

UNIVERSITÉ DE NEUCHÂTEL
Faculté de Droit et des Sciences Economiques

L'action nominative liée
en droit suisse et en droit français

THÈSE

présentée à la Faculté de Droit
et des Sciences Economiques
pour obtenir le grade de docteur en droit

par

NABIL CHARAF
licencié en droit

Imprimerie A 34, Marin
Septembre 1977

Monsieur Nabil Charaf est autorisé à imprimer sa thèse de doctorat en droit intitulée «L'action nominative liée, en droit suisse et en droit français».

Il assume seul la responsabilité des opinions énoncées.

Neuchâtel, le 15 septembre 1977.

Le doyen
de la Faculté de Droit
et des Sciences Economiques

JEAN GUINAND

A ma femme

INTRODUCTION

Les actions nominatives liées sont actuellement très répandues en Suisse comme en France. Les sociétés attribuent une importance particulière à leur cession.

Notre travail a pour but d'étudier l'action nominative dont le transfert est subordonné à l'agrément de la société selon le droit suisse et le droit français. Il s'agit surtout d'une étude parallèle des deux systèmes du transfert qui nous permet de dégager les divergences qui existent et de proposer une solution de rapprochement en s'inspirant des statuts de la société européenne.

La règle essentielle en France est que la clause d'agrément ne doit pas empêcher la sortie de l'actionnaire de la société. En Suisse, le Code des obligations permet aux sociétés anonymes d'interdire totalement le transfert. Les conséquences juridiques du refus d'agrément ne sont donc pas identiques dans les deux Etats limitrophes.

Nous nous trouvons confronté d'emblée à deux conceptions différentes, raison pour laquelle, par souci de clarté, nous avons rédigé notre étude par pays dans les chapitres qui suivent.

Première partie

L'ACTION

Chapitre premier

NATURE JURIDIQUE DE L'ACTION

1. Le mot "action" a un triple sens (1) :
 - fraction du capital social (art. 620 CO, art. 73 LF)
 - ensemble des droits et des obligations de l'actionnaire ou sociétariat
 - titre qui incorpore les droits de l'actionnaire
 2. Le droit suisse et le droit français n'ont pas la même terminologie pour exprimer la nature juridique de l'action. L'un utilise le terme de "papier-valeur" (2) , l'autre emploie l'expression "valeur mobilière" ou encore "titre de bourse" (3).
- (1) DALSACE A., Manuel des sociétés anonymes, Paris, 1959, No 38, p.31.
 ESCARRA Jean, ESCARRA Edouard, RAULT Jean, Traité théorique et pratique de droit commercial, Les sociétés commerciales, Tome III, Paris, 1955, p. 1.
 de STEIGER Fritz, Le droit des sociétés anonymes en Suisse, 4e édition, Lausanne, 1973, p. 17.
 PATRY Robert et AUBERT Maurice, Les valeurs mobilières en droit suisse, Mémoires publiés par la Faculté de droit, Genève, 1970, No 31, p. 8.
- (2) Papier-valeur, traduction littérale de l'allemand "Wertpapier". Toutefois, la doctrine récente de langue française emploie aussi l'expression de valeur mobilière, Cf. PATRY et AUBERT, Op. cit, p. 1 et ss., Cf. également la jurisprudence du Tribunal fédéral, JT 1958 I 477.
- (3) En France, Eric Thaller a critiqué la terminologie juridique allemande "papier-valeur" adoptée par la Suisse, qui estime que ce terme trouverait difficilement son équivalent en français à moins de le traduire par le mot de valeur. Thaller utilise plutôt l'expression "titre de crédit", Cf. THALLER, De la nature juridique des titres de crédit, Ann. dr. com., 1906, p. 4.

Sans doute, le terme de papier-valeur est une notion plus large que celle de titre de bourse. Cette dernière désigne des valeurs susceptibles d'avoir un cours sur le marché, alors que celle-là comprend aussi les lettres de change, les chèques et les titres hypothécaires.

3. Le droit suisse définit la notion de papier-valeur mais ne précise pas les titres qui correspondent à cette définition (1) : "Sont papiers-valeurs tous les titres auxquels un droit est incorporé d'une manière telle qu'il soit impossible de le faire valoir ou de le transférer indépendamment du titre" (art. 965 CO).

L'acquisition du titre est donc nécessaire pour permettre à son porteur d'exercer les droits qui s'y trouvent incorporés. Selon la théorie de l'incorporation du droit, il existe un lien étroit qui unit le droit au titre (2); le titre matérialise le droit et rend sa circulation plus facile.

4. La doctrine suisse reconnaît à l'action le caractère de papier-valeur (3). Elle se réfère aux articles 789 al. 3 et 853 al. 3 du Code des obligations relatifs à l'émission du titre sous la forme d'une part sociale par une société à responsabilité limitée et par une société coopérative. Elle constate que dans ces sociétés, le titre n'a pas le caractère de papier-valeur et qu'en l'absence d'une disposition analogue dans les articles régissant la société anonyme, l'action est donc un titre constatant ou incorporant la qualité de sociétaire.

(1) Le Code des obligations de 1936 est la première loi suisse à donner une telle définition.

(2) PIOTET Paul, Quelques considérations sur l'acquisition des cédules hypothécaires, lettres de rentes et obligations hypothécaires, JT 1959 I 457 et ss.

(3) JÄGGI Peter, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band V, Obligationenrecht, 7 Teil, Die Wertpapiere, art. 965, Zürich, 1959, p. 74 et ss.
PATRY et AUBERT, p. 8.

SIEGWART Alfred, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band V, Obligationenrecht, 5 Teil, art. 622, No 39, Zürich, 1945, p. 168.
de STEIGER, p. 21.

5. Si le sociétariat est incorporé dans un titre, l'existence de ce titre n'est cependant pas une condition absolument nécessaire pour prouver le sociétariat. Autrement dit, le principe de la théorie de l'incorporation du droit dans l'action n'a pas un caractère absolu (1). La doctrine et la jurisprudence semblent admettre que les droits incorporés dans le document peuvent être exercés indépendamment du titre (2). Ainsi en 1957 (3), le Tribunal fédéral, au sujet d'actions qui avaient été détruites au cours de la guerre a rappelé qu'en matière de société anonyme, les droits de sociétaire des actionnaires peuvent exister sans le titre qui les incorpore. Il ajoute également que "le titre n'est qu'un moyen auxiliaire dans les rapports de droit et que, par conséquent, la situation juridique effective doit passer avant le sort du titre."
6. En revanche, le droit français précise quels titres sont considérés comme valeurs mobilières mais ne donne pas une définition précise de celles-ci (4).

- (1) GUGGENHEIM Daniel, Le droit et le titre en matière d'actions et l'affaire de la Barcelona Traction, RSJ, 1971, p. 71, 72. PATRY Robert, commentaire à propos de l'arrêt Diskont und Handelsbank AG du 10 août 1973, SAS 46 (1974), p. 135. de STEIGER, No 1 et 4, p. 21.
- (2) JÄGGI, Kommentar, art. 971, 972, No 61 et ss. MERCIER Jean-Jacques, Le transfert de l'action nominative en droit suisse et allemand, thèse, Lausanne, 1935, p. 26 et ss. SIEGWART, Kommentar, art. 622, No 40, art. 967, No 30.
- (3) ATF 83 II 455 et ss., JT 1958 I 280, 285.
- (4) Les valeurs mobilières sont des titres négociables délivrés à l'actionnaire pour représenter son droit. Thaller entend par "titre de crédit", "les valeurs de tout genre enfermées par un instrument de papier, dans un certificat, se prêtant à une circulation facile et donnant au porteur un droit à une ou plusieurs prestations pécuniaires qu'il tire ou paraît tirer du titre lui-même", Cf. THALLER, p. 5, 6.

La loi française sur les sociétés commerciales de 1966 énumère, à son article 263, les valeurs mobilières d'une société anonyme sans les définir (actions et obligations). Il en résulte que le législateur considère l'action comme un titre négociable et transmissible (1).

7. La doctrine française, comme la doctrine suisse, considère que le droit de l'actionnaire peut exister en dehors du titre : la qualité de sociétaire ressort alors de la liste des actionnaires tenue par la société (2). Il est donc possible de dissocier ou de séparer le droit du titre et comme l'écrit Guggenheim : "L'on voit ainsi apparaître le caractère relatif de la règle de l'incorporation formulée à l'article 965 du Code des obligations suisse. Si l'on s'interroge sur la raison qui incite la doctrine, la jurisprudence, voire le législateur à admettre une dissociation aussi complète du droit et du titre, il faut la trouver dans la ratio legis de la règle de l'incorporation" (3).

- (1) La doctrine a reconnu la qualité de valeur mobilière à l'action, Cf. RIPERT Georges, Traité élémentaire de droit commercial, 7e édition par ROBLOT René, Tome II, Paris, 1976, No 1734, p.5.
VASSEUR Michel, Les valeurs mobilières en droit français, dans le régime juridique des titres de sociétés en Europe et aux Etats-Unis, Bruxelles, 1970, p. 221.
- (2) ESCARRA et RAULT, Tome III, No 997, p. 8.
- (3) GUGGENHEIM Daniel, p. 72.

Chapitre II

TRANSMISSIBILITE DE L'ACTION

1. Le problème de la transmissibilité en tant que caractéristique essentielle de l'action (1) s'est posé en Suisse et en France.

Quand l'ancien Code des obligations de 1881 fut promulgué en Suisse, à l'instar du code allemand, la transmissibilité était considérée comme un caractère essentiel de l'action. Le Tribunal fédéral a bien déclaré que "la circulation du titre est une des caractéristiques essentielles à tous les papiers-valeurs " (2). Mais l'apparition des clauses restrictives du transfert de l'action a permis aux auteurs suisses et allemands d'admettre que la transmissibilité n'appartenait pas à la nature fondamentale de l'action. Mercier citant Lehman écrit: "... Une action transmissible avec cette restriction reste une action et reconnue comme telle par les législateurs suisse et allemand. Par conséquent, il est absurde de voir dans cette transmissibilité plus qu'une qualité "naturelle" de l'action" (3).

- (1) Pour étudier les caractéristiques de l'action, les auteurs français distinguent entre la part de l'associé dans la société anonyme ou dans la société en commandite par actions et la part de l'associé dans les sociétés de personnes. PIC Paul, Critérium de la distinction de l'intérêt et de l'action, Ann.dr.com., 1910, p. 441. FRAISSAINGEA Louis, Le double critérium de l'action, Ann.dr.com., 1914, p. 5.

- (2) ATF 41 II 43.

- (3) MERCIER, p. 90.

Certains auteurs suisses considèrent la négociabilité de l'action comme élément essentiel de la notion de papier-valeur. Cf. COIGNY Jean, De la nature juridique des livrets d'épargne, thèse, Lausanne, 1933, p. 67, 68.

2. Une vive controverse est née au sein de la doctrine française au sujet du caractère essentiellement transmissible de l'action, en raison surtout de la présence des clauses restrictives du transfert.
Les uns soutenaient que la négociabilité est un des caractères intrinsèques de l'action et refusaient d'admettre la clause restrictive en la déclarant incompatible avec la société par actions (1). En effet, empêcher la transmissibilité de l'action par le biais d'une clause statutaire constitue une atteinte fondamentale à son caractère négociable et lui fait perdre sa vraie nature.
3. La majorité de la doctrine, favorable aux clauses restrictives, estimait que la transmissibilité n'est pas la qualité première de l'action et que ces restrictions étaient valables: "La libre cessibilité n'est pas de l'essence de l'action, les restrictions conventionnelles apportées par les statuts à la libre cession du titre demeurent sans influence sur la nature de celui-ci" (2).
4. Qu'elle est la position de la jurisprudence? Un arrêt du 14 mai 1895 considère "qu'il est de l'essence des actions de pouvoir être cédées."
L'existence des clauses statutaires est également reconnue par une série d'arrêts, à la condition que les restrictions apportées au droit de libre circulation des titres ne suffisent pas à enlever à ceux-ci leur caractère d'actions (3).
Cependant, tant pour la doctrine que pour la jurisprudence, la règle essentielle est que l'actionnaire doit toujours avoir la possibilité de sortir de la société (4); en d'autres termes, de pouvoir transférer ses droits.
Si l'associé demeure prisonnier de son titre, c'est qu'il ne s'agit pas d'une action.
5. Les controverses à propos de la validité des clauses d'agrément sont devenues sans objet depuis la promulgation de la loi de 1966.

(1) FRAISSAINGEA, p.5 et ss.

HAMEL et LAGARDE, Tome I, No 523.

(2) ESCARRA et RAULT, No 1006, p.17.

(3) D. 1895 I 467.

Cass. 19 février 1878, D. 1879 I 332.

Cass. 4 janvier 1888, D. 1888 I 37, Rapport Cotelle.

Civ. 20 février 1894, D. 1894 I 289, Rapport Roussellier.

(4) D. 1955 I 237, Note Ripert.

Deuxième partie

L'ACTION NOMINATIVE

Chapitre premier

NATURE JURIDIQUE

La nature juridique de l'action nominative diffère en droit suisse et en droit français.

A) Droit suisse

L'action nominative est considérée comme un titre à ordre transmissible par voie d'endossement ainsi que par une inscription du titulaire au registre des actions.

1. L'alinéa 2 de l'article 684 CO dispose que "le transfert peut avoir lieu par la remise du titre endossé à l'acquéreur."

Bien que le Code des obligations suisse ne précise pas clairement la nature juridique de l'action nominative, la doctrine (1) estime que cet endossement est celui des articles 1001 ss. CO.

Par ailleurs, la doctrine ajoute que l'endossement prévu à l'article 684 al. 2 est un endossement technique (2). Or, ce mode de transfert est analogue à celui utilisé aux articles 968 et 969 CO relatifs aux papiers-valeurs transmissibles.

En conséquence, les actions nominatives sont considérées comme des titres à ordre transmissibles par endossement.

- (1) JÄGGI, Kommentar, art. 965, SAS 23 (1950-1951), p. 155.

KRAFFT Mathias-Charles, La dissociation des droits de l'action nominative, thèse, Lausanne, 1963, p. 31.

PATRY et AUBERT, p. 90, 91, SIEGWART, Kommentar, art. 622, No 72, de STEIGER, p. 151.

WIOMER Carl Niklaus, Die Abspaltung der Aktionärrechte, thèse, St.Gall, 1969, p. 87 et ss.

- (2) JÄGGI, Kommentar, art. 968 et 969, No 14.

DEVERIN Jean-Pierre, Etude comparée de l'endossement et de la cession civile des titres à ordre, thèse, Lausanne, 1936, p. 26, MERCIER, p. 110, RIBI Hans, Von der Uebertragung der Wertpapiere, thèse, Zürich, 1959, p. 251, SAUTAUX Jean, L'engagement de l'action nominative liée, thèse, Fribourg, 1958, p. 8.

2. L'action nominative se présente comme un titre à ordre émis en vertu d'une disposition expresse de la loi (art. 1145 CO) . C'est un titre qui n'a pas besoin de mentionner les mots "à ordre" puisque cette mention se trouve dans le texte de la loi, par opposition aux titres à ordre conventionnels qui émanent de la seule volonté des parties (1). Même si l'action nominative est considérée comme un titre à ordre légal, l'article 684 al. 2 CO admet également d'autres modes de transfert, notamment la cession civile (art. 165 CO). Comme le précise Sautaux "le transfert peut avoir lieu et non doit avoir lieu par la remise du titre endossé" (2). La société anonyme peut donc, par une disposition statutaire, fixer le mode de transfert et exclure, par une clause mentionnée sur le titre, le caractère à ordre.
 3. Le Tribunal fédéral a confirmé à plusieurs reprises que l'action nominative est un titre créé par la loi selon l'article 1145 CO; son transfert s'opère par la remise du titre endossé ou si les statuts ne l'interdisent pas, la remise du titre accompagnée d'une cession (art. 165 CO) (3).
 4. L'action nominative et le titre nominatif prévu à l'article 974 CO se distinguent sur plusieurs points:
L'action nominative est considérée comme un titre à ordre légal, tandis que le titre nominatif n'est ni émis à ordre ni déclaré titre à ordre par la loi (art. 974 CO).
- (1) JÄGGI, Kommentar, art. 968 et 969, No 14, SAS 23 (1950-1951), p. 155.
PESTALOZZI-HENGgeler Regula, Die Namenaktie und ihre Vinkulierung, thèse, Zürich, 1948, p. 30.
SIEGWART, Kommentar, art. 622, No 72.
WIDMER, p. 87.
- (2) SAUTAUx, thèse, Introduction.
- (3) ATF 87 II 249 JT 1962 245, 250.
ATF 90 II 164 JT 1965 48, 58.

En outre, le transfert de l'action nominative s'effectue par endossement et le mode de transfert du titre nominatif est la cession.

Enfin, l'endossataire d'une action nominative acquiert les droits reconnus par la société et le cessionnaire du titre nominatif, uniquement les droits du cédant (1).

B) Droit français

1. Le droit français emploie l'expression de titre nominatif pour l'action nominative et tout titre négociable dont le titulaire est inscrit au registre de la société.
A la différence de la suisse, l'action nominative française n'est pas transmissible par voie d'endossement ou par une déclaration écrite, accompagnée par la remise du titre.
Le transfert se réalise par la radiation de l'ancien titulaire et l'inscription du nouveau au registre des actions.
2. Le législateur français a réglementé à plusieurs reprises le transfert du titre nominatif (2). Le Code de commerce de 1867 disposait à son article 36 alinéa 1er : "La propriété du titre peut être établie par une inscription sur les registres".
Le transfert par l'inscription au registre des actionnaires constitue-t-il le seul moyen d'effectuer le transfert de ce titre?

(1) Voir en détail l'étude sur les titres nominatifs.

Suisse: FLATTET Guy, Essai sur la nature juridique des titres nominatifs, thèse, Lausanne, 1945, RIBI, p. 163 et ss., WIOMER, p. 85, 86.

France: JULLIOT L. Ch., Nature juridique du transfert des titres nominatifs, Ann.dr.com., 1904, p. 201, 273 et ss., ULLMANN Lévy, Essai sur les titres nominatifs, Ann.dr. com., 1897, p. 50, 117 et ss.

- (2) Sur la réforme de 1920, CASSIN René, Le régime fiscal et juridique des titres nominatifs, Ann.dr.com., 1922.
Sur la réforme de 1934, HARDOIN Jean, Le nouveau régime des titres nominatifs, Ann.dr.com., 1935, p. 5, 113 et ss.
Sur la réforme de 1955, ROBERT M.E., Le nouveau régime juridique des titres nominatifs, Gaz.Pal. I 1956, Doct. p. 17.
ESCARRA et RAULT, No 1258, p.339.

La Cour de Cassation avait admis la cession civile pour opérer le transfert (1). Mais le décret-loi du 25 octobre 1934 a imposé à l'article 1er alinéa 2 le mode de transfert, en prescrivant que la transmission ne peut s'opérer que par le transfert au registre des actions.

Ce régime obligatoire du transfert a été repris par le décret du 7 décembre 1955 à l'alinéa 2 de l'article 1er. Finalement, la loi du 24 juillet 1966 impose le même régime du transfert à son article 265 alinéa 2 qui dispose : "Le titre nominatif est transmis à l'égard des tiers et de la personne morale émettrice, par un transfert sur les registres que la société tient à cet effet" (2).

3. Le droit français, à l'encontre du droit suisse, ignore les actions à ordre. En effet, la loi française de 1966 précise à son article 263 que les valeurs mobilières émises (actions et obligations) revêtent la forme de titres au porteur ou de titres nominatifs. Ce qui paraît exclure la forme à ordre. Pourtant, il existait en France des valeurs mobilières transmissibles par endossement. Une loi du 4 avril 1926 avait prévu la création d'actions à ordre et les avait réglementées dans les grandes lignes (art. 17 à 23). Mais elle n'a jamais reçu d'application pratique. Finalement, elle a été abrogée par un décret du 4 août 1949 (3). Une action à ordre serait donc nulle si elle était émise par une société française puisque le transfert par endossement est interdit.

- (1) Civ. 5 janvier 1926, D. 1926 I 65, Note Wagner, S. 1926 I 97, Note Lyon-Caen.
- (2) Depuis le décret de 1934, la jurisprudence a modifié sa position. Le transfert ne peut s'effectuer que par une inscription au registre des actions.
Cass. Req. 22 décembre 1943, Rev. Soc., 1949, Note George.
Cass. Com. 20 février 1962, Bull. Cass., 1962, No 115, 116, p. 3.
Cass. Crim. 10 janvier 1967, Gaz. Pal., 1967 I 125, D. I 125, D. 1967, Som. 27.
- (3) ESMEIN Paul, Etude sur le régime juridique des titres à ordre et au porteur, Rev. Trim. dr. civ., 1921, No 3 et ss., p. 5.

4. En considération de tout ce qui précède, la forme et le mode de transfert de l'action ne sont pas identiques dans les deux Etats voisins. L'acquéreur d'une action doit être inscrit au registre de la société selon les deux législations mais le droit suisse exige au préalable l'endossement du titre.

Cette différence résulte sans doute de la valeur attribuée à l'acte d'inscription par les deux pays. L'inscription au registre des actions est considérée en France comme le seul et unique moyen pour acquérir la qualité d'actionnaire. Les sociétés françaises sont très attachées à ce mode de transfert raison pour laquelle l'action à ordre n'a pas eu le succès voulu par le législateur de 1926. En revanche, les titres à ordre sont bien introduits en Suisse parmi le public et le transfert par endossement facilite la négociation de l'action entre l'actionnaire et l'acquéreur. L'inscription au registre de la société, contrairement au droit français, n'a qu'une portée déclarative. Nous examinerons en détail les effets de l'inscription selon les deux législations au chapitre suivant.

Chapitre II

LES EFFETS DE L'INSCRIPTION
AU REGISTRE DES ACTIONSA) Droit suisse

1. L'article 685 alinéa 1er du CO dispose que la société doit tenir une liste des propriétaires d'actions nominatives, appelée registre des actions, qui mentionne le nom et le domicile des actionnaires. Mais lorsque cette disposition n'est pas respectée, cela n'a aucune conséquence préjudiciable pour l'existence de la société et pour les droits et obligations des actionnaires (1).
Par ailleurs, selon l'alinéa 4 du même article, "Les personnes inscrites sur le registre des actions sont considérées comme actionnaires à l'égard de la société".
La portée de l'inscription au registre des actions en cas de transfert d'une action nominative a fait l'objet de vives controverses au sein de la doctrine.
Une littérature abondante a paru dans le cadre de l'étude de l'alinéa 4 de l'article 685 du CO (2).

- (1) BÜRGI Wolfhart F., Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band V, Obligationenrecht, 5 Teil, die Aktiengesellschaft, art. 685, No 1.
ATF 86 II 95 JT 1960 366, 368.
- (2) CARRY Paul, Problèmes relatifs au transfert des actions nominatives, Mémoires publiés par la Faculté de droit, Genève, 1952, p. 163 et ss.
CONNÉ Alfred, Die Namenaktie, thèse, Zürich, 1953, p. 80 et ss.
FLATTET Guy, La dissociation des droits de l'action, Mélanges François Guisan, 1950, p. 151, 152.
JÄGGI, SAS 23 (1950-1951), p. 153, 173, 193.
LANZ Paul, SAS 33 (1960-1961), p. 211 et ss.
MERCIER, p. 141, 142.
PATRY et AUBERT, p. 97 et ss.
PESTALOZZI-HENGGELE, p. 42 et ss.
RIBI, p. 251 et ss.
SCHWERTI René, Die Verpfändung von Namenaktien, thèse, Zürich, 1973, p. 29 et ss.
WIDMER, p. 37 et ss.

2. Il s'agit de savoir d'une part, si l'acte d'inscription est une condition d'acquisition de la qualité de membre et si l'actionnaire ne peut se légitimer à l'égard de la société que par l'inscription au registre des actions d'autre part.

Le Tribunal fédéral a longtemps attaché à cette inscription une valeur constitutive (1). Toutefois, la doctrine a critiqué cette conception. Elle distingue deux problèmes : celui de la titularité du droit et celui de la légitimation.

3. En ce qui concerne la titularité de la qualité de membre, le souscripteur original qui a fait un apport à la société est considéré comme le premier titulaire des droits reconnus par la société.

Le transfert de la qualité d'actionnaire s'opère par la remise à l'acquéreur du titre endossé. La qualité de sociétaire passe au porteur de l'action non seulement dans les rapports internes entre lui et l'aliénateur mais également à l'égard de la société. Et comme l'écrit Carry : " L'article 685 al.4 qui déclare que les personnes inscrites sur les registres des actions sont considérées comme actionnaires à l'égard de la société ne change rien à cette situation" (2), car cette disposition concerne le problème de la légitimation et non celui de la titularité du droit.

Dès le moment où l'aliénateur transmet le titre endossé à l'acquéreur, ce dernier devient titulaire des droits sociaux attachés à l'action.

1) ATF 65 II 225 JT 1940 330, 333, 334.
ATF 69 II 313 JT 1944 117, 120, 121.
ATF 75 II 348 JT 1950 396, 399.

2) CARRY, Mémoires, p. 170.

4. Reste le problème de la légitimation. Pour se légitimer à l'égard de la société, le nouveau titulaire des droits de l'action doit présenter le titre endossé à la société. Celle-ci inscrit son nom au registre des actionnaires. Qu'elle est la portée juridique de l'inscription au registre de la société prévue à l'article 685 du CO? La qualité d'actionnaire est-elle transférée par le contrat conclu entre l'aliénateur et l'acquéreur ou au contraire par l'inscription au registre des actions?

Le Code des obligations ne règle pas la question de légitimation à l'égard de la société.

Le Tribunal fédéral a longtemps attaché à cette inscription une valeur constitutive (1). Seule la personne inscrite au registre des actions est considérée comme actionnaire à l'égard de la société. L'inscription n'est pas une simple formalité. Elle constitue la condition d'acquisition du sociétariat.

Pris sous le feu de la doctrine qui attribuait à l'inscription une valeur déclarative (2), le Tribunal fédéral a finalement admis que l'inscription sur le registre de la société n'a pas d'effet constitutif (3). Il a tenu compte du fait que de nombreuses sociétés ne tiennent pas à jour la liste des propriétaires des actions nominatives, l'actionnaire non inscrit peut donc se légitimer par d'autres moyens que celui prévu à l'article 685 CO. L'inscription au registre des actionnaires n'est qu'une conséquence purement interne à la société du fait que l'acquéreur s'est légitimé par la production du titre régulièrement transféré et elle ne change rien à la situation déjà créée par cette légitimation. Nous verrons plus loin que dans le cadre du transfert de l'action nominative liée, la situation juridique du nouvel acquéreur est tout à fait différente.

(1) JT 1944 120.

(2) BÜRGI, Kommentar, art. 685, ad No 9, art. 686 ad No 43.
CARRY, Mélanges, p. 163 et ss.
JAGGI, SAS 23, p. 153 et ss.

(3) JT 1962 245 et ss.

JT 1965 48 et ss.

