

UNIVERSITE ROBERT SCHUMAN
FACULTE DE DROIT, DE SCIENCES POLITIQUES ET DE GESTION

DEA DE DROIT DES AFFAIRES

Carla MESSI

L'EXECUTION FORCEE
DES PACTES D'ACTIONNAIRES

Sous la direction de Monsieur le Professeur Nicolas RONTCHEVSKY

PRINCIPALES ABREVIATIONS

Art	article
BRDA	Bulletin rapide de droit des affaires
Bull civ.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambres civiles
Bull Joly	Bulletin mensuel Joly
CA	arrêt d'une cour d'appel
Civ.	arrêt d'une chambre civile de la Cour de cassation
Com.	arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation
Comm.	commentaire
D	Recueil Dalloz
Dr. Sociétés	Droit des sociétés
DH	Dalloz Hebdomadaire
EFE	Edition Formation Entreprise
GP	Gazette du palais
<i>Infra</i>	ci-dessous
IR	informations rapides
JCP	Jurisqueuseur périodique (semaine juridique), édition générale
JCP E	Jurisqueuseur périodique (semaine juridique), édition entreprise
JCP N	Jurisqueuseur périodique (semaine juridique), édition notariale
JO	Journal officiel de la République française (lois et règlements)
LMBO	Leverage Management Buy Out
Obs	Observations
<i>Op.cit.</i>	opere citato (ouvrage cité)
p.	page
pan.	Panorama d'actualité (rubrique du Recueil Dalloz)
PUAM	Presses universitaires d'Aix-Marseille
RDB et fin.	Revue de droit bancaire et financier
Rev. sociétés	Revue des sociétés
RJDA	Revue de jurisprudence de droit des affaires
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD com.	Revue trimestrielle de droit commercial
S	Recueil Sirey
Som.	Sommaires commentés
<i>Supra</i>	ci-dessus
T. Com	tribunal de commerce

SOMMAIRE

TITRE 1

L'EFFICACITE RELATIVE DES PACTES D'ACTIONNAIRES

CHAPITRE 1. LA QUALIFICATION DES OBLIGATIONS CONTENUES DANS LES PACTES D'ACTIONNAIRES

SECTION 1. La classification des obligations

SECTION 2. La sanction de la violation de ces obligations et l'article 1142 du Code civil

CHAPITRE 2. LES PROCÉDÉS TENDANT À ASSURER L'EXÉCUTION DES PACTES D'ACTIONNAIRES

SECTION 1. L'exécution forcée directe

SECTION 2. Des mécanismes indirectes tendant à l'exécution en nature des obligations
contenues dans le pacte

TITRE 2

LES OBSTACLES A L'EXECUTION FORCÉE DES PACTES D'ACTIONNAIRES

CHAPITRE 1. LES OBSTACLES TENANT AU DROIT DES OBLIGATIONS

SECTION 1. L'absence de rencontre des volontés

SECTION 2. L'opposabilité du pacte à l'égard du tiers fonction de son comportement

SECTION 3. La recherche de l'opposabilité du pacte par la publicité

CHAPITRE 2. LES OBSTACLES TENANT AU DROIT DES SOCIETES

SECTION 1. Le principe de l'intangibilité des délibérations sociales, obstacle à l'exécution
forcée des conventions de vote

SECTION 2. L'*affectio societatis*, obstacle à l'exécution forcée des promesses d'achats

INTRODUCTION

Depuis quelques années on assiste à un renouveau contractuel du droit français des sociétés¹. En effet, les statuts font appel à une réglementation quelque peu rigide ce qui a amené la pratique à chercher des palliatifs, adaptés aux besoins de l'entreprise, et susceptibles d'offrir une plus grande flexibilité dans l'organisation et le fonctionnement des sociétés. Les statuts ne sont donc plus l'unique source des relations sociétaires.

Ce besoin de souplesse a également été reconnu par le législateur, qui, en 1994², a consacré avec la société par action simplifiée (SAS) une formule à caractère contractuel. La loi admet la possibilité d'importants aménagements dans les statuts de la SAS, on pouvait donc se demander si la raison d'être même des pactes d'actionnaires n'était pas remise en cause. En effet, l'organisation et le fonctionnement de la SAS relèvent des statuts, c'est-à-dire de la seule volonté commune des associés ; de plus ces derniers peuvent dans une large mesure, aménager comme ils l'entendent les conditions de leur entrée et de leur sortie de la société. Le choix de la SAS permet donc de ne pas avoir recours à des pactes d'actionnaires dès lors que les clauses particulières envisagées doivent lier tous les associés et ne nécessitent pas une certaine confidentialité. Cependant, la SAS présente aussi des limites dont la principale est qu'elle ne peut faire publiquement appel à l'épargne³. Les pactes d'actionnaires conservent donc une grande partie de leur importance car les accords entre actionnaires sont nombreux dans les sociétés cotées.

Les pactes d'actionnaires restent l'une des solutions retenues par les praticiens pour organiser au sein d'une société les relations entre tout ou partie des actionnaires. Les pactes peuvent être définis comme étant des conventions, cela désigne souvent des opérations ayant une certaine solennité qui, en général, établissent un ordre durable ou engageant gravement l'avenir⁴. Les pactes sous-entendent une idée de discrétion, contrairement aux statuts qui sont déposés au greffe du tribunal de commerce du siège social de la société et qui sont accessibles à tous.

¹ Y. Guyon, *Traité des contrats. Les sociétés, aménagements statutaires et conventions entre associés*, L.G.D.J., 1997, p.7 et s.

² Loi n° 94-1 du 1^{er} janvier 1994.

³ Article L.227-2 du Code de commerce « *La société par actions simplifiée ne peut faire publiquement appel à l'épargne* ».

⁴ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Quadrige/PUF, 4^{ème} éd.

Il faut toutefois apporter une nuance, s'agissant de la confidentialité des pactes d'actionnaires dans les sociétés cotées. En effet, toute clause d'une convention prévoyant des conditions préférentielles de cession ou d'acquisition d'actions admises sur un marché réglementé doit être transmise à l'Autorité des marchés financiers qui en assure la publicité et ce en vertu de l'article L. 233-11 du Code de commerce⁵. A défaut de transmission, les effets de cette clause sont suspendus, et les parties déliées de leurs engagements en période d'offre publique. En vertu du principe de transparence, les pactes doivent être révélés au public dès leur conclusion⁶. Le terme « pacte » peut aussi avoir une connotation péjorative, il désigne des accords dont la validité est douteuse (pactes sur succession future, pactes avec le diable). Cet aspect du terme pacte, se retrouve dans les pactes d'actionnaires, car on se demande pourquoi les intéressés ont recours à une convention extra-statutaire pour régler des relations qui devraient plus normalement être régies par les statuts. Comme cela a déjà été dit, c'est sans doute la discrétion et la souplesse des pactes qui font leur succès. Ces pactes sont le plus souvent conclus entre associés et plus spécialement encore entre actionnaires, car c'est dans les sociétés anonymes que la rigidité de la réglementation invite surtout à se tourner vers la liberté qu'offre cette technique contractuelle. On les rencontre également dans les sociétés en commandite par actions et dans les SAS, mais moins fréquemment dans les sociétés à responsabilité limitée (SARL) où ils se limitent alors à certains types de clauses.

La question de la validité des pactes d'actionnaires s'est rapidement posée. La loi ne consacre pas la validité des pactes d'actionnaires, mais elle tient compte de leur existence pour leur faire

⁵ Article L. 233 -11 du Code de commerce «*Toute clause d'une convention prévoyant des conditions préférentielles de cession ou d'acquisition d'actions admises aux négociations sur un marché réglementé portant sur au moins 0,5% du capital ou des droits de vote de la société qui a émis ces actions doit être transmise dans un délai de cinq jours de bourse à compter de la signature de la convention ou de l'avenant introduisant la clause concernée, à la société et à l'Autorité des marchés financiers. A défaut de transmission, les effets de cette clause sont suspendus, et les parties déliées de leurs engagements, en période d'offre publique. La société et l'Autorité des marchés financiers doivent également être informées de la date à laquelle la clause prend fin.*

Les clauses des conventions conclues avant la date de publication de la loi n°2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques qui n'ont pas été transmises au Conseil des marchés financiers à cette date doivent lui être transmises, dans les mêmes conditions et avec les mêmes effets que ceux mentionnés au premier alinéa, dans un délai de six mois.

Les informations mentionnées aux alinéas précédents sont portées à la connaissance du public dans les conditions fixées par le règlement général de l'Autorité des marchés financiers ».

⁶ J.-J Daigre, F. Basdevant, D. Bompont, *Les pactes d'actionnaires dans les sociétés cotées*, Actes Pratiques, juil-août 2002, p. 5.

produire certains effets⁷. Tout d'abord, les pactes d'actionnaires relèvent du principe de la liberté contractuelle consacré par l'article 1134 du Code civil. Cependant la liberté des signataires n'est pas absolue. Les pactes ont une nature bivalente⁸. Les pactes d'actionnaires sont des contrats, puisqu'ils sont des accords de volonté en vue de produire des effets de droit : ils sont donc soumis au respect des règles régissant la formation des contrats édictées par le Code civil. L'article 1108 du Code civil fixe quatre conditions essentielles pour la validité d'une convention :

- le consentement de la partie qui s'oblige,
- sa capacité de contracter,
- un objet certain qui forme la matière de l'engagement,
- une cause licite dans l'obligation.

Les contrats entre associés doivent donc respecter ces conditions.

A côté de ces règles classiques du droit des contrats, les pactes d'actionnaires sont également soumis à des règles plus spécifiques comme la prohibition des pactes sur succession future prévue à l'article 1130 alinéa deux du Code civil⁹. La jurisprudence a appliqué ces principes aux promesses de vente et a conclu à la nullité des promesses de vente dont l'option ne pouvait être levée qu'après le décès du promettant ; le critère retenu pour la nullité et la requalification en pacte sur succession future étant la volonté du promettant de ne pas se lier personnellement et de ne vouloir lier que les héritiers¹⁰. Ont également été assimilés à des pactes sur succession future prohibés, les conventions portant sur un bien qui ne figure pas au moment de l'acte dans le patrimoine du débiteur¹¹. Cependant, il est possible de considérer qu'une stipulation de promesse de cession d'actions à un autre actionnaire en cas de décès du cédant ne mériterait pas

⁷ Voir l'article L. 233-3 du Code de commerce définissant le contrôle, l'article L. 233-10 définissant l'action de concert, l'article L. 233-7 sur les franchissements de seuil, l'article L. 233-11 sur l'information des marchés financiers.

⁸ M. Henry et G. Bouillet-Cordonnier, *Pactes d'actionnaires et privilèges statutaires*, Editions EFE, 2003, n°211.

⁹ Article 1130 alinéa deux du Code civil « *on ne peut faire aucune stipulation sur une succession non ouverte même avec le consentement de celui de la succession duquel il s'agit* ».

¹⁰ Cass. Ch. Requêtes, 4 déc. 1935, S. 1936.1, p.47.

¹¹ Cass. Civ. 20 mai 1967, JCP 1967, II, 15297.

cette qualification, et serait considérée comme une promesse *post mortem*¹² valable dès lors qu'elle serait déterminée dans son objet et dans son prix¹³.

Concernant la durée des pactes d'actionnaires, les parties ont intérêt à fixer une durée au pacte. En effet, à défaut, celui-ci sera à durée indéterminée de sorte que chaque partie pourra le résilier à tout moment, sous réserve de respecter un préavis raisonnable. Il a cependant déjà été considéré qu'un pacte d'actionnaires conclu sans durée précise, l'est en réalité pour la durée de la société et ne constitue donc pas un engagement illimité¹⁴.

Par ailleurs, les pactes d'actionnaires se caractérisent aussi par leur objet qui touche soit au fonctionnement de la société dont les co-contractants sont membres, soit à l'exercice de leurs droits sociaux. A ce titre, ils doivent respecter les dispositions légales impératives du droit des sociétés, et plus généralement l'ordre public propre au droit des sociétés, lequel tend notamment à protéger l'ordre social. Les pactes d'actionnaires peuvent être librement conclus sous réserve de respecter les règles impératives du droit des sociétés. Ainsi, il serait difficilement concevable que les associés puissent faire dans les pactes ce qui leur est interdit de faire dans les statuts. Les pactes d'actionnaires doivent aussi respecter la primauté des statuts. Il n'est pas concevable qu'un simple accord entre associés puisse porter atteinte aux statuts¹⁵. L'« *impérialisme statutaire* »¹⁶ se manifeste à la fois par l'existence d'un domaine réservé aux statuts, ce qui signifie que parfois l'accord de volonté des associés ne peut être localisé que dans les documents statutaires, et par une emprise des stipulations statutaires sur les conventions extérieures. La question de la sanction d'un pacte d'actionnaires contenant une disposition contraire aux statuts s'est posée. Toute clause d'une convention extra-statutaire contraire aux statuts est nulle¹⁷. Il faut donc tenir compte de l'ordre public statutaire.

Comme nous l'avons vu, le législateur, bien qu'il n'en consacre pas la validité, mentionne de plus en plus souvent l'existence d'accords entre actionnaires. C'est notamment le cas de la loi du 3 janvier 1985 sur les comptes consolidés (L. 1966, art. 357-1), de celle du 12 juillet 1985

¹²M. Henry et G. Bouillet-Cordonnier, *op. cit.* note 8, « *Les pactes post mortem peuvent être définis comme étant des stipulations par lesquelles les parties ont voulu retarder au décès, non pas la naissance du droit mais seulement son exigibilité* ».

¹³ Lamy *sociétés commerciales*, 2003, n°3197, p. 1404.

¹⁴ CA Angers, 1^{re} ch. A, 20 sept. 1988, Cointreau c/ Cointreau, *Bull. Joly*, 1988, p. 850.

¹⁵ J.-P. Storck, *La validité des conventions extra-statutaires*, D. 1989, chron., p.267.

¹⁶ D. Velardocchio-Florès, *Les accords extra-statutaires entre associés*, PUAM, 1993, n°58.

¹⁷ J.-P. Storck, *op. cit.* note 15, p. 268.

(art. 355-1) sur la définition du contrôle majoritaire et de celle du 2 août 1989 (art. 356-1-3) sur l'action de concert.

Les pactes d'actionnaires ont des objectifs divers, comme la stabilisation du capital ou la transmission d'une entreprise, d'où leur importance capitale dans la vie des sociétés par actions. La première fonction des pactes d'actionnaires est d'assurer la stabilité du contrôle en limitant la transmission des titres à une sphère d'actionnaires déterminée. Le pacte vise alors à préserver les actionnaires contre les agressions.

Ces accords permettent ainsi, tantôt de renforcer, avec une plus grande liberté, que les statuts ne le permettraient, la protection des intérêts convergents de certains actionnaires ; tantôt de réaliser un certain équilibre entre les intérêts cette fois divergents d'actionnaires aux situations très différentes : partenaires financiers, tels que des sociétés de capital-risque, soucieux de se voir garantir une faculté de sortie à l'expiration d'une période de temps déterminée ; actionnaires majoritaires souhaitant se prémunir contre l'entrée dans le capital d'un concurrent ou d'un partenaire indésirable, et voir conforter leur contrôle sur la gestion de la société. Quant aux actionnaires minoritaires, l'objectif serait plutôt de voir s'accroître leur droit d'information ou leurs prérogatives financières.

Bien que le contenu des pactes soit variable, il est possible d'en dresser une typologie générale, en distinguant trois catégories de clauses : les clauses relatives à la gestion de la société, les clauses relatives à la composition de son actionnariat et les clauses relatives à la sortie d'un actionnaire. Au sein du pacte, les actionnaires ne pourront prendre que des engagements inhérents à leur qualité d'actionnaires. Ils peuvent accorder des droits de préférence ou de priorité lorsqu'ils envisagent de céder leurs titres, et ce au travers des pactes de préférence ou des clauses de préemption¹⁸. Ils peuvent aussi, s'engager à céder ou à racheter des titres en certaines circonstances définies dans le pacte au travers notamment de promesses unilatérales de vente ou d'achat. Les clauses relatives à la gestion de la société, les plus courantes concernent le droit de vote. Elles prévoient par exemple, un accord unanime ou un droit de veto pour des décisions importantes limitativement énumérées. Quelquefois, les pactes

¹⁸ M. Henry et G. Bouillet-Cordonnier, *op. cit.* note 8.

sont moins contraignants et contiennent seulement des promesses de porte-fort de certains actionnaires envers les autres sur la réalisation de tel ou tel objectif¹⁹.

En revanche, les actionnaires, mêmes majoritaires et dirigeants, ne peuvent engager la société, personne morale indépendante. Les pactes n'ont d'effet qu'entre les parties conformément au principe de l'effet relatif des contrats, et sont donc inopposables à la société si elle n'est pas partie à la convention. Cela signifie donc que les pactes sont opposables à leurs signataires mais non aux tiers.

Toutefois, s'agissant des nouveaux actionnaires, le pacte inclut souvent une clause de ratification par laquelle les signataires stipulent que tout nouvel actionnaire, par exemple par l'effet d'une cession devra adhérer au pacte. Les pactes se distinguent encore des statuts sur ce point : la publication des statuts les rend opposables aux tiers.

Le problème majeur que rencontrent les pactes d'actionnaires est celui de leur effectivité. Celle-ci peut être lourdement diminuée lorsque l'un des signataires n'exécute pas son obligation. La violation d'un pacte d'actionnaires par l'un de ses signataires peut donner lieu à sanction. Cependant, cette sanction n'est souvent que très relative et ne répond pas toujours aux attentes que les signataires placent dans cet accord. La violation consiste, en effet, la plupart du temps en l'inobservation d'une obligation de faire ou de ne pas faire, la sanction de principe étant l'octroi de dommages et intérêts, selon les dispositions de l'article 1142 du Code civil²⁰. Ce sont donc particulièrement les dispositions des pactes d'actionnaires contenant des obligations de faire et de ne pas faire qui suscitent le plus de difficultés.

Les parties au pacte d'actionnaires peuvent prévoir dans le contrat, un certain nombre de sanctions qui s'appliqueront en cas d'inexécution. Ces clauses instituent des contraintes financières ou non, ayant pour objet de dissuader l'autre partie de violer l'accord. Ces clauses peuvent être des clauses pénales, des clauses résolutoires²¹, des astreintes conventionnelles²² ou des clauses de sortie de la société²³.

¹⁹ Article 1120 du Code civil « *On peut se porter-fort pour un tiers, en promettant le fait de celui-ci, sauf l'indemnité contre celui qui s'est porté-fort ou qui a promis de faire ratifier, si le tiers refuse de tenir l'engagement* ».

²⁰ Article 1142 du Code civil « *Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts, en cas d'inexécution de la part du débiteur* ».

²¹ *Protection des minoritaires et Sociétés commerciales ne faisant pas APE*, Editions Francis Lefebvre. 2001, n° 40250.

C'est généralement concernant les pactes de préférence et les promesses unilatérales de vente ou d'achat qu'est insérée une clause pénale dans le pacte. Le mécanisme de la clause pénale est prévu à l'article 1226 du Code civil²⁴. La clause pénale peut être définie comme étant une clause comminatoire en vertu de laquelle un contractant s'engage en cas d'inexécution de son obligation principale (ou en cas de retard dans l'exécution) à verser à l'autre à titre de dommages et intérêts une somme forfaitaire - en général très supérieure au préjudice réel subi par le créancier - qui en principe ne peut être ni modérée ni augmentée par le juge sauf si elle est manifestement excessive²⁵. Si les praticiens hésitent parfois à ajouter une clause pénale dans un pacte d'actionnaires, c'est justement parce que celle-ci peut être réduite par le juge en vertu de l'article 1152 alinéa deux du Code civil²⁶.

Le recours à un gestionnaire du pacte est un autre moyen d'assurer conventionnellement l'exécution du pacte²⁷. Le gestionnaire peut être un mandataire ou un tiers-séquestre. Les parties au pacte confèreront à l'intermédiaire habilité la mission de n'accepter que des ordres de mouvement autorisés en vertu des dispositions du pacte.

Il est intéressant de s'interroger sur le point de savoir si les pactes d'actionnaires ne peuvent pas faire l'objet d'une exécution forcée afin d'assurer leur effectivité. L'exécution forcée est définie comme étant l'exécution d'une convention ou d'un jugement imposée au débiteur sur sa personne ou sur ses biens par le ministère d'un officier public compétent, et au besoin, de la force armée, en observant les formalités prescrites par la loi²⁸.

La possibilité d'exécution forcée est limitée par le principe posé à l'article 1142 du Code civil. Les tribunaux seront donc plus enclins à prononcer l'octroi de dommages et intérêts, avec le cas échéant, la résolution du pacte, plutôt que l'exécution forcée. Ces limites à l'exécution forcée des pactes d'actionnaires résultent de certaines dispositions du droit des obligations dont notamment l'opposabilité du contrat. Ces limites résultent également du droit des sociétés.

²² *Protection des minoritaires et Sociétés commerciales ne faisant pas APE*, op. cit. note 21, n° 40270, « Les parties au pacte d'actionnaires peuvent s'engager à exécuter leur obligation sous astreinte d'une somme à verser pour chaque jour de retard ».

²³ *Protection des minoritaires et Sociétés commerciales ne faisant pas APE*, op. cit. note 21, n° 40290, « Les parties au pacte peuvent organiser un droit de sortie de la société pour l'actionnaire victime d'une violation du pacte ».

²⁴ Article 1226 du Code civil « La clause pénale est celle par laquelle une personne, pour assurer l'exécution d'une convention, s'engage à quelque chose en cas d'inexécution ».

