF, coll. Thémis

A.-M.-J.-J. DUPIN, *Œuvres de Pothier*, t. 1, éd. Ch. Béchét, 1835

A. DURANTON, *Cours de droit français suivant le Code civil*, t. 16, éd. A. Gobelet, 1833

M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations, Contrat et engagement unilatéral*, 2^{ème} éd., PUF, coll. Thémis, 2010

L. FAVOREU et L. PHILIP, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 3^{ème} éd., Dalloz, 2005

- J. GHESTIN, M. BILLIAU et G. LOISEAU, *Le régime des créances et des dettes*, LGDJ, 2005
- Y. GUYON, *Droit des affaires, Droit commercial général et sociétés*, 11^{ème} éd., Economica, 2001
- Y. GUYON, *Traité des contrats, Les sociétés, Aménagements statutaires et conventions entre associés*, 5^{ème} éd., LGDJ, 2002
- L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, t. 2, 3^{ème} éd., Sirey, Paris, 1932-1933
- L. LAROMBIERE, *Théorie et pratique des obligations ou Commentaire des titres III et IV livre III du Code Napoléon, art. 1101 à 1386*, t. 1, éd. G. Pedone-Lauriel, 1885
- F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, t. 17, 3^{ème} éd., A. Durand et Pedone-Lauriel, 1878
- J-Ph. LEVY et A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, 1^{ère} éd., Dalloz, coll. Précis, 2002
- J.-G. LOCRE, *La législation... de la France*, t. 12, éd. Treuttel et Würtz, 1827-32
- Ph. MALAURIE, L. AYNES et P.-Y. GAUTIER, *Les contrats spéciaux*, 4^{ème} éd., Defrénois, coll. Droit civil, 2009
- G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil, Les obligations, le régime*, 2^{ème} éd., Paris, Sirey, 1989
- H., L. et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, t. 2, vol. 1, 9^{ème} éd. par F. Chabas, Montchrestien, 1998
- H., et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, t. 3, vol. 2, 6^{ème} éd. par M. de Juglart, Montchrestien, 1984
- Fr. MOURLON, *Répétitions écrites sur le premier examen du Code Napoléon*, t. 2, éd. A. Maresq, Paris, 1852
- Fr. MOURLON, *Répétitions écrites sur le deuxième examen du Code Napoléon*, t. 2, éd. A. Maresq, Paris, 1855
- J.-M. MOUSSERON, P. MOUSSERON, J. RAYNARD et J.-B. SEUBE, *Technique contractuelle*, 3^{ème} éd., F. Lefebvre, 2005
- M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. 7, 2^{ème} éd. par P. Esmein, J. Radouant et G. Gabolde, LGDJ, 1954
- R.-J. POTHIER, *Traité des obligations*, par Bugnet, 1861
- H. ROLAND et L. BOYER, *Adages du droit français*, 3^{ème} éd., Litec, 1992

F. SUDRE *et alii*, *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, 3^{ème} éd., PUF, coll. Thémis, 2005, n° 64, p. 632

Fr. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 10^{ème} éd., Dalloz, coll. Précis, 2009, n°195, p. 205

II. Ouvrages spéciaux, thèses, monographies

A. BAYDOUN, *L'obligation alternative*, thèse Paris II, 2005

A. BENABENT, *La chance et le droit*, préface J. Carbonnier, thèse Paris, LGDJ, 1973

E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, préface G. Cornu, thèse Paris II, Economica, 1985

V. GISCARD, *De l'obligation alternative en droit romain*, thèse Dijon, 1888

I. HEWITT, *Joint ventures*, London: Sweet & Maxwell, 2005

C. JAMIN et D. MAZEAUD (dir.), *La nouvelle crise du contrat*, Dalloz, coll. Thèmes & commentaires, 2003

C. JAMIN et D. MAZEAUD (dir.), *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, Economica, coll. Etudes juridiques, 1999

J.-M. JONET et M. EVRARD, *Joint ventures : des noces au divorce*, Larcier, 2006

I. NAJAR, *Le droit d'option, contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, préface P. Raynaud, thèse Paris, LGDJ, 1967

S. PRAT, *Les pactes d'actionnaires relatifs au transfert de valeurs mobilières*, préface A. Viandier, thèse Paris V, Litec, 1992

