

Olivier Bloch

Les conventions d'actionnaires
et le droit de la société anonyme
en droit suisse

avec un aperçu du droit boursier

2^e édition

Table des matières

Préface de la deuxième édition.....	V
Sommaire	VII
Bibliographie.....	XLV
Textes officiels.....	XCIV
Abréviations.....	XCV

Introduction	1
Exposé et situation du problème.....	1

Première partie : les conventions d'actionnaires en général..... 3

Chapitre I : Les conventions d'actionnaires dans la pratique..... 3

§ 1 Besoin des conventions d'actionnaires et intégration dans l'ordre juridique	3
A) Besoin des conventions d'actionnaires.....	3
I. Le droit de la société anonyme est principalement basé sur le capital.....	3
II. Les conventions d'actionnaires permettent de répondre aux besoins des actionnaires désirant établir des relations personnelles entre eux.....	4
B) Intégration dans l'ordre juridique	4
I. Les conventions d'actionnaires en droit positif.....	4
1. Généralités	4
2. Les conventions d'actionnaires dans le cadre de la révision du droit de la société anonyme de 1991 et du projet de révision du droit de la société anonyme et du droit comptable du Conseil fédéral du 21 décembre 2007	5
a) Le projet de l'art. 695a CO	5
b) Les critiques émises à l'encontre du projet de l'art. 695a CO.....	5
c) La révision du droit de la société anonyme a eu des effets sur la portée des conventions d'actionnaires	7
II. Les conventions d'actionnaires et la jurisprudence.....	7
C) Les fonctions des conventions d'actionnaires	8
I. Les conventions d'actionnaires présentent un double visage vertueux et perfide	8
II. Les conventions d'actionnaires jouent un rôle vertueux	8
1. Les actionnaires cherchent à former la volonté de la société anonyme.....	8

Table des matières

2.	Les actionnaires cherchent à déterminer la composition de l'actionnariat	9
3.	L'actionnaire cherche à assurer sa succession dans la société	10
III.	Les conventions d'actionnaires peuvent être perfides	10
1.	Les conventions illicites et abusives	10
2.	Les conventions frauduleuses.....	10
§ 2	Définition et nature juridique.....	12
A)	Remarques terminologiques	12
B)	Définition	13
I.	L'élément personnel	14
1.	Une des parties au moins doit être légitimée à exercer les droits liés aux actions d'une société anonyme déterminée.....	14
2.	Les conventions de vote peuvent être conclues avec des personnes étrangères à la société anonyme	15
II.	Les éléments matériels	15
1.	L'exercice des droits de l'actionnaire	15
2.	Les engagements auxquels s'oblige(nt) une ou plusieurs partie(s) en sa (leur) qualité d'actionnaire(s) d'une société anonyme déterminée.....	16
C)	Nature juridique et délimitation	17
I.	Le caractère contractuel.....	17
II.	Les conséquences du caractère contractuel	17
§ 3	Délimitation par rapport à d'autres types d'accords	19
A)	Les <i>gentlemen's agreements</i>	19
B)	Le contrat de fusion	19
C)	La société commune ou joint-venture	20
I.	Définition	20
II.	Le contrat à la base de la société anonyme de l'entreprise commune est assimilable à une convention d'actionnaires.....	21
III.	Les différences entre les sociétés communes et les conventions d'actionnaires.....	22
IV.	Le cas particulier de la société double	22
1.	La notion de société double.....	22
2.	Les actionnaires entretiennent entre eux des rapports d'associés.....	23
3.	La joint-venture peut prendre la forme d'une société double.....	23
4.	La validité des sociétés doubles	23
5.	La différence entre les conventions d'actionnaires et les sociétés doubles.....	24
V.	Les différences entre les sociétés communes et les sociétés doubles.....	24
D)	Les groupes de sociétés (<i>Konzern</i>) ; holding ; cartel.....	25
I.	Le groupe de sociétés	25
II.	La société holding.....	26
III.	Le cartel	27

§ 4 Critères de distinction	28
A) Typologie	28
I. Tous les actionnaires d'une société anonyme déterminée sont parties à la convention.....	28
1. Le cas du syndicat d'actionnaires	28
a) Les caractéristiques de ce type d'accord	28
b) L'organisation du syndicat d'actionnaires	29
2. Les deux actionnaires d'une société anonyme déterminée sont parties à la convention	30
a) Les risques de blocage en cas de mésentente entre les deux actionnaires	30
b) La nécessité de conclure un accord dans le cadre d'une société à deux actionnaires	30
c) La nécessité de définir un but commun entre les deux actionnaires.....	31
d) La nécessité de résoudre les conflits d'intérêts entre les deux actionnaires	31
aa) Les droits et les obligations liés à l'acquisition d'actions.....	31
bb) L'intervention d'une tierce personne	32
II. Une partie des actionnaires d'une société anonyme déterminée est liée à la convention	33
1. La nature et les buts de ce type d'accord	33
2. Les caractéristiques de ce type d'accord.....	33
a) L'indépendance particulièrement marquée entre la convention et la société anonyme	33
b) La portée du devoir de fidélité du membre du consortium ...	34
III. Les conventions qui lient un seul actionnaire.....	34
B) Sociétés dont les actions ne sont pas cotées en bourse et sociétés dont les actions sont cotées en bourse	35
I. Les conventions d'actionnaires se rencontrent le plus fréquemment dans le cadre des sociétés dont les actions ne sont pas cotées en bourse	35
II. Les conventions d'actionnaires dans le cadre des sociétés d'économie mixte	36
C) Exercice et transmissibilité d'un droit de l'actionnaire	36
I. La convention d'actionnaires est un acte générateur d'obligation et non pas un acte de disposition	36
II. L'acte de disposition portant sur la cession du droit de vote est illégal	37
III. La notion d'obligation portant sur un acte de disposition.....	37
D) Exercice d'un droit patrimonial et d'un droit social	38
E) Exercice d'un droit de nature positive et négative.....	38
I. Les droits sociaux de nature négative.....	38

Table des matières

II. Les droits sociaux de nature positive	39
1. Le droit de vote	39
2. Le droit de disposer des actions	39
3. Conclusion.....	40
III. Les conventions d'actionnaires négatives et positives.....	40
F) Caractère durable et caractère ponctuel	40
G) Disposition à cause de mort et actes entre vifs.....	41
I. Une convention d'actionnaires peut être un acte à cause de mort.....	41
II. La portée de la distinction entre les actes entre vifs et les actes à cause de mort.....	41
III. Le critère de distinction entre les actes entre vifs et les actes à cause de mort.....	42
H) Accord de majorité ou de minorité	42
I. Les accords de majorité	43
II. Les accords de minorité	43
I) Les parties poursuivent un but identique ou un but divergent.....	44
J) Contrat unilatéral, bilatéral ou multilatéral	44
§ 5 Forme et qualification.....	46
A) Forme.....	46
B) Qualification	46
I. Généralités	46
II. Les contrats de société	47
1. Les conventions d'actionnaires qui prennent la forme d'une société simple sont les plus courantes	47
2. Les associés cherchent à atteindre un but commun.....	47
3. La nature des apports.....	48
4. Les décisions de la société	49
III. Les contrats nommés.....	50
1. Généralités	50
2. Contrat d'entreprise.....	50
3. Contrat de travail	51
4. Contrat de garantie.....	51
5. Contrat de bail et contrat de prêt.....	52
6. Contrat de mandat.....	53
a) Enoncé du problème : le mandat est résiliable en tout temps	53
b) La position de Glattfelder	53
c) La portée de l'art. 404 CO	53
d) La position de Dohm.....	54
e) Le position d'Appenzeller	54
f) Notre prise de position	55
IV. Les contrats <i>sui generis</i>	56

Chapitre II : Quelques problèmes suscités par les conventions

d'actionnaires	57
§ 1 Durée et fin des conventions d'actionnaires	57
A) Généralités	57
B) Les causes ordinaires de fin des conventions.....	58
I. Les conventions temporaires	58
II. Les conventions durables	58
1. Les parties sont en principe libres de fixer la durée de leurs relations contractuelles	58
2. La distinction entre les conventions de durée déterminée et celles de durée indéterminée.....	58
a) La portée de cette distinction	58
b) La clause qui permet d'exercer un droit de résiliation anticipé avant l'échéance du terme prévu par la convention.....	59
c) La clause qui prévoit la reconduction tacite du contrat après l'écoulement du terme prévu	59
d) En cas de silence des parties	60
1° En général	60
2° Lorsque la durée de la convention dépend de la qualité d'actionnaire d'une des parties au moins	60
e) La durée de la convention d'actionnaires dépend de l'existence de la société anonyme	61
3. Les contrats obligationnels	61
3.1 Les conventions obligationnelles à durée déterminée	61
3.2 Les conventions obligationnelles à durée indéterminée	61
4. Les contrats de société	62
4.1 Les contrats de société à durée déterminée.....	62
4.2 Les contrats de société à durée indéterminée.....	62
C) Les causes extraordinaires de fin des conventions.....	62
I. Les conventions temporaires	62
II. Les conventions durables	63
1. Les contrats obligationnels.....	63
1.1 Les conventions à durée déterminée	63
1.2 Les conventions à durée indéterminée	63
a) La position de la jurisprudence et de la doctrine	64
b) Notre prise de position	64
2. Les contrats de société	65
2.1 La réalisation du but ou l'impossibilité à atteindre le but	65
a) Il faut interpréter le but fixé par le contrat de société pour déterminer quand il est réalisé ou impossible à atteindre.....	65
b) En cas de dissolution de la société anonyme.....	65
c) En cas de fusion de la société anonyme	66
d) En cas de sortie d'un actionnaire important	66