B) Droit français

1. La conception française de la portée de l'inscription au registre des actions est différente de la Suisse.
Le droit français a réglé d'une manière précise la question de la légitimation des droits de l'action nominative à l'égard de la société (décret du 7 décembre 1955 et décret d'application de la loi du 24 juillet 1966) (1).
L'article 1er du décret de 1955 dispose : "Les droits du titulaire d'un titre nominatif sont établis par une inscription sur les registres de la personne morale émettrice.
La transmission du titre nominatif ne peut s'opérer à l'égard des tiers et de la personne morale émettrice que par un transfert sur ces registres."
Il en résulte que l'acquisition de la qualité d'actionnaire ne peut être obtenue que par une inscription établie sur les registres de la société (2).
 2. Déjà avant l'adoption de ce décret, les Tribunaux français ont fait application de ce principe relatif à la portée de l'inscription. Ils ont déclaré que la société ne reconnaissait comme actionnaires que les personnes qui figuraient comme telles sur le registre des transferts (3).
- (1) J.O 8 décembre 1955, Gaz. Pal. 1955 II p. 844 et ss.
HEMARD J., TERRE F., MABILAT, la réforme des sociétés commerciales, décret du 23 mars 1967, Paris, 1967.
 - (2) ESCARRA et RAULT, No 996, p. 1258 et ss.
HEMARD J., TERRE F., MABILAT P., Les sociétés commerciales, tome II, No 101, 1974, p. 87.
PIC Paul, Sociétés commerciales, tome II, No 740, p. 65.
RIPERT et ROBLOT, No 1782 et ss., p. 26.
 - (3) Cour d'Appel d'Orléans, 12 février 1952, D. 1952 I 626 et Rev. Trim. dr. com., 1953, p. 138, obs. J. Rault.
Cf. également après la promulgation de la loi du 24 juillet 1966.
Cass. Crim. 10 janvier 1967, D. 1967, Som., p. 27, et Gaz. Pal. 1967 I 125.

3. Alors qu'en Suisse, le fondement du droit de l'actionnaire se trouve en dehors du registre des actions (1), les droits d'un titre nominatif ne peuvent être reconnus en France que par l'inscription au registre des actionnaires : "Immatri-culation vaut titre." (2).

Le droit français donne ainsi une force probante et absolue à l'inscription (3). Seul l'actionnaire inscrit est considéré comme le véritable propriétaire du titre. L'acte d'inscription est le titre unique de l'actionnaire du moins dans ses rapports avec les tiers et la société émettrice.

A chaque opération de transfert, il y a destruction de l'ancien titre et création d'un nouveau. Le porteur du titre acquiert ses droits non point de l'action que possédait l'actionnaire, mais du nouveau titre émis en sa faveur par la société.

Toutefois, la doctrine et la jurisprudence admettent que dans les rapports entre le cédant et le cessionnaire, la propriété de l'action est transférée dès que l'accord a été conclu sur la chose et le prix (4).

Le cessionnaire peut exiger du cédant d'accomplir les formalités nécessaires susceptibles de rendre cette acquisition opposable aux tiers, notamment à la société en demandant son inscription au registre des actionnaires.

(1) FLATTET, Mélanges, p. 155.

(2) ESCARRA et RAULT, No 1279, p. 363.

(3) JULLIOT, No 9, p. 34.

RIPERT et ROBLOT, No 1797, p. 34.

Cf. arrêts; 20 juin 1876, S. 77 I 450, D. 77 I 378.

24 juillet 1844, S. 44 I 787, D. 44 I 321.

21 février 1896, S. 98 II 89; Note Wahl.

27 juin 1923, Gaz. Pal., 1923 II 289.

(4) ESCARRA et RAULT, p. 347.

RIPERT et ROBLOT, No 1793.

Cf. arrêts; 24 avril 1907, D. 1907 I 302.

5 janvier 1926, O. 1926 I 65.

9 décembre 1926, O. 1928 II 17, Note Cohendy.

4. Une personne non inscrite au registre de la société peut-elle demander l'annulation du transfert d'un acquéreur de mauvaise foi? La jurisprudence est indécise (1) mais la doctrine admet que la personne non inscrite peut dans ce cas demander l'annulation à condition de démontrer d'une part la fraude de la personne inscrite et de prouver d'autre part qu'elle est le véritable actionnaire pour rétablir l'inscription en sa faveur (2).
5. L'examen auquel nous venons de nous livrer sur la portée de l'inscription nous suggère la remarque suivante.
Le droit français reconnaît seulement comme actionnaire la personne inscrite au registre des actions. C'est le procédé exclusif pour acquérir les droits du titre à l'égard de la société. Le système français apparaît donc comme plus rigoureux que le droit suisse. Cela peut être expliqué par le fait que le droit français ne connaît pas les titres à ordre. Or, nous avons vu que la formalité du transfert de ces titres est l'endossement. L'acquéreur du titre endossé devient propriétaire des droits d'actionnaire.

- (1) Cour de Paris 14 janvier 1848, S. 49 II 267, D. 1848 II 14.
Cass. 17 décembre 1873, S. 74 I 409, Note Labbé.
Cass. 23 juillet 1933, S. 33 I 679, D. 33 I 323.
Cour de Paris 16 juin 1942, S. 42 II 361, D. 42 II 202.
- (2) ESCARRA et RAULT, No 1280, p. 365.
RIPERT et ROBLOT, No 1798, p. 34.
Cass. 20 juin 1876, S. 77 I 450, D. 77 I 378.
Cass. 21 février 1896, S. 1896 II 289, Note Wahl.

Chapitre III

LES DROITS INCORPORES
DANS L'ACTION NOMINATIVE

L'action nominative en tant que valeur mobilière incorpore des droits de nature diverse qui proviennent essentiellement des dispositions légales ou des statuts de la société anonyme.

A) Droit suisse

1. La doctrine classe les droits de l'actionnaire en deux catégories (1) :
 - a) Les droits patrimoniaux ou pécuniaires, non inhérents à la qualité d'actionnaire, sont de simples créances qui peuvent être cédées librement à des tiers : droit au dividende (art. 660 al. 1 Code des obligations), droit à une part de liquidation (art. 660 al. 2 Code des obligations).
 2. Par droit au dividende la doctrine entend (2) :
 - le droit d'exiger que la société s'efforce de réaliser des bénéfices,
 - le droit d'exiger la répartition du bénéfice net réalisé par la société,
- (1) BÜRGI, Kommentar, art. 660, 661, No 7, 10, P. 10.
 CARRY, texte de sa conférence du 14 mars 1961, p. 9.
 FORSTMOSER Peter et MEIER-HAYOZ Arthur, Einführung in das schweizerische Aktienrecht, Berne, 1976, p. 241.
 JÄGGI, zur "Spaltung" der Aktienrechte, SAS 33 (1960-1961), p. 66, 86, 88.
 KRAFFT, p. 92.
 PATRY et AUBERT, p. 19.
 RIBI, p. 249.
 SCHUCANY, Kommentar, art. 660, No 1, p. 79.
 WIDMER, p. 4.
- (2) Cf. doctrine précitée; également, SCHLUEP Walter René, Wohlerworbenenrechte des Aktionärs und ihr Schutz nach Schweizerischen Recht, thèse, Saint Gall, 1955, p. 55.

- en exécution de la décision prise par l'assemblée générale relative à la répartition à des bénéficiaires, le droit de créance qu'a chaque actionnaire à l'égard de la société représentant sa part de bénéfice.
3. b) Les droits sociaux ou de gestion ou d'administration (1) revêtent une importance primordiale pour l'actionnaire désireux de participer à la vie sociale de l'entreprise. Ce sont les droits inhérents à la qualité d'actionnaire qui ne peuvent être cédés sans le sociétaire lui-même.
4. Parmi eux, il faut mentionner :
- Le droit de participer à l'assemblée générale (art. 689 à 691 CO),
 - le droit de vote à l'assemblée générale (art. 692 à 695 CO),
 - le droit de contrôle (art. 696 et 697 CO),
 - Le droit d'attaquer en justice les décisions de l'assemblée générale qui violent la loi ou les statuts (art. 706 CO).
5. Le droit au libre transfert de l'action nominative a fait l'objet d'une controverse au sein de la doctrine, car si le Code des obligations ne mentionne pas la possibilité de sortir de la société anonyme, l'actionnaire peut transférer son action dans la mesure où la société ne l'interdit pas par une disposition statutaire (686 CO).
- (1) BÜRGI, Kommentar, rem prél., art. 660, No 20, p. 6.
 CARRY, texte de sa conférence, p. 17.
 PESTALOZZI-HENGgeler, p. 17, 18.
 SAUTAUx, p. 2.
 SCHLUEP, p. 96.
 SIEGWART, Kommentar, art. 646, No 37, p. 360.

La doctrine est divisée sur la classification (1): Certains auteurs (2) considèrent ce droit comme un droit acquis et absolu qui ne peut être retiré sans la volonté de l'actionnaire (art. 646 al. 1er CO). Ainsi, il est impossible à la société de convertir les actions au porteur en actions nominatives (art. 627 chiff. 7 CO), ni des actions nominatives simples en actions liées (art. 627 chiff. 8, 686 et 967 al. 3 CO). D'autres (3) en font un droit relativement acquis en ce sens que l'actionnaire peut en être privé sans son accord lorsque l'intérêt de la société l'exige.

B) Droit français

1. A l'encontre du droit suisse, le droit français n'a pas consacré d'une manière explicite les droits inhérents à l'action qui proviennent essentiellement des principes généraux de la législation sur les sociétés anonymes et de la jurisprudence. Par ailleurs, le droit français emploie les termes de droits propres ou droits individuels de l'actionnaire (traduction de l'expression allemande originelle "Sonderrechte des Aktionärs") pour désigner les droits inhérents à la qualité d'actionnaire. Ces droits ne sont pas exactement les mêmes en France et en Suisse.

- (1) BÄR Rolf, Aktuelle Fragen des aktienrechtes, RDS, 1966, II, p. 321.
PESTALOZZI-HENGELER, thèse, p. 114.
PFENNINGER Konrad, SAS 37 (1965), p. 242.
WIDMER, p. 49.
- (2) GUHL Théo, Droit des obligations, Zürich, 1947, p. 449, SAS 13 (1940-1941), p. 30 et ss.
MERCIER, p. 94.
SCHUCANY, SAS 25 (1952-1953), p. 77, 83.
- (3) SCHLUEP, p. 128.
SIEGWART, Kommentar, art. 646, No 35.
WIELAND Alfred, SAS 25 (1952-1953), p. 174, 177, SAS 28 (1955-1956), p. 109.
Voir en ce sens jugement du Tribunal de commerce du Canton de Zürich du 18 janvier 1968, RSJ, 1968, p. 169, Note E. Bleuler, Cour d'Appel de Bâle-Ville, SAS 39 (1967), p. 27 et RSJ, 1965, p. 140 et ss.

La doctrine française distingue (1) :

- le droit de faire partie de la société; cette dernière ne peut exclure l'actionnaire par une disposition des statuts,
- le droit de vote qui permet au membre de participer à l'exercice du pouvoir délibérant (art. 174 LF),
- le droit aux bénéfices et aux réserves, y compris le droit préférentiel de souscription (art. 183 à 185 LF),
- le droit de négocier les actions et de sortir librement de la société; l'actionnaire ne peut en être privé, malgré la présence d'une clause statutaire limitant le transfert.

2. Contrairement au droit suisse, le droit français n'établit pas cette distinction entre droits patrimoniaux et droits sociaux, sans doute parce qu'il ne connaît pas la dissociation des droits reconnue en Suisse par la doctrine et la jurisprudence.

Il convient de constater que le droit de sortir de la société est considéré en France comme un droit absolu en faveur de l'actionnaire. Son exercice a pour résultat de transférer la source même de tous les droits de l'associé.

En Suisse, nous le verrons plus loin, il est permis aux sociétés d'interdire la sortie de l'actionnaire.

(1) ESCARRA et RAULT, No 1195, p. 263.

GUYENOT Jean, Cours de droit commercial, Paris, 1968, No 270, p. 521.

RIPERT et ROBLOT, No 1231, p. 724.

TYAN Emile, Droit commercial, Beyrouth, Tome I, 1968, No 536, p. 603.

VASSEUR M., p. 226.

Troisième partie

L'ACTION NOMINATIVE LIEE

1. Aux termes des articles 684 CO et 265 LF, les actions nominatives peuvent être transférées librement. Comme nous le savons, des restrictions au libre transfert peuvent cependant être établies statutairement puisqu'il a été reconnu dans les deux pays que la transmissibilité n'est pas le caractère essentiel de l'action.
2. Pour exprimer le fait que la transmissibilité de l'action est limitée par une clause statutaire, les auteurs suisses de langue française utilisent différents termes, notamment celui d'action nominative liée (traduction de l'allemand : "Vinkulierte Namenaktie") ou celui d'action à transmissibilité limitée (1).
 Nous avons retenu l'expression d'action nominative liée qui est le terme le plus utilisé en Suisse. En outre, cette notion est bien introduite dans le public.
 En France, les auteurs utilisent les expressions de clauses d'agrément ou de préemption adoptées par la loi de 1966. La clause dite d'agrément est la clause des statuts qui subordonne le transfert d'actions au consentement de la société. La clause préemptoire est celle qui prévoit en cas de refus d'agrément l'achat des titres ou la désignation d'une autre personne par la société.

(1) CARRY utilise le terme "blocage" pour parler des clauses limitatives du transfert.
 THILO choisit le terme "actions entravées", SAS 30 (1957-1958), p. 185.
 Le Tribunal fédéral emploie le terme "action à transmissibilité limitée" JT 1958 I 481.

Chapitre premier

NATURE JURIDIQUE DE
L'ACTION NOMINATIVE LIEE

1. Alors qu'en Suisse, la nature juridique de l'action nominative liée fait l'objet d'une controverse constante et d'une abondante littérature, elle n'a pas été particulièrement étudiée en France.
 Cette situation s'explique fort bien : Le Code des obligations suisse ne précise pas expressément la nature juridique de cette action et n'a pas réglementé la procédure de transfert de l'action nominative liée.
 En revanche, le droit français fixe en détail la procédure du transfert des titres nominatifs (décret du 7 décembre 1955 et loi de 1966). La présence d'une clause d'agrément ne modifie en rien le contenu du droit de l'action nominative puisque la loi française ne connaît pas les actions à ordre et consacre la négociabilité de l'action.

A) Droit suisse

1. L'action nominative simple, est considérée comme un titre à ordre légal (1). Son endossement a pour résultat de transférer les droits d'actionnaire avec effet de légitimation.
 En revanche, pour le transfert de l'action nominative liée, la coopération de l'organe social statutairement compétent est nécessaire. La clause statutaire qui prévoit la coopération de la société en cas de transfert modifie la portée de l'engagement pris par la société.
 L'intervention d'une troisième volonté fait-elle perdre à l'action sa qualité de titre à ordre pour devenir un titre nominatif?

(1) Cf. p. 9

2. Une vive controverse est apparue au sein de la doctrine commercialiste (1): certains considèrent cette action comme un titre nominatif et avancent les arguments suivants (2):

L'article 967 al. 3 CO autorise la société à collaborer au transfert du titre. L'organe social compétent peut refuser d'inscrire l'acquéreur du titre endossé au registre des actions (art. 686 al. 2 CO). L'endossement n'aura donc plus effet de transférer les droits incorporés dans le titre et la possession du titre ne donne plus à son porteur la qualité d'actionnaire.

Cette conséquence est l'effet inverse du principe du titre à ordre selon lequel le débiteur est tenu de reconnaître la qualité du créancier à tout propriétaire légitime du titre. Dès lors, la clause restrictive statutaire exige au préalable le consentement de la société.

Il en résulte que cette clause peut être assimilée à une clause "non à ordre" puisque le débiteur n'exécute pas l'ordre donné par le propriétaire du titre et l'action nominative est dans ce cas un titre nominatif.

(1) RIBI, p. 271 et ss.

SCHWERI, p. 67 et ss.

(2) BLOCH Konrad, SAS 15 (1942-1943), p. 7 et ss., RSJ 49, (1953), p. 322 et ss.

FORRER Hans, Die Mitgliedschaft und ihre Beurkundung, thèse, Zürich, 1960, p. 310 et ss.

HAHNLOSER Emile, Die Namenaktie, thèse, Berne, 1903, p. 100.

PESTALOZZI-HENGgeler, thèse, p. 48.

WIELAND Alfred, SAS 19 (1946-1947), p. 119 et ss., SAS 18 (1945-1946), p. 181 et ss., RSJ 42, 1946, p. 65 et ss., RSJ 47, 1951, p. 221 et 224, RSJ 49, 1953, p. 71 et ss., Das Aktienbuch, p. 47 et ss.

3. La majorité de la doctrine ne partage pas ce point de vue (1) et estime qu'il faut distinguer les clauses restrictives statutaires des clauses non à ordre. Vouloir les associer, écrit Sautaux, c'est faire une confusion entre l'aspect matériel du droit des actions et l'aspect de l'action en tant que papier-valeur (2). L'action en tant que titre est indépendante du droit proprement dit de l'action. Dans cette optique, l'introduction d'une clause restrictive n'affecte pas la transmissibilité du titre lui-même. Jäggi (3) admet que la nécessité du consentement de la société confère aux clauses documentaires un sens particulier. Cependant, pour déterminer le caractère nominatif ou à ordre de l'action nominative liée, il convient de porter essentiellement son attention sur l'importance accordée par le débiteur à la possession du titre comme moyen de légitimation pour obtenir l'exécution des engagements contractés par la société. Etant donné que le titre est émis par la société, tout dépend de la volonté sociale de considérer la qualité de l'action nominative liée comme titre à ordre ou nominatif (4).

- (1) BRUNNER Max, SAS 19 (1946-1947), p. 7 et ss.
 BÜRGI, Kommentar, rem.prél., art. 683-687, No 17, p. 262, 263, art. 686, No 97, p. 330.
 FLATTET, thèse, p. 164, Mélanges, p. 160.
 FORSTMOSER et MEIER-HAYOZ, p. 261.
 JÄGGI, Kommentar, art. 967, No 156, p. 295, art. 974, No 27, p. 436.
 KRAFFT, p. 58, 59.
 LANZ Paul, SAS 18 (1945-1946), p. 99 et ss., SAS 30 (1957-1958), p. 235 et ss., SAS 33 (1960-1961), p. 213 et ss.
 SAUTAUD, p. 40.
 SCHUCANY, Kommentar, art. 684, No 1, p. 111, RSJ 41 (1944-1945), p. 179, SAS 27 (1954-1955), p. 197, 198.
 STAEHELIN Max, RDS 79 (1960), p. 323 et ss.
 WIDMER, p. 87.
- (2) SAUTAUD, p. 38.
- (3) JÄGGI, Kommentar, art. 697, No 156, p. 294.
- (4) LANZ, SAS 18 (1945-1946), p. 99.

Ainsi, la société s'oblige à admettre comme créancier, sous certaines conditions, celui qui justifie de son droit par une chaîne ininterrompue d'endossements, prévue à l'article 1006 al. 1er du CO. L'endossement produit donc tous les effets propres au transfert des papiers-valeurs; il peut même opérer le transfert des droits de l'action. Schucany estime que l'action nominative dont le transfert se trouve limité par une clause des statuts possède toujours le caractère de titre à ordre lorsqu'elle est établie en la forme de papier-valeur (1).

4. Le Tribunal fédéral s'est rallié à la doctrine dominante. Il a estimé que l'action nominative à transmissibilité limitée doit être considérée comme un titre à ordre comme les actions dont le transfert n'est soumis à aucune restriction (2): "Il n'y a pas de raison de refuser à l'action nominative la qualité de titre à ordre qui lui est reconnue par la loi (art. 684 CO) uniquement en raison d'une limitation de la transmissibilité qui ne touche que les droits de sociétaire. Il n'en est autrement que lorsque les statuts excluent le transfert par endossement et ne l'admettent que sous la forme de la cession. L'action nominative devient indiscutablement un titre non à ordre et perd le caractère qui lui est attribué par la loi, d'un titre à ordre (art. 1001 al.2 CO).... Une telle limitation de la possibilité de circulation des actions doit être indiquée sur le document lui-même".
5. La controverse constante sur la nature de l'action liée ne peut, à notre avis, s'éteindre que par une révision de la loi.

(1)SCHUCANY, RSJ 41 (1945), p. 179.

(2)ATF 83 II 297 JT 1958 I 479.

B) Droit français

L'action nominative soumise à une clause d'agrément demeure un titre négociable et transmissible. Les restrictions statutaires n'exercent aucune influence sur la circulation du titre et des droits qui s'y trouvent attachés.

Le système français garantit la sortie de l'actionnaire. A l'encontre du Code des obligations suisse, la loi française ignore les actions à ordre. De ce fait, le problème de l'endossement d'une action liée ne se pose pas.

Chapitre II

LES DROITS INCORPORES OANS
L'ACTION NOMINATIVE LIEE

1. En introduisant une clause statutaire restrictive du transfert, la société entend attribuer une importance particulière au transfert des droits inhérents à la qualité d'actionnaire. Elle déclare expressément qu'elle désire intervenir à chaque acquisition du titre.
A cet effet, la seule possession du titre ne permet donc pas l'exercice des droits qui s'y trouvent incorporés. L'acquéreur doit au préalable obtenir l'agrément de l'organe social compétent.
2. Toutefois, aucune disposition de la loi ne mentionne que le titre incorpore tel ou tel droit (art. 965 CO). Quel est donc le contenu de l'action nominative dont le transfert est subordonné au consentement de la société? Certes, la coopération d'une troisième volonté pour le transfert modifie le contenu du droit de l'action source des obligations de la société émettrice. Plusieurs auteurs suisses ont cherché à préciser les droits véritablement attachés à l'action liée (1).
3. Pour Jäggi (2), tout dépend de la volonté sociale qui ne peut être connue qu'en interprétant les statuts. L'action nominative liée incorpore un droit d'expectative au moyen duquel l'acquéreur peut espérer être agréé par la société (3).

(1) FLATTET, thèse, p. 162, Mélanges, p. 159.

JÄGGI, Kommentar, art. 967, No 153, p. 293, SAS 33 (1960-1961), p. 68.

KRAFFT, p. 49.

LANZ, SAS 17 (1944-1945), p. 5 et ss.

SAUTAUD, p. 31.

(2) JÄGGI, Kommentar, art. 965, No 224, p. 94.

(3) JÄGGI, Kommentar, art. 967, No 153, p. 293, SAS 33 (1960-1961), p. 68.

Flattet estime que sont compris dans ce titre le droit de présentation et les droits pécuniaires. L'acquéreur de l'action liée peut demander dès la possession du titre de se substituer à l'actionnaire inscrit (1).

Krafft observe que l'action liée contient un droit conditionnel à l'acquisition de la qualité de membre, accompagné d'un droit de présentation indispensable pour entrer en relation avec la société (2). Le droit de présentation permet à l'acquéreur d'adresser une demande d'admission à la société sous la forme d'une requête portant son inscription sur le registre des actionnaires.

4. En droit français, la situation est différente puisqu'il n'existe pas d'actions à ordre. Les droits d'actionnaire ne sont pas incorporés dans l'action nominative mais dans l'inscription sur le registre de la société (3). Aucun droit ne se trouve attaché au titre. L'acquéreur désigné n'obtient même pas le droit de demander son inscription au registre des actions. En effet, il appartient au membre inscrit d'effectuer la demande en vertu des articles 275 et 276 de la loi de 1966. Le droit n'est transmis que par l'immatriculation de l'acquéreur dans les registres de la société.

(1) FLATTET, Op. cit.

(2) KRAFFT, p. 52.

(3) Décret 1955, article 1er alinéa 1er.

ESCARRA et RAULT, No 1279, p. 363.

GUYENOT, p. 515.

RIPERT et ROBLOT, No 1794, p. 32.

Chapitre III

LES CLAUSES RESTRICTIVES DU TRANSFERT
DE L'ACTION NOMINATIVE

1. La pratique la plus ancienne de limiter le transfert d'actions remonte à plus d'un siècle. Des circonstances diverses d'ordre pratique ont poussé les sociétés à édicter des clauses limitant la circulation du titre, surtout dans le but de se protéger contre l'entrée de personnes indésirables dans les rangs des actionnaires et pour conserver leur caractère familial (1).

La première précaution était alors d'exclure l'action au porteur; ce qui n'écartait pas le danger d'une mainmise étrangère, étant donné que les actions nominatives peuvent être transmises librement. C'est ainsi que les sociétés ont appliqué les clauses restrictives aux actions nominatives.

2. Le droit suisse et le droit français ont utilisé les clauses les plus variées pour restreindre le transfert. Les sociétés suisses ont adopté librement toutes sortes de clauses y compris celles qui interdisaient tout transfert, tandis que la pratique française respectait la négociabilité de l'action raison pour laquelle les clauses d'agrément étaient souvent doublées d'une clause de préemption (2).

(1) ESCARRA, p. 333.

(2) La clause de préemption utilisée en France n'a pas trouvé grand écho dans les sociétés anonymes suisses, probablement parce que le droit suisse reconnaît l'inaliénabilité totale de l'action et les sociétés n'ont pas eu besoin de recourir à ce genre de clauses. La doctrine suisse est divisée quant à leur validité. Le Code des obligations est muet, mais l'opinion dominante semble admettre le droit de préemption inséré dans les statuts en faveur des actionnaires. Le Tribunal fédéral n'a pas encore statué sur la portée juridique d'un tel droit. Voir ATF 81 II 197 JT 1956 I 66, 68.
FROMER Léo, RDS 80 (1961), p. 127, 150, SAS 40 (1968), p. 40.
SCHUCANY, SAS 27 (1954-1955), p. 63, SAS 33 (1961), p. 219, 243.
de STEIGER, SAS 16 (1943-1944), p. 1 et ss.
Contra, PESTALOZZI-HENGGELE, thèse, p. 106, PFENNINGER K., SAS 37 (1965), p. 240, WIELAND A., SAS 27 (1954-1955), p. 152.

Paragraphe premier

MODALITES DES CLAUSES D'AGREMENT
EN DROIT SUISSE

1. Le droit suisse accorde à la société anonyme une grande liberté dans l'adoption des clauses statutaires. L'idée de réintroduire le transfert d'une action nominative peut être réalisée au moyen de deux procédés différents: soit limiter le transfert du titre, c'est-à-dire soumettre le transfert à certaines conditions spécifiées dans les statuts, soit interdire totalement sa transmissibilité, en d'autres termes exclure complètement le transfert (1). Comme l'écrit Thilo: "Les fondateurs et les actionnaires ont une large latitude d'organiser comme ils le jugent convenable le régime des actions nominatives; il leur est loisible d'ouvrir toute grande la porte d'entrée ou au contraire de l'entrouvrir, voire de la fermer complètement ..." (2). Nous exposerons plus loin la nouvelle réglementation des actions à transmissibilité limitée selon l'avant-projet de loi de 1975. Nous nous contenterons ici d'examiner les cas de restriction en droit positif.
 - A) Refus d'inscription pour les motifs que prévoient les statuts (art. 686 al. 1er CO).
1. Le Code des obligations prévoit à son article 686 al. 1er que la société a le droit de refuser l'inscription sur le registre des actions pour les motifs que prévoient les statuts (3).

(1) SCHWERI, p. 38.

(2) THILO, SAS 30, (1957-1958), p. 185.

(3) BÜRG, Kommentar, art. 686, No 31, p. 316, 317.

GUHL, p. 442.

SCHUCANY, Kommentar, art. 686, No 2, p. 115.

Cette règle est une des possibilités de restrictions qu'offre l'article 684 CO. La société vise à écarter les personnes ne remplissant pas certaines conditions exigées par les statuts afin de sauvegarder les intérêts sociaux.

