



# LES PACTES D'ACTIONNAIRES ET LA REPARTITION DES POUVOIRS EN DROIT FRANCAIS ET DROIT ITALIEN

publié le 20/02/2016, vu 5553 fois, Auteur : [SERGE DIENA](#)

**les pactes d'actionnaires permettent de garantir la gestion des pouvoirs sociétaires**

UNIVERSITE D'ORLEANS  
Laboratoire de recherche juridique «pothier »

Mémoire de recherche en droit des affaires  
option : fiscalité et société

EN VUE DE L'OBTENTION DU GRADE DE MASTER EN DROIT  
PAR DIENA DIAKIESE SERGE

« Les pactes d'actionnaires et la répartition des pouvoirs dans les sociétés en droit français et en droit italien »

sous la direction de : M. THIBAUT MASSART, professeur de droit privé

Remerciement

A mon directeur Thibault Massart qui m'a donné des bons conseils pour élaborer ce travail.

DEDICACE

A mon père jean DIAKENGA et à ma mère alphonsine LUPATSHA, qui mon soutenus sans relâche tout au long de ce cursus.

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION

LES PACTES D'ACTIONNAIRES ET LE POUVOIR

PARTIE I : LES PACTES D'ACTIONNAIRES ET L'EXERCICE DU POUVOIR

CHAPITRE I : LES PACTES D'ACTIONNAIRES ET L'ATTRIBUTION DU POUVOIR

SECTION 1 : LA REPARTITION INITIALE DU POUVOIR PAR LE PACTE

SECTION 2 : LA DISTRIBUTION DE L'EXERCICE DES POUVOIRS

CONCLUSION PREMIER CHAPITRE

CHAPITRE II: LE contrôle DU POUVOIR PAR LE PACTE

? LES PACTES ACCESSOIRES

CONCLUSION DEUXIEME CHAPITRE

CONCLUSION PREMIER PARTIE

PARTIE II LES PACTES D'ACTIONNAIRES ET L'EVOLUTION DU POUVOIR

CHAPITRE 1: L'EVOLUTION QUANT AUX TITULAIRES DU POUVOIR

SECTION 1 : L'APPLICATION DU PACTE AUX TRANSMISSIONS FAMILIALES

SECTION 2 : LES TRANSFERTS « MORTIS CAUSA » EN DROIT ITALIEN

CONCLUSION PREMIER CHAPITRE

CHAPITRE 2 LES TRANSMISSIONS A UNE SOCIETE HOLDING DE contrôle

SECTION 1 : L'APPORT DE TITRES A UNE SOCIETE HOLDING DE contrôle  
SECTION 2 : LA CLAUSE DE LIBRE TRANSFERT DANS LES SOCIETES DU GROUPE EN  
DROIT ITALIEN  
CONCLUSION DEUXIEME CHAPITRE  
CONCLUSION DEUXIEME PARTIE  
CONCLUSION GENERALE  
BIBLIOGRAPHIE  
INTRODUCTION

La définition du terme donne des indications précises par rapport au sujet envisagé dans cette étude. En effet, un pacte d'actionnaires « est une convention signée par tous les actionnaires ou par certains d'entre eux seulement(1). D'un point de vue formel, les statuts d'une société constituent l'exemple type du pacte d'actionnaires. Alors de quels pacte s'agit-il? De toute évidence des « autres pactes », ceux qui par cette expression se réfèrent à un contrat passé entre actionnaires, dont le contenu n'est pas incorporé dans les statuts et qui ont généralement pour objet de déterminer les modalités et conditions d'acquisition et de perte de la qualité d'actionnaire, les droits et obligations attachés à cette qualité et les règles d'organisation et de fonctionnement de la société et les modalités de participation des actionnaires à la gestion de celle-ci.

Ces conventions sont généralement destinées à demeurer occultes et par conséquent, à ne pas être portées à la connaissance des tiers non-signataires. Là est l'ambiguïté entre : la loi, qui pour protéger les catégories d'actionnaires ou d'investisseurs les plus faibles, oblige ces pactes à se dénaturer dans un souci légitime de transparence, surtout quand il s'agit de sociétés cotées et le souhait, pareillement légitime, des auteurs, qui ne peuvent envisager la stipulation de telles conventions, que lorsqu'elles peuvent rester secrètes.

Les mots « occulte » et « secrète » sont ceux à l'égard desquels les lois et les juges ont le plus préjugés. En effet, il est acquis en Italie qu'un pacte d'actionnaires est « una convenzione tra due o piu persone o stati, un accordo, una condizione o un insieme di condizioni »(2)(une convention entre deux ou plusieurs personnes ou Etats, un accord, une condition ou un ensemble de conditions).

1 Dictionnaire Permanent Droit des affaires, Feuilles 157, 1 er novembre 2001

2 Nuovo dizionario della lingua italiana, Armando Curcio Editore, Milano, 1998

Le fait qu'elle puisse être établie de façon licite et juridiquement légitime, à l'intérieur de la structure sociétaire et même uniquement entre certains actionnaires, sans avoir besoin d'en faire communication, non seulement aux tiers, mais aussi aux autres actionnaires, lui donne une efficacité relative qui suffit aux souscripteurs de la convention. Là se situe l'ambivalence de ces pactes.

Les lois doivent établir les règles de référence, donner des critères d'interprétation des phénomènes factuels. Elles doivent être adaptées aux évolutions de la pratique tout en respectant la culture juridique du pays, en faisant en sorte que ces points de repères historiques fondamentaux ne deviennent des chaînes inéluctables qui ralentissent l'évolution juridique et surtout créent des fractures entre la loi et la réalité.

Il ne s'agit donc pas de juger a priori ce qui est bon et ce qui est mauvais, mais plutôt d'intervenir sur la détermination des principes et surtout sur leur applicabilité dans la pratique des affaires. C'est en analysant cette question, qu'on se rend compte que les lois françaises et italiennes ont engagé une lutte législative contre ces pactes dans la crainte que ces conventions soient utilisés pour cacher des faits illicites ou illégitimes.

Certes, l'avouer de manière aussi claire n'est pas la voie choisie normalement par le législateur. Il ne faut pas oublier que les principes impératifs et le respect de l'ordre sociétaire doivent tant bien que mal, s'ajuster par rapport au respect d'un autre principe, celui de la liberté contractuelle des parties. Finalement, les parties au pacte ont le droit de déterminer des accords occultes, tout en assurant le respect des préceptes juridiques fondamentaux.

En tout état de cause, il s'agit d'envisager une étude structurée et

relativement complexe, par rapport à un sujet qui ne peut pas être analysé uniquement d'un point de vue juridique, mais qui demande une compréhension globale du phénomène « pactes d'actionnaires ».

En particulier, pour ce qui concerne les dynamiques économiques, sociales et financières qui a priori justifient l'engagement des actionnaires dans ces conventions.

En effet, la question fondamentale, qui est sous-jacente et doit précéder toute analyse juridique, est celle qui devra relever les raisons essentielles qui amènent les actionnaires à souscrire de telles clauses.

Cette étude analyse les liens étroits qui existent entre le rôle de l'investisseur-actionnaire et la gestion effective du pouvoir. Car cette dernière sera déterminante, voire essentielle, pour arriver à concrétiser l'objectif majeur de tout actionnaire, qui est celui de rentabiliser au maximum l'investissement financier effectué dans le capital d'une société.

Dans cette optique, les pactes para-sociaux deviennent des moyens juridiques, voire des instruments, qui devront permettre la réalisation de l'objectif principal et comme tels seront soumis, par leurs auteurs, à cet impératif économique.

Finalement, au vu de la complexité du sujet et de l'ampleur des questions posées, il est certain que cette étude ne peut les traiter de manière exhaustive. Elle visera plutôt à donner une lecture parallèle des droits italien et français, ainsi que de la pratique des affaires en matière de pactes d'actionnaires.

Par conséquent, dans cette introduction il est nécessaire d'envisager avant tout l'examen du « domaine d'investigation: les pactes d'actionnaires et ultérieurement, il sera possible d'en établir « la méthode d'investigation : la confrontation des systèmes juridiques »

Les clauses sur les pactes d'actionnaires et le pouvoir sont nombreuses dans les protocoles, dans les statuts et dans les pactes adjoints et sont fort variées. Elles tendent à assurer la sécurité d'un minoritaire au regard de l'évolution économique de l'entreprise et sont destinées à permettre un contrôle de la gestion de celle-ci; ce contrôle peut aller du moins au plus, par paliers successifs.

Beaucoup de conventions extra statutaires concernent la situation des dirigeants. En effet, d'une part les dirigeants occupent dans la société la place principale, ils peuvent ainsi exercer une influence plus notable sur la société elle-même. D'autre part, les dirigeants sont souvent tentés d'user de leur influence prépondérante pour se faire consentir des avantages ou des prérogatives qui s'accommodent mieux de la discrétion des contrats que du caractère public des stipulations statutaires.

Toute convention conclue avec les dirigeants comporte, par conséquent, un risque d'abus, surtout lorsque l'intéressé a la qualité de représentant légal de la personne morale, car on est en présence d'une sorte de contrat avec soi-même. Cela explique notamment que, dans les sociétés anonymes, les contrats entre la société et ses dirigeants sont soumis à une réglementation spéciale, sauf lorsqu'il s'agit de conventions courantes établies à des conditions normales. Afin de préciser ce sujet, il convient de dire que la loi interprète de façon très restrictive les accords extra-statutaires qui limitent les pouvoirs légaux des organes d'administration ou de direction (d'ailleurs, il n'apparaît pas de différences substantielles remarquables, par rapport au fait qu'ils soient ou non insérés dans les statuts).

En effet, d'une part ces accords sont inopposables aux tiers, puisque les dirigeants sont réputés disposer de tous les pouvoirs pour agir en toute circonstance au nom de la société. D'autre part, même entre les parties, ces conventions suscitent de nombreuses objections, car elles faussent le jeu social en privant les dirigeants des attributions que la loi leur accorde, dans l'intérêt même de la société. Il paraît donc difficile de tolérer la coexistence d'une organisation officielle et d'une hiérarchie parallèle occulte résultant de pactes extra-statutaires, même si ceux-ci lient tous les associés.

De même, pour ce qui concerne les conventions qui augmentent les attributions des organes d'administration ou de direction, car elles ne peuvent porter atteinte aux

prérogatives de la collectivité des associés et doivent pour cette raison être frappées de nullité. Les organes de direction n'ont de compétence de principe qu'en matière d'actes de gestion. Ils peuvent chercher, par un accord extra-statutaire, d'avoir le pouvoir de modifier des règles statutaires, ce qui est normalement contraire aux principes fondamentaux d'organisation de la société.

L'étude se concentrera essentiellement sur la question concernant la gestion du pouvoir à l'intérieur de la société, en essayant de déterminer de quelle façon, ceux qui ne détiennent pas ce pouvoir peuvent arriver à influencer tangiblement l'organisation sociétaire. En effet, les dirigeants font partie d'une des catégories qui peuvent ingérer considérablement dans la vie sociétaire, tant leur rôle est principal et ils peuvent avoir le statut d'associés, d'actionnaires ou n'avoir aucun de ces deux rôles. Normalement, le dirigeant doit appliquer les décisions que la majorité des actionnaires ont prises en assemblée. Finalement, il arrive couramment que les dirigeants ne soient que des « hommes de paille », qui doivent exécuter la volonté plus ou moins expresse du groupe majoritaire.

Dans cette analyse, une question fondamentale revient, concernant les minoritaires et leurs moyens de protection. Il est évident que, selon les modalités de répartition du pouvoir, les différentes catégories d'actionnaires peuvent intervenir dans le cœur des décisions sociétaires de manière plus ou moins incisive. Bien évidemment, ceux qui craignent le plus de subir des choix non désirés sont les actionnaires qui ont, moins que d'autres, la possibilité d'intervenir dans la gestion du pouvoir sociétaire.

Par conséquent, il est fort probable que, dès la constitution de la structure sociétaire, des conventions interviennent portant sur la situation même de la société, même si elles entraînent le plus d'objections en terme de validité et d'efficacité. En effet, on peut se demander pourquoi les associés ont recours à une technique purement contractuelle, puisque les statuts ont précisément pour rôle de fixer l'organisation et le fonctionnement de la société. La conclusion de simples contrats ne serait-elle pas l'indice qui relève une volonté de dissimuler des stipulations dont la régularité pourrait être discutable? Il n'est pas possible de donner une réponse unique à cette question, car la réalité est dans tout domaine très complexe et ne peut être envisagée de façon trop simpliste.

Les intéressés utilisent parfois les conventions extra-statutaires à un stade de leurs relations où normalement les statuts n'existent pas encore, parce que la société n'est pas encore constituée ou ils ne sont plus pleinement en vigueur, parce que la société est dissoute ou en phase de changements importants. Les pactes d'actionnaires sont alors, préalable aux accords statutaires ou la suite logique des stipulations contenues dans ces derniers. Finalement, même en période de plein fonctionnement de la société, des conventions peuvent être nécessaires, du moment que tous les actionnaires n'y participent pas forcément. Rien ne s'oppose à ce que des associés plus motivés que d'autres s'unissent par des conventions particulières qui renforcent les liens sociétaires, en établissant des règles spécifiques à l'organisation du pouvoir de celle-ci.

Ce travail sera composée de deux partie, la première consacré à l'étude des « pactes d'actionnaires et l'exercice du pouvoir » et la seconde aux « pactes d'actionnaires et l'évolution du pouvoir »

## PARTIE 1 : LES PACTES D'ACTIONNAIRES ET L'EXERCICE DU POUVOIR

C'est principalement au cours de la vie sociale que les accords extra-statutaires, conclu généralement entre associés, tentent d'exercer une influence sur le déroulement de la vie sociale. C'est à ce moment là que le conflit est le plus aigu entre le principe de prééminence des statuts, par hypothèse conforme à la loi et celui de la liberté contractuelle. Ces accords, ce sont multipliés à une période récente, sous l'influence de l'intensification des relations commerciales internationales(3). Beaucoup d'étrangers comprennent et supportent mal le caractère rigide du droit français et du droit italien des sociétés. Ils cherchent à assouplir ces contraintes par des conventions dont on retiendra une des principales: les conventions de vote.

La question de la validité ou de la nullité des conventions comportant des engagements de vote est l'une des plus irritantes du droit français. D'une part, notamment dans les groupes de sociétés, les holdings ou les filiales communes, un associé s'engage souvent à voter pendant un certain temps, dans un sens déterminé à l'avance.

Ces engagements permettent la stabilité nécessaire à la réalisation d'objectifs complexes et de longue durée. Une société ne saurait voir ses grandes orientations remises en cause lors de chaque assemblée annuelle, sous peine de souffrir de la même impuissance que les régimes politiques dominés par des assemblées parlementaires à majorité instable. En outre, on peut toujours renoncer à un droit acquis. En effet, le titulaire du droit de vote pourrait en disposer et y renoncer ou accepter d'en restreindre la liberté d'exercice.

D'autre part, le droit de vote doit être l'expression d'une volonté librement exprimée en conclusion des débats de l'assemblée des associés ou, s'il y a eu consultation écrite, des informations communiquées à l'occasion de celle-ci. A la limite, la consultation des associés ne servirait à rien, si chacun ne faisait qu'émettre un vote dans un sens déterminé à l'avance par une convention immuable(4).

3 Guyon, les sociétés, aménagement statutaires et conventions entre associés, in Traité des contrats

4 Référence donnée par le Lamy, sociétés commerciales, n° 3041

De plus, on peut se demander, si le droit de vote n'est pas une prérogative personnelle en dehors du commerce, puisqu'en cas de démembrement d'une action, le certificat de vote n'est pas cessible, à la différence du certificat d'investissement(art. L. 228-29 c. com).

Par conséquent, le droit français adopte une position réservée à l'égard des conventions de vote. On ne saurait affirmer qu'elles sont toujours valables ou qu'elles sont toujours nulles, car cette certitude est regrettable, étant donné que ces conventions sont usuellement et souvent conformes à l'intérêt de la société. Cette hostilité de principe contraste avec les dispositions de nombreux droits étrangers qui admettent plus ou moins largement la validité des conventions de vote. Ici encore, le droit français souffre d'une excessive rigidité, génératrice de discriminations à rebours. Néanmoins, la loi du 3 janvier 1994 a apporté sur ce point un progrès car, sans valider expressément les conventions de vote dans les sociétés par actions simplifiées, elle rend celle-ci en partie inutiles, dans la mesure où les décisions collectives se prennent dans les conditions prévues par les statuts(art. L 227-9 c. com.).

L'histoire de la prohibition des conventions de vote est révélatrice, par ses sinuosités, de la difficulté, de la difficulté de la matière. Il faut attendre plus de cinquante ans après la promulgation de la loi du 24 juillet 1867, pour trouver les premières décisions annulant les conventions de vote. La prohibition demeurait d'ailleurs limitée, puisque les tribunaux admettaient que les actionnaires pouvaient valablement remettre leurs titres à un mandataire commun qui votait en leur lieu et place. C'étaient les syndicats de blocage, dont la constitution était aisée tant que les actions étaient représentées par des titres au porteur matérialisés. Toutefois, le mandataire commun ne devait pas recevoir à l'avance et une fois pour toute l'ordre de voter dans un sens déterminé.

Le syndicat de blocage était une délégation du droit de vote, pratique autorisée par la loi, qui ne devenait contestable que par son aspect collectif. Les membres du syndicat constituaient une sorte de sous-assemblée, non prévue par la loi.

Brutalement et sans que cette intervention ait été souhaitée, la loi du 13 novembre 1933 est

intervenue pour déclarer « nulles et nul effet, dans leurs dispositions principales et accessoires, les clauses ayant pour objet de porter atteinte au libre exercice du droit de vote dans les sociétés commerciales ». Ce texte n'a été qu'un coup d'épée dans l'eau, car d'un certain côté, il édictait une prohibition trop générale, eu égard aux pratiques suivies dans beaucoup de sociétés. Par d'autres côtés, il était trop limité, puisqu'il ne s'appliquait ni aux sociétés civiles, ni aux votes en conseil d'administration.

La jurisprudence continua de se décider au coup par coup, tantôt annulant les conventions de vote, tantôt trouvant un prétexte pour les valider. L'avant projet de loi sur les sociétés préparé par la commission Pleven comportait un article 825 qui reproduisait le décret-loi de 1937, mais cet article disparu du projet définitif, de telle sorte que le texte définitif ne comporte aucune disposition précise en ce domaine.

Historiquement dans le droit italien, la question de la validité des syndicats remonte au début du X<sup>e</sup> siècle. Reconnus et réglementés par le projet élaboré en 1925 par la « commission réal » instituée pour la réforme du code de commerce en 1865, les syndicats de vote ont depuis toujours donné matière à d'importantes discussions en doctrine et jurisprudence. Le législateur en 1942 a décidé de ne pas réguler expressis verbis les syndicats d'actionnaires, préférant remettre à la libre évaluation du juge toute considération concernant leur validité. Par la suite, toutes les tentatives pour essayer de leur donner un cadre de légitimité ont échoué, y compris le projet DE GREGORIO.

La position prise par la jurisprudence italienne sur la licéité de ces pactes a été globalement négative. Mis à part de très rares ouvertures, aucune argumentation n'a été capable d'ôter aux juges l'idée selon laquelle certains syndicats de vote étaient contraires à l'intérêt de la société ou pouvaient en vider de signification les organes, méritant ainsi la suprême sanction de la nullité.

Une telle position aurait dû marquer la fin de tout accord concernant le vote ou suggérer une souscription discrète de ces pactes. Mais il n'en fut rien, car au contraire la fracture entre la pratique et la jurisprudence augmenta à tel point que cette dissension est de nos jours l'aspect le plus intéressant de ce type de contrats.

De plus, quand on considère les publications officielles des accords para-sociaux d'instituts et d'entreprises publiques, on comprend que le phénomène concerne non seulement des attitudes « loges secrètes » de groupes d'actionnaires de sociétés de petite taille, mais aussi la gestion de sociétés parmi les plus importantes du pays.

Il suffit de penser à la décision de l'IRI, quand cette société a décidé de privatiser les activités de la SME concernant la distribution commerciale (société générale supermarchés) et la restauration (auto grill). L'IRI prévoyait, comme condition à la cession des sociétés, la création d'un noyau stable d'actionnaires de référence et l'établissement entre eux d'un accord de syndicat. C'est à dire d'un accord qui, étant établi pour la création d'un centre décisionnel endosocial fort, pourrait faire partie des hypothèses qui, « considérant le nombre d'adhérents au syndicat, l'indétermination et la généralité des obligations qui lient les adhérents et sa durée », sont considérés par la Cour de Cassation comme contraires aux principes du droit des sociétés. Cela dit, la simple diffusion des pactes para-sociaux, même avec un jugement contraire exprimé par la jurisprudence, ne peut à elle seule justifier la vivacité du débat resurgit dernièrement concernant ce type de pactes. En effet, la reprise d'intérêt peut par contre, s'expliquer par rapport à deux éléments(5).

Avant tout, la réforme des marchés financiers, effectuée entre 1990 et 1992 et surtout celle intervenue par le Testo Unico 1998/58, ont modifié le panorama normatif. La croissante importance des groupes de société a suggéré, dans l'attente d'une discipline ad hoc, de considérer dans de nombreuses dispositions législatives les syndicats de vote comme instruments aptes à obtenir le contrôle ou à influencer la gestion du groupe social(par exemple: les lois sur l'édition, le système radiotélévisé, la protection de la concurrence, les sociétés d'intermédiation mobilière, les offres publiques d'achat, les privatisations) des entreprises de l'État(6).

Deuxièmement, la dernière décennie a marqué la fin du gentlemen's agreement qui unissait les para-associés dans l'engagement à accepter, sans contredire les décisions prises par l'organe institué dans le pacte, pour résoudre les conflits qui de temps à autre pouvaient se présenter concernant l'interprétation ou l'exécution du contrat para-social. Cela voulait dire, que le recours à l'autorité judiciaire ordinaire était exclu. Un exemple important a été celui de CIR-Famiglia Formenton, où une possible sanction « métajuridique », n'avait pas découragé le cocontractant para social de s'adresser à la Cour d'Appel de Rome, pour demander la nullité de l'accord souscrit consciemment et connaissant dès lors l'éventuelle nullité de l'acte.

Il est clair, que cette situation est, entre autre, le reflet d'une profonde transformation de la classe des chefs d'entreprise italiens. Les années 80 ont donné les bases pour la naissance et le développement de groupes industriels nouveaux, qui grâce à l'extrême facilité du recours au crédit et à la globalisation des marchés, ont pris conscience de leurs propres capacités d'opérer à un certain niveau, sans devoir respecter les règles fixées par l'establishment (groupe de pouvoir) traditionnel. En ce sens, l'éventuelle « disqualification éthico-social » établie par les autres adhérents à la communauté des affaires, s'est révélée inadaptée dans la prévention de l'évolution de la clause compromissaire non-écrite, selon laquelle tout conflit entre les membres devait trouver une solution à l'intérieur de la communauté des affaires.