²⁵ G. Cornu, op. cit. note 4, p.646.

²⁶ Article 1152 alinéa deux du Code civil « Néanmoins, le juge peut, même d'office, modérer ou augmenter la peine, qui avait été convenue, si elle est manifestement excessive ou dérisoire. Toute stipulation contraire sera réputée non écrite. ».

²⁷ H. Le Nabasque, *L'exécution forcée des pactes d'actionnaires*, Droit des sociétés, Actes Pratiques, 1994, n°14, p 2.

²⁸ G. Cornu, op. cit. note 4, p. 370.

Il s'agit donc d'analyser dans un premier temps, l'efficacité relative des pactes d'actionnaires (Titre 1), avant d'étudier par la suite à l'exécution forcée des pactes d'actionnaires (Titre 2).

TITRE 1.

L'EFFICACITE RELATIVE DES PACTES D'ACTIONNAIRES

L'efficacité d'un pacte d'actionnaires est fonction de ses dispositions. En effet, selon l'obligation qu'il contient son exécution sera plus ou moins efficace. La première tâche consiste donc à mener une analyse typologique des pactes d'actionnaires. Cependant il faut bien garder à l'esprit que s'il existe une certaine permanence dans les éléments dont ils sont composés, les combinaisons qu'il est possible de réaliser sont dépendantes de l'imagination de leurs créateurs.

Après avoir qualifié la ou les obligations contenues dans le pacte (Chapitre 1), il conviendra d'examiner les divers procédés tendant à assurer l'exécution des pactes d'actionnaires (Chapitre 2).

Les développements qui suivent seront divisés en deux chapitres :

Chapitre 1 : La qualification des obligations contenues dans les pactes d'actionnaires

Chapitre 2 : Les procédés tendant à assurer l'exécution des pactes d'actionnaires

CHAPITRE 1. LA QUALIFICATION DE L'OBLIGATION CONTENUE DANS LES PACTES D'ACTIONNAIRES

Les pactes d'actionnaires reposent en réalité sur des techniques juridiques classiques. La plupart d'entre eux créent des obligations de faire, de ne pas faire ou de donner (Section 1). Après avoir examiné ces obligations, il sera nécessaire d'analyser la sanction de leur violation et cela au regard de l'article 1142 du Code civil (Section 2).

Section 1. La classification des obligations

L'obligation peut être définie comme un lien de droit entre deux personnes, en vertu duquel l'une d'elles, appelée créancier, peut astreindre l'autre, le débiteur, à accomplir à son profit telle ou telle prestation, celle-ci pouvant être, selon les cas, constituée par une dation (*dare*), une prestation (*facere*) ou une abstention (*non facere*)²⁹.

Pour qu'il y ait une obligation de quelque nature que ce soit, il faut qu'il existe un lien de droit entre deux personnes permettant à l'une d'exiger de l'autre un service, une prestation.

Les obligations peuvent être très variées et cela du fait qu'elles sont le résultat de la diversité des rapports inter-personnels. Cependant, les obligations font l'objet de multiples classifications, nécessaires à leur clarté et à l'établissement de leur régime. Les classifications actuellement en usage, en doctrine et en jurisprudence, sont issues de dispositions du Code civil.

Ainsi, les articles 1136 à 1145 du Code civil sont consacrés à la distinction des obligations de donner, de faire et de ne pas faire. Il existe d'autres modèles de classification des obligations : les obligations contractuelles, délictuelles, quasi-délictuelles et légales. Au regard de la spécificité des pactes d'actionnaires, il semble plus pertinent de se référer à la distinction des obligations selon qu'elles soient des obligations de donner (Paragraphe 1), de faire (Paragraphe 2) et de ne pas faire (Paragraphe 3). Ces trois types d'obligations seront donc analysées successivement, en en précisant pour chacune des catégories, la définition et le domaine d'application dans les pactes d'actionnaires.

²⁹ Ph. Simler, *Juris-Classeur*, civil, 1993, art. 1136 à 1145.

§ 1. L'obligation de donner

L'obligation de donner peut se définir comme étant celle d'effectuer une dation, c'est-à-dire d'opérer le transfert de la propriété d'une chose³⁰. A première vue, l'obligation de délivrance née de la vente peut sembler relever du domaine des obligations de donner, susceptibles d'une exécution en nature.

Cependant, la doctrine contemporaine dénie toute existence à l'obligation de donner, il est souvent considéré qu'elle n'existe jamais seule et qu'elle est toujours dépendante d'une obligation préalable de faire³¹. En effet, lorsque le transfert de propriété résulte conformément à l'article 1138 du Code civil, du seul échange des consentements, tout problème d'exécution, s'agissant de ce transfert se trouve supprimé et c'est en cela qu'il est possible de discuter l'existence réelle de l'obligation de donner.

Si le transfert du droit de propriété s'opère instantanément, il ne peut naître aucune obligation de transférer ce même droit, car celui-ci appartient déjà à l'autre partie. Il n'est requis aucune intervention du débiteur. Le transfert du droit n'est donc pas l'objet d'une obligation.

La portée de l'obligation de donner se trouve donc réduite aux hypothèses dans lesquelles le transfert de propriété constitue l'objet même de l'obligation ; il en est ainsi lorsque le transfert est exceptionnellement retardé, soit du fait de la nature des choses, soit du fait de la volonté des parties³².

En revanche, seule subsiste une obligation de livrer, ce qui est l'hypothèse type de l'obligation de faire.

Pour certains auteurs, la promesse de vente emporte, non pas une obligation de faire comme cela sera vu *infra*, mais une obligation de donner. Cette obligation de donner résulte du fait que ces promesses tendent à préparer une cession à venir³³ ; en effet le promettant aurait déjà consenti à la vente en consentant à la promesse ce qui fait qu'il consent à une obligation de donner.

Du point de vue de la portée de l'obligation, les obligations de donner sont toujours des obligations de résultat ; en cas d'inexécution le créancier n'a à prouver que le fait du non-transfert de la propriété et non une faute du débiteur.

³⁰ Ph. Simler, *op. cit.* note 29, n°8.

³¹ Ph. Simler, *op. cit.* note 29, n°15; C. de Saint Alary-Houin, *Réflexions sur le transfert différé de la propriété immobilière*, in Mélanges Raynaud, 1985, p.733, n°25.

³² Ph. Simler, *op. cit.* note 29, n°19.

³³ S. Prat, *Les pactes d'actionnaires relatifs au transfert de valeurs mobilières*, Litec, 1992.

§ 2. L'obligation de faire

Il convient, tout d'abord, de définir ce qu'est une obligation de faire (A), et d'analyser ensuite les techniques juridiques utilisées dans les pactes d'actionnaires qui correspondent à des obligations de faire. Ces différentes techniques pouvant constituer des obligations de faire sont des promesses unilatérales de vente ou d'achat (B), mais on peut également y classer la catégorie des pactes de préférence (C). Les promesses unilatérales de vente et les pactes de préférence créent un droit potestatif d'option, c'est-à-dire un droit qui offre à son titulaire le pouvoir de transformer unilatéralement une situation juridique mettant en cause les intérêts d'autrui par une simple manifestation de volonté.

Par ailleurs, les conventions de vote contiennent également des obligations de faire et même de ne pas faire : une étude approfondie leur sera consacrée *infra*.

A. Définition de l'obligation de faire

L'obligation de faire se définit comme étant un acte positif, c'est-à-dire une prestation que le débiteur est tenu d'accomplir³⁴.

B. La promesse unilatérale de vente ou d'achat, des obligations de faire

La promesse unilatérale de vente ou d'achat est un avant-contrat ayant pour objet la création d'un droit d'option au profit du bénéficiaire. Ce sont des contrats unilatéraux qui préparent une vente³⁵. Dans ces contrats, le promettant s'engage à vendre ou à acheter un bien à un bénéficiaire, lequel a en retour le droit de l'acquérir ou de le vendre dans un certain délai.

La jurisprudence a fixé depuis longtemps la nature de l'obligation contenue dans une promesse unilatérale de vente : ainsi tant que les bénéficiaires n'ont pas déclaré acquérir, l'obligation du promettant constitue une obligation de faire. Le promettant a donc l'obligation de conclure le contrat définitif en cas de levée d'option.

C'est ce qui a été affirmé dans un arrêt de la Chambre des requêtes de la Cour de cassation du 26 novembre 1935³⁶ qui décide que « *l'obligation du promettant, constitue tant que le*

³⁴ Ph. Simler, *op. cit.* note 29, n°89.

³⁵ H. Le Nabasque, *op. cit.* note 27, n°18.

³⁶ Cass. Req., 26 nov. 1935 : *D.*1936, 1, p.37.

bénéficiaire n'a pas déclaré acquérir, non pas une obligation de donner, mais une obligation de faire ».

C. Le pacte de préférence, une obligation de faire

Le pacte de préférence est une convention par laquelle un promettant s'engage, pour le cas où il se déciderait à conclure un contrat donné, à en faire prioritairement la proposition au bénéficiaire³⁷. L'opération envisagée étant généralement une vente, le pacte de préférence apparaît comme un contrat préparatoire à la vente. Des accords de préférence sont souvent stipulés dans des pactes d'actionnaires et ils portent sur des droits sociaux. Pareille convention limite clairement le choix du cocontractant ce qui en explique son succès. Celle-ci permet, en effet, de contrôler l'entrée de nouveaux associés dans le capital social.

L'auteur d'un pacte de préférence s'engage seulement s'il se décide à vendre le bien, à donner la préférence au bénéficiaire. Il s'engage à ne pas conclure avec un tiers un contrat déterminé avant d'en avoir proposé la conclusion au bénéficiaire, dans des conditions qui varient selon les différents pactes d'actionnaires.

Le rapprochement entre pacte de préférence et promesse unilatérale de vente est inévitable car tous deux sont des avant-contrats puisqu'ils préparent la réalisation d'une vente. Ces deux conventions ont également en commun de n'engager que le promettant en conférant au bénéficiaire un droit potestatif d'option. Cependant, il existe une différence importante entre ces deux conventions : dans une promesse unilatérale de vente le promettant donne un consentement définitif à la vente, alors que dans un pacte de préférence il se réserve la décision de vendre, ne s'engageant qu'à accorder une préférence. De ce point de vue, le pacte de préférence s'apparente à un droit conventionnel de préemption³⁸.

Un arrêt de la Cour de cassation du 7 mars 1989³⁹ qualifie le pacte de préférence d'obligation de faire ; en effet cet arrêt, vise expressément l'article 1142 du Code civil et il range donc le pacte de préférence au nombre des obligations de faire.

³⁷ S. Valory, *Autonomie et potestativité du pacte de préférence*, Droit et Patrimoine, décembre 2001, n°99, p.38.

³⁸ F. Colart-Dutilleul et Ph. Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, Dalloz, 6^{ème} édition, 2003, n° 67.

³⁹ Cass. Com. 7 mars 1989, *JCP* éd. Ent. 1989 II 21316, note Y. Reinhard, *Rev. sociétés* 1989 p. 476, note L.Faugérolas ; *D.* 1989 p. 231, *RTD* civ. 1990, 70, obs. Mestre.

§ 3. L'obligation de ne pas faire

La notion d'obligation de ne pas faire sera définie dans un premier temps (A), afin de l'examiner ensuite au regard du mécanisme du pacte de préférence (B), et de celui de la promesse unilatérale de vente (C).

A. Définition

L'obligation de ne pas faire est celle qui a pour objet une abstention imposée au débiteur ; celui-ci s'est obligé ou est tenu légalement de s'abstenir d'un acte matériel ou juridique donné⁴⁰.

L'obligation de ne pas faire est aussi une obligation de résultat, le créancier n'ayant pas à prouver le caractère fautif de la contravention à l'obligation de ne pas faire, mais seulement le fait de cette contravention.

B. Le pacte de préférence, une obligation de ne pas faire

Il a été vu précédemment, que la chambre commerciale de la Cour de cassation dans un arrêt du 7 mars 1989⁴¹ a rangé le pacte de préférence au rang des obligations de faire.

Il existe cependant des opinions dissidentes concernant la nature de l'obligation contenue dans un pacte de préférence.

Ainsi, pour certains⁴², l'obligation qui pèse sur l'auteur de la préférence est une obligation de ne pas faire ; elle a pour objet d'empêcher le promettant d'accomplir des actes de nature à compromettre l'exercice ultérieur et éventuel du droit de préférence.

La Cour de cassation a cependant clairement rejeté cette solution, dans un arrêt du 10 juillet 2002⁴³, en disant que « *L'article 1143 du code civil n'est pas applicable à la violation d'un pacte de préférence qui met une obligation de faire à la charge du débiteur* ».

⁴⁰ Ph. Simler, *op. cit.* note 29, n°92.

⁴¹ Cass. Com. 7 mars 1989, *op. cit.* note 39.

⁴² S. Valory, *op. cit.* note 37, p.41; M. Bruschi, *Le pacte de préférence*, Droit et patrimoine, juin 1999, n°72, p.64.

⁴³ Cass. Civ. 3, 10 juill. 2002, *JCP* éd. G. pan. 1396.

C. La promesse unilatérale de vente, une obligation de ne pas faire

Pour la jurisprudence le promettant dans une promesse unilatérale de vente a souscrit une obligation de faire. Cependant, pour certains auteurs⁴⁴ il en va autrement.

En effet, l'obligation du promettant serait une obligation de ne pas faire qui se traduirait en une abstention pour l'auteur de la promesse d'aliéner la chose, à tout autre que le bénéficiaire de la promesse.

Les objets possibles des obligations qui sont constituées classiquement par la *summa divisio* entre les obligations de donner, de faire et de ne pas faire, et leur transposition dans les pactes d'actionnaires au travers de mécanismes juridiques tels que la promesse unilatérale de vente ou le pacte de préférence venant d'être étudiés, il convient d'examiner maintenant la sanction de la violation de ces obligations, en tenant compte de l'article 1142 du Code civil.

Section 2. La sanction de la violation de ces obligations et l'article 1142 du Code civil

Les pactes d'actionnaires créant le plus souvent des obligations de faire ou de ne pas faire, leur exécution peut être contrariée par les dispositions de l'article 1142 du Code civil qui dispose que « *Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts, en cas d'inexécution de la part du débiteur* ». Cet article ne vise pas les obligations de donner pour lesquelles il semblerait par une lecture *a contrario*, que l'exécution forcée est concevable ; cependant, pour ces obligations, le régime n'est pas clairement défini sachant que leur existence est discutée.

Le problème se pose donc concernant l'inexécution d'une obligation de faire et de ne pas faire dont l'article 1142 restreint l'efficacité en excluant la possibilité d'exécution forcée. L'inexécution peut être définie comme étant toute exécution non conforme au contrat ; cette inexécution peut être définitive ou tardive, incomplète ou défectueuse⁴⁵. La formule de l'article

⁴⁴ A. Terrasson de Fougères, *Sanction de la rétractation du promettant avant levée de l'option par le bénéficiaire d'une promesse unilatérale de vente*, JCP éd. N., 1995, I, p. 194 ; A. Bénabent, *Les contrats spéciaux*, Montchrestien, n°93.

⁴⁵ B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Droit civil, Obligations*, t.2, Contrat, 6^e éd., Litec 1998.

1142 semble avoir tranchée entre deux intérêts divergents concernant l'efficacité du lien obligatoire (Paragraphe 1), cependant il existe des divergences d'interprétation entre la doctrine et la jurisprudence concernant la portée de cet article (Paragraphe 2).

§ 1. L'existence de deux intérêts divergents

L'inexécution d'une obligation de faire ou de ne pas faire suscite un conflit d'intérêts entre deux principes fondamentaux du droit qui sont la force obligatoire du contrat (A) et la liberté individuelle (B).

A. Le créancier et la force obligatoire du contrat

La vocation de toute obligation est, par définition, d'être exécutée de la manière exacte dont elle a été contractée. Des articles du Code civil confirment cette opinion, ainsi l'article 1134 dispose que « *Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites* », et l'article 1243 dispose quant à lui que « *Le créancier ne peut être contraint de recevoir autre chose que celle qui lui est due, quoique la valeur de la chose offerte soit égale ou même plus grande* ». Ensuite l'article 1135 dispose que « *Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature* ».

Enfin, l'article 1184 dispose, dans son alinéa deux, que « *La partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté, a le choix ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible, ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêts* ».

Le créancier paraîtrait donc avoir un droit absolu d'obtenir l'exécution de l'obligation qui lui est due.

La force obligatoire peut par ailleurs trouver son fondement dans l'autonomie de la volonté, mais aussi dans la confiance faite par le créancier au débiteur⁴⁶.

Si le débiteur ne fournit pas spontanément cette prestation, la sanction légale, propre à l'obligation, doit permettre au créancier de le contraindre, au besoin par recours à la force publique, d'exécuter sa prestation. Cependant, le principe de la force obligatoire du contrat est

⁴⁶ J. Schmidt-Szalewski, *La force obligatoire à l'épreuve des avants-contrats*, RTD civ., 2000, p.25.

tenu en échec par un autre principe : celui de l'intangibilité de la personne humaine et de sa liberté. Il en est ainsi depuis l'abolition de la contrainte par corps en matière civile et commerciale en 1867.

Il s'agit donc d'analyser le principe de la liberté individuelle du débiteur qui a dicté la règle posée par l'article 1142 du Code civil.

B. Le débiteur et la liberté individuelle

Le principe de la liberté individuelle du débiteur signifie qu'aucune coercition physique ne peut être exercée sur un débiteur qui se refuse à accomplir son obligation, et ce afin de le contraindre à exécuter. Ce principe est exprimé par l'adage « *Nemo praecise cogi potest ad factum* », qui signifie que « *Nul ne peut être contraint à l'accomplissement direct d'un fait* »⁴⁷.

Toute contrainte physique sur la personne est donc exclue pour obtenir l'exécution de son obligation. La règle posée à l'article 1142 du Code civil n'est que le corollaire de cet adage, et elle a pour fonction principale de protéger la personne du débiteur en interdisant de le condamner à l'exécution forcée de son obligation de faire ou de ne pas faire. L'article 1142 semble donc pleinement justifié, mais il ne le restera que si son application est faite pour protéger la personne du débiteur. Il existe donc des cas où son application peut être exclue car il n'y a aucun risque de contrainte physique sur la personne du débiteur.

La sanction de l'inexécution d'une obligation de faire ou de ne pas faire doit concilier ces deux principes fondamentaux qui sont la force obligatoire du lien contractuel et la liberté du débiteur. Les textes, au travers de l'article 1142 du Code civil, ont opté pour la liberté du débiteur en consacrant l'octroi de dommages et intérêts en tant que sanction type de l'inexécution de l'obligation de faire ou de ne pas faire en excluant de ce fait la condamnation à exécution forcée, sauf pour les obligations de donner.

Cependant, l'article 1142 ne fait pas l'objet d'une lecture unanime : il existe d'importantes divergences d'interprétation quant à sa portée et à ses effets sur les contrats inexécutés.

⁴⁷ Ph. Simler, *op. cit.*, note 29, n°107.

§ 2. Divergences concernant la portée de l'article 1142 du Code civil

L'article 1142 du Code civil fait l'objet de lectures différentes. Ainsi la plus grande partie de la jurisprudence adopte une vision littérale de cette règle, exception faite d'un arrêt, qui a condamné le débiteur d'une obligation de faire contenue dans un pacte d'actionnaires à l'exécution forcée (A). La doctrine retient une vision nettement moins tranchée de l'article 1142⁴⁸, en admettant quasiment comme position de principe l'exécution forcée directe des obligations contractuelles, quelle que soit leur nature, tout en admettant l'exception de la contrainte physique sur le débiteur (B).

A. Applications jurisprudentielles de l'article 1142 du Code civil

La grande majorité de la jurisprudence suit une application fidèle de l'article 1142 du Code civil en refusant de condamner le débiteur à l'exécution forcée de son obligation contenue dans le pacte (1). Cependant un arrêt est venu se placer en contre-courant, en admettant l'exécution forcée d'un pacte d'actionnaires (2).

1. Une application littérale de l'article 1142 du Code civil

La jurisprudence semble refuser l'exécution forcée des obligations de faire et de ne pas faire, surtout en matière de pactes d'actionnaires. Cet attachement à la liberté contractuelle du débiteur de l'obligation consacre la « faiblesse » du principe de la force obligatoire du contrat.

La Cour de cassation est restée dans la ligne d'une jurisprudence classique qui considère que la violation d'une obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts ou par l'annulation du contrat litigieux. Dans un arrêt du 26 novembre 1935⁴⁹, la chambre des requêtes de la Cour de cassation décide que l'obligation du promettant étant une obligation de faire, « elle ne peut engendrer, pour celui au profit duquel elle existe, qu'une créance mobilière ». Ainsi, le promettant dans le cadre d'une promesse unilatérale de vente ou d'achat ou dans le cadre d'un pacte de préférence, ne peut être condamné, selon cette jurisprudence, qu'à des dommages et intérêts.

⁴⁸ W. Jeandidier, *L'exécution forcée des obligations contractuelles de faire*, RTD civ. 1976. 704 ; Ph. Simler, *op. cit.*, note 29, n°109.

⁴⁹ Cass. Req. 26 nov. 1935, *op. cit.* note 36.

Dans un arrêt du 12 avril 2002⁵⁰, la cour d'appel de Paris rappelle ce principe en décidant que « *la convention de préemption violée par un actionnaire n'institue qu'une obligation de faire et une créance de nature personnelle, en sorte que le bénéficiaire de ce droit, en application de l'article 1142 du Code civil, ne dispose que d'un droit à dommages et intérêts et seulement à l'encontre de la partie au pacte d'actionnaires, débitrice de cette obligation de faire, sans pouvoir solliciter ni l'annulation de la cession, ni l'exécution forcée de la cession à son profit* ».

