

TABLE DES MATIÈRES

Préface.....	7
Sommaire	9
Liste des principales abréviations.....	11
Remerciements	15
Introduction	17

PREMIÈRE PARTIE L'EFFICIENCE STRATÉGIQUE DU CONTRAT, UN CONCEPT RELATIVEMENT DÉLAISSÉ PAR LE DROIT OBJECTIF

TITRE 1 : L'efficacité stratégique du contrat, un enjeu insaisissable par le droit	43
Chapitre 1 : L'impossibilité pratique de rattacher les enjeux stratégiques à une catégorie juridique.....	45
Section 1 : L'insaisissabilité du contrôle.....	45
I. De l'inconsistance à considérer le contrôle comme un « droit ».....	47
II. Le contrôle comme enjeu politico-économique	49
Section 2 : La clientèle comme enjeu échappant à toute garantie conventionnelle ...	55
I. L'enjeu de la clientèle dans les contrats portant sur le fonds de commerce	55
II. Le droit rétif à l'idée d'une contractualisation de la clientèle civile	58
A. La sauvegarde de la liberté contractuelle du client	59
B. L'efficacité des obligations périphériques	61
Section 3 : L'enjeu de la rentabilité dans les contrats d'affaires.....	62
I. Le refus d'une contractualisation des objectifs stratégiques par le juge	62
A. Le rattachement de l'erreur sur les perspectives stratégiques à l'erreur indifférente	64
B. Le rattachement de l'erreur sur les perspectives stratégiques au comportement répréhensible du cocontractant.....	69
II. Les réticences à une contractualisation des objectifs stratégiques par les parties	79
A. La portée limitée des clauses d'objectif	80
B. La portée « stratégique » des clauses de <i>best efforts</i>	83
1. La portée « engageante » généralement conférée à la clause.....	84
2. Le refus d'octroyer à la clause une portée « désengageante »	88
Chapitre 2 : Fondements théoriques comparés	91
Section 1 : L'efficacité essentielle aux systèmes de <i>Common Law</i>	91
I. L'efficacité comme valeur déterminante dans la logique juridique conséquentialiste	91
A. Une logique caractéristique des mécanismes contractuels.....	91
1. Une logique essentielle à la formation du contrat	92
2. Une logique essentielle à l'exécution du contrat.....	92

B.	Une logique supplétive au regard de la technique d'interprétation anglo-saxonne.....	93
II.	Une approche confortée par la doctrine économique de l'AED	94
A.	L'efficacité évaluée à l'aune de la maximisation des richesses	94
B.	Approche critique	95
Section 2 :	L'efficacité à la marge du système de droit français	97
I.	L'efficacité écartée dans l'approche causaliste de la théorie générale.....	97
A.	L'efficacité inopérante dans la fonction essentielle du juge	97
B.	La référence de principe à la loi conventionnelle.....	98
II.	La tentative de réintégration du critère dans une approche organisationnelle	102
A.	La dimension organisationnelle du contrat	102
B.	L'efficacité organisationnelle échappant à une emprise judiciaire	104
1.	Le refus d'un contrôle d'opportunité.....	104
2.	Un contrôle judiciaire limité à la protection des mécanismes conventionnels.....	105
a)	Une protection de l'efficacité « juridique » de l'organisation contractuelle indépendante des effets économiques réels	105
b)	Une protection d'exception portant sur le consentement à une organisation contractuelle économiquement risquée.....	107
Conclusion du titre 1		111
TITRE 2 :	L'efficacité stratégique du contrat, un instrument accessoirement saisi par le juge	113
Chapitre 1 :	Un élément d'appréciation utile à l'interprétation judiciaire du contrat.....	119
Section 1 :	L'efficacité stratégique révélatrice du sens du contrat	119
I.	Le critère d'efficacité dans l'appréhension du contrat	120
II.	Le critère d'efficacité dans l'appréhension des ensembles contractuels..	125
A.	La recherche d'une cohérence stratégique au sein des ensembles contractuels.....	126
1.	Le sort des contrats liés à un contrat cédé	129
2.	Les effets de l'extinction d'un contrat sur les contrats liés : vers une extension de la notion de caducité ?	130
B.	L'équilibre d'ensemble comme déterminant possible de l'équilibre contractuel	133
1.	L'acceptation d'une compensation entre contrats simultanés et liés à une même opération	135
2.	Incertitudes quant à l'idée d'une compensation entre contrats successifs	137
Section 2 :	L'efficacité stratégique révélatrice des imperfections de la formule	139
I.	Le critère d'efficacité permettant de compléter la formule	140
II.	Le critère d'efficacité permettant de corriger la formule	142
A.	L'ajustement en terme de qualification	143
1.	La prise en compte des enjeux économiques pour déterminer le régime de l'accord	143
a)	Une tendance observable en jurisprudence	145
b)	Une portée générale plus incertaine	149
2.	Le rôle de la notion d'efficacité dans la détermination des éléments essentiels du contrat	151
a)	La réintégration des engagements à la marge du contrat	151