Avant de procéder à l'examen de l'état de la jurisprudence et de la doctrine, concernant la licéité des syndicats de vote, une considération d'ordre méthodologique s'impose. La présence, à l'intérieur de la catégorie des syndicats de vote, d'une ample gamme de pactes, profondément différents les uns des autres, par rapport aux modalités de formation de la volonté para-sociale et aux instruments utilisés dans l'imposition des liens engagés, rendent nécessairement imparfaite une simple lecture abstraite, privée de rapports avec des cas concrets. Cette réalité semble finalement avoir été prise en considération par les juges qui, abandonnant définitivement l'intransigeante fermeture par rapport à la validité de tout syndicat de vote, retiennent que « la question de la nullité des pactes para-sociaux, concernant l'exercice du vote, doit être résolue selon l'examen de chaque situation ».

Afin d'approfondir les différentes questions posées par cette introduction, cette première partie se composera d'un premier chapitre qui envisagera « les pactes d'actionnaires et l'attribution du pouvoir » et d'un deuxième chapitre analysant « le contrôle du pouvoir par le pacte ».

## CHAPITRE I. LES PACTES D'ACTIONNAIRES ET L'ATTRIBUTION DU POUVOIR

Actuellement aucun texte en droit français ne valide ou ne prohibe expressément les conventions qui portent atteinte au libre exercice du droit de vote. En revanche, plusieurs textes visent indirectement de tels accord, mais ils donnent des indices contradictoires. En faveur de la nullité deux textes sont à citer : l'article 1844, al. 1 du c. civ., qui accorde à tout associé le droit de participer aux décisions collectives. L'al. 4 de ce même article ne prévoit pas la possibilité de déroger à l'al. 1, alors qu'il autorise des dérogations statutaires à ses autres dispositions, concernant le droit de vote des usufruitiers ou des indivisaires. A vrai dire, ce texte ne suffit pas à prohiber les conventions de vote ; il n'interdit que les statuts, à savoir qu'une manifestation de volonté collective prive l'associé de ce droit essentiel ou de son aménagement dans des conditions défavorables. Il est par ailleurs repris dans les sociétés anonymes par l'article L225-122 c. com., qui pose le principe d'ordre public « à valeur nominale égale, droit de vote égal ».

Ces textes n'interdisent pas les conventions individuelles extra-statutaires portant sur l'exercice du droit de vote, dans le but unique de les interdire. Il faudrait admettre que le droit de vote est indispensable entre les mains de son titulaire. Certains l'ont suggéré en faisant

référence à un droit fonction, qui s'exercerait dans l'intérêt de la société et non dans celui de son titulaire; cette notion, qui est inconnue au droit français, ne fait qu'obscurcir le débat.

En réalité, l'article 1844 du c. civ. Français établit que le droit de vote a un caractère essentiel, car il est la caractéristique qui distingue l'associé des autres partenaires de la société, mais il n'ajoute pas que ce droit est totalement indisponible entre les mains de son titulaire. Cela veut dire que des renonciations temporaires et limitées seraient valables. D'ailleurs, la Cour de Cassation semble bien distinguer le droit de participer aux décisions collectives, qui est l'ordre public et celui d'y voter, lequel serait susceptible d'aménagements. L'article 1488 n'apporte finalement aucun argument essentiel en faveur ou à l'encontre des conventions qui limitent le droit de voter sans porter atteinte à celui de participer d'une autre manière aux décisions collectives. Un autre texte milite plus nettement en faveur de l'illicéité des conventions de vote mais son domaine est limité, car il ne s'applique que dans les sociétés par actions et ne vise que certaines conventions de vote.

A vrai dire, celles qui sont le plus souvent contestables. Il s'agit de l'article L. 242-9 c. com., qui punit de peines correctionnelles « ceux qui se seront accordés ou promis des avantages pour voter dans un certain sens ou pour ne pas participer au vote, ainsi que ceux qui auront accordé, garanti ou promis ces avantages ».

Ce texte, qui n'a pas eu d'applications jurisprudentielles notables, interdit à l'actionnaire de monnayer son droit de vote. On peut admettre que, lorsque les conditions de l'incrimination sont remplies, la convention de vote est nulle, mais l'article L. 242-9 c. com. Est rédigé dans des termes ambigus, notamment parce qu'il ne définit pas les avantages que l'actionnaire doit se faire consentir pour voter dans un sens déterminé. Si le mot « avantage » vise toutes les contreparties, ce sont toutes les conventions de vote qui sont prohibées, car elles ont un caractère synallagmatique.

Par contre, dans le langage juridique ce mot désigne presque toujours les ruptures d'égalité injustifiées. En effet, dans le cadre de cet article ce mot serait la rémunération d'un trafic d'influence. Au contraire, il n'y aurait pas avantage et la convention de vote serait valable, si des actionnaires s'entendaient dans l'intérêt de la société, pour voter dans un certain sens, car en fin de compte, c'est aussi le leur. Par conséquent, aucun texte, analogue au décret-loi du 31 août 1937, aujourd'hui abrogé, ne prohibe formellement les conventions de vote.

Au contraire, les lois récentes reconnaissent les conséquences produites par de telles conventions, ce qui revient à en admettre la validité, car ce qui est nul ne saurait produire aucun effet. Les lois du 3 janvier et du 12 juillet 1985 considèrent qu'une société en contrôle une autre lorsqu'elle dispose seule de la majorité des voix en vertu d'un accord conclu avec d'autres actionnaires, du moment que ce pacte n'est pas contraire à l'intérêt de la société (art. 233-3 et L. 233-16 c. com.) C'est admettre implicitement la validité des conventions de vote dans les groupes.

La loi du 2 août 1989, article 18, vise également les « actions de concert » tendant à mettre en oeuvre une politique commune vis-à-vis d'une société (art. L. 233-10 c. com.). Elle les soumet à une réglementation spécifique en cas de franchissement de seuils de participation et d'OPA. L'action de concert n'est pas une action illicite ou irrégulière, comme en droit de la concurrence ou en droit pénal, c'est une pratique valable, génératrice de certaines obligations, puisqu'elle peut avoir pour objet : l'acquisition, la cession ou l'exercice du droit de vote. Il s'agit de conventions qui sont valables, au moins en principe.

En droit italien, étant donné l'absence historique permanente d'une discipline spécifique de la part du législateur, le jugement sur la légitimité des syndicats de vote a toujours été rattaché aux principes généraux du droit sociétaire. Dans le temps, cela a donné lieu à une jurisprudence oscillante, perpétuellement embarrassée entre les thèses traditionnellement acceptées et les nouvelles qui prenaient de plus en plus d'ampleur, produisant ainsi un répertoire de jugements caractérisé par d'inévitables contradictions, accélérations, revirements, surtout à cheval entre les régimes en vigueur avant et après le code de 1942; par contre, l'introduction des articles 122 et 123 du texte unique concernant les dispositions en matière d'intermédiation

financière(d.lgs. 24 febbraio 1998, n° 58) ont établi la reconnaissance définitive de la validité des conventions de vote dans l'ordre juridique italien. Le législateur a ainsi donné le mot de la fin, à un débat historique qui s'est développé en doctrine et en jurisprudence depuis 1942. Les premières interprétations ont toujours été très restrictives et, seulement dans le courant des années, une tendance doctrinale plus mitigée a commencé à envisager une compatibilité possible entre les syndicats de vote et les principes qui règlent le droit sociétair italien. En effet, les doutes et les divergences n'avaient pas été dépassés même après l'introduction, dans les années quatre-vingt, des dispositions législatives intervenant dans plusieurs matières et faisant référence aux pactes d'actionnaires

Selon une certaine orientation de pensée, le fait que les lois relient à la présence des syndicats de vote toute une série d'effets très importants, ne pouvait que déposer en leur faveur. Selon d'autres interprétations, on retenait que le législateur n'avait fait que prendre acte de leur existence, sans avoir l'intention d'exprimer aucun jugement concernant leur validité. Aujourd'hui, la question n'a plus la même importance et ce, dans les sociétés cotées, qui sont celles principalement concernées par ce texte de loi, comme dans celles non cotées.

La raison qui motivait le jugement négatif porté par une partie de la doctrine et de la jurisprudence sur la licéité des conventions de vote afférent à l'exigence d'assurer un fonctionnement correct de l'assemblée, concernant toutes les sociétés par actions et pas uniquement une catégorie spécifique. Par conséquent, une fois admise la validité du principe des syndicats de vote pour les sociétés cotées, il n'existe aucune raison pour considérer ces mêmes contrats nuls, s'ils sont établis dans le cadre de sociétés non cotées. Cela étant, il existe diverses catégories de syndicats de vote. En effet, la Cour Suprême(Cour de Cassation), affirme maintenant une reconnaissance générale de ces pactes, a déclaré nuls les syndicats de vote à durée indéterminée.

En particulier, ces contrats ne mériteraient pas une protection juridique, selon l'art. 1322 du c. civ., car ils ne seraient pas compatibles avec l'attitude généralement peu favorable à entériner des obligations qui auraient une durée indéterminée. Par ailleurs, le jugement cité, à cause des argumentations avec lesquelles il arrive à s'opposer aux positions qui nient la validité des conventions de vote, a été unanimement critiqué dans sa partie afférente à la durée de ces pactes para-sociaux.

Par la suite, la Cour d'Appel de Milan, intervenant dans un cas d'espèce analogue, s'est prononcée de façon complètement différente, par rapport à la Cour de Cassation. En particulier, les juges de Milan ont considéré que le fait que, si de façon générale l'ordre juridique était défavorable aux obligations à durée indéterminée, cela ne voulait pas dire que nécessairement le lien établit n'était pas valable, car les normes prévoient des remèdes à ce genre de situation, permettant la récession ad nutum.

Dans les cas des syndicats de vote, il existe les conditions qui permettent de procéder à une application analogique de la discipline du retrait prévue pour les sociétés de personnes et les associations(art. 2284 et 24 c. civ.), au vu des aspects communs de ces deux régimes juridiques. Finalement, dans le même cadre doit être pris en compte l'art. 123 du Texte Unique qui a, de manière très explicite, prévue l'admissibilité des conventions de vote à durée indéterminée établies dans les sociétés cotées, en attribuant à tous les cocontractants le droit de sortir du pacte avec un préavis de six mois.

Afin de procéder dans l'analyse de la question, ce premier chapitre envisagera l'étude de « La répartition initiale du pouvoir par le pacte » dans la première section et « La distribution de l'exercice des pouvoirs » dans la seconde.

## SECTION 1: LA REPARTITION INITIALE DU POUVOIR PAR LE PACTE

Malgré des bases incertaines, la jurisprudence française, bien que peu abondante, est relativement stable. Les conventions de vote sont valables, si elles remplissent les conditions ci-après examinées. En effet; elles ne doivent pas priver le promettant de toute possibilité de participer aux décisions collectives, elles doivent donc avoir un domaine limité, de

telle sorte que la clause par laquelle un associé s'engagerait à toujours voter dans le même sens qu'un autre serait contestable, car il n'aurait plus aucune liberté. On estime souvent que pour être valable le pacte doit être conclu pour une durée déterminée. Cette opinion est contestable aussi en droit français, car une telle convention est finalement plus contraignante qu'un engagement conclu sans limitation de durée. En effet, celui-ci peut être résilié à tout moment par le promettant à condition d'agir de bonne foi et de respecter un préavis(7).

Engagés du point de la société, ces accords doivent être conformes à l'intérêt de la société ou du groupe. Au contraire, les conventions sont nulles, notamment parce qu'elles empêchent les actionnaires d'opérer librement les choix qui s'imposent. Ce critère à l'avantage de la souplesse, il laisse aux tribunaux un large pouvoir d'appréciation, ce qui n'est pas négligeable dans une matière où le meilleur côtoie le pire. Il présente, en revanche, l'inconvénient d'être mal défini et cela d'autant qu'aucune décision de principe de la Cour de Cassation n'est intervenue depuis l'abrogation du décret-loi de 1937. En outre, il semble que cet intérêt doit s'apprécier, non seulement au moment de la conclusion du pacte, mais encore tout au long de son exécution. Or, l'évolution de l'environnement social peut faire qu'un accord devienne contraire à l'intérêt de la société, alors qu'il y était conforme à l'origine.

7 SAYAG, mandat social et contrat de travail, attraits, limites et fictions, in Rev. Soc. 1981

Enfin, est-ce possible d'envisager le fait qu'une convention pour être valable doit tout simplement ne pas être contraire à l'intérêt social ou faut-il qu'elle produise des conséquences favorables au regard de celui-ci. Cette incertitude est à son comble dans les groupes de sociétés, c'est à dire dans la situation où les conventions de vote sont le plus couramment pratiquées. En effet, si l'intérêt d'une société isolée est déjà difficile à définir, il en va a fortiori bien davantage de celui du groupe(8).

Parmi les motifs retenues pour valider les conventions de vote, en droit français, on rencontre le plus souvent la recherche d'une majorité stable, la volonté d'opérer une restructuration, une augmentation de capital ou surtout organiser les relations entre actionnaires d'un même groupe. Au contraire, les engagements généraux paraissent suspects, car ils sont rarement compatibles avec l'intérêt de la société et peuvent dissimuler des fraudes(9).

Afin d'envisager et d'expliquer plus clairement l'analyse des théories contraires en droit italien, donnant une interprétation négative au développement des syndicats de vote, il sera intéressant de prendre en compte un des principes fondamentaux du droit des sociétés: « l'intangibilité du droit de vote ». Selon une première source d'interprétation, les syndicats d'actionnaires dériveraient de la limitation que ces pactes imposent au libre exercice du droit de vote. Cette théorie, qui a été élaborée sous l'ancien code de commerce, était originellement liée à une vision particulière du vote, considéré comme *res extra commercium*. C'est à dire, comme droit directement personnel de l'assuré, absolument inséparable du titre même et pour lequel on ne pouvait accepter aucune « manipulation ». On considérait que le vote était donné à l'associé, afin de réaliser l'intérêt de la société et non pas directement son intérêt personnel.

8 HOANG, Notion d'association et du contrat d'organisation, Paris I, 2000, ASCARELLI

9 DI SABATO, manuale delle società, torino, 1992, p. 252

Selon cette conception la protection de la liberté de vote était considérée comme un principe d'ordre public, qui demandait « il fuzionamento regolare delle società anonime a difesa del capitale e dell'economia nazionale(...)». Se il contratto(...) vincola i contraenti nella loro libertà di voto e di condotta nell'assemblea dei soci (...) esso si fonda sopra una causa contraria alla legge ed è perciò improduttivo di effetti giuridici »(le fonctionnement régulier des sociétés anonymes pour la défense du capital et de l'économie nationale(...)). Si le contrat lie les cocontractants dans leur liberté de vote et de conduite durant les assemblées des associés (...) celui-ci se fonde sur des bases contraires à la loi et par conséquent, ne peut en aucun cas produire d'effets juridiques).

L'intangibilité du droit de vote dérivait de l'application de deux principes, considérés comme prioritaires dans la constitution juridique de la société de capitaux : celui concernant l'impossibilité de séparer le vote de la qualité d'associé, à savoir que l'un ne pouvait circuler sans l'autre; et celui considérant intouchable l'expression du vote libre et spontané. Par conséquent, toute compression de la liberté de l'associé qui l'empêchait de manifester de façon complètement autonome son propre vote, était illégitime. La conclusion logique d'une telle conception était la nullité de tout type d'accord concernant le vote, car contraire aux principes fondamentaux de l'ordre juridique sociétaire.

Avec l'entrée en vigueur du Code Civil de 1942, la position s'assouplit avec une « ouverture » vers les syndicats de vote à l'unanimité. Le pacte Toffolo c/ lesi, a été la première occasion offerte à la Cour de Cassation pour affronter ex professo la validité des pactes para-sociaux. Selon le nouveau Code Civil, la Cour de Cassation considère à l'unanimité de ceux qui sont à la majorité, introduisant ainsi une distinction qui, encore de nos jours, trouve l'accord de la quasi-totalité des auteurs(10).

10 FARENGA, « società, validità ed efficacia del contratto parasociali », 1988, 1125-1126

Après avoir établi que, comme durant le régime précédent, le code de 1942 s'inspire du principe d'intérêt public de la « libertà e della spontaneità del voto nella formazione delle volontà dell'ente che deve risultare dalla volontà effettiva, manifesta nelle assemblee »( liberté et de spontanéité du vote dans la formation de la volonté qui doit résulter de la volonté effective, manifestée durant l'assemblée); la Cour affirme , que le syndicat d'actionnaires est licite, si dans son règlement on ne reconnaît la validité des délibérations adoptées uniquement à l'unanimité. Le pacte de syndicat pour lequel l'associé se soumet à la volonté de la majorité des participants au syndicat, sans voter librement durant l'assemblée sociale, reste contraire à la loi.

Parallèlement à l'impossibilité absolue disposer du vote, une nouvelle thèse se développe. Celle-ci veut fonder la licéité des syndicats de vote par rapport au principe fondamental dénommé « méthode d'assemblée ». C'est à dire l'ensemble des principes d'intérêt public qui réglementent le fonctionnement de la société et pour lesquels la volonté sociale devrait: 1) se former durant l'assemblée, après un 2) débat avec les autres associés et sur la base du 3) principe majoritaire.

En effet, à partir du moment où le législateur attribue à la société de capitaux la personnalité juridique, il leur impose une structure spécifique, qui sépare complètement le patrimoine de l'entreprise de celui de ses associés. L'intégrité de ce patrimoine est préservée, entre autre à l'égard des tiers, à travers la soustraction aux associés du pouvoir d'en disposer ou de le modifier par des actes relevant de l'autonomie privée. Par conséquent, selon les Cours de l'examen de la légitimité des syndicats doit être encadré dans le contexte appartenant aux principes d'ordre public.

Avant tout, les syndicats de vote constitueraient un moyen pouvant vider l'assemblée sociale de ses pouvoirs et de ses fonctions. En effet, le syndicat qui lie la majorité des actions de la société, se substituent de facto à l'assemblée, faisant ainsi que la volonté sociale se forme à l'extérieur du siège institutionnellement préposé. En outre, le syndicat prédéterminant le contenu du vote, ne permettait plus à l'associé de participer activement à la formation de la volonté sociale durant la discussion et l'échange d'opinions, avec les autres associés. Car les syndicats de vote limiteraient considérablement la confrontation dialectique entre associés, empêchant toute possibilité de changement d'idée, suite au débat en assemblée.

La méthode du vote syndiqué, déterminant à l'intérieur de celui-ci une stérilisation de la majorité, empêcherait tout lien avec une minorité extérieure au pacte, qui pourrait donner lieu à une majorité effective de signe opposé. Dans un système qui détermine une occultation importante des votes de la minorité on découvre un détournement important des règles majoritaires, puisque la majorité qui se forme en assemblée ne serait qu'apparente et fictive.

Considérant le « conflit d'intérêts », selon cette théorie négative des pactes d'actionnaires, ceux-ci bouleversent le cadre sociétaire, étant porteur d'intérêts en opposition avec ceux de la société. De même teneur semble être aussi la relation au Code Civil de 1942, précisant que « le intense a cui non si deve indulgere sono specialmente dirette a turbare il processo di formazione della volontà sociale determinandola in modo non conforme all'interesse della società, e cioè in senso contrario a quella che sarebbe stata la presumibile risultante del libero esercizio del diritto di voto » (les ententes sur lesquelles on ne peut faire preuve de clémence sont celles qui sont spécialement orientées pour déranger le processus de formation de la volonté sociale, faisant en sorte qu'elle se détermine de façon non conforme à l'intérêt de la société, c'est à dire qu'elle se détermine de façon non conforme à l'intérêt de la société, c'est à dire de façon contraire à ce qui aurait dû être le résultat d'un libre exercice du droit de vote).

Un dernier élément négatif dans l'évolution des syndicats de vote est celui qui concerne « l'indétermination et l'indéterminabilité de l'objet » du pacte. En effet, dans cette ligne de pensée, tous les accords devraient être considérés nuls en application de l'art. 1346 du C. Civ., puisque ceux-ci obligent l'actionnaire à se soumettre à la volonté du syndicat pour toute résolution d'assemblée avant le vote déterminant.

Dans la prochaine section, il sera analysé comment les conventions de vote peuvent intervenir efficacement dans l'organisation interne de la structure interne sociétaire et en définir la répartition des pouvoirs qui devront s'exprimer au sein de celle-ci.

## SECTION 2: LA DISTRIBUTION DE L'EXERCICE DES POUVOIRS

L'examen des principales décisions de justice en droit français intervenues avant comme après la loi de 1966 donne l'impression qu'un mouvement de plus en plus net se dessine en faveur de la validité des conventions de vote. En effet, on ne tardera pas à atteindre le stade où la validité sera présumée et où l'annulation supposera que le demandeur prouve que la convention est contraire à l'intérêt de la société ou frauduleuse.

La catégorie des conventions de vote révèle une grande variété, encore augmentée par une difficulté de qualification, car il arrive que pour valider une convention de vote les tribunaux lui donnent une autre qualification. Normalement l'engagement de vote peut trouver sa source dans un accord de courtoisie, dont l'efficacité est garantie par l'appartenance de son auteur à un milieu où l'on doit respecter la parole donnée; dans un contrat individuel ou collectif ou dans la constitution d'un groupement ad hoc, notamment une société holding.

Les conventions peuvent être conclues entre associés, notamment ceux qui s'unissent pour exercer en commun le contrôle ou entre les associés et des tiers. Par exemple, les opérations de restructuration et les cessions de contrôle sont souvent accompagnées de conventions de vote, tendant notamment à garantir à une personne un siège au conseil d'administration. Les conventions les plus usuelles peuvent se rencontrer dans tous les organes délibérants de la société, plus spécialement le conseil d'administration et la direction.

Les accords peuvent viser un vote déterminé ou s'appliquer à tous les votes qui interviendront pendant une certaine durée. Ils peuvent organiser les sens des suffrages, faisant en sorte que le promettant s'engage à voter selon les indications qui lui seront données avant ou pendant l'assemblée par le chef de file. Ils peuvent transférer le droit de vote à un tiers, qui se décidera au nom et pour le compte des actionnaires. Enfin, les conventions peuvent stipuler des obligations précises, comme la nomination de telle catégorie de personne à tel poste de direction ou des engagements plus diffus, comme celui de maintenir la pérennité de la société<sup>(11)</sup>.  
11 CARBONE, la convenzioni di voto e la teoria generale del contrario, NGCC, 1992

De la combinaison de ces divers éléments, il apparaît que la convention la plus discutable, bien que sans doute plus pratiquée, est celle qui vise le maintien au conseil d'administration d'un actionnaire qui n'a plus la majorité. En effet, on ne voit pas quel intérêt peut avoir la société à maintenir en place un dirigeant dans de telles conditions, si ce n'est que pour rassurer ceux qui sont en relation d'affaires avec elle, pour arriver dans la courte période à mettre en place le nouveau ayant le plein appui de la majorité sociale.