L'évaluation du préjudice causé à la victime n'est pas simple car il est difficile de préciser si le dommage subi est la perte d'un dividende, d'un bénéfice postérieur ou la possibilité de devenir actionnaire majoritaire⁵¹.

Cette sanction est encore moins satisfaisante lorsque la société n'est pas cotée. En effet, si le préjudice peut être aisément quantifiable dans une société cotée, notamment lorsque le non-respect du droit de préemption n'a pas permis d'apporter à une OPA, il en va différemment dans le cas d'une société fermée.

De plus, ce mode de réparation enlève toute garantie à l'associé évincé et toute efficacité juridique à la convention signée par les parties.

La règle de l'article 1142 apparaît donc manifestement inadaptée à la sanction de la violation d'un pacte d'actionnaires.

2. Un arrêt condamnant à l'exécution forcée

Un arrêt décide de condamner le signataire d'un pacte d'actionnaires à l'exécution forcée en tenant compte de l'absence d'impossibilité morale et matérielle (a), la nature de cette condamnation à exécution forcée restant incertaine (b).

⁵⁰ CA Paris, 25^e ch. B, 12 avr. 2002 : *Juris-Data* n° 2002-175601.

⁵¹ M.-B. Salgado, *Le régime des clauses de préemption dans les pactes d'actionnaires des sociétés anonymes*, *Droit des sociétés*, 1^{er} mars 2003, n° 3 p. 5.

a. L'absence d'impossibilité morale et matérielle

La cour d'appel de Paris dans un arrêt du 21 décembre 2001⁵², Banque de Vizille contre MGP Finance, a ordonné l'exécution forcée d'un engagement irrévocable de cession de titres pris par une banque dans un pacte d'actionnaires. Cet arrêt est passé outre l'obstacle de l'article 1142 du Code civil en admettant la condamnation en nature, du moment qu'elle est juridiquement et matériellement possible et qu'elle ne contrevient pas au caractère personnel de l'obligation.

Les faits étaient les suivants : à l'occasion de la reprise de la société MGO Instruments et de la société MGP Inc, la société Uriel, devenue MGP Finance, a été constituée entre ces derniers et un groupe d'investisseurs auquel appartenait la banque de Vizille, dans le cadre d'une opération de LMBO (une augmentation du capital de la société MGP Finance). Un protocole intitulé « Pacte d'actionnaires » fixant les conditions de cette augmentation de capital a été conclu le 25 mai 1994, entre ces deux groupes d'actionnaires, (actionnaires de catégorie A et B), ainsi qu'avec la SNC Acland, constituée mandataire commun pour l'application de certaines dispositions du contrat. Le pacte prévoyait notamment que si des actionnaires représentant plus de la moitié du capital avaient trouvé un acquéreur et décidaient de vendre, les autres auraient l'obligation soit de vendre aux mêmes conditions à l'acquéreur, soit d'acheter la participation majoritaire toujours aux mêmes conditions. La société MGP Finance ayant éprouvé des difficultés, a dû être recapitalisée à plusieurs reprises. Les difficultés persistant, la société Acland a proposé au début de l'année 2000, le rachat, par deux FCPR de son groupe et pour un franc symbolique, de la totalité des actions et obligations convertibles émises par la société MGP Finance. Ces propositions ont été transmises par MGP Finance à ses actionnaires. La société MGP Finance a informé la Banque de Vizille que cette offre avait recueilli l'accord de 65,98% des actionnaires et qu'en application des dispositions du protocole signé en 1994, il y avait lieu de considérer cette offre comme acceptée par l'ensemble des actionnaires. La Banque de Vizille s'est opposée à cette opération, qu'elle a qualifiée de manœuvre de rétorsion destinée à l'évincer de la société MGP Finance. Ici, la cour ne cherche pas à qualifier la nature de l'opération.

Les juges du fond ont condamné la banque de Vizille à l'exécution forcée du pacte d'actionnaires qu'elle avait signé en 1994. La Banque de Vizille a contesté ce jugement au

⁵² CA Paris 25^e ch. Sec. A, 21 déc. 2001, Banque de Vizille c/ MGP Finance, Bull. Joly 2002, p. 509 note H. Le Nabasque, *Rev. Sociétés* 2002, p. 89, comm. Y. Guyon ; *Droit des sociétés*, 1^{er} juillet 2002, n°7 p. 18, note J. Monnet et D. Vidal, *RJDA* 2002, n°6, n°643 p.541, *D.2002*, n° 43, p. 3263, observations J.C. Hallouin.

motif qu'il se heurtait aux dispositions de l'article 1142 du Code civil, car il s'agissait ici d'une clause de préférence qui est une obligation de faire et qui ne peut se résoudre qu'en dommages et intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur.

La cour d'appel de Paris a confirmé le jugement des juges du fond en affirmant que les dispositions de l'article 1142 « *n'interdisent pas de recourir à l'exécution forcée lorsque, comme en l'espèce, aucune impossibilité matérielle, juridique ni morale ne lui fait obstacle, le débiteur de l'obligation étant demeuré propriétaire des titres* ». La cour ordonne donc le transfert sous astreinte.

L'absence d'impossibilité matérielle ou juridique réside dans le fait que le signataire du pacte, en l'occurrence la Banque de Vizille, n'avait pas cédé ses titres à un tiers.

Cet arrêt renverse donc le principe de l'article 1142 du Code civil en affirmant que tant que le promettant est resté propriétaire de ses titres, rien ne s'oppose à ce qu'on le condamne à l'exécution forcée.

La cour d'appel de Paris adopte donc une position avancée de résistance à la jurisprudence de la Cour de cassation.

b. La nature de la condamnation à l'exécution forcée

Il reste maintenant à apprécier quelle peut être la nature de la condamnation à l'exécution forcée. Le bénéficiaire du pacte peut mettre en œuvre la procédure de transfert sous astreinte.

Il serait encore plus intéressant pour lui que le juge prenne une décision judiciaire valant transfert⁵³.

La sanction de l'inexécution d'une obligation contenue dans un pacte d'actionnaires est en principe l'octroi de dommages et intérêts et ce d'après un courant jurisprudentiel très fort. Un arrêt de la cour d'appel⁵⁴ a cependant admis l'exécution forcée d'un pacte d'actionnaires en suivant le courant doctrinal favorable à l'exécution en nature des obligations de faire et de ne pas faire. Il s'agit de voir sur quoi se fondent les appréciations doctrinales pour critiquer la position adoptée par la jurisprudence.

⁵³ CA Paris 25^e ch. Sec. A, 21 déc. 2001, Banque de Vizille c/ MGP Finance, D.2002, n° 43, p. 3263, observations J.C. Hallouin.

⁵⁴CA Paris 25^e ch. Sec. A, 21 déc. 2001, Banque de Vizille c/ MGP Finance, *op. cit.* note 52.

B. Critiques doctrinales

La doctrine considère que l'exécution directe est possible même en cas d'obligation de faire (1), en retenant tout de même l'existence d'une exception résultant de l'impossibilité d'exercer une quelconque contrainte physique sur le débiteur (2).

1. L'exécution directe même en cas d'obligation de faire

La stricte exégèse de l'article 1142 du Code civil est aujourd'hui refusée par la doctrine. Désormais, l'articulation entre le principe et son exception a été inversée : tout créancier peut en principe exiger l'exécution de l'obligation promise lorsque cette exécution est juridiquement et matériellement possible.⁵⁵ Il s'agit donc de savoir en quoi peut résulter l'impossibilité d'exécution en nature. Les obligations de faire et de ne pas faire doivent en fait être exécutées en nature tant qu'elles n'impliquent pas la réalisation d'un fait personnel du débiteur. Cela signifie donc qu'il y a des obligations qui ne sont pas personnelles et que l'article 1142 leur est donc inapplicable.

Les auteurs⁵⁶, dans une large majorité, ont rejeté cette préférence pour la condamnation à des dommages et intérêts, la sécurité contractuelle imposant la condamnation *ad rem*⁵⁷.

En effet, la position de la doctrine contemporaine est de s'efforcer de limiter la portée de l'article 1142 et de faire prévaloir autant que possible, le principe de l'exécution forcée en nature. Cette perception de la portée de l'article 1142 serait celle qu'avaient exprimée les rédacteurs du Code civil, qui l'avaient eux-mêmes empruntés à Pothier⁵⁸. De plus, si l'on se réfère à l'état de l'Ancien droit, toutes les obligations de faire et de ne pas faire doivent être exécutées en nature. Il ne serait donc pas vraisemblable de considérer que les rédacteurs du Code aient pu envisager un tel affaiblissement de la force obligatoire du contrat. L'article 1142 viserait uniquement à éliminer la contrainte physique⁵⁹. Examinons le contexte du Code civil :

⁵⁵ J.-P Desideri, *La préférence dans les relations contractuelles*, PUAM, 1997.

⁵⁶ H. Le Nabasque, *op. cit.* note 27, n°6 ; W. Jeandidier, *op. cit.* note 48 ; Ph. Simler, *op. cit.* note 29, n°109 ; F. Bellivier et R. Sefton-Green, *Force obligatoire et exécution en nature du contrat en droits français et anglais : bonnes et mauvaises surprises du comparatisme*, Mélanges Gesthin, p.91 ; J. Schmidt-Szalewski, *op. cit.* note 46 ; B. Mercadal et P. Janin, *Sanction des clauses de préemption dans les pactes d'actionnaires*, RJDA, 1/92, p.3.

⁵⁷ W. Jeandidier, *op. cit.* note 48, n°5.

⁵⁸ Ph. Simler, *op. cit.* note 29, n°109.

⁵⁹ W. Jeandidier, *op. cit.* note 48, n°5.

par exemple l'article 1184⁶⁰ et plus particulièrement son alinéa deux, ainsi que ses travaux préparatoires permettent de tenir compte du principe d'exécution en nature, ce principe étant d'ailleurs cohérent avec celui selon lequel en matière de responsabilité civile le juge a pour mission de prononcer la réparation la plus adéquate.

L'article 1142 serait donc le pendant de l'article 1184 alinéa 2, qui permet au créancier de forcer le débiteur à l'exécution lorsque celle-ci est possible. Ainsi, dès lors que l'exécution en nature est devenue impossible le créancier peut demander la résolution du contrat et des dommages et intérêts.

Il existe des cas où l'exécution en nature n'est pas envisageable, et ce du fait d'une force majeure ou encore du fait du débiteur. Cependant l'un des cas les plus importants d'impossibilité d'exécution est celui des obligations qui nécessitent un fait personnel du débiteur et dont l'exécution forcée ne peut être recherchée.

2. L'exception : la contrainte physique du débiteur

Un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation du 20 janvier 1953 affirme que l'article 1142 ne peut trouver application qu'en cas d'inexécution d'une « *obligation personnelle de faire ou de ne pas faire* »⁶¹. Il s'agit de savoir ce qu'on entend par obligation personnelle. L'obligation personnelle peut être définie comme celle qui met en jeu des « *qualités irréductiblement personnelles du débiteur* »⁶². Sont des obligations personnelles celles qui mettent en jeu une liberté essentielle, celles qui sont relatives aux activités de l'esprit et aux activités artistiques, comme celle du peintre d'achever et de livrer un portrait⁶³, ou celle de l'écrivain d'achever un récit. Il est donc impossible de contraindre un artiste⁶⁴ ou un enseignant⁶⁵ à fournir la prestation promise.

Ainsi le recours à l'exécution en nature doit être banni si elle ne peut être obtenue autrement

⁶⁰ Article 1184 du Code civil « *La condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des deux parties ne satisfera point à son engagement. Dans ce cas, le contrat n'est point résolu de plein droit. La partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté, a le choix ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible, ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêts.*

La résolution doit être demandée en justice, et il peut être accordé au défendeur un délai selon les circonstances ».

⁶¹ Civ. 1^{re}, 20 janv. 1953, JCP 1953.II.7677, note P. Esmein.

⁶² J. Carbonnier, *Droit civil, Les obligations*, t. 4, n°372.

⁶³ J.-P. Desideri, *op. cit.* note 55, n°677.

⁶⁴ Paris, 3 mars 1855, S. 1855.2.410.

⁶⁵ TGI Paris, 8 nov 1973, D. 1975.401, note M. Puech.

qu'en exerçant une contrainte physique sur la personne du débiteur.

La question est alors de savoir si le fait, pour le promettant d'un pacte de préférence d'adresser une offre au créancier de la préférence, ou de maintenir une offre au profit du bénéficiaire de la promesse unilatérale, sont des obligations personnelles insusceptibles d'exécution forcée.

Pour certains, il ne peut être répondu à cette question que de manière positive : on ne peut forcer quelqu'un à négocier, ni à faire une offre de contrat⁶⁶.

Cependant, le promettant ayant déjà donné son accord lors de la signature de l'avant-contrat le fait de le condamner à une exécution en nature ne le contraint pas physiquement et même moralement. L'exécution forcée en nature de son obligation par le promettant serait donc totalement acceptable et justifiée.

Après avoir qualifié les obligations contenues dans les pactes d'actionnaires, obligations qui répondent à la *summa divisio* classique entre obligations de donner, de faire et de ne pas faire, et d'avoir analysé les conséquences de cette qualification qui pouvaient en résulter pour leur exécution en cas d'inexécution par le débiteur, il s'agit de voir quels sont les procédés pouvant tendre à assurer l'exécution des pactes d'actionnaires.

⁶⁶ J. Schmidt-Szalewski, *op. cit.* note 46, p.37.

CHAPITRE 2. DIVERS PROCEDES TENDANT A ASSURER L'EXECUTION DES PACTES D'ACTIONNAIRES

Afin de voir exécuter l'obligation contractée par son débiteur, plusieurs possibilités s'offrent au créancier ; il peut ainsi utiliser les voies d'exécution, mais lorsque cela lui est impossible, l'astreinte et l'injonction de faire restent deux mécanismes tendant à assurer l'efficacité des pactes d'actionnaires.

Il s'agit tout d'abord d'analyser le déroulement d'une procédure d'exécution directe en recherchant s'il existe des particularités lorsque les obligations concernent des droits sociaux (Section 1), pour pouvoir examiner par la suite les différents mécanismes indirects qui ne sont pas des voies d'exécutions mais qui peuvent rendre efficaces les obligations contenues dans des pactes d'actionnaires (Section 2).

Section 1. L'exécution forcée directe

Tout créancier a en principe droit à l'exécution en nature de son obligation en cas d'inexécution de son obligation par le débiteur, il s'agit donc d'examiner le mécanisme de l'exécution forcée (Paragraphe 1), afin d'analyser par la suite l'application de cette procédure lorsque le contrat stipulé dans le pacte d'actionnaires emporte transfert de propriété (Paragraphe 2).

§ 1. Le principe d'exécution forcée en cas d'inexécution

Après avoir étudié le mécanisme de l'exécution forcée en nature (A), nous rechercherons les spécificités de ce mécanisme lorsqu'il s'applique à des biens meubles incorporels qui sont l'un des principaux objets des pactes d'actionnaires (B). Les biens meubles incorporels peuvent être définis comme étant des biens impalpables qui échappent à toute appréhension matérielle. Les valeurs mobilières et les parts sociales sont donc des biens meubles incorporels sauf si le droit

social est incorporé dans un titre⁶⁷.

A. L'exécution forcée en nature

Il est de l'essence de toute obligation d'être exécutée et donc d'être susceptible d'exécution forcée, chaque fois que le débiteur ne s'acquitte pas volontairement de son obligation. L'exécution forcée en nature doit être poursuivie chaque fois qu'elle est possible car elle seule donne pleine efficacité au contrat. L'article premier de la loi du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution reconnaît au créancier le droit fondamental de contraindre son débiteur défaillant à exécuter ses obligations à son égard⁶⁸. Il ne sera pas traité ici des voies d'exécution portant sur les biens du débiteur, cette modalité étant totalement insatisfaisante concernant les pactes d'actionnaires. L'exécution forcée en nature s'oppose donc à l'exécution par équivalent de l'obligation contractuelle.

« *Nul ne peut se faire justice à soi même* » : cet adage implique donc que le créancier n'est pas libre du moment et des moyens pour contraindre le débiteur à l'exécution.

Afin de recourir à l'exécution forcée, il faut que l'inexécution soit clairement constatée par une mise en demeure non suivie d'effet.

La mise en demeure est une sommation solennelle d'accomplir un acte ou d'exécuter une prestation⁶⁹. Aux termes de l'article 1139 du Code civil, le débiteur est constitué en demeure « *par une sommation ou par un autre acte équivalent* ». A cette proposition, la loi du 9 juillet 1991 a ajouté « *telle une lettre missive lorsqu'il ressort de ses termes une interpellation suffisante* ». Le mode classique de mise en demeure est la sommation, qui est un acte signifié par ministère d'huissier, il a cependant été admis qu'une lettre recommandée pouvait valoir mise en demeure⁷⁰.

Le créancier doit, en outre, être titulaire d'un titre exécutoire, qui lui permet de recourir si besoin est à la puissance publique. La formule exécutoire peut être portée sur un acte par les notaires qui sont des officiers publics. Ont également de plein droit la qualité de titre exécutoire les jugements et arrêts. Ont également la qualité de titre exécutoire les jugements exécutoires

⁶⁷ G. Cornu, *op. cit.* note 4, p. 459.

⁶⁸ H. Croze, *La loi n° 91-650 du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution : le nouveau droit commun de l'exécution forcée*, JCP N, 1992, n°12, p.77.

⁶⁹ F Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations*, Précis Dalloz, 8^{ème} éd., 2002, n°1079.

⁷⁰ Cass. Civ. 1, 22 oct. 1956, *Bull. Civ.I*, n° 363; Cass. Civ. 3, 31 mars 1971, *Bull. Civ. III*, n° 230, *D.* 1971, somm. p. 131.

par provision. L'exécution provisoire peut être définie comme étant un bénéfice qui permet au gagnant d'exécuter un jugement dès sa signification, malgré l'effet suspensif du délai des voies de recours ordinaires ou de leur exercice⁷¹.

Le créancier en possession de ce titre est donc autorisé à poursuivre des mesures d'exécution qui sont celles qui permettent d'obtenir du débiteur son dû, qu'il n'a pu obtenir par la seule vertu de l'effet obligatoire.

Après avoir vu le déroulement de la procédure classique d'exécution forcée et les formalités que devait accomplir le créancier, il paraît nécessaire de s'intéresser plus particulièrement au régime particulier des biens meubles incorporels. Les droits sociaux qui font l'objet de différentes conventions dans les pactes d'actionnaires sont en effet des biens meubles incorporels.

B. Régime particulier lorsque le pacte concerne des biens meubles incorporels

La loi du 9 juillet 1991 ne contient que deux articles prévoyant le principe d'une procédure appropriée aux droits incorporels et renvoie à un décret d'application pour la réglementation de détail. L'exécution forcée sur les valeurs mobilières et les droits d'associé est régie par les articles 178 à 193 du décret n° 92-755 du 31 juillet 1992. Il convient d'exposer successivement les différentes procédures de saisie pouvant être utilisées. Ainsi aux côtés de la procédure de saisie-vente (1), existe une procédure de saisie- conservatoire (2).

1. Saisie-vente

Jusqu'à la réforme des voies d'exécutions opérée par la loi du 9 juillet 1991, l'exécution en nature en matière de biens meubles n'était pas organisée ; sauf en ce qui concernait l'ancienne saisie-revendication qui permettait, dans des cas limitativement énumérés, de remédier aux déplacements irréguliers de biens meubles corporels. Par ailleurs, la pratique avait tenté d'apporter une solution spécifique au problème de la saisie des parts sociales et des valeurs mobilières. L'utilisation à cette fin de la saisie-arrêt s'était généralisée. Il était répandu de saisir-

⁷¹ J. Vincent et S. Guinchard, *Procédure civile*, D. 27^{ème} éd., 2003, n° 1285.

arrêter les valeurs dématérialisées entre les mains de l'intermédiaire teneur de compte⁷².

Ainsi, par la suite, a été mise en place une procédure de saisie-vente, qui permet la vente aux enchères publiques des droits sociaux et non leur attribution au bénéficiaire de la saisie⁷³. L'article 59 de la loi du 9 juillet 1991 autorise tout créancier muni d'un titre exécutoire constatant une créance liquide et exigible à faire procéder à la saisie et à la vente des droits incorporels autres que les sommes d'argent, dont sont débiteurs les titulaires. Selon l'article 178 du décret, tous les droits d'associés et toutes les valeurs mobilières dont le débiteur est titulaire sont saisis auprès de la société ou de la personne morale émettrice.

Aux termes de l'article 182 du décret du 31 juillet 1992, le créancier qui entend procéder à la saisie de droits d'associés ou de valeurs mobilières, doit signifier, dans les huit jours qui suivent, au tiers saisi, les informations dont il a besoin soit pour critiquer la saisie, soit pour mettre à profit les aménagements amiables qu'a introduits le législateur.

Quant à ses effets, la saisie entraîne l'indisponibilité des droits pécuniaires attachés aux valeurs saisies. La procédure se clôt par la vente des droits sociaux et des valeurs mobilières ayant fait l'objet d'une saisie.

Cette procédure n'est pas pleinement satisfaisante car le bénéficiaire d'une promesse unilatérale de vente ou d'un pacte de préférence n'obtiendra pas les titres mais uniquement le produit de la vente.

Il y a lieu de s'intéresser à présent à la procédure de saisie-conservatoire.