Dans cette perspective, la société peut soit indiquer dans les statuts les conditions du transfert, soit donner pouvoir à l'administration de refuser l'inscription à toute personne qu'elle juge indésirable (1).

Dans la première hypothèse, si l'acquéreur remplit les conditions spécifiées dans les statuts, il se trouve dans la même situation que l'acquéreur d'une action nominative simple : le transfert s'établit avec l'agrément de la société par le seul moyen de l'endossement. L'inscription n'a qu'une portée déclarative. En cas de refus de la société d'inscrire le nouvel acquéreur, l'aliénateur peut la contraindre par voie de justice (2).

Dans la deuxième hypothèse, la société apprécie librement chaque demande de transfert. Elle peut refuser ou agréer l'entrée du nouvel acquéreur même s'il ne remplit pas les conditions. L'agrément est nécessaire pour exercer les droits d'actionnaire.

2. Les motifs prévus dans les statuts pour exclure les personnes indésirables peuvent varier d'une société à l'autre. De ce fait, la société insère dans les statuts la clause qui lui convient.

(1) CARRY, Mélanges, p. 182.

FLATTET, Mélanges, p. 153.

KRAFFT, p. 162.

PESTALOZZI-HENGGELE, p. 98.

SAUTAUD, p. 18.

(2) ATF 76 II 51, JT 1950 I 555, 564, 565.

HAHNLOSER, p. 106.

MERCIER, p. 156.

FLATTET, Mélanges, p. 143, 156.

PESTALOZZI-HENGGELE, p. 52, 132, 176.

Bürgi dresse une liste des motifs qui peuvent amener les sociétés anonymes à recourir à ce genre de restrictions (1) :

a) La société peut refuser l'inscription aux personnes insolvables lorsque les actions ne sont pas entièrement libérées (art. 686 al. 3 CO) : "Pour les actions qui ne sont pas intégralement libérées, l'administration peut exiger des sûretés; si les sûretés ne sont pas fournies, l'inscription peut être refusée" (2).

Le but de ce refus est de permettre à la société de garantir le versement du montant non libéré par l'actionnaire, puisque par le transfert d'action, l'obligation passe à l'acquéreur (3).

S'il s'agit d'une action nominative liée, le cessionnaire est tenu de remplir les conditions statutaires et fournir les sûretés éventuelles exigées par l'administration.

b) La société peut vouloir maintenir le caractère qui lui est propre et attacher de l'importance à la personnalité de ses membres.

L'organe social apprécie librement chaque cas particulier suivant les conditions exigées par les statuts et le but qu'entend poursuivre la société.

- dans les sociétés à caractère familial, le but principal est de réserver la qualité d'actionnaire aux seuls membres de la famille;

(1) BÜRGI, Kommentar, art. 686, No 8 et ss., p. 310 et ss.
KRAFT, p. 156.

PESTALOZZI-HENGGELE, p. 91 et ss.

LENHARD Hans Jürg, Der Erwerb von vinkulierten Namenaktien infolge Erbgangs, thèse, Zürich, 1975, p. 8 et ss.

SAUTAUX, p. 15.

THILO, SAS 30, (1957-1958), p. 183.

WEISS Gottfried, Zum Schweizerischen Aktienrecht, 1968, p. 58.

(2) KRAFT, p. 164.

PESTALOZZI-HENGGELE, p. 94.

WIDMER, p. 42.

(3) de STEIGER, p. 173.

- les sociétés à but politique, confessionnel ou professionnel visent surtout à interdire l'entrée aux membres d'autres partis, confessions ou organisations professionnelles (1);

- les sociétés à caractère national ou régional couchent dans leurs statuts une clause selon laquelle l'organe social compétent peut refuser l'inscription aux étrangers (2).

c) La société veut enfin se protéger contre toute concurrence visant à la maîtriser effectivement ou la contrôler. La clause restrictive aura alors pour but de refuser l'inscription à des concurrents suisses ou étrangers désirant avoir la majorité des actions.

B) Refus d'inscription sans indication de motifs. (art. 686 al. 2 CO)

1. Le Code des obligations autorise expressément les sociétés anonymes à refuser l'inscription d'un acquéreur sans indication de motifs. L'al. 2 de l'art. 686 précise : "Les statuts peuvent disposer aussi qu'il est permis de refuser l'inscription sans indication de motifs." (3). Le législateur de 1936 s'est inspiré de la pratique des sociétés

(1) PESTALOZZI-HENGGELE, p. 92 et ss.

RIBI, p. 267.

WIDMER, p. 46.

(2) La compagnie aérienne Swissair prévoit à l'art. 2 al. 4 de ses statuts : "Peuvent seuls acquérir des actions nominatives des ressortissants suisses, des corporations et institutions suisses de droit public ou des sociétés régies par le droit suisse et ayant un caractère suisse".

(3) CARRY, Considérations sur le transfert des actions nominatives, article publié, 1934, p. 33.

KRAFFT, p. 159.

MERCIER, p. 156.

PESTALOZZI-HENGGELE, p. 97.

RIBI, p. 266.

WIDMER, p. 44.

anonymes de refuser l'entrée d'une personne sans donner les motifs, en accord avec la doctrine et la jurisprudence.

2. La raison de l'emploi de la clause "sans indication de motifs" est simple. La société préfère d'une part ne pas révéler les motifs pour lesquels la nouvelle personne n'a pas été admise et d'autre part jouir d'une liberté d'appréciation plus grande puisque l'organe compétent n'est pas tenu de se limiter à certaines conditions déterminées comme le prescrit l'al. 1er de l'art. 686. La société possède en une clause pareille un avantage certain et nombreuses sont celles qui en profitent (1).

La décision de l'organe social compétent peut-elle être discrétionnaire? La doctrine et la jurisprudence (2) répondent négativement et estiment que la société anonyme ne doit pas décider arbitrairement.

Dans ce cas, l'acquéreur ne peut être refusé que si son entrée peut être préjudiciable aux intérêts de la société :

- (1) Citons les sociétés suivantes :

Nestlé Alimentana S.A. du 9 mai 1974, art. 6.

Ciba-Geigy S.A. de 1973, art. 4.

Brown Boveri & Cie du 20 juin 1974, art. 5.

Ebauches S.A. de 1967, art. 5.

Hermès Précisa International S.A. de mai 1974, art. 6.

Ateliers de constructions mécaniques de Vevey S.A. du 27 mars 1962, art. 7.

Magasins Globus S.A. du 30 janvier 1974, art. 7.

Editions Rencontres Société anonyme du 26 juin 1975, art. 9.

- (2) GUHL Théo et WIELAND Alfred, SAS 13 (1940-1941), p. 29 et ss., 109 et ss.

JÄGGI, SAS 18 (1945-1946), p. 137, SAS 31 (1958-1959), p. 60. de STEIGER, p. 70.

THILO, SAS 30 (1957-1958), p. 183, Du refus d'agréer la transfert, JT 1946 I 34.

"A la chicane et à l'arbitraire, il opposera l'article 2 du Code civil." "L'abus manifeste d'un droit n'est pas protégé par la loi." (1)

La décision de la société se trouve ainsi limitée par l'art. 2 du Code civil. Il faut en tout cas que l'intérêt que la société veut protéger soit manifeste (2).

3. A qui revient d'attaquer la décision de la société? Seul l'aliénateur a le droit d'exiger l'inscription, étant donné son intérêt évident à ce que l'acquéreur soit accepté et à ce que lui-même se trouve délié de toute obligation vis-à-vis de la société.
Or, nul n'ignore la difficulté de prouver l'arbitraire ou de démontrer le refus discrétionnaire de l'organe social. La dispense de faire connaître les motifs du refus a seulement pour effet, en ce qui concerne l'actionnaire auquel un tel refus a été opposé, de renverser la charge de la preuve et d'obliger l'actionnaire inscrit à établir l'abus de droit.
Or, c'est justement le modèle de clause le plus répandu parce qu'il permet à la société de trouver n'importe quel motif que l'actionnaire ne pourra détruire faute de preuves.
Bürgi estime, à juste titre, qu'en fait le refus ne sera attaquant avec succès que dans les cas extrêmes où l'arbitraire saute aux yeux. Le juge doit en tout cas se montrer rigoureux dans l'appréciation du refus de la société (3).

(1) THILO, SAS 30, (1957-1958), p. 183.

(2) CONNE Alfred, p. 92, 95.

SAUTAUX, p. 17.

(3) BÜRGI, Kommentar, art. 686, No 30, p. 316.

C) Interdiction du transfert (art. 627 chiff. 8 CO)

1. L'interdiction de transférer les actions est prévue à l'art. 627 chiff. 8 du Code des obligations : Ne sont valables qu'à condition de figurer dans les statuts,..... l'interdiction de transférer les actions nominatives ou les restrictions apportées à ce transfert." (1).
Ce genre de clause est inséré dans les statuts lors de la fondation de la société ou à la suite d'une modification statutaire. Dans ce cas, l'unanimité des actionnaires est nécessaire (2).
 2. L'article 627 chiff. 8 est en relation avec l'art. 684 al. 1er du Code des obligations, puisque ces dispositions permettent d'interdire ou de limiter le transfert des actions nominatives. Toutefois, le premier le précise expressément et le second implicitement.
En pratique, les clauses qui excluent le transfert d'une façon absolue ne se rencontrent d'habitude que dans les sociétés qui attachent une grande importance à la personnalité de l'actionnaire. Le transfert ne peut avoir lieu qu'avec le consentement de tous les associés (3).
 3. Le groupe de travail chargé de la révision partielle du droit des sociétés anonymes propose la suppression de ce type de clause et de la disposition légale qui autorise les sociétés à l'insérer dans les statuts (4).
- (1) HERREN W., K, SAS 47 (1975), p. 41 et ss.
SAUTAUD, p. 17.
de STEIGER, p. 70.
WIDMER, p. 43.
- (2) de STEIGER, La conversion des actions, La Semaine judiciaire, 74 (1952), No 17.
Contra, PESTALOZZI-HENGGELE, p. 112 et ss.
WIELAND A., SAS 13 (1940-1941), p. 111.
- (3) Electra-Massa à Naters prévoit à l'art. 6 de ses statuts :
"Tout transfert d'actions doit être soumis au conseil d'administration dont l'approbation n'est valable que si elle réunit l'unanimité des voix."
- (4) Voir texte Avant-projet de septembre 1975.

L'étendue des clauses restrictives du transfert se trouvera limitée si les chambres fédérales le suivent. Nous analyserons plus bas les nouvelles dispositions relatives au transfert des actions nominatives prévues dans l'avant-projet de la nouvelle loi.

D) Refus du transfert de tout droit et du titre (art. 967 al. 3 CO)

1. Certaines sociétés anonymes (1) ont voulu empêcher le transfert de la propriété du titre d'une part et de tous les droits qui se trouvent attachés au document d'autre part. Elles entendent conserver le titre et l'ensemble des droits en faveur de l'actionnaire pour éviter toute dissociation des droits qui peut résulter du refus du transfert.
 2. Ce modèle de clause ne se trouve pas expressément dans la loi comme les autres clauses des art. 686 ou 627 chiff. 8 CO et se fonde particulièrement sur les art. 684 al. 1er et 967 al. 3 du Code des obligations qui admet pour le transfert des papiers-valeurs la coopération d'autres personnes en particulier du débiteur.
 3. Les statuts précisent en détail la manière dont les actions nominatives doivent être transférées. Certaines sociétés se contentent de refuser le transfert de la propriété du titre, d'autres ajoutent que le refus du transfert touche le titre et l'ensemble des droits qui y sont attachés. Le consentement de la société est alors indispensable pour que l'endossement du titre produise son effet. En cas de refus
- (1) Edouard Dubied & Cie SA prévoit à l'art 5 de ses statuts le texte suivant : "Le transfert des actions nominatives y compris les droits patrimoniaux qui leur sont attachés, et des créances qui en sont issues à titre de propriété ou pour la constitution d'un droit réel (usufruit ou gage) est subordonné à l'approbation du Conseil d'administration".

de la société d'agréer le transfert, l'acquéreur se trouve démuní du titre et de son contenu. Il n'a même pas un droit de présentation et son espoir est maigre d'entrer dans la société.

L'actionnaire vendeur se trouve obligé de s'adresser à un autre acquéreur capable d'obtenir l'agrément de la société.

4. L'utilisation de cette clause est devenue fréquente depuis le jugement du Tribunal fédéral de 1957 (1). Les sociétés anonymes ont craint que cette décision soit de nature à porter atteinte au caractère suisse des entreprises par une infiltration étrangère (2) et ont procédé à la modification de leurs statuts en empêchant le passage de la propriété du titre et les droits qui s'y trouvent incorporés.

(1) ATF 83 II 297, JT 1958 I 474.

(2) Voir Circulaire de l'Association suisse des Banquiers, 1961. Une autre circulaire du 12 janvier 1972 accompagnée d'une annexe a été adressée aux banques qui sont parties à l'arrangement relatif au transfert d'actions nominatives liées dans le but de préciser l'application des directives des S.A. concernant le transfert de ces actions. L'annexe indique les différents cas de restrictions prévus par chaque société lors de la vente d'actions.

Paragraphe II

MODALITES DES CLAUSES
D'AGREMENT EN DROIT FRANCAIS

1. La loi française énonce à son article 274 le principe selon lequel le transfert de l'action peut être soumis à l'agrément de la société par une clause des statuts. Toutefois, une telle clause ne peut être stipulée que si les actions revêtent exclusivement la forme nominative en vertu de la loi ou des statuts. (1)

(1) Un projet de loi gouvernemental de juillet 1976 No 2510 a été soumis aux députés de l'Assemblée Nationale prévoyant le remplacement de l'al. 2 de l'art. 274 LF par le texte suivant (art. 43 du projet) : "Une telle clause ne peut être stipulée que si les actions revêtent exclusivement la forme nominative en vertu de la loi ou des statuts et si la société ne fait pas pour le placement de ses actions publiquement appel à l'épargne."

D'après ce nouveau texte l'utilisation de la clause serait interdite pour les sociétés faisant publiquement appel à l'épargne. Dans son exposé des motifs, le gouvernement déclare que l'existence d'une clause d'agrément dans les sociétés largement ouvertes au public était incompatible avec une bonne négociabilité des titres et présentait des inconvénients pour le public.

Ce texte semble favoriser les intérêts des actionnaires au détriment de la société. Il est évident que l'interdiction des clauses restrictives rendrait plus facile la négociabilité des titres. Toutefois, les sociétés françaises se trouveraient désarmées face à une infiltration étrangère. Le projet de loi ne leur donne aucune possibilité de protection.

Par ailleurs, une nouvelle loi du 19 juillet 1976 No 76-660 impose à son article 9 aux sociétés non cotées en bourse de prévoir la mise obligatoire des titres sous forme nominative ou de laisser aux titulaires des titres le choix entre l'adoption de cette formule et le dépôt des titres dans une banque, un établissement financier ou chez un agent de change.

L'entrée en vigueur le 1er janvier 1978 de ces dispositions aura un effet indirect sur le régime des actions nominatives liées. Voir D. S. II, législation, p. 321.

2. Le droit français ne prévoit pas, à l'encontre du droit suisse, divers types de restrictions légales. Les différents cas de restrictions du transfert ont toujours été en France strictement statutaires. Nous pouvons les classer en deux grandes catégories (1) :
 - a) Les clauses statutaires qui exigent certaines conditions déterminées en cas de transfert :
 - la nationalité française;
 - l'appartenance à un parti;
 - certaines qualités morales, techniques, professionnelles; par exemple. produire un casier judiciaire, être ingénieur ou pharmacien ou encore membre du personnel de l'entreprise.
 La société est alors tenue de respecter ces conditions statutaires pour que l'acquéreur soit inscrit au registre des actionnaires.
 - b) Les clauses restrictives qui subordonnent le transfert à l'agrément de la société. L'organe social compétent apprécie librement l'entrée du cessionnaire, sans indication de motifs si les statuts le prévoient (2).
 3. Avant l'adoption de la loi de 1966, une vive controverse opposait la doctrine et la jurisprudence sur la validité des clauses d'agrément sans indication de motifs. La majorité de la doctrine (3) était en faveur de la nullité de ces clauses, pour incompatibilité avec la nature de l'action : "Lorsqu'il est stipulé que le conseil d'adminis-
- (1) ESCARRA et RAULT, No 1226, 1227, p. 300, 301.
RIPERT et ROBLOT, No 1159, p. 685.
- (2) le droit français interdit les clauses d'agrément qui prévoient pour la validité du transfert le consentement de tous les actionnaires, car cette restriction est incompatible avec la nature de l'action.
Cf. ESCARRA et RAULT, No 1228, p. 302.
- (3) CARTERON Marcel, Clause d'agrément et intérêt social, Rev. Soc. 1968, p. 261, 262.
D. 1968 I 447, 448, Note Dalsace.
ESCARRA et RAULT, No 1007, p. 19.
HAMEL et LAGARDE, No 529.
RIPERT et ROBLOT, No 1253, p. 733.

tration ou le gérant a le pouvoir de refuser l'agrément sans avoir à motiver sa décision et sans être tenu de proposer un autre acquéreur. la clause aboutit à la suppression complète du droit qu'a l'actionnaire de céder sa part d'associé. Elle le contraint à être prisonnier de son titre. Elle le place dans la condition juridique d'un membre d'une société par intérêts" (1).

4. La jurisprudence, quant à elle, était partagée sur l'admission de ce genre de clauses. Les tribunaux ont jugé d'abord nulle et sans effet la clause qui subordonnait toute cession d'actions à l'agrément du conseil d'administration, parce qu'il faut laisser à l'actionnaire la possibilité de céder ses titres dans des conditions normales, par exemple en obligeant la société qui refuse d'agréer le cessionnaire à proposer au cédant un autre acquéreur. (2)
 Dans un arrêt de 1965 (3), le Tribunal de commerce de la Seine a émis une opinion divergente. Il a admis la présence d'une clause d'agrément sans indication de motifs qui figure dans les statuts d'une compagnie d'assurance. Il justifie sa position en se bornant à invoquer l'art. 30, paragraphe 3 du décret du 7 décembre 1955 : "En cas de refus d'agrément, elle (la société) peut indiquer dans la notification du refus le nom d'un acquéreur agréé par elle qui est substitué à l'acquéreur refusé."
 Statuant sur ce jugement frappé d'appel le 2 mai 1966, la Cour de Paris confirma de nouveau la validité de telle clause en affirmant qu'un certain "intuitus personae" n'est pas incompatible avec les règles du droit de la société anonyme (4), et rejeta l'argument tiré de l'abus de droit pour

(1) ESCARRA et RAULT, No 1007, p. 19.

(2) Cour de Paris, 23 février 1962, O. 1963 II 570, Note J. Bigot, dans le même sens, Paris 7 juillet 1956, Rev. Soc., 1957, p. 50, Note Autesserre.

(3) Jugement de l'arrêt cité dans Rev. Trim. dr. com., 1965, p. 126, avec note critique de R. Houin.

(4) Jugement de l'arrêt cité dans Rev. Trim. dr. com., 1966, p. 615. Jugement rendu trois mois environ avant l'adoption de la nouvelle loi.

annuler cette clause. Elle déclara notamment qu'un emploi abusif de la clause d'agrément ne justifie pas l'annulation de la clause elle-même, mais des décisions prises par le conseil d'administration. Elle ajouta également que "la dispense de faire connaître les motifs du refus de l'agrément a seulement pour effet de renverser la charge de la preuve et d'obliger l'actionnaire à établir l'abus de droit dont il se plaint."

5. Pour résoudre le problème causé par l'application de la clause d'agrément, le législateur français s'est prononcé en faveur de la doctrine et de la jurisprudence. L'art. 275 al. 2 de la loi de 1966 dispose que "si la société n'agrée pas le cessionnaire proposé, le Conseil d'administration, le directeur, les gérants, selon les cas, sont tenus, dans le délai de 3 mois à compter de la notification du refus, de faire acquérir les actions, soit par un actionnaire ou par un tiers, soit avec le consentement du cédant, par la société en vue d'une réduction du capital."
La société peut-elle dans le cadre de la nouvelle législation employer toutes sortes de clauses y compris celles qui prévoient le refus sans indication de motifs? Selon la doctrine actuelle, l'agrément peut être refusé par la société d'une façon discrétionnaire dès lors que la nouvelle loi a prévu en toute hypothèse la sortie de l'actionnaire (1).
 6. En 1969, la Cour de Cassation a cassé ce dernier jugement (2) :
"Le principe de la négociabilité de l'action est de l'es-
- (1) RIPLET et ROBLOT, No 1254, p. 735.
ROBLOT René, L'agrément des nouveaux actionnaires, Mélanges en l'honneur de Daniel Bastian, I, 1974, p. 294.
- (2) Arrêt cité dans Rev. Trim. dr. com., 1969, p. 1005. Voir également D. 1973 II 580, Note Lacombe.

sence des sociétés anonymes et la clause litigieuse qui confère au Conseil d'administration la faculté de refuser la cession....., est nulle parce qu'elle supprime la possibilité pour l'actionnaire de sortir de la S.A. par la cession du titre."

Nous constatons donc que la Cour de Cassation s'est ralliée aux partisans de la nullité d'une telle clause. Le caractère de la nullité de la clause d'agrément dépend essentiellement du fondement que l'on attribue à la nature de l'action et aux droits d'actionnaire. La notion de la libre cessibilité de l'action est susceptible d'une interprétation plus ou moins extensive.

Le droit suisse a trouvé normal d'introduire le refus d'agrément sans indication de motif sans pour autant porter atteinte à la nature de l'action. En droit français, une clause de ce genre porte atteinte au principe même du transfert de l'action : "Une pareille clause serait nulle et contraire à l'ordre public." (1)

(1) ESCARRA, Ann. dr. com., 1911, No 14, p. 342.

Chapitre IV

LA PORTEE DES CLAUSES RESTRICTIVES DU TRANSFERT SELON LES DISPOSITIONS DU CODE DES OBLIGATIONS SUISSE ET DE LA LOI FRANCAISE DE 1966

Paragraphe premier

PORTEES DES CLAUSES RESTRICTIVES DU TRANSFERT SELON LA DOCTRINE ET LA JURISPRUDENCE EN DROIT SUISSE (ARTICLES 627 CHIFF.8, 685-686 ET 967 ALINEA 3 CO)

1. Le Code des obligations contient plusieurs articles permettant à toute société anonyme de limiter la transmissibilité de l'action (art. 627 chiff.8, 685-686, 967 al.3 CO). En quoi consiste l'intervention de la société lorsqu'elle insère dans ses statuts une clause restrictive du transfert (1)? Le législateur de 1936 utilise à l'article 627 chiff.8 l'expression "interdiction de transférer les actions nominatives" tandis qu'il use plus loin des termes "refus d'inscription au registre des actions" (art. 685-686). Les deux expressions légales ont-elles la même portée ou au contraire sont-elles considérées comme distinctes?
2. Une divergence de doctrine s'est manifestée à propos de l'interprétation de ces deux textes (2).

(1) Ce problème a été étudié en détail par Krafft qui expose les opinions émises par la plupart des auteurs, thèse, p. 177 et ss.
(2) PFENNINGER Conrad, SAS 37 (1965), p. 233 et ss.

Certains auteurs (1) considèrent que le Code des obligations établit une distinction entre les termes de l'article 627 et ceux des articles 685 et 686. Selon eux, le transfert de la propriété du titre en tant que papier-valeur est régi par l'article 967 CO tandis que celui des droits d'actionnaire résulte des articles 685-686 relatifs à l'inscription. Schlatter (2) souligne que la société anonyme a deux possibilités:

- Limiter la transmissibilité des actions comme telle. Dans ce cas, l'acquéreur non agréé n'obtient rien. Le contrat qui le lie à l'aliénateur devient caduc en vertu de l'article 119 CO;

- Confier à l'organe social compétent le droit de refuser la transcription d'une nouvelle acquisition sur le registre des actions. Dans cette perspective, la propriété de l'action passe à l'acquéreur et le contrat continue de lier les deux parties qui n'ont pas fait de l'inscription une condition du maintien de leurs obligations respectives. Pour déterminer la portée de la coopération de la société, seuls les statuts peuvent permettre d'interpréter le choix de l'établissement émetteur. Il existe en effet deux sortes d'agrément: l'un porte sur l'inscription, l'autre sur la transmissibilité.

3. La majorité de la doctrine ne partage pas ce point de vue et estime que les termes "transférer les actions" et "inscription sur le registre" sont équivalents(3). L'inscription

(1) MULLER Emil, SAS 15 (1942-1943), p. 139.

SCHLATTER, SAS 15 (1942-1943), p. 43 et ss., 123 et ss.

(2) KRAFFT, p. 181.

SCHLATTER, Op.cit.

WIDMER, p. 89.

(3) JÄGGI, Kommentar, art. 967, No 153, SAS 23 (1950-1951), p. 180.

BÜRGI, Kommentar, art. 686, No 43.

LANZ, SAS, 30 (1957-1958), p. 233, 237.

PESTALOZZI-HENGGELE, thèse, p. 118.

SAUTAUX, p. 21.

SCHLUEP, p. 123.

prévue à l'art. 686 n'est pas une condition de validité du transfert du titre. Il faut entendre par limitation du transfert la restriction apportée à la transmissibilité des droits de sociétaire (1).

4. De son côté, le Tribunal fédéral a suivi la doctrine dominante, notamment dans l'arrêt Häring contre Beglinger (2), où le défenseur alléguait que l'approbation prévue à l'art. 5 al. 2 des statuts portait non seulement sur l'inscription au registre des actionnaires mais aussi sur le transfert de l'action comme tel. Le Tribunal fédéral n'a pas retenu cet argument. A son avis, "transfert" a le même sens "qu'inscription au registre". "L'essentiel est le rapport de l'actionnaire, c'est-à-dire de l'acquéreur, envers la société. Or, ce rapport déterminé par l'admission ou le refus de l'acquéreur dépend de la décision prise par l'organe social statutairement compétent. L'inscription ou le refus d'inscription dans le livre des actions n'a pas une signification propre. Elle n'est qu'une mesure d'exécution de la décision prise".
5. Krafft (3) s'oppose au Tribunal fédéral et à la majorité de la doctrine. Après un exposé des différentes opinions émises sur ce problème, il critique la solution adoptée par le Tribunal fédéral et estime qu'il n'est pas indifférent aux sociétés anonymes d'insérer une clause statutaire prévoyant le "refus d'inscription sur le registre des actions ou "le refus de consentir au transfert du titre." Une telle interprétation n'est concevable que si
 - (1) JÄGGI, SAS 18 (1945-1946), p. 137. L'auteur estime qu'il aurait été préférable de parler de "consentement" plutôt que "d'inscription sur le registre."
 - (2) ATF 83 II 301 JT 1958 II 473, 477.
ATF 90 II 164 JT 1965 I 48, 53, 54.
ATF 90 II 235 JT 1965 I 138.
 - (3) KRAFFT, p. 177 et ss.
Cette controverse sera bientôt dissipée car l'avant-projet prévoyait la suppression du texte de l'article 627 chiff. 8 CO "L'interdiction de transférer les actions nominatives."

par "action", la société entend le droit d'actionnaire lui-même. Il soutient en outre la thèse de Schlatter selon laquelle les sociétés peuvent choisir entre deux formes de "liaisons". La première, appelée "Wertpapierrechtliche Beschränkung" (art. 684 et 967 al. 3 CO) qui restreint la transmissibilité des actions elles-mêmes; la seconde "die aktienrechtliche Beschränkung" (art. 685 et 686 CO) qui autorise un organe de la société à refuser de transcrire l'acquisition d'action, objet du transfert, dans les formes prescrites.

