

Madame Sandrine Salerno
Conseillère administrative
Ville de Genève
Direction du Département des finances et du logement
Rue de l'Hôtel-de-Ville 5
Case postale 3983
1211 Genève 3

Genève, le 21 mai 2013
14029.007 / M1.3360870_1 / CHAPB

Concerne : 022 Télégénève SA Naxoo / Cablecom

Madame la Conseillère administrative,

Faisant suite à votre demande d'hier et en complément de mon avis de droit du 24 août 2012, je vous donne quelques indications additionnelles concernant la question de la résiliation de la convention d'actionnaires liant la Ville de Genève à Cablecom Sàrl. Votre demande fait suite aux questions que se sont posées des conseillers municipaux à la lecture d'un memorandum d'Ernst & Young sur les conventions d'actionnaires, memorandum disponible sur internet et qui fait état de la faculté conférée par la loi aux associés de résilier une convention d'actionnaires avec un délai de six mois.

1. Les art. 545 et 546 CO

Les art. 545 et 546 CO permettent aux parties à un contrat de société simple – telle une convention d'actionnaires – de résilier le contrat. Ces dispositions prévoient ce qui suit :

Art. 545

¹ La société prend fin:

- 1. par le fait que le but social est atteint ou que la réalisation en est devenue impossible;*
- 2. par la mort de l'un des associés, à moins qu'il n'ait été convenu antérieurement que la société continuerait avec ses héritiers;*

3. par le fait que la part de liquidation d'un associé est l'objet d'une exécution forcée, ou que l'un des associés tombe en faillite ou est placé sous curatelle de portée générale;
4. par la volonté unanime des associés;
5. par l'expiration du temps pour lequel la société a été constituée;
6. par la dénonciation du contrat par l'un des associés, si ce droit de dénonciation a été réservé dans les statuts, ou si la société a été formée soit pour une durée indéterminée, soit pour toute la vie de l'un des associés;
7. par un jugement, dans les cas de dissolution pour cause de justes motifs.

² La dissolution peut être demandée, pour de justes motifs, avant le terme fixé par le contrat ou, si la société a été formée pour une durée indéterminée, sans avertissement préalable.

Art. 546

2. Société de durée indéterminée

¹ Lorsqu'une société a été formée pour une durée indéterminée ou pour la vie de l'un des associés, chacune des parties peut en provoquer la dissolution, moyennant un avertissement donné six mois à l'avance.

² La dénonciation doit avoir lieu selon les règles de la bonne foi et ne pas être faite en temps inopportun; si les comptes se font par année, la dissolution de la société ne peut être demandée que pour la fin d'un exercice annuel.

³ Lorsqu'une société continue tacitement après l'expiration du temps pour lequel elle avait été constituée, elle est réputée renouvelée pour une durée indéterminée.

La convention signée par la Ville de Genève avec Cablecom Sàrl est de durée indéterminée. A première vue, on pourrait donc déduire de l'art. 546 al. 1 CO que la Ville de Genève a la faculté de résilier la convention librement, avec un préavis de six mois. Il n'en est cependant rien. Il faut en effet se souvenir que l'art. 15.2 de la convention d'actionnaires signée par les parties dans le cas d'espèce supprime la possibilité de résiliation que donne la loi. Je me réfère ici à mon avis de droit du 24 août 2012 où j'avais relevé ce point (p. 3, ch. 4, 1^{er} paragraphe).

La question de la validité d'une telle convention – qui supprime une possibilité conférée par la loi aux parties – se pose naturellement. J'avais relevé dans l'avis de droit précité que la validité de cette suppression est partiellement controversée¹. Il faut cependant relever que les principaux commentateurs sont en faveur de l'admission pure et simple d'une telle renonciation. Il en va en particulier ainsi du juge fédéral Chaix qui souligne que les art. 545 et 546 CO sont de droit

¹ BLOCH, *Les conventions d'actionnaires et le droit de la société anonyme avec un aperçu du droit boursier*, 2^{ème} édition, 2011, p. 64.

dispositif (non impératif) de sorte que les parties peuvent modifier voire complètement supprimer les facultés qu'offrent ces deux dispositions légales². Les principaux commentateurs sont unanimes sur la question³.

De surcroît, le Tribunal fédéral, abandonnant expressément sa jurisprudence antérieure, a lui-même clairement affirmé le caractère dispositif de l'art. 546 al. 1 CO dans un arrêt rendu en 1980⁴.

