

Clause de buy or sell dans le pacte d'associés (ou actionnaires)

Description

La clause de buy or sell est l'une des clauses pouvant être insérées dans un pacte d'associés au même titre que :

- la [clause de retrait ou de sortie](#) garantie ;
- la [clause de bad leavers](#) ;
- la [clause de liquidité](#) ;
- la [clause d'anti-dilution](#) ;
- la [clause de ratchet](#) ;
- la [clause de cession forcée](#) ;
- la [clause de drag along](#) ;
- la [clause léonine](#) ;
- la [clause de droit de sortie conjointe](#) ;
- la [clause d'agrément](#) ;
- ou encore la [clause de préemption](#).

Toutes ces clauses vont avoir des buts différents et permettre de renforcer certaines obligations ou de définir certains avantages pour des associés ou encore de définir la marche à suivre en cas de situation exceptionnelle (départ d'un associé, dissolution de l'entreprise, etc.).

La clause de buy or sell, issue du droit anglo-saxon, permet d'organiser la cession de titres en cas de conflit entre les associés de la société. Il ne faut pas la confondre avec la clause de cession forcée qui oblige à céder des actions.

[Modèle de pacte d'associés avec clause de buy or sell](#)

[Créez votre SAS en ligne](#)

[Modèle de statuts de SAS](#)

Qu'est-ce que la clause de buy or sell

Définition juridique de la clause de buy or sell

En vertu de la clause de buy or sell, un associé peut proposer à un autre associé de la société de lui racheter ses titres à un certain prix. La clause de buy or sell est généralement insérée dans un pacte d'associés ou d'actionnaires. Pour rappel, le pacte d'associés est annexé aux statuts de la société comme dans le cas de statuts de SAS par exemple. Il sert à protéger les intérêts communs des associés de la société et de se prémunir contre tout litige éventuel.

La clause de buy or sell, comment ça marche ?

Lors de la mise en oeuvre de la clause de buy or sell, en cas de répartition inégale du capital entre deux associés par exemple, un associé A propose alors à un autre associé B une offre de rachat de titres. Deux situations sont alors envisageables :

- soit l'associé B accepte de céder ses titres au prix proposé et sort ainsi du capital de la société ;
- soit il refuse l'offre de l'associé A : dans ce cas, il a l'obligation de racheter les titres de l'associé A au même prix mais reste dans le capital de la société.

La clause de buy or sell est virulente en ce sens qu'elle se solde automatiquement par l'éviction de l'un ou de l'autre des associés. Cependant, elle revêt aussi des avantages : en prévenant tout désaccord entre les associés, la clause de buy or sell évite la paralysie de l'activité de la société.

Fonctionnement et rédaction de la clause de buy or sell

Les débats doctrinaux quant aux conditions de validité de la clause de buy or sell

Étant donné la portée de la clause de buy or sell, celle-ci se doit d'obéir à des conditions de validité spécifiques. Comme elle n'est pas encadrée par la loi, elle est toutefois le fruit de décisions prétoriques contradictoires. Par ailleurs, la jurisprudence et la doctrine sont souvent en désaccord en ce qui concerne les conditions de validité de la clause de buy or sell, dite aussi clause américaine ou clause texane.

La détermination du prix dans la clause de buy or sell

Se pose premièrement la question de la détermination du prix dans les dispositions de la clause de buy or sell. En effet, conformément à [l'article 1591 du Code Civil](#), « le prix de la vente doit être déterminé et désigné par les parties ». Si l'on applique strictement la lettre de cet article à la clause de buy or sell, alors cette dernière doit stipuler, dans ses dispositions, un prix déterminé ou déterminable. Pour rappel, un prix déterminable est un prix dont le montant exact n'est pas arrêté mais dont les conditions de fixation sont prévues. Il s'agit par exemple d'un indice convenu entre les parties.

Concernant l'obligation de détermination du prix, une partie de la doctrine considère que la clause de buy or sell consiste en une promesse d'achat. De ce fait, elle fait valoir l'ancien article 1129 du Code Civil en vertu duquel, lors de tout acte de vente, le prix doit être déterminé ou déterminable. Certains auteurs recommandent d'ailleurs de faire appel à un expert pour déterminer le prix de la cession de titres prévue dans la clause de buy or sell.

Néanmoins, est-il réellement nécessaire de faire figurer un prix déterminé ou déterminable dans les dispositions de la clause de buy or sell ?