Paragraphe II

PORTEE DES CLAUSES D'AGREMENT
EN CAS DE CESSIION D'ACTIONS
A UN TIERS (ART. 274 LF)

1. Depuis la promulgation de la nouvelle loi sur les sociétés commerciales, l'expression "cession d'actions à un tiers" prévue à l'art. 274 est sujette à des interprétations diverses. Que faut-il entendre par le mot "tiers"? est-ce une notion qui inclut également les actionnaires d'une société ou au contraire qui les exclut, ce qui impliquerait que la clause d'agrément est applicable même aux cessions au profit d'actionnaires?
2. Une vive discussion oppose la doctrine et le gouvernement français sur l'interprétation de la notion "tiers". La première est unanime à exclure l'actionnaire et limite le champ d'application de la clause au tiers non actionnaire (1). Le terme "tiers" doit être pris dans son sens étroit. Elle a recherché d'abord l'intention du législa-

(1) GUYENOT, p. 511.

HOUIN Roger et GORE François, la réforme des sociétés commerciales, D. 1967 I 122, No 73.

RIPERT et ROBLOT, No 1254, p. 735.

ROBLOT, Mélanges, p. 288.

L'interprétation du terme "tiers" se pose également en cas de succession ou de liquidation selon l'art. 274 LF.

Cf. BARDY François, Les restrictions statutaires à la libre cessibilité des actions, Gaz. Pal., 1967. Doct., p. 64 et ss.

ROBLOT, Mélanges, p. 283 et ss.

teur de 1966 (1) et s'est référée aux débats des deux Assemblées (Sénat et Assemblée nationale) notamment aux explications du rapporteur de la commission des lois qui déclarait : "Le projet réserve les clauses d'agrément au seul cas de cessions à des tiers et en interdit l'application aux cessions entre actionnaires. Votre commission a approuvé la restriction ainsi opérée au champ d'application des clauses d'agrément." La doctrine en a déduit que le terme "tiers" exclut les actionnaires. Par ailleurs, le motif essentiel d'exclure les actionnaires a été indiqué par le rapporteur du Sénat : "..... nous n'admettons pas les clauses d'agrément entre actionnaires car, dès lors que l'on a qualité d'actionnaire, il faut que l'on puisse négocier librement des actions avec les autres actionnaires et le Conseil d'administration n'a qu'à être vigilant à ne pas donner la qualité d'actionnaire à n'importe qui" (2).

Se fondant également sur une comparaison avec les articles 44 et 47 de la loi de 1966 qui ont trait aux cessions de parts de S.à.r. L. et qui distinguent le cas de cession entre conjoints, ascendants, descendants, etc.... (art. 44) ainsi qu'entre associés (art. 47), la doctrine (3) en déduit que le mot "tiers" de l'art. 274 "ne concernait qu'un acquéreur n'ayant pas déjà la qualité d'actionnaire;" il en résulte qu'une clause d'agrè-

(1) DALSACE, O. 1968 I 447, 448, 449.

HOUIN, Rev. Trim. dr. com., 1968, p. 1072.

HOUIN et GORE, O.S. 1967 I 152.

ROBLOT, Mélanges, p. 288.

(2) J.O. 27 avril 1966, Sénat, p. 238; dans le même sens, Rapport le DOUAREC du 2 juin 1966, Assemblée nationale, No 1886, p. 13.

(3) RIPERT et ROBLOT, No 1254, p. 735.

ment pour la cession entre actionnaire est interdite : "On pourrait tout aussi bien soutenir que le législateur a entendu le mot tiers dans le même sens pour les deux types de sociétés, en jugeant utile de reprendre pour les sociétés anonymes la précision déjà donnée pour les S.à.r. L." (1).

En résumé, la doctrine française estime que l'interdiction d'appliquer la clause d'agrément aux cessions entre actionnaires ressort implicitement du texte de l'art. 274 de la loi. Qu'elle est alors la position du gouvernement français? (2).

3. Le gouvernement s'est toujours opposé à exclure les actionnaires du domaine de la clause (3). Ses intentions révélées à l'occasion des débats aux deux assemblées étaient d'étendre la licéité de ces clauses aux cessions entre actionnaires conformément à la jurisprudence antérieure. Le représentant du gouvernement déclarait lors des débats "qu'il serait injuste de faire échapper à la clause d'agrément les cessions d'actions à un autre actionnaire". La disposition de l'article 274 al. 1er, disait-il, inquiète le gouvernement. Outre le fait qu'une telle décision pourrait favoriser des bouleversements non souhaités, elle comporterait le risque que la clause restât lettre morte (4). Selon lui, si le ces-

(1) ROBLLOT, *Mélanges*, p. 289.

(2) RODIERE René, La licéité des clauses d'agrément des cessions de parts sociales entre actionnaires, *Rev. Soc.*, 1974, p. 507, 512.

(3) RABUT Albert, *Interprétation de la clause d'agrément*, J.C.P., 1968, J. 15684.

(4) J.O. 27 avril 1966, Sénat, p. 348.

actionnaire n'est pas déjà actionnaire, il lui suffit d'acquiescer une action pour laquelle l'agrément lui sera donné sans difficulté. Il échappe ainsi pour toutes les autres actions, à la procédure d'agrément.

Malgré l'opposition de la doctrine, le gouvernement a continué à prôner l'extension de l'agrément de la société pour les cessions entre actionnaires.

A un député qui demandait si l'on peut considérer les mots "cessions d'actions à un tiers" mentionnés dans la loi comme une interdiction de soumettre les cessions d'actions entre actionnaires à une clause d'agrément, le Ministre de la Justice répondit : "Il paraît résulter des travaux parlementaires qui ont conduit à l'élaboration de l'art. 274 al. 1 que la notion de "tiers" doit être entendue d'une manière large incluant les actionnaires,..... et seules seraient interdites les clauses d'agrément écartées formellement par le texte de l'art. 274 al. 1" (1).

Plus tard encore, le Ministre de l'économie et des finances, reconnut également l'extension de la clause, même au transfert entre actionnaires (2).

4. La doctrine et le gouvernement se réfèrent donc aux travaux parlementaires pour expliquer la notion de "tiers" et paradoxalement aboutissent à une position contraire. Ces interprétations divergentes sont dues au fait que le texte du projet contenait la teneur : "Sauf en cas de succession, de liquidation, de communauté entre époux en matière de cession soit à un conjoint ou à un parent au de-

(1) J.O. 10 octobre 1968, débats, Assemblée nationale, p. 3327.

(2) J.O. 30 décembre 1972, débats, Assemblée nationale, p. 6467. Sur la portée des réponses ministérielles sur l'interprétation des lois, D. 1974 I 107, chron. Bruno Oppetit.

gré successable, soit à un actionnaire, la cession d'action à un tiers,", et excluait expressément l'actionnaire du champ de la clause d'agrément.

Cependant, lors du vote, un amendement a fait disparaître l'expression "soit à un actionnaire" en laissant subsister les termes "cession d'actions à un tiers", d'où la confusion dans l'interprétation (1).

5. L'interprétation du gouvernement ne correspond pas, à notre avis, à la volonté réelle du législateur français. A première vue, on pourrait penser qu'une interprétation extensive permettrait d'appliquer la clause d'agrément aux actionnaires. Or, une interprétation ne saurait servir à donner aux mots un sens différent de celui qu'a voulu le législateur. L'expression "cession à un tiers" a été conçue par le législateur dans le but d'interdire justement la clause d'agrément entre actionnaires. Il est vrai, et nous le regrettons, que le législateur a supprimé du texte l'expression "soit à un actionnaire", mais cela ne modifie pas l'interprétation de "cession à un tiers". L'interdiction d'utiliser la clause d'agrément ressort toujours, mais d'une façon implicite, de l'article 274 de la loi.

(1) BARDOUL Jacques, Les clauses d'agrément et les cessions d'actions entre actionnaires, D.S., 1973, chron., p. 137.

6. C'est donc à tort que le gouvernement a pris position en faveur de l'extension, et si la loi contient une lacune, c'est à la doctrine et aux tribunaux de la combler. Or, nous avons vu que la doctrine a opté en tout cas pour la notion restrictive du "tiers", notion naturellement opposée à celle d'actionnaire parce qu'il n'en existe probablement pas de meilleur pour désigner une personne encore étrangère à la société.

Bien que les tribunaux n'aient pas eu encore à se prononcer sur ce problème, il nous semble exclu qu'ils désapprouvent l'ensemble de la doctrine, même s'ils ont reconnu précédemment la validité de la clause entre actionnaires (1).

- (1) Au moment où nous arrivons au terme de notre travail, la Chambre Commerciale de la Cour de Cassation de Paris vient de rendre un arrêt adoptant le point de vue de la doctrine. Elle a cassé un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 12 juillet 1974 qui a admis la thèse découlant des réponses ministérielles.

Cet important arrêt résout donc le problème de l'interprétation de la "cession d'action à un tiers" en décidant qu'une clause d'agrément n'est pas applicable pour les cessions entre actionnaires. Voir à ce sujet, D.S., 1976, II, Informations rapides, p. 148, Rev. Trim. dr. com., No 3 juillet-septembre, 1976, p. 533 et ss., Revue Banque, 1976, p. 801, Note L.M. Martin, J.C.P., 1976, II, 18406, Note A. Rabut, Rev. Soc., 1976, p. 333, Note J.H.

Par ailleurs, le projet de loi gouvernemental de juillet 1976 cité à la page 41, propose la modification de la notion de tiers des alinéas 1er et 2e de l'article 274 LF par le texte suivant : "Sauf en cas de succession, de liquidation de communauté de biens entre époux ou de cession soit à un conjoint, soit à un ascendant ou à descendant, la cession d'actions à un autre actionnaire ou à un tiers, peut être soumise à l'agrément de la société par une clause des statuts". L'intention du gouvernement est claire. Il veut malgré tout faire adopter son point de vue en proposant l'extension des clauses d'agrément aux cessions entre actionnaires. Réussira-t-il cette fois-ci? Tout dépendra du vote du parlement.

Chapitre V

LES CONSEQUENCES JURIDIQUES DU
REFUS DE LA SOCIETE D'AGREER LE
TRANSFERT DE L'ACTION NOMINATIVE

La nouvelle loi française de 1966 contient une réglementation de la procédure du transfert de l'action nominative lorsque celle-ci se trouve soumise à l'agrément de la société (art. 275 et 276 LF). En revanche, aucune disposition n'est prévue dans le Code des obligations quant aux effets juridiques du transfert de l'action. Nous nous proposons d'étudier d'une part les solutions du droit suisse en cas de refus d'agréer le transfert, et d'autre part la procédure cohérente du droit français, selon que les sociétés sont cotées ou non en bourse.

Section I

DROIT SUISSE

Paragraphe premier

CONSEQUENCES JURIDIQUES DU REFUS
D'INSCRIPTION POUR LES MOTIFS QUE
PREVOIENT LES STATUTS

1. La société peut refuser l'inscription sur le registre des actions pour les motifs que prévoient les statuts (art. 686 al. 1er CO). Le changement d'actionnaire suppose en premier lieu un contrat d'aliénation entre le membre inscrit

et l'acquéreur. L'actionnaire vendeur procède à l'endossement du titre et à la remise de ce document à l'acheteur. Celui-ci se trouve être porteur de l'action. Il est tenu de remplir les conditions exigées par les statuts pour se faire inscrire par la société au registre des actions.

2. Si l'acquéreur répond aux conditions prescrites, il se trouve dans la même situation que le propriétaire d'une action nominative librement transmissible (1).
3. Lorsque l'acquéreur ne satisfait pas aux conditions spécifiées dans les statuts, tout dépend si les clauses statutaires exigent pour le transfert certaines conditions déterminées ou si elles donnent pouvoir à l'administration de refuser l'inscription pour les motifs prévus par les statuts (2).
 - a) Si l'acquéreur ne remplit pas les conditions, l'organe social est obligé de refuser l'inscription et le candidat ne peut exercer les droits de sociétaire reconnus par la société. Il reste à l'écart de la gestion et ne participe pas à l'assemblée générale.
 - Flattet (3) pense que le refus opposé par la société à l'acquéreur peut être assimilé au refus d'exécution fondé sur une exception personnelle (par exemple la nationalité suisse), qui permet à la société d'exercer son droit de refuser l'inscription au registre des actions et constitue la condition du transfert de la qualité d'actionnaire. Son effet est suspensif car dès que l'acquéreur remplit les conditions, la société est tenue de l'inscrire sur le registre.

(1) FLATTET, Mélanges, p. 153.

(2) BÜRG, Kommentar, art. 686, No 36, p. 317.

KRAFFT, p. 162 et ss.

PESTALOZZI-HENGGELE, thèse, p. 98.

(3) FLATTET, Mélanges, p. 162.

Krafft (1) estime en revanche que le candidat se verra opposer une objection fondée sur l'existence d'un fait permettant à la société d'empêcher le transfert. Il ne s'agit point d'une exception donnant le droit de refuser une prestation due.

Toutefois, les conséquences qui résultent du refus par exception ou par objection sont identiques. Le droit au transfert, dans ce cas, conditionnel, est paralysé. L'acquéreur ne possède même pas un droit de présentation puisque la société n'a pas d'agrément à lui donner : "Il n'y a pas de place pour un droit de présentation" (2).

b) Au cas où la société donne la compétence de refuser l'inscription à l'administration, cette dernière a le pouvoir d'apprécier librement la demande d'inscription et n'est pas obligée de la refuser si le candidat ne répond pas aux conditions énumérées dans les statuts. L'acquéreur possède un droit conditionnel, puisque le transfert de la qualité d'actionnaire dépend de l'assentiment de la société et des motifs des statuts.

Toutefois, à la différence du premier cas, il peut toujours espérer obtenir l'agrément même s'il ne remplit pas les conditions. Il possède un droit de présentation et peut à tout moment demander à l'organe social de statuer sur sa demande d'entrée (3).

4. Quelle est la situation juridique de l'actionnaire et de l'acquéreur au cas où ce dernier essuie un refus d'inscription de la société? Le contrat établi entre les deux parties demeure-t-il valable? A qui appartient le titre en cas de refus?

(1) KRAFFT, p. 162.

(2) FLATTET, *Mélanges*, p. 158.

(3) KRAFFT, p. 163.

Pour Flattet (1), l'acquéreur n'ayant pas rempli les conditions prescrites dans les statuts, obtient la propriété du titre et les droits pécuniaires qui y sont attachés. En revanche, l'actionnaire inscrit exerce les droits sociaux. L'acte juridique reste valable entre les deux parties, car la société ne joue aucun rôle dans l'acquisition du sociétariat.

Il se produit alors une certaine dissociation des droits de l'action, que nous développerons lors de notre étude de la clause restrictive prévue à l'article 686 al. 2 CO.

D'autres auteurs (2) estiment, au contraire, que le refus de l'inscription entraîne la nullité du contrat. La propriété du titre et le sociétariat demeurent indivisibles et restent acquis à l'actionnaire inscrit.

5. Nous soutenons la solution préconisée par Flattet et Conne car, à notre avis, les droits de créance ainsi que le droit de présentation sont incorporés dans l'action. Il s'en suit que l'action en tant que titre devrait être transmissible par simple endossement y compris les droits qui y sont attachés alors même que le transfert du sociétariat serait exclu. Il est vrai, comme le fait remarquer Pestalozzi-Henggeler (3), que souvent la société n'émet pas de titre d'action et l'actionnaire peut demander en pratique les droits de créance. Toutefois, nous estimons que sur le plan juridique le titre doit être remis à l'acquéreur afin de pouvoir exiger le paiement des dividendes.

(1) FLATTET, Mélanges, p. 154; Cf. également, ASCHWANDEN Georg, *der Erwerb der Mitgliedschaft bei der Aktiengesellschaft*, thèse, Zürich, 1955, p. 134, CONNE, thèse, p. 92, LANZ, SAS 17 (1944-1945), p. 6, 7.

(2) BRUDERER, p. 55.

FORRER, p. 307.

PESTALOZZI-HENGGELE, thèse, p. 121.

(3) PESTALOZZI-HENGGELE, RDS 56, p. 326.

Paragraphe II

CONSEQUENCES JURIDIQUES DU REFUS
D'INSCRIPTION SANS INDICATION DE
MOTIFS (ARTICLE 686 ALINEA 2 CO)

Lorsque les statuts permettent à la société de refuser l'inscription sans indication de motifs selon l'article 686 alinéa 2 CO, le contrat qui lie l'aliénateur à l'acquéreur devient-il caduc pour impossibilité d'exécution puisque le vendeur est tenu selon le contrat de transférer à l'acheteur aussi bien les droits sociaux que la propriété du titre? ou au contraire produit-il certains effets à l'égard des parties contractantes?

A) Problème de la validité du contrat

1. Dans l'arrêt Häring (1), le Tribunal fédéral a reconnu que c'est en premier lieu la volonté des parties au contrat d'aliénateur qui est déterminante pour décider des effets que pouvaient avoir sur ce contrat le refus de la société de consentir au transfert des actions nominatives liées. La doctrine (2) unanime sur ce point admet qu'en cas de refus d'approuver le transfert, deux possibilités peuvent être envisagées :
 - a) Celle du contrat d'aliénation conditionnelle : Les deux parties au contrat décide de faire dépendre sa validité de l'agrément par la société du nouvel acquéreur. Les effets du contrat sont alors suspendus jusqu'au moment où l'organe social compétent communique sa décision. La

(1) ATF 83 II 307 JT 1958 I 581.

ATF 90 II 164 JT 1965 I 138.

(2) BÜRGI, Kommentar, art. 686, No 102, p. 332, SAS 23 (1950-1951), p. 193.

CARRY, texte de sa conférence, p. 20.

JÄGGI, Kommentar, art. 967, No 153, p. 292, 293.

KRAFFT, p. 212.

PESTALOZZI-HENGgeler, thèse, p. 140.

SAUTAUX, p. 26.

doctrine estime qu'en cas de refus de la qualité de sociétaire au nouvel acquéreur, le contrat est annulé pour impossibilité d'exécution en vertu de l'article 119 CO (1). Il en va de même au cas où les parties n'ont pas prévu dans leur contrat l'éventualité d'un refus de la société. Il s'agit là d'une condition tacite (2). En cas de refus d'agrément, l'émanation de la volonté des contractants perd ainsi toute valeur et les deux parties sont dans l'obligation de se restituer l'un à l'autre les prestations qu'elles ont éventuellement déjà effectuées (3). L'aliénateur qui n'a jamais cessé d'être actionnaire demeure propriétaire du titre (4).

b) La deuxième possibilité est celle où les parties, connaissant au départ l'existence d'une clause d'agrément dans les statuts de la société, acceptent néanmoins le contrat comme tel : C'est le contrat d'aliénation inconditionnelle (5). Autrement dit, l'aliénateur cède d'une façon définitive son action à l'acquéreur malgré la nécessité d'obtenir le consentement de la société pour opérer le transfert.

(1) KRAFFT, p. 212, 213.

SCHLATTER, SAS 15 (1942-1943), p. 45.

de STEIGER, p. 173.

(2) JÄGGI, SAS 23 (1950-1951), p. 194.

KRAFFT, p. 212.

SAUTAUX, p. 27.

(3) KRAFFT, p. 213.

PESTALOZZI-HENGGELE, thèse, p. 143, 144.

SAUTAUX, p. 27.

(4) JÄGGI, SAS 23 (1950-1951), p. 194.

FLATTET, Mélanges, p. 157.

de STEIGER, p. 173.

(5) JÄGGI, Kommentar, art. 967, No 153, SAS 23 (1950-1951), p. 194.

KRAFFT, p. 213.

SAUTAUX, p. 29.

Quel est l'effet du contrat lui-même si la société refuse de consentir au transfert? Quel est en outre la situation juridique de l'aliénateur et de l'acquéreur?

A notre avis, le refus de la société n'entraîne pas la nullité du contrat qui produit des effets: L'aliénateur conserve les droits sociaux tandis que l'acquéreur obtient les droits patrimoniaux. Il ne s'agit ici que de respecter l'autonomie de la volonté des parties, en leur conférant le droit de choisir l'une ou l'autre possibilité.

Nous ne voyons aucun inconvénient d'adopter cette solution qui nous semble plus adaptée aux besoins de la vie économique où l'on peut facilement envisager le cas d'un acquéreur très satisfait d'acquérir les droits patrimoniaux même si la société refuse de le reconnaître comme actionnaire.

B) Problème de la dissociation des droits de l'action (1)

- i. En présence d'une clause statutaire selon l'article 686 alinéa 2 CO, quelle est la situation juridique de l'actionnaire et du nouvel acquéreur en cas de refus d'agrément de l'organe social compétent?
 Le premier arrêt Håring présente deux thèses différentes: Le demandeur estime que le refus de la société d'agréer le transfert n'atteint que les droits de sociétaire, tandis que la partie adverse soutient que le refus de la société de consentir au transfert empêche la transmissibilité de l'action, donc également les droits qui s'y trouvent incorporés. Le Tribunal fédéral a jugé que seuls les droits sociaux restent à l'actionnaire alors que les droits patrimoniaux passent à l'acquéreur non agréé.

(1) KRAFFT, p. 171 et ss.
 SAUTAUD, p. 18 et ss.
 SCHWERTI, p. 45 et ss.
 WIDMER, p. 51 et ss.

2. Cet arrêt a suscité à l'époque de vives réactions au sein de la doctrine suisse et parmi les dirigeants des sociétés anonymes qui ont craint que cette décision expose les entreprises suisses au danger d'une infiltration étrangère par la possession de titres incorporant les droits patrimoniaux (1). Dans une circulaire de 1961, l'Association suisse des banquiers, en accord avec les grandes sociétés anonymes, a recommandé aux banques une nouvelle rédaction des formules employées pour les demandes d'inscription au registre des actions. A cet effet, le nouvel acquéreur doit déclarer sans équivoque qu'il est le propriétaire effectif, tant juridique qu'économique des actions, et non pas seulement à titre fiduciaire. Le but est de permettre aux sociétés d'écarter dans une grande mesure les hommes de pailles (2).
3. Le nombre d'articles et de monographies parus depuis lors illustre bien l'importance du problème et démontre également que l'ensemble de la doctrine est loin d'être unanime sur le principe de la séparation des droits de l'action en cas de refus du transfert (3).

(1) Il suffit de lire le discours prononcé par le président du conseil d'administration de Geigy S.A. (avant la fusion Ciba-Geigy) à l'assemblée générale du 30 mars 1960 : "Il est évident que si l'on permet une telle dissociation des droits de sociétaire, le registre des actions ne peut plus renseigner, d'une façon incontestée, sur les personnes qui sont, en définitive, intéressées à la société.....".

(2) Voir circulaire de l'Association suisse des banquiers adressée aux banques le 6 avril 1961.

(3) PFENNINGER, SAS 37 (1965), p. 233 et ss.

La vive controverse au sein de la doctrine porta tout d'abord sur l'expression "dissociation des droits patrimoniaux" employée par le Tribunal fédéral dans son arrêt de 1957. Ce terme fut combattu par la doctrine qui estimait qu'il ne peut y avoir de séparation des droits incorporés dans l'action. Le sociétariat en tant que tel n'est pas susceptible de démembrement. "Les diverses fonctions qui le constituent ne peuvent être dissociées" (1).

A vrai dire, c'est l'expression maladroite de "droits patrimoniaux" qui a provoqué la réaction de la doctrine (2), qui voulut en préciser le sens et considéra que le terme "droits patrimoniaux" désigne d'une part certains droits sociaux qui ont un contenu pécuniaire, comme le droit au dividende (art. 660 al. 1er CO), et d'autre part les créances qui découlent de ces droits de base (3).

Carry observe qu'il n'est pas douteux que le Tribunal fédéral a eu juste conscience de cette distinction et n'a voulu désigner comme "droits patrimoniaux" que les "droits de créances" (4).

La doctrine a voulu écarter l'idée d'un démembrement du sociétariat car, en tant que droit d'actionnaire, l'action est indivisible. Il n'y a aucun indice dans la loi qui fonderait l'opinion contraire (5). Cette vision claire permet de déterminer exactement la situation juridique de l'aliénateur et de l'acquéreur en cas de refus d'approuver le

(1) SAUTAUD, p. 24

(2) "C'est à tort que l'arrêt Häring parle de l'incorporation des droits patrimoniaux dans le document" et "...les droits patrimoniaux ne sont qu'une catégorie des prérogatives découlant du sociétariat. Ils suivent le sort de la fraction du capital social" écrit Krafft.

(3) CARRY, texte de sa conférence, p. 10.

JÄGGI, RDS 1958, I, p. 52 et ss., SAS 33 (1960-1961), p. 65.

(4) CARRY, texte de sa conférence, p. 10.

(5) JÄGGI, SAS 33 (1960-1961), p. 66.

transfert. Quels sont les droits qui passent au nouvel acquéreur? Pour Jäggi, l'acheteur n'a droit qu'aux dividendes futurs ainsi qu'à celui fixé par l'assemblée générale, au droit de créance qui découle du droit général à une part de liquidation et aux intérêts intercalaires (1). En revanche, le droit de participer à la décision qui fixe les dividendes ou d'attaquer une telle décision en justice fait partie des droits sociaux qui demeurent à l'aliénateur inscrit. Cette situation particulière pose elle aussi un certain nombre de problèmes que nous traiterons sous chiffre 8.

De Steiger est également d'avis que seules les créances devenues indépendantes (droit au dividende déclaré, droit à une part de liquidation attribué passent à l'acquéreur (2).

4. Dans le second arrêt Häring de 1964 (3), le Tribunal fédéral a saisi l'occasion de préciser ce qu'il fallait entendre par "séparation des droits patrimoniaux". Cette expression ne veut pas désigner autre chose que les créances visées par les auteurs Carry et Jäggi. Seuls passent à l'acquéreur non agréé les simples créances qui sont nées ou naîtront des droits patrimoniaux à caractère social: pré-tention au paiement du dividende fixé, à l'attribution de la part de liquidation qui résulte du décompte final voté par l'assemblée générale et du plan de répartition sur cette base.

(1) JÄGGI, SAS 33 (1960-1961), p. 66 et ss.

LANZ, SAS 33 (1960-1961), p. 215.

SAUTAUD, p. 32.

(2) de STEIGER, p. 173.

(3) ATF 90 II 235 JT 1965 I 138, 142.

5. Un autre problème qui divise actuellement la doctrine est celui de la propriété du titre : à qui appartient l'action lorsque l'organe social refuse d'agréer le transfert? l'aliénateur reste-t-il propriétaire du titre ou au contraire ce dernier revient-t-il à l'acquéreur? La réponse est différente selon que l'action nominative est considérée comme un titre à ordre légal ou comme un titre nominatif (1). "Si cette action doit être considérée comme un titre nominatif, la propriété de l'action reste à l'aliénateur quand la société refuse le transfert car dans les titres nominatifs le droit au papier suit le droit constaté par le papier" (2). Si l'on considère en revanche l'action nominative liée comme un titre à ordre : "Les droits patrimoniaux qui, avant leur disjonction étaient incorporés dans le titre, doivent lui rester attachés, car ces droits ne peuvent être exercés qu'au moyen du titre, tandis que l'actionnaire inscrit n'en a pas besoin pour exercer les droits de sociétaire qui lui restent. Il faut dès lors admettre que la propriété du titre passe à l'acquéreur avec celle des droits patrimoniaux" (3).
6. La doctrine dominante (4), partisane du titre à ordre, estime que les droits patrimoniaux qui étaient incorporés dans l'action avant la remise du titre doivent également lui rester attachés, ce qui est conforme tant aux prin-

(1) de STEIGER, p. 173.