b) La détermination de l'obligation essentielle	155
B. L'ajustement du contenu contractuel	156
1. Le sort des dispositions contradictoires avec la stratégie du contrat	157
2. Une résolution des « conflits de clauses » à la lumière de la cohérence stratégique	159
III. Le critère d'efficience salvateur d'une invalidité liée à la formule.....	162
A. L'invalidité écartée de stipulations particulières.....	162
B. L'invalidité écartée d'un contrat pris dans un ensemble contractuel ..	165
C. Approche critique	165
Chapitre 2 : Un élément d'appréciation utile au contrôle judiciaire des comportements	169
Section 1 : Un élément d'appréciation utile à la protection de l'intérêt social.....	170
I. Un élément d'appréciation utile au contrôle de conformité à l'intérêt social	171
A. Une corrélation de principe entre appauvrissement direct et non-conformité à l'intérêt social	171
1. Une corrélation inhérente au droit des sociétés	172
2. Une corrélation appliquée au plan pénal	173
3. Une corrélation appliquée dans la jurisprudence civile.....	175
B. L'apport du concept d'efficience en faveur d'une appréciation plus nuancée.....	176
1. Tout acte d'enrichissement n'est pas <i>ipso facto</i> conforme à l'intérêt social	177
a) Une référence au concept d'efficience par le juge civil	177
b) Une référence au concept d'efficience par le juge pénal.....	178
2. Tout acte d'appauvrissement n'est pas <i>ipso facto</i> contraire à l'intérêt social	180
C. La référence au concept d'efficience au stade des sanctions	182
1. Des sanctions prononcées dans l'intérêt de la société	182
a) La substitution efficiente d'un administrateur provisoire aux dirigeants sociaux	182
b) L'exercice efficient d'un droit de vote par un mandataire <i>ad hoc</i>	184
2. L'inefficience de la dissolution judiciaire	185
3. L'efficience des sanctions rattrapée par le droit.....	186
a) Des limites aux solutions d'origine prétorienne.....	186
b) Des limites aux solutions d'origine conventionnelle	187
II. Une référence au concept d'efficience parfois délicate.....	190
A. Une divergence de perspectives liée aux diverses conceptions de l'intérêt social	190
B. La menace d'un glissement vers un contrôle d'opportunité.....	195
1. La référence au concept d'efficience pour défendre l'intérêt de la société	195
2. La référence au concept d'efficience pour défendre l'intérêt du groupe	199
3. Fondements juridiques	202
Section 2 : Un élément d'appréciation utile à la protection de l'intérêt économique du contrat	204
I. Une référence utile à l'appréciation de la bonne foi au stade de l'exécution du contrat	206

A.	L'opportunité du critère d'efficacité pour juger de la bonne foi des parties exécutantes.....	206
B.	La mise en œuvre du critère d'efficacité au stade de l'exécution	208
1.	La référence au critère d'efficacité pour pallier l'incomplétude du contrat.....	208
2.	Le critère d'efficacité limitatif de l'étendue des prérogatives contractuelles.....	210
C.	Un renforcement de la bonne foi créatrice	214
1.	Des critiques intenable concernant l'application du critère d'efficacité	214
2.	La reconnaissance d'un devoir général de <i>best efforts</i>	215
II.	Une référence révélatrice d'une nécessaire « gestion contractuelle ».....	218
A.	L'inadéquation du concept de « gestion contractuelle » au refus traditionnel de l'imprévision	218
B.	Un concept pourtant bien présent dans la pratique des affaires	222
1.	L'obligation de renégociation	223
2.	L'instauration de procédures de gestion portant sur l' <i>instrumentum</i> juridique.....	225
	Conclusion du titre 2.....	227
	Conclusion de la première partie	229