L'exécution d'une convention valable et la non-exécution d'une convention nulle n'entraîne pas de difficulté. En revanche, les conséquences du vote émis en exécution d'une convention irrégulière ne sont pas claires. Sous l'empire du décret-loi de 1937 la délibération n'était pas libre. Est-ce possible d'envisager le même régime dans l'état actuel du droit, compte tenu du régime très restrictif des nullités d'assemblées établies par les articles 235-1 C. Com. Et 1844-10 du C. civ.? L'absence de la sanction la plus dissuasive serait choquante et ne ferait pas intervenir l'interdiction des conventions de vote dont l'efficacité serait réduite. Il faut donc admettre, que le vote émis en exécution d'une convention irrégulière constitue une violation des dispositions légales impératives qui régissent le droit de vote.

La nullité de la délibération serait par conséquent, encourue dans les mêmes conditions que si l'irrégularité de vote avait eu une cause autre. Il faut notamment en déduire, que la nullité peut être écartée si la majorité prévue par la loi était acquise, défalcation faite des votes émis en exécution de l'engagement illicite. De plus, étant une nullité de protection, elle ne saurait être demandée par l'actionnaire qui a émis le vote contesté.

Envisagée du point de vue de l'engagement de vote lui-même, l'irrégularité entraîne moins de difficultés. En effet, l'engagement, étant par hypothèse extra-statutaire, il n'est soumis qu'au droit commun des obligations, sans qu'il y ait lieu d'appliquer le régime plus restrictif qui régit la nullité des actes des sociétés. Par conséquent, la convention doit être annulée puisqu'elle contrevient à des dispositions d'ordre public. En principe, cette nullité rejait sur la totalité de la convention de vote (art. 1172 C. Civ.). Toutefois, les tribunaux se contentent parfois de réputer la convention de vote non écrite, parce qu'elle a un caractère accessoire et peut se détacher du reste du contrat dont elle fait partie.

L'inexécution d'une convention valable a pour seule sanction l'attribution de dommages et intérêts au cocontractant, par application de l'article 1142 du C. Civ.. En effet, il s'agit de la violation d'une obligation de faire ou de ne pas faire. L'évaluation du dommage subi par la victime de l'inexécution est généralement difficile, surtout si la convention avait un objet complexe, parce qu'elle tendait à l'organisation d'une majorité stable ou préparait une mesure de restructuration. Une action judiciaire en exécution forcée n'est pas inconcevable, si le bénéficiaire de la convention sait, avant le vote, que son consentement a l'intention de ne pas tenir ses engagements.

Toutefois, cette action se heurte à des objections, car elle risque de devoir

être précédée par un référé tendant au report de la tenue de l'assemblée, de telle sorte que des querelles entre associés viendraient perturber la vie sociale. A cela on peut répondre que, puisque la convention de vote n'est valable que si elle est conforme à l'intérêt social, la société elle-même a intérêt à ce qu'elle soit exécutée. Le report de l'assemblée serait dès lors une mesure d'intérêt général. En revanche, le vote émis en violation de la convention est valable à l'égard de la société, c'est à dire qu'il ne peut pas vicier la délibération. En effet, la convention extra-statutaire est inopposable à la société.

Les conventions de vote sont parfois assorties de mécanismes contractuels qui cherchent à en assurer l'efficacité. Tant que les actionnaires au porteur étaient matérialisées, il était facile de les remettre au chef de file du syndicat de blocage, qui votait avec elles au nom de tous les participants à l'accord. Ce procédé n'est plus utilisable depuis que les actions au porteur sont inscrites en compte.

L'application des principes présentés dans cette section concernant le droit italien a fait l'objet d'importantes critiques, de la part de la doctrine récente, surtout dans les effets que celle-ci peut avoir dans la distribution de l'exercice du pouvoir. Le leit motiv commun à chaque auteur est la démonstration que les syndicats de vote ne sont pas contraires aux principes indérogables du droit des sociétés. En effet, pour ce qui concerne l'intangibilité du vote, l'évaluation considère les deux aspects du principe énoncé.

In primis, à la suite de l'entrée en vigueur du code de 1942, le dogme selon lequel le vote ne pouvait pas être commercialisé et moins encore séparé du lien qui le tient lié à l'action, tombe définitivement. On admet finalement la séparation entre le droit et le titre. Le même phénomène se reproduit pour ce qui concerne l'idée selon laquelle le vote doit être exercé dans l'intérêt social. Dans le système juridique actuel, le vote est attribué dans l'intérêt individuel de l'actionnaire, à condition qu'il ne soit pas exercé en contradiction avec l'intérêt social.

Bien évidemment, plus difficile paraît l'évaluation du deuxième aspect du problème, qui concerne la manifestation libre et spontanée du vote. D'un point de vue purement théorique, il a été mis en évidence le fait que la simple notion de liberté de vote ne représente pas un concept juridiquement définissable, mais plutôt une expression rhétorique. Elle pourrait, en effet, se remplir de signification seulement à travers une vision doctrinale particulière, portant sur la défense de la conception démocratique de la société anonyme, ainsi que des minorités d'actionnaires.

Selon une perspective un peu différente, il a été relevé que le principe de la formation spontanée de la volonté sociale dans le processus de l'assemblée sociétaire est le résultat d'une équivoque dérivant de la transposition hypostatique du concept de délibéré collégial, du milieu du droit public (constitutionnel et administratif) à celui du droit privé, qui tend à utiliser de façon optimale les ressources patrimoniales des individus, même s'ils sont en union entre eux.

En partant de cette dernière considération et considérant la nature patrimoniale du droit de vote (considéré comme attribut afférent la propriété ou d'autres droits réels sur les actions, selon l'art. 2352 du C. Civ.), il a été considéré que, bien que la gestion sociale est exercée de façon collective, sous fictio iuris de la personne morale, il n'existe aucune raison valable pour dévier du principe de droit privé. En effet, selon ce dernier, chacun est libre d'user et de jouir comme bon lui semble, dans les limites du respect des droits d'autrui et des normes d'ordre public des droits patrimoniaux, dont il est titulaire.

D'un autre point de vue, la distinction entre syndicats de vote à majorité et syndicats de vote à l'unanimité, a été acceptée par toute la jurisprudence, même celle plus rigoureuse par rapport aux syndicats de vote. Cela veut dire, qu'en admettant que dans l'ordre juridique italien il existe le principe de la liberté et la spontanéité du vote, cette liberté et cette spontanéité devraient nécessairement se qualifier dans le temps et dans l'espace<sup>(12)</sup>.

12 GALGANO, tre pareri ed un provvedimento sui limiti soggettivi di efficacia del sindacato di blocco, in contratto e impresa, 1990, 2, 558

Par conséquent, il faudrait définir un moment durant lequel les deux faces nobles du droit de vote

trouvent effectivement une vraie raison d'être. C'est-à-dire où se termine-elles et jusqu'à la votation en assemblée? Ou jusqu'au moment qui précède le vote?. Or l'admission de la validité des syndicats à l'unanimité suppose nécessairement la non existence d'un principe indérogable, selon lequel la démonstration de l'atteinte à la liberté et à la spontanéité du vote de l'actionnaire serait établie durant la séance même du vote.

De deux choses l'une: soit la volonté de l'associé peut, toujours librement et spontanément se prédéterminer à l'extérieur et avant l'assemblée, cela signifie qu'aussi les syndicats à majorité sont valables. L'associé, au moment de la souscription est parfaitement libre d'adhérer au non au pacte et d'assumer de façon consciente l'engagement de soumission à la volonté de la majorité des actions syndiqués. Soit la volonté de l'associé doit librement et spontanément se déterminer uniquement au moment du vote en assemblée. Dans ce cas, même les syndicats à l'unanimité ne peuvent jouir d'aucune marge de licéité, car dans les accords de ce genre, l'associé s'engage aussi à voter selon ce qui a été décidé de façon unanime par l'assemblée para-sociale. C'est-à-dire dans un moment chronologiquement antérieur, par rapport à l'assemblée sociale, en promettant de ne pas modifier sa conviction, entre la première et la deuxième déclaration.

Les deux énoncés liberté/spontanéité du vote en assemblée et la validité uniquement des syndicats à l'unanimité restent, de ce point de vue, dans une situation de permanence contradiction. Par conséquent, indépendamment de l'existence ou non de ce principe, on est obligé de conclure que dans l'ordre juridique italien, le seuil de garantie de la liberté et de la spontanéité du vote est anticipé au moment de la souscription du syndicat de vote(13).

13 LIBONATI, sindacati di voto e gestione d'impresa, in Rev. Dir. Comm., 1991, 1, p. 101

Pour ce qui concerne l'impossibilité de déroger à la « méthode d'assemblée », seules les règles formelles de la procédure de l'assemblée sont impératives. En particulier, celles qui requièrent que la volonté sociale de tous les associés ou de la majorité. Elle ne réfère jamais au contenu du vote ou aux modalités de son expression.

Par conséquent, pour ce qui concerne l'idée selon laquelle les pouvoirs de l'assemblée seraient vidés de toute possibilité effective d'action, il faut dire que: même dans les cas où le syndicat regroupe la majorité absolue des actions de la société, il ne se substitue jamais à l'assemblée, car formellement c'est toujours et seulement celle-ci qui peut se prononcer sur les questions à l'ordre du jour, formant ainsi la volonté sociale(14).

Il est nécessaire de différencier entre formation et manifestation de la volonté sociale. Ce qui est requis par l'ordre juridique est uniquement que le vote soit exprimé durant l'assemblée et non pas que la volonté se soit nécessairement formée dans le même moment. Faisant référence à la « discussion en assemblée », comme principe de l'ordre juridique sociétaire, ainsi considéré, il se pose en contraste avec la réalité des assemblées qui démontre l'importance minimale des débats d'assemblée. En effet, les normes du code qui donnent la possibilité à l'actionnaire de former son opinion avant l'assemblée, lui permettant d'avoir un ordre du jour, la vision du bilan et la relation des syndicats, portent inévitablement à douter de la validité d'un tel principe.

En effet, la discussion qui devrait normalement précéder le délibéré est une matière laissée à la libre disponibilité des associés. Si bien, qu'un délibéré adopté sans discussion préliminaire est valable, de même pour le vote exprimé par le biais d'un représentant muni d'instructions précises(formulées par l'actionnaire avant et à l'extérieur de l'assemblée, n'ayant pas la possibilité d'évaluer les opinions et les intérêts qui pourraient émerger durant le débat en assemblée)(15).

14 GORE, HOPPENOT, La filiale commune et le droit français des sociétés, in la filiale commune, p. 6, Paris 1975

15 SAINTOURENS, La flexibilité du droit des sociétés, in Rev. dr. Com. 1987, 457

La loi se préoccupe uniquement de garantir à l'associé l'information concernant les faits qui intéressent la société, permettant en assemblée l'éclaircissement d'éventuels doutes et une formalisation du délibéré qui convienne aux décisions prises. En outre, si l'associé ne désire pas se prévaloir de ces facultés, mais au contraire préformer sa volonté, ce comportement ne peut pas être considéré contraire à la loi. Par ailleurs, dans l'ordre juridique italien 2347 C. Civ. Prévoit implicitement la possibilité que la volonté des associés-communautaire se forme en dehors de l'assemblée, ceux-ci devant fournir les indications(forcément concordées) au représentant commun.

Pour conclure, on ne comprendrait pas pourquoi et à la faveur de qui, le législateur devrait protéger le jus poenitendi du para-associé qui, même quand il change d'avis durant l'assemblée par rapport à la volonté sociale, le fait uniquement dans son intérêt personnel et sûrement pas parce qu'il aurait été convaincu durant le débat d'assemblée de la faiblesse des arguments présentées par les autres associés, argumentations sur lesquelles il a eu le temps de réfléchir bien avant l'assemblée.

Pour ce qui concerne les « majorités fictives », il est clair que les syndicats font parties d'une phase qui précède le vote social. Ils font parties de diverses motivations qui peuvent porter l'associé à déterminer sa volonté dans un sens que dans un autre. Étant donné que l'ordre juridique italien ne prévoit aucune norme qui empêche les actionnaires de s'associer, sous une forme quelconque, afin d'exercer leur vote en assemblée et le principe majoritaire reste invarié.

Si l'on considère que les mêmes résultats peuvent être obtenus à travers la cession des actions syndiquées à un holding ou en communion entre les para-associés, le phénomène n'est pas très différent de ce qui se vérifie quotidiennement dans de nombreuses sociétés de grandes dimensions. En effet, durant leurs assemblées prévalent des majorités bien inférieures au 50 % + 1 des actions, qui sont fictives d'un certain point de vue. Sans considérer les effets dur l'ordre sociétaire de l'adoption, encore limitée uniquement aux sociétés qui privatisent, du « vote de liste » qui, permettant la nomination de certains administrateurs pour les minorités, représente une éclatante atteinte au principe de majorité.

S'agissant du « conflit d'intérêts », au regard du code de 1942, la doctrine est d'accord pour repousser l'idée que le syndicat de vote soit, par nature, en contraste avec l'intérêt social. Quelle que soit l'extension du concept de conflits d'intérêt, on admet de façon unanime l'impossibilité de déterminer a priori un tel conflit, qui doit être par contre certifié concrètement, faisant référence au seul délibéré d'assemblée. En outre, l'art. 2373 c. civ. Requierit une démonstration ultérieure de la nuisance à la société, à cause d'un délibéré pris avec le vote déterminant de celui qui est porteur d'un intérêt en conflit avec l'intérêt social.

Par conséquent, la contrariété à l'intérêt social ne peut de toute façon servir comme ligne de démarcation abstraite et générique, entre les syndicats considérés comme « bons » et ceux évalués comme « mauvais », sauf dans le cas où le syndicat aurait comme unique but le blocus de l'activité sociale. La volonté para-sociale peut être le produit d'intérêts divergents d'un ou de plusieurs para-associés, par rapport à l'intérêt social. A savoir que la nullité touchera de toute façon uniquement la délibération de l'assemblée et n'aura aucune conséquence négative sur la validité du syndicat de vote.

Prenant en considération le dernier élément touchant « l'indétermination et l'indéterminabilité des obligations objet » du pacte, on l'impression que cette idée se base essentiellement sur un préjugé jurisprudentiel, qui juge invalides ces pactes, car ils videraient de ses pouvoirs l'assemblée. Quand la Cour d'Appel de Rome relève l'indétermination du pacte Cir/Formenton, elle ne considère pas forcément nul cet accord selon les termes de l'art. 1346 C. Civ. Elle se limite uniquement à souligner que le pacte est nul, car il vide complètement la « fonction de la méthode d'assemblée », étant ainsi contraire à l'ordre public. De toute façon, l'objet du syndicat apparaît déterminable, car le syndicat est un contrat qui établit une procédure à

travers laquelle son contenu sera intégré au fur et à mesure. Dans la réalité, les pactes sont presque tous limités à certaines matières et pour un temps bien défini(16).

16 SAINT-GIRONS, in Rev. Trim. dr. Com., 1991, 349

## CONCLUSION PREMIER CHAPITRE

Il existe une variété importante de pactes d'actionnaires établissant des accords spécifiques sur la façon dont les actionnaires désirent envisager la distribution de l'exercice du pouvoir. Parallèlement, il est assez difficile de tenter d'en définir une qualification, qui demanderait de les répertoriés de façon systématique, en risquant sûrement, par un souci de synthèse, d'en éliminer les aspects les plus complexes, qui de toute évidence, sont ceux qui intéressent prioritairement les études doctrinales.

Les conventions de vote s'intègrent le plus souvent dans la détermination de l'organisation de l'exercice du pouvoir des organes délibérants de la société, car c'est bien dans ce cadre qu'ils trouvent les moyens les plus importants pour s'exprimer. En effet, il est possible d'envisager plusieurs types d'accords concernant l'exercice des droits de vote des actionnaires, en intervenant sur un vote de façon spécifique ou en ciblant plusieurs d'entre eux. Il n'est pas prohibé d'établir des conventions qui détermineraient une certaine typologie de suffrage auquel les actionnaires devraient se soumettre lors des délibérations de l'assemblée etc.

Finalement, les deux droits ne présentent pas de différences majeures, si bien qu'ils conviennent qu'avec des conventions irrégulières, les décisions prises ne sauraient être valables, car il s'agit d'une violation des dispositions légales impératives. Encore une fois, les différences se situent de façon particulière à un autre niveau, qui est certainement plus afférent à la philosophie doctrinale, qu'à des questions concernant uniquement l'application des dispositions légales.

En effet, le droit français s'exprime plus sur la dématérialisation de l'action, comme élément fondateur de la discipline spécifique des conventions de vote. En effet, la fin de la correspondance entre l'action et l'élément matériel de celle-ci a déterminé forcément des changements importants, tant juridiques, tant juridiques que pratiques, dans l'organisation de l'exercice effectif du pouvoir.

Bien évidemment, se manque de matérialité a été comblée par toute une série de dispositions administratives, comptables et de communication de titres dont les actionnaires disposent. Cela rend certainement plus complexe, non seulement la gestion juridico-administrative de la société, mais aussi la distribution du pouvoir en tant que tel.

Le droit italien emploie surtout le terme d'intangibilité du droit de vote et finalement, considère cette non « physicité » comme quelque chose qui risque de ne plus respecter la liberté/spontanéité de la déclaration de volonté, qui devrait être un des éléments fondateurs des droits des actionnaires. Cette crainte se fonde sur une confusion, qui peut exister entre la « formation » de la volonté et la « manifestation » des choix des associés. Cette question, à l'apparence très théorique, a été mitigée par la détermination des dispositions très techniques, surtout dans le texte unique de 1998/58.

Il est possible d'envisager une confrontation entre la dématérialisation de l'action, qui concerne essentiellement des aspects plus pratiques et plus facilement contrôlable de la vie sociétaria, par rapport aux dimensions juridiques appartenant aux conventions de droit de vote, et l'intangibilité du droit de vote, qui semble concerner plus l'élément substantiel de la question en présence. En effet, dans ce dernier cas, on envisage plutôt une perte d'identité de l'actionnaire une perte d'identité de l'actionnaire en tant que tel. Il aurait eu perdu, en effet, de facto son titre, ce qui lui permettait d'exister réellement dans la gestion de la vie sociétaria. L'intangibilité du droit de vote non seulement fait perdre la spontanéité/liberté à la souscription de la convention de vote, mais risque effectivement de vider les titres de leurs droits.

Il s'agit de questions certes doctrinales, mais qui permettent d'envisager de façon complète la complexité de ces conventions. Ces dernières devront de toute manière être soumises à une réglementation spécifique qui, d'un point de vue plus pragmatique, doit en établir

les principes d'applications et d'interprétation.

Dans l'analyse comparative des deux droits en présence, on se rend compte jusqu'à quel point le souci majeur est le même pour les deux conceptions juridiques. En effet, la répartition initiale par le pacte du pouvoir ne peut en aucun cas vider l'assemblée de ses pouvoirs et de ses fonctions, en déterminant ainsi une majorité apparente fictive.

Les principes sur lesquels les deux droits se fondent, sont ceux de la non-privation totale de choix de la part des actionnaires, qui seraient relégués à un rôle mineur de façon permanente et exclusive, ainsi que la reconnaissance constante et quasi perpétuelle du droit de vote ou que l'on se concentre sur la nécessité d'une majorité stable et réelle, le résultat ne paraît pas changer. La loi pose inévitablement ces principes, comme éléments déterminant pour la validité de ces conventions d'actionnaires.

Le droit italien se doit d'envisager la pertinence de toute évolution logique de son raisonnement juridique, jusqu'à évaluer précisément le rôle important que joue la « méthode d'assemblée ». En effet, une seule différence notable paraît s'établir entre les deux droits. Les interventions législatives italiennes, perçoivent de façon bien plus négative la rédaction de pactes extra-statutaires intervenant dans les conventions de vote. Leur préoccupation majeure est celle concernant la protection des minorités et le maintien de la correspondance entre décisions prises par l'assemblée et réalité effective de l'actionnariat.

Le droit français préfère, sans par ailleurs négliger les aspects ci-dessus cités, se concentrer sur le principe de stabilité de la majorité. En effet, les conventions de vote peuvent être considérées dignes de protection de la part du droit, si en outre, elles permettent d'en assurer d'en déduire une nullité, même si ces conventions respectent l'ordre public sociétaire et de l'intérêt social.

Le droit italien reste attaché à l'idée qu'indépendamment de la stabilité ou pas du pouvoir à l'intérieur de la structure sociétaire, si la majorité expresse n'est que fictive et n'est pas la démonstration réelle des choix de l'assemblée, le pacte ne sera pas reconnu comme valable. Cela explique la difficulté que ce droit a eu à se séparer de l'idée que le vote soit presque « physiquement » rattaché à l'actionnaire et sa nécessité d'intégrer les normes avec le principe d'unanimité des décisions prises en assemblée(18).

18 KLEIN, in Rev. Dr. Bancaire, 1991, 112

Il n'est de toute façon pas plausible que le droit français évolue vers un nouveau critère d'évaluation, en l'élevant au même rang que les autres. Mais que ce droit accède à une vision a priori plus pragmatique des pactes d'actionnaires extra-statutaires concernant les conventions de vote. Car il est vrai, que des accords trop vagues et génériques paraissent souvent nébuleux et obscures dans les finalités réelles. Ce qui fait préférer la rédaction d'accords ayant un objet précis qui permette de garantir la stabilité de la majorité, tout en respectant l'intérêt social et celui des actionnaires minoritaires.

## CHAPITRE II: LE contrôle DU POUVOIR PAR LE PACTE

L'autonomie contractuelle des parties revêt aussi dans ce domaine un rôle primordial, de telle sorte que le nombre d'organes du syndicat et la gamme de pouvoirs qui leur est conférée varie selon les cas. Généralement, si pour les syndicats de vote à majorité, la formation d'une majorité para-sociale(et par conséquent, d'une minorité qui doit suivre ses décisions) requiert un niveau de procédure très semblable dans les deux droits pour les sociétés de capitaux, ceux de l'unanimité sont toujours caractérisés par une structure assez simple.

Dans cette dernière hypothèse, le syndicat de vote se limite à prédéterminer l'obligation des associés syndiqués à se réunir avant le délibéré social, pour décider quelle sera la position commune qui devra être tenue rendu durant l'assemblée de la société. Dans sa configuration plus complexe, le syndicat de vote peut prévoir(aussi en alternance entre eux), la présence de centres intermédiaires, tels que : l'assemblée des associés syndiqués, la direction du syndicat, le président et le secrétaire, reprenant ainsi, mutatis mutandis, la structure d'une société

par actions.

Dans la plupart des cas, les décisions du syndicat sont prises par l'assemblée des associés syndiqués(dénommée aussi « assemblée de participants au syndicat »), qui regroupe tous les participants au pacte para social. L'assemblée se réunit après une convocation formelle, normalement dix jours avant la date fixée pour l'assemblée de la société, avec un ordre du jour(presque toujours il s'agit de la reproduction de celui de l'assemblée sociale), établi par le président de l'assemblée et , dans certains cas, préparer la publication de l'avis de convocation de l'assemblée du syndicat dans les journaux(19).

19 ALFANDARI, JEANTIN, in Rev. Trim. dr. Com., 1992, 401

Les délibérations sont prises, s'il s'agit de syndicats de vote à majorité, avec un quorum prédéterminé qui varie selon les matières objet du délibéré. Par conséquent, il sera légitime de demander le vote favorable à 50 % +1 ou de 75 % des actions syndiquées, selon qu'il s'agit de déterminer la volonté du syndicat par rapport à un délibéré d'assemblée ordinaire ou extraordinaire. En outre, le secrétaire ou le président peuvent donner à un tiers mandataire les instructions concernant le vote des actions qui devront être suivies durant l'assemblée sociale(20).