(2) ATF 83 II 297 JT 1958 I 478.

(3) Même arrêt, p. 480.

(4) Partisans du transfert de la propriété du titre à l'acquéreur :

ASCHWANDEN, p. 134.

BÜRGI, Kommentar, art. 686, No 99.

CARRY, texte de sa conférence, p. 19.

JÄGGI, SAS 33 (1960-1961), p. 13, 67.

SCHUCANY, RSJ 41 (1944-1945), p. 177.

cipes des droits réels qu'à la volonté des parties. Jäggi (1) considère que l'action en tant que telle est une chose au sens des art. 641 et ss du Code civil suisse, et un papier-valeur. C'est une chose particulière dont le contenu de la propriété est déterminé impérativement par la loi. L'aspect le plus important de la propriété, soit la faculté de disposer de l'objet par acte juridique ne saurait être abolie par un contrat (en l'espèce par une règle statutaire) (2). L'actionnaire peut en disposer librement et par conséquent opérer le transfert de la propriété du titre à une autre personne.

7. En revanche, les partisans du titre nominatif soutiennent qu'en cas de séparation des droits patrimoniaux, le titre-action suit le sort des droits de sociétaire et reste par conséquent la propriété de l'actionnaire même s'il a été remis à l'acquéreur (3). Selon Pestalozzi-Henggeler (4), le refus du transfert porte aussi bien sur le sociétariat que sur la propriété du titre. Dans ce cas, l'aliénateur reste actionnaire et conserve la propriété de l'action. Pour Forrer (5), la limitation du droit de transférer concerne aussi bien les droits de sociétaire que le titre émis pour constater l'existence de la part du capital social.

(1) JÄGGI, Op. cit., p. 67.

CARRY, Op. cit., p.20.

(2) SCHUCANY, Op. cit., p. 179.

(3) Partisans du maintien de la propriété du titre au profit de l'aliénateur:

- WIELAND A. , Das Aktienbuch, p. 47.

- PESTALOZZI-HENGGELE, thèse, p. 121.

(4) PESTALOZZI-HENGGELE, Op.cit., p. 121

(5) FORRER, thèse, p. 307.

8. Un premier argument en faveur du titre à ordre émane de la teneur de l'article 684 al. 2 CO qui, contrairement au premier alinéa, ne prévoit pas la possibilité d'exclure la transmissibilité du titre endossé par une clause statutaire. Le deuxième argument provient du "caractère de chose" que nous avons déjà étudié. De plus, il n'est pas juste de dire - comme on l'a souvent prétendu - que le transfert du titre sans les droits sociaux soit de nul intérêt pour l'acquéreur parce que sa valeur est constituée par les droits qui y sont incorporés et non par le titre en tant que chose : le titre endossé déploie en faveur de l'acquéreur l'effet de légitimation d'un titre à ordre. La société peut se fier à cette légitimation si elle décide ultérieurement à l'accepter. Le droit de présentation constitue une valeur économique d'autant plus grande que le cercle de personnes qui pourraient compter sur l'agrément de la société en cas de demande d'inscription est plus étendu. Sur le plan pratique encore, le titre à ordre bénéficie d'une négociabilité plus grande que le titre nominatif. Quant aux besoins légitimes de protection des intérêts de la société, celle-ci dispose de moyens très efficaces pour lutter contre l'infiltration de personnes indésirables (Cf. page 63 chiffre 2).
9. Plus discutable encore est la question de l'exercice des droits sociaux en cas de refus d'agrément de la société. Le problème débattu par la doctrine consiste à savoir si l'aliénateur désireux de quitter la société peut continuer à exercer les droits sociaux. Certains estiment que l'exercice de ces droits devrait être suspendu jusqu'au moment où l'acquéreur serait inscrit sur la liste des actionnaires (1). BÜRGI (2) défend ainsi
- (1) BÜRGI, Festschrift Guhl, p. 199, notamment, p. 209.
JAGGI, SAS 23 (1951-1952), p. 194, SAS 33 (1960-1961), p. 13, RDS 77, (1958), p. 525.
CARRY, texte de sa conférence, p. 18.
- (2) BÜRGI, Op. cit., p. 209.

cette théorie : L'actionnaire inscrit qui a vendu ses actions reste en droit de participer à la gestion de la société, et d'influencer le sort d'une entreprise pour laquelle il n'a plus d'intérêt et qui ne lui fait plus courir aucun risque financier. La persistance du sociétariat crée en réalité un rapport juridique purement fictif. Dans ce cas, l'actionnaire inscrit peut exercer les droits sociaux dans l'intérêt de l'acquéreur non agréé (1).

Jäggi, pour sa part, considère que la société n'ayant pas accordé encore son agrément au transfert, l'aliénateur n'est plus actionnaire et que l'acquéreur ne l'étant pas encore, le sociétariat n'est plus occupé (2) : par l'endossement et le transfert du titre, l'aliénateur perd la qualité d'actionnaire. En revanche, les opérations ne constituent pas une cause suffisante pour l'institution de l'acquéreur comme actionnaire (en raison du défaut du consentement de la société). Une situation analogue à celle de l'acquisition de la société de ses propres actions se produit alors. Le droit incorporé dans l'action n'est cependant pas sans titulaire. Selon Jäggi, l'acquéreur refusé (ou pas encore accepté) par la société, est "Träger eines Trägerlosen Aktienrechts". Sa situation juridique est la suivante : il est titulaire de tous les droits particuliers incorporés dans des titres accessoires. Il a encore l'espoir d'être accepté plus tard par la société (il en a même droit lorsque le refus par la société serait arbitraire). Il lui est possible de transférer ses droits par endossement à un autre acquéreur sans le consentement de la société. L'aliénateur n'a plus le droit d'exercer les droits sociaux, mais la société peut décider de l'admettre même implicitement comme actionnaire en lui accordant le droit de vote.

(1) PFENNINGER, SAS 37 (1965), p. 238.

RIBI, p. 261.

(2) JÄGGI, SAS 23 (1951-1952), p. 193.

En conséquence, le sociétariat n'a pas de porteur jusqu'au moment où la société agréée la qualité de membre à l'acquéreur. Cette suspension de l'exercice des droits sociaux a pour but de protéger la société puisqu'elle empêche que l'aliénateur puisse tourner la clause d'agrément en exerçant le droit de vote à l'assemblée générale selon les instructions de l'acquéreur.

Pour éviter de tels abus face à la position juridique formelle, il faut selon Carry (1), reconnaître à la société le droit de convertir les actions sans titulaire en fait en actions sans titulaire en droit (radier le titulaire formel de l'action lorsque l'actionnaire inscrit ne peut pas produire sur demande le titre et qu'il n'allègue pas sa perte).

10. Toutefois, la théorie de la suspension n'a pas convaincu toute la doctrine. Plusieurs auteurs observent que cette théorie ne se base sur aucun texte légal. Ainsi Fromer ne trouve aucune disposition légale qui permette de justifier une suspension des droits sociaux, mais estime que l'aliénateur peut demander que son nom soit radié du registre des actions (2).

Pestalozzi-Henggeler considère, pour sa part, que la propriété du titre ainsi que les droits de sociétaire restent à l'aliénateur jusqu'au moment où la société approuve le transfert (3).

Alfred Wieland déclare que cette théorie ne peut trouver aucun appui dans la loi (4), et Krafft que la titularité de la fraction du capital social demeure à l'actionnaire jusqu'au moment où la société n'accepte pas le transfert. "Une renonciation de l'actionnaire à sa position au sein de la corporation reste sans effet sur le rapport juridique qui naît de la participation au capital social" (5). A son avis, la théorie de la suspension est insoutenable et dénuée de tout fondement.

(1) CARRY, op. cit., p. 18.

(2) FROMER, RDS 80 (1961), Note 30, p. 140.

(3) PESTALOZZI-HENGGELE, RSJ 56 (1960-1961), p. 243, 244.

(4) WIELAND A., SAS 21 (1948-1949), p. 77, RSJ 48 (1952-1953), p. 1 et ss., p. 17 et ss.

(5) KRAFFT, p. 220.

11. Nous ne pouvons admettre la suspension du sociétariat en attendant l'agrément de l'organe social au transfert de l'action. Le refus de la société est déjà une protection suffisante contre les personnes indésirables. Par ailleurs, le risque qu'un actionnaire désireux de quitter la société exerce son droit de vote d'une manière contraire aux intérêts de celle-ci nous semble peu important. Il ne justifie en tout cas pas la suspension des droits sociaux, un procédé qui peut aller à l'encontre même des intérêts de la société. En effet, celui-ci en freinant l'exercice des droits sociaux d'un grand nombre d'actionnaires risque d'empêcher la société de prendre des décisions. De plus, si l'actionnaire inscrit convient avec l'acquéreur du titre d'exercer son droit de vote selon les instructions de ce dernier, la société est protégée par les règles générales du droit. Elle peut opposer notamment l'article 2 du Code civil relatif à l'abus du droit.
- Le Tribunal fédéral a bien saisi cette situation et a annulé le vote de l'aliénateur qui exerce son droit de vote selon les instructions de l'acquéreur, "Commet un abus de droit le vendeur d'actions nominatives qui, avant leur transfert, exerce le droit de vote selon les instructions de l'acheteur afin d'échapper à l'entrave statutaire subordonnant ce transfert à l'agrément de la société" (1).
- En revanche, rien n'empêche que l'ancien actionnaire s'oblige envers l'acquéreur de renoncer à exercer son droit de vote, ce qui constitue à la fois une protection pour l'acquéreur et pour la société.
- La société peut radier du registre des actionnaires celui dont les actions se trouvent en déréliction. Elle peut ainsi refuser de payer les droits de dividende à toute personne inscrite au registre de la société pour autant que les droits ne soient pas incorporés dans des coupons. Malgré que cette possibilité soit peu utilisée en pratique, elle doit, à notre avis, exclure la théorie de la suspension.
- En résumé, l'exercice des droits sociaux reste à l'actionnaire jusqu'au moment où une autre personne le remplace et acquiert la qualité de membre.

Paragraphe III

CLAUSE PREVOYANT LE REFUS DU
TRANSFERT DE TOUT DROIT ET DU TITRE

1. Si la société introduit ce genre de clause dans les statuts, c'est qu'elle entend collaborer au transfert du titre lui-même et des droits qui s'y attachent. Son but est de maintenir la propriété du titre et l'ensemble des droits de l'action et d'éviter une dissociation de ceux-ci. Les rédacteurs des statuts se fondent sur l'article 967 alinéa 3 CO relatif à la coopération du débiteur en cas de transfert. La clause doit prévoir expressément que tous les droits résultant de l'action, y compris les droits patrimoniaux et les créances qui en découlent, sont soumis au consentement de la société. Il arrive parfois que les statuts exigent le consentement de l'organe social compétent pour le transfert du titre et pour l'inscription au registre des actions. L'acquéreur doit alors obtenir deux décisions distinctes de la société pour être admis en qualité d'actionnaire.
La société est tenue de préciser sur quoi porte l'agrément (transfert du titre lui-même, inscription, un ou plusieurs droits).
2. En cas de refus d'agrément de la société, quelle est la situation juridique de l'aliénateur et de l'acquéreur? Si l'organe compétent s'oppose au transfert, le titre reste la propriété de l'actionnaire et ne peut passer à l'acquéreur qui devient possesseur de l'action avec un droit de présentation lui permettant de provoquer une décision de la société. Cette dernière statue sur la demande d'admission de l'acheteur qui en cas de refus, a toujours un droit d'expectative, espérant un jour qu'elle reviendra sur sa décision.
Les droits patrimoniaux et sociaux restent à l'actionnaire inscrit. Il n'y a donc pas de dissociation des droits de l'action.

Qu'en est-il des droits issus du titre? Ils doivent en principe appartenir à l'acquéreur à moins que les statuts ne les soumettent également à l'agrément de la société car ces "droits appartiennent au patrimoine privé du membre" (1). Si les statuts ne restreignent pas la cession des créances, celles-ci reviennent à l'acquéreur.

3. Le sort du contrat d'aliénation qui lie l'actionnaire à l'acquéreur dépend de l'accord intervenu dans le contrat: il peut être conditionnel, c'est-à-dire qu'il ne lie les deux parties que si la société accorde le transfert, et le refus de l'organe social compétent fait perdre au contrat toute valeur. En revanche, si le contrat d'aliénation ne prévoit aucune condition (aliénation inconditionnelle), le contrat demeure valable malgré un refus d'agrément de la société. Toutefois, à la différence des effets juridiques de la clause statutaire de l'article 686 al. 2 CO, l'acheteur ne reçoit ni la propriété du titre ni droits patrimoniaux ni, le cas échéant, les créances découlant du titre si la clause prévoit leur restriction (2). L'acquéreur se trouve donc démuné du titre et de tous les droits qui y sont incorporés. Il a la possession d'une action vide de son contenu à l'exception du droit de présentation. Il a la possibilité de transmettre le titre à un tiers en obtenant un nouvel endossement en blanc de l'actionnaire inscrit.

(1) CARRY, texte de sa conférence, p. 11.

(2) KRAFT, p. 213.

PESTALOZZI-HENGGELE, RSJ 56 (1960), p. 343.

STAEHELIN Max, RDS 79 (1960), p. 327 et ss.

Paragraphe IV

EXAMEN DE QUELQUES CLAUSES STATUTAIRES
DES SOCIÉTÉS ANONYMES SUISSES

1. Statuts des Ateliers de Constructions Mécaniques de Vevey S.A. du 27 mars 1962.
L'article 7 des statuts dispose : "Le Conseil d'administration a le droit de refuser l'inscription au Registre des actions sans indication de motifs, sous réserve des cas prévus à l'article 686 chiffre 4 CO" (1).
C'est le cas de restriction légale de l'article 686 al. 2 CO.
En cas de refus d'inscription, la propriété du titre passe à l'acquéreur avec les droits patrimoniaux. L'aliénateur conserve les droits de sociétaire. C'est la solution adoptée par le Tribunal fédéral et acceptée par la majorité de la doctrine.

2. Statuts Hermes Precisa International S.A. Yverdon de 1974.

Article 6 al. 3

"Pour le transfert des actions nominatives, l'inscription de l'acquéreur au registre des actions est subordonnée à l'assentiment du Conseil d'administration. Celui-ci n'est pas tenu de motiver un éventuel refus d'inscription. Il peut en outre exiger la preuve de la régularité du transfert conformément à l'article 685, alinéa 2 du Code des obligations. Les dispositions de l'article 686, al.4, du Code des obligations, sont réservées".

- (1) Voir dans le même sens :
statuts de Nestlé Alimentana S.A. à Vevey de 1974, art. 6.
statuts de Sandoz AG. Basel de 1975, art. 5.
statuts de Braueni Eichhof à Lucerne de 1960, art. 3.
statuts de Holzstoff AG. à Bâle de 1973, art. 3.

Que signifie le terme "transfert des actions" (première ligne de cet article)? Faut-il comprendre que l'agrément est nécessaire pour le transfert du titre en tant que tel ou au contraire que l'approbation ne porte que sur l'inscription au registre de la société?

Nous avons vu plus haut que les expressions "transfert" et "inscription" sont considérées par le Tribunal fédéral et par la majorité de la doctrine comme identiques.

De ce fait, le consentement ne peut porter que sur l'inscription au registre des actionnaires. Le refus d'inscription n'empêche pas le transfert du sociétariat au nouvel acquéreur.

3. Statuts de la Société Suisse d'Assurance contre les Accidents à Winterthur du 6 mai 1969.

Article 4

"Les actions sont indivisibles à l'égard de la société. Est seul reconnu comme actionnaire et porteur de tous les droits attachés à l'action nominative (droits de sociétaire et droits patrimoniaux) celui qui est inscrit sur le registre des actions. La propriété d'une action implique l'adhésion aux statuts".

Article 5

"Les actions nominatives ne peuvent être transférées à un nouveau propriétaire qu'avec l'agrément de l'administration. Le transfert peut être refusé sans indication de motifs. L'article 686 alinéa 4 CO demeure réservé.

A chaque acquisition d'actions nominatives, l'acquéreur doit demander personnellement, par écrit, l'agrément pour le transfert (1)".

- (1) Dans ce sens :

statuts de Ciba-Geigy SA à Bâle de 1973, art. 4.
statuts Ebauches SA à Neuchâtel de 1967, art. 5.
statuts des Ateliers des Charmilles de 1972, art. 6.
statuts de la Société des Câbles Electriques à Cortaillod de 1974, art. 5 bis.
statuts Oerlikon-Bührle Holding AG à Zürich de 1975, art. 4.
statuts de Brown Boveri AG à Baden de 1974, art. 5.

La Société d'Assurance Winterthur a voulu soumettre le transfert de la propriété du titre lui-même à l'agrément de l'administration. Donc seul le transfert est subordonné au consentement de l'organe désigné par les statuts. Une fois le transfert approuvé, la société est tenue d'inscrire l'acquéreur, puisque le droit de refus se limite au transfert du titre lui-même et non à l'inscription. En cas de refus d'agrément, l'actionnaire inscrit conserve la propriété du titre ainsi que les droits sociaux et patrimoniaux. L'acquéreur devient par contre possesseur du titre avec un droit d'expectative lui permettant d'être un jour admis par la société. Le but de cette clause restrictive est d'éviter la dissociation des droits attachés à l'action. L'ensemble des droits se trouve aux mains d'une seule personne. Mais qu'en est-il des droits de créance issus du titre? Le texte de l'article 4 ne dit rien. A notre avis, ils appartiennent à l'acquéreur car les statuts n'ont pas prévu leur restriction.

4. Statuts de "La Neuchâteloise" Compagnie d'Assurances Générales de 1972.

Article 6

"Les actions ne peuvent être cédées et les mutations ne peuvent être inscrites au registre des actionnaires qu'avec le consentement de l'administration; celle-ci peut, dans les limites de la loi, refuser ce consentement sans faire connaître ses motifs. Les actions cédées doivent être enregistrées par le cédant ou par ses ayants droit ou ayants cause".

L'agrément porte en principe sur le transfert de l'action d'une part et sur l'inscription au registre des actionnaires d'autre part.

Toutefois, le transfert s'effectue en pratique de la manière suivante : l'acheteur présente la demande d'agrément à l'organe social compétent par l'intermédiaire d'une banque afin d'approuver le transfert et de procéder à l'inscription du nouvel acquéreur.

La société prend une seule décision aussi bien pour le transfert que pour l'inscription.

Si le transfert est approuvé, il y a annulation du titre endossé et création d'un nouveau titre au profit de la nouvelle personne.

Les effets juridiques du refus d'agrément sont les mêmes que ceux du texte des statuts de la Société Winterthur.

5. Statuts EDOUARD DUBIED & Cie à Couvet de 1973.

Article 5

"L'assemblée générale des actionnaires ou le Conseil d'administration peut déclarer librement transmissibles des créances échues issues des titres (Alinéa 3).

Le transfert des actions nominatives, y compris les droits patrimoniaux qui leur sont attachés et des créances qui en sont issues, à titre de propriété ou pour la constitution d'un autre droit réel (usufruit ou gage) est subordonné à l'approbation du Conseil d'administration (Alinéa 4).

Le Conseil d'administration approuve le transfert par une attestation portée sur le titre lui-même et par l'inscription de l'acquéreur au Registre des actions (Alinéa 6).

Le Conseil d'administration peut refuser le transfert sans indiquer les motifs de sa décision (Alinéa 7)".

Les statuts précisent avec détail le transfert de l'action nominative liée. Le blocage du transfert est total. Tous les droits attachés au titre, y compris les droits de créances restent à l'actionnaire en cas de refus de la société. L'acquéreur n'a qu'un droit d'expectative vis-à-vis de la société et se trouve possesseur d'un titre vide de tout droit. Il ne peut prétendre aux créances que si la société les déclare librement transmissibles.

Le pouvoir de l'organe compétent est énorme puisqu'il peut supprimer le transfert du titre et de tout droit sans indication de motifs.

Nous nous demandons, dans ce cas, si le but des actions cotées en bourse est de freiner totalement le transfert.

Paragraphe V

LA REVISION ACTUELLE DES DISPOSITIONS
RELATIVES AUX RESTRICTIONS OU TRANSFERT DE
L'ACTION NOMINATIVE (1)

Les clauses d'agrément prévues dans le Code des obligations de 1936, ont fait l'objet d'une étude approfondie par le groupe de travail chargé de la révision du droit des sociétés anonymes.

En avril 1972, un rapport intérimaire a été publié (2).

Il est parvenu à la conclusion que les dispositions actuelles qui régissent les clauses d'agrément nécessitent une révision et que "les limitations et les interdictions apportées au transfert des actions nominatives doivent être assouplies". Au mois de septembre 1975, le groupe de travail a publié un avant-projet avec un rapport explicatif de la Division fédérale de la justice concernant la modification du Titre vingt-sixième du Code des obligations qui propose ce qui suit:

I. Article 627 chiffre 8 du CO

Le groupe de travail propose la suppression de la règle qui permet à la société anonyme d'interdire le transfert des actions nominatives par une clause des statuts. Le nouveau texte deviendrait: "Ne sont valables qu'à condition de figurer dans les statuts, les dispositions concernant les restrictions apportées au transfert des actions nominatives".

(1) FORSTMOSER et MEIER-MAYOZ, p. 321 et ss.

SCHLUEP W., Vinkulierung, SAS 48 (1976), p. 129 et ss.

Voir également, STOCKMANN Heinrich, Révision du droit suisse sur les sociétés anonymes, article paru dans Le mois économique et financier publié par la Société de Banque Suisse, septembre, 1976, p. 14 et ss.

(2) Rapport intérimaire, p. 186.

Le but de cette modification est clair: supprimer l'interdiction totale de transférer les actions nominatives. De ce fait, les sociétés ne pourraient frapper les actions d'une inaliénabilité absolue. Le nouveau texte dissiperait l'ambiguïté des expressions "interdiction de transférer" et inscription au registre", utilisées dans les articles 627 chiffre 8 et 686 al. 1 CO qui ont incité la doctrine à de nombreuses controverses.

Nous abondons dans ce sens. La sortie de l'actionnaire serait plus facile et ce dernier ne serait plus tenu de rester malgré lui dans la société. Celle-ci devrait se limiter à quelques restrictions qui, à notre avis, pour les motifs énoncés plus haut sont suffisantes pour la protéger contre les éléments étrangers.

D'ailleurs, l'opinion ne fut jamais émise, à notre connaissance, d'exclure totalement le transfert.

L'étendue des clauses d'agrément se trouve ainsi limitée et les sociétés anonymes devraient s'adapter à cette nouvelle conception juridique du transfert.

II. Nouvel article 646 a

1. Le Code des obligations ne prévoit pas actuellement l'introduction ultérieure d'une clause d'agrément dans les statuts. Le nouveau texte lève toute ambiguïté sur ce point (1).

Dans les limites qu'il trace, le nouvel article 646a autorise l'introduction ou la modification d'une clause restrictive du transfert au cours de la vie de la société.

(1) La doctrine est divisée sur la question de savoir dans quelle mesure une modification statutaire peut avoir lieu en droit positif. Cf. de STEIGER, Le droit des S.A. en Suisse, p. 172; La conversion des actions, Semaine judiciaire (1951-1952), No 17, p. 249, 266.

Nous constatons tout d'abord que l'avant-projet exige pour toute révision des statuts une majorité qualifiée de 2/3 des voix représentées. Cette exigence du nouveau droit constitue déjà un obstacle à l'introduction d'une clause statutaire. L'avant-projet va encore plus loin puisqu'il n'admet une telle clause que pour de justes motifs (par exemple, le maintien du caractère suisse de la société). Ces motifs devraient être appréciés concrètement pour chaque cas d'espèce en application de l'article 4 du Code civil.

Cette nouvelle réglementation se concilie bien avec la jurisprudence cantonale et la doctrine qui considèrent le droit à la libre transmissibilité de l'action comme un droit relativement acquis (1).

Nous nous rangeons à cette solution. En effet, l'introduction ou la limitation d'une clause restrictive du transfert entraîne une modification des droits d'actionnaire. Elle peut être nécessaire pour protéger les intérêts de la société mais ne doit pas conduire à un abus manifeste de la société au détriment de la minorité, ni être évoquée d'une manière arbitraire.

C'est dans ce sens que le nouveau texte permet de mieux protéger les actionnaires. Une modification des statuts sans juste motif serait selon le nouvel article frappée de nullité.

III. Nouvel article 685

C'est l'article le plus important de la nouvelle réglementation.

(1) Cour d'Appel du Canton de Bâle, arrêt cité dans le rapport intérimaire, p. 186. Cf. RSJ (1965), p. 140 et ss. et SAS 39 (1967), p. 27. Cf. la bibliographie à ce sujet dans de STEIGER, p. 172.

1. L'alinéa 1er reprend l'alinéa 3 de l'article 686 CO en précisant son sens, et dispose que l'inscription peut être refusée si la solvabilité de l'acquéreur est douteuse. L'article 685 élimine du texte actuel de l'article 686 les cas de restrictions légales aux alinéas 1 et 2. L'alinéa 2 de l'article 685 CO, qui suit logiquement le principe de la libre transmissibilité énoncée à l'article précédent, permet de restreindre cette libre transmissibilité même. Il prévoit tout d'abord que les statuts peuvent soumettre l'inscription de l'acquéreur au registre des actions à l'agrément de la société. Le texte limite clairement la portée de la clause d'agrément à l'inscription au registre de la société. Dans ce cas, le refus d'inscription au registre n'empêche pas le transfert de la propriété du titre endossé en faveur de l'acquéreur et les droits patrimoniaux qui y sont attachés. La dissociation des droits de l'actionnaire qui a suscité tant de controverses subsisterait toujours.
2. Le nouveau texte établit une distinction entre les sociétés anonymes cotées ou non en bourse. Les règles applicables aux clauses d'agrément ne sont pas identiques pour les deux catégories de sociétés. C'est là une innovation importante. En effet, le nouvel article prescrit que les sociétés anonymes non cotées à une bourse suisse soumise à une surveillance officielle ne peuvent refuser l'agrément que pour de justes motifs ou pour des faits déterminés par les statuts. Dans ce cas, la société ne peut plus insérer n'importe quel motif pour refuser le transfert de l'action au nouvel acquéreur. Il faut que les motifs soient justes en relation avec le but de la société. Une autre interprétation rendrait illusoire toute amélioration voulue par les rédacteurs de ce texte. Cette nouvelle réglementation était nécessaire en raison des abus commis par les sociétés de famille à l'égard des actionnaires minoritaires désireux de sortir de la société.

C'est une meilleure protection des membres des petites sociétés puisque ces dernières pouvaient refuser l'inscription sans indication de motifs. Cette situation gênait considérablement l'actionnaire qui n'avait pas la tâche facile pour vendre ses actions à une nouvelle personne. Tel n'est pas le cas pour les sociétés cotées en bourse auxquelles le texte précité n'est pas applicable. Le groupe de travail a estimé que le transfert de l'action nominative liée des grandes sociétés ne présente jamais de grandes difficultés, puisque l'actionnaire peut toujours trouver en pratique un acquéreur. Si cette révision constitue un premier pas vers un système plus souple pour le transfert des actions liées, il n'en reste pas moins que la réforme proposée reste timide puisqu'elle ne s'étend pas aux grandes sociétés.