Table des matières

e)	En cas de rachat d'une des parties à l'accord par la société visée.....	66
2.2	Le décès d'un associé.....	67
a)	Généralités.....	67
b)	Les obligations de l'associé décédé sont-elles transmissibles?.....	68
1°	Énoncé du problème.....	68
2°	Une clause de succession prévue dans le contrat de société ne constitue ni un contrat à charge d'un tiers ni une charge successorale.....	68
3°	Une clause de succession prévue dans le contrat de société constitue un cas d'application de l'effet de la dévolution universelle de la succession de l'associé décédé.....	69
c)	La protection des droits de la personnalité des héritiers.....	70
1°	Dans quelle mesure la clause de succession prévue par le contrat de société est-elle inopposable aux héritiers de l'associé décédé?.....	70
2°	Les effets de l'inopposabilité de la clause de succession à l'égard des héritiers de l'associé décédé sur la validité du contrat de société.....	70
3°	Les héritiers de l'associé décédé disposent des mêmes moyens que les autres associés de provoquer la dissolution du contrat de société.....	71
d)	Les effets de la transmissibilité des obligations personnelles de l'associé décédé.....	71
1°	Énoncé du problème.....	71
2°	Les sociétaires peuvent associer leurs successeurs de leur vivant.....	71
3°	Il faut présumer que c'est la communauté héréditaire qui remplace l'associé décédé en cas de silence des parties.....	72
4°	Dans quelle mesure les héritiers de l'associé décédé peuvent-ils être contraints de rester en indivision?.....	73
5°	L'exclusion partielle ou totale des héritiers de l'associé décédé du consortium.....	73
6°	Les problèmes d'indemnisation de la communauté héréditaire.....	73
2.3	Les mesures d'exécution forcée.....	74
a)	Les associés veulent en principe continuer le contrat de société.....	74
b)	Les associés doivent racheter les titres de l'associé poursuivi, failli ou incapable à leur valeur réelle pour	

	garder toutes les actions engagées dans le consortium	74
c)	Qu'en est-il lorsque les actions engagées sont apportées en pleine propriété au consortium?.....	75
d)	Existe-t-il une autre alternative pour maintenir toutes les actions engagées dans le consortium si les associés n'ont pas les moyens de racheter les titres de l'associé poursuivi, failli ou incapable à leur valeur réelle?	75
2.4	La dissolution pour de justes motifs.....	75
a)	La nature du droit de demander la dissolution de la société pour de justes motifs.....	75
b)	La notion de justes motifs et les effets de la dissolution	76
c)	L'action en dissolution dans le cadre d'un syndicat d'actionnaires.....	76
2.5	La sortie de l'associé	77
a)	Les causes de la sortie.....	77
b)	Les conditions de la sortie	78
c)	Les effets de la sortie.....	78
aa)	Sur la continuité du consortium	78
bb)	La question de l'indemnisation de l'associé sortant.....	78
2.6	L'exclusion d'un associé	78
D)	La question de la validité des conventions d'actionnaires sous l'angle de leur durée	79
I.	Généralités	79
II.	L'art. 27 al. 2 CC limite la durée des engagements.....	79
III.	Les effets de l'art. 27 al. 2 CC.....	80
1.	Le principe de la nullité partielle.....	80
2.	Le juge doit rechercher la volonté hypothétique des parties.....	81
3.	Les effets de l'art. 27 al. 2 CC dans le cadre des conventions d'actionnaires.....	81
IV.	La durée du contrat est liée à la qualité d'actionnaire.....	82
V.	La durée du contrat est liée à l'existence de la société anonyme	82
VI.	Remarques finales	83
§ 2	Les sanctions légales des conventions d'actionnaires et les mesures pratiques visant à en assurer le respect	85
A)	Généralités	85
B)	L'action en exécution	85
I.	Le principe	85
1.	Généralités	85
2.	Questions de procédure	87
a)	La détermination du for	87
b)	La compétence du juge se détermine en fonction de la valeur litigieuse	87

Table des matières

3.	L'action en exécution est-elle compatible avec la liberté de vote de l'actionnaire?.....	88
4.	Dans le cadre de l'action en exécution, le juge s'immisce-t-il de manière inadmissible dans la formation de la société anonyme?	89
5.	L'action en exécution peut-elle être utile?	89
a)	Les problèmes de la mise en œuvre de l'action en exécution relèvent essentiellement de motifs pratiques.....	89
b)	L'action en exécution peut avoir un effet utile	90
c)	Comment dissuader le débiteur de l'accord de violer de manière répétée ses engagements?	90
6.	La créance est-elle exigible?.....	91
7.	Le jugement formateur en exécution peut-il faire l'objet d'une exécution forcée?	92
II.	Le problème de l'exécution forcée	93
1.	L'exécution forcée directe.....	93
a)	L'objet de l'exécution forcée directe	93
b)	La portée de l'exécution forcée directe en matière de conventions d'actionnaires.....	93
2.	L'exécution forcée indirecte.....	93
a)	L'objet de l'exécution forcée indirecte	93
b)	La portée de l'exécution forcée indirecte en matière de conventions d'actionnaires.....	94
3.	L'exécution forcée par un tiers.....	94
a)	Notion.....	94
b)	Un tiers peut-il voter lors de l'assemblée générale à la place de l'actionnaire?	94
c)	Quelles conditions le tiers doit-il remplir pour être légitimé à voter lors de l'assemblée générale à la place de l'actionnaire récalcitrant?.....	95
1°	Situation du problème.....	95
2°	Les actions engagées sont nominatives.....	95
3°	Les actions engagées sont au porteur	95
d)	Que se passe-t-il si le tiers ou le créancier et l'actionnaire récalcitrant sont présents en même temps à l'assemblée générale?	96
1°	L'actionnaire récalcitrant ne peut en principe pas participer lors de l'assemblée générale.....	96
2°	Quelques situations problématiques.....	96
e)	Conclusion.....	97
4.	Le jugement condamnant à une déclaration de volonté.....	97
a)	Notion.....	97
1°	L'objet de la mesure d'exécution forcée condamnant à une déclaration de volonté	97

2° Les conditions de la mesure d'exécution forcée condamnant à une déclaration de volonté.....	97
3° La position de la doctrine	98
b) Le jugement tenant lieu de vote de l'actionnaire s'immisce-t-il de manière inadmissible dans la formation de la volonté de la société anonyme?.....	98
c) A quel moment le jugement tenant lieu de vote de l'actionnaire doit-il intervenir?	99
1° L'ordonnance d'exécution forcée doit indiquer que la déclaration de volonté valant vote de l'actionnaire récalcitrant est censée déployer ses effets lors de la tenue de l'assemblée générale.....	99
2° L'ordonnance d'exécution forcée doit être notifiée au conseil d'administration avant le vote lors de l'assemblée générale.....	99
3° Les effets de l'ordonnance d'exécution forcée coïncident avec ceux de l'accord de vote	100
d) Problèmes de légitimation pour participer à l'assemblée générale	100
1° Enoncé du problème.....	100
2° Les actions engagées sont nominatives.....	100
3° Les actions engagées sont au porteur	101
e) Que se passe-t-il si l'actionnaire récalcitrant participe à l'assemblée générale?.....	101
f) Conclusion.....	102
III. Les mesures provisionnelles	102
1. Généralités	102
a) L'utilité des mesures provisionnelles dans le cadre de l'exécution des conventions d'actionnaires	102
b) Les mesures provisionnelles en matière de conventions d'actionnaires relèvent du droit cantonal	103
2. Notion.....	103
3. Distinction entre les mesures conservatoires et les mesures de réglementation	103
4. Conditions	104
5. Les mesures provisionnelles en matière de conventions de vote	104
a) La position de la doctrine	104
b) Le principal grief soulevé à l'encontre des mesures provisionnelles tendant à garantir l'exécution des accords de vote tient au fait que le juge n'a pas le droit de préjuger de la cause au fond.....	105
c) Le juge doit prendre sa décision sur la base d'une pesée des intérêts en présence.....	105

