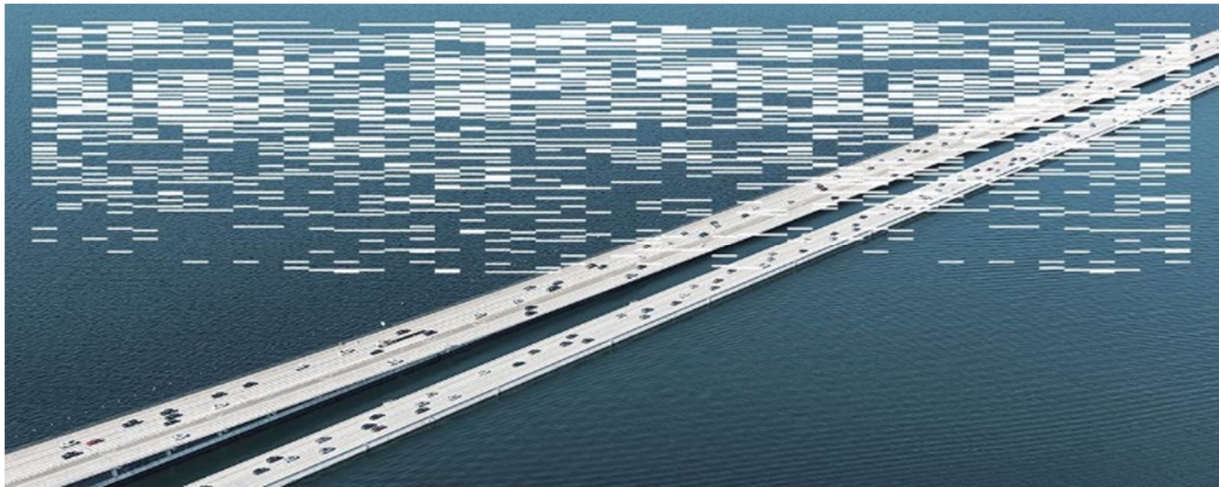


NEWSLETTER – Janvier 2020 – Contentieux commercial



Restrictions à la transmissibilité d'actions nominatives : Résumé d'arrêt
Légitimation active de l'acheteur d'un portefeuille d'actions évincé – Critères d'appréciation
d'une décision du conseil d'administration – Principe de la transparence inversée
ATF 145 III 351

A. Objet de l'arrêt

Dans cet arrêt publié, le Tribunal fédéral traite plusieurs questions juridiques pertinentes pour les sociétés anonymes, en particulier pour les PME et les sociétés dont le cercle d'actionnaires se veut restreint ou fondé sur des rapports personnels, notamment les sociétés de famille, à savoir :

- la question de la légitimation active de l'acquéreur d'actions nominatives non cotées qui est évincé en raison de l'exercice, par la société, de son droit de rachat statutaire (*infra* C1),
- les critères d'appréciation d'une décision de rachat d'actions du conseil d'administration ainsi que le pouvoir de cognition du juge lorsqu'il procède à ladite appréciation (*infra* C2),
- les cas d'application du principe de la transparence et, en particulier, de la transparence inversée, ainsi que les effets juridiques d'un conflit entre, d'une part, une obligation reposant sur le droit des sociétés et, d'autre part, une obligation qui repose sur un rapport contractuel (*infra* C3).

B. Faits et précédents cantonaux

La société C SA détient 997 des 1400 actions nominatives de la société A SA (ci-après : "la recourante" ou "A SA"), laquelle est propriétaire d'un hôtel. Par contrat de vente des actions de C SA, E a vendu ses actions à F qui est devenu unique actionnaire de celle-ci. Dit contrat contenait une clause stipulant que B, la sœur de F, bénéficierait d'un droit de préemption sur les actions de la recourante si celle-ci était (partiellement) vendue ou que l'hôtel dont elle est propriétaire était vendu.

