UNIVERSITÉ DE GENÈVE

Archive ouverte UNIGE
https://archive-ouverte.unige.ch

Chapitre de livre | 2009 | Published version | Open Access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

Clauses de sortie dans les contrats de joint venture

Marchand, Sylvain

How to cite

MARCHAND, Sylvain. Clauses de sortie dans les contrats de joint venture. In: Economie, environnement, éthique : de la responsabilité sociale et sociétale : Liber amicorum Anne Petitpierre-Sauvain. Rita Trigo Trindade, Henry Peter, Christian Bovet (Ed.). Genève : Schulthess, 2009. p. 237–244. (Collection genevoise)

This publication URL: https://archive-ouverte.unige.ch/unige:14326

© This document is protected by copyright. Please refer to copyright holder(s) for terms of use.

Clauses de sortie dans les contrats de *joint venture*

Sylvain Marchand*

I. Introduction

Le contrat de société simple suisse est une petite prison, sans portes ni fenêtres : il faut tout casser pour en sortir. Pour ce contrat qui appréhende sans distinction la simple relation de concubinage et la *joint venture* commerciale la plus sophistiquée, le législateur n'a prévu qu'une dissolution dévastatrice, mais aucun droit de sortie, ni aucun droit d'exclusion. Cela peut se comprendre pour le concubinage ; c'est regrettable pour la *joint venture* commerciale.

Aucun des maux du droit privé, aucune de ses faiblesses, aucune de ses lacunes ne résiste à la panacée de la liberté contractuelle. Ce que le législateur a omis, négligé, bâclé parfois, les cocontractants peuvent le prévoir, le compléter ou le corriger par leur contrat. Encore faut-il y penser, et rédiger la clause avec minutie. Un récent arrêt du Tribunal démontre qu'une clause de sortie mal rédigée fait autant de dégâts qu'un contrat lacunaire[1].

II. le droit de sortie selon le type de *joint venture*

A. Structure des joint ventures

La notion de *joint venture* recouvre deux situations juridiques distinctes :

- La *joint venture contractuelle* est un contrat passé entre plusieurs associés pour réaliser un projet commercial commun.
- La *joint venture corporative* est un contrat passé entre plusieurs associés pour constituer une société (la société commune) dont le but est de conduire une activité commerciale spécifique.

En droit suisse, les deux types de *joint venture* sont soumis aux règles du Code des obligations sur la société simple[2]. Le droit de sortie éventuel d'un associé se présente pourtant différemment selon le type de *joint venture* en cause.

---

* Professeur à l'Université de Genève.

1 ATF 134 III 598.

2 ATF 88 II 172 ; ATF 95 I 276.

B. Problématique du droit de sortie

Dans le cadre d'une *joint venture* contractuelle, c'est l'existence même d'un droit de sortie qui est en cause : le droit applicable au contrat de *joint venture* permet-il à l'un des associés de sortir de cette structure contractuelle sans remettre en cause l'existence du contrat pour les autres associés ? Lui permet-il de céder sa position dans le contrat à un tiers ?

Dans le cadre d'une *joint venture* corporative, ce sont plutôt les modalités du droit de sortie qui doivent être organisées : chaque associé est porteur de parts dans la société commune et peut donc en principe en disposer. Le droit de sortie d'un associé s'analyse donc à travers la question des éventuelles restrictions sociétaires au transfert des titres, et surtout à travers les éventuels droits de préférence réservés aux associés restants dans le cadre de la vente de ces parts.

III. La sortie d'une *joint venture* contractuelle

A. Droit dispositif

Le droit suisse de la société simple ne prévoit ni droit de sortie ni droit d'exclusion d'un associé[3]. L'article 545 ch. 6 CO ne prévoit qu'une dénonciation soumise à des conditions spécifiques, et dont la conséquence est la dissolution de la société. Le désaccord entre les associés peut également conduire à une dissolution pour justes motifs au sens de l'article 545 ch. 7 CO, et donc à la fin de la société simple.

Dans les deux cas, les associés qui souhaitent continuer à collaborer n'ont d'autre choix que de procéder à la liquidation de la première société simple, puis de constituer une nouvelle société sans l'associé perturbateur. En d'autres termes, la société ne survit pas à la sortie (volontaire ou forcée) d'un associé. L'associé sortant a droit à une part de liquidation de la société dissoute. Il faut un nouveau contrat entre les associés restants pour que ceux-ci forment une nouvelle société.