I. SAUGET, *Le droit de retrait de l'associé*, thèse Paris X, 1991

S. VALORY, *La potestativité dans les rapports contractuels*, préface J. Mestre, thèse Aix-Marseille III, PUAM, 1999

III. Articles

P. ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD civ.* 1999. 771

C. AUBERT DE VINCELLES, « Pour une généralisation, encadrée, de l'abus dans la fixation du prix », *D.* 2006. 2629

H. BATIFFOL, « La "crise du contrat" et sa portée », *Archives de philosophie du droit*, t. 13, 1968, p. 13 et s.

- A. BENABENT, « Le discrétionnaire », in *Etudes offertes au professeur Philippe Malinvaud*, Litec, 2007, p. 11 et s.
- L. BINEAU, « Les obligations alternatives en droit privé », *LPA*, 06 juin 2002, n° 113, p. 9 et s.
- L. BOYER, « Les promesses synallagmatiques de vente, contribution à l'étude des avant-contrats », *RTD civ.* 1949. 1
- M. CABRILLAC, « Remarques sur la théorie générale du contrat et les créations récentes de la pratique commerciale », in *Mélanges dédiés à Gabriel Marty*, DL 1978, n° 3, p. 236 et s.
- A. CAGINALLP, « *Practical aspects of negotiations leading to the termination of a joint venture* », *Newsletter no. 10 – Institute of International Business Law and practice (ICC)*, 1993, p. 84 et s., spéc. p. 86
- J. COSTANTINI, « L'offre alternative croisée, voie de sortie d'une filiale commune », *RDAl* 1997 n°4, p. 419 et s.
- A. COURET et T. JACOMET, « Les pièges des pactes d'actionnaires : questions récurrentes et interrogations à partir de la jurisprudence récente », *RJDA*, 01/10/2008, n° 20 et s., p. 951 et s.
- P. DIDIER, « Brèves notes sur le contrat-organisation », in *Mélanges F. Terré*, 1999, p. 635 et s.
- B. DONDERO, « De la condition potestative licite », *RTD civ.* 2007. 677
- W. DROSS, « L'introuvable nullité des conditions potestatives », *RTD civ.* 2007. 701
- M. FABRE-MAGNAN, « L'obligation de motivation », in *Etudes offertes à J. Ghestin, Le contrat au début du XXI^{ème} siècle*, LGDJ, 2001, p. 302 et s.
- B. FERON, « Les conventions d'actionnaires après la loi du 13 avril 1995 », *Revue de droit commercial belge*, 01/08/1996, p. 678 et s.
- D. GALLOIS-COCHET et F. COCHET, « La clause de cession forcée dans le pacte d'actionnaires liant des salariés », *Actes pratiques et ingénierie sociétaire 2008*, dossier n° 16, p. 75 et s.
- P.-Y. GAUTIER, « Vers une nouvelle forme de garantie contractuelle : la renaissance des obligations facultatives », *RDC* 2004. 543
- M.-J. GEBLER, « Les obligations alternatives », *RTD civ.* 1969. 1
- J. GHESTIN, « La notion de condition potestative au sens de l'article 1174 du Code civil », in *Etudes dédiées à Alex Weill*, Litec, 1983, p. 243 et s.
- J. GHESTIN, « Le juste et l'utile », *D.* 1982. 1

- S. GJIDARA, « Le déclin de la potestativité dans le droit des contrats : le glissement jurisprudentiel de l'article 1174 à l'article 1178 », *LPA* 21 juin 2000, p. 4 et s. et 22 juin 2000, p. 4 et s.
- Ch. HANNOUN, « Le droit des sociétés à l'épreuve de la modernité », in *Etudes à la mémoire du professeur Bruno Oppetit*, Litec, 2009, p. 309 et s.
- M.-L. IZORCHE, « Contrats conditionnels et définitifs », *RTD com.* 1998. 521
- C. JAMIN, « Les apports au droit des contrats-cadre », *RTD com.* 1997. 19
- C. JAMIN, « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », in *Etudes offertes à J. Ghestin, Le contrat au début du XXI^{ème} siècle*, LGDJ, 2001, p. 441 et s.
- H. KELSEN, « La théorie juridique de la convention », *Archives de philosophie du droit*, 1940, p. 33 et s.
- I. KRIMMER, « La clause de rachat », *JCP E* 1993. I. 223
- D. LAMETHE, « La procédure de séparation des partenaires d'une filiale commune », *Gaz. Pal.*, 1978. II. Doctr. 549
- H. LE NABASQUE *et alii*, « Les clauses de sortie dans les pactes d'actionnaires », *Dr. Sociétés, Actes pratiques*, 1992/5, p. 2 et s.
- R. LIBCHABER, « Réflexions sur les effets du contrat », in *Mélanges J.-L. Aubert*, Dalloz 2005, p. 211 et s.
- D. MARCHETEAU et L. CHAMMAS, « Clauses utilisées dans le cadre d'un LBO », *JCP E* 2008. I. 35
- D. MAZEAUD, « Loyauté, solidarité, fraternité, la nouvelle devise contractuelle ? », in *Mélanges F. Terré*, Dalloz, 1999, p. 603 et s.
- H. MAZEAUD, « Essai de classification des obligations », *RTD civ.* 1936. 2
- L. MOSSER, « La prévision en droit des sociétés », *Gaz. Pal.*, 30 décembre 2010 n°364, p. 29 et s.
- J. MOURY, « Menaces sur les promesses unilatérales de vente et d'achat croisées », *D.* 2006. 2793
- G. PARLEANI, « Les pactes d'actionnaires », *Rev. Sociétés* 1991. 1
- F.-D. POITRINAL, « L'exécution forcée en nature en matière de promesse de cession d'actions », *Bull. Joly*, janvier 1995 n° 1, p. 21 et s.
- D. PORACCHIA et L. MELRAND, « LBO (Acquisition avec effet de levier) », *Répertoire de droit des sociétés, Dalloz encyclopédie*, décembre 2010, n° 47

