

Marine Ecabert

Transmissibilité des actions dans les sociétés de famille

La responsabilité du conseil d'administration des sociétés de famille en lien avec le régime des restrictions à la transmissibilité des actions

En tant que pilier de notre économie, les sociétés anonymes de famille ont souvent pour souhait de préserver la détention du capital-actions en mains familiales. A cette fin, elles introduisent dans leurs statuts des clauses dites de famille, dont l'admissibilité est cependant controversée. Par conséquent, le conseil d'administration peut voir sa responsabilité engagée suite à un refus d'approbation de transfert d'actions fondé sur une telle clause, ce d'autant plus qu'un manque d'indépendance envers la famille peut parfois lui être reproché et que la préservation du caractère familial de l'actionnariat comme intérêt social est incertaine.

Catégories d'articles : Contributions
Domaines juridiques : Droit des sociétés

Proposition de citation : Marine Ecabert, Transmissibilité des actions dans les sociétés de famille, in : Jusletter 18 mars 2019

Table des matières

1. Les sociétés anonymes de famille
 - 1.1. Les caractéristiques
 - 1.2. Les atouts
 - 1.3. La forme juridique
 - 1.4. Les enjeux
2. Les restrictions à la libre transmissibilité des actions non cotées dans les sociétés de famille
 - 2.1. Le refus d'approbation du transfert fondé sur un juste motif
 - 2.1.1. La clause statutaire consacrant le juste motif de refus
 - 2.1.1.1. Le but social
 - 2.1.1.2. L'indépendance économique de l'entreprise
 - 2.1.2. La décision de refus d'approbation
 - 2.2. Le refus d'approbation du transfert avec offre de rachat
 - 2.2.1. En général
 - 2.2.2. Les devoirs du conseil d'administration
 - 2.3. L'action tendant à l'approbation du transfert
 - 2.3.1. Suite à une décision de refus fondée sur une clause de famille
 - 2.3.2. Suite à une décision de refus avec offre de rachat
 - 2.3.3. Les conséquences de l'admission de l'action en approbation du transfert
3. La responsabilité du conseil d'administration en lien avec le régime des restrictions à la transmissibilité des actions
 - 3.1. La responsabilité du conseil d'administration dans la gestion
 - 3.1.1. Le manquement aux devoirs
 - 3.1.1.1. Les devoirs du conseil d'administration consacrés par l'art. 717 CO
 - 3.1.1.1.1. Le devoir de diligence
 - 3.1.1.1.2. Le devoir de fidélité
 - 3.1.1.1.3. Le devoir d'égalité de traitement
 - 3.1.1.2. L'appréciation judiciaire des décisions de gestion
 - 3.1.1.2.1. Les conditions d'application de la *business judgment rule*
 - 3.1.1.2.2. Le contrôle matériel des décisions
 - 3.1.2. Les autres conditions de la responsabilité dans la gestion
 - 3.2. La responsabilité du conseil d'administration des sociétés de famille en lien avec le régime des restrictions à la transmissibilité des actions
 - 3.2.1. En cas de refus d'approbation illicite
 - 3.2.1.1. Le manquement aux devoirs
 - 3.2.1.1.1. En présence d'une décision de refus d'approbation illicite fondée sur une clause de famille
 - 3.2.1.1.2. En présence d'une décision de refus d'approbation avec offre de rachat illicite
 - 3.2.1.2. Les autres conditions de la responsabilité dans la gestion
 - 3.2.2. En cas de conduite illicite d'un procès
 - 3.2.2.1. Le manquement aux devoirs
 - 3.2.2.1.1. Les conditions d'application de la *business judgment rule*
 - 3.2.2.1.2. Le contrôle matériel de la décision
 - 3.2.2.1.3. La responsabilité des actionnaires
 - 3.2.2.2. Les autres conditions de la responsabilité dans la gestion
 - 3.2.3. Les autres situations susceptibles d'engager la responsabilité des administrateurs
 - 3.2.3.1. La fixation de la valeur réelle des actions par le juge
 - 3.2.3.2. La revente d'actions propres
 - 3.2.3.2.1. Les opérations pour propre compte
 - 3.2.3.2.2. L'égalité de traitement entre actionnaires familiaux et actionnaires tiers
 4. Conclusion

1. Les sociétés anonymes de famille

1.1. Les caractéristiques

[Rz 1] En l'absence de définition légale et jurisprudentielle, la doctrine a développé diverses définitions¹, dont des caractéristiques communes se dégagent. Premièrement, l'actionnariat des sociétés anonymes de famille se compose de membres de la famille². La présence de tiers y est toutefois admise, à tout le moins lorsque les actions sont détenues de manière prépondérante en mains familiales³. Deuxièmement, la famille exerce une influence déterminante sur la société⁴, qui peut se mesurer à l'aune de trois critères : la participation au capital-actions, le contrôle au sein du conseil d'administration et la présence au sein la direction⁵. A cet égard, le constat suivant a été dressé : d'une part, la famille détient plus de 50% du capital-actions dans les 97,3% des cas⁶, d'autre part, les membres de la famille représentent 67% du conseil d'administration⁷ et de la direction⁸. Troisièmement, les sociétés de famille présentent un élément de « *conservation* »⁹, qui peut se manifester par la transmission de la société à la génération suivante¹⁰ ou par la participation de plusieurs générations au sein de la société¹¹.

¹ HENRY PETER/GUILLAUME JACQUEMET, *Groupes, sociétés de famille et entreprises responsables : à la recherche d'une gouvernance idoine*, in : David-André Knüsel (édit.), *Développements récents en droit commercial VI*, Lausanne 2018, p. 1 et suivantes (ss), p. 14 et suivantes (s.); FRANÇOISE MARTIN, *Sociétés anonymes de famille : Structure, maintien et optimisation de la décision du capital*, 2^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2013, p. 24 s.; VIVIANE PREMAMAND, *Les sociétés de famille dans les formes de la société anonyme et à responsabilité limitée*, Zurich/Bâle/Genève 2010, N 176; CHRISTOPH B. BÜHLER, « *Family Business Governance* » : *Zehn Leitlinien einer « Good Governance »* in : *Familienunternehmen*, PJA 2006, p. 317 ss (cité : CH. BÜHLER), p. 318; MAJA R. BAUMANN, *Die Familienholding*, Zurich 2005, p. 19 ss.

² PETER/JACQUEMET (n. 1), p. 15; MARTIN (n. 1), p. 24; PREMAMAND (n. 1), N 152 ss; CH. BÜHLER (n. 1), p. 318; BAUMANN (n. 1), p. 21 s.

³ MARTIN (n. 1), p. 37; BAUMANN (n. 1), p. 22; CH. BÜHLER (n. 1), p. 318; PETER FORSTMOSER/ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER NOBEL, *Schweizerisches Aktienrecht*, Bern 1996, § 62 N 5; *Contra* : HANS-ALBRECHT VOGEL, *Die Familienkapitalgesellschaften : Typologische Grundlegung und Probleme der Rechtspraxis*, Zoug 1974, p. 21.

⁴ PETER/JACQUEMET (n. 1), p. 14 s.; MARTIN (n. 1), p. 25; PREMAMAND (n. 1), N 151; CH. BÜHLER (n. 1), p. 318; BAUMANN (n. 1), p. 19; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (n. 3), § 62 N 5; Cf. Urs FREY/FRANK HALTER/THOMAS ZELLWEGER, *Bedeutung und Struktur von Familienunternehmen in der Schweiz*, Schweizerisches Institut für Klein- und Mittelunternehmen an der Universität St. Gallen (KMU-HSG), Saint-Gall 2004, p. 2.

⁵ Cf. FREY/HALTER/ZELLWEGER (n. 4), p. 2; Pour le calcul de cette influence, voir MARTIN (n. 1), p. 27.

⁶ FREY/HALTER/ZELLWEGER (n. 4), p. 10.

⁷ FREY/HALTER/ZELLWEGER (n. 4), p. 16.

⁸ FREY/HALTER/ZELLWEGER (n. 4), p. 19.

⁹ MARTIN (n. 1), p. 25; *Contra* : PREMAMAND (n. 1), N 85.

¹⁰ OTTE RÜEGSEGGER, *Die zweckmässige Firmenform : Leitfaden für betriebswirtschaftliche, rechtliche und steuerliche Aspekte*, 2^e éd., Muri/Berne 1995, p. 21; Cf. VOGEL (n. 3), p. 21.

¹¹ CH. BÜHLER (n. 1), p. 318; BAUMANN (n. 1), p. 21; *Contra* : PETER V. KUNZ, *Familienunternehmen in der Schweiz*, EF 6-7/18, p. 449 ss (cité : KUNZ 2018), p. 449.

1.2. Les atouts

[Rz 2] L'importance nationale¹², respectivement internationale¹³, acquise par les sociétés de famille ne doit rien au hasard, mais bien à l'exploitation d'un modèle économique « *souvent loué* »¹⁴. [Rz 3] En effet, les sociétés de famille mettent en œuvre une politique économique orientée vers le long terme¹⁵ et sont, de manière générale, plus performantes¹⁶. Deux facteurs peuvent l'expliquer. Premièrement, les actionnaires familiaux restent généralement présents au sein de la société sur une longue période¹⁷ et cherchent à garantir la « *pérennité de la société sur le long terme* »¹⁸. Deuxièmement, en raison du fort chevauchement identitaire entre la société et la famille¹⁹, la réputation de celle-ci dépend souvent de la réputation de celle-là²⁰. Partant, la famille prête une attention particulière à soigner les relations qu'entretient la société avec les différentes parties prenantes (« *stakeholders* »)²¹, notamment les employés et les clients²². En outre, la famille peut amener la société à adopter une conduite socialement et environnementalement responsable²³, actuellement essentielle pour se forger ou garder une bonne réputation²⁴, elle-même cruciale pour la bonne marche de ses affaires²⁵. Par ailleurs, les problèmes d'agence sont en général moins

¹² FREY/HALTER/ZELLWEGER (n. 4), p. 5.

¹³ Notamment : Novartis, Roche et Richemond ; Cf. JULIA DAWSON/RICHARD KERSLEY/STEFANO NATELLA, *The Family Business Model*, juillet 2015, disponible sous : <http://publications.credit-suisse.com/tasks/render/file/index.cfm?fileid=1ABF2EFE-9E3A-8D24-5014CF45E78BA03E> (consulté le 3 septembre 2018).

¹⁴ JEAN-LUC CHENAUX, *Gouvernance des sociétés de famille – Quels sont les enjeux ?*, RSDA 2015, p. 517 ss, p. 519.

¹⁵ KUNZ 2018 (n. 11), p. 451 ; CHENAUX (n. 14), p. 519 ; The Economist, *Special Report, Family Companies*, April 18th – 24th 2015, Volume 415, Number 8934, p. 4 ; JIM LEE, *Family firm performance : further evidence*, in : *Family Business Review*, June 2006, p. 103 ss, p. 103.

¹⁶ CHENAUX (n. 14), p. 519 ; LEE (n. 15), p. 103 ; Pour plus de détails, voir JOHN TOKARCZYK/ERIC HANSEN/MARK GREEN/JON DOWN, *A resource-based view and market orientation theory examination of the role of « familiness » in family business success*, in : *Family Business Review*, mai 2007, p. 17 ss et RONALD C. ANDERSON/DAVID M. REEB, *Founding-family ownership and firm performance : evidence from the S&P 500*, in : *The Journal of Finance*, Volume 58, Issue 3, June 2003, p. 1301 ss.

¹⁷ GUY MUSTAKI/MARCO URBEN, *Typologie des conflits entre actionnaires*, in : David-André Knüsel (édit.), *Développements récents en droit commercial V*, Lausanne 2017, p. 1 ss (cité : MUSTAKI/URBEN 2017), p. 6 ; LEE (n. 15), p. 104 s. et références citées (réf. cit.) ; ANDERSON/REEB (n. 16), p. 1305.

¹⁸ MUSTAKI/URBEN 2017 (n. 17), p. 6.

¹⁹ CLAUDIO FERNANDEZ-ARAOZ/SONNY IQBAL/JÖRG RITTER, *Leadership Lessons form Great Family Businesses*, in : *Harvard Business review*, April 2015, p. 83 ss, p. 85 ; cf. W. GIBB JR. DYER, *Examining the « family effect » on firm performance*, in : *Family Business Review*, décembre 2006, p. 253 s, p. 263 et réf. cit.

²⁰ THOMAS M. ZELLWEGER/ROBERT S. NASON, *A stakeholder perspective on family firm performance*, in : *Family Business Review*, Volume XXI, Number 3, September 2008, p. 203 ss, p. 207 ; cf. LEE (n. 15), p. 106 ; ANDERSON/REEB (n. 16), p. 1306.

²¹ DYER (n. 19), p. 263 s. et réf. cit. ; LEE (n. 15), p. 106 ; cf. KUNZ 2018 (n. 11), p. 451 ; pour plus de détails, voir ZELLWEGER/NASON (n. 20), p. 203 ss.

²² DYER (n. 19), p. 263 ; LEE (n. 15), p. 106.

²³ CHENAUX (n. 14), p. 519 s. ; Cf. KUNZ 2018 (n. 11), p. 451.

²⁴ PETER FORSTMOSER, *Corporate Responsibility und Reputation – zwei Schlüsselbegriffe an der Schnittstelle von Recht, Wirtschaft und Gesellschaft*, in : Nedim Peter Vogt/Eric Stupp/Dieter Dubs (édit.), *Unternehmen – Transaktion – Recht, Liber Amicorum für Rolf Watter zum 50. Geburtstag*, Zurich 2008, p. 197 ss (cité : FORSTMOSER 2008), p. 202 ss.

²⁵ URS SCHENKER, *Corporate Social Responsibility*, RSDA 2017, p. 635 ss, p. 642 s. ; GUILLAUME JACQUEMET, *Corporate Social Governance : la CSR comme instrument volontaire de protection et de promotion des intérêts « stakeholders »*, in : Olivier Hari (édit.), *Protection de certains groupements de personnes ou de parties faibles versus libéralisme économique : quo vadis ?*, Zurich 2016, p. 330 s. ; FORSTMOSER 2008 (n. 24), p. 203 s.

présents dans les sociétés de famille²⁶ en raison de la convergence des intérêts des actionnaires et des dirigeants²⁷. En somme, des auteurs relèvent que « *les sociétés de famille [...] procurent deux des ingrédients les plus importants pour croître qui sont la confiance et la loyauté* »²⁸.

1.3. La forme juridique

[Rz 4] Si les raisons qui amènent à exploiter une société de famille sous la forme de société anonyme sont multiples²⁹, ce choix n'est pas sans conséquence. En effet, le droit suisse consacre le principe de l'unité du droit de la société anonyme, en vertu duquel le même régime juridique vaut pour toute société anonyme, sans égard aux traits spécifiques que ces dernières pourraient présenter³⁰. Or, ce régime juridique conçoit les sociétés anonymes comme des entités à caractère impersonnel³¹ et capitaliste³². Partant, il n'est pas toujours adapté aux sociétés de famille en tant qu'entités fortement personnalisées³³.