Dans plusieurs syndicats, l'assemblée a uniquement pour rôle d'élire les membres de la direction du syndicat. Celle-ci, dénommée aussi comité de direction ou conseil de direction, est constituée d'un nombre variable entre trois et sept, avec un président et joue un rôle essentiel dans la détermination de la volonté du syndicat( voter en faveur ou contre une résolution de l'assemblée sociale), selon les indications de la majorité simple ou qualifiée des membres, en charge ou présents, de la direction.

Une matière aussi complexe que le rôle de la liberté contractuelle dans le droit des sociétés ne peut donner lieu à de considérations rigides. Par contre, des considérations tout à fait possibles. La plus évidente est l'état peu satisfaisant du droit positif français, écartelé entre les séquelles d'une réglementation exagérément protectrice et les aspirations d'un libéralisme excessif. En effet, le refrain qui revient le plus souvent dans cette matière est celui de l'incertitude: validité incertaine de s pactes d'actionnaires et des conventions de vote, fiabilité dubitative des clauses de garantie du passif, nullité des clauses de garantie du passif, nullité des clauses de statuts qui limitent trop étroitement les droits des associés ou qui rompent trop gravement l'égalité entre eux ou la proportion qui doit exister entre la quotité du capital détenue et l'importance des droits attribués, portée incertaine des clauses qui dérogent à la répartition légale des pouvoirs des principaux organes sociaux, etc(21).

21 COSTI, I sindacati di voto nelle legislazione più recente, Giur. Comm., 1992, I, p.25 à p. 41

Cette incertitude, incompatible avec la sécurité des affaires, devrait conduire à s'abstenir de recourir à des tels accords, mais les imperfections de la législation en rendent la conclusion quasiment inévitable, dès que les relations entre actionnaires sont un tant soit peu originales. De telle sorte, que le droit, au lieu de faciliter la prise de décision, la rend plus complexe et plus aléatoire.

Autre question importante est celle qui analyse le fait, que le recours à des techniques contractuelles complexes risque de créer des inégalités entre les sociétés. En effet, seules les entreprises importantes sont normalement suffisamment bien conseillées pour utiliser ces procédés. Les autres doivent se contenter du droit commun, déterminant ainsi un système juridique à deux vitesses existe. Par contre, il ne doit pas être exagéré, car les sociétés, dans leur immense majorité, poursuivent des objectifs qui peuvent être atteints en s'en tenant à l'application du droit commun. Seules les sociétés importantes ou complexes, en raison notamment de la présence d'associés étrangers, ont besoin d'une organisation personnalisée, mais elles sont alors en mesure de rémunérer les services qui permettent de la mettre en place.

Par ailleurs, dans la mesure du possible, il faudrait surtout dans le domaine des conventions de vote, préférer les aménagements statutaires aux accords extra-statutaires. En effet, les statuts obligent tous les associés et sont opposables aux tiers, au contraire, les

conventions para-sociales n'ont que l'effet relatif des contrats. Cela veut dire, que rien ne garantit qu'elles seront respectées par les acquéreurs de droits sociaux et leur inexécution risque de n'être sanctionnée que par une condamnation à des dommages intérêts.

En effet, indépendamment des modalités de formation de la volonté para-sociale, à majorité ou à l'unanimité, le syndicat qui ne prévoit pas un mécanisme qui lie les cocontractants à l'exécution des obligations para-sociales, risque d'être soumis à la liberté de l'associé d'exprimer son vote même de façon contraire à la décision du syndicat. Ce peut être onéreux, si on pense qu'après le vote de l'assemblée, il pourrait être impossible de modifier les termes de celui-ci, même si une autre assemblée devait se tenir avec un ordre du jour contraire au précédent. Il existe différentes formules aptes à empêcher l'insubordination du para associé.

La caractéristique commune à chacune d'entre elles est de créer un lien ultérieur s'imposant au para-associé, qui s'engage non seulement à voter d'une certaine façon, mais aussi à mettre en œuvre tous les moyens nécessaires pour que son propre vote soit exprimé durant l'assemblée selon la volonté para-sociale, évitant ainsi les revirements de dernière minute. Pour cette raison, les syndicats qui présentent ces obligations ultérieures sont dénommés, même si de façon impropre, pacte « à efficacité réelle ». Parmi les plus pratiqués, en voici quelques-uns: le mandat irrévocable au représentant commun des associés, la cession de la propriété des actions à une société fiduciaire, la procuration à un tiers, la cession des actions à une société holding, la constitution d'actions en propriété.

La méfiance surtout des juges italiens à l'égard des syndicats de vote devient extrême, par rapport aux clauses à travers lesquelles les para-associés prédéterminent les critères pour la désignation des personnes exerçant les fonctions sociales (administrateurs et syndicats). En effet, c'est bien à travers celles-ci que les actionnaires risquent le plus de limiter leur liberté et autonomie contractuelle. En outre, à travers ces clauses les administrateurs acceptent de se conformer aux décisions du syndicat par rapport aux choix de gestion de la société, aux modalités de liquidation du patrimoine social etc.

Encore une fois, on constate la position négative de la jurisprudence italienne, qui considère nul le pacte par le biais duquel les associés prédéterminent les critères de nomination des administrateurs, plutôt que par l'assemblée sociale. Par conséquent, l'assemblée des associés est complètement libre de nommer les administrateurs sans suivre les indications para-sociales. Plus encore, sont considérés nuls les accords qui tendent, par exemple, à répartir le patrimoine social en cas de résolution ou de liquidation de la société.

En doctrine, la position change selon le type de clause examiné. Normalement acceptés sont les clauses para-sociales de nomination des administrateurs. D'ailleurs même l'art. 2368 C. Civ. Italien prévoit pour la nomination des charges sociales qu'un acte constitutif peut établir des normes particulières. Le contenu de cet article est repris de façon plus explicite dans le cadre législatif des privatisations, qui permet d'insérer dans les statuts des sociétés des clauses de vote de liste, afin de permettre la nomination de un ou plusieurs administrateurs représentant la minorité de l'actionariat.

D'ailleurs, même la doctrine, la plus favorable à reconnaître la licéité des syndicats de vote, reste assez sceptique sur la légitimité des clauses qui contiennent l'engagement de la part des para-associés à faire en sorte que les administrateurs suivent un comportement prédéterminé dans la gestion sociale. Dans ces hypothèses, la légitimité est presque toujours niée, sur la base d'une construction juridique, qui n'est pas convaincante.

Il est nécessaire de reprendre entièrement les points les plus significatifs concernant le raisonnement qui est à la base de cette nullité.

Selon cette hypothèse, quand on constitue des alliances entre actionnaires, pour garantir une certaine stabilité et l'hégémonie des associés syndiqués dans la gestion de l'entreprise, ce qui intéresse principalement est la gestion même de la société. Par conséquent, les accords concernent non seulement les thèmes de compétence de l'assemblée, mais surtout la

nomination aux fonctions sociales, la politique industrielle ou commerciale de la société et les investissements. A travers ces pactes on essaie d'épauler la prise de décisions par le syndicat des actionnaires de contrôle, organe extra-social n'ayant pas de responsabilité et de transparence, quand bien même celle-ci serait de compétence et de la responsabilité uniquement des administrateurs.

Dans la réalité, l'engagement des actionnaires d'accepter et de mettre en application les décisions prises par le syndicat a un sens. L'actionnaire est assuré sur le fait que le tiers nommé suivra les instructions du syndicat. Mais si on considère que le tiers doit être libre, étant un mandataire social qui ne peut devenir un simple exécutant, alors cela revient à dire aussi que le pacte ne peut même pas lier les parties entre elles et les associés syndiqués devraient soumettre le tiers à des pressions excessives, afin que celui-ci applique les instructions du syndicat.

Bien évidemment, cette argumentation ne peut convaincre. Certainement, l'engagement des para-associés repose sur la promesse que le tiers exécute les décisions prises par le syndicat. Le para-associé ne peut que promettre le fait qu'un ou plusieurs administrateurs et/ou le conseil d'administration, dans son ensemble suive, les indications du syndicat. Il prend le risque d'un fait indépendant de sa volonté. La prestation dérivée avec la promesse n'est qu'une simple prestation de garantie, la seule frontière étant que l'activité du tiers ne soit pas illicite.

Au para-associé on ne demande pas qu'il s'active vis-à-vis du tiers, pour faire en sorte que celui-ci exécute « le fait » promis. Ainsi qu'en cas de non-exécution de la promesse de la part du tiers, le para-associé n'est pas condamné aux dommages et intérêts, mais uniquement à compenser la non-réalisation de l'intérêt d'autrui. Le fait étant indépendant d'un comportement illégitime de la part du para-associé. Par conséquent, le para-associé peut intervenir, mais il s'agit d'un acte volontaire et non pas obligatoire par rapport aux agissements du tiers. Même si cela était le cas, de toute façon il n'est aucunement possible de qualifier cette activité d'illégitime. L'administrateur n'est absolument pas obligé d'accepter toutes les requêtes présentées par le para-associé.

Il paraît difficile de comprendre pour quelles raisons la promesse du para-associé serait illégitime, et celle, par exemple, du vendeur d'un terrain qui promet d'obtenir une concession de construction ou une autorisation ministérielle particulière serait considérée comme légitime. Par conséquent, les clauses ci-dessus examinées paraissent de ce point de vue licites, à moins que l'administrateur n'agisse en violation de ses obligations fiduciaires à ses fiduciary duties.

Pour ce qui concerne l'évolution législative des syndicats de vote dans le cadre de l'ordre juridique italien, quelques précisions sont nécessaires. En effet, la mention des pactes para-sociaux et surtout des syndicats de vote, de la part du législateur, est interprétée de façon différente, dans plusieurs dispositions normatives. Selon la plupart de auteurs déjà cités, les nombreux rappels législatifs ont signés la reconnaissance de la licéité de ces pactes. En effet, on parle « reconnaissance explicite », de « compatibilité » des pactes de syndicat de l'ordre sociétaire en vigueur ». Devant croire que « le contrôle exercé par le syndicat étant explicitement discipliné par le législateur, signifie qu'on reconnaît la validité-efficacité du pacte afférent ». Une autre partie de la doctrine a pris des dispositions plus modérées, considérant que le confins de la matière se sont élargis considérablement par rapport au passé. Surtout pour ce qui concerne la position de l'associé et son autonomie contractuelle.

Une dernière perspective doctrinale considère que la simple mention de ces accords ne peut être considérée en aucun cas comme une reconnaissance générale sur la licéité des pactes para-sociaux. Considérant que ces mentions législatives ne font que prendre acte d'un simple « fait juridique », laissant ainsi impréjugé le problème, si ces pactes produisent ou non des effets en qualité d' « actes juridiques », c'est à dire s'ils produisent des effets engageant ceux qui les ont souscrits en pleine autonomie.

Par ailleurs, la jurisprudence semble être partagée sur ce point. Aussi

dans ce cas la querelle Cir/formenton a produit du matériel important. Dans C.I.R s.p.a c/ S.I.R.E.F s.p.a ed altri, le tribunal de milan a soutenu que l'obligation, selon la loi 416/1981, de signaler l'existence de syndicats de vote a comme effet, bien que limité, de rendre possible un contrôle des concentrations dans le secteur de l'édition et que des conclusions analogues pourraient se faire par rapport aux obligations de communication imposées par la Co.N.So.B . A contrario toujours pour le même cas en espèce, le tribunal de Milan a considéré que les circulaires Consob et la loi du 5 Août 1981, n. 416 ( art. 2, al. 5) concernant le secteur de l'édition, mentionnent expressément les syndicats de vote, en se prononçant sur leur réalité et importance juridique et, implicitement, sur leur validité. En acceptent ainsi la possibilité qui est laissée aux actionnaires d'exercer ou non leur autonomie contractuelle. La même idée est reprise par la déclaration du collège arbitral de juillet 1990(22).

Afin de bien cerner le fondement de ce raisonnements il est opportun d'élargir le terrain d'enquête. En effet, si on considère la loi anti-trust, le législateur s'est préoccupé de toucher, indépendamment de leur forme juridique, toutes les ententes et les concentrations qui peuvent nuire au jeu de la concurrence sur le marché national. Selon l'esprit de la loi 287/1990, les communications d'ententes et concentrations, même si régulées par un régime profondément différent pour ce qui concerne les principes et les modalités, servent en effet à faire en sorte que cette évaluation soit remise à l'autorité garante, et non pas laissée au seul arbitrage des cocontractants(23).

22 Civ.1, 13 juin 1995, in Rev. 1996, 75.

23 ROSSI, Le diverse prospettive dei sindacati azionari nelle società quotate e in quelle non quotate, in Riv. Soc. 1991, p. 1366 et 1367

Il est clair, que la loi opère un plan complètement différent par rapport à celui de la licéité des formes juridiques utilisées pour constituer les accords prohibés. Il n'appartient certainement pas à l'autorité d'évaluer la licéité d'un contrat de transfert d'entreprise ou de fusion, dans les cas où les formalités prévues par le code sont respectées. L'organe de vigilance doit simplement établir si la situation donnée fausse ou non la concurrence. Le pacte est pris en considération uniquement parce qu'il établit une entente, une concentration ou réalise un abus de position dominante sur le marché(24).

La confirmation de cette considération peut être trouvée dans la loi (287/1990, art. 5, al.2) qui établit la détermination du contrôle d'une entreprise ne peut être considérée telle, dans le cas où une banque ou un institut financier viendrait à acquérir, au moment de la constitution d'une entreprise ou de l'augmentation de son capital, les participations de cette entreprise, avec le but de les revendre sur le marché. A moins que, durant la période de possession de ces participations(de toute façon non supérieure 24 mois), elle n'exerce les droits de vote afférents à ces actions. Cela veut dire, que si une banque acquière les participations des entreprises sans avoir l'intention de les revendre, c'est à dire pour une période de temps dépassant les 24 mois ou elle exerce les droits de vote s'y afférent, cela constituera, a contrario, une concentration(art. 5 de la loi 287/1990) et si le seuil des bénéfices est atteint, selon les termes de l'art. 16, le tout devra être notifié à l'autorité garante(25).

24 RESCIO, I sindacati di voto, in Trattato delle società per azioni, COLOMBO e PORTALE, torino, 1994

25 GALGANO, Diritto commerciale, 2, Le società, Bologna, 1992, partie 26.2, p. de 488 à 449

Peut on dire que la loi 287/1990, intervenue avant la réception de la VIème Dir CEE en matière bancaire(par le d.lgs. Du 14-12-1992, n. 481), reconnaissait déjà en 1990 la possibilité aux banques d'acquérir l'ensemble des actions d'une société? La réponse est certainement négative. Par conséquent, négative doit être aussi la réponse à propos des pactes par-sociaux. Le d.l du 9-4-1991, n. 127, concernant la réception de la VI ème et VII ème Dir. CEE explicite ces concepts. En effet, l'article 26 de la relation au schéma du décret législatif cité déclare expressément que « le fait de tenir compte de l'existence des pactes para-sociaux, pour ce qui

concerne le bilan consolidé des sociétés contrôlées, laisse impréjugé le problème de la validité juridique des pactes de syndicat délibérés à la majorité, puisqu'on ne tiendra compte que du fait qu'un accord existe, en considérant que de facto il sera respecté ou que les lois d'autres pays lui attribuent une validité juridique ».

Finalement, la loi 149/1992, à l'art. 7, al. 2 établit que « durante la pendenza dell'offerta di vendita, l'offerente deve esercitare i propri diritti sociali in modo da non modificare la consistenza del patrimonio della società i cui titoli formano oggetto dell'offerta, né stipulare o modificare a pena di nullità, accordi circa l'esercizio del proprio diritto di voto. A pena di nullità degli stessi devono essere resi noti gli accordi già esistenti » (Durant la période de validité de l'offre de la vente, l'offrant doit exercer ses droits sociaux de façon à ne pas modifier la consistance du patrimoine de la société dont les titres forment l'objet de l'offre, il ne peut, à peine de nullité, ni établir ni modifier les accords concernant l'exercice de son droit de vote. A peine de nullité, il faudra que les accords déjà existants soient rendus publics). Certains auteurs ont interprété la référence à la nullité des accords concernant l'exercice du droit de vote, comme une reconnaissance implicite de ces pactes de la part du législateur.

En outre, un principe semblable est inscrit aussi à l'art. 12, al. 5 de la même loi, qui prévoit la nullité de l'accord sur le vote, de bloque ou de simple consultation qui n'est pas communiqué à la Co.N.So.B, dans les cinq jours à compter de la signature du pacte. Indépendamment de la validité ou non d'un tel raisonnement, concernant uniquement les sociétés faisant objet de la normative sur la S.A., on ne peut a contrario faire découler des articles en question, une reconnaissance généralisée des syndicats de vote, comme permettant l'expression de l'autonomie contractuelle des cocontractants.

Peut-on considérer comme valable un pacte concernant la nomination des administrateurs de la société (qui constitue lui aussi un accord sur l'exercice du vote en assemblée), simplement parce qu'il a été communiqué à la Co.N.So.B dans les temps prévus par la loi? Il faut en déduire alors que la nullité, à laquelle fait référence la norme, suppose que le pacte soit par lui-même illicite.

La possibilité de constituer des actes aptes à dépasser l'éventuelle impasse para-sociale est profondément liée aux problématiques analysées jusqu'à présent. Pour les assemblées sociales, aussi que para-sociales, il se peut que pour des raisons diverses, on ne puisse délibérer sur les arguments proposés dans l'ordre du jour. En réalité, il existe différentes possibilités, selon qu'il s'agit de syndicats du deuxième type, l'associé est par définition laissé libre de voter comme bon lui semble, si l'unanimité n'est pas atteinte; pour ceux à majorité il existe plusieurs remèdes:

- le premier propose de laisser les associés libres de voter durant l'assemblée de la société comme bon leur semble;
- le deuxième établit qu'un tiers décide en qualité d'arbitre pour les associés dissidentes, après avoir de toute façon essayé de concilier les parties;
- le troisième propose l'abstention du vote en assemblée, de telle sorte que celle-ci soit invalidée;
- le quatrième et dernier demande aux associés de voter de façon contraire aux propositions présentées durant l'assemblée.

Afin de présenter de façon exhaustive le sujet étudié dans ce deuxième chapitre, il conviendra d'envisager l'analyse de certains pactes accessoires aux conventions de vote, dans les deux droits étudiés, qui seront évalués dans la prochaine section (« les pactes accessoires »). En effet, ces pactes accessoires ont la possibilité de moduler les modalités d'intervention dont les actionnaires disposent, afin de pouvoir exprimer de façon plus valable leur volonté à l'intérieur des synergies sociétaires<sup>(26)</sup>.

26 CORAPI, Gli statuti delle società per azioni, 1971, 181 et suivants, Milano.

## LES PACTES ACCESSOIRES

Ces engagements extra-statutaires recourent en droit français à trois outils juridiques principaux, outre la promesse de vente conditionnelle. Il s'agit, pour l'essentiel bien

évidemment de la convention de vote, de la promesse de porte fort et, accessoirement, du mécanisme de l'engagement d'honneur.

La convention de vote se définit comme l'engagement par lequel un associé ou un mandataire social(administrateur, membre du directoire ou membre du conseil de surveillance) s'engage à voter dans un sens déterminé sur un projet précis. Longtemps discutée, la licéité de la convention de vote semble aujourd'hui par le législateur français qu'auparavant. En effet, non seulement aucune disposition légale ou même s'y réfère, les validant ainsi implicitement par l'article L. 233-3 C. Com.

Le législateur a institué une présomption de contrôle d'une société dès lors qu'un actionnaire détient seul ou avec d'autres, en vertu d'un accord, la majorité des droits de vote. Enfin, ainsi que le souligne la doctrine, les conventions de vote constituent un mécanisme d'assouplissement et d'adaptation du droit des sociétés.

Il convient néanmoins, pour qu'une convention soit valable, qu'elle réponde a priori à trois exigences cumulatives:

-la convention doit être temporaire, car une convention de vote conclue pour une durée limitée est jugée illicite, de même qu'une convention conclue pour la durée de la société;

-la convention ne doit pas porter atteinte à l'intérêt social au moment où la clause joue. Les limites que s'imposent les associés ne doivent en aucun cas être en mesure de fausser leur appréciation et les conduire à adapter des décisions contraires à l'intérêt social. Le juge apprécie alors si les limites consenties en leur seul nom par les cocontractants contrarient abusivement la conduite rationnelle et éclairée de la société;

-la convention ne doit pas voir pour objet de contourner la loi; de façon générale, la convention ne saurait valablement avoir un objet contraire à un droit d'ordre public. En pratique, on observe que sont notamment déclarées illicites sur ce fondement, les conventions qui remettent en cause le principe de révocabilité ad nutum des mandataires sociaux, de liberté du droit de vote, de proportionnalité entre le taux nominal de l'action et le poids du suffrage auquel cette action donne droit ou en cas de trafic de droit de vote ou de renonciation pure et simple au droit de vote par ailleurs, est déclarée licite, la convention d'orientation du droit de vote ou celle organisant le droit de vote par regroupement au sein d'un holding ou n'emportant qu'une renonciation temporaire au droit de vote.

La promesse de porte-fort est une convention par laquelle un associé promet le fait quelconque d'un tiers, qu'il s'agisse de la société ou bien d'un mandataire social(c. Civ. Français art. 1120). C'est sous cette forme que les majoritaires s'engageront par exemple à ce que la société ne prenne aucune décision d'évolution du capital sans l'autorisation préalable de bénéficiaires ou bien à ce que, si une augmentation de capital ou émission de titres devait être réservée, le bénéficiaire figure parmi celle des personnes auxquelles l'augmentation ou l'émission sera réservée, à hauteur de la quote-part du bénéficiaire dans le capital social.

Le recours à ce mécanisme en matière de droit des sociétés, quoique fréquent, ne va pas sans difficulté, à tel point que « parce qu'elle est souvent apparue comme un instrument juridique permettant de contourner certaines règles impératives, la promesse de porte fort est une technique qui a toujours inspiré beaucoup de méfiance et l'on dénote actuellement un renforcement de cette tendance » Ce passage « de la méfiance à une hostilité déclarée » fait ainsi ce contrat soit un « contrat sous haute surveillance ».

Par ailleurs, ce type d'engagement, pas davantage que la convention de vote, ne saurait engager la société ou un tiers puisque si le tiers-improprement dénommé « tiers représenté »- pour lequel le promettant s'est porté fort ne prend pas la décision envisagée, seule la responsabilité contractuelle du promettant se trouvera engagée, la promesse de porte fort demeurant inopposable à ce tiers. Dès lors, la violation d'une promesse de porte fort se traduira par la seule allocation de dommages et intérêts.