J. PRIEUR, « Les PME et le capital-risque », *Bull. Joly*, octobre 1998 n°10, p. 1033 et s.

J. ROCHFELD, « Les droits potestatifs accordés par le contrat », in *Etudes offertes à J. Ghestin, Le contrat au début du XXI ème siècle*, LGDJ, 2001, p. 747 et s.

D. ROETS, « Les droits discrétionnaires : une catégorie juridique en voie de disparition ? », *D.* 1997. 92

S. SCHILLER et H. DIENER, « Les clauses d'offre alternative », *Dr. Sociétés, Actes pratiques*, 2002/9, p. 32 et s.

E. THALLER, « De l'attraction exercée par le Code civil et par ses méthodes sur le Droit commercial », *Le code civil, Livre du centenaire*, Paris, 1904, p. 225 et s.

J.-J. UETTWILLER et Ch.-E. PRIEUR, « Comment organiser efficacement la liberté contractuelle statutaire de la SAS ? », *Revue Lamy droit des affaires*, 2003, n° 57 et s.

S. VALORY, « Autonomie et potestativité du pacte de préférence », *Droit et patrimoine*, 01/12/2001, n° 99, p. 38 et s.

D. VEAUX, *J.-Cl. Civil Code*, Art. 1189 à 1196

X., « Notes – joint ventures corporations : drafting the corporate papers », *Harvard Law Review*, 1964, p. 393 et s.

IV. Notes de jurisprudence

Cass. Req., 14 mai 1806, *S.* 1806. I. 244

Cass. Req., 7 janvier 1925, *DH* 1925, p.57, *Grands arrêts*, t. 2, n° 260

Cass. Civ., 8 novembre 1950, *S.* 1951. I. 125, note G. CORNU

Cass. Civ., 12 mai 1952, *JCP* 1952. II. 7276, note J.-Ch. LAURENT

Cass. Civ. 1^{ère}, 17 juin 1963, *JCP* 1963. II. 13313, note R. L.

Cass. Com., 20 novembre 1963, *Bull. civ.* IV, n° 492

Cass. Civ. 1^{ère}, 3 juin 1966, *RTD civ.* 1967. 384, obs. CHEVALLIER

Cass. Civ. 3^{ème}, 4 juillet 1968, *Bull. Civ.* III, n° 325

Cass. Soc., 12 février 1975, *Bull. civ.* V, n° 67

Cons. const., 16 janvier 1982, *JO*, 17 janvier 1982, p. 299, L. FAVOREU et L. PHILIP, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 3^{ème} éd., Dalloz, 2005, n° 28

CEDH, arrêt *Sporrong et Lönnroth c/ Suède*, 23 septembre 1982, série A, n° 52, F. SUDRE *et alii*, *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, 3^{ème} éd., PUF, coll. Thémis, 2005, n° 64, p. 632

Cass. Com., 20 mai 1986, *Rev. sociétés* 1986. 657, obs. D. RANDOUX

Versailles, 20 mars 1992, *Bull. Joly*, juin 1992 n° 6, p. 647, note F. BENAC-SCHMIDT