[Rz 5] Toutefois, le Tribunal fédéral et le législateur ne sont pas indifférents aux spécificités que peuvent présenter certaines sociétés anonymes. En effet, le Tribunal fédéral estime, au sujet des sociétés anonymes de famille, que « *la société anonyme est une société de capitaux et non une société de personnes, de sorte que les intérêts financiers sont déterminants, même s'il est vrai que l'on peut, dans les petites sociétés de famille, tenir compte également dans une certaine mesure des relations personnelles* »³⁴. En outre, des instruments légaux, tels que le régime des restrictions à la transmissibilité des actions³⁵, les actions à droit de vote privilégié³⁶ et l'élection de membres de la famille au sein du

²⁶ The Economist (n. 15), p. 4 ; DYER (n. 19), p. 259 s. et réf. cit. ; LEE (n. 15), p. 104 et réf. cit. ; DANNY MILLER/ISABELLE LE BRETON-MILLER, *Family governance and firm performance : agency, stewardship and capabilities*, in : *Family Business Review*, March 2006, p. 73 ss, p. 74 s. et réf. cit.

²⁷ DYER (n. 19), p. 259 s. et réf. cit. ; MILLER/LE BRETON-MILLER (n. 26), p. 74 et réf. cit.

²⁸ Traduction libre, The Economist (n. 15), p. 3.

²⁹ Cf. CHENAUX (n. 14), p. 518 s. ; MARTIN (n. 1), p. 41 ss et réf. cit. ; PREMANN (n. 1), N 135 s. ; BAUMANN (n. 1), p. 61 ss ; notons que les sociétés de famille sont exploitées sous la forme de société anonyme dans les 80,2% des cas, FREY/HALTER/ZELLWEGER (n. 4), p. 15.

³⁰ Message du Conseil fédéral concernant la révision du droit des sociétés anonymes du 23 février 1983, FF 1983 II 757, p. 787 ; toutefois : « *Aujourd'hui, le droit de la société anonyme évolue vers un modèle de différenciation matérielle* » ; Message du Conseil fédéral concernant la révision du code des obligations du 21 décembre 2007, FF 2008 1407, p. 1424.

³¹ NICOLAS ROUILLER/MARC BAUEN/ROBERT BERNET/COLETTE LASSERRE ROUILLER, *La société anonyme suisse*, 2^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2017, N 2 ; MARTIN (n. 1), p. 47 ; FRANCINE DEFFERRARD, *Le transfert des actions nominatives liées non cotées*, Fribourg 1999, p. 3 ss ; HANSPETER KLÄY, *Die Vinkulierung : Theorie und Praxis im neuen Aktienrecht*, Bâle 1997, p. 2 et réf. cit. ; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (n. 3), § 1 N 11 ss ; cf. Art. 736 CO.

³² ROUILLER/BAUEN/BERNET/LASSERRE ROUILLER (n. 31), N 3 ss ; OLIVIER BLOCH, *Les conventions d'actionnaires et le droit de la société anonyme en droit suisse : avec un aperçu du droit boursier*, 2^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2011, p. 3 ; PETER BÖCKLI, *Schweizer Aktienrecht*, 4^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2009, § 1 N 8 ; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (n. 3), § 2 N 23 ; cf. Art. 680 al. 1 CO ; DEFFERRARD (n. 31), p. 3 et 6 ; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (n. 3), § 39 N 142 s.

³³ Cf. PETER BÖCKLI, *Leitgrundsätze für eine Best Practice des KMU-Verwaltungsrates*, RSDA 2014, p. 522 ss (cité : BÖCKLI 2014), p. 527 ; MARTIN (n. 1), p. 36 ss et p. 46 ss ; PREMANN (n. 1), N 2 s. ; BAUMANN (n. 1), p. 21 et réf. cit. ; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (n. 3), § 62 N 6.

³⁴ ATF 136 III 278, consid. 2.2.2 ; ATF 126 III 266, consid. 1a ; ATF 84 II 44, consid. 2.

³⁵ KUNZ 2018 (n. 11), p. 451 s. ; MARTIN (n. 1), p. 45 ; BAUMANN (n. 1), p. 66 et réf. cit.

³⁶ MARTIN (n. 1), p. 45 ; BAUMANN (n. 1), p. 66 et réf. cit.

conseil d'administration³⁷, permettent aux sociétés anonymes de famille d'aménager des éléments personnels³⁸.

[Rz 6] Par ailleurs, la conclusion de conventions d'actionnaires permet de mettre à la charge des actionnaires parties des obligations relatives à l'exercice de leurs droits³⁹, qui peuvent contribuer à préserver le caractère familial de la société, en prévoyant notamment des restrictions à la transmissibilité des actions plus larges que la loi le permet⁴⁰ ou en imposant des directives de vote relatives à l'élection du conseil d'administration⁴¹.

1.4. Les enjeux

[Rz 7] En raison des spécificités qu'elles présentent, les sociétés anonymes de famille font face à différents enjeux qu'elles doivent surmonter afin que leur pérennité et leur performance soient garanties. Nous mentionnerons la préservation de la détention du capital-actions en mains familiales et la gouvernance de la société, sur lesquels nous nous pencherons successivement.

2. Les restrictions à la libre transmissibilité des actions non cotées dans les sociétés de famille

[Rz 8] La détention par la famille d'une participation élevée au capital-actions de la société revêt une importance considérable. En effet, elle confère des droits de vote à l'assemblée générale⁴², par le biais desquels la famille peut déterminer la composition du conseil d'administration⁴³ et influencer les affaires de la société⁴⁴. En outre, elle détermine l'identité de la société⁴⁵, qui sera ainsi qualifiée de société de famille, avec pour conséquence que les atouts généralement reconnus à ces dernières⁴⁶ et les valeurs propres à la famille en question lui seront associées.

[Rz 9] Partant, il est essentiel pour la famille de pouvoir contrôler le cercle de l'actionariat de la société. A cet égard, la loi prévoit trois cas de figure dans lesquels une société peut refuser l'approbation d'un transfert d'actions non cotées : lorsqu'elle fait valoir un juste motif prévu par

³⁷ Cf. FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (n. 3), § 62 N 9 ss.

³⁸ MARTIN (n. 1), p. 45 s. ; PREMAMAND (n. 1), N 147 ; BAUMANN (n. 1), p. 66 ; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (n. 3), § 62 N 7 ss.

³⁹ KUNZ 2018 (n. 11), p. 452 ; MARTIN (n. 1), p. 201 et réf. cit. ; BLOCH (n. 32), p. 9 s. ; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (n. 3), § 62 N 13.

⁴⁰ CHENAUX (n. 14), p. 520 ; MARTIN (n. 1), p. 248 ss ; MICHEL JACCARD/VIVIANE PREMAMAND, *Le conseil d'administration au service des actionnaires majoritaires – risques, conflits d'intérêts et meilleures pratiques en cas de cession d'actions d'une société privée*, RSDA 2010, p. 372 ss, p. 374 ; BLOCH (n. 32), p. 264 ss ; cf. FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (n. 3), § 62 N 13.

⁴¹ KUNZ 2018 (n. 11), p. 452 ; MARTIN (n. 1), p. 247 s. ; BLOCH (n. 32), p. 204 s. ; JACCARD/PREMAMAND (n. 40), p. 374 ; PREMAMAND (n. 1), N 595 ss ; cf. FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (n. 3), § 62 N 13.

⁴² Art. 692 al. 1 CO ; PREMAMAND (n. 1), N 153 ss.

⁴³ Art. 698 al. 2 CO ; PREMAMAND (n. 1), N 163.

⁴⁴ Cf. Art. 698 al. 2 CO ; PREMAMAND (n. 1), N 154.

⁴⁵ *The Economist* (n. 15), p. 5 ; Cf. FERNANDEZ-ARAOZ/IQBAL/RITTER (n. 19), p. 85.

⁴⁶ Cf. Point 1.2.

les statuts⁴⁷, lorsqu'elle offre à l'actionnaire-aliénateur de lui racheter ses actions⁴⁸ et lorsque « l'acquéreur n'a pas expressément déclaré qu'il reprenait les actions en son propre nom et pour son propre compte »⁴⁹.

2.1. Le refus d'approbation du transfert fondé sur un juste motif

[Rz 10] Pour qu'une société puisse refuser l'approbation d'un transfert d'actions en se fondant sur un juste motif, elle doit tout d'abord adopter une clause statutaire d'agrément puis prendre une décision de refus dans le cas concret⁵⁰.

2.1.1. La clause statutaire consacrant le juste motif de refus

[Rz 11] Si les sociétés de famille adoptent des « clauses de famille »⁵¹ en vue de tenir à l'écart de leur actionnariat les personnes qui ne font pas partie de la famille⁵², encore faut-il que ces clauses puissent se justifier à l'aune du « *but social* » ou de l'« *indépendance économique de l'entreprise* »⁵³. A cet égard, l'admissibilité de ces dites clauses est pour l'heure incertaine. En effet, ni le législateur, ni le Tribunal fédéral ne se sont prononcés sur la question et la doctrine ne l'admet pas de manière unanime.

2.1.1.1. Le but social

[Rz 12] De manière générale, une clause d'agrément se justifie eu égard au but social lorsqu'elle permet à la société de refuser l'approbation d'un transfert d'actions à des personnes dont la présence au sein de l'actionnariat serait de nature à rendre plus difficile, voire à empêcher la réalisation du but social⁵⁴. Deux types de clauses sont ainsi envisageables. Les premières tendent à exiger de l'acquéreur qu'il présente certaines qualités personnelles, telles une qualification pro-

⁴⁷ Art. 685b al. 2 CO.

⁴⁸ Art. 685 al. 2 CO.

⁴⁹ Art. 685b al. 3 CO.

⁵⁰ MATTHIAS HIRSCHLE/HANS CASPAR VON DER CRONE, *Vinkulierung und Stimmrechtsvertretung bei nicht börsenkotierten Gesellschaften Entscheid des Schweizerischen Bundesgerichts 4C.35/2007 vom 18. April 2007 i.S. A. GmbH (Klägerin und Berufungsklägerin) gegen D. Holding AG (Beklagte und Berufungsbeklagte)*, RDSA 2008, p. 103 ss, p. 106; DEFFERRARD (n. 31), p. 14 et réf cit. et p. 29; KLÄY (n. 31), p. 136.

⁵¹ CHENAUX (n. 14), p. 521; PREMAND (n. 1), N 220; BAUMANN (n. 1), p. 129; KLÄY (n. 31), p. 172 ss.

⁵² MARTIN (n. 1), p. 82 ss; PREMAND (n. 1), N 221; BAUMANN (n. 1), p. 125.

⁵³ Cf. art. 685b al. 1 et 2 CO; RITA TRIGO TRINDADE, in : *Commentaire romand : Code des obligations II : art. 530 – 1186 CO, art. 20 – 33 de la Loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne du 8 novembre 1934 (LB; RS 952.0), avec des introductions à la LFus, à l'ORAb, à la LTI et à la loi sur la mise en oeuvre des recommandations du GAFI*, Bâle 2017 (cité : CR CO II-AUTEURS), N 13 ad art. 685b; SHELBY DU PASQUIER/MATTHIAS WOLF/MATTHIAS OERTLE, in : *Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht : Obligationenrecht II : Art. 530 – 964 OR inkl. Schlussbestimmungen*, 5^e éd., Bâle 2016, (cité : BSK OR II-AUTEURS), N 3 ad art. 685b; FRANCINE DEFFERRARD, *Les restrictions au transfert des actions non cotées dans le droit de la société anonyme (art. 685a – 685c CO)*, in : Tristan Gianora/Flavio-Gabriel Chabot (édit.), *Développements récents en droit commercial IV*, Lausanne 2015, p. 1 ss (cité : DEFFERRARD 2015), p. 3; KLÄY (n. 31), p. 137 ss.

⁵⁴ CR CO II-TRIGO TRINDADE (n. 53), N 16 ad art. 685b; KLÄY (n. 31), p. 147; cf. DEFFERRARD (n. 31), p. 66.

fessionnelle⁵⁵ ou des convictions politiques, philosophiques ou religieuses spécifiques⁵⁶, pour autant que ces qualités soient nécessaires à la réalisation du but social⁵⁷. Les deuxièmes tendent à refuser un concurrent⁵⁸ ou tout acquéreur dont le but poursuivi va à l'encontre du but social⁵⁹. [Rz 13] A cet égard, DU PASQUIER, WOLF et OERTLE⁶⁰ admettent les clauses de famille, car ils estiment que la limitation du cercle des actionnaires aux membres de la famille se justifie dès lors que le but social mentionne que la société sera exploitée au profit de la famille. Pour GERMANN⁶¹, les clauses de famille se justifient par le fait qu'il est difficile de prétendre à l'absence de rapport entre la structure familiale et l'activité économique de la société. En effet, GERMANN⁶² estime, d'une part, que les membres d'une famille sont plus enclins à fournir des prestations non rémunérées en vue de favoriser le but social et, d'autre part, que les fortunes familiale et sociale sont souvent mélangées. Enfin, MARTIN⁶³ admet la validité des clauses de famille lorsque « *les activités de la société et le caractère familial [sont] à ce point interdépendants que le but social englobe de fait le caractère familial de la société* » ou encore lorsque la société a décrit dans son but social que l'entreprise est majoritairement détenue en mains familiales. MARTIN⁶⁴ soulève en outre que les clauses de famille ne sont pas contraires à l'interdiction d'aggravation consacrée par l'art. 685b al. 7 CO.

[Rz 14] Pour sa part, KLÄY⁶⁵ estime que les clauses de famille ne peuvent se justifier en l'absence de lien entre le champ d'activité de la société et la famille. KLÄY⁶⁶ relève que ce lien n'est de manière générale pas donné, hormis pour les cas dans lesquels la société a pour but de gérer la fortune familiale investie.

[Rz 15] En revanche, TRIGO TRINDADE⁶⁷ nie l'admissibilité des clauses de famille eu égard au but social en raison du fait que le cercle d'activités de la société ne peut comprendre le caractère familial de cette dernière. PREMAND⁶⁸ la rejette également en invoquant le fait que « *le but de la société ne peut être d'être une société de famille* » et que « *la mention du caractère familial dans le but de la société ne permet pas non plus de justifier le refus d'un acquéreur non membre de la famille* ».

⁵⁵ CR CO II-TRIGO TRINDADE (n. 53), N 18 *ad* art. 685b ; BSK OR II-DU PASQUIER/WOLF/OERTLE (n. 53), N 4 *ad* art. 685b ; BÖCKLI (n. 32), § 6 N 257 ; DEFFERRARD (n. 31), p. 67 *ss* ; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (n. 3), § 44 N 147.

⁵⁶ BSK OR II-DU PASQUIER/WOLF/OERTLE (n. 53), N 4 *ad* art. 685b ; BÖCKLI (n. 32), § 6 N 257 ; DEFFERRARD (n. 31), p. 66 *s.* ; KLÄY (n. 31), p. 158.