2. Saisie-conservatoire

La loi du 9 juillet 1991 et son décret du 31 juillet 1992 ont rénové les mesures conservatoires⁷⁴.

Une saisie-conservatoire peut être opérée sur des droits d'associés et des valeurs mobilières dès lors que le créancier justifie d'une autorisation judiciaire. Le créancier doit se prévaloir d'une créance apparemment fondée en son principe et il faut que les circonstances soient

⁷² M. Jeantin, *Mesures d'exécution forcée sur valeurs mobilières et droits d'associés*, Juris-Classeur procédure, fascicule 2390.

⁷³ F.-D. Poitrinal, *L'exécution forcée en nature en matière de promesse de cession d'actions*, Joly, janvier 1995, p.21.

⁷⁴ P. Le Cannu, *Les mesures conservatoires portant sur des droits d'associé ou des valeurs mobilières*, Bull. Joly, janvier 1993, §2, p. 16.

susceptibles d'en menacer le recouvrement. Il faudrait donc que le bénéficiaire d'une promesse de vente ou d'un pacte de préférence soit au courant de l'intention du promettant de vendre à un tiers en violation de la convention. On se rend vite compte que dans la pratique, le bénéficiaire de ce type d'avant-contrat se trouvant le plus souvent devant le fait accompli, cette voie d'exécution étant donc très difficilement utilisable.

Le juge matériellement compétent est soit le président du tribunal de commerce, si la créance est de nature commerciale, soit le juge de l'exécution dans le cas contraire.

Les effets de la saisie-conservatoire sont identiques à ceux de la saisie-vente. Ainsi l'acte de saisie rend indisponibles les droits pécuniaires du débiteur. Le débiteur se trouve empêché d'exercer une partie de ses droits : il peut encore voter aux assemblées d'actionnaires ou d'obligataires, mais il ne semble pas possible qu'il puisse librement convertir, échanger, opter ou souscrire tel ou tel titre. Le créancier se trouve dans une situation incertaine, dans la mesure où il n'est pas toujours sûr de pouvoir convertir la saisie, ou d'obtenir une sûreté définitive.

La saisie-conservatoire peut aboutir de deux façons différentes, elle peut se transformer en saisie-vente, ou bien elle peut devenir une sûreté définitive.

Après avoir examiné quelles étaient les différentes voies d'exécution susceptibles de rendre efficaces les pactes d'actionnaires, il paraît opportun d'étudier la procédure d'exécution forcée lorsque le contrat contenu dans le pacte d'actionnaires opère transfert de propriété.

§ 2. L'exécution forcée en présence d'un contrat opérant transfert de propriété

La cession de droits sociaux relève en principe du droit commun des obligations et de la vente. Le cédant est soumis aux deux obligations de l'article 1603 du Code civil⁷⁵ qui sont : délivrer et garantir la chose vendue. Par ailleurs, l'alinéa premier de l'article 1589⁷⁶ du même code s'applique également aux promesses de cession de droits sociaux.

Si la vente est parfaite, il n'existe donc a priori aucun obstacle à son exécution forcée. La question la plus difficile reste donc de déterminer à quel moment la vente est parfaite et cela au sens de l'article 1583 du Code civil. Cet article dispose que la vente « *est parfaite entre les*

⁷⁵ Article 1603 du Code civil « *Il a deux obligations principales, celle de délivrer et celle de garantir la chose qu'il vend* ».

⁷⁶ Article 1589 alinéa premier du Code civil « *La promesse de vente vaut vente, lorsqu'il y a consentement réciproque des deux parties sur la chose et sur le prix.* ».

parties, et la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé ».

Il semblerait d'après l'analyse qui a été faite de la jurisprudence que seuls les pactes translatifs de propriété sont susceptibles d'exécution forcée. Il a été vu que lorsque le contrat n'est pas définitivement conclu, la jurisprudence condamne le débiteur à une exécution par équivalent.

De plus, l'utilisation des voies d'exécution n'est pas satisfaisante car elle n'aboutit pas à l'exécution en nature des pactes d'actionnaires.

Si le juge constate la rencontre des volontés sur la chose et sur le prix, il peut ordonner l'exécution forcée de l'obligation de transférer les titres (A), et il peut aussi obliger la société à inscrire en compte la cession (B).

A. L'obligation du cédant de transférer les titres

Le cédant a deux obligations, signer l'acte de cession (1) et signer l'ordre de mouvement (2) pour lesquelles nous allons examiner les possibilités d'exécution forcée.

1. Le refus du cédant de signer l'acte de cession

La signature et la signification à la société de l'acte de cession pour les parts sociales, et de l'ordre de mouvement pour les actions constituent les deux formes de délivrance qui sont à la charge du cédant.

Si le cédant refuse de signer l'acte de cession, la jurisprudence reconnaît au bénéficiaire le droit d'obtenir la délivrance forcée des parts sociales, par une injonction de signer suivie d'un jugement valant cession. Afin de pouvoir utiliser la technique de l'injonction de signer, il faut que, suivant l'article L. 221-14 du Code de commerce⁷⁷, la cession soit constatée par écrit.

Le refus de signer l'acte est le plus souvent consécutif à la levée de l'option d'une promesse

⁷⁷ Article L 221-14 du Code de commerce « *La cession de parts sociales doit être constatée par écrit. Elle est rendue opposable à la société, dans les formes prévues à l'article 1690 du Code civil. Toutefois, la signification peut être remplacée par le dépôt d'un original de l'acte de cession au siège social contre remise par le gérant d'une attestation de ce dépôt. Elle n'est opposable aux tiers qu'après accomplissement de ces formalités et, en outre, après publicité au registre du commerce et des sociétés.* »

unilatérale d'achat ou de vente ou d'un pacte de préférence. La vente étant formée lors de la levée de l'option qui exprime la rencontre des volontés entre le vendeur et l'acquéreur, l'obligation du cédant n'entre pas dans le domaine d'application de l'article 1142 du Code civil. Dans ce cas, la signature de l'acte de cession n'est pas un acte de consentement mais un acte formel de délivrance.⁷⁸ La jurisprudence estime en effet que la signature de l'acte de cession n'est que « la matérialisation de l'accord des parties et du transfert de propriété »⁷⁹. Il en résulte que le jugement vaut cession des parts au sens de l'article 1690 du Code civil, à défaut de réalisation de la cession dans le mois suivant la signification de la décision⁸⁰.

Par ailleurs, si le cédant manque à son obligation de délivrance en cédant les droits sociaux à un tiers après la levée de l'option, la vente sera tout de même parfaite et transférera la propriété au bénéficiaire.

La cour d'appel de Paris en a ainsi jugé le 4 octobre 1991 : « *Dans le cadre de deux promesses de cession de parts sociales, la vente devient parfaite dès lors qu'il y a eu accord sur la chose et sur le prix, et que le cessionnaire, associé de la société, fait connaître à l'intérieur du délai consenti et dans les formes prévues par les promesses, sa volonté de lever les options. La cession à une tierce personne intervenant postérieurement à la signification de la levée de l'option est nulle* »⁸¹. On peut donc en conclure que les levées d'option effectuées dans les formes convenues rendent les ventes parfaites. Le bénéficiaire peut donc faire constater la nullité de la cession intervenue postérieurement à la signification de la levée de l'option.

Il convient d'examiner à présent quels sont les moyens d'actions possibles lorsque le cédant refuse de signer l'ordre de mouvement.

2. Le refus du cédant de signer l'ordre de mouvement

La signature de l'ordre de mouvement par le titulaire du compte est la formalité qui permet de réaliser le virement de compte à compte des actions qui ne sont pas négociées en bourse.

La réforme de dématérialisation des valeurs mobilières, introduite par l'article 94-II de la loi de finances pour 1982 du 30 décembre 1981, a prévu pour tous les titres nominatifs, la substitution aux registres antérieurs, d'une inscription en compte de ces titres chez l'émetteur,

⁷⁸ A. Mignon –Colombet, *L'exécution forcée en droit des sociétés*, Economica, 2004, n°357.

⁷⁹ CA Paris, 17 juin 1987, *JCP*, éd. E, 1988.15168, p.316, n°15, obs. A. Viandier et J.-J. Caussain.

⁸⁰ CA Paris, 17 juin 1987, *op. cit.* note 79.

⁸¹ CA Paris, 15^e ch. 4 octobre 1991, *Bull. Joly*, 1991, p.1131, §393.

cette inscription étant doublée, pour les actionnaires qui le désirent, d'une inscription en compte d'administration chez l'intermédiaire financier habilité de leur choix⁸². Cette disposition a été codifiée à l'article L. 228-1 du Code commerce⁸³.

Le cédant peut tenter de paralyser la mise en œuvre de la convention en empêchant l'inscription en compte des actions au nom du cessionnaire. Une injonction pourrait être demandée par voie de référé, afin de contraindre, sous astreinte, le débiteur à l'établissement et à la remise de l'ordre de mouvement. Le cessionnaire peut en outre solliciter du juge la nomination d'un mandataire *ad hoc*, afin de faire procéder à la signature des ordres de mouvements litigieux⁸⁴. Le juge combine parfois la technique de l'injonction et du jugement valant cession. Le juge ordonne au cédant la remise des ordres de mouvements aux bénéficiaires dans un certain délai, si le bénéficiaire ne s'exécute pas le jugement vaudra ordre de mouvement⁸⁵.

Après avoir étudié dans quelle mesure le cédant est obligé de transférer les titres qu'il s'est engagé à céder, il y a lieu d'analyser à présent l'obligation de la société d'inscrire en compte.

B. L'obligation de la société d'inscrire en compte

Le cessionnaire peut obtenir de la société l'inscription forcée en compte des actions.⁸⁶ En effet, il est possible que la société refuse d'inscrire une cession. Le juge peut ordonner à la société émettrice d'inscrire en compte les actions, sur ordre de mouvement ou sur une expédition du jugement accompagné du reçu de la consignation du prix de transfert, dès lors qu'il constate la qualité de propriétaire du demandeur à l'action⁸⁷. C'est uniquement à partir de la date d'inscription en compte que le cessionnaire devient actionnaire à l'égard de la société et des tiers. En effet, l'inscription emporte véritablement délivrance, en ce sens que seule la

⁸² D. Lepeltier, *Promesse de cession d'actions et inscription en compte*, Bull. Joly 1989, p. 231, §75.

⁸³ Article L 228-1 du Code commerce alinéa premier et deuxième « *Les valeurs mobilières émises par les sociétés par actions revêtent la forme de titres au porteur ou de titres nominatifs.*

Ces valeurs mobilières, quelle que soit leur forme, doivent être inscrites en compte au nom de leur propriétaire, dans les conditions prévues par le II de l'article 94 de la loi de finances pour 1982 (n°_1-160 du 30 décembre 1981) »

⁸⁴ H. Le Nabasque, *op. cit.*, note 27, n°60.

⁸⁵ T. com. Paris, 6 avril 1987 confirmé par Lyon, 15 nov. 1990, Bull. Joly, 1991, p.54, §8.

⁸⁶ Article L 221-14 du Code de commerce *op. cit.* note 77.

⁸⁷ CA Paris, 1re ch. A, 14 mars 1990, (*Chargeurs S.A. c. R.Hersant*), Bull. Joly, 1990, p.353, §110 ; Bull. Joly, 1990, p.325, §97, note P. Le Cannu.

personne inscrite en compte sera admise, sauf exception, à faire valoir son droit vis-à-vis de l'émetteur⁸⁸.

Le cessionnaire qui n'est pas inscrit peut exercer un recours à l'encontre du président de la société en le sommant d'inscrire en compte. Il peut également désigner la société gardienne du pacte et stipuler que la société procédera à la retranscription de la cession des titres, même en l'absence d'ordre de mouvement, sur la seule production de la notification de cession et du récépissé de consignation des fonds. La collaboration de la société est donc nécessaire à l'efficacité de la cession d'actions nominatives. A défaut de cette collaboration, seul le recours au juge permet d'obtenir une inscription forcée.

La question s'était posée de savoir si la signification de la cession à la société selon les formes de l'article 1690 du Code civil⁸⁹ pouvait être efficace en matière de titres négociables. La réponse doit être négative, en effet, la signification ne rend la cession opposable qu'à la société et non pas aux tiers.

L'exécution forcée en nature serait donc le seul moyen pour le créancier d'obtenir les prétentions initialement prévues dans le contrat. Cependant comme cela a été vu, cette procédure n'est pas admise pour assurer l'effectivité des pactes d'actionnaires, sauf si le contrat est valablement formé. Afin de ne pas voir les pactes d'actionnaires dénués de toute efficacité, il est possible d'utiliser des mécanismes autres que les voies d'exécution.

Section 2. Des mécanismes indirects tendant à l'exécution en nature des obligations contenues dans le pacte

Le respect des dispositions contenues dans les pactes d'actionnaires peut être assuré par le recours au juge des référés au travers du mécanisme de l'injonction de faire (Paragraphe 1), mais aussi au travers du mécanisme de l'astreinte (Paragraphe 2).

⁸⁸ H. Le Nabasque et A. Reygrobelle, *L'inscription en compte des valeurs mobilières*, RDB et financier, 2000. 261.

⁸⁹ Article 1690 du Code civil « *Le cessionnaire n'est saisi à l'égard des tiers que par la signification du transport faite au débiteur. Néanmoins le cessionnaire peut être également saisi par l'acceptation du transport faite par le débiteur dans un acte authentique* ».

§ 1. L'injonction de faire

Après avoir examiné le mécanisme de l'injonction de faire (A), il s'agit d'en analyser l'efficacité au regard de l'exécution des pactes d'actionnaires (B).

A. Le mécanisme

Un décret n° 88-209 du 4 mars 1988 en s'inspirant de la procédure d'injonction de payer, a inscrit dans le code de procédure civile une procédure d'injonction de faire aux articles 1425-1 à 1425-9. Le juge des référés s'était déjà vu reconnaître le pouvoir d'ordonner l'exécution de l'obligation non sérieusement contestable « *même s'il s'agit d'une obligation de faire* »⁹⁰.

La procédure d'injonction de faire offre la possibilité au créancier de demander au juge des référés d'ordonner l'exécution de l'obligation de faire, dans le cas où « *l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable*⁹¹ ». Celle-ci concerne exclusivement les obligations entre personnes n'ayant pas toutes la qualité de commerçant. Elle vise, en fait, principalement les consommateurs. Elle met à leur disposition une procédure simple, rapide et peu onéreuse.

Cette procédure permet d'obtenir du juge d'instance, si la valeur en litige ne dépasse pas le taux de compétence de cette juridiction, une injonction judiciaire de faire, non susceptible de recours.

Le domaine de l'article 1425-1 est moins large que celui du référé de l'article 809, alinéa second du nouveau Code de procédure civile. En effet, comme cela a déjà été examiné la procédure de l'article 1425-1 ne s'applique qu'aux litiges contractuels à condition que les personnes n'aient pas la qualité de commerçant et enfin, il y a le problème du taux de compétence du tribunal d'instance. S'agissant de la qualité de commerçant, cette condition sera difficilement remplie en matière de pactes d'actionnaires.

Le juge des référés dans le cadre de l'article 809, adopte une position protectrice de la force obligatoire du contrat, en particulier lorsque les obligations des parties sont clairement définies

⁹⁰ Article 809 du Nouveau code de procédure civile « *Le président peut toujours, (Décr. n° 87-434 du 17 juin 1984) même en présence d'une contestation sérieuse, prescrire en référé les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite. Dans les cas où l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable, il peut accorder une provision au créancier (Décr. n°85-1330 du 17 déc. 1985), ou ordonner l'exécution de l'obligation même s'il s'agit d'une obligation de faire* ».

⁹¹ Article 809 du Nouveau code de procédure civile, *op. cit.* note 89.

dans le contrat⁹². Devant le juge des référés, la règle suivant laquelle « *...les conventions tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites* » prend tout son sens⁹³.

Lorsque l'obligation contractuelle n'est pas sérieusement contestable, le juge des référés peut imposer à une partie d'effectuer des livraisons, astreindre une société à fournir la garantie bancaire de paiement prévue au contrat⁹⁴, ou encore, imposer au bailleur l'exécution des obligations qu'implique le contrat de bail.

Le bénéficiaire d'une promesse unilatérale de vente pourrait donc demander au juge des référés d'ordonner l'exécution de l'obligation du promettant.

Il s'avère que ce mécanisme est peu coercitif et apparaît donc comme une voie d'exécution inefficace.

B. Une voie d'exécution inefficace

A première vue, l'injonction de faire semble contredire la règle formulée par l'article 1142 du Code civil, le juge ayant apparemment la possibilité de contraindre le débiteur à exécuter son obligation ; cependant, il n'en est rien.

Il s'agit, en fait, d'une simple mesure d'intimidation permettant de signifier solennellement et par voie judiciaire à un débiteur, dont l'obligation ne paraît pas contestable, qu'il est tenu d'exécuter celle-ci.

Cette injonction n'a cependant ni force exécutoire, ni autorité de chose jugée. Le créancier ne dispose donc d'aucun moyen afin de forcer le débiteur à exécuter le jugement ; de plus son inexécution n'est assortie d'aucune sanction lourde.

La mesure d'injonction de faire peut interrompre la prescription et valoir mise en demeure.

Cet avertissement peut tout de même avoir un petit effet sur le débiteur, sachant que s'il n'y défère pas sans motif valable, il ne peut espérer aucune indulgence en cas de procédure au fond. Cet effet est cependant très limité et n'aboutit presque jamais à une exécution forcée.

En pratique, les cocontractants en litige ne sollicitent pas la mise en œuvre de la procédure d'injonction de faire. Le nombre de décisions rendues dans le cadre de l'article 809, alinéa second, du nouveau Code de procédure civile reste faible⁹⁵.

⁹² B. Melin-Soucramanien, *Le juge des référés et le contrat*, PUAM, 2000.

⁹³ Article 1134 du Code civil.

⁹⁴ Cass. Civ. 2, 6 mai 1998, *JCP* éd. E., 1998, pan. rap., 1071.

⁹⁵ C. Giverdon, *Référé spéciaux*, Juris-Classeur, Procédure, vol. 9, fascicule 235-2, n°51.

S'il est difficile de contraindre directement le débiteur à exécuter en nature ses obligations, sous les réserves de l'article 1142 du Code civil, il est possible de l'atteindre dans ses intérêts patrimoniaux, en lui infligeant une pénalité au travers du mécanisme de l'astreinte. De plus, l'efficacité du mécanisme de l'injonction de faire peut cependant être mieux assurée en l'assortissant d'une mesure d'astreinte.

§ 2. La condamnation à l'exécution sous astreinte

Nous allons tout d'abord nous intéresser à la définition de l'astreinte (A), avant d'en voir son champ d'application (B) et ses effets (C).

A. Définition de l'astreinte

L'astreinte consiste dans la condamnation du débiteur à payer au créancier, à titre de peine privée, telle somme d'argent fixée par le juge, de manière globale ou, plus fréquemment, par jour (ou semaine, ou mois) de retard, s'il s'agit d'une obligation de faire, ou par infraction constatée, s'il s'agit d'une obligation de ne pas faire. L'astreinte ne constitue pas une mesure d'exécution forcée.

La somme est fixée par le juge, afin de représenter pour le débiteur, compte tenu des circonstances et de sa situation patrimoniale, une perte substantielle et croissante s'il persiste dans son refus. L'astreinte est donc variable en fonction des circonstances et de la situation du débiteur.

L'astreinte est indépendante des dommages et intérêts⁹⁶, auxquels elle s'ajoute. Ainsi l'astreinte ne peut être déduite des dommages et intérêts alloués⁹⁷.

Il s'agit à présent d'étudier le champ d'application de l'astreinte.

B. Champ d'application de l'astreinte

Il résulte de l'article 33 de la loi du 9 juillet 1991 que « *Tout juge peut, même d'office, ordonner une astreinte pour assurer l'exécution de sa décision* ». L'astreinte a donc un champ d'application assez large. L'astreinte peut être mise en œuvre dans le but d'obtenir l'exécution

⁹⁶ L. 5 juill. 1972, article 6 ; L. 9 juill. 1991, article 34.

⁹⁷ Cass. Civ. 2, 20 nov. 1991, *Bull. civ.* II, n° 308 ; D. 1992, somm. p. 277, obs. A. Penneau.

de toute espèce d'obligation.

Elle peut être prononcée en matière extra-contractuelle comme en matière contractuelle, en matière civile ou commerciale, mais aussi en matière administrative.

L'astreinte peut être prononcée par « *tout juge* », de droit commun ou d'exception, civil, commercial ou répressif, en formation de jugement, y compris par la procédure de référé, ou dans la phase de mise en l'état.

Le juge peut « *même d'office* » assortir d'une astreinte la décision qu'il prononce, sans que le créancier l'ait demandée, sans avoir à motiver sa décision et, par tant, sans susciter un débat contradictoire⁹⁸.

Il convient dès à présent d'examiner les effets de l'astreinte.

C. Effets de l'astreinte

Les astreintes peuvent être provisoires ou définitives⁹⁹.

Les astreintes provisoires nécessitent une nouvelle décision du juge pour les liquider, c'est-à-dire pour arrêter le montant que le débiteur devra effectivement verser au créancier au titre de la peine privée. Ce montant est librement fixé, sans que le juge soit lié par sa décision initiale. La liquidation intervient soit après que le débiteur ait exécuté son obligation, soit lorsqu'il est certain que cette exécution n'aura pas lieu, soit encore, lorsqu'une astreinte définitive est, dans un second temps prononcée. Le juge doit tenir compte « *du comportement de celui à qui l'injonction a été adressée et des difficultés qu'il a rencontrées pour l'exécuter* »¹⁰⁰.