En 2013, C SA a vendu les actions de la recourante à H, le dirigeant de A SA, vente qui n'a toutefois finalement pas eu lieu dès lors que B a fait valoir son droit de préemption. Les actions n'ont en revanche pas été transférées en faveur de B.

Par conséquent, B a ouvert action contre C SA et a conclu à la remise et au transfert des actions de la recourante. Le Tribunal de première instance a donné suite à cette requête, et le recours interjeté par C SA au Tribunal cantonal a été rejeté en janvier 2016.

A la suite de cette décision, C SA a remis en mains du conseil d'administration de la recourante (ci-après : le CA) les actions endossées en blanc et requis le transfert des actions à B.

En mai 2016, le CA a refusé de donner son accord au transfert des actions et d'inscrire B au registre des actionnaires, en formulant une offre de reprise des actions (art. 685b al. 1 CO) pour le compte de H, sous réserve que ce dernier fasse une offre convenable qui soit acceptée par C SA, ce qui fut le cas. Selon le CA, cela se justifiait dès lors que H avait indiqué qu'il quitterait la société si un changement de l'actionnaire majoritaire venait à intervenir.

B a donc saisi une nouvelle fois la justice, contre la société A SA (recourante au Tribunal fédéral) cette fois-ci, en concluant au transfert des actions et à son inscription au registre des actionnaires. Le Tribunal de première instance a admis la demande et le recours déposé auprès de l'instance cantonale a été rejeté.

Le Tribunal cantonal a retenu en substance que les motifs invoqués par le CA pour refuser l'inscription de B au registre des actionnaires n'étaient pas défendables. En particulier, même si le CA pouvait partir du principe que H quitterait effectivement la société si B devenait actionnaire majoritaire, l'élément pertinent résidait toutefois dans les conséquences concrètes qu'aurait ce départ pour l'hôtel propriété de la recourante. Cela étant, la simple crainte que l'inscription de B au registre des actionnaires puisse avoir des conséquences négatives sur la bonne marche des affaires de l'hôtel n'était pas suffisante.

Subsidiairement, la Cour cantonale a également retenu que la cause était un cas d'application du principe de la transparence inversée ("*umgekehrter Durchgriff*")¹, en se basant sur le raisonnement suivant : en vertu du premier arrêt cantonal, C SA avait été condamnée à transférer les actions à B, et, en qualité d'actionnaire majoritaire de la recourante, elle aurait eu le pouvoir nécessaire pour convoquer une assemblée générale afin de supprimer la clause statutaire problématique. Or, toujours selon les juges cantonaux, puisqu'elle ne l'a pas fait, il est probable que C SA, dont l'unique actionnaire s'avère être F, se cache derrière la décision du CA et instrumentalise la recourante afin qu'elle ne procède pas à l'inscription de B au registre des actions. Ainsi, dans ces circonstances, il conviendrait d'admettre une identité de fait entre la recourante et son actionnaire principal C SA, de sorte qu'il doit être fait application du principe de la transparence inversée et obliger la recourante à inscrire B au registre des actions.

C. Considérations juridiques du Tribunal fédéral

1. Légitimation active de l'acheteur d'un portefeuille d'actions évincé (consid. 2)

Conformément à l'art. 685b al. 1 CO, la société dont le transfert des actions est restreint peut refuser son approbation en invoquant un juste motif prévu par les statuts ou en offrant à l'aliénateur de reprendre les actions pour son propre compte, pour le compte d'autres actionnaires ou pour celui de tiers, à leur valeur réelle au moment de la requête.

Le Tribunal fédéral analyse en premier lieu la question de la légitimation active de B par-devant les instances cantonales, puisque cette dernière n'a jamais été actionnaire dès lors que le CA a refusé le transfert des actions. La Haute Cour rappelle en premier lieu qu'indépendamment de l'organe qui prend la décision d'exercer le droit de rachat statutaire, l'action en exécution – pour obtenir l'approbation du transfert et l'inscription en tant qu'actionnaire – doit être dirigée contre la société et non contre la décision du CA. En second lieu, le Tribunal fédéral arrive à la conclusion que les clauses statutaires restreignant la transmissibilité d'actions peuvent affecter un contrat de vente d'actions, de sorte que l'acheteur des actions doit posséder la légitimation active afin d'être en mesure de faire constater l'illicéité d'un éventuel refus du transfert des actions.