Cass. Civ. 3^{ème}, 15 décembre 1993, *D.* 1994. 507 note F. BENAC-SCHMIDT, somm. com. p. 230, obs. O. TOURNAFOND, *D.* 1995, somm. com. p.87, obs. L. AYNES, *Deffrénois* 1994, art. 35845, n° 61, p. 795, obs. Ph. DELEBECQUE, *JCP* 1995. II. 22366 note D. MAZEAUD, *RTD civ.* 1994. 588, obs. J. MESTRE

Cass. Com., 7 février 1995, *Bull. Joly*, mai 1995 n°5, p. 407, note A. COURET

Cass. Com., 4 avril 1995, *D.* 1996. 141, note S. PIQUET

Cass. Ass. Plén., 1^{er} décembre 1995 (4 arrêts), *Grands arrêts*, t. 2, n° 152-155

Cass. Com., 12 mars 1996, *Bull. civ. IV*, n° 86, p. 71

Cass. Com., 10 mars 1998, *Revue de droit bancaire et de la bourse*, 1998, p. 63, n°66, obs. M. GERMAIN et M.-A. FRISON-ROCHE

Cass. Civ. 1^{ère}, 13 octobre 1998, *Grands arrêts*, t. 2, n° 180

Paris, 21 décembre 2001, SA Banque de V. c/ Sté MGP Finance, *Bull. Joly*, avril 2002 n°4, p. 509, note H. LE NABASQUE, *RDC* 2003. 165, obs. F.-X. LUCAS

Cass. Civ. 1^{ère}, 12 mai 2004, *RDC* 2004. 925, obs. D. MAZEAUD

Cass. Com., 16 novembre 2004, *RTD com.* 2005. 111, obs. Cl. CHAMPAUD et D. DANET

Cass. Com., 7 décembre 2004, *D.* 2005. 2392, note Ph. DELEBECQUE, *RTD civ.* 2005. 782, note J. MESTRE et B. FAGES

Cass. Com., 22 février 2005, *Rev. sociétés* 2005. 593, obs. H. LE NABASQUE

Cass. Com., 8 mars 2005, *D.* 2005. 839, note A. LIENHARD

Cass. Civ. 2^{ème}, 7 mars 2006, *Bull. civ. II*, n° 63

Cass. Civ. 1^{ère}, 13 mai 2006, *RDC* 2007. 256, obs. D. MAZEAUD

Cass. Com., 16 mai 2006, *Deffrénois* 2006, art. 38433, n° 43, p. 1220, obs. R. LIBCHABER

Trib. com. Paris, 17 octobre 2006, *Bull. Joly*, janvier 2007 n° 1, p. 72, note F.-X. LUCAS, *Dr. sociétés* 2007, comm. n° 137, par H. HOVASSE, *RTD com.* 2007. 169, obs. P. LE CANNU

Paris, 15 décembre 2006, *Bull. Joly*, avril 2007 n° 4, p. 479, note F.-X. LUCAS, *D.* 2007. 2045, note J. MOURY, *D.* 2008. 1024, note B. DONDERO, *RTD com.* 2007. 169, obs. P. LE CANNU

Cass. Civ. 3^{ème}, 31 janv. 2007 et Civ. 3^{ème}, 14 févr. 2007, R. LIBCHABER, *Defrénois* 2007, art. 38624, p. 1048

Cass. Civ. 1^{ère}, 10 juillet 2007, *Grands arrêts*, t. 2, n° 164

Cass. Com., 6 novembre 2007, *D.* 2009. 323, note J.-Cl. HALLOUIN et E. LAMAZEROLLES

Cass. Com., 27 janvier 2009, *Dr. sociétés* 2009, comm. n° 109, par M.-L. COQUELET

Cass. Com., 3 mars 2009, *Bull. Joly*, juin 2009 n°6, p. 583, note F.-X. LUCAS

Cass. Com., 28 avril 2009, *Defrénois* 2009, art. 39040, p. 2324, obs. R. LIBCHABER, *Dr. sociétés* 2009, comm. n° 136, par H. HOVASSE, *RTD civ.* 2009. 525, obs. B. FAGES

Paris, 8 juin 2010, *Bull. Joly*, octobre 2010 n° 10, p. 824, note H. BARBIER

Cass. Civ. 3^{ème}, 8 septembre 2010, *Defrénois* 2010, art. 39170, p. 2123, obs. L. AYNES