Table des matières

d) L'exécution anticipée de l'accord de vote ne doit être prononcée que si le créancier démontre que son intérêt est manifestement prépondérant	106
6. Conclusion	106
IV. Remarques finales	107
C) L'action en dommages et intérêts	107
I. Les conditions de l'action en dommages et intérêts.....	107
1. En général.....	107
2. Les conditions de l'action en dommages et intérêts sont difficiles à prouver dans le cadre de la violation d'une convention de vote	108
a) Le créancier de l'accord supporte le fardeau de la preuve	108
b) Dans le cadre d'un concours d'actions	108
II. L'action en dommages et intérêts ne satisfait en général pas les intérêts du créancier de l'accord de vote	109
D) Les mesures pratiques visant à assurer le respect des conventions d'actionnaires	109
I. La clause pénale	110
1. La validité des peines conventionnelles dans les accords entre actionnaires.....	110
2. La relation entre la peine convenue et l'exécution de la convention.....	110
a) Le principe.....	110
b) Dans le cadre de l'art. 160 al. 2 CO.....	110
3. La relation entre la peine convenue et le dommage subi	111
4. La fixation de la peine conventionnelle	111
a) Les parties sont en principe libres de déterminer le montant de la peine.....	111
b) Les peines conventionnelles ne peuvent pas sanctionner les obligations illicites, immorales ou frauduleuses	111
c) La réduction des peines conventionnelles excessives	111
1° Le juge doit tenir compte de l'ensemble des circonstances de chaque cas d'espèce	111
2° Le juge n'intervient que pour censurer les peines conventionnelles manifestement abusives.....	112
5. La clause pénale ne présente que des effets limités pour garantir l'exécution des conventions d'actionnaires	112
II. Le pouvoir de représenter les actions engagées	113
1. Le principe	113
2. Le droit de la société anonyme autorise l'actionnaire à se faire représenter lors de l'assemblée générale.....	113
a) Les actions engagées sont nominatives.....	113
b) Les actions engagées sont au porteur	113
3. La représentation des actions engagées ne présente que des effets limités pour garantir l'exécution des conventions d'actionnaires.....	114

III. La consignation des actions engagées.....	114
1. Le principe	114
2. La consignation des actions engagées empêche-t-elle de transférer leur possession à un tiers acquéreur?.....	115
3. La consignation des actions engagées empêche-t-elle de transférer leur propriété à un tiers acquéreur?.....	116
a) Les actions engagées sont nominatives.....	116
aa) En général	116
bb) Les actions nominatives sont transmises par la voie de la cession	116
b) Les actions engagées sont au porteur	116
aa) En ce qui concerne l'exécution d'une convention de blocage.....	116
bb) En ce qui concerne l'exécution d'un accord de vote.....	116
IV. Le transfert de propriété à un fiduciaire	117
1. Le but.....	117
2. Les effets	118
3. La qualification	118
4. La validité	119
a) La convention de fiducie peut être frauduleuse	119
b) La convention de fiducie doit être distinguée de la simulation	120
1° La distinction entre la convention de fiducie et la simulation se fonde sur la volonté des parties	120
2° Les effets de la convention de fiducie et de la simulation	120
3° Le juge doit apprécier l'ensemble des circonstances de chaque cas d'espèce pour déterminer si l'acte litigieux est sérieusement voulu ou simulé	121
4° La convention de fiducie et la simulation dans le cadre des conventions d'actionnaires	121
V. La mise des actions en main commune.....	122
1. Le but et la constitution de la main commune.....	122
a) La mise en propriété commune des actions engagées empêche les parties de violer la convention	122
b) Les conditions de la mise en propriété commune des actions engagées.....	123
1° La condition objective.....	123
2° La condition subjective.....	123
2. Les avantages et les inconvénients de la mise des actions en main commune	124
a) La mise en propriété commune des actions engagées garantit l'exécution des conventions d'actionnaires.....	124

Table des matières

b)	Le problème de la préservation du caractère secret de l'accord.....	124
1°	Sous l'angle de la représentation commune des actions engagées.....	124
2°	Sous l'angle du régime juridique applicable aux actions nominatives	125
c)	Les consorts peuvent individualiser la distribution des dividendes en fonction de l'apport de chacun	125
d)	Les consorts peuvent prévoir de reprendre leur apport respectif en nature à la fin du contrat de société	125
e)	Les consorts sont-ils privés d'un moyen de financement s'ils apportent en pleine propriété leurs actions au consortium?	126
3.	Les effets	126
a)	En général.....	126
b)	Problèmes particuliers liés aux interdictions légales de vote	126
1°	Situation du problème.....	126
2°	La position de la doctrine	127
3°	Notre prise de position	128
4°	Le cas particulier où l'un des membres du syndicat est dominé par la société anonyme visée.....	128
c)	Le problème de la révocation des pouvoirs du représentant commun	129
1°	Les pouvoirs du représentant commun peuvent être révoqués en tout temps.....	129
2°	Chaque consort peut révoquer les pouvoirs du représentant commun	130
3°	Les effets de la révocation du représentant commun sur l'exécution de la convention	130
4°	Les conséquences perverses des effets de la révocation du représentant commun sur le fonctionnement du syndicat d'actionnaires.....	131
5°	Conclusion.....	131
4.	La constitution d'un usufruit commun	131
a)	Le principe	131
b)	Les associés peuvent convenir que les dividendes doivent être distribués en fonction de leur apport respectif.....	132
c)	Un représentant commun doit être désigné.....	132
d)	Les effets de l'usufruit commun sur les droits des nus-propriétaires	132
VI.	Le nantissement des actions engagées.....	133
VII.	La non-émission des titres et le timbrage des titres.....	133
1.	La non-émission des titres n'empêche pas en principe les actionnaires de les céder à un tiers acquéreur.....	133

2. Un titre nominatif prévoyant qu'il est incessible est-il licite?.....	134
3. Le timbrage des titres	134
a) La mention de l'existence d'une convention d'actionnaires sur les titres engagés ne la rend pas opposable au tiers acquéreur	134
b) La mention de l'existence d'une convention d'actionnaires sur les titres engagés est susceptible de détruire la bonne foi du tiers acquéreur	135
VIII. La concession d'un droit d'emption conditionnel sur les actions ou d'un droit de vendre ses actions	135
IX. L'insertion d'une clause statutaire.....	136
1. La clause statutaire qui oblige la société anonyme à exécuter la convention d'actionnaires est illicite.....	136
2. La clause statutaire d'agrément peut contribuer à faire respecter les conventions d'actionnaires.....	136
X. Conclusion.....	136

Deuxième partie :

les limites des conventions d'actionnaires au regard des règles du droit de la société anonyme 137

Chapitre I : Examen des instruments permettant de mesurer l'incompatibilité du contrat d'actionnaires par rapport au droit de la société anonyme : l'abus de droit et la fraude à la loi 137

§ 1 Concept.....	138
A) L'abus de droit.....	138
I. Source	138
II. Eléments de la définition	138
B) La fraude à la loi.....	139
I. Source	139
II. Eléments de la définition	139
§ 2 Distinction entre l'abus de droit et la fraude à la loi	141
A) L'abus de droit : l'actionnaire est tenu d'exercer ses droits conformément aux principes découlant de la bonne foi.....	141
I. L'abus de droit et la fraude à la loi sont des notions très proches.....	141
II. Il y a abus lorsque le titulaire d'un droit l'exerce contrairement aux règles de la bonne foi	142
B) La fraude à la loi : l'actionnaire cherche à éluder une règle de droit contraignante.....	142
I. La fraude consiste à contourner une norme d'interdiction par une norme éludante	142
II. La fraude revient-elle à abuser de son droit de contracter?	142
III. Le cas de fraude aux contrats et aux statuts	143

Table des matières

§ 3 Conditions et fonction	144
A) L'abus de droit	144
I. Les conditions.....	144
II. La fonction.....	145
B) La fraude à la loi.....	145
I. Les conditions.....	145
1. Une norme édulante doit contourner une norme d'interdiction ...	145
2. La norme d'interdiction doit viser selon son sens et son but à interdire qu'un certain résultat économique puisse être réalisé grâce à la norme édulante	145
3. L'intention constitue-t-elle une condition de la fraude?.....	146
II. La fonction.....	146
III. Le cas de fraude aux contrats et aux statuts	146
§ 4 Portée	147
A) L'abus de droit	147
I. Généralités	147
II. La portée de l'art. 2 al. 2 CC en droit de la société anonyme	147
1. Le principe de la transparence (<i>Durchgriff</i>).....	147
a) La transparence directe (<i>direkter Durchgriff</i>).....	147
b) La transparence inversée (<i>umgekehrter Durchgriff</i>)	148
2. La violation de l'art. 2 al. 2 CC en tant que motif d'annulation des décisions de l'assemblée générale de la société anonyme....	148
a) En général.....	148
b) L'art. 2 al. 2 CC représente un moyen de régler les conflits d'intérêts au sein de la société anonyme.....	148
c) L'art. 2 al. 2 CC sanctionne les conventions d'actionnaires abusives	149
d) L'art. 2 CC en tant que source d'un devoir de fidélité de l'actionnaire.....	149
e) L'art. 2 CC exige une égalité de traitement entre actionnaires.....	150
B) La fraude à la loi.....	151
§ 5 Effets	152
A) L'abus de droit	152
B) La fraude à la loi.....	152
I. La sanction de la fraude est déterminée par le sens et le but de la norme d'interdiction édulante.....	152
II. La qualité pour agir.....	153
III. Conclusion	153