Dans la législation italienne et dans la pratique en la matière, bien que ces pactes existent et reçoivent les mêmes observations jusqu'ici retenues, il n'est pas possible de retrouver ces catégories précisément dénommées et établies comme la structure normative française ou par la pratique des affaires française. Pour cette raison, on détermine uniquement un titre général des pactes para-sociaux, laissant ces conventions accessoires se qualifier au fur et à mesure par simples clauses, selon leurs caractéristiques spécifiques et les finalités d'établissement.

Le pacte de consultation est un type de pacte qui se définit comme l'accord par le biais duquel deux ou plusieurs associés conviennent de débattre avant l'assemblée des questions sur lesquelles ils exerceront leur droit de vote, droit qui par ailleurs reste libre. L'engagement de l'associé vise uniquement la discussion qui précède l'assemblée. Par conséquent, il reste libre de voter comme il le croit, car aucun lien ne s'établit à la suite de cette consultation préventive. Il est évident, que ce genre d'accord ne ressemble pas aux syndicats de vote à l'unanimité. Car ceux-ci représentent un *quid pluris* par rapport aux pactes de consultation.

D'un côté, les pactes de consultation représentent un moyen de confrontation utile entre associés, permettant à chacun des cocontractants de connaître et comprendre les positions des autres avant l'assemblée, ce qui enrichit le processus de délibération de chaque membre. D'un côté, ils constituent un instrument intéressant pour éviter les effets onéreux et contraignants dérivant de l'application des normes spéciales prévues pour les pactes para-sociaux, comme par exemple la loi sur les offres publiques d'acquisition(27).

27 OPPETIT, L'engagement d'honneur, D., 1979, chron. p. 107 et suivants.

Par conséquent, les membres du pacte s'obligent à suivre réciproquement une prestation dont le contenu est l'information et la connaissance. L'énergie synallagmatique est très forte et intime, car on ne peut prétendre à la prestation de l'autre, sans effectuer simultanément la sienne. Se consulter ne signifie pas uniquement demander l'opinion ou le jugement d'autrui, mais discuter sur le choix que chacun effectuera. Les membres du pacte sont en même temps le consultant et le consulté. L'accord établit un circuit d'information, d'avis et de connaissance qui enrichit le délibéré de chacun des membres, leur donnant une prise de conscience plus ample.

Ce dernier élément permet d'identifier une autre différence entre les pactes de consultation et les syndicats de vote, car les premiers ont un caractère procédurier, tandis que les autres ont un caractère structurel et d'organisation. En effet, les sujets obligés à la consultation ne constituent pas un groupe, qui en plus doit assumer des décisions engageant les autres membres, le but étant d'informer des membres. Cette consultation génère des devoirs de véracité et de communication complète des éléments fournis, car une consultation réticente ou fautive constitue un manquement aux obligations engagées.

A compter du début des années 90 on a enregistré en Italie une importante transformation des syndicats de vote en pacte de consultation, jusqu'à solliciter l'intervention du législateur en 1992, pour une réforme de l'art. 10 de la loi 142/1992. En effet, on considère que ces pactes font parties des moyens permettant le contrôle du droit de vote et permettant ainsi l'évolution des dispositions en matière d'OPA obligatoire. Par leur biais, il est effectivement possible d'acquiescer le contrôle de la société sans OPA. Ce principe sera repris par la suite dans une nouvelle loi(474/1994), qui prévoit que les pactes de consultation doivent également être communiqués à la Co.N.So.B .

La violation des obligations dérivant d'un pacte peut intervenir quand le devoir de consultation n'est pas observé ou quand les informations transmises sont fausses ou incomplètes. La question de responsabilité renvoie à une autre question préliminaire qui est celle de l'efficacité juridique de l'accord même. Sur ce point, il n'y a pas de doute que le pacte protège des intérêts qui méritent cette protection. En outre, la prestation informative est susceptible d'évaluation économique, ce qui satisfait les principes requis par les articles 1322, al. 2 et 1174 du

La responsabilité se concentre dans l'obligation à verser les dommages et intérêts.

Le dommage ne dérive pas d'un acte collégial, par conséquent il n'est pas imputable à la personne morale. Le dommage résulte de l'impossibilité de s'informer, afin de pouvoir voter en connaissance de cause. Comment le déterminer? Car le juge ne pourra pas faire référence à un marché ne peut offrir de prestations identiques ou équivalentes. En effet, le bien dû en application du pacte n'est pas, en principe, remplaçable. La prestation a une qualité juridique intrinsèque, si bien que le marché ne peut offrir des indices de confrontation et des paramètres d'échange. Une solution peut être envisagée dans l'introduction dans la convention d'une clause pénale, qui permettrait de renforcer l'efficacité du lien, ainsi que la détermination du dommage.

Pour ce qui concerne le syndicat de bloc, il est considéré comme pacte para-social à travers lequel, les associés se promettent réciproquement de ne pas vendre leurs actions/quotes-parts pour un certain temps. C'est -à-dire que le transfert est subordonné à l'agrément et/ou préemption des autres para-associés ou des organes du syndicat. Leur légitimité n'a jamais été mise en discussion, à condition qu'ils respectent l'article 1379 C. Civ. Italien, qui établit que ce pacte n'est valable qu'entre les parties, devant être limité dans le temps et devant correspondre à un intérêt effectif des cocontractants.

Presque toujours le syndicat de vote s'associe à l'accord entre associés sur le bloc des actions syndiquées, car il n'y aurait aucun sens à établir un syndicat de vote, si par la suite il était possible d'échapper aux obligations engagées en se « déshabillant » de sa propre participation sociale, même si dans ce cas, une interprétation de bonne foi du pacte devrait pouvoir établir l'existence d'une obligation accessoire de non-aliénation des actions syndiquées.

Etant donné que la jurisprudence semble disposée à évaluer de façon différente les divers types de contrats para-sociaux, en affirmant dans certains cas leur invalidité (pour les syndicats de vote à majorité) et dans d'autres leur légitimité (pour les syndicats de vote à l'unanimité et syndicat de bloc), il est important d'insérer les dénommées « severability clauses ». Il s'agit de clauses par le biais desquelles les cocontractants conviennent que l'éventuelle déclaration de nullité d'une ou plusieurs parties du contrat para-social ne touchera pas la validité de celles non atteintes par la nullité. Cela, afin que la déclaration de nullité du syndicat de vote, ne touche pas non plus le syndicat de blocage.

En considérant d'autres aspects, l'identification des pactes para-sociaux présente des caractéristiques qui peuvent être ainsi synthétisées: premièrement le pacte est accessoire à l'acte constitutif et il ne peut en aucun cas vivre par lui même; deuxièmement il faut que l'objet de ces pactes soit l'échange de prestations, troisièmement seulement certains associés sont concernés par ces accords, autrement il y aurait modification de l'acte constitutif et non pas un pacte d'actionnaires; quatrièmement en cas de violation de la part d'un des cocontractants du pacte, celui-ci peut être résolu, au sens de l'article 1453 du C. Civ. Italien et le responsable peut être appelé à répondre directement des dommages dérivant de la violation.

D'un point de vue juridique le droit italien fait la différence entre un pacte para-social qui touchant la sphère de l'organisation de la société, doit être compris dans les contrats associatifs, tandis que s'il influence uniquement les rapports entre associés, il doit être compris dans les contrats d'échange.

En effet, le syndicat de consultation est un contrat associatif, tandis que le syndicat de vote est représentatif des contrats d'échange.

La « consultation » est un sujet connu dans de nombreux domaines: comme par exemple, en droit international, pour les accords qui prévoient la consultation entre États, sur certaines matières ou liées à certains événements spécifiques; en droit du travail où syndicats d'entrepreneurs et d'ouvriers conviennent de s'informer ou de se consulter sur certains choix de gestion ou d'organisation de la production (réduction de main d'œuvre, fermeture

d'usines, introduction de nouvelles technologies, etc...). Les pactes auxquels on fait référence, ne concernent pas les accords qu'on peut définir comme « extérieur » et qui peuvent être établis entre des sujets hétérogènes (entre associés et administrateurs et les comités de garantie, etc...); ni les accords établis par d'autres sujets titulaires d'autres situations de droit privé(entre des codébiteurs ou cocréditeurs solidaires, etc...)

L'analyse se concentre sur les pactes de consultation « interne », établis entre des sujets homogènes et plus précisément, entre associés, comme membres d'un organe collégial de société. Chaque membre de cet organe est titulaire d'un droit de vote, c'est-à-dire du pouvoir de déclarer sa propre préférence sur la matière soumise aux délibérations d'assemblée. Dans les cas où la règle majoritaire est en vigueur, le calcul des choix concordant permet de déterminer la solution à la question posée.

Cette solution que la loi considère comme étant un acte découlant de l'organe sociétaire, est imputable à la personne morale. L'assemblée est l'endroit où les membres de l'organe collégial votent, mais aussi où ils s'informent, connaissent les alternatives, discutent des choix possibles. Débat et votation constituent l'unité normale du processus d'assemblée. Cela explique que les articles 2366, al. 3 et 2374, al. 1 C. Civ. Italien protègent l'intérêt de l'associé par rapport à une « information suffisante » sur les thèmes soumis à l'assemblée.

En symétrie avec les phases de la procédure collégiale, deux types d'accords peuvent être envisagés: des accords sur la discussion et des accords sur l'exercice du droit de vote. C'est-à-dire, des pactes de consultation ou des pactes de vote. Le pacte de vote inclut nécessairement un pacte de consultation, étant donné qu'il paraît normal que les membres décident(à la majorité ou l'unanimité) le contenu du vote, après avoir discuté et évalué les choix possibles. Les membres du pacte de consultation s'engagent à discuter ensemble avant l'exercice du vote. Les membres du pacte de vote s'engagent à voter, selon les décisions du syndicat, après avoir discuté ensemble. Le pacte de vote a comme but de donner un ordre. Le pacte de consultation est une convention de défense et de contrôle par rapport aux associés de majorité. Dans ce cadre de comparaison, on peut ajouter que la convention de vote, réglée par le principe de l'unanimité, deviendra un pacte de consultation, quand les membres, n'arrivant pas à un accord, se réservent de voter librement en assemblée.

Le cadre du pacte de consultation étant ainsi tracé, on pourra le définir comme un accord à travers lequel deux ou plusieurs associés conviennent de débattre les questions sur lesquelles successivement ils seront appelés à voter. Le pacte ne lie pas les membres pour ce qui concerne leur droit de vote et la façon dans laquelle ils l'exerceront. Ce qui constitue les dénommés « parlements de l'ombre », si on considère les syndicats de vote comme les « gouvernements ombres ». Le vote reste libre et juridiquement inconditionné. Il n'y a pas violation de normes impératives ou de principes d'ordre public. Le Debatterecht est un droit individuel et disponible, car il est une caractéristique normale non essentielle du processus d'assemblée(28).

28 STEPHANE GUNTZ, gemeinschaftsgefühl, éd. Vunderkindt, bayern, 1991

## CONCLUSION DEUXIEME CHAPITRE

Finalement, ce qui paraît hors de doute est le fait qu'à partir du moment où l'on essaye de définir le rôle de l'autonomie contractuelle des actionnaires membres d'un pacte d'actionnaires, une question devient pressante. En effet, une fois acquis les principes du droit commun concernant les éléments fondateurs de la matière contractuelle, il n'est pas aisé d'arriver à déterminer leur présence surtout dans les conventions de vote, où l'actionnaire accepte de « limiter » sa liberté d'expression, en acceptant des règles ou des modalités de comportement prédéfinis.

Pour cette raison et afin de trouver une voie respectueuse des principes du droit sociétaire; on arrive à ébaucher une solution dans un élément qui pourrait paraître presque accessoire, c'est-à-dire la « connaissance ». En effet, par les conventions de vote, qui normalement deviennent ou se constituent en syndicats de vote représentés durant les assemblées, les actionnaires désirent s'organiser non seulement par rapport aux paramètres

afférents à leur influence dans les décisions que l'assemblée prendra. Il s'agit d'arriver, par les conventions de vote, à contrôler le pouvoir et surtout à faire en sorte que les choix déterminés durant l'assemblée ressemblent, le plus possible, aux souhaits exprimés par les cocontractants au pacte.

Voici qu'un des éléments absolument nécessaire, afin de concrétiser de façon plus certaine l'autonomie contractuelle des parties au pacte, se révèle être la connaissance effective de toute information susceptible de jouer un rôle déterminant dans la formation de la volonté et par conséquent, dans la manifestation de celle-ci durant l'assemblée. De telle sorte, que l'expression de la volonté contractuelle dépendra du degré d'autonomie contractuelle que les actionnaires pourront avoir et conserver durant toute la période où ils resteront dans la structure sociétaire.

Bien que la discipline des syndicats de vote et surtout leur mise en application concrète peut donner lieu à des difficultés de mise en synergie, d'un côté des éléments nécessaires à l'accomplissement du rôle qui appartient au syndicat à l'intérieur du cadre sociétaire et de l'autre du respect absolument nécessaire de la volonté et de la liberté des actionnaires de pouvoir s'exprimer de façon autonome, elle ne peut être réputée a priori de façon négative.

En effet, il n'est pas souhaitable d'envisager un écrasement presque total des règles importantes pour pouvoir gouverner ses syndicats, ayant comme seul point de référence absolue revendication de l'autonomie contractuelle. Certes, les syndicats de vote contraignent la liberté d'expression de l'actionnaire et peuvent arriver jusqu'à l'anéantir complètement, si aucune limite n'est pré ordonnée par des règles de principe.

En revanche, au vu de leur rôle de maîtrise de stabilité de l'actionnariat et de leur nécessité pour arriver à gouverner la société, ils ne peuvent pas être considérés systématiquement nuls. En effet, la volonté d'envisager de bonne foi et surtout avec rigueur et équilibre l'évolution stable de la structure et de l'autonomie contractuelle puisse en toute occasion, s'exprimer de façon totale et qu'elle puisse toujours s'épanouir.

Finalement, aussi paradoxale que cela puisse paraître, l'excès de « liberté » et le manque de coordination, aussi pour ce qui concerne la volonté et la capacité d'expression de l'actionnariat, ne peut qu'aboutir à une forme d'anarchie sociétaire, qui ne serait plus compatible avec les nécessités d'équilibre, de stabilité et de capacité de prendre les meilleures décisions pour la société. Ceux-ci sont des éléments déterminants pour arriver à coordonner les divers impératifs de la gestion sociale qui permettront de donner a priori satisfaction aux actionnaires qui ont investi dans le capital de la société.

## CONCLUSION PREMIERE PARTIE

La situation actuelle dans les deux droits n'est pas totalement satisfaisante. Les associés et le cas échéant les tiers, ne peuvent pas être complètement assurés de la validité des conventions de vote conclues. Une intervention du législateur encore plus rigoureuse, ne paraît pas être la meilleure solution en particulier pour le droit français qui, plus que celui italien, a déjà bien développé toute une série de normes régissant les pactes d'actionnaires.

Il est de toute façon certain, que la diversité des intérêts en cause est incompatible avec une solution trop drastique, consistant à prohiber toutes les clauses ou à les autoriser. Par conséquent, les propositions de réforme se bornent généralement à consacrer la jurisprudence, en prévoyant que les conventions de vote sont valables dès lors qu'elles sont conformes à l'intérêt de la société et à l'ordre public sociétaire.

Si le législateur français ou italien intervenait, encore que la supériorité de la loi sur la jurisprudence et les interprétations doctrinales ne soit pas évidente en la matière, il devrait s'efforcer de préciser le critère de l'intérêt social, qui permet de valider les conventions devotes. En effet, les engagements les plus pernicioeux sont ceux qui ont un domaine général, car leur signataire s'engage à l'aveuglette, en donnant un blanc-seing au bénéficiaire, qui échappe à tout contrôle.

Au contraire, l'engagement de vote paraît conforme à l'intérêt social, lorsqu'il porte sur des éléments déterminés: financement de la société, agrément ou non-agrément de nouveaux associés, répartition du pouvoir entre les actionnaires prépondérants. Une loi pourrait présumer la validité de tels engagements alors que, dans les autres cas, leurs signataires devraient établir, en cas de contestation, qu'ils ne sont pas contraires à l'intérêt de la société ou du groupe.

En revanche, pour le droit français comme pour le droit italien, la durée est un élément moins important. Paradoxalement, les conventions conclues sans limitation de durée sont moins contraignantes que les autres, puisque les signataires peuvent y mettre fin à tout moment, à condition de donner un préavis et de ne pas agir à contretemps. Le cas le plus embarrassant reste celui du maintien au conseil d'administration d'un actionnaire qui a cédé le contrôle de la société. Un tel engagement est rarement conforme à l'intérêt social, sauf s'il se limite à faciliter la transmission du pouvoir. Il constitue plutôt un élément du prix de la cession de contrôle.

Si l'on peut souhaiter en droit italien une régulation juridique plus apte à comprendre l'intégralité des modalités d'interprétation concernant les conventions de vote, sans devoir se baser uniquement sur le texte unique de 1998 qui, bien qu'innovateur, ne concerne que les sociétés cotées. Ce qui oblige systématiquement à opérer de façon déductive, en risquant de rendre trop arbitraire la question substantielle de la validité de ces pactes. En droit français, pour ce qui concerne les conventions de vote en général, la souplesse de la jurisprudence paraît préférable. Mais de toute façon, il est certain que pour les ordres juridiques analysés, une bonne jurisprudence vaut mieux qu'une législation qui risque d'être médiocre.

## PARTIE II : LES PACTES D'ACTIONNAIRES ET L'EVOLUTION DU POUVOIR

Toutes les transmissions de titres n'ayant pas la même incidence sur la géographie du capital et le contrôle de la société, il est fréquent que les pactes d'actionnaires conclus lors d'investissement en fond propres prévoient des régimes dérogatoires pour certains transferts. Selon les caractéristiques de la participation initiale et la volonté des parties, les pactes d'actionnaires peuvent prévoir un certain nombre de transmissions qui s'effectueront librement sans que les mécanismes du pacte soient mis en œuvre.

Il s'agit de pactes d'actionnaires qui interviennent dans des situations bien déterminées et particulières et surtout qui normalement trouvent leur application dans un moment où la vie sociétale a déjà été amplement structurée. En effet, dans le premier cas et dans le deuxième on peut les imaginer comme, des accords qui ont été établis par les associés en prévoyant la succession en cas de décès des actionnaires, où mis en place à la suite d'une évolution particulière de la gestion sociétale. Il n'en reste pas moins que, dans les deux cas il s'agit de permettre à la société d'envisager les changements imprévisibles en terme de temps ou les mutations nécessaires, tout en préservant la stabilité et les équilibres acquis.

L'évolution de la vie sociétale ne peut être envisagée sans prévoir que des modifications plus au moins importantes peuvent intervenir et affaiblir les équilibres internes à la structures. Il ne s'agit pas d'essayer de s'assurer sur tous les événements, même les plus impondérables, mais d'envisager un modus operandi convenu et accepté qu'il puisse donner les règles d'agissements que les actionnaires devront mettre en œuvre, si tel ou tel fait venait à se réaliser. Cela signifie, choisir parmi les événements les plus courants, qui de façon systématique interviennent dans l'évolution de la vie sociétale et peuvent être source de difficultés importantes, selon le régime et l'organisation sociétale.

Les possibilités sont plusieurs. Dans ce titre l'analyse se concentrera sur

deux éléments essentiels, qui de manière très régulière interviennent en perturbant l'organisation et la gestion de la société. En effet, un des aspects parmi les plus importants à définir en amont est celui qui concerne les modifications qui peuvent intervenir à cause de changements de titulaires du pouvoir à l'intérieur de la structure sociétaire.

Cette « évolution » peut se faire par les transmissions familiales et/ou par les transmissions extra ou intra groupe des titres détenus par les actionnaires.

Il s'agit là, de faits parmi les plus courants qui interviennent dans la vie sociétaire et qui peuvent être régulés de diverses manières, selon le régime sociétaire, la taille, l'ancienneté, la participation ou non aux marchés réglementés, l'activité ou l'organisation interne entre actionnaires, etc.

Pour les raisons énoncées, le Chapitre I de cette partie présentera « L'évolution quant aux titulaires du pouvoir » dans les transmissions familiales et le deuxième Chapitre clôturera ce travail par « Les transmissions à une société holding de contrôle ».

## CHAPITRE I – L'EVOLUTION QUANT AUX TITULAIRES DU POUVOIR

Lorsqu'il s'agit d'envisager des modifications dans l'équilibre sociétaires, il faudra essayer d'intervenir en établissant en amont, par la souscription de pactes spécifiques, des règles qui devront permettre aux actionnaires d'anticiper leur *modus operandi* au cas où certains événements viendraient à se produire. Il s'agit de préserver un des éléments fondamentaux de la pérennité sociétaire, la stabilité des équilibres déterminés en essayant de limiter au maximum les périodes d'incertitude et de vacation du pouvoir sociétaire.

Il paraît évident, que si les actionnaires ont eu par avance la possibilité de déterminer les modalités d'intervention, ainsi que les conditions selon lesquelles les parties devront agir en cas de décès d'un actionnaire ou de transmission de titres à une société holding, le temps nécessaire à la réalisation de tels passages sera réduit. Cela signifie, qu'indirectement la période de vacation sera réduite voir même inexistante. Par ailleurs, il est vrai, que si dans le cadre des transmissions familiales une activité de « prévention » peut être envisagée et ce, de manière quasi systématique, pour la deuxième option, la question paraît se compliquer.

En effet, dans les transmissions à une société holding de contrôle, les modifications requises peuvent toucher de manière très forte la stabilité de l'organisation sociétaire. Par ailleurs, elles présentent des aspects très complexes qui ne permettent pas aux organes sociétaires de pouvoir envisager sereinement des pactes d'actionnaires « universel » et soignant « toute pathologie » sociétaire. En effet, et de toute évidence, la convention peut se révéler insuffisante à la maîtrise de changements importants et imprévisibles dans leur évolution réelle au niveau du pouvoir de la société, bien que ceux-ci soient souhaités et mis sous contrôle.

Ce Chapitre, envisagera avant tout les problématiques posées par le droit français, en finalisant l'analyse dans « L'application du pacte aux transmissions familiales » (Section I) et en faisant référence aux dangers possibles de confondre ces conventions avec des pactes sur succession future.

La deuxième section Section définira « Les transferts *mortis causa* en droit italien », car bien que les affinités soient importantes entre ces deux droits, les sujets posés demandent une étude séparée et distincte. En effet, les modalités d'approches, ainsi que la structure même du raisonnement juridique, imposent une séparation nette, non seulement au niveau de l'organisation logique du sujet, mais aussi dans la définition de l'intitulé de départ, considéré a priori comme un postulat originaire de la problématique présentée.

## SECTION I – L'APPLICATION DU PACTE AUX TRANSMISSIONS FAMILIALES

Lors de prises de participation dans des sociétés familiales, il est assez fréquent de ne pas soumettre aux effets du pacte les cessions aux conjoints, ascendants et descendants ainsi que les successions et liquidations de communauté. Néanmoins, deux restrictions sont généralement prévues à cette mise à l'écart temporaire du pacte d'actionnaires. Les bénéficiaires devront tout d'abord reprendre à leur charge les obligations du pacte. Ensuite, si la transmission entraîne un changement de contrôle, les investisseurs retrouveront la possibilité de mettre en oeuvre les protections traditionnelles du pacte et d'exercer leurs droits de préemption

et de sortie conjointe. La question est donc de savoir si en droit français ce type de dispositions est compatible avec l'article L. 228-23 C. Com. Et ne constitue pas un pacte sur succession future prohibé.