DEUXIÈME PARTIE L'EFFICACITÉ STRATÉGIQUE DU CONTRAT, UN OBJECTIF RECHERCHÉ PAR LES PARTIES

TITRE 1 : L'efficacité stratégique du contrat favorisée par des clauses de flexibilité.....	237
Chapitre 1 : Une adaptabilité institutionnalisée par le contrat	241
Section 1 : L'adaptation incitative du contrat.....	241
I. Les performances économiques réelles comme critère d'ajustement du prix	241
A. Les techniques d'ajustement suivi dans les contrats à exécution successive	242
1. Des potentialités étendues en matière de rémunération salariale incitative.....	242
a) Une liberté contractuelle relayée par des incitations légales...	242
b) Une mise en œuvre parfois problématique à l'échelle internationale	245
2. Potentialités et obligations générées par la formule de redevance.....	245
a) Les éléments constitutifs de la formule de redevance.....	246
α) Le choix stratégique de l'objet de la redevance	247
β) L'enjeu stratégique du fait générateur	249
γ) La précision de la période de redevance.....	251
b) Les effets restrictifs de la clause sur la liberté stratégique des parties	251
α) Une limitation de la stratégie d'organisation	252
β) Une limitation de la stratégie d'exploitation	254

B.	Les techniques d'ajustement <i>a posteriori</i> dans les contrats à exécution instantanée	256
1.	La clause d' <i>earn out</i>	257
a)	L'intérêt de la clause au regard de la performance du contrat	257
b)	La question de la validité de la clause au regard des règles de droit	259
2.	Les clauses de complément de prix	260
a)	Le mécanisme	260
b)	La question de la validité des clauses de complément de prix	263
II.	Les performances économiques comme critère d'ajustement de l'obligation	267
A.	L'adaptation touchant au contenu de la prestation	267
B.	L'adaptation touchant à la durée de la prestation	273
Section 2 :	L'adaptation circonstancielle du contrat	275
I.	Une référence aux évolutions du marché pour assurer un ajustement du prix	276
A.	Un mécanisme d'ajustement assuré par la clause d'indexation du prix	276
1.	Une efficacité éprouvée	276
a)	Un facteur d'optimisation de la performance économique du contrat	276
b)	Les conditions de validité de l'indice de référence	277
c)	Le contrôle de l'efficacité de sa mise en œuvre	278
α)	L'adaptation du mécanisme par le juge dans le cadre de son pouvoir d'interprétation	279
β)	L'adaptation du mécanisme par les parties nécessitée par le devoir de loyauté	280
2.	Une application extensive du mécanisme pour adapter le délai d'exécution	281
B.	Un mécanisme d'ajustement inversé assuré par la clause d' <i>equity swap</i>	282
1.	Le principe d'un rééquilibrage rétroactif du prix	282
2.	La question de sa validité	283
II.	Une référence aux évolutions du marché visant à assurer un ajustement de la prestation essentielle	284
A.	Les clauses d'alignement en droit français	284
1.	Une fragile sécurité juridique et stratégique	285
a)	Les clauses d'actualisation de la prestation	285
b)	La clause d'offre concurrente	287
c)	La clause du client le plus favorisé	291
2.	Une mise en œuvre mal assurée	293
a)	Les contraintes objectives liées à la mise en œuvre	293
α)	Les critères de comparabilité	293
β)	La preuve des conditions plus favorables	294
b)	Les contraintes subjectives liées à leur mise en œuvre	295
B.	Un mécanisme d'application étendue à la pratique du <i>benchmarking</i>	296