¹ Le principe de la transparence peut être défini comme étant le fait de "*ne pas tenir compte de la personnalité propre de la personne morale, à ignorer la forme juridique et l'autonomie sur le plan formel, à mettre la société et l'associé sur un pied d'égalité en écartant la séparation entre la personne morale et ceux qui se tiennent derrière celle-ci*"; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/LORDANOV, *Droit suisse des sociétés*, Berne 2015, §2 N 44.

Cette solution paraît satisfaisante, même si elle peut avoir pour effet de créer une double légitimation active. En effet, ainsi que le relèvent DENZLER/HOCHSTRASSER², si la décision de rachat des actions est entachée d'un vice, par exemple parce que elle est constitutive d'un abus de droit, l'acheteur pourra intenter une action contre la société afin de requérir son approbation comme actionnaire et l'inscription au registre, alors que le vendeur pourra lui réclamer le paiement du prix offert par la société dans le cadre de l'offre de reprise. La solution proposée par les auteurs précités, qui paraissent estimer, *de lege ferenda*, que la société devrait faire l'offre à l'acheteur, ne résout pas toutes les difficultés ; à notre sens, les statuts devraient systématiquement contenir des précisions sur l'offre de reprise, ses modalités et la procédure³.

2. Critères d'appréciation de la décision du conseil d'administration (consid. 3.1 et 3.2)

Dans un considérant non publié au Recueil officiel (consid. 3.1)⁴, le Tribunal fédéral relève que, contrairement à ce que l'instance cantonale a retenu, la décision du conseil d'administration de faire valoir l'offre de reprise ne s'analyse pas sous l'angle de la *business judgment rule*⁵, laquelle s'applique à des décisions d'ordre commercial.

La Haute Cour rappelle que pour refuser le transfert des actions, des justes motifs ne sont pas nécessaires si les actions sont reprises à leur valeur réelle, tant qu'il n'y a pas d'abus de droit. Il y a abus de droit si la décision de reprise n'est pas justifiée par des motifs d'ordre économique, respectivement s'il n'y a pas de motifs ressortant de la sphère d'intérêt ("*Interessensphäre*") de la société justifiant une telle décision, ou si les intérêts de la minorité sont manifestement altérés et ceux de la majorité privilégiés sans raison particulière (consid. 3.2.1).

Dans la présente cause, et contrairement à l'appréciation de la Cour cantonale, le Tribunal fédéral a estimé que la décision du CA n'était pas constitutive d'un abus de droit, en argumentant notamment que de simples craintes que la double casquette de H – dirigeant de A SA et actionnaire majoritaire – nuise à la société ne suffisaient pas à faire admettre un tel abus et qu'au contraire, il n'était pas exclu que le départ de H puisse être problématique pour la société (consid. 3.2.2).

3. Principe de la transparence inversée (consid. 4)

Dans la dernière partie, la Haute Cour analyse encore la motivation subsidiaire de l'instance cantonale, qui estime qu'en application du principe de la transparence, l'obligation⁶ faite à C SA de transmettre les actions à la recourante doit être mise en œuvre et B inscrite au registre des actionnaires, ce que conteste la recourante.

Les Juges fédéraux relèvent à titre liminaire qu'il s'agit même d'une double application du principe de la transparence : le premier cas d'application concerne le contrat de vente des actions de C SA qui a été conclu entre E et F et dont les effets ont pourtant été imputés à C SA, alors que le second cas d'application a pour conséquence que l'obligation imputée à C SA doit en définitive être mise en œuvre par la recourante. Les magistrats précisent toutefois que la première application du principe précité n'est pas vérifiée par le Tribunal fédéral puisqu'elle a eu lieu dans le cadre du premier arrêt cantonal, devenu définitif et exécutoire.