Chapitre II : Examen de la licéité des méthodes permettant d'opposer les conventions à tous les actionnaires ou à la société anonyme elle-même	154
§ 1 Les consortiums d'administration	154
A) Enoncé du problème	154
B) Sous l'ancien droit	155
C) Sous le nouveau droit	155
I. L'art. 716a CO.....	156
1. L'interprétation littérale de l'art. 716a CO	156
2. L'interprétation téléologique de l'art. 716a CO	157
II. L'action en responsabilité des administrateurs.....	157
1. Le chef de responsabilité	157
2. Les conditions.....	158
3. Les personnes responsables.....	158
a) L'art. 754 CO vise également les organes de fait	158
b) Les consortiums d'administration sont compatibles avec l'art. 716a CO	158
c) Les consortiums d'administration peuvent modifier les rapports de solidarité entre les personnes responsables	159
III. Le devoir de diligence et de fidélité	160
1. L'administrateur est soumis à un devoir de diligence et de fidélité	160
2. Les consortiums d'administration ne doivent pas nuire aux intérêts de la société	161
3. L'intérêt social ne constitue pas un critère précis pour limiter la validité des consortiums d'administration	161
IV. Besoin de souplesse	162
V. L'organisation des relations entre les actionnaires et le conseil d'administration	162
1. Le conflit entre le besoin d'indépendance du conseil d'administration et la nécessité de se soumettre à la volonté du corps social.....	163
a) Le conseil d'administration est soumis à la volonté de l'assemblée générale.....	163
b) Le rôle du conseil d'administration dans le cadre d'une offre publique d'acquisition.....	163
aa) En général	163
bb) Le rôle des consortiums d'administration dans le cadre d'une offre publique d'acquisition sur les titres cotés en bourse	164
2. Le problème de l'égalité de traitement entre actionnaires	164
a) Enoncé du problème.....	164
b) La portée du principe de l'égalité de traitement entre actionnaires.....	165

Table des matières

c) La portée du principe de l'égalité de traitement entre actionnaires sur les consortiums d'administration	165
D) Conclusion	166
I. Le principe	166
II L'exception	167
§ 2 Les consortiums réunissant tous les actionnaires.....	168
A) Les conventions réunissant tous les actionnaires sont-elles opposables à la société anonyme?	168
B) Les rapports entre les décisions du syndicat réunissant tous les actionnaires et celles de l'assemblée générale de la société anonyme	168
I. Les décisions prises par tous les syndicaux ne valent pas celles de l'assemblée générale de la société anonyme	168
1. La réunion de tous les actionnaires en vue d'exécuter la convention est-elle assimilable à la tenue d'une assemblée générale universelle?	169
2. Les engagements pris par tous les syndicaux sont-ils opposables à la société anonyme?.....	169
II. Les décisions de l'assemblée générale ne sont pas annulables au motif qu'elles violent une convention à laquelle tous les actionnaires sont parties.....	170
C) Conclusion	170
§ 3 Les clauses statutaires d'agrément prévoyant l'obligation d'adhérer à une convention d'actionnaires	171
A) Généralités	171
I. La clause par laquelle l'aliénateur d'actions s'engage à faire reprendre ses obligations par l'acquéreur	171
II. La clause échappatoire (<i>escape clause</i>) dans le cadre des sociétés dont les actions ne sont pas cotées en bourse.....	171
III. La clause statutaire d'agrément dans le cadre des sociétés dont les actions ne sont pas cotées en bourse.....	172
B) La condition d'adhérer à une convention constitue-t-elle une clause d'agrément?	172
I. La validité	173
1. La position de la doctrine.....	173
2. Les clauses statutaires d'agrément sont valables dans les limites prévues par la loi.....	173
3. La problématique particulière du contrat éternel.....	174
II. La nature juridique.....	174
1. La clause d'agrément inscrite dans les statuts est de nature statutaire	174
2. Les effets d'une clause statutaire	174
3. La convention contient des droits et des obligations <i>propter rem</i>	174

III. Les effets	175
1. La combinaison entre les statuts et la convention	175
a) Cette combinaison illustre l'unité économique existant entre la société anonyme et la convention d'actionnaires	175
b) Les avantages et les limites de cette combinaison.....	175
2. Le phénomène de la reprise de la convention.....	176
a) La clause statutaire d'agrément est opposable à tout acquéreur d'actions.....	176
b) La qualité de partie est attachée à la titularité de l'action	176
c) Le transfert de la propriété des actions aliénées est soumis au consentement de la société anonyme.....	176
d) Le consentement des débiteurs de l'accord se déduit de la clause statutaire d'agrément	177
e) Conclusion.....	177
3. Besoin de publicité et de discrétion.....	177
a) Enoncé du problème.....	177
b) Le contenu de la convention doit-il figurer dans les statuts?	177
aa) La société doit pouvoir gérer de manière souple les informations qu'elle entend divulguer.....	177
bb) Nature et sécurité juridiques	178
c) Les moyens de reprendre la position de partie à la convention de l'aliénaire tout en ménageant les besoins de publicité et de discrétion	179
d) Le besoin de discrétion doit être relativisé	179
C) Situation sous l'ancien droit	180
D) Situation sous le nouveau droit	181
I. Enoncé du problème.....	181
II. Position de la doctrine	182
1. La doctrine majoritaire	182
2. La doctrine minoritaire.....	182
3. La position nuancée de Forstmoser	182
4. Notre prise de position	183
a) Notre critique de la solution de Forstmoser	183
b) Notre interprétation de la notion de justes motifs	183
III. La clause statutaire d'agrément obligeant tout nouvel acquéreur d'actions à souscrire à une convention d'actionnaires est-elle compatible avec l'art. 680 CO?	184
1. L'opinion de Naegeli concernant la notion de prestation supplémentaire librement consentie	184
2. Notre prise de position	185
a) Les engagements auxquels souscrit l'acquéreur d'actions doivent être prévisibles et déterminables.....	185
b) La clause statutaire d'agrément pose une condition pour devenir actionnaire	185

Table des matières

c) Les engagements de l'acquéreur d'actions ont un caractère personnel et obligationnel.....	185
IV. La décision portant sur l'approbation au transfert des actions aliénées	186
1. Les statuts peuvent soumettre cette décision à une majorité qualifiée si elle est du ressort de l'assemblée générale.....	186
2. Le conseil d'administration peut restreindre son pouvoir de décision discrétionnaire en matière d'approbation au transfert des actions aliénées	186
V. La combinaison entre une clause statutaire d'agrément et une convention d'actionnaires n'est pas possible dans le cadre de l'art. 685b al. 4 CO	186
VI. La combinaison entre une clause statutaire d'agrément et une convention d'actionnaires n'est pas possible en ce qui concerne les sociétés dont les actions sont cotées en bourse.....	187
VII. La combinaison entre une clause statutaire d'agrément et une convention d'actionnaires est-elle possible en ce qui concerne les actions au porteur?	187
1. Énoncé du problème	187
2. Le rôle de la théorie de la conversion.....	187
E) Conclusion	188
I. La combinaison entre une clause statutaire d'agrément et une convention d'actionnaires est possible.....	188
II. Le contenu de la convention doit respecter les limites de la loi posées à l'art. 685b CO.....	188
III. Le rôle de la clause échappatoire (<i>escape clause</i>) dans ce contexte ...	189
IV. Remarques finales	189
Chapitre III: Examen des clauses conventionnelles au regard du droit de la société anonyme.....	191
§ 1 Distinction entre conventions frauduleuses et illicites <i>per se</i>	191
§ 2 Question de la qualité pour agir.....	193
A) Énoncé du problème	193
B) Toutes les personnes que la norme violée entend protéger ont la qualité pour agir	193
I. Remarques préliminaires	193
II. La qualité pour agir dépend de l'intérêt juridiquement protégé par la norme violée	193
§ 3 Les clauses liées au droit de vote.....	195
A) La validité des accords de vote	195
I. Le principe de validité	195
1. Sous l'angle du droit de la société anonyme.....	196

a)	Le conflit entre le principe de la liberté contractuelle et celui de l'inaliénabilité du droit de vote.....	196
1°	Enoncé du problème.....	196
2°	Détermination de la notion des droits inaliénables de l'actionnaire	196
3°	Les conventions ne peuvent pas avoir pour objet de supprimer les droits inaliénables de l'actionnaire	197
b)	Les conventions de vote sont-elles par nature contraires au but social?.....	198
aa)	Les conventions de vote ne sont en principe ni abusives ni illicites	198
bb)	Les effets d'une convention abusive ou illicite.....	199
cc)	Conclusion.....	199
c)	La question de l'achat de voix (<i>Stimmenkauf</i>)	199
1°	L'avis de la doctrine dominante	199
2°	La détermination de la notion de l'achat de voix	200
3°	Notre prise de position	200
d)	Conclusion.....	202
2.	Sous l'angle des principes généraux du droit civil	202
a)	Les droits de la personnalité de l'actionnaire.....	202
1°	L'art. 27 al. 2 CC est une disposition d'application générale	202
2°	Le droit de vote ne représente pas un droit de la personnalité de l'actionnaire	202
b)	La liberté économique de l'actionnaire	202
c)	Conclusion.....	203
II.	Les clauses relatives à la nomination des administrateurs	204
1.	En général.....	204
a)	La notion de clause électorale	204
b)	Les buts et les fonctions des clauses électorales.....	204
c)	La clause électorale est en principe valable.....	205
d)	La clause électorale peut être unilatérale ou multilatérale ...	205
e)	La clause électorale conclue en faveur de la société anonyme ou du conseil d'administration.....	205
2.	La question de la révocation des organes sociaux	206
a)	Le principe légal de la révocation <i>ad nutum</i>	206
b)	La nature juridique du droit de révoquer l'administrateur	206
c)	Les effets de la nature juridique du droit de révoquer l'administrateur sur les conventions électorales.....	207
d)	L'administrateur concerné peut-il participer au vote relatif à sa propre révocation?.....	207
e)	Dans quelle mesure une convention est-elle frauduleuse lorsque l'administrateur concerné est créancier d'un accord de vote portant sur sa propre révocation?.....	208