Cette question paraît très intéressante surtout, parce qu'elle met en relation directement les principes du droit des sociétés, avec tout son bagage d'interprétation et d'application des règles jusqu'ici analysées et les principes du droit civil, qui concerne plutôt le régime des personnes physiques. Il y a là, une interception importante entre deux disciplines qui, pour des raisons évidentes, dans la réalité peuvent se retrouver l'une imbriquée dans l'autre, bien que cela ne soit pas forcément facile à envisager.

D'un côté les actionnaires peuvent ne pas « désirer » l'entrée dans l'actionnariat des héritiers légitimes de l'associé décédé, car il s'agit souvent et surtout dans le cadre des pactes extra-statutaires, de contrat *intuitus personae*, qui par conséquent, se fondent sur un rapport de connaissance et de confiance avec l'actionnaire concerné qui n'est pas forcément possible avec ses héritiers. Cette position est d'ailleurs la même dans le cas de liquidation de communautés, dans lesquelles les actionnaires viendraient à perdre (ou devraient modifier) éventuellement la participation d'un membre du pacte qui pourrait être important, voire fondamental, pour le maintien de la stabilité des équilibres sociétaires.

De l'autre côté, il existe la revendication légitime des parties extérieures au cadre sociétaire, qui normalement sont représentées par des personnes physiques tiers par rapport à la dimension sociétaire, qui selon la loi ont le droit de pouvoir entrer en possession des « biens » du *de cujus* ou des biens appartenant à la communauté des conjoints ou tout au moins de pouvoir en disposer, sans devoir se soumettre à des contraintes qui ne sont pas forcément établies par la loi.

Il s'agit d'un conflit d'intérêts, car la personne morale d'un côté et la personne physique de l'autre se trouvent à devoir envisager une solution en respectant les principes d'ordre public de la loi, en essayant de limiter les dommages possibles que de telles « mutations » pourraient apporter aux régimes sociétaires convenus. En sachant que pour les actionnaires le but pour eux est d'éviter des changements trop brusques et surtout indésirés dans le cadre de la gestion de l'organisation des équilibres sociétaires.

L'article L. 228-23 C. Com., exclut du domaine d'application des clauses d'agrément, les successions, liquidations de communauté et cessions à un conjoint, descendant et ascendant. Se fondant sur cette prohibition, certains auteurs soutiennent que les transmissions familiales ne peuvent être soumises aux clauses de préemption. Cependant, en raison de la jurisprudence actuelle qui distingue les clauses d'agrément des droits de préemption, les clauses de préemption devraient normalement être reconnue au sein des SA, milite d'ailleurs en faveur d'une telle position. De plus, il semble difficile de pouvoir invoquer le caractère d'ordre public de l'article L. 228-23 C. Com., au sein des SA.

En tout état de cause, lors d'une transmission de titres par voie successorale, il y a aura reprise automatique des engagements du pacte par les héritiers, conformément à l'article 1122 C. Civ.. Cet article dispose que les héritiers et légataires universels ou à titre universel, succèdent aux droits et obligations auxquels leur auteur avait été partie.

Si le décès entraîne modification du contrôle et si les investisseurs souhaitent exercer leur droit de retrait. Même en l'absence de stipulations particulières, le pacte contiendra donc une stipulation pour autrui faite par chacun des contractants au nom de ses héritiers. Certains auteurs y voient une des conséquences du titre universel de la transmission, tant à l'actif qu'au passif, le contrat étant un élément du patrimoine. Parce que les dispositions de l'article 1122 C. Civ. ne s'appliquant aux ayant cause à titre particulier, le pacte devra prévoir expressément une reprise des engagements du pacte pour toutes les autres transmissions familiales et ce, afin de contourner le principe de l'effet relatif des contrats.

Le risque de qualification du pacte d'actionnaires en pacte sur succession future existe lorsque lors du décès d'un signataire, personne physique du pacte, les investisseurs souhaitent exercer leur droit de préemption sur les titres litigieux. En effet, l'héritier peut se voir

ainsi « dépossédé » d'une partie de sa succession.

L'article 1130, alinéa 2 C. Civ. Prohibe les pactes sur succession future en ces termes « On ne peut faire aucune stipulation sur une succession non ouverte même avec le consentement de celui de la succession duquel il s'agit ». En d'autres termes l'article 1130 défend de disposer par écrit de cette chose future que constitue une succession non ouverte. La jurisprudence a appliqué ces principes aux promesses de vente et a conclu à la nullité des promesses de vente dont l'option ne pouvait être levée qu'après le décès du promettant. Le critère retenu pour la nullité et la requalification en pacte sur succession future étant la volonté du promettant de ne pas se lier personnellement et de ne vouloir lier que les héritiers. Les conventions portant sur un bien qui ne figure pas au moment de l'acte dans le patrimoine du débiteur ont également été qualifiées de pactes sur succession future prohibés. Cependant, une nouvelle voie a été ouverte qui distingue les pactes sur succession future et les pactes post mortem, ces derniers étant considérés comme valides.

Les pactes post mortem, sont des stipulations par lesquelles les parties ont voulu retarder au décès, non pas à la naissance du droit, mais seulement son exigibilité. Ces stipulations sont valables, car elles produisent immédiatement leur effet juridique. Un droit est créé immédiatement contre le promettant, mais ne pourra éventuellement être exercé qu'au jour de son décès, c'est-à-dire contre sa succession. Il y a donc une différence essentielle entre la stipulation post mortem et le pacte sur succession future, car ce dernier suspend non seulement l'exercice, mais la naissance du droit.

Ainsi, il a été jugé que l'engagement par un associé de céder toutes ses parts à un coassocié en cas de départ définitif de la société et notamment en cas de décès constituait une promesse valable.

Plus récemment, la Chambre civile de la Cour de Cassation a jugé une promesse de vente exécutée après le décès comme valide « même si l'exécution de la promesse ne pouvait être exigée que par une levée d'option postérieure au décès ». Des considérations ci-dessus, il ressort que les droits de préemption des investisseurs, mis en œuvre en cas de transfert d'actions par voie de succession, devraient être considérés comme valides(29).

29 Cass. Civ., 13 juin 1996, in Bull. Civ. 1997

## SECTION II -LES TRANSFERTS « MORTIS CAUSA » EN DROIT ITALIEN

Normalement, si dans les sociétés de personnes l'intuitu personae est un principe général de ce genre de société, la règle veut que la quote-part de l'associé ne puisse être transmise à ses héritiers(auxquels est dû uniquement un droit de crédit à la liquidation de sa quote-part), dans les sociétés de capitaux la règle contraire s'applique. A ces règles générales peuvent être appliquées des dérogations qui peuvent inverser les principes énoncés. Dans les sociétés de personnes les héritiers peuvent se substituer au de cuius, en application d'une clause « di continuazione »(pour continuer), éventuellement contenue dans des pactes para-sociaux ou en s'accordant avec les autres associés, selon les termes prévus par l'art. 2284 C. Civ. .

Dans les sociétés de capitaux il faut faire un distinguo:

Pour ce qui concerne les SARL, étant donné que l'art. 2479 C. Civ., dispose que: « le quote sono trasferibili ... per successione a causa morte, salvo contrario disposizione dell'atto costitutivo »(les quotes-parts peuvent être transférées ... par succession à cause de la mort de l'associé, à moins que l'acte constitutif ne dispose autrement), toute dérogation est admise. Par conséquent, sont aussi valides les clauses qui, en cas de mort de l'associé, prévoient une non-transmissibilité absolue des quotes-parts et limitent ce qui est dû aux héritiers à un crédit pour la liquidation de celles-ci(de même que ce qui est prévu en général pour les sociétés de personnes).

Pour les SA, on ne considère pas valables les clauses qui en cas de mort de l'associé, prévoient une non-transmissibilité absolue de ses actions, étant donné que l'article 2355 C. Civ établit que « L'atto costitutivo puo sottopore a particolari condizioni l'alienazione delle azioni nominative »(l'acte constitutif peut soumettre la vente des actions nominatives à des conditions particulières). En effet, la loi permet uniquement de limiter et non pas d'exclure complètement le

libre transfert des actions, prévoyant un droit de préemption en faveur des associés vivants(30).  
30 MERLE, sociétés commerciales, précis Dalloz, 8 ème éd. 2001

Avant d'examiner le problème central de la validité de ces clauses, il est opportun d'en vérifier leur fonctionnement pratique, selon les termes et les schémas employés pour leur constitution dans les statuts:

- en cas de mort d'un associé ( ou en cas de transfert mortis causa des actions) il est prévu l'obligation pour les héritiers ou les légataires, d'offrir en vente(ou en option ou en préemption) aux autres associés les actions possédées par le défunt. En contrepartie à cette obligation il est prévu un droit d'achat(ou de préemption) des associés, qui doit être exercé dans un certain délai; certaines clauses plus précises spécifient que: « Fino a quando non sia stata fatta l'offerta e non risulti che questa non è stata accettata, l'erede o il legatario ... non sarà iscritto nel libro dei soci, non sarà legittimato all'esercizio del diritto di voto e degli altri diritti amministrativi inerenti alle azioni e non potrà alienare le azioni, con effetto verso la società, a soggetti diversi dagli altri possessori di azioni » (jusqu'au moment où l'offre n'a pas été effectuée et qu'il ne résulte pas que celle-ci n'a pas été acceptée, l'héritier ou le légataire... ne sera pas inscrit dans le livre des associés, il ne pourra pas exercer son droit de vote et les actes administratifs afférents les actions et il ne pourra pas vendre les actions ayant des effets à l'égard de la société à des sujets autres que les associés possédant d'autres actions);

- Si les associés décident d'acheter les actions en vente, il est prévu que le prix sera fixé par un ou plusieurs arbitres experts. De temps à autre, il est prévu que la détermination de l'arbitre interviendra uniquement en cas de non-accord sur le prix.

Ces clauses permettent, d'assurer aux associés un droit de rachat des actions de l'associé mort, à certaines conditions. Il ne s'agit pas d'un véritable « droit de préemption », surtout si on considère le principe selon lequel il y aurait un droit de préférence « aux même conditions ». Il ne s'agit même pas d'une limitation au libre transfert des actions, car après le décès de l'actionnaire ses titres se transfèrent « librement » à ses héritiers, lesquels ont une obligation de vente à l'égard associés. Il s'agit du même principe qui s'applique quand un héritier succède dans la propriété d'un immeuble par rapport auquel le de cujus avait déjà établi avec un tiers un préliminaire unilatéral de vente ou une option de vente. En effet, l'héritier succède dans la propriété du bien hérité sans qu'il y ait une limitation de circulation du bien, mais il obligé d'en effectuer la vente au tiers.

La validité de ces clauses a été mise en doute à plusieurs reprises et pour les raisons suivantes:

1.- car elles iraient à l'encontre de la prohibition des pactes de succession, dont à l'article 458 C. Civ. ;

2.- car pour les SA l'article 2355 C. civ. Permet de limiter la circulation des actions uniquement dans les transferts inter vivos et pas dans ceux mortis causa;

3.- et parce que les clauses qui ne reconnaissent pas un « juste prix » aux héritiers pourraient porter atteinte à la quote-part des actionnaires légitimes.

Pour ce qui concerne le premier aspect, la doctrine, contraire à cette interprétation, avait analysé le cas de deux frères, copropriétaires d'une entreprise, lesquels s'étaient échangés une option, à travers laquelle ils reconnaissaient réciproquement, qu'en cas de mort de l'un ou de l'autre, le survivant avait le droit de racheter aux héritiers, à un prix donné, la quote-part appartenant au frère défunt. Après la mort d'un des frères, les héritiers avaient demandé au juge de déclarer nulles ou inefficaces ces promesses faites par le de cujus. La doctrine considérait que l'accord était valable, car il ne s'agissait pas d'un pacte de succession, mais de deux contrats ayant des effets juridiques différents. En outre, cet accord n'a pas comme objet principal la succession, c'est-à-dire le transfert de rapports juridiques du défunt à l'associé resté vivant, mais l'émission d'une promesse ou option de la part de chacun des frères.

Une position identique a été adoptée par les juges dans une note concernant la validité d'un article inséré dans un testament, par le biais duquel le de cujus rappelait aux héritiers l'existence d'un contrat de préemption qui l'engageait à préférer ses quatre associés en cas de vente de certaines actions. Les juges avaient considéré valable cet engagement, car le de cujus par ce acte n'entendait pas agir sur sa propre succession, mais il voulait obliger soit même, avec effet immédiat ex nunc, à préférer ces autres associés.

La cour suprême a confirmé cette décision, relevant que: « .... con l'alto inter vivos il de cuius aveva inteso costituire un diritto di prelazione in ordine a titoli azionari, e di conseguenza il codicillo testamentario non rivestiva alcun valore istitutivo, ma meramente riproduttivo di un'obbligazione preesistente all'apertura della successione » par conséquent: « ... l'esistenza di un patto successorio, ben lungi dall'aver considerato le azioni come relictum successorio e, quindi, con effetti istitutivi all'apertura della successione (tali da realizzare quel votum captandae hereditatis contrastato dalla legge), aveva al contrario prodotto effetti obbligatori immediati » (... avec l'acte inter vivos le de cujus avait voulu constituer un droit de préemption sur les actions, par conséquent, le texte du testament n'avait aucune valeur de constitution, mais uniquement de reproduction d'une obligation préexistante à l'ouverture de la succession) par conséquent (... l'existence d'un pacte de succession, qui ne voulait aucunement considérer les actions comme relictum successorial, ayant donc des effets institutifs sur l'ouverture de la succession (pouvant réaliser ce qui est défini comme votum captandae hereditatis non voulu par la loi) avait au contraire produit des effets obligatoires immédiats).

Les clauses statutaires ou extra statutaires prévoyant que les associés vivants ont le droit d'acheter à un certain prix les actions de l'associé défunt, ne peuvent être considérés ni comme des « pactes de successions », ni comme des contrats « mortis causa ». En effet, ils n'instituent aucun héritier ou légataire et ils ne prévoient pas que cela pourra être effectué par un testament successif. De plus, ils ne disposent pas d'un droit qui sera acquis à travers la succession, pas encore ouverte; et deuxièmement, la mort n'est pas la source autonome de l'attribution patrimoniale, mais une condition suspensive du droit de préemption, qui reste un contrat inter vivos et à titre onéreux (et non pas mortis causa à titre gratuit).

Par ailleurs, pour les SARL et les sociétés de personnes, la loi même établit la validité d'accords qui permettent aux associés vivants d'acheter les quotes-parts du défunt, en consolidant et augmentant proportionnellement leurs participations respectives. (articles 2479 et 2284 C. Civ.). Étant donné, que pour ces régimes sociétaires ces clauses sont considérées valables et ne vont pas à l'encontre de la prohibition de pactes de succession, la même solution doit être donnée, si ces clauses concernent la participation d'un défunt dans une SA.

Pour ce qui concerne le deuxième aspect, la jurisprudence est désormais univoque pour affirmer qu'une clause statutaire ou extra-statutaire, est un contrat inter vivos et non mortis causa. En effet, il est accepté qu'à la mort de l'associé, une clause de « consolidamento » (consolidation) puisse prévoir que la part des actions appartenant au de cujus passent directement sous le capital d'actions détenu par les autres actionnaires, déterminant ainsi une augmentation de leurs parts respectives, ayant bien entendu, l'obligation de correspondre aux

héritiers la valeur correspondante aux titres hérités.

Cela signifie, qu'il existerait dans ce cas précis uniquement un lien direct entre le de cujus et les associés; en laissant de côté de manière définitive l'idée selon laquelle, les associés devraient éventuellement « relever » auprès des héritiers la quote-part des actions de l'associé décédé, en créant un lien entre trois parties (défunt – héritiers – société) successif au décès de l'associé. Dans le premier cas les héritiers deviennent des parties extérieures au rapport entre actionnaires, car le lien s'effectue uniquement entre défunt et associés. Par conséquent, il sera acquis qu'il n'y aura lieu d'aucune disposition sur le patrimoine du défunt, qui pourrait être interprétée comme pacte de succession future, mais tout simplement une distribution et une disposition différente de celui-ci, disposition qui ne peut aucunement ingérer sur l'axe héréditaire patrimonial.

Pour ce qui concerne le troisième aspect, il est possible de considérer ces clauses de préemption ou d'option comme non valables, si elles prévoient que la liquidation aux héritiers sera effectuée à un prix excessivement bas. La raison de la non-validité de la clause, ne se réalise pas dans le fait que le prix est trop bas par rapport à la vraie valeur de l'action, mais plutôt et surtout dans le fait que le critère d'évaluation du prix étant trop modeste, empêche la vente des actions, ce qui transforme économiquement la clause en une préclusion à la vente. En effet, l'art. 2355 C. Civ permet uniquement des « limitations » et pas des « préclusions » à la circulation des actions.

Il est possible de prévoir des mécanismes régulant le transfert des titres à partir du moment où certaines conditions viendraient à se réaliser, comme par exemple le décès de l'actionnaire détenteur des actions. Il paraît évident, que quand il s'agit de transferts concernant des SA, il ne soit pas admis que les parties au pacte établissent une limitation de circulation de l'action de façon totale et exclusive, ce qui contreviendrait au principe même des sociétés par actions, surtout s'il s'agit de sociétés cotées. Bien évidemment, tout dépendra du type d'actions détenues par le de cujus et son rôle prédominant ou non dans le cadre de la gestion de la vie sociétair(31).

31 VIDAL, droit des sociétés, LGDJ, 3<sup>ème</sup> éd. 2001

En effet, il s'agit d'envisager des pactes qui organisent le passage des titres selon certaines modalités en instaurant d'ors et déjà un droit, valablement constitué, qui ne pourra se concrétiser que si la condition suspensive énoncée dans l'accord devait se réaliser. Les pactes inter vivos sont les accords qui prévoient sont des accords qui prévoient les modalités de transfert de la titularité du droit, au cas où un événement précis viendrait à se déclarer et ce, sans entacher le droit de propriété qui appartient de façon légitime aux héritiers. Ceux-ci, par ailleurs, ont toujours la possibilité, de revendiquer leur crédit pour la liquidation de la quote-part(32).

Par conséquent, pour les actionnaires vivants, il n'est pas possible de disposer d'un droit sur le bien à partir du moment où l'actionnaire concerné est décédé, mais uniquement d'en définir les règles de transfert. Par ailleurs, si la volonté du de cujus s'était déjà exprimée avant sa mort dans le sens de vouloir procéder à la cession de ses titres, par un acte formel, les héritiers ne pourront pas y faire objection. La possibilité d'envisager une transférabilité absolue des titres dans le cadre des SARL répond davantage à cet impératif qui consiste à maintenir intacte l'élément de l'intuitus personae, normalement essentiel dans ce genre de société(33).

Mais, il ne pourra jamais être nié aux héritiers de revendiquer un juste prix pour la liquidation de leurs « biens ».

32 MERCADAL J., mémento pratique: sociétés commerciales, éd. Francis lefebvre

33 REINHARD R., pactes d'actionnaires et groupes de sociétés, éd. Gualino, paris 1994

CONCLUSION DE CHAPITRE

En confrontant ces deux droits il n'existe pas de différences

substantielles majeures, bien que les voies entreprises pour l'analyse sont différentes. En effet, le droit français ne peut envisager comme valables des pactes mortis causa. L'élément essentiel qui unit ces deux conceptions est le même, car il s'agit de ne pas accepter des conventions qui nieraient l'existence d'un lien juridiquement étroit et indéniable entre les biens de l'actionnaire décédé et ses héritiers.

Il n'est pas envisageable de pouvoir considérer comme licites des actes qui ne reconnaîtraient pas un principe appartenant au droit de propriété et surtout à la suite de la mort du titulaire de ce droit, par rapport à ces héritiers. Cela veut dire, que les actionnaires, y compris celui qui décèdera, peuvent envisager plusieurs situations qui, si elles venaient à se déclarer, leur donneraient la possibilité de mettre en place un certain processus. Et ce, afin que le nouveau titulaire du droit de propriété sur les titres, tout en maintenant son droit, ne puisse pas intervenir dans la structure sociétaire et éventuellement perturber la stabilité de l'actionariat.

Le droit français parle clairement de clauses de préemption en faveur des actionnaires restants, sur la vente éventuelle ou forcée des actions de la part de l'héritier, associé ou pas à un droit de rachat. A partir de cette perspective, l'héritier surtout s'il ne peut que vendre, car rien d'autre ne lui serait permis par les accords établis dans le pacte, ne peut dénoncer ce dernier ou refuser la vente que si le prix n'est pas correspondant à la valeur des titres hérités.

Il est vrai, que surtout dans le cas des SARL, les héritiers peuvent être très limités dans leurs capacités de jouissance du droit hérité, mais cela ne peut être accepté que s'il existe des raisons majeures qui justifient concrètement cette attitude de la part des actionnaires restants. C'est pour cette raison que dans les SA la non transférabilité absolue, qui se concrétise dans l'obligation de l'héritier de vendre, ne peut pas normalement ne pas être acceptée. Par contre, il est possible de conditionner le transfert, justement par le biais des clauses indiquées ci-dessus.

En conclusion, des conventions mortis causa ou post mortem à titre gratuit ou niant complètement tout droit d'héritage de la propriété et ce, par diverses modalités de facto non licites, ne peuvent avoir leur place aussi dans ce contexte. Car, bien que rattaché de façon plus étroite au droit des personnes morales plus qu'à celui des personnes physiques, cela reviendrait à nier l'existence d'un lien bien plus ancestral, qui appartient aux fondements de notre occidental. Par ailleurs, il est tout à fait possible en droit français, comme en droit italien d'envisager des conditions qui arrivent à prendre en compte en même temps les droits et les intérêts et les droits des actionnaires parties au pacte.

## CHAPITRE II : LES TRANSMISSIONS A UNE SOCIETE HOLDING DE contrôle

Pour des raisons de transmissions familiales ou de renforcement de contrôle, les actionnaires majoritaires peuvent apporter leurs titres à une société holding de contrôle. Si la société holding de contrôle. Si la société holding a été constituée avant l'entrée des investisseurs dans le capital, toute disposition nécessaire pourra figurer dans le pacte d'actionnaires conclus au niveau de la société financée. Par conséquent, ce document est ratifié par les investisseurs, le holding et les actionnaires personnes physiques ou morales détiennent directement des titres de la société.

Cependant, même si les titres sont détenus individuellement par les membres du groupe majoritaire lors de la prise de participation, certains investisseurs cherchent à organiser ab initio leurs droits de façon conventionnelle. En effet, si le pacte initialement conclu ne comprend aucune disposition spécifique sur les apports de titres à un holding de contrôle, ce pacte devra être entièrement renégocié lors de la survenance d'une telle opération.