Il a toujours été admis que l'astreinte provisoire constituait le principe et que son caractère définitif devait résulter clairement de la décision. Ce principe a été consacré par les textes régissant aujourd'hui l'astreinte, l'astreinte « *doit être considérée comme provisoire, à moins que le juge n'ait précisé son caractère définitif* »¹⁰¹.

Le recours à l'astreinte réduit ainsi considérablement la portée de l'article 1142. Cependant, les tribunaux ne font pas de l'astreinte un usage systématique, même lorsque le créancier en fait la demande, ils apprécient toujours l'opportunité du prononcé d'une astreinte.

⁹⁸ Cass. Civ. 1, 17 févr.1976, *Bull. civ. I*, n°72.

⁹⁹ F Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations, op. cit.* note 69, n°1100.

¹⁰⁰ Cass.civ.2, 15 mai 2003, *Gaz. Pal.*, 29/02/04, n°60, p.29.

¹⁰¹ L. 5 juill. 1972, article 6 ; L. 9 juill. 1991, article 34 alinéa 2.

De plus et c'est sans doute le plus important, il reste un domaine comprenant des obligations ayant un caractère personnel tellement marqué que toute contrainte, même indirecte, paraît inacceptable. Le procédé doit donc être banni pour les obligations de nature très personnelle mettant en jeu la liberté individuelle, la liberté de conscience ou encore le droit moral de l'artiste ou de l'auteur.

Les pactes d'actionnaires contiennent des dispositions qui peuvent être rangées dans la catégorie des obligations de faire et de ne pas faire ce qui en compromet l'exécution forcée en nature et ce du fait de l'article 1142 du Code civil. La majorité de la jurisprudence se refuse à condamner le promettant d'une promesse unilatérale de vente ou d'un pacte de préférence à l'exécution forcée de son obligation. Si l'on admet la condamnation à exécution forcée le problème qui se pose est la modalité de cette condamnation. Le jugement valant cession reste la solution la plus satisfaisante, mais elle est rarement retenue. En effet, il existe des spécificités relatives à l'objet des pactes d'actionnaires qui sont souvent des parts sociales ou des droits d'associés. On n'aboutit donc pas à l'exécution en nature sauf s'il y a déjà eu transfert de propriété.

Le contenu du pacte, et même la spécificité de son objet, ne sont pas les seuls obstacles à l'exécution forcée des pactes d'actionnaires. Certaines dispositions du droit des obligations mais aussi du droit des sociétés font également obstacle à l'exécution forcée des pactes d'actionnaires.

TITRE 2.

LES OBSTACLES A L'EXECUTION FORCEE DES PACTES D'ACTIONNAIRES

Les pactes d'actionnaires contiennent le plus souvent des dispositions concernant la cession de droits sociaux qui sont des contrats de vente classiques régis par le droit des obligations. Lorsque leur exécution forcée est recherchée, certaines difficultés résultent justement du droit des obligations, notamment par la condition de la formation du contrat ou encore l'effet du contrat à l'égard des tiers.

Les pactes d'actionnaires contiennent également des dispositions ayant pour objet la situation de la société. Les promesses d'achats d'actions et les conventions de vote constituent les deux types de pactes extra-statutaires relatifs à la situation de la société qui posent la question de la compatibilité de leur exécution forcée avec le fonctionnement de la société.

Il convient donc d'examiner en premier lieu les obstacles tenant au droit des obligations (Chapitre 1), afin d'examiner par la suite les obstacles tenant au droit des sociétés (Chapitre 2).

Les développements qui suivent seront divisés en deux chapitres :

Chapitre 1 : Les obstacles tenant au droit des obligations

Chapitre 2 : Les obstacles tenant au droit des sociétés

CHAPITRE 1. LES OBSTACLES TENANT AU DROIT DES OBLIGATIONS

Comme cela a été vu précédemment, les conventions contenues dans les pactes d'actionnaires font appel à des techniques contractuelles classiques du droit des obligations. Ces avant-contrats doivent respecter toutes les conditions de validité d'un contrat posées par l'article 1108 du Code civil. Le consentement est l'une de ces conditions.

L'absence d'échange des consentements empêche la formation du contrat, et empêche par la même toute possibilité d'exécution en nature (Section 1). Par ailleurs, si le promettant d'une promesse unilatérale de vente ou d'un pacte de préférence consent la vente à un tiers en violation du droit du bénéficiaire, ce dernier peut se heurter au principe de l'inopposabilité des conventions (Section 2).

Section 1. L'absence de rencontre des volontés

Le problème de l'absence de rencontre des volontés peut se rencontrer à l'occasion des avant-contrats qui préparent une cession future de droits sociaux comme les promesses unilatérales de vente ou les pactes de préférence.

La rétractation de l'auteur d'une promesse unilatérale de vente, avant la levée de l'option, empêche le transfert de propriété. La rétractation peut être définie comme étant une « *manifestation de volonté contraire par laquelle l'auteur d'un acte ou d'une manifestation unilatérale de volonté entend revenir sur sa volonté et la retirer comme si elle était non avenue, afin de la priver de tout effet passé ou à venir* »¹⁰².

La jurisprudence se refuse, et ce de manière contestable, à constater la formation du contrat de cession au motif que les volontés de vendre et d'acquérir ne se sont pas rencontrées.

La troisième chambre civile de la Cour de cassation, dans son arrêt du 15 décembre 1993¹⁰³, a ainsi considéré que la rétractation avant la levée de l'option était valable.

¹⁰² G. Cornu, *op. cit.* note 4.

¹⁰³ Cass. Civ. 3, 15 déc. 1993, *RTD civ.* 1994, p. 588; *JCP* éd. G., 1995, II, 22366 obs. D. Mazeaud; *D.* 1994, jur., p. 507, note F. Benac-Schmidt.

Les faits étaient les suivants : Madame Godard avait consenti le 22 mai 1987 aux consorts Cruz, une promesse unilatérale de vente d'un immeuble, promesse valable jusqu'au 1^{er} septembre. Le 26 mai 1987, Madame Godard a notifié aux bénéficiaires sa décision de ne plus vendre. Les consorts Cruz ont levé l'option le 10 juin 1987 et ont assigné ensuite la promettante en réalisation forcée de la vente. Les juges du fond les ayant déboutés au motif qu'ils n'étaient créanciers que d'une simple obligation de faire, ils se pourvurent en cassation.

Les consorts Cruz font valoir que dans une promesse unilatérale de vente, l'obligation du promettant constitue une obligation de donner, et que l'arrêt d'appel avait donc violé les articles 1134 et 1589 du Code civil¹⁰⁴. La Haute juridiction n'a pas accueilli leur recours en décidant que « *la cour d'appel, ayant exactement retenu que tant que les bénéficiaires n'avaient pas déclaré acquérir, l'obligation de la promettante ne constituait qu'une obligation de faire et que la levée d'option, postérieure à la rétractation de la promettante, excluait toute rencontre des volontés réciproques de vendre et d'acquérir, le moyen n'est pas fondé* ».

La position adoptée par la Cour de cassation n'est cependant pas satisfaisante. L'offre contenue dans le contrat est irrévocable, le promettant donne son consentement dès la conclusion du contrat de promesse, le choix n'appartient qu'au bénéficiaire de l'offre. Ce contrat serait donc hybride : pour le bénéficiaire il est un contrat préparatoire à la vente en ce sens que la conclusion du contrat définitif n'est pas certaine, tandis que pour le promettant, il serait déjà la vente.

On voit difficilement comment dans ces conditions le promettant peut valablement rétracter son offre pendant la durée du contrat. Le principe de la force obligatoire du contrat s'oppose à cette position. La décision de la Cour de cassation ne donne au bénéficiaire aucun moyen de se prémunir contre un promettant indélicat. Cet engagement de vendre étant irrévocable conformément à l'article 1134 du Code civil, il n'y aurait donc aucun problème d'inexécution¹⁰⁵. En effet, les critiques à l'encontre de cette jurisprudence considèrent que l'exécution forcée est possible car l'enjeu est la force obligatoire du contrat et non la liberté de contracter ou de ne pas contracter.

¹⁰⁴ Cass. Civ. 3, 15 déc. 1993, *op.cit* note 103.

¹⁰⁵ F. Collart- Dutilleul,, *Les contrats préparatoires à la vente d'immeuble : les risques de désordre* , Droit et Patrimoine 1995, p. 66.

De plus, un dernier argument condamnant la position de la Cour est qu'il conviendrait de contraindre le promettant malgré sa rétractation parce que l'on ferait ainsi triompher le respect de la parole donnée et donc la morale contractuelle.

La Cour considérant quant à elle que l'absence de rencontre de volontés empêche la formation du contrat, la poursuite de son exécution forcée est impossible. Certains auteurs¹⁰⁶ approuvent la position de la Cour de cassation.

Une analyse différente de la promesse de vente peut être faite, ainsi, le vendeur émet un consentement à la promesse dont l'objet est de maintenir son offre de vendre. Le consentement à la promesse et le consentement à la vente doivent donc être distingués¹⁰⁷.

Le dernier argument en faveur de la solution de la Cour repose sur une analyse économique du contrat de promesse. Si le promettant rétracte sa promesse, c'est qu'il a sans doute trouvé une meilleure option ailleurs, soit pour garder la chose, soit pour la vendre plus cher à un tiers. A partir du moment où les intérêts économiques d'une partie l'invitent à choisir une autre solution que celle prônée par le sens littéral du contrat, nul ne saurait le maintenir dans les liens contractuels.

Bien que ces arguments soient fondés, la position de la Cour de cassation est trop défavorable au bénéficiaire du pacte qui ne sera jamais pleinement satisfait en recevant des dommages et intérêts. Cette position limite clairement l'efficacité des pactes d'actionnaires.

Contrairement à ce que certains ont pu penser, il ne s'agit pas d'un arrêt d'espèce, la troisième chambre civile ayant rendu, le même jour, un arrêt identique au sujet d'une autre affaire¹⁰⁸.

Malgré les critiques doctrinales faisant suite à cette solution, la Cour de cassation n'a délibérément pas saisi l'occasion qui lui était offerte par une affaire jugée le 26 juin 1996 de revenir sur sa position. La Cour a donc manifesté son attachement à cette solution, ce malgré les contestations unanimes¹⁰⁹.

Après avoir analysé le premier obstacle à l'exécution forcée résultant de l'absence de rencontre de volontés, il convient d'examiner quelle est l'opposabilité des pactes d'actionnaires à l'égard des tiers, tout en tenant compte du comportement de ce tiers.

¹⁰⁶ D. Mainguy, *L'efficacité de la rétractation de la promesse de contracter*, RTD civ. 2004, p. 1 ; M.-A. Frison-Roche, *Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats*, RTD civ. 1995.573.

¹⁰⁷ D. Mainguy, *op. cit.* note 106.

¹⁰⁸ Affaire Boucharot c. Naudet, *Lexilaser* n° 1955, pourvoi n° 91-14999.

¹⁰⁹ Cass. Civ. 3, 26 juin 1996, *RJDA* 1996.636 ; *Defrénois*, 1996, p. 1371, note D. Mazeaud, *JCP* éd. N. 1997, II.909, note D. Stapylton-Smith.

Section 2. L'opposabilité du pacte à l'égard du tiers fonction de son comportement

Le promettant d'une promesse unilatérale de vente ou d'un pacte de préférence a l'interdiction de vendre la chose promise à un tiers. Si le promettant viole son obligation contractée dans un de ces avant-contrats, la prétention du bénéficiaire de voir la vente se réaliser à son profit se heurte alors aux droits acquis par le tiers. En fait, la situation du bénéficiaire sera fonction de l'attitude du tiers acquéreur. Il s'agit donc d'analyser l'opposabilité des avant-contrats contenus dans les pactes d'actionnaires à l'égard des tiers selon qu'ils soient de bonne (Paragraphe 1) ou de mauvaise foi (Paragraphe 2).

§ 1. L'inopposabilité du pacte au tiers acquéreur de bonne foi

La seule chose que recherche le bénéficiaire du pacte est de devenir à son tour propriétaire des titres promis. Bien qu'antérieur au droit du tiers, le droit personnel du bénéficiaire est pourtant inopposable au tiers acquéreur de bonne foi. L'inopposabilité peut être définie comme étant l'inefficacité d'un acte à l'égard d'un tiers permettant à ce tiers de méconnaître de l'acte et d'en ignorer les effets.¹¹⁰ Il serait en effet, contraire à la sécurité juridique d'exiger des tiers ignorant l'existence du contrat la restitution d'un bien qu'ils pensaient avoir régulièrement acquis.

La violation d'une promesse de vente ou d'un pacte de préférence qui cause un préjudice au bénéficiaire permet à celui-ci d'agir en responsabilité à l'encontre du promettant. Les actions offertes au bénéficiaire diffèrent selon le contrat signé.

En effet, comme il sera vu plus tard la qualification de la mauvaise foi du tiers dans le pacte de préférence est plus complexe que pour la promesse unilatérale de vente.

En présence d'une promesse unilatérale de vente, le bénéficiaire ne peut se retourner que contre le promettant et ne peut rien faire à l'encontre du tiers acquéreur de bonne foi. Le bénéficiaire pourra réclamer des dommages et intérêts de la part du promettant qui commet une faute contractuelle en agissant avec un tiers.

¹¹⁰ G. Cornu, *op. cit.* note 4.

La situation est autre lorsque nous sommes en présence du bénéficiaire d'un pacte de préférence.

Lorsque le tiers acquéreur ignore l'intention du bénéficiaire de se prévaloir du pacte de préférence, ce dernier ne peut demander l'anéantissement du contrat conclu en méconnaissance de ses droits. Son action en responsabilité ne peut se traduire que par l'allocation de dommages et intérêts. Cependant, dans le cadre d'un pacte de préférence, le bénéficiaire pourra tout de même agir à l'encontre du tiers acquéreur de bonne foi, en agissant par la voie contractuelle contre le promettant et par la voie délictuelle contre le tiers complice.

Pour certains auteurs, l'absence de mauvaise foi du tiers n'est pas exclusive de dommages et intérêts à sa charge¹¹¹. Ainsi, si le bénéficiaire du pacte violé peut démontrer que le tiers acquéreur connaissait l'existence de l'avant-contrat lors de la conclusion de la vente la faute de ce dernier ne fait guère de doute. Le tiers n'est donc pas de mauvaise foi mais il a tout de même commis une faute qu'il doit réparer.

Enfin, pour que l'action du bénéficiaire prospère il faut que ce dernier ait intérêt à agir, autrement dit qu'il ait bien eu l'intention de se prévaloir du pacte de préférence.

Après avoir étudié, les conséquences de la bonne foi du tiers acquéreur sur l'opposabilité du pacte d'actionnaires, nous allons nous intéresser à cette situation lorsque le tiers acquéreur est de mauvaise foi.

§ 2. L'opposabilité du pacte au tiers acquéreur de mauvaise foi

Il s'agit tout d'abord de qualifier la mauvaise foi du tiers acquéreur (A), afin de pouvoir examiner par la suite quelles en sont les sanctions classiques possibles (B) et d'analyser enfin la sanction de la substitution qui semble être l'unique sanction adéquate (C).

A. La qualification de la mauvaise foi

La qualification de la mauvaise foi diffère selon que l'on se trouve dans le cadre d'une promesse unilatérale de vente (1), ou d'un pacte de préférence (2).

¹¹¹ D. Mazeaud, *La responsabilité du fait de la violation d'un pacte de préférence*, Gaz. Pal. 1994, 1, 210.

1. Dans la promesse unilatérale de vente

La jurisprudence considère comme étant de mauvaise foi le tiers qui se porte acquéreur d'un bien en ayant connaissance de l'existence d'une promesse unilatérale de vente consentie préalablement par le vendeur.

2. Dans le pacte de préférence

L'appréciation de la mauvaise foi est en revanche plus sévère en matière de pacte de préférence : outre sa connaissance de l'avant-contrat, il est exigé du tiers qu'il ait également connu l'intention du bénéficiaire de se prévaloir de son droit.

Cette divergence ne se justifie ni au regard de la nature des actes, qui obéissent à un régime identique dès lors que le promettant a exprimé son intention de vendre, ni au regard de la notion d'opposabilité, qui repose sur l'information des tiers et non sur une collusion frauduleuse avec le contractant fautif.

Après avoir analysé la qualification de la mauvaise foi dans ces avant-contrats, il y a lieu d'étudier quelles sont les sanctions de la mauvaise foi.

B. Les sanctions de la mauvaise foi

L'action dirigée par le bénéficiaire contre le tiers fautif sur le terrain de l'article 1382 du Code civil permet au bénéficiaire d'obtenir une réparation par équivalent. Cependant cette action ne permet pas toujours d'obtenir la nullité de la cession irrégulière, prononcée à titre de réparation en nature. La nullité de la cession est une sanction plus satisfaisante pour le bénéficiaire du pacte. L'annulation du contrat n'est cependant qu'une faculté pour le juge, qui n'est jamais tenu de la prononcer d'office¹¹². En effet, la Cour de cassation décide que « *Les juges du fond, appelés à statuer sur la violation d'un pacte de préférence, ont la liberté d'accorder le mode de réparation qui leur paraît le plus adéquat au dommage subi ; en l'absence de texte l'édicteant, l'annulation de la vente critiquée n'est pour eux qu'une faculté et non une obligation* ».

La fraude constitue, pour les juges, le seul fondement de la nullité de la cession au tiers en violation de l'avant-contrat.

¹¹² Cass. Civ. 12 juin 1954, *JCP*. 54.8225 ; *D.* 1954, 588.

Dans l'arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de cassation du 7 mars 1989 dit arrêt Schwich et Baizeau¹¹³, elle admet que l'annulation de la convention passée en méconnaissance des droits des bénéficiaires de la préemption peut être prononcée, lorsqu'il existe entre le vendeur et le tiers acquéreur une collusion frauduleuse. Cette solution avait déjà été clairement affirmée par un arrêt de 1982¹¹⁴, mais remonte à des décisions bien plus anciennes¹¹⁵.

Dans un arrêt de la Chambre commerciale du 7 janvier 2004¹¹⁶, la Cour de cassation reste fidèle à la jurisprudence Schwich et Baizeau. Elle exige pour annuler la cession conclue en contravention avec le pacte, une collusion frauduleuse entre le cédant et le cessionnaire. De quelle manière cette collusion frauduleuse peut être prouvée ? Dans cet arrêt, les bénéficiaires avaient notifié au cessionnaire leur intention de se prévaloir du pacte d'actionnaires. S'ils sont informés à temps, les contractants du cédant peuvent constituer l'acquéreur de mauvaise foi et préparer la preuve de la collusion frauduleuse. Ainsi, l'acquéreur saura que les titres sont « pactés » et ne pourra pas aller plus loin sans se rendre complice du cédant, conscient et volontaire, de la violation du pacte qui lie ce dernier.

L'annulation du contrat conclu en violation d'un pacte de préférence ou d'une promesse unilatérale de vente ne saurait constituer une sanction efficace. En effet, le bénéficiaire n'obtient pas sa prétention première qui est la conclusion du contrat. Il existe en doctrine un mouvement très favorable à l'admission de la substitution à titre de sanction de la violation d'une obligation de faire ou de ne pas faire. Ce courant n'a pourtant pas été consacré par la jurisprudence relativement uniforme de la Cour de cassation.

C. La substitution, une sanction adéquate

La substitution semble être la sanction la plus appropriée et la plus avantageuse pour l'efficacité des pactes d'actionnaires (1), cependant cette solution a été refusée par la jurisprudence (2).

¹¹³ Cass. Com. 7 mars 1989, *op. cit.* 39.

¹¹⁴ Cass. Civ. 26 oct. 1982, *Gaz. Pal* 1983, 661, note E.S. de la Marnierre.

¹¹⁵ Cass. Req. 15 avril 1902, *S.* 1902, 316.

¹¹⁶ Cass. Com., 7 janv. 2004, *Bull. Joly sociétés*, 2004, p.544, §103, obs. P. Le Cannu.

1. L'avantage de la substitution

La perspective de ne devoir payer que des dommages et intérêts n'est pas assez dissuasive pour un investisseur. Les seules menaces d'une condamnation à des dommages et intérêts et même de l'annulation de la vente frauduleuse sont impuissantes pour dissuader les manquements aux engagements souscrits.

La substitution du contractant à la suite de la conclusion du contrat envisagé avec un tiers s'oppose à la nullité qui fait disparaître jusqu'au consentement du débiteur de la priorité promise, alors que la substitution suppose au contraire le maintien du contrat initial. Il s'agit donc d'une cession forcée du contrat opérant une substitution, non seulement dans les droits du tiers, mais encore dans l'ensemble du rapport contractuel, par analogie avec les facultés de retrait ou les droits de préemption légaux ; la différence étant que la préférence relève du domaine contractuel.

La substitution de contractant constituerait la réparation adéquate par excellence du manquement à la priorité promise, puisqu'elle a pour effet de réaliser la volonté exprimée initialement par les parties.

Ce qui caractérise la préférence est qu'elle exprime un accord irrévocable sur la personne du cocontractant qu'elle désigne. Le débiteur de la priorité promise a d'ores et déjà donné son consentement. Si donc, par la suite, le débiteur a manqué à son engagement en concluant avec un tiers, et que le bénéficiaire est d'accord pour contracter aux mêmes conditions acceptées par le tiers, il doit pouvoir faire juger que le contrat lui sera cédé.