3. L'avant-projet supprime de l'article 627 chiffre 8 du CO l'interdiction du transfert de l'action nominative. Or l'article 967 al. 3 CO permet aux sociétés de prévoir dans leurs statuts la coopération de l'organe social pour le transfert du titre, objet de vente. En d'autres termes, l'endossement ne prend effet que si la société approuve le transfert. Le blocage de l'action demeurerait donc total et l'actionnaire se trouverait impuissant devant une pareille clause. L'article ainsi révisé n'a rien résolu et la situation actuelle resterait inchangée car, à notre avis, la réforme ne s'est pas faite dans un esprit nouveau et n'a pas entraîné une modification profonde de la conception du transfert. Il est certain que si cette réforme était maintenue sans modification, elle serait dépassée au moment où elle verrait le jour car elle n'a apporté aucune solution adéquate pour un meilleur transfert, et n'a pas été conçue pour assurer un juste équilibre entre la société et l'actionnaire.

Cette révision aurait dû, à notre avis, tenir compte des intérêts de l'actionnaire et ceux de la société. Or, nous ne pouvons qu'insister encore une fois sur le légitime besoin de protection de l'actionnaire contre un conseil d'administration assez puissant qui possède, on l'a dit, d'autres moyens pour protéger les intérêts sociaux.

4. Il est malheureux de constater que la nouvelle réglementation ne s'est pas orientée vers un rapprochement avec les autres droits européens, en particulier avec le droit de la communauté économique européenne. Il suffit de lire l'intervention de M. Robert Patry à la société suisse des juristes en 1966 (1). Parlant de la réforme du droit des sociétés anonymes en Suisse, M. Patry attire l'attention sur le fait que la législation suisse devra s'aligner sur les pays membres de la CEE dans le cadre de la création d'une société européenne, sinon, ajoute-t-il, "toutes réformes jurisprudentielles ou législatives que nous pourrions envisager, sur le plan interne, dans le domaine de la société anonyme risqueraient de devenir rapidement inutiles".

Nous nous rangeons sans hésitation à l'avis de M. Patry car nous pensons que si les frontières d'un état gardent encore aujourd'hui toute valeur, le droit tend de plus en plus à s'harmoniser au plan régional. Les juristes suisses ne peuvent ignorer le droit de la communauté européenne en raison même des relations économiques et commerciales de la Suisse avec les pays membres de cette communauté.

(1) Voir Robert PATRY, RDS, 1966, p. 693, 694.

Lire également l'évolution de l'intégration européenne et la position de la Suisse, Feuille Fédérale de 1971 II 646.

Le règlement des statuts d'une société européenne a déjà été élaboré, et l'art. 53 al. 3 précise (1) : "Les statuts peuvent limiter les possibilités du transfert. Les restrictions doivent apparaître clairement dans les statuts. Elles ne peuvent être telles que l'agrément au transfert soit laissé à l'appréciation de la société ou que l'action devienne pratiquement inaccessible".

Nous estimons qu'il est souhaitable que le groupe de travail chargé de la révision en Suisse puisse s'inspirer de ce texte afin que le rapprochement avec les pays de la communauté européenne soit plus concret.

Les clauses d'agrément ne doivent plus interdire la circulation du titre. De ce fait, l'actionnaire désireux de sortir de la société, ne peut par un simple refus de l'organe social rester "prisonnier" de la société. L'action nominative doit toujours être transférée ainsi que les droits qui s'y trouvent incorporés malgré la présence d'une clause restrictive.

(1) Nous sommes étonné que le groupe de travail n'a pas retenu la solution préconisée dans son rapport intérimaire (p. 189) selon laquelle la société est tenue de racheter les actions (ou éventuellement désigner une autre personne) en cas de refus d'agrément. Cette solution aurait rapproché en tout cas le droit suisse aux autres droits européens.

Section II

DROIT FRANCAIS

1. Le législateur a réglementé en détail la procédure du transfert de la propriété de l'action nominative en cas de refus d'agrément des organes sociaux (1) (décret du 7 décembre 1955, loi sur les sociétés commerciales de 1966 et son décret d'application du 23 mars 1967).
 Avant la promulgation de la loi de 1966, les sociétés avaient l'habitude de doubler la clause d'agrément par une clause de préemption afin d'éviter la "prison" à l'actionnaire. Le droit de préemption pouvait être réservé soit à tous les actionnaires, soit au Conseil d'administration, soit à la société elle-même. De ce fait, cette solution répondait au désir de la société de maintenir son indépendance et de veiller au respect du principe de la négociabilité de l'action (2). Toutefois, l'absence de disposition légale et l'application de ce genre de clause étaient la cause de bien des ennuis et suscitaient souvent des conflits entre actionnaires sortants et société, notamment sur l'évaluation des droits sociaux de l'action.
 2. La tâche s'imposait donc au législateur de mettre fin aux complications résultant de la diversité des clauses. Il a organisé, pour le cas où le cessionnaire proposé ne serait pas agréé, une procédure destinée à permettre de quitter la société et vendre les actions à un juste prix : "Le seul point qui
- (1) Le droit français distingue entre les titres non essentiellement nominatifs et les titres essentiellement nominatifs. La procédure de leur transfert est réglementée en détail à l'article 28 du décret du 7 décembre 1955.
- (2) THALLER, de droit de préemption que se réserve une société pour écarter les acheteurs de ses actions, Ann. dr. com., 1903, p. 303 et ss.
 ESCARRA, Les restrictions conventionnelles, Ann. dr. com., 1911, p. 333 et 423 et ss.

mérite de retenir l'attention est le nouvel aménagement des clauses d'agrément et de préemption. On sait que ces clauses imaginées par la pratique avaient été largement admises par la jurisprudence mais que leur application soulevait parfois de sérieux différends" (1).

3. En cas de refus d'agrément, la procédure du transfert est régie par les articles 275 et 276 de la loi de 1966 qui font suite à l'article 274 (Cf. supra) et qui figurent ensemble dans la deuxième section de la loi sous "actions". Dans le cadre des travaux préparatoires, on s'est demandé si les actions cotées en bourse devraient pouvoir être soumises à une clause d'agrément. Une vive controverse opposa à l'époque le rapporteur du Sénat au représentant du gouvernement. Le Sénat était favorable à la suppression de cette clause, mettant l'accent sur les difficultés pratiques qu'elle provoque. Le rapporteur du Sénat déclarait que "Le système qui consiste à avoir des actions cotées en bourse et qui néanmoins sont soumises à une clause d'agrément est parfaitement impraticable. Il faut que les sociétés choisissent. Ou bien, elles restent des entreprises qui ne cotent pas en bourse, ou bien elles s'attachent à augmenter leur activité en faisant appel au marché boursier mais en abandonnant les clauses d'agrément" (2).
4. Cependant, le représentant du gouvernement se déclara, en faveur des clauses d'agrément aux actions cotées en bourse : "Le gouvernement ne conteste pas les pratiques auxquelles aboutit le jeu des clauses d'agrément dans les sociétés cotées en bourse; mais il y a des sociétés cotées qui connaissent actuellement de telles clauses et c'est la preuve que le système n'est pas impraticable".

(1) DERUPPE Jean, Gaz. Pal., 1966, 2e semestre, p. 175.

(2) J.O., 27 avril 1966, Sénat, p. 349. Voir également, DUFAUX Jacques, Droit et clauses d'agrément dans la réforme des sociétés, Gaz. Pal., 1965, 2e semestre, Doctrine, p. 89.

Finalement, l'Assemblée nationale se rangea à l'avis du gouvernement et le texte qui interdisait l'insertion des clauses d'agrément dans les statuts des sociétés cotées en bourse, fut supprimé.

5. Les art. 275 et 276 de la loi sont ainsi applicables aux actions soumises à une clause d'agrément, qu'elles soient cotées ou non en bourse. Nous examinerons leur réglementation légale dans les paragraphes qui suivent.

Paragraphe 1er

EXAMEN DES MODALITES D'APPLICATION
DES ARTICLES 275 ET 276 LF
EN CAS DE REFUS D'AGREMENT PAR LA SOCIETE

A) Article 275 LF

1. Cet article réglemente la cession qui résulte directement d'une négociation entre l'actionnaire cédant et le cessionnaire.

L'alinéa premier prescrit que si la transmissibilité de l'action est subordonnée à l'agrément des organes sociaux, l'actionnaire désireux de céder ses actions est tenu de présenter une demande d'agrément à la société en indiquant les nom, prénom et adresse de nouvel acquéreur, le nombre des actions à céder et le prix offert. Cette demande d'agrément est obligatoire. A défaut, la cession d'actions reste sans effet à l'égard de la société.

Par ailleurs, l'article 207 du décret d'application du 23 mars 1967 détermine la forme en laquelle la demande d'agrément doit être adressée à la société par l'actionnaire sortant : "La demande d'agrément du cessionnaire est notifiée à la société par acte extrajudiciaire ou par lettre recommandée avec demande d'avis de réception." Dès que la demande est notifiée, l'actionnaire se trouve en situation d'attente. En effet, la société peut accepter ou refuser l'agrément selon son bon vouloir, et l'organe social compétent, apprécie librement l'entrée de la nouvelle personne désignée par le cédant.

Cependant, la société a un délai de trois mois pour se prononcer. En cas d'acceptation, elle doit notifier son agrément et procéder à l'inscription de la nouvelle personne.

Toutefois, à défaut de réponse dans les trois mois à partir de l'envoi de la demande, l'agrément est considéré comme donné.

2. Si la société refuse l'agrément du nouvel acquéreur et son entrée en qualité de membre, le législateur français a prévu la procédure suivante (alinéa 2 et 3 de l'article 275) : Le conseil d'administration, le directoire ou les gérants qui ont refusé le cessionnaire proposé sont tenus dans un délai de trois mois de procurer un acquéreur pour les actions cédées. Ils ont le choix de faire acheter les actions soit par un actionnaire, soit par des tiers soit encore en acquérant les actions pour le compte de la société avec le consentement du cédant et après une réduction du capital social.

A défaut d'accord entre les parties sur le prix des actions, celui-ci est déterminé selon la procédure de l'art. 1868 al. 5 du Code civil, c'est-à-dire par un expert nommé par le président du tribunal de commerce. Si, à l'expiration du délai de trois mois, l'achat n'est pas réalisé, l'agrément est réputé accordé.

Toutefois, en vertu de l'alinéa 3 de l'article 275 de la loi, ce délai peut être prolongé par décision de justice à la demande de la société. L'article 207 du décret d'application du 23 mars 1967, modifiée par le décret du 2 janvier 1968, précise que l'expert est désigné par le président du tribunal de commerce. L'actionnaire cédant et le cessionnaire dûment appelés, le président accorde par ordonnance de référé, la prolongation du délai prévu par cette disposition.

B) Article 276 LF

- i. Pour le cas de cession par l'intermédiaire d'un agent de change le législateur a prévu une procédure accélérée et

simplifiée.

Le délai imparti à la société pour se prononcer dans les statuts ne peut toutefois excéder trente jours de bourse. Le même délai est accordé à la société pour racheter ou faire racheter les actions en cas de refus d'agrément : "Si la société n'agrée pas l'acquéreur, le conseil d'administration, le directoire ou les gérants sont tenus, dans le délai de trente jours de bourse à compter de la notification du refus, de faire acquérir les actions, soit par un actionnaire ou un tiers, soit par la société en vue d'une réduction du capital. En outre, le prix retenu est celui de la négociation initiale; toutefois, la somme versée à l'acquéreur non agréé ne peut être inférieure à celle qui résulte du cours de bourse au jour du refus d'agrément ou, à défaut de cotation ce jour, au jour de la dernière cotation précédant le dit refus." Si l'achat n'est pas réalisé à l'expiration du délai, l'agrément est considéré comme donné.

2. Le législateur a tout mis en oeuvre pour que le transfert soit réglé minutieusement selon les articles 275 et 276 LF. A première vue, l'application de ces dispositions ne semble pas soulever de grandes difficultés puisque les auteurs de la loi ont réglementé les conséquences juridiques du refus d'agrément dans des conditions qui permettent le transfert des actions. Et pourtant, la doctrine et la jurisprudence tentent déjà de remédier aux difficultés d'interprétation et d'application de ces deux articles. Nous nous proposons d'étudier ci-dessous les problèmes actuels qui résultent des effets du refus d'agrément.

Paragraphe II

LE PROBLEME DU RETRAIT DE L'OFFRE DE
CESSION DE L'ACTIONNAIRE EN CAS DE
REFUS D'AGREMENT PAR LA SOCIETE

1. Ayant admis le droit de préemption, le législateur français de 1966 a voulu accorder à la société anonyme le pouvoir de racheter les actions cédées par le membre en cas de refus d'agrément de l'organe social compétent. Toutefois, il n'avait pour but que de permettre à l'actionnaire de sortir de la société.

Avant l'époque des décisions jurisprudentielles que nous examinerons plus bas, les textes des art. 275 et 276 LF ont fait l'objet d'une question soulevée par un député français qui voulait savoir si la société, au cas où l'actionnaire cédant retire son offre de cession après la notification du refus, a toujours le droit de chercher un nouvel acquéreur et d'exiger du cédant la vente de ses actions.

Le Ministre français de la justice a répondu (1) ce qui suit : "Sous réserve de l'application souveraine des tribunaux, la solution consistant à refuser son offre de transfert dès la notification du refus d'agrément, aboutirait à créer un droit de préemption en faveur de la société que le législateur de 1966 ne paraît pas avoir prévu et qui irait, semble-t-il, à l'encontre de son désir de renforcer la protection et la liberté de l'actionnaire."

2. La doctrine française a également pris position quant à ce problème et semble partager le point de vue du gouverne-
- (1) Réponse à M. Weber, J.O., débats, Assemblée nationale, 1er février 1969, No 3421, p. 267; Cf. également Rev. Trim. dr. com., 1969 I, p. 99.

ment.

Houin (1) estime que les art. 275 et 276 réglementent seulement la clause d'agrément : "Faire acquérir les actions par une personne, en cas de refus d'agrément, est une obligation imposée à la société dans le but d'éviter à l'actionnaire de demeurer prisonnier de son titre." Selon lui, il ne s'agit nullement d'un droit de préemption au profit des autres actionnaires ou de la société. Ripert (2) est également d'avis qu'en cas de refus d'agrément, le cédant a le droit de retirer son offre sans que la société puisse lui imposer le rachat des titres, car les textes des art. 275 et 276 ont été tranchés par les tribunaux. L'analyse de cet arrêt revêt donc une importance particulière puisqu'il nous permet de découvrir pour la première fois, à notre connaissance, le sens de ces articles. Il s'agit de l'arrêt rendu par la Cour de Cassation de Paris en 1973 dans l'affaire "Dame veuve Roger Toury contre Société P. Bodemer. Nous résumons brièvement les faits (3).

A) Exposé des faits de l'arrêt Bodemer

3. Une actionnaire Dame Veuve Toury qui possédait 407 actions de la société Bodemer, tout en étant minoritaire, avait demandé l'agrément du Conseil d'administration de la dite société pour céder 2 de ses actions à Evezard Camille et Liothand Albert, tous deux experts et conseillers de Dame Toury, au prix de 4000 F l'action et en application de l'article et en application de l'article 13 des statuts de la S.A. qui subordonnait l'agrément de la société en cas de cession.

(1) HOUIN, Rev. Trim. dr. com., 1969 I, p. 99.

(2) RIPERT et ROBLLOT, No 1254, p. 735.

(3) Voir Tribunal de commerce de Paris, 25 mai 1971, Rev. Trim. dr. com., 1970 I, p. 127 et ss. Cf. également Gaz. Pal., 1970, II, p. 164 et ss. Cour de Paris, Rev. Trim. dr. com., 1972 I, p. 390 et ss. D.S., 1973, p. 141 et ss., Rev. Soc., 1972, p. 713 et ss. J.C.P., 1972 II, 17239, Gaz. Pal., 1972, p. 178 et ss. Cour de Cassation, D.S., 1973, p. 580 et ss., Rev. Trim. dr. com., 1973, p. 801 et ss.

Le Conseil d'administration refusa l'agrément et informa l'actionnaire cédante que les cessions des 2 actions devraient être réalisées au profit de tiers et fixa un prix inférieur à celui demandé par Dame Toury. Cette dernière refusa le prix qui lui fut offert. Conformément au nouvel article 1868 al. 5 du Code civil, la société désigna un expert pour évaluer le prix des 2 actions cédées. L'expert n'a pu évaluer les actions dans le délai de 3 mois prévu à l'article 275. La société demanda alors une prolongation de six mois qui lui fut accordée par le président du tribunal de commerce. Or, l'expert n'avait toujours pas fait connaître la valeur des actions et l'achat n'avait donc pas été réalisé.

A défaut de l'évaluation du prix des actions par expert après l'expiration du délai prorogé, en faveur de qui les actions doivent-elles être cédées, aux acquéreurs de l'actionnaire cédant ou aux personnes désignées par la société?

L'actionnaire cédante et les deux premiers acquéreurs demandèrent en vertu de l'article 275 que la cession des 2 actions s'effectue au profit de ces derniers, faute de réalisation de l'achat des titres par la société. En revanche, la société et les deux personnes désignées par elles affirmèrent qu'ils étaient devenus propriétaires des actions.

B) Décisions des tribunaux

4. Le point essentiel qui a été tranché par le tribunal de commerce et qui mérite développement concerne la sanction du défaut de réalisation du rachat de l'action dans le délai éventuellement prolongé de trois mois prévu à l'article 275 de la loi.

Pour les deux conseillers et acquéreurs des actions de Madame Toury, ce défaut de réalisation d'achat par le Conseil d'administration équivalait à un agrément de la société en leur faveur de la cession et de la vente primitivement proposées par Dame Toury emportant alors son plein effet en vertu de l'article 275. Toutefois, la société refusa cette thèse et avança que les achats étaient définitivement réalisés, seule la fixation du prix par l'expert demeurant en suspens. Elle invoqua devant le tribunal l'article 1583 du Code civil qui dispose que la vente est parfaite entre les parties, et la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé.

La société invoqua également les articles 1591 et 1592 du Code civil relatifs à la vente en droit commun, qui disposent que le prix de la vente doit être déterminé et désigné par les parties (art. 1591) ou peut être laissé à l'arbitrage d'un tiers; si le tiers ne veut ou ne peut faire l'estimation, il n'y a point de vente (art. 1592); ce qui était le cas, puisque la société avait désigné un expert pour estimer le prix des actions en application de l'article 1868 du Code civil.

5. Le Tribunal de commerce n'a pas retenu les arguments avancés par la société : "Il est inexact de prétendre que la désignation de l'expert en conformité avec les dispositions de l'article 1868 al. 5 du Code civil, ayant énoncé les éléments nécessaires à la fixation du prix, équivaldrait, en l'espèce, à la détermination de ce prix et qu'ainsi les parties, étant convenues de la chose et du prix, la vente serait parfaite alors qu'en réalité le rôle de l'expert est justement de déterminer ce prix sur lequel les parties n'ont pu se mettre d'accord, laissant de la sorte en suspens la conclusion de la vente."

Pour le Tribunal, les articles invoqués par la société et relatifs aux règles de vente en droit commun ne sont pas applicables. En matière de cession à la suite d'un refus d'agrément, c'est la loi qui impose l'intervention d'un expert qui détermine le prix à défaut d'accord entre les parties (art. 275 de la loi).

6. Le Tribunal retint un autre argument tiré de l'art. 275 al. 3 de la loi : d'après cette disposition, il ne suffit pas que l'achat d'actions soit conclu dans le délai de 3 mois, il faut qu'il soit réalisé, sinon l'agrément est accordé aux cessionnaires primitifs.
Par ailleurs, l'agrément tacite existe également par décision de justice lorsque l'achat n'a pas eu lieu dans le délai prolongé à la demande de la société (art. 275 al. 3). Le Tribunal estime à cet effet que la clause d'agrément est une restriction au droit de l'actionnaire de disposer librement de ses actions et est donc d'application stricte. L'inobservation de ce délai prolongé est sanctionnée par la forclusion établie à l'article 275 al. 3 de la même façon que l'inobservation du délai de 3 mois lui-même (1).
7. Il en résulte donc que l'argument de la société selon lequel la vente est parfaite parce qu'il y a eu accord sur la chose et sur le prix, est venu se heurter à l'interprétation des dispositions législatives qui donnent la préférence à l'acquéreur présenté par l'actionnaire au cas où la société n'a pas réalisé l'achat.
Quant à la situation juridique du cessionnaire primitif, elle paraît celle d'un acheteur sous condition résolutoire

(1) Voir arrêt, Gaz. Pal., 1970, 2e semestre, p. 168.

HOUIN, observations, Rev. Trim. dr. com., 1971 I, p. 129.

du refus d'agrément suivi de la reprise de la cession envisagée dans le délai fixé par la loi ou prolongé par décision de justice. A défaut de réalisation de la condition résolutoire, la cession d'actions à l'acquéreur primitif semble être inattaquable (1).

8. La Cour de Paris statuant sur l'appel interjeté par la société, confirma le jugement du Tribunal de première instance, avec des motifs qui ne manquent pas d'intérêts. A qui avançait que la vente est parfaite selon l'article 1583 du Code civil, la Cour de Paris répondit : "Lorsque la vente porte sur les actions d'une société anonyme, dont les statuts contiennent une clause d'agrément, il y a lieu de tenir compte également des conditions imposées par l'article 275 de la loi de 1966 qui sont sur certains points, dérogatoires au droit commun." Pour la Cour, lorsque l'article 275 dispose "à défaut d'accord entre les parties, le prix des actions est déterminé dans les conditions prévues à l'article 1868 al. 5 du Code civil, cela signifie seulement que l'associé auquel l'agrément a été refusé ne peut exiger des acquéreurs proposés par la société un prix supérieur à celui fixé par l'expert, et que la société satisfait à ses obligations légales en proposant des acquéreurs qui offrent de verser ce prix. Toutefois, la Cour ajouta qu'il ne signifiait "aucunement que l'associé est obligé de se défaire de ses actions à ce prix et de donner nécessairement suite à la vente qu'il avait envisagée", et que "ce serait en effet très préjudiciable aux intérêts de l'actionnaire de l'obliger à vendre à un prix qui sera peut-être très inférieur à celui qu'il pensait retirer de ses actions lorsqu'il demandait l'agrément pour les vendre." L'article 275, déclara

(1)Gaz. Pal., 1970, p. 167.

la Cour, a été édicté en faveur des actionnaires, et "ne saurait se retourner contre eux, en les empêchant de conserver leurs titres, s'ils estiment que c'est un moindre mal de rester dans la société que d'en sortir en vendant leurs actions à un prix qu'ils trouvent insuffisants. Dès lors, les articles 1591 et 1592 du Code civil ne peuvent être invoqués en pareil cas, l'expert ne pouvant être regardé comme un arbitre aux soins duquel les parties s'en sont remises pour fixer le prix, et la détermination du prix, telle qu'elle résulte de la procédure organisée par l'article 275 de la loi exigeant une manifestation de volonté de l'actionnaire vendeur, de l'accepter pour qu'elle s'impose à lui."

En résumé, lorsque la société n'a pu dans le délai légal proposer à l'actionnaire un prix déterminé par voie d'expertise, dans les conditions de l'article 1868 al. 5 du Code civil, il y a lieu d'appliquer l'article 275 al. 3 et de considérer que l'agrément a été donné aux cessionnaires primitifs.

Signalons enfin que la chambre commerciale de la Cour de Cassation a rejeté le pourvoi de la société par arrêt du 3 avril 1973, confirmant la décision de la Cour de Paris (1).

C) Position de la doctrine

Les jugements rendus par les tribunaux français ont fait l'objet de plusieurs commentaires de la doctrine.

1. Pour Houin (2), les solutions apportées par les tribunaux sont très bien fondées; le texte de l'article 275 de la

(1) L'arrêt rendu par la Cour de Cassation de Paris le 10 mars 1976 et cité à la page 55 confirme le droit pour le cédant de renoncer à la cession d'actions lorsque la société refuse son agrément au cessionnaire proposé.

(2) HOUIN, Rev. Trim. dr. com., 1972, p. 392, 393. Cf. également, Rev. Soc., 1972, p. 713, Note Monique Guilberteaud et J.C.P., 1972 II, 17239, Observations Nicole Bernard.

loi ne constitue pas une obligation pour l'actionnaire cédant de vendre ses actions aux personnes désignées par l'organe social en cas de refus d'agrément du cessionnaire proposé par l'actionnaire même si la société a respecté le délai pour désigner les personnes et faire appel à l'expert pour fixer le prix des actions cédées.

Houin estime également que le pris fixé par l'expert doit être offert à l'actionnaire avant l'expiration du délai imparti par la loi (1). Il remarque en outre que les solutions dégagées par la Cour de Paris réalisent "un équilibre heureux entre les intérêts légitimes de l'actionnaire et ceux de la société. Le premier demeure libre de ne pas vendre ses actions au prix fixé par l'expert, s'il estime le prix trop faible; et la société peut écarter le cessionnaire proposé par l'actionnaire si dans le délai légal, elle a indiqué à celui-ci le nom d'un autre acquéreur et fait fixer le prix à dire d'expert." A son avis, "cet équilibre est sauvegardé puisque l'actionnaire ne pourra pas imposer à la société le cessionnaire qu'il avait proposé et qui est jugé indésirable".

10. Houin est le porte-parole de la majorité de la doctrine. Ainsi, Lucien Martin : "Nous ne pouvons qu'approuver cet arrêt. C'est le bon sens même que de relever que les dispositions de l'article 275 de la loi du 24 juillet 1966 sont conçues dans l'intérêt de l'actionnaire et ont pour objet de limiter les droits que le Conseil d'administration tient exceptionnellement de la clause d'agrément." (2)

(1) Dans ce sens également ROBLOT, *Mélanges*, p. 301.

(2) MARTIN Lucien, "Banques", 1972, p. 517, 519.

Recherchant également l'idée d'un équilibre à respecter, il remarque qu'il "s'agit seulement de concilier l'intérêt de la société à qui on permet de veiller à la composition de son collège d'actionnaires, mais en lui imposant l'obligation de garantir aux actionnaires leur liberté en leur offrant le rachat avec celui de l'actionnaire qui accepte le prix. Ce serait aller au-delà et rompre cet équilibre que d'imposer ce "juste prix" à l'actionnaire".

René Roblot estime pour sa part (1), que les droits du cédant doivent être protégés dans toute la mesure compatible avec le pouvoir de contrôle de la société. A son avis, l'achat imposé à l'actionnaire vendeur ne doit être considéré comme réalisé que lorsqu'il a obtenu une satisfaction totale, c'est-à-dire lorsque le prix a été mis à sa disposition.

11. Jean Lacombe dans ses notes d'arrêtiériste admet tout d'abord que pour céder une action à un prix fixé par l'expert, il faut en tout cas le consentement exprès de l'actionnaire et que tant que le prix résultant de l'expertise n'a pas été donné, le vendeur ne peut être considéré comme ayant accordé son approbation (2). Cependant, Lacombe observe que la solution des juges français d'admettre que l'actionnaire n'est pas obligé de vendre ses actions en vertu de l'article 275, "n'est pas sans inconvénient et même sans pouvoir entraîner de délicats problèmes". La question qui se pose est de savoir jusqu'à quand le vendeur peut user de son droit de renoncer à la vente de ses actions. Lacombe estime que le vendeur ne prendra position qu'à partir du moment où il a eu connaissance du prix fixé par l'expert. Par ailleurs, Lacombe retient l'hypothèse où le prix

(1) ROBLLOT, Mélanges, p. 301.