B. Droit de sortie contractuel

Le contrat de société simple peut prévoir un droit de sortie pouvant être exercé sans remettre en cause l'existence de la société[4]. Une telle clause contractuelle

---

3 Staehelin D., Balser Kommentar OR II, 2ème éd., 2002, art. 545/546, N 5 et 6.

4 ATF 134 III 598, Tercier P., Favre P. G., *Les contrats spéciaux*, 4e éd., Genève (Schulthess) 2009, N 7566 ss.

est expressément réservée par la loi en cas de société en nom collectif[5], mais elle peut également être prévue dans le cadre d'un contrat de société simple.

L'avantage d'une telle clause contractuelle est de permettre la sortie d'un associé sans remettre en cause l'existence de la société initiale. Il n'est pas nécessaire pour les associés sortants de renégocier les termes de leur association. La sortie d'un associé ne remet pas en cause le fonctionnement de la *joint venture.*

Une telle clause est simple à rédiger en ce qui concerne le principe du droit de sortie et ses modalités pratiques. Elle implique que l'associé sortant ait droit à une indemnité de sortie, qui peut être indexée sur la part de liquidation qui lui serait revenue en cas de dissolution de la société à la date de sa sortie[6]. Elle suppose également que l'associé sortant soit libéré de toutes ses obligations à l'égard des associés restants.

La seule difficulté de l'aménagement contractuel d'un droit de sortie tient dans la solidarité éventuelle des associés à l'égard des tiers[7]. La sortie d'un associé ne peut avoir d'effets à l'égard d'un tiers créancier, et l'associé sortant ne peut exclure sa responsabilité pour des dettes antérieures à sa sortie dont il était solidairement responsable à l'égard d'un tiers. Seuls les rapports internes entre associés peuvent être aménagés de façon à ce que l'associé sortant soit indemnisé du risque de cette solidarité externe.

C. Le transfert contractuel de la « part » d'un associé

Le droit suisse de la société simple ne prévoit pas de part sociale dont un associé pourrait disposer, comme un actionnaire dispose de ses actions. Un récent arrêt du Tribunal fédéral indique cependant qu'un transfert contractuel de la position d'associé dans une société simple est possible[8].

Encore faut-il que le contrat le prévoie, et qu'il indique clairement les conséquences d'un tel transfert, notamment en terme de libération de l'aliénateur vis-à-vis de ses anciens associés : à défaut, la reprise de la dette de l'associé sortant par l'acquéreur de la part n'est qu'une reprise de dette interne[9]. L'accord exprès des associés restants est nécessaire à la reprise de dette externe[10] qu'implique la libération de l'associé sortant.

---

5 Art. 576 CO.

6 Tercier P., favre P. G. (2009), N 7570.

7 Art. 544 al. 3 CO.

8 ATF 134 III 598.

9 Art. 175 CO.

10 Art. 176 CO. Dans l'ATF 134 III 598, le Tribunal fédéral est arrivé à cette conclusion alors même que les associés restants avaient exercé leur droit de préemption conventionnel sur cette part. L'exercice de ce

IV. La sortie d'une *joint venture* corporative

A. Disposition des parts

Dans le cadre d'une *joint venture* corporative, chaque associé dispose de parts dans la société commune, et peut donc en disposer. Les limitations à ce pouvoir de disposition dépendent du droit applicable à la société commune, et des relations entre cette société et chaque actionnaire ou porteur de part[11].

B. Droit préférentiel d'acquisition

Le contrat de *joint venture* réserve souvent des droits préférentiels d'acquisition aux autres associés. De tels droits permettent d'éviter l'arrivée dans la société commune de tiers perturbateurs, et assure aux associés restants la possibilité, moyennant finance, de garder le contrôle de la société commune.

Bien que ces droits de premier refus (« *first refusal rights* ») soient très classiques dans les contrats de *joint venture* corporative, ils ne font l'objet d'aucune réglementation expresse en droit suisse. Les règles du droit suisse applicables aux droits de préemption[12] ne peuvent s'appliquer, même par analogie, qu'avec réserve, tant en raison de la nature qu'en raison de l'objet des droits de premier refus :

- *Nature du droit*: contrairement aux droits de préemption qui s'exercent après la vente, les droits de premier refus sont des droits qui précèdent et conditionnent la vente des parts.
- *Objet du droit*: Le droit suisse ne réglemente que les droits de préemption immobiliers, et non les droits de préemption mobiliers[13].