Il a parfois été reproché comme nous allons le voir *infra*, le manque de base légale de la solution de la substitution. Le texte ayant apparemment vocation à régir la sanction de la violation de l'obligation de faire est l'article 1142 du Code civil, or ce texte, il est vrai ne mentionne nullement la substitution. Mais, il faut relever que ce même texte ne fait pas non plus état de l'annulation du contrat frauduleux, alors que cette sanction est incontestablement admise. L'absence de base légale n'apparaît pas constituer un argument valable.

La substitution du bénéficiaire d'un pacte de préférence au tiers acquéreur a parfois été prononcée par des juridictions du fond¹¹⁷.

Dans un arrêt de la cour d'appel de Lyon en date du 15 novembre 1990¹¹⁸, on a cru voir une ouverture vers la reconnaissance de la substitution comme sanction du non-respect du droit de préemption. Cette décision est intervenue sur renvoi après cassation du 7 mars 1989¹¹⁹. La cour d'appel constate que la préemption avait été exercée avant que l'aliénation au profit d'un tiers ait pu se produire, de sorte que le préempteur devait pouvoir être substitué dans les droits du cessionnaire, sans que soient remis en cause les droits d'une personne qui n'avait jamais été propriétaire. Cette décision est toutefois isolée dans l'ensemble de la jurisprudence.

2. Refus de la substitution par la jurisprudence

La Cour de cassation a affirmé et ce dès 1957¹²⁰, que la nullité de la vente pour collusion frauduleuse ne saurait en tout état de cause autoriser le bénéficiaire du pacte de préemption à se substituer purement et simplement au tiers acquéreur.

Plus récemment, la chambre commerciale de la Cour de cassation a encore pris position contre la substitution de cocontractant dans un arrêt du 27 mai 1986¹²¹, en censurant sous le visa de l'article 1583 du Code civil un arrêt de la cour d'appel de Paris qui avait prononcé la cession forcée de titres sociaux. L'arrêt du 7 mars 1989¹²² avait fait naître un doute sur la solution de 1957 : dans la mesure où à propos d'un pacte de préférence de cession d'actions, la chambre commerciale avait censuré un arrêt prononçant la substitution en relevant que les juges du fond n'avaient pas constaté la collusion frauduleuse entre cédant et cessionnaire ; on pouvait dès lors implicitement déduire l'admission de la substitution en cas de fraude.

Cet espoir a été anéanti par la troisième chambre civile de la Cour de cassation dans un arrêt du 30 avril 1997¹²³. La preuve de la collusion frauduleuse entre le promettant et le tiers

¹¹⁷ D. Hurstel et A. Péron, *La substitution d'acquéreur est-elle une sanction possible de la violation d'un pacte de préemption ?*, Option Finance, 1993, n°254, p.30.

¹¹⁸ Lyon, 15 novembre 1990, *Bull. Joly*, 1991, p.54.

¹¹⁹ Cass. Com. 7 mars 1989, *op. cit.* note 39.

¹²⁰ Cass. Civ. 1^{re}, 4 mai 1957, *Bull. civ.* I, n°197, p.163.

¹²¹ Cass. Com., 27 mai 1986, *Bull. Joly*, 1986, p. 687, *RTD civ.* 1987, n°2, p.88, obs. J. Mestre.

¹²² Cass. Com. 7 mars 1989, *op. cit.* note 39.

¹²³ Cass. Civ. 3, 30 avril 1997, *Joly* 1997, p. 877, §315; *D. aff.* 1997 p. 474, *D.* 1998, chr. p. 203 ; *RTD civ.* p. 685 note P.-Y. Gautier ; *Defrésnois*, 1997 p. 1007 note P. Delebecque.

acquéreur était rapportée, mais la Cour de cassation décida que la vente litigieuse pouvait être anéantie, tout en refusant que le bénéficiaire, à l'encontre duquel, la fraude était dirigée soit rétabli dans les droits que, pourtant, le pacte de préférence lui faisait légitimement miroiter.

En l'espèce, un locataire s'était fait consentir un droit de préemption lui conférant une priorité en cas de vente par le bailleur de l'immeuble loué. Nonobstant cet engagement, la propriétaire céda le bien postérieurement à un tiers qui ne semblait pas avoir ignoré la priorité ainsi accordée. Huit jours après cette vente, le nouvel acquéreur offrit au bénéficiaire de lui rétrocéder le bien pour le double de ce qu'il avait payé. Des pourparlers s'engagèrent. La vente n'aboutissant pas, le bénéficiaire finit par assigner le débiteur et le tiers en annulation de la vente et substitution de sa personne aux lieux et place de l'acquéreur. Les juges du fond ordonnèrent cette substitution.

La Cour de cassation cassa cet arrêt sous le visa de l'article 1142 du Code civil : les obligations de faire et de ne pas faire ne peuvent se résoudre qu'en dommages et intérêts.

Il y a plusieurs obstacles théoriques à l'admission de la substitution.

Le premier vient du défaut d'assise légale de cette sanction.

Le deuxième obstacle vient du principe de la liberté contractuelle dont la première conséquence est que le consentement à un contrat doit être libre.

D'autres arguments ont encore été invoqués pour justifier la position de la Cour de cassation. Ainsi dans l'hypothèse d'une vente, le bénéficiaire ne doit pas être substitué au tiers, la préférence ne conférant aucune faculté de retrait. Le droit du bénéficiaire ne serait qu'un simple droit de priorité, et non un droit au transfert de la propriété du bien à son profit. Le bénéficiaire ne pourrait donc pas revendiquer la chose contre le tiers comme s'il était titulaire d'un droit réel emportant un droit de suite.

Une autre critique consiste à relever que le juge ne peut créer de toute pièce un contrat entre le bénéficiaire de l'obligation de faire et le débiteur. Le contrat frauduleux annulé, les parties se retrouvent dans l'état où elles étaient avant sa conclusion. Ordonner la substitution revient à former par décision de justice un nouveau contrat de vente au profit du créancier de l'obligation.

Ainsi, si le prix est indéterminé et si les parties étaient convenues que ce prix résulterait, en cas d'exercice du droit de préemption, d'une négociation, une difficulté surgira. En effet, dans ce cas la négociation n'ayant eu lieu, et ne pouvant très probablement plus avoir lieu, la cession ne pourra être réalisée.

Par ailleurs, certains font valoir que la substitution serait incompatible avec l'annulation. L'annulation du contrat rendrait impossible la substitution qui porterait précisément sur un contrat qui n'existe plus. Ces deux sanctions seraient donc radicalement opposées.

Enfin, proposer une réparation en nature, aboutirait à permettre la résolution d'une convention pour la seule raison qu'elle a été formée grâce à un concours de fautes. Admettre la substitution reviendrait donc à obliger le tiers, certes complice, en vertu d'un contrat qui ne le lie pas, au mépris de l'article 1165 du Code civil¹²⁴.

Nous avons analysé le sort du pacte d'actionnaires et plus particulièrement le sort des avant-contrats qu'il contient en cas de cession à un tiers. Il n'est possible d'agir contre le tiers que si ce dernier est de mauvaise foi. Cependant les sanctions de cette mauvaise foi sont insuffisantes. Il y a lieu de voir si d'autres procédés ne permettraient pas de renforcer l'efficacité des pactes d'actionnaires en cas de cession à un tiers. Nous allons donc examiner à présent s'il est possible de rechercher l'opposabilité d'un pacte d'actionnaires au travers de la publicité.

Section 3. La recherche de l'opposabilité du pacte par la publicité

La difficulté de prouver la mauvaise foi du tiers pourrait inciter à préférer une technique d'opposabilité plus objective qui rendrait inutile l'appréciation du comportement du tiers.

Le droit des sociétés n'a pas instauré de publicité légale des pactes portant sur les cessions de droits sociaux, analogue à la publicité foncière. Par exception, il impose la publicité des pactes portant sur des actions de sociétés cotées, mais uniquement dans un souci de transparence et non dans le but de renforcer l'efficacité des droits des bénéficiaires. Les pactes peuvent être insérés dans les statuts de la société, ou alors peuvent être publiés par le biais de la publicité

¹²⁴ Article 1165 du Code civil « *Les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes ; elles ne nuisent point au tiers, et elles ne lui profitent que dans le cas prévu par l'article 1121* ».

légale. Il s'agit donc d'analyser la technique de la publicité légale (Paragraphe 1), et de la publicité statutaire (Paragraphe 2) pour voir si elles permettent d'assurer l'opposabilité aux tiers des pactes d'actionnaires.

§ 1. L'opposabilité par la publicité légale

Il convient de s'interroger sur la portée de l'obligation de publier certains pactes d'actionnaires. L'instauration de l'obligation de publier les pactes comportant des conditions préférentielles de cession ou d'acquisition d'actions cotées, résulte de la volonté de faciliter la connaissance de la répartition du capital social des sociétés cotées. Les pactes d'actionnaires peuvent perturber le déroulement des offres publiques d'acquisition.

Auparavant l'article L. 233-11 du Code de commerce exigeait déjà la transmission au Conseil des marchés financiers des conventions conclues entre des actionnaires d'une société cotée comportant des conditions préférentielles de cession ou d'acquisition d'actions afin qu'il en assure la publicité. Cette obligation n'était cependant assortie d'aucune sanction, ce qui privait le dispositif légal de toute efficacité.

La loi du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques a voulu renforcer la portée de la publicité des pactes. L'obligation de publicité des pactes s'applique désormais à toutes les clauses (et non seulement aux conventions) prévoyant des conditions préférentielles de cession ou d'acquisition cotées, et ce quels qu'en soient les signataires. Ce ne sont plus les seuls accords entre actionnaires qui sont visés mais aussi ceux liant les actionnaires et des tiers ou ceux passés par des tiers. Cet article a également été modifié par la loi de sécurité financière du 1^{er} août 2003, ainsi les pactes d'actionnaires doivent être transmis dans un délai de cinq jours de bourse à compter de leur signature¹²⁵. A défaut de transmission, les effets de ces clauses sont suspendus pendant la période d'offre publique.

La sanction ne s'applique malheureusement qu'en cas de période d'offre publique. Par conséquent, en temps normal, le défaut de publication demeure sans sanction spécifique. Dans ce cas, on retombe dans le régime antérieur à la loi du 15 mai 2001. La publicité ne suffit pas à rendre le pacte opposable aux tiers, mais elle peut constituer une présomption simple de la mauvaise foi du tiers acquéreur et permettre ainsi de renverser la charge de la preuve.

¹²⁵ Article L. 233 -11 du Code de commerce, *op. cit.* note 5.

Un parallèle, entre les règles applicables aux pactes d'actionnaires et celles applicables à la publicité foncière, peut être fait. Il s'agit donc d'analyser le régime applicable à la publicité foncière. De nombreuses discussions ont surgi après l'entrée en vigueur du décret du 4 janvier 1955 sur la publicité foncière. Ce décret organise la publicité de certains contrats affectant la propriété foncière et établit deux régimes distincts selon le type de contrat publié. Les contrats emportant une restriction au droit de disposer sont soumis à un régime de publicité obligatoire, corrélativement ils sont opposables aux tiers. Le décret organise encore une publicité facultative pour certains contrats, dont la promesse de vente. Les effets de cette publicité sont bien moindres puisqu'elle n'emporte pas l'opposabilité aux tiers, elle est simplement destinée à informer les tiers.

Le cas du pacte de préférence est plus complexe. La Cour de cassation dans un arrêt du 4 mars 1971 avait décidé qu'un pacte de préférence, accordant au bénéficiaire la priorité en cas de vente de l'immeuble, était opposable au tiers acquéreur, auquel le vendeur avait, au mépris de sa promesse de préférence, aliéné le bien, puisque le pacte de préférence, publié au bureau des hypothèques, constituait une restriction au droit de disposer¹²⁶.

Le pacte de préférence se voyait donc appliquer un régime distinct de celui de la promesse unilatérale de vente.

La Cour de cassation va revenir sur sa position dans un arrêt du 13 mars 1979¹²⁷, puisqu'elle approuve les juges du fond d'avoir décidé que le pacte de préférence portant sur un droit au bail n'est qu'une simple promesse unilatérale conditionnelle, dont la violation se résout en dommages et intérêts et ne constitue pas une restriction au droit de disposer.

Comme nous l'avons vu, la publication facultative établit une présomption simple de mauvaise foi et renverse ainsi la charge de la preuve. La généralité de la solution ne saurait être cantonnée aux règles de publicité foncière, ce qui permet d'espérer qu'une position comparable sera tenue par les tribunaux quant aux effets de la publication des pactes d'actionnaires.

Après avoir vu les effets de la publicité légale, il convient de s'intéresser aux effets de la publicité statutaire concernant l'opposabilité des pactes d'actionnaires.

¹²⁶ Cass. Civ. 3, 4 mars 1971, *D.* 1971, p.358, note E. Franck.

¹²⁷ Cass. Civ. 3, 13 mars 1979, *D.* 1979, p. 546, note E. Franck ; Cass. Civ. 3, 16 mars 1994, *Bull. civ.* III, n°58 ; *RJDA* 2/1995, n°124 (1^{re} espèce).

§ 2. L'opposabilité par la publicité statutaire

L'inscription des clauses relatives aux cessions de titres dans les statuts leur confère une efficacité supérieure à celle des pactes extra-statutaires et ce du fait de leur opposabilité de principe aux associés, à la société et aux tiers. En effet, les statuts sont opposables de plein droit à la société et aux tiers du fait de leur dépôt au Registre du commerce et des sociétés.

Lorsqu'une stipulation statutaire vient contrarier le dispositif extra-statutaire, elle amoindrit la force obligatoire de ce dernier. Cette solution résulte d'un arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de cassation du 15 février 1994¹²⁸ qui fait prévaloir un droit de préemption réservé à deux actionnaires sur une promesse de rachat des actions consenties par les principaux actionnaires. On voit bien qu'une décision sociale est opposable à tous et prime sur les conventions particulières.

De même, la présence d'une clause d'agrément dans les statuts de la société risque de paralyser la mise en œuvre d'un pacte de préférence. Ainsi un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 26 avril 1994¹²⁹ affirme que « *l'existence d'un pacte de préférence ne rendait pas incessibles les actions sur lesquelles il porte, une cour d'appel a pu retenir par ces seuls motifs qu'un actionnaire pouvait présenter à l'agrément de la société une offre émanant d'une société tierce* ». L'arrêt relève en premier lieu, que le fait qu'une demande d'agrément révèle à la société une cession contraire à un pacte de préférence ne constitue pas un motif suffisant pour que la société puisse conclure à l'irrégularité de la demande dont elle est saisie. Le pacte avait été notifié à la société ; celle-ci savait donc que préalablement à toute cession à un tiers, l'actionnaire lié par le pacte devait proposer ses titres au bénéficiaire désigné par le pacte d'actionnaires. Cette connaissance n'emporte pas, selon la Cour de cassation, la possibilité pour la société de considérer que la demande d'agrément serait irrégulière. Ainsi le débiteur d'un pacte de préférence ne viole pas son engagement s'il soumet à l'agrément de la société les titres d'un tiers ; le pacte n'est violé que si le débiteur cède les titres promis à un tiers. En l'espèce, l'agrément du tiers pressenti avait pu être tacitement acquis, faute de réponse de la société dans le délai de trois mois à compter de la demande.

¹²⁸ Cass. Com., 15 février 1994, *Bull. Joly*, 1994, p.508, §152.

¹²⁹ Cass. Com., 26 avril 1994, *Rev. sociétés*, 1994, p. 480, note M. Jeantin.

La solution aurait-elle été différente si la société avait expressément agréé le tiers en connaissance de l'existence du pacte de préférence ? Certains auteurs¹³⁰ sont de cet avis.

Les pactes d'actionnaires, lorsqu'ils ne sont pas intégrés dans les statuts ont donc une portée moindre par rapport à celle des dispositions statutaires. Leur publication aurait donc un effet important concernant leur opposabilité à l'égard des tiers mais les pactes perdraient par la même leur intérêt. En effet, certains accords, parce qu'ils ont un caractère temporaire (comme les conventions de vote), ou qu'ils ne sont conclus qu'entre certains associés ou entre associés et tiers, trouvent naturellement leur place en dehors des statuts. De plus la publication des statuts ne permet pas de préserver la confidentialité de certaines clauses contenues dans des pactes d'actionnaires. Enfin la modification des statuts nécessite une procédure plus lourde que la modification des contrats contenus dans les pactes d'actionnaires. On voit donc toute l'importance de l'existence d'accords extra-statutaires dont la souplesse et la discrétion contrebalancent leur inopposabilité aux tiers.

Si le promettant d'un pacte de préférence ou d'une promesse unilatérale de vente, viole son obligation et cède le bien à un tiers, l'action du bénéficiaire dépendra de l'attitude du tiers. Si le tiers est de bonne foi, le bénéficiaire pourra uniquement agir à l'encontre du promettant et ce avec une petite nuance pour le pacte de préférence. Dans le cas du pacte de préférence, le bénéficiaire pourra tout de même agir à l'encontre du tiers de bonne foi, comme cela a été vu *supra*. Si le tiers est de mauvaise foi, le bénéficiaire possède plus de moyens d'actions. En effet, si le tiers parvient à prouver la collusion frauduleuse entre le promettant et le tiers acquéreur, il peut obtenir la nullité de la convention. Cependant cette sanction n'est guère satisfaisante, le bénéficiaire ne pouvant pas conclure la convention qu'il avait signée. Par le biais de la substitution, le bénéficiaire pourrait obtenir l'exécution en nature de l'obligation contractée par le promettant ; mais cette solution a toujours été refusée par la jurisprudence. La jurisprudence est plus attachée au droit de propriété du tiers acquéreur qu'à l'efficacité des avant-contrats. Par ailleurs, certains accords, bien que conclus par des contractants et des tiers, agissent directement sur l'organisation ou le fonctionnement de la société. Il y a lieu d'analyser à présent ce type de convention afin de voir quelle serait leur influence sur le fonctionnement de la société et voir quelles pourraient être les dispositions du droit des sociétés qui y feraient obstacles.

¹³⁰ Jeantin, note sous Com. 26 avril 1994 *op. cit.* note 129, p. 483 ; A. Mignon-Colombet, *op. cit.* note 78, n° 338.

CHAPITRE 2. LES OBSTACLES TENANT AU DROIT DES SOCIETES

Les promesses d'achats de titres et les conventions de vote constituent les deux types de pactes extra-statutaires relatifs à la situation de la société qui posent la question de la compatibilité de leur exécution forcée avec le fonctionnement de la société. C'est le principe de l'intangibilité des délibérations sociales qui s'oppose à l'admission de l'exécution forcée des conventions de vote (Section 1). De plus, l'*affectio societatis* est un autre obstacle à l'exécution forcée des pactes d'actionnaires et plus précisément des promesses d'achats (Section 2).

Section 1. Le principe de l'intangibilité des délibérations sociales, obstacle à l'exécution forcée des conventions de vote

La question de la validité des conventions de vote a longtemps été discutée.

Le régime des conventions de vote devrait relever du droit commun des obligations. Cependant ces conventions ont une influence certaine sur la société puisqu'elles orientent le sens du vote au sein des organes sociaux. Les conventions de vote occupent donc une place particulière au sein des pactes d'actionnaires.

Il convient donc d'étudier tout d'abord le régime des conventions de vote (Paragraphe 1), avant d'examiner ensuite quelles sont les sanctions en cas de violation de ces conventions (Paragraphe 2).

§ 1. Les conventions de vote

Après avoir défini les conventions de vote (A), il conviendra d'étudier la portée des conventions de vote (B).

A. Définition

Les conventions de vote sont multiples. Par les conventions de vote, les associés ou certains d'entre eux s'engagent à voter dans un sens déterminé, ou à ne pas participer au vote¹³¹.

¹³¹ *Protection des minoritaires, Sociétés commerciales ne faisant pas APE, op. cit.* note 21, n°34050.

Les conventions de vote prévoient par exemple, la nécessité d'un accord unanime des signataires pour des décisions importantes limitativement énumérées, ou encore la soumission à la loi de la majorité telle que celle-ci se dégage lors d'une réunion des actionnaires signataires du pacte, préalable à la tenue de l'assemblée générale de la société. Elles peuvent ainsi concerner toutes les décisions collectives, mais, le plus souvent, elles sont limitées à certaines d'entre elles : le choix des dirigeants, l'agrément de nouveaux associés, la politique d'investissement ou encore l'affectation des résultats. Pour les décisions les plus importantes telles qu'une augmentation de capital, la fusion avec une autre société ou la soumission à la loi de la majorité dégagée au sein d'un syndicat de blocage, la nécessité d'accords unanimes est souvent prévue.

Les associés de toute société peuvent trouver intérêt à conclure une convention de vote et on les rencontre dans les pactes conclus tant entre les associés d'une SARL qu'entre les actionnaires de sociétés par actions.

Il est cependant difficile de dresser un inventaire exhaustif de ce type d'accord, et ce en raison du secret qui les entoure. En effet, les praticiens cherchent à conserver leur savoir-faire confidentiel¹³². Par ailleurs, les sanctions de l'irrespect de l'accord sont souvent convenues et organisées à l'avance par les contractants, seuls certains cas apparaissent donc au grand jour et sont soumis aux juges.

La question de la validité des conventions de vote a été ardemment discutée.

Avant 1937, il n'existait pas de texte en la matière ; la jurisprudence avait mis en place un système spécifique applicable à ces conventions.

Le décret-loi du 31 août 1937 dans son article 10 disposait que « *sont nulles et de nul effet, dans leurs dispositions principales et accessoires, les clauses ayant pour objet, de porter atteinte au libre exercice du droit de vote, dans les sociétés commerciales* ». Ce texte rendait toutes les conventions de vote nulles, cependant la jurisprudence l'a ignoré. Elle a même continué à valider certaines conventions.