⁵⁷ CR CO II-TRIGO TRINDADE (n. 53), N 18 *ad* art. 685b ; DEFFERRARD (n. 31), p. 66 *ss* ; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (n. 3), § 44 N 147.

⁵⁸ CR CO II-TRIGO TRINDADE (n. 53), N 20 *ad* art. 685b ; BSK OR II-DU PASQUIER/WOLF/OERTLE (n. 53), N 5 *ad* art. 685b ; BÖCKLI (n. 32), § 6 N 258 *ss* ; DEFFERRARD (n. 31), p. 76 ; KLÄY (n. 31), p. 161.

⁵⁹ CR CO II-TRIGO TRINDADE (n. 53), N 20 *ad* art. 685b CO ; BSK OR II-DU PASQUIER/WOLF/OERTLE (n. 53), N 5 *ad* art. 685b.

⁶⁰ BSK OR II-DU PASQUIER/WOLF/OERTLE (n. 53), N 4 *ad* art. 685b.

⁶¹ SANDRO GERMANN, *Die personalistische AG und GmbH unter besonderer Berücksichtigung von Aktionär- und Gesellschafterbindungsverträgen*, Zurich/Saint-Gall 2015, N 1386.

⁶² *Ibidem*.

⁶³ MARTIN (n. 1), p. 113.

⁶⁴ *Idem*, p. 111.

⁶⁵ KLÄY (n. 31), p. 173.

⁶⁶ *Ibidem*.

⁶⁷ CR CO II-TRIGO TRINDADE (n. 53), N 17 *ad* art. 685b.

⁶⁸ PREMAND (n. 1), N 245.

[Rz 16] Pour notre part, nous admettons les clauses de famille lorsque le but social mentionne le caractère familial de la société – qui peut se manifester par la détention majoritaire de la société par la famille ou par l’exploitation de la société au profit de la famille – et lorsque les activités et le caractère familial de la société se trouvent étroitement liés.

2.1.1.2. L’indépendance économique de l’entreprise

[Rz 17] Critère vaste⁶⁹ et motifs concrets permettant son maintien difficiles à juger⁷⁰, MARTIN⁷¹ mentionne d’une manière générale que « *l’indépendance économique de l’entreprise suppose une approche principalement orientée vers l’extérieur* » « [...] , elle ne doit pas servir à protéger les rapports existants entre actionnaires [...] , mais à éviter des prises de pouvoir ou de contrôle par des tiers voire des actionnaires ». A titre d’exemple, une clause d’agrément qui limiterait la détention d’actions à un certain pourcentage du capital-actions⁷² ou qui empêcherait les transactions de contrôle⁷³ serait propre à maintenir l’indépendance économique de l’entreprise.

[Rz 18] A cet égard, sans admettre que les clauses de famille se justifient eu égard à l’indépendance économique de l’entreprise, BÖCKLI⁷⁴ estime qu’elles permettent à la société de garder son indépendance en empêchant qu’une majorité des voix, respectivement le contrôle de la société, soit transférée à des personnes ou sociétés étrangères à la famille. Pour sa part, BAUMANN⁷⁵ admet les clauses de famille pour le motif invoqué par BÖCKLI, en ajoutant qu’elles permettent en outre à la société de garder sa stabilité et de conserver sa substance sur une longue durée. Dans le même ordre d’idées, ZINDEL, HONEGGER, ISLER et BENZ⁷⁶ estiment que la préservation de l’indépendance économique de l’entreprise peut passer par un contrôle de la famille sur les droits de vote.

[Rz 19] En revanche, TRIGO TRINDADE⁷⁷, PREMAND⁷⁸ et KLÄY⁷⁹ nient l’admissibilité des clauses de famille eu égard à l’indépendance économique de l’entreprise au motif que le caractère familial de l’actionnariat ne peut être un moyen pour la préserver.

[Rz 20] Pour notre part, nous admettons que le maintien des actions en mains familiales est propre à assurer l’indépendance économique de l’entreprise. Toutefois, nous estimons que les clauses de famille ne peuvent être un moyen pour exclure toute détention d’actions par des personnes étrangères à la famille. Ainsi, nous préconisons l’inscription dans les statuts du taux maximal

⁶⁹ DEFFERRARD (n. 31), p. 69.

⁷⁰ KLÄY (n. 31), p. 148.

⁷¹ MARTIN (n. 1), p. 97.

⁷² CR CO II-TRIGO TRINDADE (n. 53), N 23 *ad* art. 685b ; BSK OR II-DU PASQUIER/WOLF/OERTLE (n. 53), N 5 *ad* art. 685b ; MARTIN (n. 1), p. 98 s. et réf. cit. ; BÖCKLI (n. 32), § 6 N 270 ss ; DEFFERRARD (n. 31), p. 74 s. et réf. cit. ; KLÄY (n. 31), p. 163 ss ; FORSTMOSE/MEIER-HAYOZ/NOBEL (n. 3), § 44 N 151.

⁷³ BSK OR II-DU PASQUIER/WOLF/OERTLE (n. 53), N 5 *ad* art. 685b ; MARTIN (n. 1), p. 97 s. et réf. cit. ; BÖCKLI (n. 32), § 6 N 268 ss. ; DEFFERRARD (n. 31), p. 69 ss et réf. cit. ; KLÄY (n. 31), p. 168 ss.

⁷⁴ BÖCKLI (n. 32), § 6 N 278.

⁷⁵ BAUMANN (n. 1), p. 129.

⁷⁶ GAUDENZ ZINDEL/PETER HONEGGER/PETER ISLER/ULRICH BENZ, *Statuten der Aktiengesellschaft, Articles of association of the corporation, Statuts de la société anonyme, Statuto della società anonima*, 2^e éd., Zurich 1997, p. 84.

⁷⁷ CR CO II-TRIGO TRINDADE (n. 53), N 22 *ad* art. 685b.

⁷⁸ PREMAND (n. 1), p. 244.

⁷⁹ KLÄY (n. 31), p. 173.

du capital-actions pouvant être détenu par des actionnaires tiers, qui pourrait aller de 9,5%⁸⁰ à 33%⁸¹, tout en limitant le taux de détention individuel de ces actionnaires de 2% à 5%.

2.1.2. La décision de refus d'approbation

[Rz 21] Pour que le transfert des actions puisse s'opérer, l'actionnaire-aliénateur ou l'acquéreur doit soumettre à la société une requête tendant à l'approbation du transfert⁸², sur laquelle la société, respectivement son conseil d'administration⁸³, doit se prononcer dans les trois mois⁸⁴.

[Rz 22] Ainsi, dans un premier temps, le conseil d'administration doit examiner si l'acquéreur entre dans le champ d'application de la clause d'agrément consacrant le juste motif de refus⁸⁵. Lorsqu'il s'agit d'appliquer une clause de famille, sa portée n'appelle en général pas à interprétation, à tout le moins lorsque le cercle des membres de la famille y est clairement délimité⁸⁶.

[Rz 23] Ensuite, de manière générale, le conseil d'administration doit pouvoir justifier la décision de refus d'approbation au regard des intérêts de la société protégés par la clause d'agrément⁸⁷. Selon DEFFERRARD⁸⁸ et KLÄY⁸⁹, la décision de refus est justifiée lorsqu'il existe un intérêt social prépondérant, c'est-à-dire que les intérêts de la société – à l'exclusion de ceux des actionnaires et des membres du conseil d'administration⁹⁰ – à refuser l'approbation du transfert l'emportent sur ceux de l'actionnaire à vendre ses actions. Quant à TRIGO TRINDADE⁹¹, DU PASQUIER, WOLF et OERTLE⁹² et BÖCKLI⁹³, ils retiennent que la décision de refus est justifiée lorsque les intérêts de la société seraient concrètement mis en danger par l'entrée de l'acquéreur au sein de l'actionnariat. En outre, KLÄY⁹⁴ exige que la décision de refus soit proportionnelle et qu'elle respecte les principes généraux du droit des sociétés. Partant, le conseil d'administration doit à tout le moins pouvoir démontrer le fait que l'entrée de la personne étrangère à la famille au sein de l'actionnariat serait susceptible de mettre concrètement en danger la réalisation du but social de la société, respectivement l'indépendance économique de l'entreprise.

⁸⁰ Cf. Art. 699 al. 3 CO, art. 697b al. 1 CO, art. 727 al. 2 CO, art. 961 al. 2 2 CO et art. 736 4 CO.

⁸¹ Cf. Art. 704 CO.

⁸² CR CO II-TRIGO TRINDADE (n. 53), N 39 *ad art.* 685b; MARTIN (n. 1), p. 108; DEFFERRARD (n. 31), p. 42 et *réf. cit.*; KLÄY (n. 31), p. 352.

⁸³ En principe, la compétence pour statuer en matière de transfert d'actions revient au conseil d'administration. Toutefois, cette compétence peut être conférée à l'assemblée générale par le biais d'une clause statutaire; cf. CR CO II-TRIGO TRINDADE (n. 53), N 40 *ad art.* 685b; BSK OR II-DU PASQUIER/WOLF/OERTLE (n. 53), N 8 s. *ad art.* 685a; BÖCKLI (n. 32), § 6 N 291; DEFFERRARD (n. 31), p. 43 et 46; KLÄY (n. 31), p. 354; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (n. 3), § 44 N 129.

⁸⁴ Art. 685c al. 3 CO.

⁸⁵ HIRSCHLE/VON DER CRONE (n. 50), p. 106; BÖCKLI (n. 32), § 6 N 250; KLÄY (n. 31), p. 139 ss.

⁸⁶ THOMAS NAGEL, *Die statutarische Vinkulierung nicht kotierter Namenaktien*, PJA 2015, p. 190 ss, p. 200; BÖCKLI (n. 32), § 6 N 278.

⁸⁷ HIRSCHLE/VON DER CRONE (n. 50), p. 106; BÖCKLI (n. 32), § 6 N 250; DEFFERRARD (n. 31), p. 61; KLÄY (n. 31), p. 137.

⁸⁸ DEFFERRARD (n. 31), p. 61.

⁸⁹ KLÄY (n. 31), p. 154 ss.

⁹⁰ KLÄY (n. 31), p. 155.

⁹¹ CR CO II-TRIGO TRINDADE (n. 53), N 21 *ad art.* 685b.

⁹² BSK OR II-DU PASQUIER/WOLF/OERTLE (n. 53), N 6 *ad art.* 685b.

⁹³ BÖCKLI (n. 32), § 6 N 250.

⁹⁴ KLÄY (n. 31), p. 154 et 141.

2.2. Le refus d'approbation du transfert avec offre de rachat

[Rz 24] Eu égard au caractère controversé et incertain de l'admissibilité des clauses de famille, la société peut être amenée à formuler une offre de rachat à l'actionnaire-aliénateur⁹⁵ en vue d'empêcher l'entrée d'un acquéreur étranger à la famille au sein de l'actionnariat⁹⁶.

2.2.1. En général

[Rz 25] Le refus avec offre de rachat est une « restriction à caractère légal »⁹⁷, de sorte qu'il peut être prononcé uniquement lorsque les statuts prévoient des restrictions à la transmissibilité des actions⁹⁸.

[Rz 26] Une fois la requête tendant à l'approbation du transfert déposée, le conseil d'administration doit déterminer si une approbation irait à l'encontre des intérêts de la société⁹⁹. Cas échéant, il peut présenter dans les trois mois¹⁰⁰, au nom de la société¹⁰¹, une offre de rachat à l'actionnaire-aliénateur correspondant à la « valeur réelle »¹⁰² de l'ensemble des actions dont le transfert a été requis¹⁰³. Le conseil d'administration peut formuler cette offre de rachat pour le compte de la société, d'actionnaires ou de tiers¹⁰⁴.

[Rz 27] En raison des problèmes liés au rachat d'actions propres¹⁰⁵, la loi plafonne à 20% du capital-actions la part d'actions propres qui peut être détenue par la société lorsque les actions sont « acquises en relation avec une restriction de la transmissibilité »¹⁰⁶. En outre, le montant payé par la société pour le rachat des actions doit être couvert par des liquidités non nécessaires à l'exploitation¹⁰⁷ et par des fonds propres librement disponibles¹⁰⁸.

⁹⁵ CR CO II-TRIGO TRINDADE (n. 53), N 26 *ad art.* 685b; BSK OR II-DU PASQUIER/WOLF/OERTLE (n. 53), N 9 *ad art.* 685d; PHILIPPE JACQUEMOUD/CAMILLE AUBERSON, *L'escape clause dans les ventes d'actions nominatives liées : Réflexions sur l'achat d'actions propres et la valeur réelle*, GesKR 2014, p. 348 ss, p. 350; BÖCKLI (n. 32), § 6 N 195; KLÄY (n. 31), p. 176 ss; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (n. 3), § 44 N 161.

⁹⁶ PREMAND (n. 1), N 273; BAUMANN (n. 1), p. 130; KLÄY (n. 31), p. 172.

⁹⁷ MARTIN (n. 1), p. 100.

⁹⁸ Arrêt du Tribunal fédéral 4C.242/2001 du 5 mars 2003, consid. 2.2; CR CO II-TRIGO TRINDADE (n. 53), N 12 et 25 *ad art.* 685b; BSK OR II-DU PASQUIER/WOLF/OERTLE (n. 53), N 10 *ad art.* 685b; JACQUEMOUD/AUBERSON (n. 95), p. 351; MARTIN (n. 1), p. 100; BÖCKLI (n. 32), § 6 N 195; BAUMANN (n. 1), p. 129 ss; DEFFERRARD (n. 31), p. 99 ss et réf. cit.; KLÄY (n. 31), p. 178 ss; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (n. 3), § 44 N 160 s.

⁹⁹ JACQUEMOUD/AUBERSON (n. 95), p. 370; BÖCKLI (n. 32), § 6 N 219; KLÄY (n. 31), p. 181.

¹⁰⁰ Art. 685c al. 3 CO.

¹⁰¹ CR CO II-TRIGO TRINDADE (n. 53), N 29 *ad art.* 685b; BSK OR II-DU PASQUIER/WOLF/OERTLE (n. 53), N 11 *ad art.* 685b; KLÄY (n. 31), p. 188 et réf. cit.

¹⁰² Art. 685b al. 1 CO; pour des explications sur la notion, voir JACQUEMOUD/AUBERSON (n. 95), p. 362 ss et réf. cit.; MARTIN (n. 1), p. 104 ss et réf. cit.; DEFFERRARD (n. 31), p. 158 ss et réf. cit.

¹⁰³ CR CO II-TRIGO TRINDADE (n. 53), N 28 *ad art.* 685b; BSK OR II-DU PASQUIER/WOLF/OERTLE (n. 53), N 11 *ad art.* 685b et réf. cit.; JACQUEMOUD/AUBERSON (n. 95), p. 358; DEFFERRARD (n. 31), p. 111 et réf. cit.; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (n. 3), § 44 N 167.

¹⁰⁴ Art. 685b al. 1 CO.

¹⁰⁵ Cf. ATF 117 II 290, consid. 4 d/aa; ROUILLER/BAUEN/BERNET/LASSERRE ROUILLER (n. 31), N 158; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (n. 3), § 50 N 131 s.