(2) D.S., 1973, JPC, p. 141, Note Jean Lacombe.
D.S., 1973, JPC, p. 580, Note Jean Lacombe.

de rachat des actions serait connu à la fin du délai légal, ce qui ne laisse pas à l'actionnaire le temps d'accepter ou de refuser l'offre. Seule la théorie générale de la fraude permet de résoudre ce genre de litige. En fin d'analyse, Lacombe fait remarquer que la loi de 1966 n'a rien résolu: "En ne créant pas d'obligation de vendre à la charge du cédant, elle respecte son libre arbitre. Mais en voulant trop bien le protéger, elle peut le mettre dans une position ambiguë, en même temps d'ailleurs qu'elle peut donner aux dirigeants sociaux une dangereuse illusion de sécurité. La prudence devrait les conduire à préciser dans les statuts les conséquences du refus d'agrément". Lacombe conseille donc aux sociétés anonymes de bien préciser dans les statuts les effets du refus en obligeant l'actionnaire cédant à vendre ses actions aux conditions énoncées à l'article 275 de la loi car, comme il le relève, "il est certainement toujours licite de prévoir statutairement que si un cessionnaire n'est pas agréé, la société peut exiger du cédant qu'il vende aux personnes désignées les actions..." (1).

D) Appréciation personnelle

12. La protection légale accordée à l'actionnaire se trouve renforcée par la jurisprudence puisqu'il avait à supporter les prescriptions statutaires de la société. En effet, l'organe social compétent fixe forfaitairement le prix de l'action, ce qui lèse le droit de l'actionnaire sur les bénéfices et les réserves au cas où le prix fixé est bas. Cette protection traduit d'ailleurs la pensée du législateur de 1966 qui a voulu protéger l'actionnaire et maintenir également l'équilibre entre les intérêts des deux parties.

(1) Dans ce sens, CARTERON Marcel, Clause d'agrément et intérêt social, Rev. Soc., 1968, p. 261 et ss.

La très large compétence de l'organe social qui use de la clause d'agrément (art. 274 LF), est contrebalancée par une protection de l'actionnaire par le législateur (art. 275 LF), la seconde justifiant la première.

De ce fait, la Cour de Paris a bien relevé que l'article 275 de la loi a été conçu en faveur de l'actionnaire. Cette disposition crée donc des obligations à la charge de la société qui sont la contrepartie des droits que lui donne l'article 274 LF.

L'équilibre créé par ce système reste pourtant fragile. Il faut reconnaître que les articles 274 et 275 manquent de précision.

13. Par ailleurs, il importe de savoir si l'arrêt en question constitue un véritable jugement de principe dont les effets amélioreront la nouvelle loi dans la mesure du possible pour s'insérer dans la ligne qu'a voulu tracer le législateur de 1966. Il semble, en tout cas, que dès lors les sociétés anonymes ont compris que l'actionnaire vendeur peut retirer son offre de cession même après la désignation de l'expert. En conséquence, l'organe social ne peut pas exiger la vente des actions. Toutefois, par une disposition insérée dans les statuts, la société peut obliger les actionnaires à accepter le rachat. En effet, dans le cadre de la société à responsabilité limitée, l'article 45 de la loi de 1966 qui comporte des dispositions analogues à l'article 275, précise que toute clause contraire est réputée non écrite. Il résulte donc qu'en absence d'une interdiction pareille applicable aux sociétés anonymes, ces dernières peuvent prévoir une clause obligeant l'actionnaire à vendre ses actions. En conséquence, l'article 275 n'est pas applicable que lorsque les statuts ne prévoient pas l'obligation de racheter les actions.
Tel est d'ailleurs l'avis de la doctrine française (1) qui

(1) LACOMBE, D. S., 1973, p. 145.
RIPERT et ROBLOT, No 1256, p. 737.
ROBLOT, Mélanges, p. 301.
JCP, 1972, II, 17239, Note Melle N. Bernard.

estime dans l'ensemble que les statuts peuvent compléter la loi sur ce point et réglementer un tel droit de préemption à condition d'accorder à l'actionnaire un juste prix. Les sociétés anonymes veilleront désormais à ce que les statuts contiennent une clause imposant la vente à l'actionnaire en cas de cession d'actions. Ainsi, la liberté du retrait sera supprimée statutairement.

Nous nous demandons si, au cas où les sociétés reviennent fréquemment au régime statutaire par l'introduction d'une clause de préemption dans le but d'obliger l'actionnaire à vendre ses actions, il n'y a pas création d'un déséquilibre en faveur de la société, qui anéantirait la faculté de l'associé de pouvoir retirer son offre de cession. L'équilibre recherché par le législateur peut être ainsi rompu à tout moment si la société utilise régulièrement la clause statutaire. Toutefois, chose rassurante, la vente des actions ne peut avoir lieu qu'à un juste prix.

Paragraphe III

PROBLEME DE LA DETERMINATION DU JUSTE PRIX LORS
DU RACHAT D'UNE ACTION NOMINATIVE SOUMISE A UNE
CLAUSE D'AGREMENT ET DE PREEMPTION

1. Nous avons vu dans notre étude des clauses restrictives du transfert que les sociétés anonymes françaises avaient l'habitude de doubler la clause d'agrément par une clause de préemption pour permettre à l'actionnaire de sortir de la société et d'éviter sa nullité par les tribunaux. La préemption insérée dans les statuts permettait à l'organe social compétent, en cas de refus d'agrément de la personne désignée par le cédant, de procurer un acquéreur ou faire acheter les actions par les actionnaires de la société ou encore par la société elle-même.
2. Avant la promulgation de la loi de 1966 qui a précisé à ses articles 275 et 276 le mode d'évaluation du prix des actions en cas de cession, les statuts des sociétés anonymes prévoyaient une clause qui instituait en cas de refus d'agrément de l'acquéreur présenté un droit de préemption au profit de la société ou de ses actionnaires moyennant un prix déterminé.
Avant de procéder à l'examen de ces dispositions et pour mieux comprendre leur portée, il n'est pas inutile de reprendre brièvement l'évolution de la jurisprudence et la position de la doctrine en la matière.
3. Avant la réforme de 1966, le droit français n'imposait aux sociétés anonymes aucune méthode d'évaluation des actions.

En effet, chaque société adoptait la clause qui lui convenait en fixant à sa guise le mode d'évaluation des prix des actions en cas de transfert. Il en découlait une grande diversité de méthodes : par exemple, des clauses à prix égal, ou dans lesquelles le prix est fixé par avance, ou encore dont le prix est déterminé par l'assemblée ou le conseil d'administration (1).

Toutefois, les clauses statutaires de rachat n'offraient aucune garantie aux actionnaires et facilitaient les fraudes lors de la fixation du prix des actions objets de cession. Par exemple, les statuts attribuaient à l'organe social (conseil d'administration ou assemblée générale) la compétence de fixer un prix forfaitaire pour chaque exercice et cela selon son bon vouloir et sans aucun contrôle. Les sociétés commettaient de graves abus en fixant le prix de l'action abusivement bas.

4. Il s'agissait de savoir si de telles clauses qui fixaient le prix des actions d'une manière arbitraire étaient valables, ce qui provoqua en France une jurisprudence abondante.

Les tribunaux français avaient tendance à écarter les clauses d'agrément si le mode de calcul ne permettait pas d'aboutir à un juste prix, c'est-à-dire à un prix correspondant à la valeur réelle de l'action (2).

(1) ESCARRA J., Les restrictions conventionnelles, Ann. dr. com., 1911, p. 333, 358, 425 à 470.

CAIN René, Les entraves à la cessibilité des actions, Gaz. Pal., 1940, Doct., p. 81.

D.S., 1960, p. 618, Note André Dalsace.

Gaz. Pal., 1972, JPC, p. 178, Note Delaisi.

(2) Que faut-il entendre par "juste prix"? A. Paillac donne la définition suivante : "Il semble que ce soit un prix aussi voisin que possible de celui qui serait déterminé par le jeu de l'offre et de la demande sur le marché". Revue générale de droit commercial, 1939, p. 55.

Pour eux (1), une clause est valable lorsqu'elle ne tend qu'à restreindre la libre transmissibilité de l'action; elle est illicite lorsque, établissant des conditions de préemption non équitables, elle tend à rendre l'actionnaire prisonnier de son titre et devient alors incompatible avec le caractère transmissible de l'action (2).

Fixer le prix de l'action ne doit être une source de préjudice ni pour l'actionnaire ni pour la société qui achète. Les actions ne doivent pas être rachetées pour un prix inférieur à la valeur réelle des titres, quelles que soient les clauses prévues dans les statuts.

5. Une partie de la doctrine française avait vivement critiqué cette théorie du "juste prix" (3), estimant que la notion de "juste prix" est variante, fuyante et incertaine (4). On reprochait à cette théorie le caractère approximatif du "juste prix" en matière d'estimation d'actions et surtout la difficulté d'adapter cette notion aux règles du droit positif qui n'admet qu'à titre exceptionnel la rescision pour lésion. De leur côté, les tribunaux avaient tort de vouloir substituer la théorie de juste prix aux évaluations

(1) Les juges français ont rendu un nombre important d'arrêts en cette matière.

Cour de Rouen, 3 janvier 1923, D.P., 1923, p. 5 et ss.

Cour d'Amiens, 12 juillet 1929, D.H., 1929, p. 498.

Civ 9 février 1937, D.P., 1937 I, 73, Note Besson André ou S. 1937 I, 129, Note M. Rousseau.

Req. 21 décembre 1937, D.H., 1938, p. 67.

Req. 11 septembre 1940, G.P., 1940, 2, p. 134.

D. C., 1942, p. 116.

Voir Contra

D. 1949, p. 605, Note Gervesie Pierre.

S. 1944 I, p. 15.

(2) Voir Note Bosvieux sous Req. 21 décembre 1937, Journal des sociétés 1938, p. 207.

(3) D. p. 1937 I, 73, Note Besson A. D. C. 1942, p. 116, Note Cordonnier Paul. D. 1948, p. 37, Note A. Chéron.

(4) Voir MOLIERAC Jean : Tome II, p. 17.

forfaitaires prévues par les statuts. Aucun principe ne s'oppose à ce que les actionnaires fixent statutairement à l'avance un mode d'estimation du prix de rachat des actions. Selon la jurisprudence, de telles clauses ne sauraient être annulées si elles aboutissent à une lésion de l'actionnaire. En matière de vente mobilière entre parties capables, la lésion n'est en effet pas une cause de nullité.

En résumé, il faut respecter les clauses statutaires qui fixent à l'avance le mode d'évaluation des actions qui pourront faire l'objet d'un rachat ou d'une préemption.

Cependant, la grande partie de la doctrine était plutôt en faveur de l'estimation au juste prix d'une action en cas de vente et prônait que toute clause était considérée comme nulle si elle ne respectait pas les règles de l'équité (1). Pour aboutir à un juste prix, on proposait l'expertise pour évaluer le prix de l'action, ou encore un véritable tribunal arbitral formé d'un arbitre désigné par le cédant, d'un autre par la société et d'un troisième désigné par le président du tribunal (2).

6. La jurisprudence et la doctrine se sont efforcées de trouver une solution qui permettait d'attribuer son juste prix à la valeur de l'action en cherchant également à protéger l'actionnaire désavantagé lors de sa sortie. Toutefois, le problème n'était pas facile à résoudre et la controverse sur les modes d'évaluations prévus par les statuts et les solutions proposées par les auteurs français ne s'est pas

(1) Voir ESCARRA et RAULT, No 1229 et ss., p. 303.

DALSACE André, Manuel des S.A., No 34.

Note Esmein, sous Cassation janvier 1942, S. 1924 I, 225.

Note sous Tribunal civil Seine 21 janvier 1925 D. 1927, 2, 106.

Note Bosvieux, sous Req. 21 décembre 1937, J. Soc. 1938, p. 207.

(2) Voir DALSACE André, Rev. Trim. dr. com., 1960, p. 621.

VASSEUR Michel, L'estimation de la valeur des entreprises et le droit commercial, Rev. Trim. dr. com., 1963, p. 221, notamment p. 225 et ss.

apaisée. Comme l'a écrit Dalsace : "Aucune formule n'est pleinement satisfaisante" (1).

Il ressort des travaux parlementaires de la nouvelle loi sur les sociétés commerciales que l'intention du législateur a été de mettre un terme aux clauses forfaitaires qui permettent à la société de fixer d'une manière forfaitaire le prix des actions : "On évitera ainsi de véritables spoliations accomplies à l'aide de clauses permettant l'évaluation des droits sociaux par divers procédés trop favorables aux débiteurs." (2).

Les auteurs de la loi de 1966 ont déterminé le mode de fixation du prix selon que les actions sont cotées ou non en bourse. La réglementation actuelle relative à l'évaluation de l'action en cas de cession se présente ainsi :

a) Pour les actions non cotées en bourse, l'al. 2 de l'article 275 de la loi précise qu'à défaut d'accord entre les parties, le prix des actions est déterminé dans les conditions prévues à l'art. 1868 al. 5 du Code civil, prix qui sera fixé par un expert en évaluant la valeur de l'action au jour de la cession. Il en résulte que le mode d'évaluation est obligatoire pour toutes les sociétés. Le législateur a institué la méthode qui permet à l'actionnaire sortant d'obtenir le juste prix en évaluant les droits sociaux des actions à vendre selon l'art. 1868 al. 5 du Code civil. Les parties sont obligées de recourir à un expert du moins en principe en cas de désaccord.

Le membre peut donc accepter le prix que fixe la société, même si le prix demandé ne reflète pas la valeur exacte de l'action, et sans faire appel à l'expert qui intervient après que les deux parties ont manifesté leur désaccord. L'application de l'al. 5 de l'art. 1868 du Code civil devient alors obligatoire. Or, comme le précise le texte de

(1) Voir DALSACE André, D., 1960, p. 621 et ss.

(2) Rapport M. Molle, Sénat, No 85, 1965, p. 5.

cette disposition, "Toute clause contraire est inopposable aux créanciers."

Notons également que l'al. 5 de l'article précité est applicable pour le transfert des droits sociaux en cas de mort de l'un des associés en vertu de l'al. 1er du même article.

Le législateur de 1966 a étendu cette règle au transfert entre vifs notamment en cas de transmission des droits des actions soumises à une clause d'agrément selon l'art. 275.

b) Pour les actions cotées en bourse, l'al. 3 de l'article 276 de la loi dispose qu'en cas de négociation par l'intermédiaire d'agent de change, le prix retenu est celui de la négociation initiale; toutefois, la somme versée à l'acquéreur non agréé ne peut être inférieure à celle qui résulte du cours de bourse au jour du refus d'agrément, ou à défaut de cotation ce jour, au jour de la dernière cotation précédant le dit refus.

Pour ces actions, ne s'applique pas l'art. 1868 al. 5 du Code civil et le prix de l'action n'est pas déterminé par un expert, puisqu'il résulte directement au cours de la bourse au jour du refus d'agrément.

7. Dans la loi de 1966, la fixation du prix de l'action non cotée en bourse par voie d'expertise n'a pas échappé aux commentaires de la doctrine qui a relevé les avantages et surtout les inconvénients de ce mode d'évaluation. La doctrine s'est penchée particulièrement sur l'al. 2 de l'article 275.
8. Dalsace estime que si la fixation du prix prévue à l'article 275 est celle qui offre le plus de garantie, elle présente cependant les inconvénients pratiques de son coût et de sa durée, "inconvénients qui semble avoir été aperçus ni lors des débats parlementaires, ni par les commentateurs." (1)

(1) Voir DALSACE, D. S. 1968, p. 447, 448.

Selon lui, si la fixation du prix par un expert est admissible lorsqu'il s'agit d'une fraction importante du capital de la société, "elle est excessive lorsqu'il s'agit de quelques actions, car elle nécessite l'évaluation de tous les éléments de la société."

Par ailleurs, il relève deux lacunes dans le texte de loi : tout d'abord, l'art. 275 ne précise pas la date à laquelle s'effectue l'évaluation du prix. Si l'art. 1868 la fixe en cas de décès, le problème reste entier en cas de transmission entre vifs (1). Pour les autres cas, il estime "que la date où la société aura décidé d'acquérir ou de faire acquérir les droits sociaux mis en vente est déterminante car c'est à ce moment que se réalise l'accord de volonté entre vendeur et acquéreur."

D'autre part, les textes étant muets, Dalsace se demande qui supportera les frais d'expertise (2).

Notons que l'arrêt Bodemer sur ce point, examiné précédemment a justement attribué ces frais à la société, du fait de sa négligence.

Delaisi remarque de son côté que si l'évaluation de l'action par un expert aboutit à des résultats sérieux et contrôlables, elle présente aussi des inconvénients (3). Il fait observer que les fixations par voie d'expertise sont "rares, isolées et au surplus secrètes." Aucune côte officielle ou officieuse ne les révèle aux intéressés. Seule la société émettrice les connaît toutes."

(1) Roblot estime pour sa part que, pour la cession d'actions entre vifs, la solution la plus conforme à l'esprit de la loi consiste sans doute à prendre en considération la date de la notification du projet de cession, parce que cette circonstance est, comme le décès, l'évènement qui provoque le recours à l'expertise.

ROBLOT, Mélanges, p. 300.

(2) Roblot, en revanche, préfère que ce point soit réglé par les statuts. La solution la plus équitable consiste selon lui, à répartir la charge par moitié entre le cédant d'une part, les acquéreurs et la société d'autre part.

ROBLOT, Mélanges, p. 300.

(3) Voir DELAISI, Gaz. Pal., 1er semestre, JPC, 1972, p. 178, 181, 182.

En ce qui concerne les frais d'expertise, il estime qu'ils doivent être supportés par la société.

9. L'imposition d'un mode d'évaluation oblige, il est vrai, les sociétés anonymes à renoncer à une partie de leur pouvoir pour déterminer la valeur des droits sociaux des actions soumises à une clause d'agrément. Toutefois, les risques d'abus qui existaient autrefois sont éliminés par les art. 275 et 276 de la loi sur les sociétés commerciales. La solution choisie par le législateur français nous paraît en principe entièrement satisfaisante.
- En ce qui concerne les frais de l'expertise, nous sommes d'avis avec Roblot qu'ils doivent être supportés d'une manière équitable par la société et l'actionnaire au cas où il n'existe aucune négligence des parties dans la procédure du transfert réglementée aux art. 275 et 276 de la loi. Dans les relations entre la société et l'actionnaire, il importe de rechercher le but du législateur de 1966.

CONCLUSION

Partant du droit positif et nous appuyant sur l'interprétation donnée aux textes légaux, nous avons tenté de dégager les principes et les règles du transfert de l'action nominative liée en Suisse et en France.

Il est apparu clairement que les divergences entre les législations des deux Etats sont nombreuses et profondes. La révision prévue du Code des obligations ne permettra pas malheureusement un rapprochement avec la législation voisine. D'ailleurs, il ne s'agit pas, à notre avis, d'une véritable révision. Celle-ci supposerait et exigerait une remise en cause des idées directrices qui ont jadis inspiré sa réglementation.

Notre réflexion nous a conduit à suggérer une harmonisation des règles du transfert avec les autres droits européens. Le groupe de travail n'a, en effet, pas tenu compte de ce rapprochement.

Le système suisse restera donc éloigné des autres systèmes européens membres de CEE. Pour combien de temps?

La Suisse ne peut demeurer à l'écart de la vaste harmonisation des règles juridiques des pays qui l'entourent. Déjà se prépare la coordination des législations nationales sur la société anonyme. Comment dès lors s'imaginer que la Suisse reste enfermée dans l'autarcie d'un droit strictement national?

Est-ce trop espérer que d'attendre du législateur suisse qu'il prévoie dans le Code des obligations la sortie de l'actionnaire en cas de refus d'agrément. Cette disposition permettrait un rapprochement avec les règles de la CEE relatives à la société anonyme européenne.

Nous savons que la Suisse s'oppose à son intégration dans le marché commun; mais il est évident qu'elle ne peut et ne pourra ignorer certaines réglementations et harmonisations européennes (1). Si la Suisse était membre de la CEE,

(1) CORDEY Franklin, La Suisse face au Marché commun, Lausanne, 1971, p. 372.

elle aurait participé à l'élaboration du règlement de la société anonyme européenne. Or, il est possible qu'elle adhère un jour sans avoir pu défendre sa position. La révision du droit des sociétés anonymes doit se faire tout en pensant à l'avenir des relations économiques et commerciales avec l'Europe. La Suisse se trouve au seuil d'un virage qui la conduira vers la CEE. Ce virage, il faut en tout cas ne pas le manquer.

ABREVIATIONS

Ann. dr. com.	Annales de droit commercial
A. N. S. A.	Association nationale des sociétés par actions
ATF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral
Cass	Cour de Cassation
Cass. Civ.	Cour de Cassation- Chambre civile
Cass. Com.	Cour de Cassation- Chambre commerciale
CO	Code des obligations
D.	Recueil Dalloz
D.H.	Dalloz hebdomadaire
D.P.	Dalloz périodique
D.S.	Recueil Dalloz- Sirey , J: jurisprudence, chron. chronique
Doct.	Doctrine
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
J. C. P.	Jurisciasseur périodique ou Semaine juridique
J. O.	Journal officiel
JT	Journal des tribunaux
LF	Loi française sur les sociétés commerciales du 24 juillet 1966
NZZ	Neue Zürcher Zeitung
obs.	Observations
Rev. Soc.	Revue des sociétés
Rev. Trim. dr. civ.	Revue trimestrielle de droit civil
Rev. Trim. dr. com.	Revue trimestrielle de droit commercial
S.	Recueil Sirey
SAS	Société anonyme suisse
RSJ	Revue suisse de jurisprudence
RDS	Revue de droit suisse

BIBLIOGRAPHIEDroit suisse

A)

Andrè Georges

De l'usufruit des actions, Etude de droit civil comparé, thèse, Lausanne 1930.

Aschwanden

Georg

Der Erwerb der Mitgliedschaft bei der Aktiengesellschaft, thèse, Zürich, 1955.

B)

Bär Rolf

Grundprobleme des Minderheitenschutzes in der Aktiengesellschaft, RSJB 95 (1959), p. 369 et ss.
Aktuelle Fragen des Aktienrechts, RDS 1966, II, p. 321 et ss.

Benoit Armand

La représentation de groupes et de minorités d'actionnaires à l'administration des sociétés anonymes, thèse, Lausanne, 1956.

Bloch Konrad

Die Uebertragung von Namenaktien nach dem revidierten Schweiz. Obligationenrecht, SAS 15 (1942-1943), p. 9 et ss.
Zur Frage der Uebertragung und Verpfändung von vinkulierten Namenaktien, RSJ 49 (1953), p. 317 et ss.

Böckli Peter

Das Aktienstimmrecht und seine Ausübung durch Stellvertreter, thèse, Bâle, 1961.

Bruderer

Hanspeter O.

Die Namenpapiere, thèse Zürich, 1944.

Brunner Max

Sind vinkulierte Namenaktien keine gesetzlichen Ordrepapiere? SAS 19 (1946-1947), p. 5 et ss.

Vinkulierte Namenaktien. Die Bezugsrechte nicht eingetragener Eigentümer, NZZ No 3362 du 3 octobre 1960, étude résumée dans SAS 33 (1960-1961), p. 153.

Bürgi Wolfhart F.

Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band : Obligationenrecht, 5. Teil : die Aktiengesellschaft. Art. 660-697, Zürich, 1957.

Lieferung 6, Zürich, 1960

Lieferung 7, " " , 1961

Lieferung 8, " " , 1964

Lieferung 9, " " , 1966

Ueberlegungen zum Verkauf vinkulierter Namenaktien, dans : Vom Kauf nach schweizerischem Recht, Festschrift für Theo Guhl, Zürich, 1950, p. 199 et ss.

Unverbriefte Aktienrechte und deren Uebertragung, SAS 23 (1950-1951), p. 133 et ss.

Revisionsbedürftige Regelungen des schweizerischen Aktienrechts. SAS 38 (1966), p. 57 et ss.

C)

Carry Paul

Considérations sur le transfert des actions nominatives, dans : Beiträge zum Handelsrecht, Festgabe zum 70. Geburtstag von Carl Wieland, Bâle 1943, p. 30 et ss.

Problèmes relatifs au transfert des actions nominatives dans : Recueil de travaux publiés à l'occasion de l'assemblée de la Société suisse des juristes à Genève du 4 au 6 octobre 1952, Genève 1952, p. 163 et ss., Genève.

Le transfert entre vifs des actions nominatives liées (à propos de l'arrêt Häring C. Beglinger), conférence donnée à la Société genevoise de droit et de législation le 14 mars 1961, et répétée à Lausanne le 31 octobre 1961, aux Soirées d'études juridiques.

- Coigny Jean De la nature juridique des livrets d'épargne. Contribution à l'étude des titres divers et des papiers-valeurs en particulier, thèse, Lausanne 1933.
- Conne Alfred Die Namenaktien, thèse, Zürich, 1933.
- Cordey Franklin La Suisse face au Marché commun, Lausanne, 1971,
- D)
Déverin Etude comparée de l'endossement et de la cession civile des titres à ordre. Recherche d'un critère de distinction, thèse, 1936.
Jean-Pierre
- Dohm Jürgen Les accords sur l'exercice du droit de vote de l'actionnaire. (Etude de droit suisse et allemand). Thèse, Genève, 1971, volume 33 des Mémoires publiés par la Faculté de droit- Genève 1971.
- E)
Egger August Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, I. Band : Einleitung - das Personenrecht, Art. 1. 89, zweite Auflage, Zürich 1930.
- Eigenmann E.J. Einsicht in das Aktienbuch, SAS 35 (1962-1963), p. 1 et ss.
- F)
Flattet Guy Essai sur la nature juridique des titres nominatifs. Contribution à l'étude des titres de preuve et de papiers-valeurs, thèse, Lausanne, 1945.
La dissociation des droits de l'action dans : Mélanges François Guisan, Recueil de travaux publié par la Faculté de droit de l'Université de Lausanne, Lausanne 1950, p. 143 et ss.

- Folliet Edouard Le bilan dans les S.A. Lausanne 1954.
- Forrer Hans R. Die Mitgliedschaft und ihre Beurkundung, thèse, Zürich, 1960.
- Foretmoser Peter
et
Meier Hayoz Arthur Einführung in das schweizerische Aktienrecht, Berne, 1976.
- Froidevaux G. Können die Rechte aus vinkulierten Aktie auseinanderfallen? SAS 24 (1951-1952), p. 38 et ss.
- Fromer Léon Die Treuepflicht des Aktionärs, RSJ 58 (1939), p. 210 et ss.
Schutz der privaten Aktiengesellschaft vor fremden Einflüssen, SAS 33 (1960-1961), p. 113 et ss.
- Funk Fritz Kommentar des Obligationenrechtes, zweiter Band : das Recht der Gesellschaften, Aarau 1951.
- G)
- Gisling Jean-Claude La valeur nominale des actions, thèse, Lausanne, 1963.
- Glettig Oskar Die dinglichen Rechte an Aktien (nach schweizerischem Recht), thèse, St. Gall, 1953.
- Golay Jean L'évolution de la Société anonyme, actions au porteur ou actions nominatives, dans : Revue économique et sociale de juillet 1943, p. 30 et ss.
- Guhl Théo Uebertragbarkeit von Namenaktien und Verweigerung der Eintragung im Aktienbuch, SAS 13 (1940-1941), p. 29 et ss.
Das Schweizerische Obligationenrecht, Zürich, 1972.