Afin d'envisager ce type de transmissions selon une analyse comparative, il conviendra de présenter « L'apport de titres à une société holding de contrôle » (section I) selon les principes du droit français et d'affronter dans une deuxième section « La clause de libre transfert dans les sociétés du groupe en droit italien »

## SECTION I – L'APPORT DE TITRES A UNE SOCIETE HOLDING DE contrôle

L'apport par le groupe majoritaire de titres de la société financée à un holding de contrôle peut être une opération sans incidence sur les relations initialement instaurées, si ce sont les mêmes individus qui sont à la tête du holding (il s'agirait alors d'un transfert intra-groupe). Si tel est le cas, les investisseurs n'auront aucun intérêt à exercer leur droit de préemption et de retrait. Cependant, le non exercice des droits nés du pacte lors d'une telle transaction entraînera la disparition ou plutôt l'épuisement du pacte. L'effet relatif des contrats empêche que le bénéficiaire de la transaction (même si c'est une société holding) ne soit tenu par des engagements qu'il n'aurait pas lui-même contractés<sup>(34)</sup>.

Une telle situation peut néanmoins être évitée s'il est expressément prévu dans le pacte que les transmissions de titres à une société holding s'effectueront librement si certaines conditions suspensives sont remplies. Les conditions suspensives généralement inscrites dans le pacte sont au nombre de trois et visent à maintenir après la transmission une situation identique à celle qui existait auparavant.

Premièrement, suite à la transmission, le contrôle au sein de la société financée ne doit pas avoir été modifié. Si les titres n'ont pas été transmis en totalité au holding, il faut que les titres du holding ajoutés aux titres encore détenus par le groupe majoritaire représentent plus de 50 % des droits de vote et du capital de la société. La deuxième condition tient au contrôle de la société holding elle-même, ce contrôle devant être détenu à plus de 50 % par le groupe majoritaire initial<sup>(35)</sup>.

Finalement, la société holding bénéficiaire de la transaction devra souscrire aux obligations du groupe majoritaire si la totalité des titres lui a été transmise. Ainsi, en cas de cession par la société holding de valeurs mobilières de la société financée, les investisseurs pourront exercer leur droit de préemption. De même, en cas de modification du contrôle de la société cible, par opérations financières, la société holding pourra être dans l'obligation de racheter les titres des investisseurs<sup>(36)</sup>.

34 GUENGNANT T., aménagements statutaires, LGDJ, 1997

35 DE VENDEUIL C., conventions entre associés, LGDJ, 2000

En tout état de cause, pour que le pacte puisse produire ses effets lors d'une transmission de titres à une société holding, le terme de transmission devra être défini de façon extensive dans le pacte et couvrir toute opération à titre onéreux ou gratuit entraînant le transfert de valeurs mobilières de la société. Une telle définition permettra donc de viser non seulement les cessions mais aussi les échanges ou les apports en société. Outre les dispositions relatives à l'apport de titres à un holding de contrôle, il est également envisageable de prévoir dans le pacte des clauses sur la modification du contrôle de la société holding.

Lorsqu'un majoritaire de titres de la société cible est détenu par une société holding, toute modification du contrôle du holding aura des conséquences analogues dans la société cible. Il est néanmoins possible de prévoir dans le pacte initialement conclu un certain nombre de protections conventionnelles. Il peut par exemple être stipulé, que préalablement à la cession du contrôle de la société holding, les investisseurs pourront exercer soit un droit de préemption sur les titres du holding, soit un droit de préemption sur les titres de la société cible, soit un droit de retrait.

Les modalités d'exercice du droit de préemption sur les titres du holding ou sur les titres de la société cible dépendront de la répartition initiale du capital et du pourcentage de titres que le groupe majoritaire continuera de détenir directement dans la société financée par les investisseurs (titres non apportés au holding). Lors de l'exercice d'un droit de préemption sur

les titres du holding, le prix offert par le tiers acquéreur ne sera d'aucune utilité si le patrimoine de la société holding comprend des actifs immobilisés autres que les titres de la société cible. A défaut d'accord amiable, il pourra être prévu dans le pacte que le prix d'acquisition des titres sera déterminé par expertise.

Il convient néanmoins de souligner, que l'insertion dans le pacte initial de dispositions sur le chargement de contrôle de la société holding risque d'alourdir de façon extravagante le document. De plus en pratique, pour des raisons de diversification de portefeuille, les droits de préemption sur des blocs de contrôle seront rarement mis en œuvre, les investisseurs préférant soit exercer leur droit de retrait soit se maintenir dans la société même en présence de nouveaux contrôleurs. C'est pourquoi, les investisseurs préfèrent bien souvent laisser un vide contractuel en la matière.

## SECTION II : LA CLAUSE DE LIBRE TRANSFERT DANS LES SOCIÉTÉS DU GROUPE EN DROIT ITALIEN

Si la société dont les actions doivent être offertes en préemption a comme associé une autre société, dans le transfert de cette dernière à un tiers, celui-ci acquière indirectement aussi les actions soumises au droit de préemption à travers la vente de la société propriétaire des actions soumises au droit de préemption, il faut que la société qui contrôle l'associé, s'engage, dans le cas où elle perdrait le contrôle, à offrir préalablement en vente aux associés ayant droit les actions soumises au droit de préemption.

Il est possible de prévoir des clauses statutaires et extra-statutaires formulées de telle sorte, que dans le cas où le « contrôle » d'un associé serait transféré à un tiers, l'associé devra offrir en vente, par lettre recommandée avec accusé de réception, toutes ses actions aux autres associés, les actions seront attribuées à chacun en proportion de leurs participations au capital de la société. Le prix de cession des actions, en cas de non accord, sera déterminé normalement par le collège d'arbitrage, qui deviendra et prendra dans ce cas aussi les fonctions d'organe d'arbitrage.

Différant de celui considéré dans le paragraphe précédent est le cas où les statuts ou le pacte para-social prévoient une clause de préemption déterminant un transfert libre des actions à l'intérieur du groupe. Dans ces clauses, il faudra éviter que la liberté des associés à transférer librement leurs actions à l'intérieur du groupe, ne se transforme en un moyen facile pour contourner la clause de préemption. En effet, on pourrait utiliser la liberté de transfert intra-groupe pour transférer les actions soumises au droit de préemption à une SARL possédée au 100 % et ensuite, vendre cette SARL à un tiers. Il sera alors nécessaire de prévoir une clause établie dans les termes suivants : « Le parti potranno trasferire le azioni o parti di esse a favore di proprie controllanti o controllate, o controllate dalla medesima controllante, sempreché il cessionario assuma gli obblighi previsti nel presente accordo; il cessionario dovrà inoltre impegnarsi alla rivendita al cedente – che dovrà dal canto suo impegnarsi al riacquisito – nel caso venga meno il rapporto di controllo rilevante ai fini del presente articolo ... » (Les parties devront transférer les actions ou partie de celles-ci en faveur de sociétés contrôlées ou qui exercent, sachant que le cessionnaire doit maintenir les obligations prévues par cet accord; le cessionnaire devra en outre, s'engager à revendre à celui qui cède – qui devra en assurer le rachat – si le rapport de contrôle prévu par cet article devait ne plus être respecté). Afin de donner une efficacité réelle au droit de préemption il sera préférable d'insérer cette clause dans les statuts.

Un autre exemple de clause qui permet le libre transfert intra-groupe, avec l'obligation de racheter, si la société qui achète cesse de faire partie du groupe, est le suivant : « Gli impegni di offrire in prelazione non si applicano ai trasferimenti da ciascun socio a società da esso controllata, o che eserciti il controllo su tale socio, o che sia da quest'ultima controllata. Peraltro, nel caso in cui venga meno il rapporto di controllo il socio che, ai sensi del presente comma, abbia alienato azioni o diritti di opzione, deve ricquistare preventivamente le azioni dimesse o quelle eventualmente sottoscritte attraverso i dritti di opzione ceduti » ( Les

engagements d'offre en préemption ne s'appliquent pas aux transferts d'un associé à une société contrôlée par celui-ci ou quant celle-ci exerce un contrôle sur cet associé ou que l'associé contrôle. En outre, dans le cas où le rapport de contrôle tomberait, l'associé qui selon les termes de cet alinéa a vendu les actions ou les droits d'options qui ont été cédés).

La formulation de cette clause par contre, ne permet pas d'avoir une possibilité d'obligation concrète pour ce qui concerne l'engagement de rachat prévu par la clause elle-même. En outre, même une action en dommages et intérêts risque d'aboutir à des faibles résultats, au vu de la difficulté évidente de quantification des dommages, il faudra alors prévoir que : « i soci potranno liberamente trasferire le azioni o parte di esse a proprie controllanti, o controllate, o controllante dalla stessa controllante. Tale libertà di trasferimento è risolutivamente condizionata al fatto che – nel caso in cui venga meno il rapporto di controllo – il socio che abbia effettuato il libero trasferimento di proprie azioni ai sensi del presente comma, ricquisti le azioni trasferite. Nel caso in cui tale riacquisto non venga effettuato entro trenta giorni dalla richiesta che ne sia fatta da uno dei soci, oltre agli altri eventuali rimedi previsti dalla legge: i) ciascun socio avrà il diritto sia di far dichiarare inefficaci i trasferimenti di azioni liberamente effettuati ai sensi del presente comma, sia di esercitare egli stesso la prelazione su tali azioni, al prezzo di cui al successivo art. ...., ii) la società avrà il diritto-dovere di escludere dal voto e dall'esercizio di ogni diritto sociale, nonché di cancellare dal libro soci, le azioni liberamente effettuati ai sensi del presente comma » ( les associés pourront transférer librement les actions ou partie de celle-ci à des sociétés qui les contrôlent ou qu'ils contrôlent ou contrôlées par celle qui les contrôlent. Cette liberté de transfert est liée de façon impérative au fait que – dans les cas où le rapport de contrôle tomberait – l'associé qui a effectué librement les transferts de ses actions, selon les termes de cet alinéa, rachète les actions transférées. Dans le cas où le rachat ne serait pas effectué dans les trente jours à compter de la demande faite par un des associés, outre les solutions prévues par la loi : i) chaque associé aura le droit de faire déclarer inefficace les transferts des actions librement effectués, selon les termes de cet alinéa et d'exercer lui-même la préemption sur ces actions, au prix spécifié par l'article....; ii) la société aura le droit-obligation d'exclure du vote et de l'exercice de tout droit social et effacer du livre des associés, les actions librement transférées, selon les termes de cet alinéa).

Le droit italien ne parle peut être pas directement de holding ou de passage de la société à une structure telle que celle-ci, mais il envisage plutôt la question dans le sens du transfert des actions à l'intérieur d'un groupe déjà constitué qui peut bien être un holding. A partir du moment, où les équilibres sociétaires subissent des modifications importantes dues soit à une concentration ou à une restructuration de la société, il est clair que tous les actionnaires doivent avoir par le biais de pactes de retraités ou par l'application de conventions de préemption, la possibilité de réagir face à des modifications non souhaitées d'équilibres qui ne leur conviennent plus.

Que la société transmette ses actions à un holding( de toute manière partie intégrante du groupe) ou que les actionnaires puissent librement établir des transferts à l'intérieur du groupe, ce sont des pratiques normales dans l'évolution nécessaire à la structure sociétaire. La question centrale reste celle rattachée au pouvoir. En effet, à partir du moment où ces mouvances sont réalisées par des actionnaires minoritaires qui ne peuvent pas par leurs choix modifier considérablement les équilibres sociétaires, normalement elles ne posent pas de problèmes majeurs. A moins que les minoritaires arrivent en s'unissant à déterminer une influence qui pourrait nuire à la stabilité de la société.

Le problème commence à naître de façon plus tangible, à partir du moment où ces modifications interviennent dans le groupe majoritaire et surtout dans le groupe qui détient effectivement le pouvoir de gestion. En effet, le noyau essentiel se situe à ce niveau, car tous les actionnaires, surtout les minoritaires, mais y compris aussi les autres actionnaires membres du groupe majoritaire, pourraient imaginer des conséquences négatives qu'ils ne désirent pas assumer et revendiquer l'application de certains droits leur permettant d'intervenir dans de telles

circonstances.

Si les changements introduits par ces transferts n'atteignent pas les équilibres préétablis pour le contrôle du pouvoir et sont acceptés par les actionnaires au pacte, normalement ils seront aussi acceptés et insérés dans l'ordre normal de la vie sociétaire. Par ailleurs, si le contrôle du pouvoir subit des modifications considérables à tel point que les équilibres originaires se retrouvent bouleversés, il sera certainement plausible d'envisager de la part des cocontractants des actions de protection ex post et/ou de contrôle et de maîtrise ex ante des modifications requises formellement par certains actionnaires.

A cet effet, en droit italien, les clauses de retrait, de préemption, d'achat ou de vente entre actionnaires au pacte deviennent nécessaires, afin de permettre à ceux qui se trouvent en position d'action et donc de requête de changements ou en position passive qui donc qui veulent maîtriser l'événement, d'envisager et d'effectuer ces opérations, sans nuire à une part ou à l'autre, tout en essayant de préserver la stabilité des équilibres sociétaires.

#### CONCLUSION DEUXIEME CHAPITRE

Les deux droits envisagent des solutions permettant à la société de modifier ses équilibres internes rattachés directement au pouvoir, selon les priorités des uns et des autres. Certainement, cet exercice ne donne pas toujours des résultats sans failles, car il est fort possible que les mécanismes instaurés par les actionnaires puissent, sans le vouloir, rendre la société trop rigide aux changements. Ceci est possible, si les pactes établis ne sont pas formulés de façon à tenir compte réellement du rôle des différents types d'actionnaires dans la gestion de la vie sociale, par rapport aux objectifs sociaux recherchés par l'ensemble des associés.

A contrario, une société où les actionnaires n'auraient pas établi à l'avance certaines règles internes qui leur permettent d'avoir un cadre préétabli et accepté par tous, laisse les majoritaires dans une situation de puissance absolue, par rapport à leurs choix. Cela ne peut amener à aucune stabilisation des relations entre la gestion et les intérêts de tous les investisseurs en présence dans la société.

Le transfert à l'intérieur d'un même groupe de société ou d'un holding constitué à cet effet, est une question que les actionnaires doivent pouvoir régler entre eux de façon autonome et surtout en amont de leurs relations sociétaires. En effet, il n'apparaît pas que des dispositions législatives interviennent de façon spécifique à cet égard, si ce n'est que pour en régler certains détails plus formels que substantiels concernant la question. En quelques sorte, il s'agit d'un domaine dans lequel, si l'intérêt social, ainsi que l'ordre public sociétaire sont respectés, rien n'empêche aux parties au pacte de déterminer leurs règles du jeu.

En effet, les actionnaires déterminent dans ce contexte des règles qu'ils appliqueront entre eux de façon exclusive et sur les quelles ils devront prendre garde à leur intérêt. C'est-à-dire que la loi, dans les deux droits présentés, laisse aux actionnaires un champs très ouvert pour exprimer leur volonté, à travers la formalisation de conventions ad hoc, en sous-entendant que si rien n'est expressément établi entre les parties, elles ne feront qu'appliquer les règles du droit commun<sup>(36)</sup>.

36 DAIGRE J.J, pactes d'actionnaires, GLN Joly, éd. 1995

Cette « liberté » législative est tout à fait compréhensible, car il s'agit de conventions qui, par leur nature, s'appliquent entre les actionnaires au pacte et qui dépendent essentiellement de leur degré de spécification et de leur nécessité de précision. En effet, elles concernent les modalités selon lesquelles ses transferts pourront être valablement établis, par rapport aux critères voulus et acceptés par rapport aux critères voulus et acceptés par les parties au pacte.

La valeur inter nos qui appartient à ce type de pactes d'actionnaires de l'exprimer et de la formaliser en essayant d'être le plus prêt possible de la volonté des parties. Cela signifie, pouvoir envisager une autonomie contractuelle plus ample dans le cadre de la vie sociétaire. Bien évidemment, il existera, de ce point de vue, toujours de différence entre le pouvoir que sont capables d'exercer les majoritaires, par rapport aux minoritaires, surtout si ces derniers

intègrent la vie sociétaria postérieurement à la mise en œuvre de ces pactes, car si tel est le cas, ils ne peuvent normalement que s'y conformer.

Les transmissions à un holding ou celles qui peuvent être effectuées spécifiquement à l'intérieur du groupe retrouvent leurs raisons d'être dans la volonté de maîtriser autrement les transferts familiaux ou uniquement dans le désir particulier de renforcer le contrôle de la part d'un certain groupe d'actionnaires.

Tous ces aménagements ne posent normalement aucun problème, si à la tête du holding restent les mêmes actionnaires ou si le transfert intra-groupe s'effectue sans l'intervention d'investisseurs extérieurs nouveaux.

Les moyens disponibles sont pour les deux droits ceux s'explicitant à travers la rédaction de conditions suspensives spécifiques ou en acceptant la formalisation de clauses de préemption et/ou de retrait laissant aux actionnaires un pouvoir de choix et d'intervention assez important au cas où l'événement considéré viendrait à se produire. Il s'agit d'établir les modalités selon lesquelles les actionnaires pourront exprimer leur adhésion ou leur refus aux changements influençant de manière déterminante les équilibres du pouvoir sociétaria.

## CONCLUSION DEUXIEME PARTIE

Ce deuxième titre a essayé d'envisager deux raisons qui peuvent généralement motiver une volonté d'intervenir dans le domaine de la gestion du pouvoir sociétaria, de la part des actionnaires ou de partie de ceux-ci. En effet, l'évolution des équilibres acquis durant la vie de la société sont amenés à être modifiés de façon régulière et imprévisible. Par conséquent, il sera fondamental pour les acteurs qui interviennent dans cet univers social d'envisager ex ante les modalités de « gestion » de ces changements.

Ces modifications peuvent être souhaitées pour renforcer le pouvoir d'un certain groupe d'actionnaires (tant dans le cadre des transmissions familiales que dans celui de transmissions intra-groupe ou à un holding) ou peuvent intervenir de manière complètement arbitraire et imprévue, dans le cas du décès de tel ou tel actionnaire. Cela signifie, que dans les deux cas pour des raisons différentes, mais de toute façon pertinentes, il sera opportun d'envisager les modalités opérationnelles de ces changements.

Si dans le premier cas, il s'agit normalement d'interventions voulues et régulées par les parties qui les réaliseront, ce qui permet entre autre d'en programmer l'exécution et d'en maîtriser plus aisément les évolutions, dans le deuxième cas l'imprévu prime par dessus tout. En effet, il n'est pas possible d'en déterminer les modalités en terme de temps ou d'en prévoir l'ampleur spécifique, par rapport au moment historique de la vie de la société où l'événement viendrait à se produire et si tel fait atteint plus un actionnaire minoritaire ou majoritaire, détenant un certain poids ou pas à l'intérieur de la gestion du pouvoir sociétaria.

L'élément de l'incertitude est celui qui, bien que pouvant paraître en apparence marginal, conditionne le plus les actionnaires à intervenir pour en réguler les effets. Il est effectivement intéressant de remarquer, que les pactes d'actionnaires maîtrisant les transferts intra-groupe ou les transmissions à une société holding, si établis de façon spécifique et pertinente, peuvent réguler plus facilement les changements. Par ailleurs, les transferts « mortis causa » soit d'un point de vue juridique que d'application, paraissent difficilement maîtrisables de la part des actionnaires.

En droit français comme en droit italien, il apparaît qu'en cas de dissensions importantes entre le respect des principes juridiques protégeant les intérêts légitimes des héritiers et la liberté contractuelle déterminée entre autre, par la nécessité de protéger l'actionnariat et ses équilibres internes, le premier serait de toute façon prioritaire sur le deuxième. Il paraît en effet, que les droits rattachés à la personne en tant qu'individu priment sur l'intérêt des actionnaires membres d'une structure sociétariaire et que ce principe soit affaibli uniquement à partir du moment où l'élément de l'intuitu personae apparaît pour la société comme fondamental pour le maintien de sa stabilité et finalement pour sa survie.

De là les différences acceptées de régime entre les SARL et la SA et les diverses possibilités offertes aux actionnaires de maîtriser les chamboulements sociétaires dérivés du décès d'un actionnaire. La loi une fois encore, n'établit pas de règles rigides, mais donne des indications de principes à travers lesquels les praticiens devront structurer leurs analyses, afin de mettre en place des conventions qui tiennent face à la preuve d'un éventuel jugement.

Il n'en reste pas moins que, dans le cadre de l'évolution de la vie sociétariaire les actionnaires et surtout les membres appartenant au pool de direction et de gestion du pouvoir, devront entre autre sécuriser les minoritaires sur la stabilité des équilibres internes à la société. Pour ce faire, ils devront envisager l'aménagement de pactes intervenant dans les transmissions familiales, par rapport aux héritiers ou par rapport aux transferts inter vivo, ainsi que de conventions qui auront pour but de renforcer le contrôle du pouvoir et qui se réalisent par le biais des transferts de titres à une société holding partie du groupe ou directement intra-groupe.

En conclusion, il n'est pas raisonnable de ne pas prévoir que, durant toute la vie d'une société, des événements plus au moins aléatoires pourraient intervenir et chambouler le régime de stabilité existant. Certes, le régime sociétariaire et la composition de l'actionnariat sont des indicateurs importants par rapport aux choix qui doivent être effectués. Afin d'éviter l'application du régime prévu par le droit commun qui pourrait ne pas convenir à une situation donnée, il appartiendra aux actionnaires d'exploiter leur liberté contractuelle qui paraît être dans ce domaine assez large.

## CONCLUSION GENERALE

Cette étude, sur les pactes d'actionnaires entre la loi et la pratique des affaires, selon la culture juridique française et italienne, a été envisagée en considérant prioritairement les contrats passés entre les actionnaires. Le contenu de ces pactes n'est généralement pas incorporé dans les statuts, bien qu'il puisse être rendu public par des procédures spécifiques de communication ayant pour objet de déterminer: les modalités et conditions d'acquisition et de perte de la qualité d'actionnaire; les droits et obligations attachées à cette qualité; les règles d'organisation et de fonctionnement de la société et les modalités de participation des actionnaires à la gestion de celle-ci.

Selon cette idée première, l'étude a cherché à mettre en évidence les deux éléments essentiels sous jacents aux dynamiques organisationnelles, en dissociant les pactes qui par leur nature et leur fonction ont normalement plus d'influence dans le domaine du capital social et ceux qui influencent prioritairement la distribution et l'organisation du pouvoir sociétariaire.

Il est certain, que dans la pratique des affaires, il est possible d'envisager une modulation spécifique de ces deux éléments et d'intervenir de manière particulière dans la rédaction de ces accords pour affiner l'un et l'autre, selon les priorités et les besoins de l'entreprise. Bien qu'il existe des paramètres standards qui constituent des voies obligatoires à parcourir pour leur formalisation, normalement déterminées par un système législatif structuré et très complexe, les parties ont la liberté d'envisager des aménagements particuliers à leur situation.

La loi reste la référence fondamentale pour limiter les dérives de la pratique et essayer d'intervenir efficacement dans la réglementation de certaines des conventions qui, selon le cas seront soumises à des contraintes de communication ou de formalisation prédéterminées par le cadre normatif spécifique. En effet, les sociétés cotées sur les

marchés réglementés, se doivent de respecter des protocoles préétablis par la commission des opérations de Bourses et de valeurs française ou par la Co.N.Sob italienne.