Table des matières

f) Le cas particulier de l'administrateur-actionnaire majoritaire	208
g) Le cas particulier de l'organe de fait	209
3. La question de la représentation des catégories et des groupes d'actionnaires	210
a) Les règles statutaires l'emportent sur les clauses conventionnelles contraires	210
b) Les règles conventionnelles complètent les statuts	210
III. La représentation des actions	210
B) La nullité des accords de vote	211
I. L'illicéité des accords édulant les restrictions au droit de vote	211
1. Un accord de vote est frauduleux s'il viole une norme d'interdiction	211
a) Généralités	211
b) Le fondement de l'art. 691 al. 1 CO	211
c) Les conditions de l'art. 691 al. 1 CO	212
2. La sanction de la fraude à la loi sur le plan de l'accord de vote	213
3. Les effets de la nullité des conventions frauduleuses sur les votes exprimés à l'assemblée générale	214
a) Les effets de la nullité des conventions frauduleuses sur les votes exprimés à l'assemblée générale se déterminent selon le sens et le but de la norme d'interdiction éludée	214
b) Distinction selon le sens du vote exprimé par l'actionnaire ..	214
aa) Le vote de l'actionnaire doit en principe être exclu du scrutin s'il exécute une convention frauduleuse	214
bb) L'exception	215
4. Les effets de la nullité des conventions frauduleuses sur les décisions sociales	216
a) Le fondement de l'art. 691 al. 3 CO	216
b) Les conditions et la fonction de l'art. 691 al. 3 CO en relation avec les accords de vote frauduleux	216
aa) L'accord de vote contourner une règle qui exclut ou limite le droit de vote du créancier	216
bb) Le créancier de l'accord est en mesure d'imposer sa volonté au débiteur	217
cc) Le créancier de l'accord viole l'art. 691 al. 1 CO	217
dd) Nul n'est besoin de protester lors de l'assemblée générale	217
ee) Le cumul objectif d'actions	218
ff) Remarques finales	218
c) Les effets	219
aa) Le juge peut-il constater le résultat du vote dans le cadre de l'art. 691 al. 3 CO?	219

bb)	Notre prise de position	219
1°	Aucun parallèle avec la logique de l'art. 20 al. 2 CO ne peut être tiré dans le cadre de l'art. 691 al. 3 CO	220
2°	Le juge s'immisce d'une manière inadmissible dans le fonctionnement de la société anonyme	220
3°	La répartition du fardeau de la preuve dans le cadre de l'exception de causalité	221
cc)	La décision sociale est nulle selon l'ampleur du vice	222
d)	Légitimation active et passive	222
aa)	La légitimation active	222
1°	Le conseil d'administration a-t-il la qualité pour agir?	222
2°	Le débiteur qui a exécuté l'accord de vote frauduleux et qui demande par la suite l'annulation de la décision sociale prise ne commet en principe pas un abus de droit	223
3°	Le droit d'intenter l'action en annulation est inaliénable	223
bb)	La légitimation passive	223
1°	L'action est dirigée contre la société anonyme	223
2°	Les parties à l'accord de vote frauduleux ont-ils la qualité pour défendre?	223
II.	L'illicéité des conventions de vote conclues en faveur du conseil d'administration ou de la société anonyme	224
1.	La question de la validité des conventions de vote conclues en faveur de la société anonyme ou du conseil d'administration	224
a)	Enoncé du problème	224
b)	Position de la doctrine	225
c)	Notre prise de position	225
2.	Les conventions de vote conclues en faveur de la société anonyme ou du conseil d'administration violent les art. 659 ss CO	226
a)	Les règles légales concernant l'acquisition par la société anonyme de ses propres actions	226
b)	Les effets de l'acquisition par la société anonyme de ses propres actions sur le droit de vote	227
c)	L'art. 659a CO est-il applicable par analogie aux conventions de vote conclues entre une société et ses actionnaires?	227
3.	Les conventions obligeant des actionnaires à voter la décharge de l'administrateur violent l'art. 695 CO	228
a)	Le sens et le but de l'art. 695 CO	228
b)	L'art. 695 CO est applicable par analogie lorsque l'administrateur est en mesure grâce à la convention	

Table des matières

d'imposer sa volonté à des actionnaires en ce qui concerne le vote portant sur sa propre décharge.....	229
c) L'art. 695 CO a pour effet d'exclure du scrutin les votes exprimés par les débiteurs de l'accord frauduleux	229
4. Conclusion.....	230
III. Les conventions conclues avec les membres du conseil d'administration en leur qualité d'actionnaires	230
1. Enoncé du problème	230
2. Notre prise de position	231
IV. L'illicéité des conventions de vote éludant les restrictions statutaires au droit de vote.....	232
1. Le sens et le but de la clause statutaire limitative de voix.....	232
2. Enoncé du problème	233
3. La fraude est réalisée par une convention de vote unilatérale	234
a) La clause statutaire limitative de voix s'adresse à l'ayant droit économique des actions.....	234
b) Dans quelle mesure l'accord de vote est-il frauduleux?.....	234
c) Les effets de la nullité partielle de la convention frauduleuse sur les votes du débiteur	235
aa) Le principe.....	235
bb) La position de la doctrine	235
cc) Notre prise de position	235
4. La fraude est réalisée par une convention de vote multilatérale ..	236
a) La prise de décision se prend à l'unanimité à l'intérieur de la convention de vote.....	236
aa) Ce type d'accord n'est en principe pas frauduleux.....	236
bb) Ce type d'accord peut être frauduleux en cas d'achat de voix.....	236
1° La réalisation de la fraude	236
2° Les effets de la fraude sur les votes du débiteur de l'accord et sur les décisions sociales	237
b) La prise de décision se prend à la majorité à l'intérieur de la convention de vote.....	238
aa) Enoncé du problème.....	238
bb) L'opinion de von Salis.....	238
cc) Notre prise de position	238
dd) Les effets de la fraude sur les votes du débiteur de l'accord.....	239
1° Le principe.....	239
2° L'opinion de von Salis.....	239
3° Notre prise de position	239
4° Exemples.....	240
5. Conclusion.....	241

§ 4 Les clauses liées au devoir de fidélité	242
A) Définition.....	242
I. Terminologie.....	242
II. La notion du devoir de fidélité.....	243
B) Contenu.....	243
I. En général.....	243
II. Sur le plan du droit de la société anonyme.....	243
C) La question de la validité du devoir de fidélité de l'actionnaire et de sa compatibilité avec l'art. 68o CO.....	246
I. Principe.....	246
II. Interprétation.....	246
1. La nature juridique de l'art. 68o CO.....	246
2. Le sens et le but de l'art. 68o CO.....	247
III. Conclusion.....	247
D) Le devoir de fidélité conventionnel – notamment la clause de prohibition de concurrence.....	248
I. Conventions entre des actionnaires et la société.....	248
1. La société anonyme est créancière de l'accord.....	248
2. L'exécution de l'accord peut être mise à mal par l'existence de conflits d'intérêts.....	249
II. Conventions entre actionnaires.....	249
1. En général.....	249
2. Le devoir de fidélité s'inscrit corollairement à une clause de vote.....	250
a) Les consortiums formés en communautés de personnes.....	250
aa) Le fondement du devoir de fidélité.....	250
bb) La portée du devoir de fidélité.....	250
1° Le but commun au sens étroit.....	250
2° Le but commun au sens large.....	250
b) Les accords de vote unilatéraux.....	251
aa) Les règles du mandat sont applicables.....	251
bb) La portée du devoir de fidélité du mandataire en matière d'accord de vote.....	251
3. Le devoir de fidélité s'inscrit corollairement à une convention de blocage.....	252
4. Le devoir de fidélité s'inscrit corollairement à d'autres clauses ...	252
5. Le devoir de fidélité est inscrit directement et expressément dans une clause conventionnelle – en particulier la clause de prohibition de concurrence.....	253
a) Remarques préliminaires.....	253
b) La clause de prohibition de concurrence.....	253
1° L'objet et la nature juridique de cette obligation.....	253
2° Les conditions de validité.....	253