La loi de 1966 n'a pas repris le texte du décret-loi de 1937. Il existe cependant dans l'article L. 242-9 du Code de commerce¹³³ une disposition qui réprime dans les sociétés par actions la

¹³² D. Velardocchio-Florès, *op. cit.* note 16, n°97.

¹³³ Article L.242-9 du Code de commerce « *Est puni d'un emprisonnement de deux ans et d'une amende de 9000€ :*

pratique qui consiste à prendre un engagement de vote en contrepartie de certains avantages. Cependant ce texte ne semble pas exprimer une interdiction de principe des conventions de vote.

La jurisprudence semble plutôt favorable aux conventions de vote. Elle reconnaît l'importance et l'utilité pratique des engagements de vote dans l'organisation de la vie de la société¹³⁴. La doctrine et la jurisprudence ont tout de même posé des critères de validité des conventions de vote.

La convention doit sauvegarder le droit de participation de la personne qui exerce son droit de vote. La privation totale du droit de vote est sanctionnée, la jurisprudence rejette ainsi les engagements permanents et généraux¹³⁵. L'accord peut concerner les décisions à prendre au sein des assemblées générales ou dans les organes collégiaux de direction des sociétés par action. La convention peut durer une seule réunion ou le temps de la participation d'un associé.

Il convient de s'intéresser à présent à la portée de conventions de vote concernant leur exécution forcée.

B. Portée des conventions de vote

La jurisprudence applique le principe de la liberté du droit de vote pour paralyser l'exécution forcée du vote conventionnel (1). Ce principe ne signifie pas que les conventions de vote n'obligent pas leur promettant, mais il signifie plutôt que les conventions de vote sont inopposables à la société afin de protéger le caractère souverain de l'assemblée des associés (2).

1. La liberté du droit de vote

L'acceptation par la jurisprudence de la validité des conventions de vote a une incidence sur le contenu du principe de la liberté de vote : cette liberté devient la possibilité de choisir la forme de son vote, conventionnel ou institutionnel.

1° Le fait d'empêcher un actionnaire de participer à une assemblée d'actionnaires

2° Le fait de se faire accorder, garantir ou promettre des avantages pour voter dans un certain sens ou pour ne pas participer au vote, ainsi que le fait d'accorder, garantir ou promettre ces avantages. »

¹³⁴ A. Mignon-Colombet, *op. cit.* note 78, n°229.

¹³⁵ CA Paris, 22 février 1933, *DH* 1933, p. 258 annulant la stipulation par laquelle un associé s'engageait pour toute la durée de la société à ne jamais provoquer ou voter une modification de la clause des statuts qui limitait le nombre des voix de chaque associé.

Ainsi il a été jugé par le tribunal de commerce de Paris le 12 avril 1991¹³⁶ que quels qu'aient pu être les engagements pris par l'associé, celui-ci reste libre de modifier son vote jusqu'à la dernière seconde, sauf à engager sa responsabilité personnelle. Cette affirmation paralyse tout de même en partie l'efficacité des conventions de vote. La logique sociétaire s'introduit là où seule la logique conventionnelle devrait prévaloir.

Les conventions de vote voient également leur porte limitée du fait que ces dernières soient inopposables à la société.

2. L'inopposabilité de la convention de vote à la société

Le vote émis en violation de la convention de vote est valable à l'égard de la société. Le jugement du tribunal de commerce de Paris du 12 février 1991¹³⁷ a ainsi décidé que les « *engagements contractuels antérieurs* » pris par un associé « *sont étrangers aux dispositions de la loi de 1966 applicables aux dispositions des assemblées* ». Il s'opère en quelque sorte une dissociation entre la qualité d'associé et celle de cocontractant à la convention de vote, ce qui est regrettable. La convention de vote est effectivement inopposable à la société.

La société n'ayant pas signé la convention, elle est effectivement un tiers à l'égard de celle-ci. Cependant ces conventions ont toujours trait au fonctionnement de la société, cette dernière n'étant donc pas totalement étrangère à ces conventions. Il est possible de dire que la société est un « *tiers intéressé à l'opposabilité* »¹³⁸, puisque l'inexécution des conventions a des conséquences sur le fonctionnement de la société.

Mais, la société étant un tiers, elle ne peut en aucun cas exiger l'exécution forcée d'une convention de vote.

Nous avons vu quel pouvait être le contenu des conventions de vote et quelle était la portée de ces conventions à l'égard de la société, nous allons étudier à présent quelle pourrait être la sanction de la violation d'une convention de vote.

¹³⁶ T. com., Paris, 12 février 1991, *Bull. Joly*, 1991p. 592, § 209, note M. Jeantin.

¹³⁷ T. com., Paris, 12 février 1991, *op. cit.* note 136.

¹³⁸ Aussel, *Essai sur la notion de tiers en Droit civil français*, thèse, Montpellier, 1951, citée par J. Carbonnier, *Droit civil*, t. IV, *Les obligations*, PUF, 22^e éd., n°126.

§ 2. La sanction de la violation des conventions de vote

Il s'agit d'analyser de quelle manière il est possible de sanctionner la violation d'une convention de vote. Les sanctions doivent tenir compte d'un principe important qui est celui de l'intangibilité des délibérations sociales duquel va découler une impossibilité d'annuler une délibération sociale pour non respect d'une convention de vote (A). Il y a eu, cependant, plusieurs tentatives d'assouplissement de ce principe afin de rendre plus efficaces les conventions de vote (B).

A. L'impossibilité d'annuler une délibération sociale pour non respect d'une convention de vote

Lorsque l'assemblée adopte une délibération différente de celle qui résulterait d'un vote conforme à la convention, il y a opposition entre le vote conventionnel et le vote institutionnel. Si l'on veut assurer l'exécution forcée de la convention, il faudrait annuler la délibération sociale. En plus de heurter le principe de l'effet relatif des conventions, sachant que la société est un tiers à cette convention, cette exécution forcée heurterait le principe de l'intangibilité des délibérations sociales.

Le principe de l'intangibilité des délibérations sociales découle de celui de la souveraineté de l'assemblée des associés.

La nullité d'une délibération sociale ne peut résulter que d'un texte, de la violation d'une disposition impérative du livre deuxième du Code de commerce ou des lois qui régissent les contrats, cela résulte de l'article L. 235-1 du Code de commerce¹³⁹.

Ainsi, dans l'hypothèse d'un abus et dans celle d'une fraude, la nullité de la délibération pourrait être demandée. Le bénéficiaire doit établir que les conditions d'un abus de majorité ou de minorité sont réunies. Le bénéficiaire doit tout d'abord prouver l'atteinte à l'intérêt social, ce qui est rendu plus facile par l'existence d'une convention de vote. En effet, si le juge en

¹³⁹ Article L.235-1 alinéa premier du Code commerce « *La nullité d'une société ou d'un acte modifiant les statuts ne peut résulter que d'une disposition expresse du présent livre ou des lois qui régissent la nullité des contrats. En ce qui concerne les sociétés à responsabilité limitée et les sociétés par actions, la nullité de la société ne peut résulter ni d'un vice du consentement ni de l'incapacité, à moins que celle-ci résulte des clauses prohibées par l'article 1844-1 du code civil.*

La nullité d'actes ou délibérations autres que ceux prévus à l'alinéa précédent ne peut résulter que de la violation d'une disposition impérative du présent livre ou des lois qui régissent les contrats ».

analysant la convention de vote, constate qu'elle est conforme à l'intérêt social, le bénéficiaire devra juste prouver que le vote émis en violation de la convention est contraire à l'intérêt que cette dernière poursuit. Le bénéficiaire doit ensuite prouver la poursuite d'un but égoïste rompant l'égalité entre les associés¹⁴⁰. Lorsque les conditions de l'abus sont réunies la nullité de la décision abusive peut être prononcée par les tribunaux, mais seulement en cas d'abus de majorité puisqu'en cas d'abus de minorité aucune décision n'a pu être prise.

Cependant c'est avant tout la constatation d'un abus de droit de vote qui est sanctionnée, et moins la violation de la convention de vote. Ainsi, le juge ne pourrait pas rendre exécutoire le vote convenu. Dans ce cas le bénéficiaire pourra seulement obtenir des dommages et intérêts.

Après avoir vu qu'il existait un principe qui interdisait l'annulation d'une délibération sociale pour violation d'une convention de vote, nous allons voir que la jurisprudence a parfois écarté ce principe afin d'assurer l'efficacité de certaines conventions de vote.

B. Les tentatives d'assouplissement de l'intangibilité des délibérations sociales

Lorsque le vote convenu n'est pas contraire à l'intérêt social, la jurisprudence écarte parfois le principe de l'intangibilité des délibérations sociales pour admettre l'exécution forcée de la convention de vote inexécutée.

Ainsi dans un arrêt de la Cour de cassation du 19 février 1970¹⁴¹, cette dernière a déduit que la cour d'appel avait pu impartir à l'administrateur qu'elle nommait, la singulière mission de considérer comme positif le vote négatif du vendeur, puisque cette mission était propre à remplir l'acheteuse dans les droits qui lui avaient été cédés. Les juges ont voulu contourner les difficultés posées par l'article 1142 du Code civil, en imposant non pas au vendeur de voter en faveur de l'entrée de l'acheteuse dans la société, mais à l'administrateur de considérer en tout état de cause son vote comme positif. Cet arrêt aboutit donc à contrôler une délibération sociale. Cette solution peut être justifiée si l'on considère que la promesse de vote vaut vote et que l'administrateur avait juste pour mission de constater ce vote, et ce peu importe les dénégations postérieures. De plus, en recourant au mandataire ad hoc cela permet de ne pas mêler la société qui était extérieure à l'acte inexécuté.

Bien que cette solution soit ancienne et isolée, il est tout de même possible de poser en principe que le refus de l'associé cédant, en particulier lorsqu'il est associé majoritaire, de

¹⁴⁰ M. Cozian, A. Viandier, F. Deboissy, *Droit des sociétés*, Litec, 15^e éd.

¹⁴¹ Cass. Civ 1, 19 février 1970, *Gaz. Pal.* 1970, 1, 282 ; *RTD civ.* 1970, p. 785, n°20, note G. Durry.

voter l'agrément d'un tiers cessionnaire peut être sanctionné par une action en exécution forcée¹⁴².

L'exécution forcée a également été admise dans un autre cas. Cette solution résulte de l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 30 juin 1995 dans l'affaire Metaleurop contre FDEC et Delot Metal¹⁴³.

Le 7 février 1990, un protocole avait été signé entre, d'une part, la société financière Delot et Cie et ses trois filiales et, d'autre part, la société Metaleurop, dans le but avoué d'organiser en trois étapes, la prise de contrôle par celle-ci de la totalité du capital d'une holding devant être constituée sous le nom de Delot Metal et, à laquelle la société financière Delot devait apporter un ensemble d'actifs.

Une première étape eut lieu, au terme de laquelle Metaleurop détint 47 % du capital de la holding. Une deuxième prise de contrôle devait se produire, dans laquelle la société financière Delot et Cie s'engageait à autoriser dans la société holding une augmentation de capital de huit millions de francs, ses droits de souscription à Metaleurop, dont la participation dans Delot Metal devait ainsi passer à près de 51%. Seulement, des difficultés apparurent alors dans la mesure où la société Metaleurop se déroba de son engagement juridique. La société contesta qu'elle ait réellement souscrit un engagement de valeur juridique.

A l'initiative de la société financière Delot et Cie, les juges ont analysé la stipulation contractuelle contestée, dont la rédaction se présentait ainsi « *La société financière Delot et Cie s'engage après un délai de deux ans et un mois à autoriser une augmentation de capital de la société (Delot Metal) par émission de 8 000 actions au prix unitaire de 1 000 F, soit un total de 8MF et à céder ses droits de souscription à Metaleurop contre paiement de 8MF. Au terme de cette deuxième augmentation de capital, Metaleurop détiendra 50,75 % du capital de la société* ».

A priori, les termes utilisés n'avaient rien de très contraignant, au moins pour la société Metaleurop, puisqu'ils disaient juste que la société financière Delot et Cie autoriserait une opération sur le capital de la holding dont elle était associée. La cour d'appel de Paris a néanmoins choisi de leur reconnaître une portée obligatoire à l'égard de Metaleurop.

Elle a ainsi décidé que la société Metaleurop s'était bien engagée, dans le protocole initial, à

¹⁴² A. Mignon-Colombet, *op. cit.* note 78, n° 261.

¹⁴³ CA Paris, 5^e ch. C, 30 juin 1995, *JCP* éd. E. 1996, II. 795, note J.-J. Daigre ; *Dr. sociétés*, 1995, n°198, obs. D. Vidal.

voter l'augmentation de capital, à acquérir les droits de souscription de la FDEC et à souscrire l'augmentation.

La société Metaleurop soutenait que son engagement était une convention de vote nulle car contraire à l'inaliénabilité du droit de vote et contraire à l'intérêt social. La cour d'appel considéra que son engagement de vote, pris en connaissance de cause, qui portait sur une opération déterminée, ne supprimait pas son droit de vote. La cour d'appel impose donc l'exécution forcée de cet engagement avec convocation d'une nouvelle assemblée générale extraordinaire et condamnation sous astreinte de la société Metaleurop à donner son accord à l'augmentation de capital projetée et à y souscrire.

Cette décision aboutit donc à modifier une délibération de l'assemblée générale extraordinaire. Or l'article L. 225-129 du Code de commerce dispose que l'assemblée générale extraordinaire est seule compétente pour décider une augmentation de capital. Cet argument était invoqué par la société Metaleurop qui estimait que le juge ne pouvait « *ni modifier le sens des votes émis lors de l'assemblée, ni ordonner la tenue d'une nouvelle assemblée générale avec un ordre du jour similaire et enjoindre à un actionnaire de voter dans un sens déterminé* ». La cour d'appel écarte cette objection en décidant que « *si, aux termes de l'article 1142 du Code civil, l'obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts, en cas d'inexécution de la part du débiteur, il résulte des dispositions suivantes que le créancier a néanmoins le droit de réclamer l'exécution en nature chaque fois que cela est possible, ce qui est le cas en l'espèce* ».

Il faut tout de même noter que ces décisions isolées ne permettent pas d'affirmer de manière générale que la jurisprudence entend remettre en cause le principe de l'intangibilité des délibérations sociales¹⁴⁴.

La validité des conventions de vote est donc reconnue par la jurisprudence sous certaines conditions quelque peu restrictives. L'existence d'une convention de vote n'empêche pas son signataire de voter dans un sens différent de celui qui était convenu et cela en vertu du principe de la liberté du droit de vote. Les conventions de vote sont généralement conclues entre associés ou bien entre associés et tiers, la société ne faisant en aucun cas partie de cette convention. La société étant étrangère à cette convention, cette convention lui est donc inopposable et elle ne

¹⁴⁴ A. Mignon-Colombet, *op. cit.* note 78, n°240.

peut en aucun cas en demander l'exécution forcée. L'autre obstacle, qui peut être encore plus insurmontable à l'exécution forcée des conventions de vote est le principe de l'intangibilité des délibérations sociales. Il n'est pas possible d'annuler une délibération sociale pour non respect d'une convention de vote, cependant certains arrêts ont essayé de limiter la portée de ce principe. Ainsi certains juges ont déjà annulé des délibérations d'assemblée générale, et condamné les promettants à voter dans le sens qui était convenu.

Le droit des sociétés présente une autre originalité qui tient à l'*affectio societatis*, condition spécifique de validité du contrat de société. L'exigence de l'*affectio societatis* est une contrainte supplémentaire. L'*affectio societatis* peut être défini comme la volonté de chaque associé de collaborer effectivement à l'exploitation du fonds dans un intérêt commun et sur un pied d'égalité avec les autres associés¹⁴⁵. Cette condition doit être satisfaite à la date de conclusion du contrat de société et doit durer aussi longtemps que la société. On voit donc que des difficultés peuvent surgir avec les promesses d'achats de droits sociaux, puisque le promettant en achetant ses droits, deviendra associé de la société. Si ce dernier refuse d'exécuter sa promesse, le problème de l'exécution forcée se pose. Peut-on forcer le promettant à acquérir des parts alors qu'il n'a aucune volonté de devenir associé ? Il y a donc lieu d'analyser la question de l'*affectio societatis* afin de savoir s'il constitue un obstacle à l'exécution forcée des promesses d'achats.

Section 2. L'affectio societatis, obstacle à l'exécution forcée des promesses d'achats

Il convient d'analyser tout d'abord le mécanisme de la promesse d'achat (Paragraphe 1), et de voir par la suite quelle est la sanction du refus du promettant d'acquérir (Paragraphe 2).

§ 1. Le mécanisme de la promesse d'achat

La promesse d'achat est un avant-contrat dont le mécanisme est semblable à celui de la promesse unilatérale de vente vu *supra*.

Le bénéficiaire de la promesse est le propriétaire des actions. Il obtient de son cocontractant,

¹⁴⁵ Cass. Com., 3 juin 1986, *Bull. civ.* IV, n°116.

le promettant, l'engagement d'ores et déjà ferme d'acheter les parts ou actions si lui-même se décide ultérieurement à les vendre. La promesse unilatérale d'achat étant, comme la promesse de cession, un contrat autonome, elle est soumise aux conditions de validité de tout contrat.

Dès la promesse conclue, le promettant est définitivement engagé ; de son côté, le bénéficiaire demeure entièrement libre de vendre ou non. La vente interviendra, en exécution de la promesse dès lors que le bénéficiaire aura manifesté son intention de céder ses parts ou actions aux conditions souscrites par le promettant dans son engagement.

Comme nous l'avons vu, les pactes comportant des promesses d'achat de titres posent une difficulté spécifique. Nous allons étudier quelle est la sanction de la violation d'un engagement de promesse d'achat.

§ 2. La sanction du refus du promettant d'acquérir

Il convient de traiter à présent des sanctions possibles du refus du promettant d'acquérir. Outre la sanction classique de l'octroi de dommages et intérêts (A), il s'agit de voir s'il est possible de rechercher l'exécution forcée des promesses d'achats en analysant l'importance de la notion d'*affectio societatis* (B).

A. L'allocation de dommages et intérêts

Si l'on calque le mécanisme de la promesse d'achat sur celui de la promesse de société, il faut refuser l'exécution forcée. La promesse de société est une convention par laquelle les signataires s'obligent à constituer une société. En effet la promesse de société fait naître une simple obligation de faire, qui peut appeler l'application de l'article 1142 du Code civil et donc l'allocation de dommages et intérêts.

Il a également été jugé que la promesse d'achat faite à deux associés d'une SARL de l'intégralité des parts de celle-ci, à charge pour eux d'avoir acquis à un prix déterminé celles des parts encore détenues par d'autres associés, constituait une simple promesse conditionnelle qui ne limitait en rien la faculté pour les bénéficiaires de ne pas y donner suite¹⁴⁶. Il y a lieu d'examiner les possibilités d'exécution forcée au regard de la notion d'*affectio societatis*.

¹⁴⁶ CA Paris, 3^e ch., A, 5 nov. 1991, *RJDA*, 1992, n°158, p. 116.

B. L'exécution forcée face à l'*affectio societatis*

Il convient tout d'abord de s'intéresser à la notion d'*affectio societatis* et à l'importance que celle-ci peut acquérir en fonction de la forme de la société et de la qualité du promettant (1), afin de voir si une condamnation à exécution forcée d'une promesse d'achat est possible (2).

1. L'importance de l'*affectio societatis*

L'*affectio societatis* est une notion dont l'importance est à géométrie variable et ce en fonction de la société (a), mais aussi en fonction de la personne du promettant (b).

a. En fonction de la société

Il convient d'analyser la forme de la société dans laquelle a été signé le pacte d'actionnaires. En effet si la société est imprégnée d'un fort *intuitu personae*, la promesse d'achat devient un contrat beaucoup plus personnel. Le mécanisme de la promesse d'achat et celui de la promesse de société ont souvent été comparés concernant leur exécution forcée.

Si l'on analyse plus longuement le régime applicable à la promesse de société, on voit que ce dernier distingue selon la forme de la société pour refuser l'exécution forcée.

Dans les sociétés de personnes, l'exécution forcée d'une promesse de société semble exclue, et cela résulte d'une jurisprudence ancienne. Ainsi, il a été jugé dans un arrêt de la Chambre des requêtes de la Cour de cassation du 19 février 1907, que « *la nature de l'engagement qui s'attache à la qualité d'associé dans une société en nom collectif implique nécessairement le libre consentement de celui qu'il intéresse et, par suite, ne permet pas aux tribunaux de le contraindre contre sa volonté à exécuter la promesse qu'il a pu faire à ce sujet* ». Le même raisonnement doit donc s'appliquer aux autres sociétés de personnes telles que les sociétés en commandite simple et les SARL de famille.

La jurisprudence¹⁴⁷ semble par ailleurs considérer comme acceptable l'exécution forcée d'une promesse de société lorsqu'elle concerne une société de capitaux. En effet dans ce type de sociétés, où le nombre d'actionnaires peut être très important, la notion d'*affectio societatis* est

¹⁴⁷ H. Le Nabasque, *op. cit.* note 27, n°23-2.

moins décisive.

Le problème peut se poser pour les SARL autres que celles de famille, faut-il leur appliquer le régime des sociétés de capitaux ou des sociétés de personnes ? En effet, dans certaines SARL, il peut y avoir deux ou trois associés, l'importance de l'*affectio societatis* est donc incontestable bien que la SARL soit une société de capitaux.