¹⁰⁶ Art. 659 al. 2 CO.

¹⁰⁷ JACQUEMOUD/AUBERSON (n. 95), p. 353 s.; KLÄY (n. 31), p. 181.

¹⁰⁸ Art. 659 al. 1 CO; Cf. CR CO II-TRIGO TRINDADE (n. 53), N 27 *ad art.* 559 – 559a CO; BSK OR II-LENZ/VON PLANTA, N 6 *ad art.* 659; JACQUEMOUD/AUBERSON (n. 95), p. 353 s.; BÖCKLI (n. 32), § 4 N 229; DEFFERRARD (n. 31), p. 171 s.

2.2.2. Les devoirs du conseil d'administration

[Rz 28] Le conseil d'administration dispose d'un large pouvoir d'appréciation dans le cadre du refus avec offre de rachat¹⁰⁹. En effet, il peut s'opposer au transfert d'actions dès lors qu'un intérêt social le justifie¹¹⁰, intérêt social qui, selon certains auteurs, peut consister dans le maintien de la composition de son actionnariat¹¹¹. Toutefois, le conseil d'administration doit veiller au respect des principes régissant son activité¹¹², en particulier ses devoirs de diligence, de fidélité et d'égalité de traitement ainsi que l'interdiction de l'abus de droit¹¹³.

2.3. L'action tendant à l'approbation du transfert

[Rz 29] En cas de refus d'approbation du transfert d'actions, l'actionnaire-aliénateur conserve la propriété des actions et lui seul a la faculté d'exercer l'ensemble des droits patrimoniaux et sociaux qui y sont rattachés¹¹⁴. En consacrant la théorie de l'unité (« *Einheitstheorie* »)¹¹⁵, le système légal présente ainsi l'avantage de protéger de manière effective la société contre tout acquéreur indésirable¹¹⁶.

[Rz 30] En l'absence de disposition légale, la jurisprudence¹¹⁷ et la doctrine¹¹⁸ s'accordent à dire que toute décision de refus d'approbation de transfert peut faire l'objet d'un contrôle judiciaire. A cet égard, tant l'actionnaire-aliénateur que l'acquéreur¹¹⁹ ont une prétention en approbation du transfert¹²⁰ contre la société¹²¹ qu'ils peuvent faire valoir par le biais d'une action en exécu-

¹⁰⁹ JACQUEMOUD/AUBERSON (n. 95), p. 370; BÖCKLI (n. 32), § 6 N 203a.

¹¹⁰ BÖCKLI (n. 32), § 6 N 219.

¹¹¹ JACQUEMOUD/AUBERSON (n. 95), p. 370; KLÄY (n. 31), p. 181.

¹¹² JACQUEMOUD/AUBERSON (n. 95), p. 353.

¹¹³ CR CO II-TRIGO TRINDADE (n. 53), N 42 *ad* art. 685b; BÖCKLI (n. 32), § 6 N 203 s.; DEFFERRARD (n. 31), p. 114; KLÄY (n. 31), p. 180 ss.

¹¹⁴ Art. 685c al. 1 CO; CR CO II-TRIGO TRINDADE (n. 53), N 7 *ad* art. 685c; BSK OR II-DU PASQUIER/WOLF/OERTLE (n. 53), N 3 *ad* art. 685c; BÖCKLI (n. 32), § 6 N 305; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (n. 3), § 44 N 179; *Cf.* CR CO II-TRIGO TRINDADE (n. 53), N 6 *ad* art. 685c CO; BSK OR II-DU PASQUIER/WOLF/OERTLE (n. 53), N 2 *ad* art. 685c; DEFFERRARD (n. 31), p. 137; KLÄY (n. 31), p. 198 ss; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (n. 3), § 44 N 179

¹¹⁵ BSK OR II-DU PASQUIER/WOLF/OERTLE (n. 53), N 2 *ad* art. 685c; BÖCKLI (n. 32), § 6 N 305; DEFFERRARD (n. 31), p. 126 ss; KLÄY (n. 31), p. 86 ss et réf. cit.

¹¹⁶ NAGEL (n. 86), p. 193; KLÄY (n. 31), p. 512.

¹¹⁷ ATF 144 III 100, consid. 5.2.3.2; ATF 76 II 51, consid. 4, JdT 1950 I 555.

¹¹⁸ ROUILLER/BAUEN/BERNET/LASSERRE ROUILLER (n. 31), N 221; BSK OR II-DU PASQUIER/WOLF/OERTLE (n. 53), N 11 *ad* art. 685a; NAGEL (n. 86), p. 201; JACQUEMOUD/AUBERSON (n. 95), p. 360; PETER V., Wann haftet der Verwaltungsrat für verlorene Prozesse?, in : Jusletter 3 juin 2013 (cité : KUNZ 2013), Rz.. 2 s.; BÖCKLI (n. 32), § 6 N 44; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (n. 3), § 44 N 253a.

¹¹⁹ CR CO II-TRIGO TRINDADE (n. 53), N 19 *ad* art. 685c; ROUILLER/BAUEN/BERNET/LASSERRE ROUILLER (n. 31), N 536; JACQUEMOUD/AUBERSON (n. 95), p. 361; BÖCKLI (n. 32), § 6 N 44; KLÄY (n. 31), p. 361; DEFFERRARD (n. 31), p. 120; BEAT MESSERLI, Die Verweigerung der Zustimmung zur Übertragung vinkulierter Namenaktien gemäss Art. 685b revOR – verfahrenstechnische Aspekte, RSJ 1993, p. 241 ss, p. 243 s.; *Contra* : BSK OR II-DU PASQUIER/WOLF/OERTLE (n. 53), N 12 *ad* art. 685a.

¹²⁰ ATF 76 II 51, consid. 4, JdT 1950 I 555; BSK OR II-DU PASQUIER/WOLF/OERTLE (n. 53), N 11 *ad* art. 685a; NAGEL (n. 86), p. 201; BÖCKLI (n. 32), § 6 N 206; KLÄY (n. 31), p. 360.

¹²¹ ATF 113 II 275, consid. 2b; ATF 76 II 51, consid. 4, JdT 1950 I 555; BSK OR II-DU PASQUIER/WOLF/OERTLE (n. 53), N 12 *ad* art. 685a; JACQUEMOUD/AUBERSON (n. 95), p. 360; BÖCKLI (n. 32), § 6 N 44; DEFFERRARD (n. 31), p. 120.

tion (« *Leistungsklage* »)¹²². Pour que cette action soit admise, il doit être reconnu que la société, respectivement son conseil d'administration, a refusé « à tort » l'approbation du transfert¹²³.

[Rz 31] Il sied de mentionner que les décisions du conseil d'administration peuvent faire l'objet d'une action en nullité¹²⁴, mais que son introduction ne fait que peu de sens¹²⁵.

2.3.1. Suite à une décision de refus fondée sur une clause de famille

[Rz 32] Lorsque la décision de refus se fonde sur une clause d'agrément qui ne se justifie pas eu égard au but social ou à l'indépendance économique de l'entreprise¹²⁶ ou qui ne consacre pas un juste motif de refus admis, l'approbation du transfert est considérée comme ayant été refusée à tort¹²⁷. Ainsi, si l'admissibilité des clauses de famille venait à être niée, toute décision de refus rendue sur cette base ne serait pas valable.

[Rz 33] Par ailleurs, le refus d'approbation est également considéré comme ayant été rendu à tort lorsque l'intérêt social au refus n'est pas prépondérant¹²⁸ ou, comme l'estiment d'autres auteurs, que l'approbation ne mettrait nullement en danger le but social ou l'indépendance économique de l'entreprise¹²⁹. Sous l'angle du but social, un tel cas pourrait se présenter lorsque le conseil d'administration fonderait sa décision de refus sur le lien qui existe entre l'activité de la société et le caractère familial¹³⁰, en raison notamment de l'existence d'un savoir-faire familial¹³¹ ou d'une activité de gestion de la fortune familiale¹³²; or ce lien ne serait pas jugé suffisant pour garantir la réalisation du but social. Il en irait de même si la mention dans le but social de l'exploitation de la société au profit de la famille¹³³, respectivement de la détention majoritaire de la société en mains familiales¹³⁴, ne serait pas considérée comme un motif suffisant pour justifier un refus d'approbation. Sous l'angle de l'indépendance économique, le caractère injustifié d'une décision de refus pourrait être retenu si le maintien du contrôle de la famille sur la société¹³⁵ ne serait pas considéré comme un motif propre à garantir l'indépendance économique de l'entreprise.

¹²² ATF 144 III 100, consid. 5.2.3.2; ATF 113 II 275, consid. 2b; ATF 76 II 51 consid. 4, JdT 1950 I 555; CR CO II-TRIGO TRINDADE (n. 53), N 18 *ad* art. 685c; BSK OR II-DU PASQUIER/WOLF/OERTLE (n. 53), N 14 *ad* art. 685a; JACQUEMOUD/AUBERSON (n. 95), p. 360; BÖCKLI (n. 32), § 6 N 281b; DEFFERRARD (n. 31), p. 118; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (n. 3), § 44 N 253a; *cf.* plus nuancé, KLÄY (n. 31), p. 360 s.

¹²³ Art. 685c al. 3 CO.

¹²⁴ Art. 714 CO.

¹²⁵ ATF 76 II 51, consid. 4, JdT 1950 I 555; BSK OR II-DU PASQUIER/WOLF/OERTLE (n. 53), N 10 *ad* art. 685a; BÖCKLI (n. 32), § 6 N 78.

¹²⁶ HIRSCHLE/VON DER CRONE (n. 50), p. 106; BÖCKLI (n. 32), § 6 N 246; DEFFERRARD (n. 31), p. 62 et *réf. cit.*; KLÄY (n. 31), p. 139.

¹²⁷ DEFFERRARD 2015 (n. 53), p. 8.

¹²⁸ DEFFERRARD (n. 31), p. 61; KLÄY (n. 31), p. 154 *ss.*

¹²⁹ CR CO II-TRIGO TRINDADE (n. 53), N 21 *ad* art. 685b; BSK OR II-DU PASQUIER/WOLF/OERTLE (n. 53), N 6 *ad* 685b; BÖCKLI (n. 32), § 6 N 250.

¹³⁰ *Cf.* n. 63 et 65.

¹³¹ MARTIN (n. 1), p. 113.

¹³² *Cf.* n. 66.

¹³³ *Cf.* n. 60.

¹³⁴ *Cf.* n. 63.

¹³⁵ *Cf.* n. 74 *ss.*

[Rz 34] Enfin, au regard du principe d'égalité de traitement¹³⁶, une décision de refus qui se fonde sur une clause de famille potestative est également considérée comme ayant été rendue à tort lorsqu'elle ne s'inscrit pas dans une pratique cohérente¹³⁷.

2.3.2. Suite à une décision de refus avec offre de rachat

[Rz 35] Dans le cadre du refus avec offre de rachat, l'approbation est considérée comme ayant été rejetée à tort lorsque le conseil d'administration n'a pas respecté les principes régissant son activité¹³⁸. Dans les sociétés de famille, le respect de ces principes peut s'avérer délicat en raison du manque d'indépendance que peuvent avoir les administrateurs envers la famille¹³⁹, voire du fait que certains administrateurs sont eux-mêmes membres de la famille¹⁴⁰. En effet, un conseil d'administration dont la prise de décision en matière de transmissibilité des actions serait dictée par l'unique souhait de conserver les actions en mains familiales serait susceptible de violer ces principes à maints égards.

[Rz 36] Tout d'abord, le conseil d'administration pourrait violer son devoir de diligence en refusant un acquéreur, certes étranger à la famille, mais dont le souhait serait d'investir des ressources financières qui permettraient à la société de sortir d'une situation financière difficile, voire de conquérir de nouveaux marchés¹⁴¹. Ensuite, une violation du devoir de fidélité pourrait être reprochée au conseil d'administration qui rendrait une décision de refus ne s'inscrivant pas dans l'intérêt social, ce d'autant plus si la préservation du caractère familial ne saurait être reconnue comme intérêt social¹⁴² ou si les clauses de famille ne seraient pas admises¹⁴³. Sur la question de savoir si la préservation du caractère familial de l'actionnariat constitue un intérêt social, nous renvoyons à ce qui sera développé ci-dessous¹⁴⁴. Eu égard au devoir d'égalité de traitement, qui revêt une importance particulière en matière de restrictions à la transmissibilité des actions¹⁴⁵, le conseil d'administration ne pourrait tantôt accorder, tantôt refuser l'approbation du transfert à un acquéreur étranger à la famille sur la base de ses propres intérêts ou de ceux d'actionnaires familiaux¹⁴⁶. Enfin, le conseil d'administration commettrait un abus de droit lorsque la décision de refus ne serait motivée par aucun intérêt sociable raisonnable¹⁴⁷. A cet égard, JACQUEMOUD et

¹³⁶ BÖCKLI (n. 32), § 6 N 71 et 251 ss; KLÄY (n. 31), p. 357 ss; cf. CR CO II-TRIGO TRINDADE (n. 53), N 42 *ad art.* 685b.

¹³⁷ Cf. ATF 102 II 265, consid. 1, JdT 1977 I 102; ATF 88 II 98, consid. 3, JdT 1962 I 616; ATF 69 II 246, consid. 1, JdT 1944 I 45; BÖCKLI (n. 32), § 6 N 251; KLÄY (n. 31), p. 357 ss.

¹³⁸ JACQUEMOUD/AUBERSON (n. 95), p. 370 ss; DEFFERRARD (n. 31), p. 114; Cf. DEFFERRARD 2015 (n. 53), p. 8.

¹³⁹ PETER/JACQUEMET (n. 1), p. 16; CHENAUX (n. 14), p. 521; JACCARD/PREMAND (n. 40), p. 374 s.; cf. KUNZ 2018 (n. 11), p. 454; GUY MUSTAKI/LUCA URBen, *Prévention et gestion des conflits d'intérêts des administrateurs*, SJ 2014 II 109 (cité : MUSTAKI/URBen 2014), p. 120 s.; MARTIN (n. 1), p. 165 s.; voir JACCARD/PREMAND (n. 40), p. 372 ss et CH. BÜHLER (n. 1), p. 317 ss.

¹⁴⁰ FREY/HALTER/ZELLWEGER (n. 4), p. 16.

¹⁴¹ JACQUEMOUD/AUBERSON (n. 95), p. 371; DEFFERRARD (n. 31), p. 114; KLÄY (n. 31), p. 181.

¹⁴² Cf. CHENAUX (n. 14), p. 523 s.

¹⁴³ CHENAUX (n. 14), p. 524.

¹⁴⁴ Cf. n. 303 ss.

¹⁴⁵ MARIE-NOËLLE ZEN-RUFFINEN /MARC BAUEN, *Le conseil d'administration*, Zurich/Bâle/Genève 2017, N 242; BSK OR II-WATTER/ROTH PELLANDA, N 29 et 31 *ad art.* 717 (n. 53); BÖCKLI (n. 32), § 13 N 692 s.; KLÄY (n. 31), p. 357 ss; CLAIRE HUGUENIN-JACOBS, *Das Gleichbehandlungsprinzip im Aktienrecht*, Zurich 1994, p. 106 ss et 222 s.