Table des matières

E)	Sanction de la violation du devoir de fidélité	254
I.	Sur le plan contractuel	254
1.	Généralités	254
2.	Le rôle des mesures de sûreté pour assurer le respect du devoir de fidélité	254
3.	L'action en dissolution de la société simple pour de justes motifs	255
II.	Sur le plan du droit de la société anonyme	255
1.	L'action en dissolution de la société anonyme pour de justes motifs	255
a)	Remarques préliminaires	255
b)	Les conditions matérielles de l'action fondée sur l'art. 736 ch. 4 CO	255
1°	La jurisprudence du Tribunal fédéral a élargi la notion de justes motifs	255
2°	La dissolution doit être justifiée à la lumière du principe de la proportionnalité	256
2.	Les autres conséquences sur le plan du droit de la société anonyme	256
a)	L'action en annulation de la décision sociale	257
b)	La révocation et la responsabilité de l'administrateur	257
c)	La limitation du droit de l'actionnaire aux renseignements	257
d)	Le droit préférentiel de souscription peut-il être supprimé à l'encontre d'un actionnaire au motif qu'il a manqué à son devoir de fidélité à l'endroit de la société anonyme ?	257
§ 5	Les clauses liées aux contributions de l'actionnaire	258
A)	Renvoi à l'interprétation de l'art. 680 CO	258
B)	Compatibilité entre l'art. 680 CO et les clauses liées aux contributions de l'actionnaire	258
C)	Les différentes sortes de contributions de l'actionnaire	259
I.	Les conventions unilatérales	260
II.	Les conventions multilatérales	260
1.	Contributions pécuniaires ou matérielles	260
2.	Contributions en industrie ou en prestations personnelles	261
D)	Problèmes de licéité au regard de la loi contre la concurrence déloyale et de la loi sur la concurrence	261
§ 6	Les clauses propres aux conventions de blocage	262
A)	L'utilité de la convention de blocage	262
B)	L'objet de la convention de blocage	262
C)	La validité de la convention de blocage	262
§ 6.1	Les clauses liées aux restrictions à la transmissibilité des actions	264
A)	Qualification	264
I.	La clause qui interdit absolument de disposer des actions	264
II.	La clause d'agrément proprement dite	264

B)	Rapport entre les accords de vote et les clauses statutaires d'agrément ...	265
I.	Situation sous l'ancien droit	265
1.	L'art. 686 anc. CO.....	265
2.	La fonction des clauses statutaires d'agrément	265
a)	Les clauses statutaires d'agrément permettent de contrôler la composition de l'actionariat	265
b)	Situation du problème.....	266
3.	La réalisation de la fraude	266
a)	Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral	266
b)	Notre prise de position	266
1°	La jurisprudence du Tribunal fédéral a pour effet de vider de sa substance le principe de la validité des accords de vote	266
2°	Le résultat économique obtenu par le créancier de l'accord élude l'effet du refus de l'approbation au transfert	267
3°	L'acquéreur d'actions est étranger à la société.....	267
4°	L'acquéreur d'actions est actionnaire.....	267
5°	Peut-il y avoir fraude si le débiteur de l'accord s'engage à s'abstenir de voter?.....	268
6°	Le sort des droits de vote attachés aux actions aliénées jusqu'au moment de la décision portant sur l'approbation au transfert	268
7°	Le sort des droits de vote attachés aux actions aliénées en cas de refus de l'approbation au transfert ..	269
c)	Peut-il y avoir fraude en l'absence d'un accord de vote?	269
1°	Enoncé du problème.....	269
2°	La jurisprudence du Tribunal de commerce zurichois	269
3°	Position de certains auteurs.....	269
4°	Notre prise de position	269
II.	Situation sous le nouveau droit	270
1.	Les motifs de refus des clauses d'agrément relatives à des actions non cotées en bourse	271
a)	Remarque préliminaire	271
b)	Les motifs de refus prévus à l'art. 685b al. 1 CO.....	271
c)	La réalisation de la fraude	272
1°	Le résultat économique obtenu par le créancier de l'accord élude l'effet du refus de l'approbation au transfert fondé sur de justes motifs définis à l'art. 685b al. 2 CO.....	272
2°	L'acquéreur d'actions est étranger à la société.....	272
3°	L'acquéreur d'actions est actionnaire.....	272
d)	La clause fiduciaire.....	273
1°	L'objet	273
2°	Le sens et le but.....	273

Table des matières

3° La nature juridique	273
4° La sanction en cas de violation	273
e) L'art. 685b al. 4 CO	274
1° L'objet	274
2° La réalisation de la fraude	274
2. Les motifs de refus des clauses d'agrément relatives à des actions cotées en bourse	274
a) L'art. 685d al. 1 CO	274
b) La réalisation de la fraude	275
c) La clause fiduciaire	276
1° L'objet	276
2° Le but	276
3° La portée	276
4° La sanction en cas de violation	277
5° La clause fiduciaire est applicable par analogie à la cession à titre de légitimation	277
d) L'art. 685d al. 3 CO	277
1° L'objet	277
2° La réalisation de la fraude	277
III. Les effets d'une fraude à la clause statutaire d'agrément	278
1. Les effets des clauses statutaires d'agrément	278
2. L'accord de vote frauduleux est nul	278
3. Les clauses statutaires d'agrément constituent des normes qui excluent ou limitent le droit de vote de l'acquéreur d'actions	278
4. Les effets de la nullité de l'accord frauduleux sur les votes du débiteur	278
a) Dans les sociétés dont les actions ne sont pas cotées en bourse	279
b) Dans les sociétés dont les actions sont cotées en bourse	279
5. Les effets de la nullité de l'accord frauduleux sur les décisions sociales	279
6. Exemples	279
C) Rapport entre les clauses conventionnelles d'agrément et les clauses statutaires d'agrément	280
I. Les conventions d'actionnaires en tant qu'alternatives aux clauses statutaires d'agrément	280
1. Les clauses statutaires et conventionnelles d'agrément concourent à assurer les mêmes objectifs	280
2. Le rôle particulier des conventions de blocage dans les petites sociétés familiales	281
II. L'articulation proprement dite entre les clauses conventionnelles d'agrément et les clauses statutaires d'agrément	281
1. Le système légal garantit une transmissibilité minimale des actions nominatives liées	281
2. Les parties à une convention de blocage peuvent déroger au système légal	282

3.	La convention de blocage est frauduleuse dans la mesure où elle n'offre pas les garanties minimales de la loi.....	282
4.	La coordination entre les clauses conventionnelles d'agrément et les clauses statutaires d'agrément	283
a)	La clause statutaire d'agrément permet d'assurer l'exécution de la convention de blocage	283
b)	Les accords de vote relatifs à la décision portant sur l'approbation au transfert des actions aliénées.....	283
1°	La compétence de l'assemblée générale	283
2°	La compétence du conseil d'administration	284
3°	Le cas particulier des actions engagées qui ont été transférées à un fiduciaire à titre de mesure de sûreté..	284
D)	Conclusion	285
§ 6.2 Les clauses liées à l'acquisition d'actions et autres options sur titres .		286
A)	Généralités	286
I.	Remarques générales	286
1.	L'utilité des options sur les actions engagées.....	286
2.	Les options sur les actions engagées sont en principe valables...	287
3.	Les options sont des obligations personnelles	287
II.	Les droits d'acquisition	287
1.	Le droit d'emption	288
2.	Le droit de préemption	289
3.	Le droit d'offre préférentielle	289
a)	La clause d'offre préférentielle proprement dite : le débiteur s'engage à offrir ses actions au rachat.....	289
b)	La solution intermédiaire : le débiteur s'engage à accepter l'offre de reprise de l'ayant droit.....	290
c)	La clause d'offre préférentielle improprement dite : le débiteur s'interdit d'aliéner ses actions à un tiers si l'ayant droit offre les mêmes conditions au rachat	290
III.	Le devoir de reprise	290
IV.	Les règles de répartition	291
B)	Les rapports entre les clauses conventionnelles liées à l'acquisition d'actions et les clauses statutaires d'agrément	291
I.	Avantages et inconvénients des clauses conventionnelles liées à l'acquisition d'actions par rapport à l'offre de rachat prévue dans le cadre d'une clause statutaire d'agrément.....	291
1.	La clause échappatoire et les clauses conventionnelles liées à l'acquisition d'actions remplissent des fonctions analogues	291
2.	Les effets	292
3.	Les conditions d'exercice	292
4.	Les règles de répartition	293
5.	La décision portant sur l'opposition au transfert des actions aliénées peut être annulée par le juge.....	293