Une autre partie de la doctrine laisse à penser que non. En effet, la clause de buy or sell produisant des effets radicaux, il est recommandé de bien analyser la situation avant de fixer le prix. Procéder à la détermination du prix dès la rédaction de la clause de buy or sell présenterait plus de risques. Cet argument peut être illustré par [l'arrêt rendu par la chambre commerciale de la Cour de Cassation le 28 avril 2009](#) : en l'espèce, un associé a décidé de mettre en oeuvre la clause de buy or sell dans laquelle était déterminé un prix sous-évalué par rapport à la situation présente. Il s'est ainsi retrouvé évincé du capital de la société.

Bon à savoir : Si les parties décident de déterminer un prix dans les dispositions de la clause de buy or sell, il est toutefois recommandé d'insérer une possibilité de révision dudit prix en vertu du principe de la liberté contractuelle.

Attention : Un prix fixé unilatéralement par l'un ou l'autre des associés peut être considéré comme abusif par les juges du fond.

La détermination du champ d'application dans la clause de buy or sell

Un autre débat concerne la validité de la mise en oeuvre de la clause de buy or sell. Tandis qu'une partie des auteurs considère que l'exercice de la clause de buy or sell est un pouvoir discrétionnaire accordé à tout associé dans n'importe quelle situation, d'autres estiment que le champ d'application de la clause texane doit être strictement stipulé dans ses dispositions.

Il résulte de ces débats doctrinaux des rédactions de la clause de buy or sell fragiles et parfois abusives.

Comment rédiger une clause de buy or sell ?

La clause de buy or sell doit être rédigée avec précaution. En effet, malgré les débats agitant les auteurs du droit, cette clause doit contenir des dispositions précises pour être valable.

S'agissant des conditions de forme, en principe, la clause de buy or sell est insérée dans le pacte d'associés ou d'actionnaires : elle est donc, le plus souvent, une clause extra-statutaire. Le pacte d'associés présente l'avantage de n'être connu que des associés : la clause de buy or sell reste ainsi confidentielle.

Cependant, rien n'interdit aux associés de stipuler une clause de buy or sell directement dans les statuts de la société.

S'agissant des conditions de fond, la clause de buy or sell doit préciser :

- **dans quel contexte elle intervient** : le plus souvent, lors d'un conflit entre associés concernant une répartition inégalitaire du capital de la société ;
- **les démarches à effectuer** pour appliquer la clause de buy or sell et les **délais de mise en œuvre** ;
- **les sanctions** en cas de violation de la clause de buy or sell.

Les effets de la clause de buy or sell

Lors de sa mise en œuvre, la clause de buy or sell produit plusieurs effets :

- **le transfert de propriété des titres** : que l'associé B accepte ou refuse la proposition de l'associé A, un transfert de propriété des titres de la société s'opère. Selon l'option choisie, ce dernier sera en faveur de l'associé A si

l'associé B accepte l'offre ou en faveur de l'associé B, le cas échéant.

Bon à savoir : Ce transfert de propriété est irrévocable et définitif.

- **l'opposabilité aux tiers** : certains tiers peuvent être indirectement concernés par la mise en oeuvre de la clause de buy or sell. C'est le cas d'un tiers qui aurait souhaité racheter les titres de l'associé A ou B par exemple. C'est pourquoi, il est essentiel que la clause de buy or sell soit opposable aux tiers.

Zoom : après avoir pris connaissance des différentes clauses pouvant être insérés dans les statuts de votre société, il ne vous manque plus qu'à créer votre société. Afin de vous faire accompagner dans la [création de votre SAS](#), n'hésitez pas à recourir aux services d'un professionnel tel que LegalPlace. A partir d'un formulaire rempli en ligne, notre équipe s'occupe de l'ensemble des formalités de création de société, de la rédaction des statuts à l'immatriculation de votre société.

Quelles sont les sanctions en cas de violation de la clause de buy or sell?

Comme toute clause insérée dans le pacte d'associés, le non-respect de la clause de buy or sell est sanctionné par la loi. Il convient toutefois de noter que violer une clause de buy or sell insérée directement dans les statuts de la société constitue une faute plus lourde que si la clause est extra-statutaire, c'est-à-dire stipulée dans le pacte d'associés.

Les sanctions en cas de violation de la clause de buy or sell doivent être expressément mentionnées dans les dispositions de la clause. En général, si la clause de buy or sell est insérée dans le pacte d'associés, il s'agit d'octroi de dommages et intérêts en réparation du préjudice subi.