¹⁴⁶ Cf. arrêt du Tribunal fédéral 4C.242/2001 du 5 mars 2003, consid. 3.3; JACQUEMOUD/AUBERSON (n. 95), p. 372 s.; KLÄY (n. 31), p. 182.

¹⁴⁷ Arrêt du Tribunal fédéral 4C.242/2001 du 5 mars 2003, consid. 5.1; JACQUEMOUD/AUBERSON (n. 95), p. 373; BÖCKLI (n. 32), § 6 N 203a; KLÄY (n. 31), p. 182.

AUBERSON mentionnent que « *la société aura en principe toujours un intérêt justifiant de tenir [un tiers] écarté du cercle de ses actionnaires* »¹⁴⁸. Ne constitue toutefois pas un intérêt social l'unique but de réduire l'influence des actionnaires minoritaires¹⁴⁹.

2.3.3. Les conséquences de l'admission de l'action en approbation du transfert

[Rz 37] Lorsqu'il est reconnu que l'approbation du transfert a été refusée à tort, « *l'approbation est réputée accordée* »¹⁵⁰, de sorte que l'acquéreur intègre l'actionariat¹⁵¹. Dès lors, se pose indéniablement la question de savoir à quel moment le transfert des droits rattachés aux actions prend effet¹⁵². Rappelons à cet égard qu'en l'absence d'approbation du transfert par le conseil d'administration, aucun droit ne passe à l'acquéreur¹⁵³.

[Rz 38] Pour des motifs principalement liés à la sécurité du droit, la doctrine majoritaire reconnaît un effet *ex nunc* au jugement d'approbation¹⁵⁴. Toutefois, l'action en dommages-intérêts prévue par l'article 685f al. 4 CO pour le régime des actions cotées est ouverte par analogie¹⁵⁵ à l'acquéreur et, selon certains auteurs, à l'actionnaire-aliénateur¹⁵⁶. Cette action tend à contraindre la société à indemniser l'acquéreur pour le dommage qu'il a subi en raison du fait qu'il n'a pas pu exercer les droits rattachés aux actions entre le moment du refus illicite et celui du jugement d'approbation¹⁵⁷.

3. La responsabilité du conseil d'administration en lien avec le régime des restrictions à la transmissibilité des actions

[Rz 39] En raison de la présence marquée des membres de la famille au sein du conseil d'administration et de l'actionariat¹⁵⁸, la séparation des pouvoirs telle que prévue par le législateur se voit mise à mal dans les sociétés de famille¹⁵⁹. En effet, de la forte concentration de pouvoir en mains familiales découle le risque que les décisions du conseil d'administration soient guidées par les intérêts de la famille, et ce, potentiellement au détriment des intérêts de la société et des

¹⁴⁸ JACQUEMOUD/AUBERSON (n. 95), p. 374.

¹⁴⁹ Arrêt du Tribunal fédéral 4C.242/2001 du 5 mars 2003, consid. 4.1 et 5.1 ; JACQUEMOUD/AUBERSON (n. 95), p. 373 ; BÖCKLI (n. 32), § 6 N 203a ; KLÄY (n. 31), p. 182 ; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (n. 3), § 39 N 87 ss.

¹⁵⁰ Art. 685c al. 3 CO.

¹⁵¹ JACQUEMOUD/AUBERSON (n. 95), p. 374.

¹⁵² Cf. KLÄY (n. 31), p. 201.

¹⁵³ Cf. n. 114.

¹⁵⁴ CR CO II-TRIGO TRINDADE (n. 53), N 20 *ad* art. 685c ; BSK OR II-DU PASQUIER/WOLF/OERTLE (n. 53), N 10 *ad* art. 685c ; BÖCKLI (n. 32), § 6 N 281b ; DEFFERRARD (n. 31), p. 121 ; KLÄY (n. 31), p. 201 ; MESSERLI (n. 119), p. 244 ; *Contra* : JACQUEMOUD/AUBERSON (n. 95), p. 361 s.

¹⁵⁵ CR CO II-TRIGO TRINDADE (n. 53), N 21 *ad* art. 685c ; BSK OR II-DU PASQUIER/WOLF/OERTLE (n. 53), N 10 *ad* art. 685c ; KLÄY (n. 31), p. 201, 360 et 120 ss.

¹⁵⁶ CR CO II-TRIGO TRINDADE (n. 53), N 22 *ad* art. 685c ; KLÄY (n. 31), p. 360 ; MESSERLI (n. 119), p. 244.

¹⁵⁷ Cf. BSK OR II-DU PASQUIER/WOLF/OERTLE (n. 53), N 12 *ad* art. 685f ; KLÄY (n. 31), p. 201, 360 et 120 ss.

¹⁵⁸ Cf. n. 6 s.

¹⁵⁹ PETER/JACQUEMET (n. 1), p. 1 s. ; HENRY PETER, *La forme juridique des entreprises de famille ou De la difficile coexistence entre corporate et family governance*, in : Peter Ling (édit.), *Les successions dans les entreprises*, Lausanne 2006, p. 49 ss, p. 56 ; BÖCKLI (n. 32), § 13 N 462.

actionnaires étrangers à la famille¹⁶⁰. Cette réalité pose un problème particulier lorsque le conseil d'administration applique le régime des restrictions à la transmissibilité des actions.

[Rz 40] Pour pallier à ce problème, des règles de bonne gouvernance destinées au conseil d'administration des sociétés de famille ont été développées par la doctrine¹⁶¹. En outre, la loi met à la charge du conseil d'administration un certain nombre de devoirs qui viennent limiter sa liberté dans la décision et dont la violation peut entraîner la responsabilité personnelle de ses membres¹⁶².

3.1. La responsabilité du conseil d'administration dans la gestion

[Rz 41] Aux termes de l'art. 754 CO, la responsabilité personnelle¹⁶³ des administrateurs en tant qu'organe chargé de la gestion est engagée lorsqu'ils ont manqué fautivement à leurs devoirs, qu'un dommage en a résulté et qu'un lien de causalité entre le manquement fautif et le dommage est donné¹⁶⁴. De nature impérative, cette disposition ne peut valablement être exclue ou limitée par les statuts ou par contrat¹⁶⁵.

[Rz 42] A titre préliminaire, mentionnons le fait que les administrateurs au sens formel, soit ceux élus en cette qualité¹⁶⁶, ne sont pas les seuls visés par cette responsabilité¹⁶⁷. En effet, la notion d'administrateur est une notion fonctionnelle¹⁶⁸ qui vise toute personne qui participe de manière effective¹⁶⁹, déterminante¹⁷⁰ et durable¹⁷¹ à la gestion de la société, de sorte qu'il lui aurait été

¹⁶⁰ PETER/JACQUEMET (n. 1), p. 16; CHENAUX (n. 14), p. 521; JACCARD/PREMAND (n. 40), p. 374 s.; cf. KUNZ 2018 (n. 11), p. 454; MUSTAKI/URBEN 2014 (n. 139), p. 120 s.; MARTIN (n. 1), p. 165 s.; voir JACCARD/PREMAND (n. 40), p. 372 ss et CH. BÜHLER (n. 1), p. 317 ss.

¹⁶¹ Voir BÖCKLI 2014 (n. 33), p. 522 ss; CH. BÜHLER (n. 1), p. 317 ss et SIMON BÜHLER, *Corporate Governance in Schweizer Familienunternehmen*, ECS 3/2012, p. 162 ss; Cf. PETER/JACQUEMET (n. 1), p. 18 ss.

¹⁶² LINO HÄNNI, *La responsabilité des administrateurs hors de la faillite de la société anonyme : Droit matériel, préparation du procès et procédure*, Neuchâtel 2016, N 24 ss; JACCARD/PREMAND (n. 40), p. 373; ALEXANDER NIKITINE, *Die aktienrechtliche Organverantwortlichkeit nach Art. 754 Abs. 1 OR als Folge unternehmerischer Fehlentscheide : Konzeption und Ausgestaltung der « Business Judgment Rule » im Gefüge der Corporate Governance*, Zurich/Saint-Gall 2007, p. 70 ss et réf. cit.; cf. art. 754 al. 1 CO; ZEN-RUFFINEN/BAUEN (n. 145), N 256; ROLAND MÜLLER/LORENZ LIPP/ADRIAN PLÜSS, *Der Verwaltungsrat : Ein Handbuch für Theorie und Praxis*, 3^e éd., Zurich/Berne/Genève 2014, p. 337.

¹⁶³ ZEN-RUFFINEN/BAUEN (n. 145), N 256.

¹⁶⁴ ATF 136 III 148, consid. 2.3; ATF 132 III 342, consid. 4, JdT 2007 I 51; ATF 127 III 453, consid. 5a; arrêt du Tribunal fédéral 4A_603/2014 du 11 novembre 2015, consid. 4; CR CO II-CORBOZ/AUBRY GIRARDIN (n. 53), N 17 ad art. 754; ZEN-RUFFINEN/BAUEN (n. 145), N 826; FORSTMOSE/MEIER-HAYOZ/NOBEL (n. 3), § 36 N 3.

¹⁶⁵ ZEN-RUFFINEN/BAUEN (n. 145), N 825; ROUILLER/BAUEN/BERNET/LASSERRE ROUILLER (n. 31), N 558; BSK OR II-GERICKE/WALLER (n. 53), N 32 ad art. 752.

¹⁶⁶ NIKITINE (n. 162), p. 81; Cf. CR CO II-CORBOZ/AUBRY GIRARDIN (n. 53), N 2 ss ad art. 754; BSK OR II-GERICKE/WALLER (n. 53), N 5 ad art. 754.

¹⁶⁷ ZEN-RUFFINEN/BAUEN (n. 145), N 828; ROUILLER/BAUEN/BERNET/LASSERRE ROUILLER (n. 31), N 558; BSK OR II-GERICKE/WALLER (n. 53), N 4 ad art. 754.

¹⁶⁸ ZEN-RUFFINEN/BAUEN (n. 145), N 833; BSK OR II-GERICKE/WALLER (n. 53), N 5 ad art. 754.

¹⁶⁹ ATF 107 II 349, consid. 5 a, JdT 1982 I 173; CR CO II-CORBOZ/AUBRY GIRARDIN (n. 53), N 6 ad art. 754; CHRISTA SOMMER, *Die Treuepflicht des Verwaltungsrats gemäss Art. 717 Abs. 1 OR*, Zurich/Saint-Gall 2010, p. 30.

¹⁷⁰ CR CO II-CORBOZ/AUBRY GIRARDIN (n. 53), N 6 ad art. 754; SOMMER (n. 169), p. 30; NIKITINE (n. 162), p. 81.

¹⁷¹ ATF 136 III 14, consid. 2.4; ATF 128 III 29, consid. 3a, JdT 2003 I 18; CR CO II-CORBOZ/AUBRY GIRARDIN (n. 53), N 7 ad art. 754; ROUILLER/BAUEN/BERNET/LASSERRE ROUILLER (n. 31), N 561; MÜLLER/LIPP/PLÜSS (n. 162), p. 353; BÖCKLI (n. 32), § 18 N 109a.

possible d'empêcher la survenance du dommage¹⁷². Un actionnaire, en principe unique ou majoritaire, peut ainsi tout à fait revêtir la qualité d'administrateur et engager sa responsabilité¹⁷³.

3.1.1. Le manquement aux devoirs

[Rz 43] Pour voir sa responsabilité engagée, un administrateur doit avoir violé un devoir qui lui incombe en vertu de la loi ou des statuts¹⁷⁴ et dont le but est de protéger le patrimoine lésé contre un dommage du type que celui qui est survenu (« *Schutznormtheorie* »)¹⁷⁵.

3.1.1.1. Les devoirs du conseil d'administration consacrés par l'art. 717 CO

[Rz 44] Considérée comme une norme fondatrice de responsabilité¹⁷⁶, l'art. 717 CO impose aux administrateurs un devoir de diligence, de fidélité et d'égalité de traitement dans le cadre de la gestion de la société.

3.1.1.1.1. Le devoir de diligence

[Rz 45] Le devoir de diligence prescrit aux administrateurs une obligation de moyens¹⁷⁷ en vertu de laquelle ils doivent exercer leurs attributions en y apportant le soin¹⁷⁸ et les efforts¹⁷⁹ nécessaires en vue d'obtenir le meilleur résultat pour la société¹⁸⁰. Les administrateurs doivent faire preuve de diligence essentiellement dans l'acceptation du mandat, dans l'exécution de leurs tâches et dans l'organisation de la société¹⁸¹.

¹⁷² ATF 128 III 29, consid. 3a, JdT 2003 I 18 ; CR CO II-CORBOZ/AUBRY GIRARDIN (n. 53), N 7 *ad art.* 754 ; BSK OR II-GERICKE/WALLER (n. 53), N 5 *ad art.* 754.

¹⁷³ Arrêt du Tribunal fédéral 4A_555/2009 du 3 mai 2010, consid. 2.3 ; PETER/JACQUEMET (n. 1), p. 21 ; CR CO II-CORBOZ/AUBRY GIRARDIN (n. 53), N 8 *ad art.* 754 ; ZEN-RUFFINEN/BAUEN (n. 145), N 842 ; MÜLLER/LIPP/PLÜSS (n. 162), p. 353 ; FORSTMOSE/MEIER-HAYOZ/NOBEL (n. 3), § 37 N 13.

¹⁷⁴ ATF 110 II 391, consid. 2, JdT 1985 I 287 ; ZEN-RUFFINEN/BAUEN (n. 145), N 887 ; HÄNNI (n. 162), N 47 ; DANIEL JENNY, *Abwehrmöglichkeiten von Verwaltungsratsmitgliedern in Verantwortlichkeitsprozessen : Ein dogmatischer Beitrag zur Einwendungen- und Einredenordnung unter Würdigung der « Raschein-Praxis »*, Zurich/Saint-Gall 2013, N 42 et réf. cit. ; NIKITINE (n. 162), p. 82 et réf. cit.

¹⁷⁵ ATF 110 II 391, consid. 2, JdT 1985 I 287 ; ATF 115 II 15, consid. 3a et réf. cit., JdT 1989 I 595 ; ATF 125 III 86, consid. 3b ; BSK OR II-GERICKE/WALLER (n. 53), N 23 *ad art.* 754 ; MICHAEL BÄNZIGER/HANS-UELI VOGT, *Das Bundesgericht anerkennt die Business Judgment Rule als Grundsatz des schweizerischen Aktienrechts*, GesKR 2012, p. 607 ss, p. 618 ; BÖCKLI (n. 32), § 18 N 378 ; HARALD BÄRTSCHI, *Verantwortlichkeit im Aktienrecht*, Zurich 2001, p. 282 ss ; *Contra* : HÄNNI (n. 162), N 48 ; JENNY (n. 174), N 42.