La comparaison qui est faite entre la promesse de société et la promesse d'achat de titres ne semble pas opportune. Prêter à une cession de droits sociaux la portée juridique d'une « *re-formation partielle* »¹⁴⁸ du contrat de société est excessive. En effet, si le promettant-acquéreur ne veut plus s'associer au jour de la levée d'option, la société n'encourra pas pour autant l'annulation.

b. En fonction de la personne du promettant

Si le promettant est déjà associé ou si sa volonté de ne pas acheter procède d'une autre cause intéressant, à titre d'exemple, les conditions de son acquisition (prix, nombre de titres ou modalités accessoires), l'exécution forcée demeurerait possible puisque le promettant s'est engagé à acquérir au jour de la promesse, aux conditions qui étaient à l'époque stipulées.

Si le promettant n'est pas associé, l'exécution forcée conduit à faire entrer dans une société une personne contre son gré, ce qui peut être défavorable si la société est marquée d'un fort *intuitu personae*. Bien que cette solution limite l'efficacité des pactes d'actionnaires elle est toutefois conforme aux principes généraux du droit des sociétés. En effet, il serait contraire à ces principes de faire rentrer dans une société une personne qui n'en n'a pas la volonté.

Après avoir vu que l'*affectio societatis* est fonction de la société et de la qualité d'associé ou pas du promettant, il s'agit de voir à présent si l'exécution forcée est possible.

¹⁴⁸ H. Le Nabasque, *op. cit.* note 27, n°23-2.

2. La possibilité d'exécution forcée

La jurisprudence semble avoir admis la possibilité d'exécution forcée concernant une promesse d'achat de titres. Cependant, cet arrêt concerne une hypothèse particulière.

La cour d'appel de Paris dans un arrêt du 17 juin 1987¹⁴⁹, a décidé que le bénéficiaire d'une promesse d'achat peut obtenir une acquisition forcée. Dans cette espèce, le promettant non associé s'était engagé à acheter les parts des deux associés d'une SARL, les bénéficiaires disposant d'une année pour lever l'option. Ils manifestèrent leur volonté de voir la promesse d'achat produire ses effets aux conditions fixées et ce d'une façon non équivoque, mais le promettant refusa d'exécuter son engagement. La cour d'appel a jugé que « *la promesse unilatérale d'achat devient une convention synallagmatique, obligeant d'une manière définitive et irrévocable les parties, par la levée de l'option par le vendeur aux conditions de la promesse, l'accord des volontés étant désormais acquis entre elles sur l'objet de la vente et sur le prix* ». Elle a décidé que le promettant devait souscrire à l'acte de cession des parts dans le mois de la signification de son arrêt et qu'à défaut ce dernier vaudrait cession desdites parts au sens de l'article 1690 du Code civil. Ici la cour admet l'exécution forcée car le contrat était déjà formé.

Cette décision transpose à une promesse unilatérale d'achat, la règle posée à l'article 1859 alinéa premier du Code civil, selon laquelle la promesse de vente vaut vente lorsqu'il y a consentement réciproque des deux parties sur la chose et sur le prix.

Cette transposition est effectivement réalisable si l'on considère que le promettant en signant la promesse d'achat a donné son consentement définitif au contrat.

Cependant, dans le cas d'une promesse d'achat sans levée d'option, il ne pourrait y avoir exécution forcée en nature et cette solution doit être approuvée.

¹⁴⁹ CA Paris, 5^e ch., A, 17 juin 1987, *op. cit.* note 79.

CONCLUSION

L'utilisation des pactes d'actionnaires est très répandue dans les sociétés. Les pactes d'actionnaires reposent sur quelques clauses simples que l'on retrouve très souvent. Ces clauses sont en fait la transposition d'obligations de faire de ne pas faire et de donner. Les promesses de vente ou d'achat sont l'archétype des clauses que l'on retrouve dans les pactes d'actionnaires, tout comme les pactes de préférence et les conventions de vote.

C'est en revanche au niveau de l'efficacité des pactes d'actionnaires que le bât blesse. En effet, les clauses contenues dans les pactes se trouvent sous le régime de l'article 1142 du Code civil, qui exclut toute exécution en nature pour les obligations de faire et de ne pas faire. Les sanctions judiciaires de la violation de ces accords sont l'octroi de dommages et intérêts. Il n'y a qu'en cas d'échange définitif des consentements que le juge peut ordonner l'exécution forcée du contrat de cession.

D'autres obstacles à l'exécution forcée proviennent du droit des obligations. En effet, si le contrat n'est pas valablement conclu, ou si les actions ont été cédées à un tiers, du fait de l'inopposabilité des conventions aux tiers et à la société, aucune exécution forcée n'est possible. Concernant les promesses unilatérales de vente ou les pactes de préférence, si le promettant cède les actions à un tiers qui est de mauvaise foi, la cession peut être annulée. Cependant ces sanctions ne permettent pas d'assurer une sécurité juridique suffisante aux parties. Le bénéficiaire lésé ne pourra en aucun cas voir ses prétentions premières réalisées.

La sanction adéquate serait la substitution du bénéficiaire au tiers acquéreur de mauvaise foi dans le contrat initialement conclu entre le promettant et le tiers. Cette solution a cependant été refusée par la jurisprudence. Cette position est pourtant regrettable car la substitution est l'unique sanction qui rendrait leur efficacité aux pactes d'actionnaires.

L'autre moyen de rendre les pactes d'actionnaires efficaces serait d'admettre la possibilité pour le juge de constater la rencontre successive des volontés du débiteur et du bénéficiaire. Il serait souhaitable de renforcer la solidité de ces conventions par des sanctions plus sévères.

Les autres obstacles à l'exécution forcée résultent du droit des sociétés.

Concernant les conventions de vote et les promesses d'achats de titres, l'exécution forcée de ces dernières peut porter atteinte aux principes généraux du droit des sociétés. La souveraineté des organes sociaux, protégée par le principe de l'intangibilité des délibérations sociales et

l'*affectio societatis* s'opposent donc à l'exécution forcée des conventions de vote et des promesses d'achat.

Cependant, la position de la jurisprudence sur la question de l'*affectio societatis*, ne peut être qu'approuvée car la société doit rester un groupement volontaire ; on ne peut contraindre une personne à s'associer contre son gré.

Ces différents obstacles limitent l'efficacité des pactes d'actionnaires. Il est possible de s'interroger sur la manière dont le régime d'exécution des pactes d'actionnaires doit être amélioré. Il serait nécessaire de renforcer l'irrévocabilité et l'opposabilité des pactes aux tiers et à la société.

Le succès que rencontrent les pactes d'actionnaires renforce la nécessité d'une législation plus spécifique.

BIBLIOGRAPHIE

I. Ouvrages généraux

BENABENT (A.) :

- Les contrats spéciaux, Montchrestien.

CARBONNIER (J.) :

- *Droit civil, Les obligations*, t. 4, n°372.

COLART-DUTILLEUL (F.) et DELEBECQUE (Ph.) :

- *Contrats civils et commerciaux*, Dalloz, 6^{ème} édition, 2003.

CORNU (G.) :

- *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Quadrige/PUF.

COZIAN (M.), VIANDIER (A.), DEBOISSY (F.) :

- *Droit des sociétés*, Litec, 15^e éd.

GIVERDON (C.) :

- *Référés spéciaux*, Juris-Classeur, Procédure, vol. 9, fascicule 235-2, n°51.

GUYON (Y.) :

- *Traité des contrats. Les sociétés, aménagements statutaires et conventions entre associés*, L.G.D.J., 1997.

HENRY (M.) et BOUILLET-CORDONNIER (G.) :

- *Pactes d'actionnaires et privilèges statutaires*, Editions EFE, 2003.

JEANTIN (M.) :

- *Mesures d'exécution forcée sur valeurs mobilières et droits d'associés*, Juris-Classeur Procédure, fascicule 2390.

- *Protection des minoritaires et Sociétés commerciales ne faisant pas APE*, Editions Francis Lefebvre. 2001.

STARCK (B.), ROLAND (H.) et BOYER (L.) :

- *Droit civil, Obligations*, t.2, Contrat, 6^e éd., Litec 1998.

SIMLER (Ph.) :

- *Article 1136 à 1145*, Juris- Classeur, civil, 1993.

TERRE (F.), SIMLER (Ph.), LEQUETTE (Y.) :

- *Droit civil, Les obligations*, Précis Dalloz, 8^{ème} éd., 2002.

VINCENT (J.) et GUINCHARD (S.) :

- *Procédure civile*, D. 27^{ème} éd., 2003, n° 1285.

II. Ouvrages spéciaux

AUSSEL :

- *Essai sur la notion de tiers en Droit civil français*, thèse, Montpellier, 1951.

DESIDERI (J.-P.) :

- *La préférence dans les relations contractuelles*, PUAM, 1997.

MELIN-SOUCRAMENIEN (B.) :

- *Le juge des référés et le contrat*, PUAM, 2000.

MIGNON –COLOMBET (A.) : *L'exécution forcée en droit des sociétés*, Economica, 2004, n°357.

PRAT (S.) :

- *Les pactes d'actionnaires relatifs au transfert de valeurs mobilières*, Litec, 1992.

VALORY (S.) :

- *Autonomie et potestativité du pacte de préférence*, Droit et Patrimoine, décembre 2001, n°99, p.38.

VELARDOCCHIO-FLORES (D.) :

- *Les accords extra-statutaires entre associés*, PUAM, 1993.

III. Articles et études

BRUSCHI (M.) :

- *Le pacte de préférence*, Droit et patrimoine, juin 1999, n°72, p.64.

BELLIVIER (F.) et SEFTON-GREEN (R.) :

- *Force obligatoire et exécution en nature du contrat en droits français et anglais : bonnes et mauvaises surprises du comparatisme*, Mélanges Gesthin, p.91

CROZE (H.) : -*La loi n° 91-650 du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution : le nouveau droit commun de l'exécution forcée*, JCP N, 1992, n°12, p.77.

COLLART- DUTILLEUL (F.) :

- *Les contrats préparatoires à la vente d'immeuble : les risques de désordre* », Droit et Patrimoine 1995, p. 66.

DAIGRE (J.-J.), BASDEVANT (F.) et BOMPOINT (D.) :

- *Les pactes d'actionnaires dans les sociétés cotées*, Actes Pratiques, juil-août 2002, p. 5.

FRISON-ROCHE (M.-A.) :

- *Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats*, RTD civ. 1995.573.

HURSTEL (D.) et PERON (A.) :

- *La substitution d'acquéreur est-elle une sanction possible de la violation d'un pacte de préemption ?*, Option Finance, 1993, n°254, p.30.

JEANDIDIER (W.) :

- *L'exécution forcée des obligations contractuelles de faire*, RTD civ. 1976. 704.

LE CANNU (P.) :

- *Les mesures conservatoires portant sur des droits d'associé ou des valeurs mobilières*, Bull. Joly, janvier 1993, §2, p. 16.

LE NABASQUE (H.) :

- *L'exécution forcée des pactes d'actionnaires*, Droit des sociétés, Actes Pratiques, 1994, n°14, p 2.

LE NABASQUE (H.) et REYGROBELLET (A.) :

- *L'inscription en compte des valeurs mobilières*, RDB et financier, 2000. 261.

LEPELTIER (D.) :

- *Promesse de cession d'actions et inscription en compte*, Bull. Joly 1989, p. 231, §75.

MAINGUY (D.) :

- *L'efficacité de la rétractation de la promesse de contracter*, RTD civ. 2004, p. 1.

MAZEAUD (D.) :

- *La responsabilité du fait de la violation d'un pacte de préférence*, Gaz. Pal. 1994, 1, 210.

MERCADAL (B.) et JANIN (P.) :

- *Sanction des clauses de préemption dans les pactes d'actionnaires*, RJDA, 1/92, p.3.

POITRINAL (F.-D.) :

- *L'exécution forcée en nature en matière de promesse de cession d'actions*, Joly, janvier 1995, p.21.

SAINT ALARY-HOUIN de (C.) :

- Réflexions sur le transfert différé de la propriété immobilière, in *Mélanges Raynaud*, 1985, p.733.

SALGADO (M.-B.) :

- Le régime des clauses de préemption dans les pactes d'actionnaires des sociétés anonymes, *Droit des sociétés*, 1^{er} mars 2003, n° 3 p. 5.

STORCK (J.-P.) :

- *La validité des conventions extra-statutaires*, D. 1989, chron., p.267.

TERASSON de FOUGERES (A.) :

- *Sanction de la rétractation du promettant avant levée de l'option par le bénéficiaire d'une promesse unilatérale de vente*, JCP éd. N., 1995, I, p. 194.

IV. Jurisprudence

BENAC-SCHMIDT (F.) :

- note sur Cass. Civ. 3, 15 déc. 1993, *D.* 1994, jur, p. 507.

DAIGRE (J.-J.) :

- note sur CA Paris, 5^e ch. C, 30 juin 1995, *JCP* éd. E. 1996, II. 795.

DELEBECQUE (P.) :

- note sur Cass. Civ. 3, 30 avril 1997, *Defresnois*, 1997 p. 1007 note P. Delebecque.

DURRY (G.) :

- note sur Cass. Civ 1, 19 février 1970, *RTD civ.* 1970, p. 785, n°20.

ESMEIN (P.) :

- note sur Cass. Civ. 1^{re}, 20 janv. 1953, *JCP* 1953.II.7677.

FAUGEROLAS (L.) :

- note sur Cass. Com. 7 mars 1989, *Rev. sociétés* 1989 p. 476.

FRANCK (E.) :

- note sur Cass. Civ. 3, 4 mars 1971, *D.* 1971.

- note sur Cass. Civ. 3, 13 mars 1979, *D.* 1979, p. 546.

GAUTIER (P.-Y.) :

- note sur Cass. Civ. 3, 30 avril 1997, *RTD civ.* p. 685 note P.-Y. Gautier.

GUYON (Y.) :

- comm. sur Cass. Com. 7 mars 1989 *Rev. sociétés* 2002, p. 89.

HALLOUIN (J.-C.) :

- observations sur CA Paris 25^e ch. Sec. A, 21 déc. 2001, Banque de Vizille c/ MGP Finance, *D.*2002, n° 43, p. 3263.

JEANTIN (M.) :

- observations sur Cass. Com., 26 avril 1994, *Rev. sociétés*, 1994, p. 480.

- note sur T. com., Paris, 12 février 1991, *Bull. Joly*, 1991p. 592, § 209.

LA MARNIERRE de (E.S.) :

- note sur Cass. Civ. 26 oct. 1982, *Gaz. Pal* 1983, 661.

LE CANNU (P.) :

- observations sur CA Paris, 1^{re} ch. A, 14 mars 1990, (*Chargeurs S.A. c. R.Hersant*) *Bull. Joly*, 1990, p.325, §97.

- observations sur Cass. Com., 7 janv. 2004, *Bull. Joly sociétés*, 2004, p.544, §103.

LE NABASQUE (H.) :

-note sur CA Paris 25^e ch. Sect. A, 21 déc. 2001, Banque de Vizille c/ MGP Finance, *Bull. Joly* 2002, p. 509

MAZEAUD (D.) :

- observations sur Cass. Civ. 3, 15 déc. 1993, *JCP éd. G.*, 1995, II, 22366.

- observations sur Cass. Civ. 3, 26 juin 1996, *Deffrénois*, 1996, p. 1371.

MESTRE (J.) :

- note sur Cass. Com. 7 mars 1989, *RTD civ.* 1990, 70.

- observations sur Cass. Com., 27 mai 1986, *RTD civ.* 1987, n°2, p.88.

MONNET (J.) et VIDAL (D.) :

- note sur CA Paris 25^e ch. Sec. A, 21 déc. 2001, Banque de Vizille c/ MGP Finance, *Droit des sociétés*, 1^{er} juillet 2002, n°7 p. 18.

PENNEAU (A.) :

- observation sur Cass. Civ. 2, 20 nov. 1991, *Bull. civ.* II, n° 308 ; *D.* 1992, somm. p. 277.

PUECH (M.) :

- note sur TGI Paris, 8 nov 1973, *D.* 1975.401.

REINHARD (Y.) :

- note sur Cass. Com. 7 mars 1989, *JCP éd. Ent* 1989 II 21316.

STAPYLTON-SMITH (D.) :

- note sur Cass. Civ. 3, 26 juin 1996, *JCP éd. N.* 1997, II.909.

VIANDIER (A.) et CAUSSAIN (J.-J.) :

- note sur CA Paris, 17 juin 1987, *JCP, éd. E.* 1988.15168, p.316, n°15.

VIDAL (D.) :

- observations sur CA Paris, 5^e ch. C, 30 juin 1995, *Dr. Sociétés*, 1995, n°198.

TABLE DES MATIÈRES

ABREVIATIONS	2
SOMMAIRE	3
INTRODUCTION	4
TITRE 1.	
L'EFFICACITE RELATIVE DES PACTES D'ACTIONNAIRES	12
CHAPITRE 1. LA QUALIFICATION DES OBLIGATIONS CONTENUES DANS LES PACTES D'ACTIONNAIRES	13
SECTION 1. La classification des obligations	13
§ 1 L'obligation de donner	14
§ 2. L'obligation de faire	15
A. Définition de l'obligation de faire	15
B. La promesse unilatérale de vente ou d'achat, des obligations de faire	15
C. Le pacte de préférence, une obligation de faire	16
§ 3. L'obligation de ne pas faire	17
A. Définition	17
B. Le pacte de préférence, une obligation de ne pas faire	17
C. La promesse unilatérale de vente, une obligation de ne pas faire	18
SECTION 2. La sanction de la violation de ces obligations et l'article 1142 du Code civil	18
§ 1. L'existence de deux intérêts divergents	19
A. Le créancier et la force obligatoire du contrat	19
B. Le débiteur et la liberté individuelle	20
§ 2. Divergences concernant la portée de l'article 1142 du Code civil	21
A. Applications jurisprudentielles de l'article 1142 du Code civil	21
1. Une application littérale de l'article 1142 du Code civil	21
2. Un arrêt condamnant à l'exécution forcée	22
a. L'absence d'impossibilité morale et matérielle	23
b. La nature de la condamnation à l'exécution forcée	24

B. Critiques doctrinales	25
1. L'exécution directe même en cas d'obligation de faire	25
2. L'exception : la contrainte physique du débiteur	26
CHAPITRE 2.	
LES PROCÉDÉS TENDANT À ASSURER L'EXÉCUTION DES PACTES D'ACTIONNAIRES	28
SECTION 1. L'exécution forcée directe	28
§ 1. Le principe d'exécution forcée en cas d'inexécution	28
A. L'exécution forcée en nature	29
B. Régime particulier lorsque le pacte concerne des biens meubles incorporels	30
1. Saisie-vente	30
2. Saisie-conservatoire	31
§ 2. L'exécution forcée en présence d'un contrat opérant transfert de propriété	32
A. L'obligation du cédant de transférer les titres	33
1. Le refus du cédant de signer l'acte de cession	33
2. Le refus du cédant de signer l'ordre de mouvement	34
B. L'obligation de la société d'inscrire en compte	35
SECTION 2. Des mécanismes indirectes tendant à l'exécution en nature des obligations contenues dans le pacte	36
§ 1. L'injonction de faire	37
A. Le mécanisme	37
B. Une voie d'exécution inefficace	38
§ 2. La condamnation à l'exécution sous astreinte	39
A. Définition de l'astreinte	39
B. Champ d'application de l'astreinte	39
C. Effets de l'astreinte	40
TITRE 2	
LES OBSTACLES A L'EXECUTION FORCÉE	
DES PACTES D'ACTIONNAIRES	42
CHAPITRE 1. LES OBSTACLES TENANT AU DROIT DES OBLIGATIONS	43
SECTION 1. L'absence de rencontre des volontés	43
SECTION 2. L'opposabilité du pacte à l'égard du tiers fonction de son comportement	46
§ 1. L'inopposabilité du pacte au tiers acquéreur de bonne foi	46

§ 2. L'opposabilité du pacte au tiers acquéreur de mauvaise foi	47
A. La qualification de la mauvaise foi	47
1. Dans la promesse unilatérale de vente	48
2. Dans le pacte de préférence	48
B. Les sanctions de la mauvaise foi	48
C. La substitution, une sanction adéquate	49
1. L'avantage de la substitution	50
2. Refus de la substitution par la jurisprudence	51
SECTION 3. La recherche de l'opposabilité du pacte par la publicité	53
§ 1. L'opposabilité par la publicité légale	54
§ 2. L'opposabilité par la publicité statutaire	56
CHAPITRE 2. LES OBSTACLES TENANT AU DROIT DES SOCIETES	58
SECTION 1. Le principe de l'intangibilité des délibérations sociales, obstacle à l'exécution forcée des conventions de vote	58
§ 1. Les conventions de vote	58
A. Définition	58
B. Portée des conventions de vote	60
1. La liberté du droit de vote	60
2. L'inopposabilité de la convention de vote à la société	61
§ 2. La sanction de la violation des conventions de vote	62
A. L'impossibilité d'annuler une délibération sociale pour non respect d'une convention de vote	62
B. Les tentatives d'assouplissement de l'intangibilité des délibérations sociales	63
SECTION 2. L'affectio societatis, obstacle à l'exécution forcée des promesses d'achats	66
§ 1. Le mécanisme de la promesse d'achat	66
§ 2. La sanction du refus du promettant d'acquérir	67
A. L'allocation de dommages et intérêts	67
B. L'exécution forcée face à l'affectio societatis	68
1. L'importance de l'affectio societatis	68
a. En fonction de la société	68
b. En fonction de la personne du promettant	69
2. La possibilité d'exécution forcée	70
CONCLUSION	71
BIBLIOGRAPHIE	73