Chapitre 2 :	Une adaptabilité intégrée au pouvoir du contractant.....	299
Section 1 :	Un pouvoir conventionnel utile à l'optimisation de la stratégie du contractant	301
I.	Un pouvoir d'adaptation des éléments du contrat.....	301
A.	Une marge de liberté étendue concernant la politique de prix.....	301
B.	Les clauses d'ajustement unilatéral du contenu de l'obligation.....	303
1.	La légitimité du pouvoir unilatéral d'ajustement des prestations contractuelles.....	303
2.	Les vertus stratégiques et juridiques de la clause alternative.....	304
a)	L'intérêt stratégique de la clause.....	304
b)	Une solution juridique non potestative.....	306
C.	Les particularités du pouvoir de substitution d'une partie au contrat.....	308
1.	L'agrément nécessaire à la sous-traitance.....	308
2.	L'agrément nécessaire à la cession de contrat.....	309
a)	La cession principale de contrat.....	309
b)	La cession incidente de contrat.....	312
3.	Les aménagements contractuels.....	316
II.	Un pouvoir unilatéral d'ajustement de la durée de la relation d'affaires..	326
A.	La rupture sauvegarde.....	327
1.	La rupture liée à des circonstances remettant en cause l'efficacité du contrat.....	328
2.	Le déclenchement de la rupture du fait du contractant.....	334
B.	La rupture prospective.....	337
1.	Une incompatibilité avec le principe de la force obligatoire.....	338
a)	Les réticences du droit français au regard de la théorie anglo-saxonne de l' <i>efficient breach of contract</i>	338
b)	Une logique pénétrant pourtant certaines décisions.....	340
2.	Des aménagements contractuels tolérés.....	347
a)	La résiliation unilatérale pour motif stratégique.....	348
b)	La question de la place du motif stratégique dans la mise en œuvre des clauses pénales.....	354
c)	La dynamique instaurée par les clauses de sortie.....	357
C.	La préférence pour des mécanismes conditionnant la continuation de la relation d'affaires.....	360
Section 2 :	Le poids des enjeux stratégiques dans le contrôle judiciaire du pouvoir conventionnel.....	362
I.	Une mise en œuvre du pouvoir soumise au contrôle direct de l'efficacité.....	365
A.	Une mise en œuvre écartée en présence d'une alternative efficace.....	365
B.	Une mise en œuvre conditionnée par sa conformité à l'efficacité du contrat.....	369
1.	Le critère d'efficacité utile à la préservation de l'ordre interne du contrat.....	370
2.	Le critère d'efficacité utile à la défense de l'ordre public de protection.....	379
II.	La prise en compte par le juge des intérêts privés du cocontractant.....	385
A.	L'intervention du juge en faveur d'une processualisation du pouvoir conventionnel.....	385
1.	Un devoir d'information distinct du devoir de motivation.....	386

2.	Un devoir d'information visant à sauvegarder les opportunités stratégiques du cocontractant	388
a)	L'insuffisance du respect d'un préavis conventionnel pour écarter l'abus	390
b)	L'indifférence aux vices de forme.....	391
c)	L'importance des enjeux économiques pour stigmatiser l'insuffisance du préavis.....	392
α)	Le critère économique renforçant l'exigence d'information anticipée.....	392
β)	Le critère économique allégeant l'exigence d'information anticipée.....	397
B.	L'effacement du juge en présence d'alternatives favorables au cocontractant	398
1.	La réciprocité du pouvoir conventionnel excluant l'abus	399
2.	L'opportunité de circonstance excluant l'abus.....	400
a)	Une limitation génératrice d'incertitudes	401
b)	La préférence pour l'aménagement conventionnel d'une alternative au profit du subordonné.....	404
	Conclusion du titre 1	408
	TITRE 2 : L'efficacité stratégique du contrat protégée par des clauses de stabilité	411
	Chapitre 1 : Des dispositions stabilisatrices de la politique stratégique	413
	Section 1 : Les clauses protectrices de la détention du contrôle social	414
I.	Les techniques de stabilisation du contrôle social	417
A.	Dispositions obligeant l'associé	417
1.	Les moyens indirects limitant la libre transmission des titres.....	417
a)	Les limitations à la liberté d'acquérir des titres sociaux	417
b)	Les limitations à la liberté de disposer de ses titres	418
α)	Les pactes d'inaliénabilité	418
β)	Les pactes de cessibilité limitée	419
γ)	Les dispositifs de cession forcée	421
2.	Les moyens directs pour le maintien de la répartition du capital..	423
B.	Les dispositions aménageant les règles relatives à l'exercice du pouvoir sociétaire	424
C.	Des dispositions visant à tronquer les effets d'une éventuelle offre publique d'achat	428
1.	Les clauses dissuasives liées à la gestion des actifs sociaux	428
2.	Les clauses dissuasives par l'effet produit dans les contrats passés par la société cible	430
II.	La souplesse préservée par les techniques de contrôle <i>ad hoc</i> de la dévolution du pouvoir	432
A.	Les limites corollaires à la stabilisation du contrôle	432
B.	Des palliatifs <i>ad hoc</i>	433
1.	La préférence pour des clauses d'agrément	434
2.	L'apport des dispositions incluses dans les contrats de cession....	437
Section 2 : Les clauses protectrices de la politique commerciale		438
I.	Les dispositions relatives à la circulation de l'objet contractuel.....	440
A.	Les mécanismes de réversibilité.....	440
1.	Le régime de la liquidation du contrat en droit suisse et notion de réversibilité	440