Comme je l'avais relevé dans mon avis de droit, la seule limite est celle de l'art. 27 al. 2 CC – qui limite les engagements excessifs – et la possibilité de résilier pour justes motifs (art. 545 al. 1 ch. 7 CO)⁵. J'avais traité ces deux points dans mon analyse du 24 août 2012 en page, p. 3, ch. 4, 1^{er} paragraphe, notes de bas de page 2 et 3, et en page 16, ch. 2.

J'observe que la brève présentation Powerpoint d'Ernst & Young ne remet pas en cause ce point. Elle ne mentionne simplement pas la question, se concentrant sur d'autres aspects de la problématique des conventions d'actionnaires. Quelle que puisse être la qualité de la présentation d'Ernst & Young, les références faites ci-dessus, aux notes 2, 3 et 4, en particulier au commentaire du juge fédéral Chaix et à la décision du Tribunal fédéral, sont indiscutables : la Ville de Genève a valablement renoncé à la possibilité de résilier la convention d'actionnaires dans un délai de six mois.

2. Les limites de l'art. 27 al. 2 CC

Reste alors à se demander si l'art. 27 al. 2 CC, auquel il vient d'être fait allusion et qui interdit les engagements excessifs, ne rendrait pas nulle une renonciation au droit de résilier un contrat de société simple. La protection offerte par cette disposition légale profite non seulement aux personnes physiques mais également aux personnes morales, puisqu'elle vise notamment à garantir la liberté économique⁶. La Ville de Genève est donc fondée à invoquer l'art. 27 al. 2 CC à son profit.

² CR CO II-CHAIX, art. 545/547, N 23.

³ TERCIER/FAVRE/BI. CARRON, in TERCIER/FAVRE, Les contrats spéciaux, 4^{ème} édition, Genève, Zurich, Bâle 2009, N 7712 ; BSK OR II-STAEHELIN, art. 545/546, N 24 ; DRUEY in GUHL, Das schweizerische Obligationenrecht, 9^{ème} édition, § 62 N 56.

⁴ ATF 106 II 226 = JdT 1981 I 276.

⁵ CR CO II-CHAIX, art. 545/547, N 23.

⁶ ATF 114 II 159, consid. 2a.

Différents éléments peuvent rendre un engagement excessif : on peut notamment citer l'intensité de l'engagement et de l'atteinte qu'il provoque, l'objet même de ce dernier ainsi que sa durée⁷. Par conséquent, un engagement de très longue durée peut-il constituer une violation de l'art. 27 al. 2 CC. Une violation doit cependant être considérée avec une certaine réserve lorsque c'est la seule question de la durée qui est en cause – et non la teneur ou la nature de l'engagement – dans la mesure où le droit de résilier pour justes motifs, qui ne peut pas être supprimé contractuellement, compense dans une assez large mesure les risques liés à des engagements de longue durée⁸. Certains commentateurs envisagent même, à certaines conditions, la validité de renoncer à résilier des contrats conclus pour la vie⁹.

Il faut observer que les conséquences juridiques d'une violation de l'art. 27 al. 2 CC ne sont pas incontestées : nullité absolue, nullité relative ou adaptation du contrat par le juge sont en effet les solutions généralement proposées par les différents commentateurs. Le Tribunal fédéral, quant à lui, s'est prononcé en faveur de la nullité relative en ce sens que le débiteur lésé doit invoquer la nullité et refuser d'exécuter la prestation¹⁰ : l'engagement n'est donc pas nul de plein droit.

Lorsque c'est la durée qui est excessive, la règle généralement admise est que le contrat n'est pas nul ni même annulable. Le juge doit procéder, si nécessaire, à une adaptation du contrat lorsque le débiteur refuse d'exécuter ce dernier en faisant valoir le caractère excessif de son engagement en raison de sa durée¹¹. Le Tribunal fédéral refuse cependant de poser le principe d'une limite fixe générale concernant la durée maximum acceptable : il faut juger de cas en cas la portée de l'engagement souscrit et son éventuel caractère excessif sur la liberté du débiteur¹². Le Tribunal fédéral a notamment jugé que des engagements de quinze ans¹³ et de vingt ans¹⁴ ne dépassaient pas le maximum admissible.

La solution qui vient d'être rappelée ci-dessus doit être retenue pour une convention d'actionnaires : une renonciation contractuelle à résilier le contrat de société simple liant les actionnaires n'est pas nulle de plein droit *ab initio*. Elle ne lie en revanche plus les parties lorsqu'un temps excessif a été dépassé et que l'une ou l'autre d'entre elles le fait valoir. Si on soutenait le contraire, en affirmant que toute renonciation à résilier la convention selon les art. 545/546 CO serait nulle *ipso iure* en vertu de l'art. 27 al. 2 CC, cela reviendrait en fait à nier le caractère

⁷ CR CC I-MARCHAND, art. 27 N 14.