La durée maximale de 25 ans prévue en droit suisse pour les droits de préemption immobiliers[14] ne convient pas au droit de premier refus mobilier : il est au contraire nécessaire que ces droits de premier refus puissent subsister pour toute la durée de la *joint venture*. En revanche, l'application par analogie de

droit ne valait pas reprise de dette externe, pour les dettes de l'associé sortant à l'égard de la société antérieur à la vente de ses parts.

11 Par exemple en doit suisse par la présence d'actions liées dans une SA (art. 685a CO) ou par l'approbation du transfert dans une SARL (art. 786 CO)

12 Art. 216a ss CO.

13 Foëx B., *La nouvelle réglementation des droits de préemption, d'emption et de réméré dans le CC/CO*, Semaine Judiciaire 1994, p. 381, suggère néanmoins une application par analogie.

14 Art. 216a CO.

l'article 51 ORFI[15] au droit de premier refus s'impose en raison de la nature contractuelle de ce droit : les droits de premier refus ne peuvent s'exercer dans le cadre de la réalisation forcée des parts d'un associé en faillite en Suisse.

C. Adhésion de l'acquéreur au contrat de joint venture

Il est parfois prévu qu'en cas de non-exercice du droit de premier refus, l'acquéreur des parts de l'associé sortant devra adhérer au contrat de *joint venture* liant les associés[16]. Une telle clause contractuelle ne peut cependant être opposée à l'acquéreur des parts. Deux mécanismes peuvent dès lors être envisagés pour assurer l'effectivité de telles clauses :

– *Les statuts de la société commune :* La question de savoir dans quelle mesure les éléments du contrat de *joint venture*, ou l'obligation de souscrire à ce contrat, peuvent être prévus dans les statuts de la société commune dépend du droit applicable à cette société. Tel ne serait pas le cas en droit suisse.
– *Le dépôt des actions :* Le dépôt auprès d'un tiers des actions de la société aux fins de sûreté permet d'éviter qu'un actionnaire n'en dispose sans respecter ses obligations contractuelles à l'égard des autres actionnaires[17].

D. Difficultés de cohabitation

Même avec ces mécanismes, la coexistence de l'acquéreur et des associés restants demeure un mariage forcée dont l'harmonie n'est pas assurée. Ces difficultés de coexistence peuvent conduire à des solutions contractuelles diverses, selon le point de vue adopté.

– *Difficulté des associés restants de coexister avec l'acquéreur.* Les associés restants peuvent craindre de devoir coexister avec un tiers qui deviendrait leur partenaire contractuel sans qu'ils l'aient choisi. Ils peuvent alors préférer quitter un navire dont ils ne sont plus maîtres. Pour aménager cette possibilité, le contrat de société simple peut prévoir une clause d'enchaînement (*Tag Along clause).*

---

15 Ordonnance du Tribunal fédéral du 23 avril 1920 sur la réalisation forcée des immeubles (ORFI), RS 281.42.

16 Pour un exemple d'une telle clause, voir Marchand S., *Clauses contractuelles, du bon usage de la liberté contractuelle*, Bâle (Helbing & Lichtenhahn) 2008, p. 136.

17 Sur le contrat de consignation aux fins de sûreté, voir ATF 102 Ia 229. Sur les difficultés afférant à ce contrat en droit suisse, voir Kuster M., *Das Escrow Agreement im Bankgeschäft am Beispiel des Verkaufs nicht kotierter Aktien*, Revue suisse de droit des affaires 1996, p. 68-75.

– *Difficulté de l'acquéreur de coexister avec les associés restants.* A l'inverse, si l'acquéreur craint de ne pouvoir coexister harmonieusement avec les associés restants, il risque de renoncer à l'acquisition. Ce risque est supporté par l'aliénateur, puisqu'il compromet les chances de succès de la vente de ses parts. Pour éviter ce risque, le contrat de société simple peut prévoir une clause d'entraînement (*Drag Along clause)*[18].

V. Clause d'enchaînement et clause d'entraînement

A. Notion de clause d'enchaînement

La clause d'enchaînement (*Tag Along clause*) est une clause du contrat de société simple selon laquelle un associé ne peut pas accepter une offre d'acquisition de ses parts par un tiers si cette offre n'est pas accompagnée d'une offre d'acquisition à des conditions similaires des parts des autres associés[19].