Le Tribunal fédéral rappelle ensuite que l'application du principe de la transparence doit rester exceptionnelle, à savoir uniquement lorsque l'invocation de la diversité des sujets de droit constitue un abus de droit. Il précise en outre qu'il faut distinguer la transparence directe, qui entraîne la responsabilité du sociétaire dominant, à côté de la société, pour les dettes de celle-ci, de la transparence

² DENZLER/HOCHSTRASSER, *Entscheidbesprechungen - Urteil 4A_623/2018*, in PJA 2019, pp. 1077 ss.

³ Y compris sur les délais durant lesquels la société est liée par son offre, et dans le respect de l'art. 685b al. 7 CO.

⁴ Arrêt 4A_623/2018.

⁵ La *business judgment rule* est la méthode par laquelle, en cas de reproche de violation de ses devoirs par le conseil d'administration, sa décision est étudiée sous l'angle des devoirs généraux de diligence et de fidélité. Elle a pour effet une limitation du pouvoir d'examen du tribunal, lequel ne peut remettre en cause des décisions qui ont été prises en conformité avec les règles de la profession, mais dont l'opportunité peut rétrospectivement paraître discutable.

⁶ Obligation qui ressort du premier arrêt cantonal.

inversée, qui entraîne la responsabilité de la société dominée, à côté du sociétaire, pour les dettes de celui-ci. Les conditions d'application de la seconde nommée sont d'après la Haute Cour plus strictes puisque dans pareille situation, la société pourrait potentiellement être tenue à des engagements pris par son actionnaire.

Cela étant, le Tribunal fédéral souligne qu'il convient de différencier l'effet d'une disposition du droit des sociétés, en l'espèce l'art. 685b al. 1 CO, de l'effet contractuel d'un contrat, de vente d'actions ou d'actionnaires, qui ne se concrétise qu'entre les parties (consid. 4.3.1). B ne pouvait ignorer que son droit de préemption risquait d'être mis en échec par une décision prise sur la base de la possibilité offerte par la loi respectivement les statuts.

S'agissant de la question de savoir si C SA, en tant qu'actionnaire majoritaire, pouvait émettre une directive contraignante à l'égard de la recourante afin qu'elle procède à l'inscription de B au registre des actions, le Tribunal fédéral répond que, comme pour une convention d'actionnaires, les actionnaires ne peuvent forcer le CA à prendre une décision dans leur propre intérêt si celui-ci ne converge pas avec l'intérêt de la société, sous peine que le CA engage sa propre responsabilité.

Dès lors, la limite des directives d'actionnaires majoritaires désirant imposer des mesures à la société afin d'honorer leurs propres engagements contractuels devra toujours rester l'intérêt de la société (consid. 4.3.1).

Dans le cas d'espèce, le fait que C SA soit actionnaire majoritaire de la recourante n'est pas suffisant pour appliquer le principe de la transparence inversée dès lors que les intérêts des actionnaires minoritaires (tout de même 403 des 1400 actions) seraient sinon lésés, puisqu'on leur imposerait un engagement pris à titre personnel par l'actionnaire majoritaire.

Partant, il ne se justifie pas de porter atteinte aux intérêts des autres actionnaires de A SA, laquelle ne répond pas des obligations de son actionnaire majoritaire (C SA) pour le transfert des actions à B.

Le recours a été admis et B ne sera en définitive pas actionnaire de A SA.

Pascal de Preux

Associé | Partner

depreux@resolution-lp.ch

Marc-Henri Fragnière

Associé | Partner

fragniere@resolution-lp.ch

Julien Gafner

Associé | Partner

gafner@resolution-lp.ch

Françoise Martin Antipas

Associée | Partner

martinantipas@resolution-lp.ch


Resolution

LEGAL PARTNERS

Av. de l'Avant-Poste 4

CP 5747 | 1002 Lausanne

T. +41 21 312 59 40 | F. +41 21 312 59 41