- Guggenheim Daniel Le droit et le titre en matière d'actions
et l'affaire de la Barcelona Traction.
RSJ 1971, p. 71 et ss.
- H)
Hahnloser Emil Die Namenaktie nach dem Bundesgesetz über
das Obligationenrecht mit Berücksichtigung
des deutschen Handelsrechtes, thèse, Berne,
1903.
- Henseler Erwin Die Legitimationsübertragung von Aktien
nach allgemeinen rechtlichen Grundsätzen
unter besonderer Berücksichtigung der
schweizerischen Gesetzgebung, thèse Berne,
1940.
- Herren Klaus
Werner Statutarische Berechtigungen zum Erwerb von
Aktien und GmbH- Anteilen, thèse, Berne,
1973.
Statutarische Berechtigungen zum Erwerb
von Aktien als Uebertragungsbeschränkungen,
SAS 47 (1975), p. 41 et ss.
- I)
Isler A. Zur Frage der Ausgabe vinkulierter Namen-
aktien, dans : Deutschland-Schweiz-Deutsch-
land, Solothurn, juillet 1961, p. 134, 135.
- J)
Jäggi Peter Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetz-
buch, V. Band : Obligationenrecht, 7. teil :
die Wertpapiere, Zürich 1959.
Die Vinkulierung von Namenaktien gemäss
Art. 686 Abs 2 OR, SAS 18 (1945-1946),
p.-137 et ss.
Der Erwerb von Namenaktien durch Rechtsge-
schäft oder Erbgang, SAS 23 (1950-1951),
p. 153 et ss., 173 et ss., 193 et ss.
Ungelöste Fragen des Aktienrechtes, SAS 31
(1958-1959), p. 57 et ss.

Bemerkungen zur schweizerischen Rechtsprechung des Jahres 1957, Anmerkung zu BGE 83 II 297ff., RDS 77 (1958), p. 525 et ss.
 Zur "Spaltung" der Aktienrechte, SAS 33 (1960-1961), p. 65 et ss.
 Die Eigentumsverhältnisse bei Anlagefonds, RSJ 58 (1962), p. 129 et ss.
 Der Genussschein als Mittel der Kapitalbeschaffung, SAS 34 (1961-1962), p. 1 et ss.

K)

Kleiner Beat Investment Trusts für vinkulierte Namenaktien, SAS 32 (1959-1960), p. 87 et ss.

Krafft Mathias-Charles La dissociation des droits de l'action nominative, thèse, Lausanne, 1963.

Küsters Herbert Die Vinkulierung der Namensaktien, Bank-Archiv, Zeitschrift für Bank- und Börsenwesen XXXVII 1937-1938, p. 175 et ss.

L)

Lanz Paul Der Erwerb vinkulierter Namenaktien infolge Erbgangs, SAS 17 (1944-1945), p. 1 et ss.
 Der Eigentumsübergang an vinkulierten Namenaktien, SAS 18 (1945-1946), p. 97 et ss.
 Das Auseinanderfallen der Rechte aus der Aktie, NZZ No 1513 du 10 juillet 1951, Mittagausgabe.
 Voraussetzungen der Eintragung des Erwerbers vinkulierter Namenaktien ins Aktienbuch, SAS 30 (1957-1958), p. 233 et ss.
 Die Nutzniessung an vinkulierten Namenaktien, SAS 32 (1959-1960), p. 177 et ss.
 Die heutige Praxis der vinkulierten Namenaktie, SAS 33 (1960-1961), p. 211 et ss.
 Die vinkulierte Namenaktie als Waffe gegen die Ueberfremdung, NZZ Nos 206, 215 et 255 des 20 et 23 janvier 1961.

- Lenhard Hans Jürg Der Erwerb von vinkulierten Namenaktien
infolge Erbgangs, thèse, Zürich, 1975.
- M)
Meier-Hayoz Arthur Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetz-
buch, IV. Band : Sachenrecht, 1. Abteilung :
das Eigentum, 1. Abschnitt : systematischer
Teil und allgemeine Bestimmungen, Art. 641-
654, dritte, völlig neu bearbeitete Auflage,
Berne, 1959.
Zur Typologie im Aktienrecht : Lebendiges
Aktienrecht, Festgabe zur 70 Geburtstag von
Wolfhart Bürgli, 1971, p. 243 et ss.
- Mercier Jean-
Jacques Le transfert de l'action nominative en
droit suisse et allemand, thèse, Lausanne,
1935.
- Monteil Victor Zum Erwerb vinkulierter Namenaktien im
Erbgang, dans : Festgabe Max Obrecht, 1961,
p. 406 et ss. et SAS 34 (1961-1962), p. 227
et ss. et 257 et ss.
- Müller Emil Verpfändung von Namensaktien, SAS 31 (1958-
1959), p. 105 et ss.
- N)
Nenninger John Einige Überlegungen zum Schutz der Minder-
heit in der Aktiengesellschaft, SAS 47 (1975),
p. 135 et ss.
- O)
Ott Eduard Emil Das Bezugsrecht des Aktionäre, thèse,
Zürich, 1962.
- P)
Patry Robert
et
Aubert Maurice Les valeurs mobilières en droit suisse.
Mémoires publiés par la faculté de droit,
Genève 1970. Tiré à part : le régime juri-
dique des titres de Sociétés en Europe et
aux Etats-Unis, 1972.

L'égalité des actionnaires dans la Société anonyme, Semsine judiciaire 1963, p. 81 et ss., et 97 et ss.
 Commentaire à propos de l'arrêt Diskount und Handelsbank AG du 9 août 1973, SAS 1974, p. 135.

- Pestalozzi-Henggeler
 Regula
 Die Namensaktie und ihre Vinkulierung, thèse, Zürich, 1948.
 Zur Spaltung der Aktienrechte bei vinkulierten Namensaktien, RSJ 56 (1960), p. 321 et ss. et 342 et ss.
- Pfenninger Conrad
 Vinkulierte Aktien und ihre Aktualität heute SAS 37 (1965), p. 233.
 Vinkulierte Aktien als theoretischer Begriff, SAS 38 (1966), p. 33 et ss.
 Vinkulierte Aktien in der Praxis SAS 38 (1966), p. 81.
- Piotet Paul
 Quelques considérations sur l'acquisition des cédules hypothécaires, lettres de rentes et obligations hypothécaires, JT 1959 - I - p. 457 et ss.
- R)
 Recordon Pierre
 Alain
 La protection des actionnaires lors des fusions et scissions des sociétés en droit suisse et en droit français, thèse, Genève, 1973, dans Mémoires publiés par la Faculté de droit, Genève, No 45, novembre 1974.
- Reich Emanuel
 Die vinkulierte Namensaktie, thèse, Bâle, 1953. (Maschinenschrift).
- Reichwein Heinz
 Vinkulierte Namensaktien, Rechtliche Erwägungen, NZZ No 2355 du 9 juillet 1960, Morgenausgabe.

- Problematische vinkulierte Namenaktien,
SAS 33 (1960-1961), p. 13 et ss.
Um die Bezugsrechte auf vinkulierte Namen-
aktien, SAS 33 (1960-1961), p. 153 et ss.
- Ribi Hans Von der Uebertragung der Wertpapiere,
thèse, Zürich, 1959.
- S)
Salzgeber-Dürig Das Vorkaufrecht und verwandte Recht an
Erika Aktien, thèse, Zürich, 1970.
- Sautaux, Jean L'engagement de l'action nominative liée,
thèse, Fribourg, 1958.
- Schlatter Hans Die Uebertragung von Namenaktien nach dem
geltenden Schweiz. Obligationenrecht, SAS
15 (1942-1943), p. 43 et ss., 123 et ss.
Die Verpfändung von Namenaktien, SAS 15
(1942-1943), p. 185 et ss.
- Schlegel Eugen Die Uebertragung von Namenaktien nach dem
revidierten schweizerischen Obligationen-
recht, SAS 15 (1942-1943), p. 77 et ss.
- Schluap Walter Die wohlerworbenen Rechte des Aktionärs
René und ihr Schutz nach schweizerischen Recht,
thèse, St. Gall, 1955.
Die Bemühungen um ein europäisches Gesell-
schaftsrecht und der Vorschlag für eine
Teilrevision des schweizerischen Aktien-
rechts, SAS 45, (1973), p. 57 et ss.
Schutz des Aktionärs auf neuen Wegen? SAS
33 (1960-1961), p. 137 et ss., 170 et ss.,
188 et ss.
Vinkulierung SAS 48. (1976)p. 123 et ss.
- Schönhofer Wolfgang "Vinkulierungsklauseln" betreffend Übertra-
gungen unter Lebenden von Namenaktien und
GmbH.

Anteilen unter besonder Berücksichtigung der Rechtslage in der Schweiz und in Frankreich, thèse, Regensburg, 1972.

Schönle Herbert

Rechtsfragen des Handels in vinkulierten Namensaktien an deutschen Börsen : dans Lebendiges Aktienrecht Festgabe für Wolfhart Friedrich Bürgi, 1971, p. 359.

Schucany Emil

Kommentar zum schweizerischen Aktienrecht, zweite, neubearbeitete Auflage, Zürich, 1960.
 Die Uebertragung des Eigentums an vinkulierten Namenaktienurkunden, RSJ 41 (1945), p. 177 et ss.
 Die Wirkung statutarischer Vorkaufsrechte an Aktien gegenüber Dritterwerbenden, SAS 27 (1954-1955), p. 63 et ss.
 Die Uebertragung des Eigentums an vinkulierten Namenaktienurkunden, SAS 27 (1954-1955), p. 195 et ss.
 Zur Eintragungsverweigerung vinkulierter Namenaktienübertragungen, SAS 29 (1956-1957), p. 1 et ss.
 Eintragungsverweigerungen oppositioneller Aktienerwerber, SAS 29 (1956-1957), p. 39 et ss.
 Bezugsrecht nach Nennwert oder Aktienzahl, SAS 33 (1960-1961), p. 209 et ss.
 Aktienrechts-Kontroversen (II) : Statutarische Uebertragungsbeschränkungen, SAS 33 (1960-1961), p. 243 et ss.
 Bange Fragen um das Bezugsrecht, RDS 81 (1962), p. 521 et ss.

Schucany Giovanni

Ist eine nachträgliche Vinkulierung von Aktien möglich? SAS 25 (1952-1953) p. 77 et ss.

- Schweizer Jacques Le droit de préemption et le juste prix
(droit français, SAS 25 (1952-1953), p. 71
et ss.
- Schweri René Die Verpfändung von Namenaktien, thèse,
Zürich, 1973.
- Secrétan Roger Le problème des actions qui, depuis long-
temps, n'ont plus été représentées aux
assemblées générales, SAS 19 (1946-1947),
p. 29 et ss.
- Siegwart Alfred Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetz-
buch, V. Band : Obligationenrecht, 4 Teil :
Die Personengesellschaften (Art. 530-619),
Zürich 1938.
Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetz-
buch, V. Band : Obligationenrecht, 5 Teil :
die Aktiengesellschaft, a : allgemeine
Bestimmungen, Zürich 1945.
- Staehelin Max Gedanken zur Dissoziation von Aktienrechten,
RDS 79 (1960), p. 323 et ss.
- Steiger Fritz von Le droit des sociétés anonymes en Suisse.
Adaptation française par J. Cosandy et P.
Subilia, 1973.
Die Bedeutung der Aktienbuchen nach neuem
Obligationenrecht, SAS 11 (1938-1939),
p. 98 et ss.
Legitimationsübertragung, Abstimmungsverein-
barungen und Stimmenkauf im Aktienrecht,
SAS 14 (1941-1942), p. 12 et ss.
Das Vorkaufsrecht und Kaufsrecht in Aktien,
SAS 16 (1943-1944), p. 1 et ss.
Der Zerfall der Ansprüche aus der Aktie,
SAS 23 (1950-1951), p. 116 et ss.

Fiduziarischer Aktienbesitz, Gebrauchsleihe, Legitimationsübertragung und Aktienbuch, SAS 35 (1962-1963), p. 42 et ss.
Berichtigung des Aktienbuches durch die Gesellschaft Seller? SAS 36 (1964)p. 57 et ss.

- Steiger Werner von Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1957, Häring/Beglinger, RSJB 95 (1959), p. 96 et ss.
- T)
Tenger Samuel Die Transaktionen in Namenaktien an Schweizer Börsen, thèse, Zürich, 1955.
- Thilo Emile Du refus d'agrèer le transfert des actions nominatives JT 1946 I, p. 34 et ss.
A propos du transfert des actions nominatives, SAS 30 (1957-1958), p. 183 et ss, et JT 1958 I, p. 226 et ss.
Coup d'oeil sur la jurisprudence récente du Tribunal fédéral relative à la société anonyme, arrêt du 11 juin 1957 dans la cause Häring contre Beglinger, SAS 31 (1958-1959), p. 146.
- V)
Vogel Joachim Die Uebertragung vinkulierter Namensaktien nach deutschem Recht, thèse, Lausanne, 1967.
- W)
Widmer Carl Die Abspaltung der Aktionärrechte, thèse, St. Gall, 1969.
Niklaus
- Widmer Klaus Statutarische Vorkaufs- und Vorhandrechte, SAS 40 (1968), p. 6 et ss.
- Wieland Alfred Das Aktienbuch und der Rechtsübergang an Namenaktien nach dem revidierten Obligationenrecht, Basler Studien zur Rechtswissenschaft, Heft 18, Basel 1945.

Zur Frage der Veräußerlichkeit vinkulierter
Namenaktien, SAS 13 (1940-1941), p. 109
et ss.

Das Eigentum am vinkulierten Namenaktien
und die Rechtsmittel des Aktionärs vor
seinem Eintrag im Aktienbuch, RSJ 42 (1946),
p. 65 et ss.

Nochmals zur Frage nach dem Eigentum an
vinkulierten Namenaktien, SAS 18 (1945-
1946), p. 177 et ss.

Sind vinkulierte Namenaktien Ordre- oder
Namenpapiere? SAS 19 (1946-1947), p. 119 et ss.
Vinkulierte Namenaktien, SAS 21 (1948-1949),
p. 77 et ss.

Zur Uebertragbarkeit und Uebertragungsform
unbeurkundeter Aktienrechte und von Aktienan-
rechten, SAS 21 (1948-1949), p. 141 et ss.

Die rechtliche Bedeutung des Indossamentes und
des Eigentumsrecht an der Aktienanurkunde bei
vinkulierten Namenaktien nach revidiertem OR,
RSJ 47 (1951), p. 217 et ss.

Zum Stimmrecht der vinkulierten Namenaktie,
RSJ 48 (1952), p. 1 et ss, 17 et ss.

Die rechtliche Bedeutung des Indossamentes bei
der Verpfändung vinkulierter Namenaktien, RSJ
49 (1953), p. 69 et ss.

Wie weit sind vinkulierte Namenaktien ohne
Zustimmung der Gesellschaft übertragbar oder
verpfändbar? RSJ 50 (1954), p. 124 et ss.

Nochmals zur Uebertragungsform unverurkunde-
ter Aktienrechte, SAS 23 (1950-1951), p. 217
et ss.

Die Umwandlung der Aktien durch die A.G. im
Konflikte mit wohl erworbenen Rechten des
Aktionärs, SAS 25 (1952-1953), p. 174 et ss.
Haben statutarische Vorkaufsrechte an Aktien
obligatorische oder aktienrechtliche (dingliche)
Wirkung? SAS 27 (1954-1955), p. 152 et ss.

Zur Aktien Vinkulierung durch statutenänderung,
SAS 28 (1955-1956), p. 109 et ss.

- Wolf Elias Vinkulierte Namenaktien : Empfiehlt sich eine Gesetzergäng? NZZ No 2659 du 8 août 1960, Mittagaussage. Aktienvinkulierung und Börse, SAS 33 (1960-1961), p. 72 et ss. Couponsbogen zu Namenaktien, RSJ 58 (1962), p. 349, 350.
- Z)
Zuber Friedrich Die mitgliedschaftlichen Rechte der Aktionäre im französischen und schweizerischen Recht, thèse, Berne, 1922.
Werner.

Documents relatifs à la nouvelle révision du
Code des obligations

- Rapport intérimaire du Président et du Secrétaire du groupe de travail pour l'examen du droit des sociétés anonymes relatif à une proposition de révision partielle du droit des sociétés anonymes. - 1972 -
- Avant-projet de loi concernant la modification du titre vingt-sixième du Code des obligations et son rapport explicatif. - 1975 -

Droit français

A)

Amiaud André

L'évolution du droit des sociétés par action. Mélanges Ripert II, p. 287 et ss.

B)

Babut Albert

Interprétation de la clause d'agrément en matière de cession d'actions de SA.
Note sous Cass. 18 octobre 1967; Semaine juridique 1968, j 15684.

Bardoul Jacques

Les clauses d'agrément et les cessions d'actions entre actionnaires. D. S., 1973, chronique p. 137.

Bardy François

Les restrictions statutaires à la libre cessibilité des actions. Gaz. Pal. 1971 II, doctrine p. 64.

Bernard Nicole

Clause d'agrément, Note, JPC 1972 II, j 17239.

Beason André

Note sous Civ. 9 février 1937, D. P., 1937, I, p. 73.

Bigot J.

Note sous Cour de Paris 23 février 1962, D. 1963, p. 570.

Bosvieux

Note sous Req. 21 décembre 1937, Journ. des sociétés, 1938, p. 207.

C)

Carteron Marcel

Clause d'agrément et intérêt social, Rev. acc., 1968, p. 261.

- Cassin René Le régime fiscal et juridique des titres
nominatifs, Ann. dr. com., 1922, p. 1.
- Chéron A. Note sous Douai, 7 novembre 1946, D. 1948,
p. 37.
- Cohendy Note, D. 1928 II, p. 17.
- Cordonnier Paul Note sous Req. 11 septembre 1940, D. (Re-
cueil périodique), 1942, p. 116.
- Cotelle Rapport 4 janvier 1888, D. 1888 I, p. 37.
- D)
- Dalsace A. Manuel des sociétés anonymes, 1967.
Les clauses de préemption dans la SA.
Incidences de la réforme de 1966, Note
sous Cass. 18 octobre 1967, Rev. soc. 1968,
p. 267.
Evaluation du prix des actions de SA cédées
en application d'une clause de préemption.
Note sous Cas. 18 octobre 1967, D. S. 1968,
JPC 447.
Note sous Cass. 18 octobre 1967, D.S. 1968,
JPC 447.
- Delaisi Pierre Clause d'agrément et négociation d'actions
de société. Note Gaz. Pal. 1972 I, JPC 178.
- Derruppe Jean La réforme des sociétés commerciales, Gaz.
Pal. 1966 II, p. 170.
- Dufaux Jacques Droit et clause d'agrément dans la réforme
des sociétés, Gaz. Pal. 1965, Doct. p. 89.
- E)
- Escarra Jean Manuel de droit commercial, 1947.

- Les restrictions conventionnelles de la transmissibilité des actions, Ann. dr. com., 1911, p. 333 et ss., 435 et ss.
- Escarra J. et E. et Rault J. Traité théorique et pratique de droit commercial. Les sociétés commerciales : tome III, 1955, tome IV, 1959.
- Esmein Paul Etude sur le régime juridique des titres à ordre et au porteur; Rev. trim. dr. civ., 1921, p. 5 et ss.
Note sous Cass. janvier 1924, S. 1924 I, p. 225.
- F)
- Fraissaingea Louis Le double critérium de l'action, Ann. dr. com., 1914, p. 5 et ss.
- G)
- Gain René Les entraves à la cessibilité des actions, Gaz. Pal., 1940 II, Doct., p. 81.
- George Note sous Cass. Req. 22 décembre 1943, journal des sociétés, 1949.
- Gerversie Pierre Note sous Cour d'Appel Lyon, 10 février 1949, D. 1949, p. 605.
- Guilberteau Monique Note, Rev. soc., 1972, p. 713.
- Guyenot Jean Cours de droit commercial, 1968.
- Guyon Yves Cession d'actions et garantie de maintien de la pérennité de la SA, Note D. S., 1972, j 17134.
Cession d'actions soumise à l'agrément du Conseil d'administration, Note sous Trib. com., 25 mai 1970, Rev. soc., 1970, p. 666.

- L)
 Labbé Note sous cass. 21 février 1896, S. 1898 II, p. 289.
- Lacombe Jean Note sous Cour d'Appel Paris, 26 octobre 1971, D. S. 1973, JPC, p. 143.
 Note sous Cass. 3 avril 1973, D. S. 1973, JPC, p. 580.
- Lyon-Caen Note sous Civ. 5 janvier 1926, S. 1926 I, p. 97.
- M)
 Martin Lucien Note, Banque, 1972, p. 517.
- Meyssan Michel Les droits des actionnaires et des autres porteurs de titres dans les sociétés anonymes, étude de droit comparé, Paris, 1962.
- Moliérac Jean Manuel des sociétés, tome II, 1959.
- Moliérac J.
 Henri et Maurice Manuel des sociétés, 3 tomes, 1969 à 1971.
- de la Morandière
 Rodière et Houin Droit commercial, Paris, 1957.
- Moreau P. A.
 Guyénot J.
 Coffy M. J. Traité pratique des sociétés commerciales, tome I, 1973.
- O)
 Oppéit Bruno Les réponses ministérielles aux questions écrites des parlementaires et l'interprétation des lois, D. 1974, chronique, p. 107.
- P)
 Pacilly G. Les clauses de préemption en cas de cession d'actions nominatives, Rev. Gen. dr. com., 1939, p. 28.

- Paillusseau Jean Clauses d'agrément et clauses de préemption en matière de SA. Note sous Cass. 22 octobre 1969, Semaine juridique 1970, j. 16.197.
Les groupes des sociétés, analyse du droit positif français et perspectives de réformes, Rev. Trim. dr. com., 1972, p. 913.
- Pic Paul Critérium de la distinction de l'intérêt et de l'action, Ann. dr. com., 1910, p. 441.
- Poul nais M. L'achat de ses propres actions par une société depuis la loi du 24 juillet 1966, Rev. Trim. dr. com., 1969, p. 17.
- R)
Rault J. Observations sous Cour d'Appel Orléans 12 février 1952, Rev. Trim. dr. com., 1953, p. 138.
- Richard J. Nouvelles modifications à la loi de 1966, Semaine juridique, 1971, Doct. 2377 bis.
- Ripert Georges Traité élémentaire de droit commercial, 7ème édition par René Roblot, tome I 1974, tome II 1976.
Note sous Cass. 22 octobre 1956, D. 1957, p. 177.
- Robert E. M. Le nouveau régime juridique des titres nominatifs, Gaz. Pal. 1956 I, Doctrine p. 17.
- Roblot René L'agrément des nouveaux actionnaires, Mélanges en l'honneur de Daniel Bastian, I, Droit des sociétés, 1974.
- Rodière René La licéité des clauses d'agrément des cessions de parts sociales entre actionnaires, Rev. des soc., 1974, p. 507.
- Rousseau M. Note sous Civ. 9 février 1973, D. P. 1937 I, p. 73.

- W)
Wagner Note sous Civ. 5 janvier 1926, D. 1926 I,
P. 65.
- Wahl M. Note sous Cass. 21 février 1896, S. 1896
II, p. 17.

TABLE DES MATIERES

Introduction		.
<u>Première Partie</u>	L'action.....	2
<u>Chapitre 1er</u>	Nature juridique de l'action.....	2
<u>Chapitre II</u>	Transmissibilité de l'action.....	6
<u>Deuxième Partie</u>	L'action nominative.....	8
<u>Chapitre 1er</u>	Nature juridique.....	8
	A) Droit suisse.....	8
	B) Droit français.....	10
<u>Chapitre II</u>	Les effets de l'inscription au registre des actions.....	13
	A) Droit suisse.....	13
	B) Droit français.....	16
<u>Chapitre III</u>	Les droits incorporés dans l'action nominative.....	19
	A) Droit suisse.....	19
	B) Droit français.....	21
<u>Troisième Partie</u>	L'action nominative liée.....	23
<u>Chapitre 1er</u>	Nature juridique de l'action nominative liée.....	24
	A) Droit suisse.....	24
	B) Droit français.....	28
<u>Chapitre II</u>	Les droits incorporés dans l'action nominative liée.....	29
<u>Chapitre III</u>	Les clauses restrictives du transfert de l'action nominative.....	31
<u>Paragraphe 1er</u>	Modalités des clauses d'agrément en droit suisse.....	32
	A) Refus d'inscription pour les motifs que prévoient les statuts (art. 686 al. 1er CO).....	32
	B) Refus d'inscription sans indication de motifs (art. 686 al. 2 CO).....	35
	C) Interdiction du transfert (art. 627 chiffre 8 CO).....	38
	D) Refus du transfert de tout droit et du titre (art. 967 al. 3 CO).....	39

<u>Paragraphe II</u>	Modalités des clauses d'agrément en droit français.....	41
<u>Chapitre IV</u>	La portée des clauses restrictives du transfert selon les dispositions légales du CO suisse et de la loi française de 1966.....	46
<u>Paragraphe Ier</u>	Portée des clauses restrictives du transfert selon la doctrine et la jurisprudence en droit suisse (Art. 627 chiff. 8, 686-686 et 967 al. 3 CO).....	46
<u>Paragraphe II</u>	Portée des clauses d'agrément en cas de cession d'actions à un tiers (art. 274 LF).....	50
<u>Chapitre V</u>	Les conséquences juridiques du refus de la société d'agréer le transfert de l'action nominative.....	56
<u>Section I</u>	Droit suisse.....	56
<u>Paragraphe Ier</u>	Conséquences juridiques du refus d'inscription pour les motifs que prévoient les statuts.....	56
<u>Paragraphe II</u>	Conséquences juridiques du refus d'inscription sans indication de motifs (art. 686 al. 2 CO).....	60
	A) Problème de la validité du contrat.....	60
	B) Problème de la dissociation des droits de l'action.....	62
<u>Paragraphe III</u>	Clause prévoyant le refus du transfert de tout droit et du titre.....	72
<u>Paragraphe IV</u>	Examen de quelques clauses statutaires des sociétés anonymes suisses..	74
<u>Paragraphe V</u>	La révision actuelle des dispositions relatives aux restrictions du transfert de l'action nominative...	78
<u>Section II</u>	Droit français.....	85
<u>Paragraphe Ier</u>	Examen des modalités d'application des articles 275 et 276 LF en cas de refus d'agrément par la société....	88
	A) Article 275 LF.....	88
	B) Article 276 LF.....	89

<u>Paragraphe II</u>	Le problème du retrait de l'offre de cession de l'actionnaire en cas de refus d'agrément par la société.	91
	A) Exposé des faits de l'arrêt	
	Bodemer.....	92
	B) Décisions des tribunaux.....	93
	C) Position de la doctrine.....	97
	D) Appréciation personnelle.....	100
<u>Paragraphe III</u>	Problème de la détermination du juste prix lors du rachat d'une action nominative soumise à une clause d'agrément et de préemption.....	103
<u>Conclusion</u>		111
<u>Abréviations</u>		113
<u>Bibliographie</u>	Droit suisse.....	114
	Droit français.....	128