Cass. Civ. 3^{ème}, 22 septembre 2010, *RLDC* 2010, n°73, p.12, obs. A. PAULIN

Cass. Civ. 1^{ère}, 28 octobre 2010, *D.* 2011. 566, note D. MAZEAUD

Table des matières

Introduction	p. 1
Première partie : La qualification de la clause de <i>buy or sell</i>	p. 8
Chapitre 1 : Le vêtement proposé	p. 9
I/ La description doctrinale : des promesses croisées.....	p. 9
II/ La précision jurisprudentielle : des promesses croisées sous condition suspensive	p. 10
Chapitre 2 : Un vêtement imparfait	p. 12
I/ L'ambigüité de la notion de promesses croisées.....	p. 12
A. L'ambigüité terminologique	p. 12
B. L'ambigüité conceptuelle.....	p. 13
II/ La vanité du recours à la condition suspensive.....	p. 15
A. La confusion entre condition suspensive et levée d'option	p. 16
B. L'incohérence quant au régime de la condition suspensive.....	p. 17
Titre II : Un enchevêtrement de deux droits potestatifs : un vêtement sur mesure	p. 18
Chapitre 1 : Au stade du déclenchement : un droit potestatif d'activation de la clause	p. 20
I/ L'objet du droit potestatif : un pouvoir direct sur une situation juridique	p. 20
A. Analyse théorique de l'objet du droit potestatif	p. 21
B. Analyse concrète de l'objet de la clause de <i>buy or sell</i>	p. 22
II/ L'élément caractéristique du droit potestatif : l'élément de sujétion.....	p. 23
A. Analyse théorique de l'élément de sujétion dans les droits potestatifs	p. 23
B. Analyse concrète de l'élément de sujétion dans la clause de <i>buy or sell</i>	p. 24
Chapitre 2 : Au stade du dénouement : un droit potestatif d'option	p. 25
I/ La description classique de l'obligation alternative.....	p. 25
A. La dualité	p. 27

1) Obligation alternative et option de procédure	p. 27
2) Obligation alternative, obligation conjonctive et obligation facultative .	p. 27
B. L'indétermination	p. 30
II/ La description renouvelée de l'obligation alternative.....	p. 31
A. L'existence d'une alternative quant à l'objet de la prestation	p. 32
B. L'existence d'une alternative quant à la qualité des parties	p. 33
Deuxième partie : Le régime de la clause de <i>buy or sell</i>	p. 36
Titre I : La validité de la clause de <i>buy or sell</i>	p. 36
Chapitre 1 : Les conditions de validité du droit d'activation	p. 36
I/ Le débat sur la détermination du prix	p. 37
A. L'inutilité de la détermination initiale du prix.....	p. 37
B. L'utilité de l'indétermination initiale du prix	p. 39
II/ Le débat sur la détermination des conditions de mise en œuvre	p. 42
A. Les griefs inopérants.....	p. 43
1) Le grief de condition potestative	p. 43
2) Le grief de l'exclusion d'un associé.....	p. 45
B. La solution opératoire	p. 46
Chapitre 2 : Les conditions de validité du droit d'option	p. 48
I/ Les conditions quant au contenu du droit d'option.....	p. 48
A. La cause de l'obligation alternative.....	p. 49
B. L'objet de l'obligation alternative	p. 49
II/ Les conditions quant au titulaire du droit d'option.....	p. 51
A. L'identification du titulaire du droit d'option.....	p. 52
B. La non-potestativité du choix du titulaire du droit d'option.....	p. 53
Titre II : La mise en œuvre de la clause de <i>buy or sell</i>	p. 54
Chapitre 1 : Les conditions d'efficacité de la clause de <i>buy or sell</i>	p. 55
I/ Les conditions d'efficacité du droit potestatif d'activation.....	p. 55
A. Le contrôle de l'abus dans l'exercice du droit d'activation.....	p. 55
1) Le contrôle limité de l'abus dans l'exercice du droit d'activation.....	p. 55
2) Le contrôle renforcé de l'abus dans un contexte de groupe de contrats .	p. 58
B. Le débat quant à la durée de validité de l'exercice du droit d'option.....	p. 60

II/ Les conditions d'efficacité du droit d'option.....	p. 63
A. Les conditions de fond.....	p. 63
B. Les conditions de forme.....	p. 64
Chapitre 2 : Les effets de la clause de <i>buy or sell</i>	p. 66
I/ L'effet principal : le transfert de propriété des titres sociaux	p. 66
A. Le moment du transfert de propriété	p. 67
B. La non-rétroactivité du transfert de propriété	p. 68
II/ L'effet irradiant de la clause de <i>buy or sell</i>	p. 69
A. L'irrévocabilité du choix	p. 69
B. L'opposabilité <i>erga omnes</i>	p. 71
Conclusion	p. 73
Bibliographie	p. 75
Table des matières	p. 83