En d'autres termes, le tiers acquéreur doit être prêt à acquérir la totalité des parts de la société commune. Les associés sont libres de donner suite à son offre ou non. La clause protège donc en général des associés minoritaires contre le risque de rester dans une *joint venture* contrôlée par un acquéreur qu'ils n'ont pas choisi.

B. Limites de la clause d'enchaînement

La clause d'enchaînement a la faiblesse de toute clause contractuelle impliquant un tiers : le contrat de *joint venture* n'a d'effets que relatifs et n'est pas opposable au tiers. En cas de violation de cette clause par un associé sortant, les associés restants ne sont protégés que par une hypothétique action en dommages-intérêts contre l'associé sortant. L'action est d'autant plus hypothétique que le dommage est souvent nul, l'acquéreur ayant acquis les parts de l'associé sortant au prix du marché.

Il est donc utile de compléter la clause d'enchaînement par une clause pénale dissuasive, ou d'en garantir le respect par un dépôt des actions de tous les associés auprès d'un tiers aux fins de sûreté.

---

18 Voir au sujet de ces clauses VON SALIS-LÜTOLF U., *Risiko- und Gewinnverteilung bei privaten Finanzierungen Rechtlicher Gestaltungsspielraum bei Finanzierungsverträgen für Start-Ups und KMU*, Revue suisse de jurisprudence 97 (2001), p. 213 ss, 221 et 222.

19 Pour un exemple de clause *Tag Along* voir MARCHAND S. (2008), p. 139 s.

C. Notion de clause d'entraînement

La clause d'entraînement (*Drag Along clause*) est une clause du contrat de société simple selon laquelle si l'un des associés (souvent l'associé majoritaire) a l'intention de vendre ses parts à un tiers, les autres associés sont obligés d'offrir leurs parts à ce tiers aux mêmes conditions[20].

La clause d'entrainement permet à l'associé sortant de contraindre les autres associés à vendre. Elle permet à l'associé sortant d'offrir à l'acquéreur de racheter la totalité des parts, écartant ainsi le risque que la vente soit compromise par le caractère dissuasif d'une coexistence potentielle avec les associés restants.

D. Limite de la clause d'entraînement

On peut avoir quelques doutes en droit suisse sur la validité d'une clause d'entrainement. Elle implique une promesse de vente de la part des associés minoritaires. Or, un des éléments essentiels de cette promesse de vente manque, puisque le prix est fixé par l'accord entre l'associé sortant et le tiers acquéreur. Une promesse de contracter ne peut en principe pas faire l'objet d'une action en exécution si elle ne comprend pas les éléments essentiels du contrat[21].

Il nous semble cependant que la validité de telles clauses doit être admise dans la mesure où les conditions de la vente entre l'associé sortant et l'acquéreur sont négociées de bonne foi, et correspondent au prix du marché. La clause évite qu'un associé minoritaire puisse monnayer son pouvoir de nuisance de façon abusive. Elle évite un système de droit d'option en faveur de l'associé majoritaire, qui déconnecte la valeur de l'option de la valeur réelle des parts des associés minoritaires et introduit un élément de spéculation qui n'est pas forcément favorable la collaboration harmonieuse des parties à la *joint venture*.

VI. Conclusion

Le droit suisse de la société simple peine à apporter des solutions satisfaisantes aux multiples questions que posent les *joint ventures* commerciales.

Durant ses cours, le professeur Petitpierre passe avec brio de l'explication à l'illustration et nombreux sont ses étudiants qui ont eu entre leurs mains un

---

20 Pour un exemple de clause *Drag Along*, voir Marchand S. (2008), p. 139.

21 Art. 22 CO; ATF 31 II 640 ; Semaine Judiciaire 1982, p. 78.

contrat de *joint venture* pour illustrer le droit de la société simple. Ils auront ainsi pu constater que l'imagination des parties supplée souvent aux carences du droit dispositif. C'est notamment le cas en ce qui concerne le principe, les modalités et les conséquences des droits de sortie.

Aucune solution n'est intrinsèquement la meilleure ou ne doit s'imposer systématiquement : le contrat de *joint venture* doit être adapté aux besoins spécifiques des parties. Il n'est qu'une solution dont on peut être sûr qu'elle sera la mauvaise : celle qui consiste à ne rien prévoir dans le contrat et à s'en remettre au droit dispositif.