¹⁷⁶ ZEN-RUFFINEN/BAUEN (n. 145), N 888 ; ROUILLER/BAUEN/BERNET/LASSERRE ROUILLER (n. 31), N 564a ; BSK OR II-GERICKE/WALLER (n. 53), N 26 *ad art.* 754 et réf. cit.

¹⁷⁷ CR CO II-PETER/CAVADINI (n. 53), N 7 *ad art.* 717 ; HÄNNI (n. 162), N 45 et réf. cit. ; PETER ISLER, *Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates für Strategie-Entscheide*, in : Rolf H. Weber (édit.), *Praxis zum unternehmerischen Verantwortlichkeitsrecht*, Zurich 2004, p. 39 ss, p. 44.

¹⁷⁸ HÄNNI (n. 162), N 45.

¹⁷⁹ CR CO II-CORBOZ/AUBRY GIRARDIN (n. 53), N 19 *ad art.* 754.

¹⁸⁰ MÜLLER/LIPP/PLÜSS (n. 162), p. 283.

¹⁸¹ CR CO II-PETER/CAVADINI (n. 53), N 4 *ad art.* 717 ; ZEN-RUFFINEN/BAUEN (n. 145), N 191 ss ; ROUILLER/BAUEN/BERNET/LASSERRE ROUILLER (n. 31), N 479 ; BÖCKLI (n. 32), § 13 N 564 ss.

3.1.1.1.2. Le devoir de fidélité

[Rz 46] Le devoir de fidélité commande aux administrateurs de veiller fidèlement aux intérêts de la société¹⁸², en les obligeant, d'une part, à adopter un comportement qui tend à sauvegarder et à promouvoir les intérêts de la société¹⁸³ et, d'autre part, à s'abstenir de tout acte au travers duquel les intérêts de la société se verraient atteints¹⁸⁴. En résulte en particulier l'interdiction faite aux administrateurs de privilégier leurs propres intérêts, ceux d'actionnaires ou de tiers au détriment des intérêts de la société¹⁸⁵.

3.1.1.1.2.1. La notion d'intérêt social

[Rz 47] Au cœur du devoir de fidélité¹⁸⁶ et de l'activité du conseil d'administration¹⁸⁷, la notion d'intérêt social n'est pas définie par la loi¹⁸⁸ et ne fait pas non plus l'objet d'un consensus dans la doctrine.

[Rz 48] La loi le conçoit toutefois comme un intérêt autonome tendant à la poursuite durable d'une activité lucrative prospère¹⁸⁹. Par ailleurs, le Tribunal fédéral reconnaît un intérêt social autonome¹⁹⁰ se composant d'une pluralité d'intérêts¹⁹¹.

[Rz 49] Dans la doctrine, s'il est incontesté que la société doit exercer une activité lucrative en vue de faire du bénéfice¹⁹², la question de savoir dans quelle mesure les intérêts des différentes parties touchées par les activités de la société doivent être pris en compte est, elle, controversée¹⁹³. Selon la conception traditionnelle dite « *shareholder value* », l'intérêt social doit être assimilé à celui des actionnaires¹⁹⁴. Partant, il doit consister en une augmentation durable de la valeur de la société¹⁹⁵, qui se répercutera sur la valeur de la participation de ses actionnaires¹⁹⁶. Cependant, la conception dite « *stakeholder value* » a gagné en importance ces dernières années¹⁹⁷. Selon cette conception, les intérêts de l'ensemble des parties touchées par les activités de la société,

¹⁸² Art. 717 al. 1 CO.

¹⁸³ CR CO II-CORBOZ/AUBRY GIRARDIN (n. 53), N 26 *ad art.* 754; CR CO II-PETER/CAVADINI (n. 53), N 11 *ad art.* 717; MÜLLER/LIPP/PLÜSS (n. 162), p. 280; SOMMER (n. 169), p. 17; BÖCKLI (n. 32), § 13 N 599; NIKITINE (n. 162), p. 83.

¹⁸⁴ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (n. 3), § 28 N 25; Cf. BSK OR II-WATTER/ROTH PELLANDA (n. 53), N 15 *ad art.* 717; SOMMER (n. 169), p. 18; BÖCKLI (n. 32), § 13 N 600.

¹⁸⁵ CR CO II-PETER/CAVADINI (n. 53), N 11 *ad art.* 717; SOMMER (n. 169), p. 18; NIKITINE (n. 162), p. 179; cf. ATF 130 III 213, consid. 2.2.2, JdT 2004 I 223; ZEN-RUFFINEN/BAUEN (n. 145), N 207; BSK OR II-WATTER/ROTH PELLANDA (n. 53), N 15 *ad art.* 717; HÄNNI (n. 162), N 44 et réf. cit.

¹⁸⁶ SOMMER (n. 169), p. 36.

¹⁸⁷ ZEN-RUFFINEN/BAUEN (n. 145), N 207; HÄNNI (n. 162), N 92; BÄNZIGER/VOGT (n. 175), p. 620.

¹⁸⁸ SOMMER (n. 169), p. 36.

¹⁸⁹ Pour des explications détaillées, cf. SOMMER (n. 169), p. 44 ss.

¹⁹⁰ ATF 128 III 180, consid. 2c; Cf. ATF 95 II 157, consid. 9b, JdT 1970 I 344.

¹⁹¹ ATF 100 II 384, consid. 4; Cf. ATF 95 II 157, consid. 9b, JdT 1970 I 344.

¹⁹² BSK OR II-WATTER/ROTH PELLANDA (n. 53), N 37 *ss ad art.* 717; FORSTMOSER 2008 (n. 24), p. 199; Cf. ATF 100 II 384, consid. 4, JdT 1975 I 334; SCHENKER (n. 25), p. 644.

¹⁹³ SCHENKER (n. 25), p. 637; JACQUEMET (n. 25), p. 325; FORSTMOSER 2008 (n. 24), p. 199.

¹⁹⁴ SOMMER (n. 169), p. 38; ROLF BÄR, *Aktuelle Fragen des Aktienrechts*, RDS 1966 II, p. 321 ss, p. 380 et 387 ss.

¹⁹⁵ BSK OR II-WATTER/ROTH PELLANDA (n. 53), N 16 *ad art.* 717; JENNY (n. 174), p. 27 et réf. cit.; SOMMER (n. 169), p. 38; NIKITINE (n. 162), p. 180; MISCHA KISSLING, *Der Mehrfachverwaltungsrat : die Tätigkeit in Verwaltungsräten mehrerer Aktiengesellschaften aus Sicht des Zivil-, Straf-, Wettbewerbs-, Steuer- und Sozialversicherungsrechts*, Zurich/Bâle/Genève 2006, N 47; cf. SCHENKER (n. 25), p. 638.

¹⁹⁶ SOMMER (n. 169), p. 38.

¹⁹⁷ PETER/JACQUEMET (n. 1), p. 24; JACQUEMET (n. 25), p. 326; FORSTMOSER 2008 (n. 24), p. 200.

notamment les employés, les clients et la société en général, ont une place légitime dans la détermination de l'intérêt social¹⁹⁸. Plus récemment, avec l'essor de la *Corporate social responsibility*, s'est développée en outre l'idée que les sociétés d'une certaine importance endossent une responsabilité sociale¹⁹⁹ et environnementale²⁰⁰ envers la société en général²⁰¹.

[Rz 50] En fin de compte, ces différentes conceptions se recoupent largement²⁰². En effet, si nous retenons que l'intérêt social consiste en la prospérité durable de la société²⁰³, respectivement en l'augmentation de sa valeur sur le long terme²⁰⁴, tant les intérêts des actionnaires que ceux des autres parties prenantes seront protégés²⁰⁵. Tout d'abord, les actionnaires percevront des dividendes et verront la valeur de leur participation augmenter comme conséquence de l'augmentation de la valeur de la société²⁰⁶. Ensuite, les employés verront leur place de travail assurée, les clients auront un partenaire contractuel fiable²⁰⁷ et la société en général profitera des impôts versés et d'éventuelles donations effectuées par la société et ses actionnaires. Finalement, les considérations sociales et environnementales seront prises en compte par la société, soucieuse de préserver sa bonne réputation²⁰⁸, elle-même essentielle pour la bonne marche de ses affaires²⁰⁹.

[Rz 51] Il sied de relever que les administrateurs disposent d'un large pouvoir d'appréciation pour déterminer la stratégie, les moyens et les ressources permettant de concrétiser cet intérêt social²¹⁰. À cet égard, SOMMER²¹¹ expose différents facteurs qui peuvent contribuer à la prospérité à long terme de la société, dont un niveau de capital suffisant, une bonne gouvernance, une bonne réputation ainsi que des employés motivés.

¹⁹⁸ PETER/JACQUEMET (n. 1), p. 24 ss; SOMMER (n. 169), p. 39; FORSTMOSER 2008 (n. 24), p. 200; cf. SCHENKER (n. 25), p. 638 s.; JACQUEMET (n. 25), p. 327.

¹⁹⁹ Cf. SCHENKER (n. 25), p. 637; DANIEL M. HÄUSERMAN, *Corporate Social Responsibility (CSR) und Aktienrecht : 7 Thesen*, GesKR 2017, p. 495 ss, p. 498; JACQUEMET (n. 25), p. 336.

²⁰⁰ FORSTMOSER 2008 (n. 24), p. 201.

²⁰¹ PETER/JACQUEMET (n. 1), p. 23; SCHENKER (n. 25), p. 635; BSK OR II-WATTER/ROTH PELLANDA (n. 53), N 16 ad art. 717; BSK OR II-GERICKE/WALLER (n. 53), N 26a ad art. 754.

²⁰² SOMMER (n. 169), p. 49; FORSTMOSER 2008 (n. 24), p. 200 s.

²⁰³ ATF 126 III 266, consid. 1b; ATF 100 II 384, consid. 4, JdT 1975 I 334; SOMMER (n. 169), p. 50; BÖCKLI (n. 32), § 13 N 598; BEAT A. BRECHBÜHL/CHRISTOPH HURNI, *Empfehlung der Übernahmekommission (UEK) vom 23.8.2005 und Verfügung der Übernahmekammer der Eidg. Bankenkommision (EBK) vom 19.9.2005 i.S. Saia-Burgess Electronics Holding AG/Abwehrmassnahme*, PJA 2005, p. 1547 ss, p. 1552.

²⁰⁴ SOMMER (n. 169), p. 47 ss; NIKITINE (n. 162), p. 180 s.; PETER FORSTMOSER, *Gewinnmaximierung oder soziale Verantwortung?*, in : Rainer M. Kiesow/Regina Ogorek/Spiros Simitis (édit.), *Summa, Dieter Simon zum 70. Geburtstag*, Francfort-sur-le-Main 2005, p. 207 ss (cité : FORSTMOSER 2005), p. 220 et 222 ss.

²⁰⁵ SOMMER (n. 169), p. 49 s.; FORSTMOSER 2005 (n. 204), p. 232; BRECHBÜHL/HURNI (n. 203), p. 1552; Cf. FLORIAN S. JÖRG, *Grundlagen und Pflichten des Verwaltungsrates in Gruppengesellschaften*, in : Peter V. Kunz/Olivier Arter/Florian S. Jörg (édit.), *Entwicklungen im Gesellschaftsrecht VIII*, Bern 2013, p. 36.

²⁰⁶ Cf. FORSTMOSER 2005 (n. 204), p. 230.

²⁰⁷ FORSTMOSER 2005 (n. 204), p. 230.

²⁰⁸ FORSTMOSER 2008 (n. 24), p. 202 ss.

²⁰⁹ SCHENKER (n. 25), p. 642 s.; JACQUEMET (n. 25), p. 330 s.; FORSTMOSER 2008 (n. 24), p. 203 s.

²¹⁰ SCHENKER (n. 25), p. 653; HÄNNI (n. 162), p. 95; KISSLING (n. 195), N 77; BRECHBÜHL/HURNI (n. 203), p. 1553.

²¹¹ SOMMER (n. 169), p. 50 ss.

3.1.1.1.2.2. Les conflits d'intérêts

[Rz 52] En vertu de leur devoir de fidélité, les administrateurs ont l'obligation d'éviter tout conflit d'intérêts²¹². Ces derniers naissent de situations dans lesquelles un administrateur voit son objectivité dans la prise de décision compromise en raison de la poursuite d'intérêts inconciliables avec l'intérêt social²¹³. Par conséquent, l'administrateur n'est pas en mesure de prendre une décision qui sert au mieux les intérêts de la société²¹⁴. Il sied toutefois de mentionner que toute poursuite d'intérêts propres, d'ordre privé ou professionnel²¹⁵, par les administrateurs ne porte pas nécessairement atteinte aux intérêts de la société²¹⁶ et, partant, n'est pas constitutive d'un conflit d'intérêts.

[Rz 53] Dès qu'un conflit d'intérêts survient, l'enjeu majeur pour le conseil d'administration est de parvenir à prendre des mesures propres à assurer la poursuite et la protection des intérêts de la société²¹⁷. A titre d'exemple, il peut être demandé à un tiers indépendant qu'il se prononce sur le bien-fondé de la décision à prendre (« *fairness opinions* »)²¹⁸, voire qu'il participe à la procédure de décision²¹⁹. En présence de conflits d'intérêts dits « *sérieux* »²²⁰, une interdiction peut être faite à l'administrateur concerné de participer au vote final²²¹, voire à la procédure de décision²²². A noter que la compétence de l'assemblée générale pour approuver une décision du conseil d'administration est généralement donnée lorsque l'ensemble, voire la majorité, des administrateurs qui ont participé à la prise de décision ont été confrontés à un conflit d'intérêts²²³.

²¹² CR CO II-PETER/CAVADINI (n. 53), N 11 *ad art.* 717; SOMMER (n. 169), p. 18; NIKITINE (n. 162), p. 179; Cf. ATF 130 III 213, consid. 2.2.2, JdT 2004 I 223; ZEN-RUFFINEN/BAUEN (n. 145), N 207; BSK OR II-WATTER/ROTH PELLANDA (n. 53), N 15 *ad art.* 717; HÄNNI (n. 162), N 44 et réf. cit.

²¹³ MUSTAKI/URBEN 2014 (n. 139), p. 109 s. et 142; SOMMER (n. 169), p. 85; NIKITINE (n. 162), p. 182 s.; JEAN-NICOLAS DRUEY, *Interessenkonflikte*, in : Charlotte M. Baer (édit.), *Verwaltungsrat und Geschäftsleitung*, Berne 2006, p. 59 ss (cité : DRUEY 2006), p. 61.

²¹⁴ Cf. ZEN-RUFFINEN/BAUEN (n. 145), N 230; SOMMER (n. 169), p. 85; KISSLING (n. 195), N 112; Andrea R. GRASS, *Management-Entscheidungen vor dem Richter Schranken der richterlichen Überprüfbarkeit von Geschäftsentscheiden in aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsprozessen*, RSDA 2000, p. 1 ss (cité : GRASS 2000), p. 6.

²¹⁵ SOMMER (n. 169), p. 86; cf. KUNZ 2013 (n. 118), N 11; DRUEY 2006 (n. 213), p. 70.