2.	La réversibilité en droit français.....	441
a)	L'intérêt stratégique limité du réméré.....	441
b)	La perspective stratégique limitée de la réserve de propriété.....	443
3.	La réception en droit français des mécanismes de réversibilité d'origine anglo-saxonne.....	443
B.	Les clauses limitatives de la circulation de l'objet contractuel.....	447
1.	Les clauses de stabilisation de l'objet contractuel.....	447
a)	Les clauses de non-revente.....	447
b)	Les clauses d'inaliénabilité.....	448
2.	Les clauses de circulation de l'objet contractuel.....	449
II.	Des dispositions protectrices des orientations stratégiques du contrat.....	452
A.	Des limitations de la liberté d'action du cocontractant.....	452
1.	Les clauses de contrôle portant sur le comportement stratégique du cocontractant.....	452
2.	Les clauses de contrôle portant sur le pouvoir stratégique du cocontractant.....	453
B.	Des engagements prospectifs à la charge du cocontractant.....	457
1.	L'obligation d'exploitation.....	457
2.	L'obligation au respect d'une politique de prix.....	458
3.	La question du vice de violence économique.....	460
a)	Une réception prudente de la notion de violence économique en droit des contrats.....	460
b)	La sauvegarde d'impératifs de gestion, facteur d'exception pouvant justifier des atteintes à la liberté contractuelle.....	463
Chapitre 2 :	Une protection de la clientèle au prix de limitations à la liberté d'entreprendre.....	467
Section 1 :	L'intérêt stratégique de la stipulation d'une clause de non-concurrence.....	467
I.	La reconnaissance d'une obligation implicite de non-concurrence.....	468
A.	Une application étendue de la garantie légale d'éviction.....	468
B.	Une application étendue du principe de bonne foi.....	471
II.	Les apports d'une stipulation expresse.....	471
Section 2 :	Les incertitudes liées au contrôle judiciaire.....	473
I.	Une atteinte à la liberté d'entreprendre judiciairement encadrée.....	473
A.	Une restriction limitée de la liberté du débiteur.....	474
B.	Une restriction conditionnant la liberté stratégique du bénéficiaire.....	475
II.	Les conditions posées à l'atteinte à la libre concurrence.....	477
A.	Les conditions de validité.....	477
B.	Les conditions de mise en œuvre.....	478
Section 3 :	La préférence pour des clauses de non-concurrence « graduelles ».....	479
I.	Les limitations conventionnelles portant sur une stratégie particulière.....	480
A.	La stigmatisation d'un comportement particulier.....	480
B.	L'attention portée aux préjudices liés à un comportement.....	480
II.	Les limitations conventionnelles portant sur les cibles stratégiques.....	481
A.	L'exclusivité d'achat protectrice de la clientèle du fournisseur.....	482
1.	Un contrôle direct sollicité par le droit de la concurrence.....	482
2.	Un contrôle indirect sollicité par le droit des contrats.....	484
B.	L'exclusivité de fourniture protectrice de la clientèle du distributeur.....	484
1.	Une validité remise en cause en droit de la concurrence.....	485

2. Une efficacité renforcée en droit des contrats	486
Chapitre 3 : Des dispositions protectrices de la rentabilité économique du contrat ..	489
Section 1 : Des dispositions préservant la rentabilité économique au stade de la formation du contrat	489
I. Une garantie de l'opportunité économique du contrat au regard des circonstances économiques	490
A. L'apport du mécanisme de la <i>MAC clause</i>	490
B. L'efficacité juridique du mécanisme au regard du grief de potestativité	492
II. Une garantie de la valeur économique des éléments du contrat.....	493
A. L'intérêt stratégique de l'extension du mécanisme en faveur d'un audit.....	493
B. La question de sa validité juridique.....	496
Section 2 : des dispositions préservant la rentabilité économique au stade de l'exécution du contrat.....	497
I. L'intérêt stratégique de l'audit d'exécution	497
A. Le devoir général d'information au stade de l'exécution.....	497
B. L'opportunité d'une clause d'audit d'exécution	498
1. Une anticipation des mauvaises exécutions	499
2. Une conformité incertaine au droit de la concurrence	499
II. La garantie du potentiel stratégique d'un élément conventionnel.....	500
Conclusion du titre 2	504
Conclusion de la deuxième partie	505
Conclusion générale	507
Bibliographie	511
Index alphabétique.....	571
Table des matières.....	583