

Validité et efficacité de la clause shotgun en droit suisse

Hubertus Hillerström | Laure Burrus*

A shotgun clause establishes a mechanism intended to resolve deadlocks in companies with two shareholders with equal stakes. It enables one of the two shareholders to trigger a procedure which will ultimately result in the purchase of all the shares at a fair price. The offeror initiates the procedure by proposing a certain price for the shares. The offeree then decides whether to sell its shares for that price or to buy the shares from the offeror at the same price. This paper purports to analyse the validity of shotgun clauses under Swiss

law, in light of French, German and Austrian case law. We conclude that they are valid, provided that the parties exercise their rights in good faith. However, shotgun clauses should be avoided where there are asymmetries between the shareholders as such financial, informational or even technical imbalances could favour one of the parties at the point in time of exercising the rights under the clause. As their implementation can be delicate, this article provides the readers with practical guidance for the drafting of shotgun clauses.

Table des matières

1. Introduction
 - 1.1 Origine et usage de la clause shotgun
 - 1.2 Problématique
2. Définition générale de la clause shotgun
 - 2.1 Mécanisme et séquence de la clause shotgun
 - 2.2 Exemple de rédaction
 - 2.3 Avantages de la clause shotgun
3. Qualification de la clause shotgun
4. Validité de la clause shotgun
 - 4.1 Principe de la liberté contractuelle
 - 4.2 Limites potentielles à la validité de la clause shotgun
5. Recommandations pratiques à l'usage de la clause shotgun
 - 5.1 Quand éviter de recourir à une clause shotgun
 - 5.2 Définir clairement les situations de blocage
 - 5.3 Timing et délais
 - 5.4 Garanties et conditions de la vente
 - 5.5 Caractère obligatoire ou facultatif de la clause
6. Conclusion

1. Introduction

1.1 Origine et usage de la clause shotgun

La clause shotgun a pour finalité de dénouer un conflit entre deux actionnaires paralysant le fonctionnement de la société. A l'issue de la procédure mise en œuvre par l'activation de la clause, un des actionnaires se verra contraint de vendre ses actions à l'autre actionnaire.

Aussi connue sous diverses autres appellations¹, la clause shotgun trouve son origine dans la pratique nord-américaine depuis les années 1960². Elle connaît un écho de plus en plus retentissant en Europe continentale, notamment en France³ et en Allemagne⁴.

1.2 Problématique

Si le contentieux qui est né de l'application de la clause shotgun est abondant au Canada et dans une

¹ La clause shotgun répond notamment aux noms de clause de *buy and sell*, clause texane, clause de roulette russe, clause d'offre alternative, clause *shoot out*, clause boomerang, clause omelette, clause *put and call*.

² Jean Costantini, L'offre alternative croisée, voie de sortie d'une filiale commune, RDAI 1997 n°4, 419 s.

³ Pour une présentation générale de la clause shotgun en droit français, voir notamment Costantini (n. 2) ; Bertrand Fages, L'efficacité de la clause buy or sell, RTD Civ. 2009, 525 ; Hervé Le Nabasque/Patrick Dunaud/Patricia Elsen, Les clauses de sortie dans les pactes d'actionnaires, Dr. sociétés, Actes prat. 5/1992, 2-18, 13.

⁴ Pour une présentation de la clause shotgun en droit allemand, voir Nicole Willms/Eike Bicker, Shoot-Out – der wirksame Ausstieg aus einem paritätischen Joint Venture, Betriebs-Berater/BB 23.2014, 1347-1352 et *infra* sous note 8 et 9 ci-dessous.

* Me Hubertus Hillerström, lic.iur., MBA (IE), est avocat à Genève. Madame Laure Burrus est doctorante en droit à l'Université de Bâle, titulaire du Certificat d'Aptitude à la Profession d'Avocat en France et diplômée de l'Institut d'Etudes Politiques de Bordeaux. Les auteurs remercient la Prof. Dr. Susan Emmenegger pour ses commentaires constructifs, ainsi que Monsieur Arthur Urben, étudiant en droit à l'Université de Genève, pour ses recherches juridiques et la revue attentive des références.