²¹⁶ SOMMER (n. 169), p. 86 s. et 94; DRUEY 2006 (n. 213), p. 61 et 69 s.

²¹⁷ Arrêt du Tribunal fédéral 4A_127/2013 du 22 mai 2013, consid. 7; ATF 130 III 213, consid. 2.2.2, JdT 2004 I 223; CO CR II-PETER/CAVADINI (n. 53), N 13 ss *ad art.* 717; ROUILLER/BAUEN/BERNET/LASSERRE ROUILLER (n. 31), N 481; BSK OR II-WATTER/ROTH PELLANDA (n. 53), N 15 *ad art.* 717; SOMMER (n. 169), p. 85 s.; cf. Code suisse des bonnes pratiques (CSBP) ch. 17 al. 1.

²¹⁸ ROUILLER/BAUEN/BERNET/LASSERRE ROUILLER (n. 31), N 482c; MUSTAKI/URBEN 2014 (n. 139), p. 153 ss; cf. JACCARD/PREMAND (n. 40), p. 381; NIKITINE (n. 162), p. 203 ss.

²¹⁹ PETER/JACQUEMET (n. 1), p. 19; KUNZ 2018 (n. 11), p. 454; CHENAUX (n. 14), p. 525.

²²⁰ Sur la notion, cf. BÖCKLI (n. 32), § 13 N 636 ss.

²²¹ ROUILLER/BAUEN/BERNET/LASSERRE ROUILLER (n. 31), N 481; MUSTAKI/URBEN 2014 (n. 139), p. 149 et réf. cit.; INES PÖSCHEL/ROLF WATTER, *Neinsager und Nichtstimmer : ihre aktienrechtliche Verantwortlichkeit*, GesKR 2011, p. 14 ss, p. 18; BÖCKLI (n. 32), § 13 N 643; PETER ISLER, *Sorgfalt und Haftung des Verwaltungsrates*, in : Rolf H. Weber/Peter Isler (édit.), *Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht*, Zurich 2003, p. 1 ss, p. 7; cf. CSBP ch. 17 al. 2; *Contra* : HANS CASPAR VON DER CRONE, *Interessenkonflikt im Aktienrecht*, RSDA 1994, p. 1 ss, p. 5.

²²² ROUILLER/BAUEN/BERNET/LASSERRE ROUILLER (n. 31), N 481; MUSTAKI/URBEN 2014 (n. 139), p. 149; nuancés : PÖSCHEL /WATTER (n. 221), p. 18; *Contra* BÖCKLI (n. 32), § 13 N 644.

²²³ ATF 50 II 168, consid. 6; ZEN-RUFFINEN/BAUEN (n. 145), N 232; ROUILLER/BAUEN/BERNET/LASSERRE ROUILLER (n. 31), N 482b.

3.1.1.1.3. Le devoir d'égalité de traitement

[Rz 54] Le devoir d'égalité de traitement impose aux administrateurs de « *traiter de la même manière les actionnaires qui se trouvent dans la même situation* »²²⁴. Des dérogations à ce devoir sont toutefois licites lorsque l'intérêt social le commande et que le principe de proportionnalité est respecté²²⁵.

3.1.1.2. L'appréciation judiciaire des décisions de gestion

[Rz 55] Eu égard au fait que la gestion d'une société est une tâche complexe²²⁶ au caractère incertain²²⁷, il est primordial qu'un pouvoir d'appréciation soit reconnu aux administrateurs et que ces derniers soient protégés dans son exercice²²⁸, de sorte que l'on ne puisse retenir un manquement aux devoirs du simple fait qu'un acte qui se soit avéré inopportun, voire préjudiciable, pour la société²²⁹.

[Rz 56] Dans ce contexte, les tribunaux américains ont développé la *business judgment rule*²³⁰, qui instaure une présomption de gestion fidèle et diligente en faveur des administrateurs²³¹ lorsque ces derniers ont pris leur décision « *de manière informée, et pensé de bonne foi qu'ils agissaient dans les meilleurs intérêts de la société* »²³², et ce, sans être confrontés à un conflit d'intérêts²³³.

[Rz 57] Le Tribunal fédéral n'est pas resté indifférent face à cette doctrine et l'a, en substance, transposée en droit suisse²³⁴. En effet, il a explicitement reconnu que « *les tribunaux doivent faire preuve de retenue dans l'appréciation a posteriori de décisions commerciales prises au cours d'un processus décisionnel irréprochable, reposant sur une base d'informations adaptée et exempt de conflits d'intérêts* »²³⁵. Lorsque ces conditions d'application, de nature procédurale²³⁶, sont remplies, le

²²⁴ Art. 717 al. 2 CO.

²²⁵ ATF 117 II 290, consid. 6 b/bb ; ATF 102 II 265, consid. 1 et renvois cités (renv. cit.), JdT 1977 I 102 ; ZEN-RUFFINEN/BAUEN (n. 145), N 239 et réf. cit. ; BSK OR II-WATTER/ROTH PELLANDA (n. 53), N 23 ad art. 717 ; MÜLLER/LIPP/PLÜSS (n. 162), p. 285 ; BÖCKLI (n. 32), § 13 N 680.

²²⁶ HÄNNI (n. 162), N 61 ; ROLF SETHE, *Geschäftsentscheide, Expertenrat und Verantwortlichkeit des Verwaltungsrats*, in : Rolf Sethe/Peter Isler (édit.), *Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht VII*, Zurich 2014, p. 168.

²²⁷ MATHIEU BLANC, *La Business Judgment Rule dans la jurisprudence du Tribunal fédéral*, in : David-André Knüsel (édit.), *Développements récents en droit commercial VI*, Lausanne 2018, p. 49 ss, p. 49 ; ALEX CHRISTEN, « *Quo vadis, BJR ?* », PJA 2015, p. 123 ss, p. 125 ; SETHE (n. 226), p. 168 ; voir NIKITINE (n. 162), p. 112 ss.

²²⁸ HÄNNI (n. 162), N 61 ; CHRISTEN (n. 227), p. 125 ; BÄNZIGER/VOGT (n. 175), p. 611 ; cf. BLANC (n. 227), p. 51 ; NIKITINE (n. 162), p. 165 s.

²²⁹ DANIEL BRUGGER/HANS CASPAR VON DER CRONE, *Gerichtliche Beurteilung von Geschäftsentscheiden*, RSDA 2013, p. 178 ss, p. 182 et réf. cit. ; BÄNZIGER/VOGT (n. 175), p. 611 ; Cf. CR CO II-CORBOZ/AUBRY GIRARDIN (n. 53), N 22 ad art. 754 ; ZEN-RUFFINEN/BAUEN (n. 145), N 890 ; BÖCKLI (n. 32), § 13 N 581 ; cf. arrêt TF du 25 mai 1981, consid. 3a, SJ 104 226.

²³⁰ *Smith v. Van Gorkom*, 488 A.2d 858 (Delaware 1985) ; cf. ZEN-RUFFINEN/BAUEN (n. 145), N 202 ; HÄNNI (n. 162), N 67 ; CHRISTEN (n. 227), p. 124.

²³¹ HÄNNI (n. 162), N 67.

²³² HÄNNI (n. 162), N 67 et réf. cit. ; *Smith v. Van Gorkom*, 488 A.2d 858, p. 872 (Delaware 1985).

²³³ HÄNNI (n. 162), N 67.

²³⁴ Arrêt du Tribunal fédéral 4A_642/2016 du 27 juin 2017, consid. 2.1 ; ATF 139 III 24, JdT 2013 II 328 ; arrêt du Tribunal fédéral 4A_74/2012 du 18 juin 2012, consid. 5.1 ; ROUILLER/BAUEN/BERNET/LASSERRE ROUILLER (n. 31), N 584a ; HÄNNI (n. 162), N 69 ; BRUGGER/VON DER CRONE (n. 229), p. 182 s. ; BÄNZIGER/VOGT (n. 175), p. 612.

²³⁵ Arrêt du Tribunal fédéral 4A_642/2016 du 27 juin 2017, consid. 2.1 ; ATF 139 III 24, consid. 3.2, JdT 2013 II 328 ; Arrêt du Tribunal fédéral 4A_74/2012 du 18 juin 2012, consid. 5.1.

²³⁶ HÄNNI (n. 162), N 100 ; BÖCKLI (n. 32), § 13 N 589.

juge examine le contenu matériel de la décision uniquement sous l'angle de son caractère défendable au regard de l'intérêt social²³⁷.

3.1.1.2.1. Les conditions d'application de la *business judgment rule*

3.1.1.2.1.1. Une décision de gestion

[Rz 58] Les décisions dites de gestion visées par la *business judgment rule* supposent que le conseil d'administration ait bénéficié d'un pouvoir d'appréciation²³⁸, en vertu duquel il a été amené à choisir entre plusieurs alternatives²³⁹. Ne sont ainsi pas visées les décisions dites « liées »²⁴⁰, pour lesquelles la loi ou les statuts contiennent des prescriptions claires et précises²⁴¹.

3.1.1.2.1.2. Une base d'informations adaptée

[Rz 59] La *business judgment rule* accordant une importance considérable au processus de formation de la décision²⁴², les administrateurs ont le devoir de se renseigner sur toutes les informations pertinentes²⁴³ au regard de la décision à prendre²⁴⁴.

[Rz 60] Lorsque les administrateurs ne possèdent pas les compétences nécessaires pour rendre une décision, il est généralement reconnu qu'ils peuvent, voire doivent, faire appel à un expert²⁴⁵. Dès lors, se pose la question de savoir dans quelle mesure la présence d'un expert dans le processus de formation de la décision peut avoir un effet d'atténuation, voire de disculpation, sur la responsabilité personnelle des administrateurs²⁴⁶. Une partie de la doctrine s'accorde à dire qu'il convient d'appliquer par analogie les critères d'exonération consacrés par l'art. 754 al. 2 CO dans le cadre de la délégation de la gestion²⁴⁷ qui ont trait au choix, à l'instruction et à la surveillance de l'expert²⁴⁸.

3.1.1.2.1.3. Un processus décisionnel irréprochable

[Rz 61] La condition du processus décisionnel irréprochable commande tout d'abord au conseil d'administration qu'il prenne uniquement les décisions qui relèvent de sa compétence²⁴⁹. En-

²³⁷ Arrêt du Tribunal fédéral 4A_642/2016 du 27 juin 2017, consid. 2.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 4A_626/2013 du 8 avril 2014, consid. 7 ; ATF 139 III 24, consid. 3.2, JdT 2013 II 328 ; cf. HÄNNI (n. 162), N 69.

²³⁸ BLANC (n. 227), p. 63 ; MARKUS VISCHER, *Kritische Sicht auf die vom Bundesgericht im Verantwortlichkeitsrecht verwendete Business Judgment Rule (BJR)*, RSJ 2018, p. 53 ss, p. 57 ; HÄNNI (n. 162), N 73 ; SETHE (n. 226), p. 175.

²³⁹ VISCHER (n. 238), p. 57 ; SETHE (n. 226), p. 173 ; JENNY (n. 174), N 792 ; NIKITINE (n. 162), p. 165.

²⁴⁰ CHRISTEN (n. 227), p. 126 ; SETHE (n. 226), p. 173.

²⁴¹ SETHE (n. 226), p. 173 ss ; Cf. BÄNZIGER/VOGT (n. 175), p. 618 ; GRASS 2000 (n. 214), p. 7.

²⁴² Cf. HÄNNI (n. 162), N 100 ; BÄNZIGER/VOGT (n. 175), p. 614 ; BÖCKLI (n. 32), § 13 N 583.

²⁴³ BLANC (n. 227), p. 65 ; CHRISTEN (n. 227), p. 126 ; SETHE (n. 226), p. 176 ; BRUGGER/VON DER CRONE (n. 229), p. 186 ; BÄNZIGER/VOGT (n. 175), p. 617 ; GRASS 2000 (n. 214), p. 7.

²⁴⁴ BLANC (n. 227), p. 65 ; SETHE (n. 226), p. 176 ; PETER V. KUNZ, *Business Judgment Rule (BJR) – Fluch oder Segen ?*, RSDA 2014, p. 274 ss (cité : KUNZ 2014 II), p. 278 ; BRUGGER/VON DER CRONE (n. 229), p. 186 ; GRASS 2000 (n. 214), p. 7.

²⁴⁵ HÄNNI (n. 162), N 78 et réf. cit. ; SETHE (n. 226), p. 187 ; cf. ATF 139 III 24, consid. 3.3, JdT 2013 II 328.

²⁴⁶ HÄNNI (n. 162), N 78 ; SETHE (n. 226), p. 188 ss ; cf. ATF 139 III 24, consid. 3.4, JdT 2013 II 328 ; arrêt du Tribunal fédéral 4A_74/2012 du 18 juin 2012, consid. 5.3.1.

²⁴⁷ BSK OR II-GERICKE/WALLER (n. 53), N 32 *ad* art. 754 et réf. cit. ; SETHE (n. 226), p. 192 ; BÖCKLI (n. 32), § 18 N 403b.

²⁴⁸ Voir HÄNNI (n. 162), N 79 et 86 ; SETHE (n. 226), p. 193 ss ; ELIAS BISCHOF, *Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates bei Beschlüssen auf Grundlage eines Rechtsgutachtens*, RSJ 2014, p. 197 ss, p. 204 s.

²⁴⁹ HÄNNI (n. 162), N 81.

suite, elle exige une participation personnelle et active des administrateurs au processus de formation de la décision²⁵⁰, qui se traduit notamment par une préparation soignée pour les sessions et par le devoir de prendre position²⁵¹. En outre, avant que la décision ne soit soumise au vote final, le conseil d'administration doit avoir pondéré de manière soutenable les aspects positifs et négatifs des alternatives qui se sont présentées²⁵². Par ailleurs, les prescriptions statutaires et réglementaires doivent avoir été respectées²⁵³.

3.1.1.2.1.4. Une absence de conflit d'intérêts

[Rz 62] Enfin, la *business judgment rule* exige que les administrateurs qui ont participé à la prise de décision aient été exempts de conflit d'intérêts²⁵⁴. Lorsque cette exigence n'est pas remplie, les avis sur les conséquences qui en découlent divergent.

[Rz 63] La jurisprudence²⁵⁵ et une partie de la doctrine²⁵⁶ estiment que l'existence d'un conflit d'intérêts conduit au renversement de la présomption de gestion fidèle et diligente et, au surplus, à présumer le manquement au devoir de fidélité de l'administrateur concerné. Toutefois, ce dernier garde la possibilité de prouver qu'il a malgré tout respecté son devoir de fidélité. En effet, il peut démontrer qu'il a agi dans l'intérêt de la société²⁵⁷, que le conflit d'intérêts « a été géré de manière convenable »²⁵⁸ ou encore que la société n'a subi aucun préjudice²⁵⁹. Cas échéant, la présomption de gestion fidèle et diligente est rétablie²⁶⁰.