⁸ CR CC I-MARCHAND, art. 27 N 14.

⁹ ZK-HANDSCHIN/VONZUN, art. 545-547 N 116.

¹⁰ ATF 129 II 209.

¹¹ CR CC I-MARCHAND, art. 27 N 20.

¹² ATF 114 II 159 : 40 II 233.

¹³ ATF 40 II 233.

¹⁴ ATF 114 II 159.

dispositif (non impératif) de ces deux dernières dispositions. Or, comme on la vu ci-dessus, il est très majoritairement admis que des dérogations voire des renonciations pures et simples aux art. 545/546 CO sont admissibles dans leur principe (ci-dessus, ch. 1, notes 2 et 3).

L'art. 27 al. 2 CC ne peut donc pas avoir pour effet de rendre la convention d'actionnaires résiliable en tout temps, au motif que seraient nulles les conventions dérogeant aux art. 545 et 546 CO. L'art. 27 al. 2 CC ne peut que conduire à la reconnaissance, une fois qu'un temps excessif est atteint, du droit du débiteur de s'estimer délié de son engagement contractuel.

3. Conclusions

1. La Ville de Genève a valablement renoncé contractuellement au droit de résilier (art. 546 al. 1 CO) le contrat de société simple la liant à Cablecom Sàrl.
2. La Ville de Genève ne peut résilier la convention que s'il existe de justes motifs (art 545 al. 1 ch. 7 CO) ou que si son engagement est excessif au sens de l'art. 27 al. 2 CC.
3. Ainsi que je l'avais exprimé dans mon avis du 24 août (p. 3), la Ville de Genève est encore loin – moins de sept ans après la signature de la convention d'actionnaires – du moment auquel elle pourrait soutenir la thèse du caractère excessif de son engagement et se déclarer libérée de ce dernier.
4. La résiliation de la convention par la Ville de Genève conduirait à un conflit ouvert avec l'autre l'actionnaire, précisément parce que le droit de résiliation serait plus que discutable, si même il existait. La Ville de Genève a renoncé au droit légal de résilier la convention d'une part et ne peut, d'autre part, que très difficilement invoquer de justes motifs. Il est de surcroît peu probable qu'un juge reconnaisse l'existence d'un engagement excessif après quelques années seulement. Il est dès lors à prévoir que Cablecom Sàrl n'acceptera pas cette résiliation et qu'un débat juridique difficile, long et coûteux va s'installer entre les parties.
5. Un conflit ouvert nuirait à la société en lui faisant sans doute perdre beaucoup de valeur. On imagine en effet mal qu'un conflit porté sur la place publique n'ait pas un impact fortement négatif sur la marche des affaires de la société et, partant, sur sa valeur. Il faut donc redouter qu'une résiliation mal fondée juridiquement n'atteigne gravement la valeur de l'actif dont la Ville de Genève est propriétaire.
6. Il n'est même pas certain qu'une résiliation présente le moindre intérêt pour la Ville de Genève. En effet, toutes les clauses de la convention d'actionnaires concernant les majorités qualifiées pour les décisions importantes ont été incorporées dans les statuts de la société. En conséquence, même si elle résiliait la convention, la Ville de Genève serait toujours contrainte

par les majorités qualifiées statutaires. En revanche, elle perdrait le bénéfice de la clause de non concurrence prévue dans la convention à charge de Cablecom Sàrl. Quand bien même la portée de cette clause n'est pas considérable, elle n'en oblige pas moins l'autre actionnaire à un certain devoir de fidélité et de non concurrence, devoir qui n'est pas mis à la charge d'un actionnaire aux termes de la loi. Les bénéfices très incertains d'une résiliation, si même elle était possible aujourd'hui, seraient sans doute perdus en raison du fort impact négatif provoqué par la perte de l'intégralité des engagements contractuels de Cablecom Sàrl.

J'espère avoir répondu aux questions qui étaient posées par les conseillers municipaux et reste naturellement à votre disposition pour tout renseignement complémentaire.

Je vous prie de croire, Madame la Conseillère administrative, à l'assurance de ma haute considération.

A handwritten signature in black ink, consisting of a stylized 'B' followed by a series of loops and a horizontal stroke.

Prof. Benoît Chappuis