Table des matières

II. Les droits d'acquisition d'actions peuvent-ils être inscrits dans les statuts?	293
1. Situation sous l'ancien droit	293
2. Situation sous le nouveau droit	294
a) Les droits statutaires liés à l'acquisition d'actions ne sont valables que dans la mesure où ils respectent les garanties de l'offre de rachat prévue par la clause échappatoire	294
b) Position de la doctrine	294
c) Notre prise de position	295
d) Explication et justification de la séparation entre les statuts et la convention en matière de droits liés à l'acquisition d'actions	295
e) Une clause statutaire illicite peut-elle être transformée en un acte contractuel valable?	296
III. Les problèmes de coordination entre les clauses conventionnelles liées à l'acquisition d'actions et les clauses statutaires d'agrément...	297
1. En général	297
2. Dans le cadre de la Loi fédérale sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine (LFus)	299
a) La problématique du dédommagement facultatif ou obligatoire	299
aa) Le dédommagement facultatif	299
bb) Le dédommagement obligatoire	300
b) L'obligation de dédommager doit reposer sur une décision particulièrement qualifiée	301
C) La clause de préemption	301
I. Les éléments essentiels	301
II. La limitation du prix	301
III. Les cas d'exemption	302
IV. Les actes générateurs du droit de préemption	302
V. Irruption de l'ayant droit dans le contrat de vente	303
1. Le devoir de notification de l'aliénateur	303
2. L'ayant droit doit exercer sa prérogative dans un certain délai	303
3. Les effets de l'exercice du droit de préemption	303
VI. Problèmes liés au contrat de vente	303
1. La clause de préemption ne déploie qu'un effet relatif	303
2. La détermination du dommage	304
3. Les règles générales du droit des obligations sont applicables ...	304
VII. Les règles de répartition	305
VIII. Les règles d'accroissement	305
IX. Les clauses déterminant l'étendue du droit de préemption	305
D) Les clauses d'offre préférentielle et d'emption conditionnelle	306
I. Les éléments essentiels – en particulier la détermination du prix	306
1. Le prix doit être déterminable	307
a) Les parties doivent convenir d'une valeur de référence	307

b)	Les parties doivent convenir d'une méthode d'évaluation pour déterminer la valeur de référence choisie.....	307
2.	Le cas des peines conventionnelles improprement dites	307
a)	Qu'est-ce qu'une peine conventionnelle improprement dite?	307
b)	Le juge doit réduire les peines conventionnelles improprement dites excessives	308
c)	Les effets de la peine conventionnelle improprement dite ne profitent qu'aux ayants droit qui exercent effectivement leur option	308
3.	L'organe établissant le prix.....	309
a)	L'organe doit être neutre et indépendant	309
b)	Les parties peuvent-elles se référer à la procédure d'offre de rachat prévue dans le cadre de la clause échappatoire de l'art. 685b CO?.....	309
II.	Le déclenchement des clauses d'offre préférentielle et d'emption conditionnelle	310
1.	La convention doit définir les cas qui déclenchent le droit d'exercer l'option.....	310
2.	Problèmes particuliers lorsque le décès de l'associé déclenche le droit d'exercer l'option.....	311
a)	S'agit-il d'une disposition à cause de mort ou d'un acte entre vifs?	311
b)	Problèmes de coordination entre les clauses conventionnelles d'offre préférentielle ou d'emption et l'offre de rachat proposée dans le cadre de l'art. 685b al. 4 CO	312
1°	Enoncé du problème.....	312
2°	Les héritiers refusent l'offre de reprise	312
3°	Les héritiers acceptent l'offre de reprise.....	312
4°	Problèmes particuliers lorsque la clause conventionnelle fixe un prix de rachat très bas.....	313
III.	Problèmes contractuels	313
IV.	Les règles de répartition et d'accroissement.....	314
V.	Est-ce que le droit d'offre préférentielle – respectivement d'emption s'épuise par son exercice?.....	314
E)	La clause d'obligation de rachat (<i>put option</i>).....	314
I.	Enoncé du problème	314
II.	L'aménagement concret d'une obligation de reprise	315
1.	La couverture de risques conjoncturels ou structurels.....	315
2.	L'absence de rapport de réciprocité.....	315
3.	L'étendue de la charge.....	316
III.	Le droit de vendre ses actions en tant que droit de sortie de l'actionnaire-associé.....	316
1.	Les avantages de l'obligation mutuelle de rachat	316

Table des matières

a)	Cette obligation garantit à chaque sociétaire le droit d'aliéner ses actions.....	316
b)	Cette obligation est une condition <i>sine qua non</i> pour qu'une convention d'actionnaires puisse durer aussi longtemps que la société anonyme	317
c)	Cette obligation peut être aménagée de manière souple.....	317
2.	Les inconvénients de l'obligation mutuelle de rachat	317
F)	Conclusion	318

§ 7 Besoin de transparence et obligations liées à la détention d'une participation importante dans les sociétés dont les actions sont cotées en bourse.....

A)	Généralités	319
I.	L'insertion des conventions d'actionnaires dans le droit de la société anonyme et le droit boursier.....	319
II.	Le législateur s'est intéressé aux conventions d'actionnaires en raison d'un besoin de transparence.....	320
1.	Ce besoin de transparence ne concerne que les sociétés dont les actions sont cotées en bourse.....	320
2.	Le rôle des conventions d'actionnaires dans les sociétés dont les actions sont cotées en bourse.....	320
B)	L'obligation de déclarer une participation importante	321
I.	L'obligation de la société de mentionner l'existence d'une convention d'actionnaires à laquelle elle est partie	321
II.	Devoir de publication selon l'art. 663c CO	321
1.	Le principe	321
2.	Le sens et le but.....	322
3.	Quel est le champ d'application de l'art. 663c al. 2 CO par rapport aux conventions d'actionnaires ?.....	323
a)	Le droit de vote doit être exercé en commun	323
b)	L'accord de vote doit être durable	323
c)	Conclusion.....	323
III.	L'obligation de déclarer sa participation selon l'art. 20 LBVM	324
1.	Généralités	324
a)	Le principe	324
b)	Le sens et le but.....	324
2.	Les actes soumis à déclaration	324
a)	Les actions indirectes	325
1°	Les cas d'actions indirectes	325
2°	L'action indirecte suppose un rapport vertical de domination entre l'ayant droit économique et l'actionnaire apparent	325
b)	L'action de concert avec des tiers	326
aa)	L'action de concert se distingue de l'action indirecte	326
bb)	La notion de groupe organisé est plus étroite que celle de l'action de concert	326

1°	Les avis exprimés par la doctrine.....	326
2°	L'interprétation de l'art. 10 OBVM-FINMA.....	327
3°	Dans quelle mesure les actions de concert soumises à déclaration sont-elles compatibles avec la liberté de vote de l'actionnaire?	328
4°	Conclusion.....	329
3.	Les assujettis à l'obligation de déclarer	330
a)	L'actionnaire apparent est-il soumis à l'obligation de déclarer comme l'ayant droit économique?	330
b)	Quand un transfert d'actions déclenche-t-il l'obligation de déclarer?	331
aa)	Dans le cadre général d'une action de concert	331
bb)	Dans le cadre d'un groupe organisé	331
1°	Le principe posé par la loi.....	331
2°	L'ordonnance d'exécution est-elle compatible avec la loi?	331
3°	L'interprétation conforme à la loi de l'ordonnance d'exécution.....	332
4.	Conclusion.....	332
C)	Les obligations liées à une offre publique d'acquisition ou d'échange	333
I.	Généralités	333
II.	L'obligation de déclarer des transactions en vertu de l'art. 31 LBVM ..	333
1.	Le principe	333
2.	Le sens et le but.....	334
3.	Les assujettis à l'obligation de déclarer	334
4.	Les actes soumis à déclaration	335
III.	Les obligations de l'offrant en vertu de l'art. 24 LBVM.....	335
IV.	L'obligation de présenter une offre en vertu de l'art. 32 LBVM	335
1.	Le principe	335
2.	Le sens et le but.....	336
3.	L'exception au principe : la dérogation à l'obligation de présenter une offre publique d'acquisition.....	336
V.	Conclusion	337
§ 8	Les clauses liées aux autres droits de l'actionnaire	338
A)	Les clauses liées au droit de souscription préférentiel	338
I.	Sous l'ancien droit.....	338
II.	Sous le nouveau droit.....	338
B)	Les clauses liées à l'institution d'un contrôle spécial ou relatives au droit de se renseigner sur les affaires de la société.....	340
I.	Les clauses liées à l'institution d'un contrôle spécial	340
II.	Les clauses relatives au droit de se renseigner sur les affaires de la société.....	340
1.	L'élargissement des droits de contrôle	340
2.	L'élargissement des droits de contrôle s'accompagne d'un devoir de confidentialité	341