De même, pour certains pactes bien qu'insérés dans le cadre de sociétés non-cotées, au vu de leurs conventions et du niveau d'ingérence que celles-ci présentent par rapport aux clauses statutaires, la loi leur impose des formes de communication ou de formalisation prédéterminées.

L'étude a relevé que les obligations imposées aux premières peuvent avoir des conséquences directes sur la validité du pacte, tant est ce qu'on ne parle pas d'efficacité relative, mais plutôt de nullité de l'acte-même. Pour les deuxièmes l'efficacité de l'accord reste variable entre les parties et ressent d'une nullité relative face aux tiers au pacte, à moins que celui-ci ne soit contraire aux normes impératives et à l'ordre public sociétaire.

Il a été relevé en outre, que malgré les différences d'approche tant économique, politiques, historiques que législatives entre les deux pays pris en référence, à l'heure actuelle, les deux ordres juridiques reconnaissent ces accords extra-statutaires. En effet, si en France la loi a permis, par son évolution constante, une correspondance plus importante entre la pratique des affaires et les références juridiques, en Italie en dépit du retard sur cet aspect, la jurisprudence et la doctrine ont essayé de combler les manques.

Aujourd'hui surtout à cause de l'harmonisation communautaire du droit sociétaire, bien que les juges Italiens se montrent moins disponibles face à une reconnaissance de ces conventions par rapport à la jurisprudence française, des avancées importantes ont été effectuées. En effet, la position plus en retrait de la jurisprudence italienne relève, de nos jours, plus du poids de la tradition, de la culture doctrinale et de la difficulté d'effectuer un choix législatif systématique et structurel, homogène et cohérent aux implications politiques, sociales et économiques, fondamentales pour la restructuration globale du système sociétaire.

Malgré les règles très rigides imposées aux sociétés cotées, surtout pour ce qui concerne les pactes aménageant les statuts par rapport à l'organisation et à la gestion effective du pouvoir à l'intérieur des organes sociétaires, dans tous les autres cas les normes et les jurisprudences actuelles françaises et italiennes acceptent d'envisager a priori positivement la validité des accords extra-statutaires. Cela veut dire, que les conventions intervenant prioritairement sur les dynamiques spécifiques concernant la gestion du capital social paraissent moins inquiéter les législateurs et les juges.

Il paraît acquis que des clauses afférentes aux conditions de retrait et de sortie des actionnaires ou à la dilution du capital, ainsi que celles concernant les droits de l'associé le plus favorisé et la clause de préemption peuvent se définir normalement de manière à ne pas perturber structurellement et fondamentalement les équilibres déterminés par les statuts, surtout pour ce qui concerne la répartition du pouvoir et l'administration de celui-ci. Ce fait, permet à ces clauses d'être moins soumises à l'a priori négatif de la jurisprudence, comme si les aménagements touchant prioritairement la gestion économique de la société, ne pouvaient pas emporter les mêmes conséquences que celles intervenant dans l'organisation du pouvoir.

On se rend compte que tous les accord afférents prioritairement et plus directement l'exercice du pouvoir, tels que les conventions de vote et les syndicats de vote ou de bloc relatifs, créent plus de problèmes et soulèvent plus d'inquiétude. La philosophie juridique des deux pays paraît, de ce point de vue, homogène et uniforme et ce, indépendamment de certains décalages en terme concernant les diverses formulations normatives françaises et italiennes.

Les deux droits en présence se préoccupent plus d'envisager un cadre normatif strict et réglementé, face à certains pactes extra-statutaires, qui a priori sont considérés intervenir de manière parfois trop invasive, par rapport aux normes impératives établies dans les statuts et au principe de protection des catégories retenues les plus faibles dans

le cadre sociétaire, dans la gestion du pouvoir. Cet élément prioritaire pourrait, par lui même, avoir des répercussions importantes sur les équilibres sociétaires allant jusqu'à conditionner activement la gestion du capital social.

Cette façon d'envisager la problématique est ressentie de manière forte dans le régime spécifique des sociétés cotées, dans lesquelles la dématérialisation du capital des actions a effectivement accentué le rôle fondamental du pouvoir sur la gestion du capital. Prenant en compte les dynamiques présentes dans le monde des affaires, il serait possible d'en convenir ainsi, si effectivement la puissance financière de l'actionnariat qui détient le pouvoir pouvait être complètement détachée de la manipulation de celui-ci. C'est-à-dire, s'il était possible d'envisager un pouvoir majoritaire même avec une possession minoritaire du capital social.

Il n'est normalement pas pensable d'influencer de manière déterminante la politique et la gestion du pouvoir sociétaire, en détenant uniquement une cote-part minoritaire du capital social. Cela signifie, que selon la quantité effective d'actions détenues et selon la catégorie spécifique de celles-ci, on peut imaginer réellement quelle sera la proportion disponible à l'actionnaire pour intervenir dans le cadre décisionnaire de la structure sociale. Finalement, dans la pratique des affaires le rôle et l'importance de ces deux éléments se retrouvent inversés, par rapport à ce que l'on retrouve comme priorités « législatives ».

Une conséquence évidente de cette inversion structurelle est le fait, que les normes en la matière, dans les deux ordres juridiques étudiés, se concentrent essentiellement sur la définition du régime des pactes extra-statutaires gérant le pouvoir des sociétés cotées sur les marchés réglementées par voie déductive, en application du cadre législatif principal. A la pratique jurisprudentielle et à l'analyse doctrinale, le rôle d'en relever les éléments communs et divergents. De plus, le cadre normatif ne sera fixé, par des lois spécifiques, que pour ce qui concerne les sociétés de capitaux.

En dehors de ces sociétés de capitaux, les lois n'interviennent pas de manière directe sur le régime de ces conventions, en touchant presque exclusivement les aspects rattachés principalement à la gestion du pouvoir à l'intérieur des organes sociétaires. On dirait presque que les législateurs français et italiens n'ont pas voulu se confronter directement à la question de la gestion des équilibres financiers, en préférant intervenir sur un autre front.

Cette ligne directrice des normes régissant la matière, trace une frontière qui d'un côté laisse entrevoir un domaine très étroit et de l'autre offre d'amples marges de manœuvre pour toutes les autres réalités hétérogènes qui composent le monde des affaires. Mais cela signifie aussi, que beaucoup de choses sont laissées dans l'incertitude et que les actionnaires d'une SA non cotée ne trouveront pas de réconfort dans les lois mais peut-être et plutôt dans les évolutions doctrinales et jurisprudentielles.

Il en reste pas moins, que dans la pratique, sans capital on ne peut détenir le pouvoir et que la typologie du capital détenu est essentielle pour qualifier la proportion et l'influence de pouvoir qu'un actionnaire a à l'intérieur du domaine sociétaire. La position législative est tout à fait compréhensible, car dans les sociétés de capitaux les dynamiques rattachées à la gestion et l'organisation du pouvoir sont essentielles pour arriver à déterminer qui effectivement assume « les responsabilités » de la gestions sociale, laquelle aura des répercussions évidentes sur le capital et sur les choix stratégiques de la société, par rapport à ses investisseurs.

De là, toute la question afférente au principe de la démocratie qui devrait régir les rapports sociétaires, en respectant la pleine liberté d'expression du vote en assemblée. Principe qui ne peut pas se concrétiser dans la réalité des dynamiques sociales, car considérer le système majoritaire de prise de décisions en assemblée, comme un mécanisme démocratique, ne peut être qu'une illusion. Sur le même paradigme d'interprétation, s'insère aussi toute la problématique concernant la protection de l'actionnaire plus faible, normalement correspondant au minoritaire et

la nécessité d'envisager le respect fort, de l'ordre public sociétaire et des normes impératives généralement contenues dans l'acte social statutaire.

Par conséquent, si le droit se préoccupe plus d'encadrer la matière selon ces priorités, effectivement déterminées par la forma mentis juridique, qui requière la détermination et l'identification des sujets, dans leur rôle sociétaire; la pratique opère selon des phrases chronologiques nécessaires et correspondantes à la logique sociétaire. Le législateur a une fonction institutionnelle qui lui impose de se concentrer sur les aspects afférents les dynamiques purement juridiques de la matière, qui demandent, entre autre, la définition des sujets « responsables », de leurs capacités d'intervention et surtout de déterminer les limites des accords inter partes, par rapport au respect des principes d'ordre public sociétaire. N'y-a-t-il pas une possibilité de rencontre entre ces deux positions qui, bien que fondamentales dans leur cadre de référence, paraissent parallèles et par conséquent, difficilement joignables? Il est important de rappeler que l'évolution législative communautaire concernant les SE, réitère cette forma mentis, car il est possible pour les minoritaires de faire entendre leur voix si une SA décide de créer une SE holding, au cas où l'État membre veuille en assurer une protection majeure par rapport à celle déjà en vigueur ou encore si une SA désire se transformer en SE, le respect de liens nés avant le transfert doit être en quelque sorte assuré par la société concernée. Dans ce cadre encore le législateur se préoccupe avant tout de la manière dont le pouvoir sera effectivement gérer et valide ultérieurement le fait que le droit en la matière doit se soucier avant tout de préserver les plus faibles d'un « abus de pouvoir » de la part de ceux qui le détiennent. Aucune mention n'est faite même indirectement de l'évaluation éventuelle des répercussions importantes que ces modifications peuvent générer dans le domaine des équilibres financiers sociétaires. Peut-on alors imaginer, que si l'on assure la protection des minoritaires en ciblant comme objet de l'action le pouvoir, indirectement, des répercussions sur les éléments financiers correspondant sont inévitables?

En définitive, il s'agit de deux préoccupations différentes. Les actionnaires et surtout les minoritaires, bien que conscients de l'importance de la qualité de l'exercice du pouvoir, savent que la rentabilité de leurs investissements ne peut être assurée que par un groupe compétant, dirigeant stratégiquement la société de façon efficace et ce, indépendamment du niveau de protection des lois. L'aspect législatif a pour eux son importance, car la loi prévient les actions abusives du pouvoir, ce qui représente une sécurité indéniable. Les actionnaires minoritaires savent aussi que leur position les empêche de facto d'intervenir au-delà de certaines limites.

Il s'agit donc de choisir, si l'on veut être minoritaire tant dans les droits et les obligations que dans les risques et enjeux financiers correspondants ou si l'on préfère rentrer dans la « cour des grands » et en assumer les responsabilités. Les principes légaux impératifs jouent un rôle de support et d'aide face aux inquiétudes des minoritaires appelés à jouer les seconds rôles dans l'actionnariat.

Il n'y a donc aucune opposition, mais des priorités différentes, tout à fait légitimes d'un côté comme de l'autre et qui ne peuvent être dissociées. On pourrait conclure alors, que le droit et la pratique des affaires voyagent sur une même ligne, se préoccupant l'une et l'autre d'aspects différents, mais complémentaire et selon les circonstances hiérarchiquement différents, en assumant des valeurs et des rôles inversés.

Ce qui reste regrettable est le fait, que s'agissant du régime juridique des pactes d'actionnaires, la jurisprudence, tant en droit français qu'en droit italien, soit souvent myope, et se limite souvent aux aspects plus formels que substantiels du rapport contractuel. Ce qui donne l'impression que la loi est parfois très éloignée des vrais problèmes de cette pratique des affaires, en se cantonnant à réglementer le jeu du pouvoir, sans approcher de plus prêt les vraies questions stratégiques. Les minoritaires désirent être préservés des manipulations frauduleuses du pouvoir et augmenter ainsi leur protection face aux majoritaires, mais en tenant compte du fait que celle-ci engendre des effets bien plus gênants que de limiter leur capacité à intervenir sur la gestion sociétaire, qui est en elle même déjà réduite par leur position naturelle de

minoritaires.

S'il est certain que celui qui détient majoritairement des parts de capital social puisse intervenir plus directement et aisément dans les choix stratégiques de la gestion du pouvoir, il ne l'est pas, que celui qui est minoritaire dans le partage de l'actionnariat puisse récupérer une partie de son désavantage uniquement grâce à des dispositions législatives, sans trop se soucier des effets réels que celles-ci auront sur sa possibilité effective d'intervenir dans l'organisation et la gestion du capital social.

Les pactes d'actionnaires peuvent être envisagés comme des moyens supplétifs qui, dûment aménagés et correctement établis, peuvent concrétiser le désir légitime des minoritaires, tout en respectant leur position et finalement sans dénaturer le rôle spécifique de la majorité. Est-il souhaitable que les lois aillent plus loin? Est-ce nécessaire que le droit s'immisce dans des domaines qui, selon une vision réaliste, devraient être laissés à la définition des règles libérales du marché et de son organisation structurelle, telle que nous la concevons dans nos régimes économiques occidentaux?

Il est certain que trop de lois, trop de réglementation peuvent amener à l'étouffement de la liberté de choix et du désir à l'autodétermination des parties. En revanche, il serait probablement souhaitable que les législateurs français, italiens, mais aussi communautaire fassent un effort de concrétisation du droit. Il est possible d'envisager une évolution législative plus conforme aux souhaits réels des actionnaires et pas uniquement des minoritaires, en recadrant le système législatif de manière à prendre en compte de façon plus tangible et directe les dynamiques présentes dans la gestion et l'organisation du capital social. Cela passe probablement par une définition nouvelle des modalités et des principes afférents la gestion du pouvoir sociétaire.

En attendant, les pactes d'actionnaires ont encore un avenir prometteur devant eux, car leur intervention permet effectivement de mitiger ces contrastes et de faire en sorte, que ces deux positions, apparemment inconciliables, puissent se conjuguer et devenir complémentaires.

## BIBLIOGRAPHIE

### UNION EUROPEENNE

#### ? REGLEMENTS EUROPEENS

Règlement du conseil sur le statuts de la société européenne, du 8 octobre 2001, JOCE L 294 du 10 novembre 2001, in Dalloz, 2001, n° 43, 3496

#### ? DIRECTIVES ET LOIS D'APPLICATION FRANCAISES

1<sup>ere</sup> directive n° 68/151 du 9 mars 1968(immatriculation des sociétés)

ordonnance n° 69-1176 du 20 décembre 1969 modifiant la loi n° 66-537, FRA du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales(JORF du 28 décembre 1969) – Décret n° 69-1177 du 24 décembre 1969 modifiant le décret n° 66-236 du 23 mars 1967 sur les sociétés commerciales

2<sup>e</sup> directive n° 77/91 du 13 décembre 1976( exigences en matière de capital) loi n° 81-1162 du 30 décembre 1981 relative à la mise en harmonie du droit des sociétés commerciales avec la deuxième directive adoptée par le conseil des communautés européennes le 13 décembre 1976(JORF du 31 décembre 1981, p. 3593)

3<sup>e</sup> directive n° 78/855 du 9 octobre 1978(fusion des SA) loi n° 88-17 du 5 janvier 1988 relative aux fusions et scissions de sociétés commerciales adoptée le 21-12-1987(JORF du 6 janvier 1988, p. 227)

#### ? DIRECTIVES ET LOIS D'APPLICATION ITALIENNES

1<sup>re</sup> directive n° 68/151 du 9 mars 1968(immatriculation des sociétés), Decreto del presidente della repubblica de 29 dicembre 1969, n° 1127) (Gazetta Ufficiale della repubblica italiana n° 35 du 10 févr. 1970, p. 782)

2<sup>e</sup> directive n° 77/91 du 13 décembre 1976( exigences en matière de capital), Decreto del presidente della repubblica de 10 febbraio 1986, n° 30( Gazette ufficiale de 18 febbraio 1986 n° 40)

#### - OUVRAGES GENERAUX ET MANUELS

BALENSI

« Les conventions entre les sociétés commerciales et leurs dirigeants » Paris 1975

BEZARD

« La société anonyme », Monchrestien, 1986

« Pacte d'actionnaire dans une société anonyme », Monchrestien, 1988

BOULLET-CORDONNIER

« Pactes d'actionnaires et privilèges statutaires », Litec, 1992, p. 19

CAUZIANO, VIANDIER

« Droit des sociétés » Litec, 1995, p. 186

CHAPU

« Droit des sociétés », PUF, coll. « droit fondamental », 1993

CHARTIER

« Les sociétés commerciales », PUF, coll. Thémis, 3<sup>ème</sup> éd., 1992

COPPER ROYER

« Traité des sociétés anonymes », 4<sup>ème</sup> éd., tome II, Paris, 1931, N° 381 bis, p. 604

CORDIER

« Le renforcement des fonds propres dans les sociétés anonymes », Paris 1989, n°2-21

COURET, LE CANU et ALII

« Sociétés par actions simplifiées », GLN Joly éd., 1994, spéc. Chapitre I, « SAS et pactes d'actionnaires » par PH. Delebecque

COZIAN, VIANDIER, DEBOISSY

« Droit des sociétés », Litec, 15<sup>ème</sup> éd., 2002

DAIGRE et M. SENTILLES-DUPONT

« Pacte d'actionnaires » GLN Joly, éd. 1995, n° 13

DELEBECQUE, GERMAIN

« Traité de droit commercial », de ripert et Roblot, t. II, « Effets de commerces, Banque et Bourse, contrats commerciaux, Procédures collectives, LDGJ, 16<sup>ème</sup> éd. 2000

DIDIER

« Droit commercial », t. II, « L'entreprise en société, les groupes de sociétés », PUF, coll., Thémis, 1999

ESCARRA et RAULT

« Traité théorique et pratique de droit commercial », I, Paris, 1950, p. 545, n° 482

GERMAIN

« Traité de droit commercial » de ripert et Roblot, t. I vol. 2, « Les sociétés commerciales », LGDJ, t. I vol. 2, « Les sociétés commerciales », LGDJ, 18<sup>ème</sup> éd., 2002

AFFRENI

« La nozione d'impresa comunitaria », in Tratt. Dir. Comm., diretto da GALGANO, II, l'impresa, Padova, 1978, p. 129

ALESSI-OLIVIERI

« La disciplina della concorrenza e del mercato », Torino, 1991, p. 55, p. 59

ANDREOLI

« La cessione del contratto, Padova, 1951

ATIAS

« Teoria contro arbitrio. Elementi per una teoria delle teorie giuridiche » trad. it., Milano, 1990, p. 110

AZZARATI

« Le successioni e le donazioni », Padova, 1982, p. 10

BARBERO

« Il sistema del diritto privato », nona edizione a cura di Liserre e Floridia, Torino, 1988, p. 297

BIGLIAZZI-GERI, BRECCIA, BUSNELLI, NATOLI

« Diritto civile », 1, Torino, 1986, p. 795

## ARTICLES, CHRONIQUES ET NOTES

ACH, RODOLPHE

« Les problèmes juridiques posées par la démocratisation dans les sociétés par actions », in petites affiches, 1er janvier, 1997, n° 1

AVIS COB, juin 1977, in rev. Trim. Dr. Com., 1992, 547

BAJ

« La cessibilité du droit de vote », in cahier droit de l'entreprise, 1996, n° 4, p. 16

BARDOUL

« L'achat d'un bien important à un actionnaire par une société anonyme moins deux ans après sa constitution », in Rev. Sociétés, 1983, 285

« Les clauses d'agrément et les cessions d'actions entre actionnaires », in D., 1973, 137

BERDAH

« Fonctions et responsabilités des dirigeants des sociétés anonymes », in sirey, 1974, p. 240

BERTEL

« Liberté contractuelle et sociétés – Essai d'une théorie du « juste milieu » en droit des sociétés », in rev. TDC, 1996, p. 595, note 5, p. 596

BISQUERRA et LENCQUESAINE

« Prêts-emprunts de titres, éléments d'une doctrine », in Banque, 1990, 1063

BISSARA

« L'inadaptation du pouvoir français des sociétés aux besoins des entreprises et les aléas des solutions », in Rev. Sociétés, 1990, p. 533

BLAISE

In Encyclopédie Dalloz sociétés, 2 éd. V°. Apports n° 92

BOITARD

« La négociation des blocs de titres », in JPC, 1974, I, 266

BONNEAU

« La diversification des valeurs mobilières », in Rev. Trim. Dr. Com. 1988, 535

## JURISPRUDENCE

Conseil constitutionnel, 4 juillet 1989, in Recueil Dalloz, 1990, jur., 257

Cass. Civ., 20 mars 1929, in DP, 1930

Cass. Civ., 7 avril 1932, in DP, 1933, I, in DH, 1932, 2

Cass. Civ., 9 février 1937, in D., 1937, 1, 73

Cass. Civ., 10 juin 1960, in Rev. Soc., 1961, 34

Cass. Civ., 20 mai 1967, in JCP, 67, II 152.97

Cass. Civ., 24 mars 1971, in Bull. Civ., III, n° 210

Cass. Civ., 28 octobre 1974, in Bull. Civ., IV, n°301

Cass. Civ., 12 novembre 1974, in Dalloz, 1975

Cass. Civ., 8 novembre 1976, in Rev. Soc., 1977, 285

Cass. Civ., 6 février 1980, in Rev. Soc., 1980

Cass. Civ., 13 novembre 1980, in D., 1981, 541, in Rev. Soc., 1981, 788

Cass. Civ., 19 décembre 1980, in Bull. Civ., I, n° 321

Cass. Civ., 26 octobre 1982, in Bull. Civ, III, 208

Cass. Civ., 19 décembre 1983, in Rev. Soc., 1985

Cass. Civ., 10 janvier 1984, in RTD Civ., 1985, n° 82-15.477

Cass. Civ., 6 juin 1984, in Bull. Civ. III, n° 83-11.540, n° 111, p. 88

Cass. Civ., 3 janvier 1985, in Bull. Civ. I, n° 4

Cass. Civ., 30 mai 1985, in D. 1986, jur., n° 84-11.795

Cass. Civ., 3 juin 1986, in Rev. Soc., 1987

Cass. Civ., 8 juillet 1986, in BRDA 86, n° 22, p. 21, in RTD Civ. 1986, 391

Cass. Civ. 1 ère, 22 juillet 1986, in Bull. Civ., I, n° 224, in D., 1987, somm. 390

Cass. Civ. 1 ère, 7 avril 1987, in Bull. Joly., 1987; JCP, éd. E, 1988, II, n° 15133  
Cass. Civ., 29 octobre 1990, in Bull. Joly, 1990  
Cass. Civ. 3 ème, 17 juillet 1992, in Bull. Civ. III, n° 90-18.810, n° 254, p. 156  
Cass. Civ. 1 ère, 16 juillet 1992, in RJDA, 12/1992, n° 1138  
Cass. Civ. 1 ère, 16 décembre 1992, in Bull. Joly, 1993, § 85  
Cass. Civ. 3 ème, 15 décembre 1993, in JCP, éd. G, 1995, II, n° 22366  
Cass. Civ. 1 ère, 15 juin 1994, in D., 1995, 342  
Cass. Civ. 1 ère, 29 novembre 1994, in Bull. Joly, 1995, § 48  
Cass. Civ. 1 ère, 13 juin 1995, in Rev. Soc., 1996, 75  
Cass. Civ. 3 ème, 4 octobre 1995, in Rev. Sociétés, 1996  
Cass. Civ. 12 mars 1996, in BRDA, 1996  
Cass. Civ. 20 juin 1996, in BRDA, 1996

?