Table des matières

3.	L'élargissement des droits de contrôle est-il compatible avec le principe de l'égalité de traitement entre actionnaires?.....	341
4.	Dans quelle mesure l'exercice des droits de contrôle peut-il être restreint?.....	342
C)	Les clauses liées au droit à la convocation de l'assemblée générale.....	343
I.	Le droit de convoquer l'assemblée générale et d'inscrire un objet à l'ordre du jour.....	343
II.	Les conventions d'actionnaires en tant qu'instrument pour exercer les droits de minorité.....	343
III.	Dans quelle mesure l'exercice des droits de minorité peut-il être restreint?.....	344
D)	Les clauses liées à d'autres droits sociaux.....	344
I.	Le droit de demander la dissolution de la société anonyme pour de justes motifs.....	344
II.	Les conventions d'actionnaires en tant qu'instrument pour exercer le droit de demander la dissolution de la société anonyme pour de justes motifs.....	344
III.	Dans quelle mesure les actionnaires peuvent-ils renoncer à exercer une action en justice?.....	345
1.	Le droit d'intenter une action en justice est inaliénable.....	345
2.	L'actionnaire peut renoncer à exercer une action en justice dans une affaire déterminée mais pas de manière générale.....	345
3.	Qu'en est-il lorsque les actions engagées ont été transférées à une tierce personne?.....	345
E)	Les clauses liées aux droits patrimoniaux.....	346
I.	Le droit de l'actionnaire à des dividendes.....	346
1.	L'actionnaire peut renoncer à percevoir des dividendes.....	346
2.	La clé de répartition de la distribution des dividendes.....	346
II.	Le droit de l'actionnaire à une part du produit de liquidation.....	347
III.	La question des prestations indues.....	347
F)	Conclusion.....	348
§ 9	Autres clauses de droit matériel	349
A)	Les clauses liées au but de la convention.....	349
B)	Les clauses liées au constat des participations sociales des parties.....	349
C)	La clause de sauvegarde.....	350
D)	Les clauses de succession.....	350
E)	Remarques finales.....	350
§ 10	Les clauses liées à la procédure	351
A)	Généralités.....	351
I.	Le droit applicable.....	351
II.	L'autorité compétente.....	351
1.	Contestation internationale.....	351
2.	Contestation nationale.....	352
B)	La clause d'élection de droit.....	352

C)	La clause attributive de compétence.....	352
I.	En matière internationale.....	353
II.	En matière interne	354
D)	La clause d'arbitrage.....	354
I.	En matière interne	354
1.	Les conditions de forme posées par l'art. 358 CPC	355
2.	Rapport entre les clauses arbitrales contenues dans les statuts et dans la convention d'actionnaires	355
II.	En matière internationale.....	356
E)	Conclusion	356

Troisième partie :

les conventions d'actionnaires et la réforme du droit de la société anonyme

A)	Conclusion sur les rapports entre les conventions d'actionnaires et le droit de la société anonyme	357
I.	L'impact de la révision de 1991 du droit de la société anonyme sur les conventions d'actionnaires.....	357
1.	Les conventions d'actionnaires sont devenues moins utiles pour protéger les actionnaires minoritaires	357
2.	Les conventions d'actionnaires sont devenues plus utiles pour garantir le maintien des actions au sein d'un cercle déterminé d'actionnaires.....	358
a)	L'importance du rôle des clauses conventionnelles d'agrément et des clauses conventionnelles liées à l'acquisition des actions engagées	358
b)	L'importance du rôle des obligations conventionnelles des actionnaires.....	358
c)	Le rôle particulier des conventions d'actionnaires dans le domaine du financement des entreprises et du capital- risque	358
II.	Les conventions d'actionnaires face au droit de la société à responsabilité limitée	358
III.	Conclusion d'une convention d'actionnaires ou constitution d'une société holding ?	359
B)	Propositions <i>de lege ferenda</i>	360
I.	L'opportunité de consacrer les conventions d'actionnaires dans la loi.....	360
1.	Les conventions d'actionnaires dans le cadre de la réforme de 1991 du droit de la société anonyme.....	360
2.	Les propositions de la doctrine.....	360
a)	Est-ce que la dissolution pour de justes motifs garantit la validité de la convention d'actionnaires conclue pour la durée de la société anonyme ?	360
b)	Autonomie contractuelle ou sécurité du droit ?	361

Table des matières

3.	Notre prise de position	361
II.	L'instauration d'un lien fonctionnel entre les conventions d'actionnaires et le droit de la société anonyme	362
1.	Dans quelle mesure la conclusion d'une convention d'actionnaires à l'insu de certains membres de la corporation fonde-t-elle un juste motif de dissolution judiciaire au sens de l'art. 736 ch. 4 CO?	363
a)	Le droit de demander la dissolution de la société anonyme pour de justes motifs appartient en principe aux actionnaires minoritaires	363
b)	Les conditions de l'action en dissolution de la société anonyme pour de justes motifs	363
c)	Le rôle des conventions d'actionnaires dans l'action en dissolution de la société anonyme pour de justes motifs	364
d)	Conclusion	364
2.	L'obligation de racheter les titres de l'aliénaire par la société anonyme, par les actionnaires ou les ayants droit économiques des actions : l'instauration d'un droit de sortie adapté à la société anonyme	365
a)	Les possibilités de l'actionnaire de sortir de la société anonyme en droit actuel	365
b)	L'obligation de rachat constitue-t-elle une mesure efficace pour régler les conflits d'intérêts au sein de la société anonyme?	365
c)	La formulation d'une obligation de rachat	366
1°	Cette obligation ne serait applicable qu'au sein des sociétés dont les actions ne sont pas cotées en bourse	366
2°	Cette obligation serait-elle compatible avec l'art. 680 CO?	366
3°	Le rôle des conventions d'actionnaires dans le cadre de l'action tendant à obliger le rachat des titres du demandeur	366
4°	Conclusion	367
3.	Les statuts peuvent-ils interdire aux actionnaires de recourir à l'instrument conventionnel?	368
a)	La société ne peut pas empêcher ses actionnaires de conclure entre eux ou avec autrui une convention concernant les rapports sociaux	368
b)	Les clauses statutaires d'agrément ou limitative de voix ne peuvent pas empêcher les actionnaires de conclure des conventions d'actionnaires concernant les rapports sociaux	368
c)	Les conventions d'actionnaires n'ont pas besoin d'être approuvées par la société anonyme pour être valables	368

d)	Les clauses statutaires de groupe sont-elles valables?	369
1°	Qu'est-ce qu'une clause statutaire de groupe?	369
2°	Notre prise de position	369
e)	La clause fiduciaire est-elle valable?	370
III.	Besoin de transparence et publicité des conventions d'actionnaires..	370
1.	Situation du problème	370
a)	Les conventions d'actionnaires peuvent porter préjudice aux intérêts sociaux.....	370
b)	Les conventions d'actionnaires peuvent modifier profondément la structure de la société anonyme.....	371
1°	Le besoin de transparence concerne tous les types de sociétés	371
2°	Le besoin de transparence ne s'est manifesté en droit positif qu'en ce qui concerne les sociétés dont les actions sont cotées en bourse	371
c)	La publicité des conventions d'actionnaires est nécessaire pour sanctionner les accords frauduleux ou abusifs.....	371
d)	Conclusion.....	372
2.	La balance des intérêts	373
2.1	Les motifs tendant à rendre publiques les relations entre actionnaires.....	373
a)	La responsabilité des organes de fait	373
b)	Le droit aux renseignements	374
c)	Le droit de participer à l'assemblée générale	374
d)	L'exercice effectif des droits de minorité	375
e)	Le droit d'annuler les décisions sociales illicites.....	375
f)	Conclusion.....	376
2.2	Les motifs tendant à maintenir secrètes les relations entre actionnaires.....	376
a)	La préservation de la sphère privée de l'actionnaire.....	376
aa)	Le principe de l'anonymat de l'actionnaire doit être relativisé	376
bb)	L'actionnaire peut renoncer à son anonymat.....	377
cc)	La portée de la publicité concernant les participations sociales	378
1°	Le contenu de l'information détermine la gravité de l'atteinte à la sphère privée de l'actionnaire	378
2°	Le paradoxe de la distinction fondée sur les sociétés cotées et non cotées en bourse en matière de publicité portant sur les participations sociales	378
b)	La préservation de la sphère privée de la société	379
c)	La mise en danger des intérêts de la société	379

Table des matières

d)	L'inutilité d'instaurer un devoir de publicité concernant les relations entre actionnaires dans les sociétés qui ne sont pas cotées en bourse	379
e)	Le besoin d'efficacité des conventions d'actionnaires ...	380
2.3	Conclusion.....	380
3.	L'instauration d'un devoir de déclarer les conventions d'actionnaires.....	380
a)	La moyen d'atteindre le but de transparence au sein de la société	380
b)	Le type d'actes soumis à déclaration	380
c)	Les destinataires de l'obligation.....	380
d)	Les destinataires de l'information.....	382
e)	Le document dans lequel l'information doit figurer	382
f)	L'exigence d'un seuil minimum en tant qu'agent déclencheur de l'obligation	382
g)	L'objet de l'inscription et les conditions d'accès à l'information.....	383
h)	Les sanctions.....	383
1°	Généralités.....	383
2°	Application par analogie des art. 685b al. 3 et 685d al. 2 CO?.....	384
3°	Suspension du droit de vote à titre de mesure provisionnelle?.....	384
4°	Nullité des votes liés aux actions engagées?	384
i)	Conclusion.....	384
aa)	L'obligation de déclarer les participations sociales engagées dans une convention d'actionnaires dans les sociétés dont les actions ne sont pas cotées en bourse	384
bb)	Commentaires	385
1°	Les assujettis à l'obligation de déclarer.....	385
2°	Le type d'actes soumis à déclaration.....	386
3°	Quelles informations implique la notion de participation individuelle?	386
	Conclusion	387
	Table alphabétique	391