3.1.1.2.2. Le contrôle matériel des décisions

[Rz 64] Dans le cadre de l'appréciation judiciaire des décisions de gestion, respectivement de l'examen d'un manquement aux devoirs, l'étendue du contrôle matériel des décisions varie suivant que les conditions d'application de la *business judgment rule* ont été respectées ou non.

3.1.1.2.2.1. En cas de respect des conditions d'application

[Rz 65] Une limitation du pouvoir d'examen du juge, respectivement de la responsabilité des administrateurs, aux seules conditions procédurales exposées ci-dessus n'est pas concevable. En

²⁵⁰ HÄNNI (n. 162), N 81 et réf. cit.

²⁵¹ HÄNNI (n. 162), N 81; BÖCKLI (n. 32), § 18 N 438 ss; NIKITINE (n. 162), p. 261 ss.

²⁵² VISCHER (n. 238), p. 58; SETHE (n. 226), p. 177; NIKITINE (n. 162), p. 261 ss; cf. arrêt du Tribunal fédéral 4A_97/2013 du 28 août 2013, consid. 5.2; arrêt du Tribunal fédéral 4A_267/2008 du 8 décembre 2008, consid. 5.6.

²⁵³ BLANC (n. 227), p. 64; VISCHER (n. 238), p. 58; CHRISTEN (n. 227), p. 126.

²⁵⁴ Cf. SETHE (n. 226), p. 178; BRUGGER/VON DER CRONE (n. 229), p. 184; BÄNZIGER/VOGT (n. 175), p. 614; NIKITINE (n. 162), p. 176 s.

²⁵⁵ Arrêt du Tribunal fédéral 4A_127/2013 du 22 mai 2013, consid. 7.1; ATF 132 III 758, consid. 3.3; arrêt du Tribunal fédéral 4C.139/2001 du 13 août 2001, consid. 2a/bb; cf. toutefois arrêt du Tribunal fédéral 4A_219/2015 du 8 septembre 2015, consid. 4.2.1 s. et HÄNNI (n. 162), N 93 pour les commentaires.

²⁵⁶ HÄNNI (n. 162), N 91; BRUGGER/VON DER CRONE (n. 229), p. 184 s.; SOMMER (n. 169), p. 102; NIKITINE (n. 162), p. 184; *Contra*: VISCHER (n. 238), p. 62, MICHAEL LAZOPOULOS, *Interessenkonflikte und Verantwortlichkeit des fiduziarischen Verwaltungsrates*, Zurich/Bâle/Genève 2004, p. 176.

²⁵⁷ VON DER CRONE (n. 221), p. 8.

²⁵⁸ HÄNNI (n. 162), N 90; Cf. BRUGGER/VON DER CRONE (n. 229), p. 185.

²⁵⁹ HÄNNI (n. 162), N 90; NIKITINE (n. 162), p. 203 et réf. cit.; cf. BRUGGER/VON DER CRONE (n. 229), p. 185.

²⁶⁰ BRUGGER/VON DER CRONE (n. 229), p. 185; NIKITINE (n. 162), p. 204.

effet, l'absence de tout contrôle matériel de la décision au regard de l'intérêt social serait contraire au devoir de fidélité des administrateurs²⁶¹. Il est toutefois reconnu que le juge doit faire preuve de retenue dans l'appréciation de décisions de gestion prises dans le respect de ces conditions procédurales²⁶². Pour le surplus, la question de l'étendue du contrôle matériel de ces décisions est controversée.

[Rz 66] Le Tribunal fédéral et une partie de la doctrine s'accordent à dire que le juge peut uniquement sanctionner une décision de gestion qui apparaît, *ex ante*, incompréhensible et non-défendable au regard de l'intérêt social²⁶³. Ainsi, constituerait un manquement aux devoirs toute décision de gestion qui, objectivement, ne se laisserait justifier par aucun intérêt social²⁶⁴, respectivement qui n'apparaîtrait pas propre à favoriser la prospérité durable de la société²⁶⁵. Tel serait le cas lorsque les administrateurs prendraient une décision dans le seul but de favoriser leurs intérêts propres ou ceux des actionnaires majoritaires²⁶⁶, respectivement dans celui de réduire l'influence des actionnaires minoritaires²⁶⁷.

[Rz 67] D'autres auteurs sont d'avis que le contenu de la décision de gestion doit faire l'objet d'un contrôle plus restrictif. GRASS²⁶⁸ estime que le contrôle matériel de la décision doit se limiter au caractère « *manifestement irrationnel* », qui sera donné lorsque la décision ne se laisse pas rationnellement justifier ou que ses motifs ne peuvent être compris par un tiers. Pour GERICKE et WALLER²⁶⁹, un contrôle matériel de la décision est purement et simplement à rejeter, au motif qu'une décision de gestion ne peut apparaître non-défendable au regard de l'intérêt social lorsque les conditions d'application de la *business judgment rule* ont été respectées. Si, dans ces circonstances, une décision de gestion devait toutefois s'avérer non-défendable, GERICKE et WALLER sont d'avis qu'un manquement aux devoirs devrait tout de même être nié.

[Rz 68] Enfin, KUNZ²⁷⁰ estime que la *business judgment rule* revient à instaurer une « *règle d'immunité* » (« *Immunitätsregel* ») en faveur des administrateurs en raison du « *pouvoir de cognition limité à l'arbitraire* » (« *Willkürkognition* ») qu'elle confère aux juges. Par conséquent, KUNZ²⁷¹ préconise la

²⁶¹ LINO HÄNNI, *Dommage indirect et intérêt social*, GesKR 2013, p. 274 ss (cité : HÄNNI 2013), p. 277 ; BÄNZIGER/VOGT (n. 175), p. 615 s. ; cf. SETHE (n. 226), p. 180 ; BÖCKLI (n. 32), § 13 N 584 et 591e.

²⁶² Arrêt du Tribunal fédéral 4A_642/2016 du 27 juin 2017, consid. 2.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 4A_219/2015 du 8 septembre 2015, consid. 4.2.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 4A_603/2014 du 11 novembre 2015, consid. 7.1.1 ; ATF 139 III 24, consid. 3.3, JdT 2013 II 328.

²⁶³ Arrêt du Tribunal fédéral 4A_642/2016 du 27 juin 2017, consid. 2.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 4A_219/2015 du 8 septembre 2015, consid. 4.2.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 4A_603/2014 du 11 novembre 2015, consid. 7.1.1 ; ATF 139 III 24, consid. 3.3, JdT 2013 II 328 ; VISCHER (n. 238), p. 58 ss ; SETHE (n. 226), p. 179 ss ; BRUGGER/VON DER CRONE (n. 229), p. 186 ss ; BÖCKLI (n. 32), § 13 N 584 et 591c ss ; NIKITINE (n. 162), p. 150 ss.

²⁶⁴ BÄNZIGER/VOGT (n. 175), p. 615 ; cf. VISCHER (n. 238), p. 59 ; NIKITINE (n. 162), p. 150 ss.

²⁶⁵ NIKITINE (n. 162), p. 155 ; sur la notion d'intérêt social, cf. Point 3.1.1.1.2.1.

²⁶⁶ ATF 139 III 24, consid. 3.4, JdT 2013 II 328 ; HÄNNI (n. 162), N 95 et réf. cit. ; cf. BÖCKLI (n. 32), § 13 N 591.

²⁶⁷ ATF 139 III 24, consid. 3.4, JdT 2013 II 328 ; HÄNNI 2013 (n. 261), p. 275 ; cf. Arrêt du Tribunal fédéral 4C.242/2001 du 5 mars 2003, consid. 4.1 et 5.1 ; JACQUEMOUD/AUBERSON (n. 95), p. 373 ; BÖCKLI (n. 32), § 6 N 203a ; KLÄY (n. 31), p. 182 ; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (n. 3), § 39 N 87 ss.

²⁶⁸ ANDREA R. GRASS, *Business judgment rule : Schranken der richterlichen Überprüfbarkeit von Management-Entscheidungen in aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsprozessen*, Zurich 1998 (cité : GRASS 1998), p. 91 ; cf. GRASS 1998 (n. 268), p. 64 ss.

²⁶⁹ BSK OR II-GERICKE/WALLER (n. 53), N 31a ad art. 754.

²⁷⁰ KUNZ 2014 II (n. 244), p. 274 ; PETER V. KUNZ, *Der Minderheitschutz im schweizerischen Aktienrecht : Eine gesellschaftliche Studie zum aktuellen Rechtszustand verbunden mit Rückblick und mit Vorausschau sowie mit rechtsvergleichenden Hinweisen*, Berne 2001, 2^e partie § 6 N 116.

²⁷¹ KUNZ 2014 II (n. 244), p. 282.

vérification de deux critères supplémentaires, qui sont le bien-être de la société et la supposition raisonnable (« *vernünftige Annahme* ») que les administrateurs y ont contribué.

3.1.1.2.2. En cas de non-respect des conditions d'application

[Rz 69] Lorsque les conditions d'application de la *business judgment rule* n'ont pas été respectées, le Tribunal fédéral et la doctrine majoritaire sont d'avis que le juge n'est pas tenu de faire preuve de retenue dans l'appréciation matérielle des décisions de gestion²⁷². Aux dires du Tribunal fédéral, « *il suffit que la décision apparaisse comme erronée dans le cas concret à l'issue d'une vérification libre, respectivement complète* »²⁷³ pour qu'un manquement aux devoirs des administrateurs soit retenu.

[Rz 70] VISCHER estime toutefois que la violation d'une condition d'application de la *business judgment rule* constitue un acte illicite en soi, respectivement un manquement aux devoirs, de l'administrateur concerné²⁷⁴. Quant à HÄNNI, il considère qu'un manquement grave aux conditions d'application est constitutif d'un manquement aux devoirs, mais que l'administrateur concerné « *pourra se libérer en démontrant l'entière opportunité de la décision prise* »²⁷⁵.

3.1.2. Les autres conditions de la responsabilité dans la gestion

[Rz 71] L'existence d'un dommage comme condition de mise en œuvre de l'action en responsabilité de l'art. 754 CO²⁷⁶ découle de la finalité même de cette dernière, qui tend à indemniser le lésé pour le dommage qu'il a subi. La notion de dommage se définit comme une « *diminution involontaire de la fortune nette* »²⁷⁷ et son montant consiste en la « *différence entre le montant actuel du patrimoine du lésé et le montant qu'aurait ce même patrimoine si l'événement dommageable ne s'était pas produit* »²⁷⁸. Dans le contexte de la responsabilité pour la gestion hors faillite, il s'agit de déterminer l'état dans lequel le patrimoine de la société, respectivement des actionnaires, se trouverait si les administrateurs n'avaient pas manqué à leurs devoirs²⁷⁹.

[Rz 72] La faute comme troisième condition de la responsabilité dans la gestion²⁸⁰ suppose que le manquement aux devoirs puisse être subjectivement reproché à l'administrateur concerné²⁸¹.

²⁷² Arrêt du Tribunal fédéral 4A_642/2016 du 27 juin 2017, consid. 2.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 4A_219/2015 du 8 septembre 2015, consid. 4.2.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 4A_603/2014 du 11 novembre 2015, consid. 7.1.1 ; SETHE (n. 226), p. 181 ; BRUGGER/VON DER CRONE (n. 229), p. 188 ; BÄNZIGER/VOGT (n. 175), p. 615.

²⁷³ Arrêt du Tribunal fédéral 4A_642/2016 du 27 juin 2017, consid. 2.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 4A_603/2014 du 11 novembre 2015, consid. 7.1.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 4A_219/2015 du 8 septembre 2015, consid. 4.2.1.

²⁷⁴ VISCHER (n. 238), p. 62.

²⁷⁵ HÄNNI (n. 162), N 99.

²⁷⁶ ATF 136 III 148, consid. 2.3 ; ATF 132 III 564, consid. 4.2 ; ATF 132 III 342, consid. 4.1, JdT 2007 I 51 ; CR CO II-CORBOZ/AUBRY GIRARDIN (n. 53), N 43 *ad* art. 754 ; ZEN-RUFFINEN/BAUEN (n. 145), N 876 ; ROUILLER/BAUEN/BERNET/LASSERRE ROUILLER (n. 31), N 563.

²⁷⁷ ATF 139 V 176, consid. 8.1.1 et *renv. cit.*, JdT 2017 IV 39 ; ATF 128 III 180, consid. 2d et *renv. cit.* ; ATF 104 II 198, consid. a et *renv. cit.*, JdT 1979 I 80 ; cf. FRANZ WERRO, in : *Commentaire romand : Code des obligations I : Code des obligations art. 1 – 529*, 2^e éd., Bâle 2012, N 8 *ad* art. 41.

²⁷⁸ ATF 139 V 176, consid. 8.1.1 et *renv. cit.*, JdT 2017 IV 39 ; ATF 128 III 180, consid. 2d et *renv. cit.* ; ATF 104 II 198, consid. a et *renv. cit.*, JdT 1979 I 80.

²⁷⁹ Cf. ZEN-RUFFINEN/BAUEN (n. 145), N 876 et *réf. cit.* ; BSK OR II-GERICKE/WALLER (n. 53), N 13 *ad* art. 754.

²⁸⁰ ATF 136 III 148, consid. 2.3 ; ATF 132 III 564, consid. 4.2 ; ATF 132 III 342, consid. 4.1, JdT 2007 I 51 ; ATF 132 III 564, consid. 4.2 ; CR CO II-CORBOZ/AUBRY GIRARDIN (n. 53), N 36 *ad* art. 754 ; ZEN-RUFFINEN/BAUEN (n. 145), N 882 ; ROUILLER/BAUEN/BERNET/LASSERRE ROUILLER (n. 31), N 587.

²⁸¹ ZEN-RUFFINEN/BAUEN (n. 145), N 882 ; BÄRTSCHI (n. 175), p. 299 ; Cf. HÄNNI (n. 162), N 280 et *réf. cit.*

Pour que la faute soit établie, l'administrateur doit en outre avoir été capable de discernement²⁸² au moment de l'acte reproché²⁸³ et avoir violé une norme de comportement²⁸⁴.

[Rz 73] Finalement, un lien de causalité naturelle et adéquate doit être donné entre le manquement fautif aux devoirs et le dommage²⁸⁵. Dans le contexte de la responsabilité pour la gestion, la causalité naturelle est donnée lorsque le dommage ne serait pas survenu si l'administrateur recherché n'avait pas manqué à ses devoirs²⁸⁶. S'agissant de la causalité adéquate, elle est admise lorsque le manquement aux devoirs de l'administrateur est « *propre d'après le cours ordinaire des choses et l'expérience de la vie, à entraîner un résultat du genre de celui qui s'est produit* »²⁸⁷, résultat qu'il faut comprendre comme le dommage²⁸⁸.

3.2. La responsabilité du conseil d'administration des sociétés de famille en lien avec le régime des restrictions à la transmissibilité des actions

[Rz 74] Dans le cadre de l'application du régime des restrictions à la transmissibilité des actions par le conseil d'administration des sociétés de famille, la responsabilité des membres de ce dernier est susceptible d'être engagée dans différentes situations.

3.2.1. En cas de refus d'approbation illicite

[Rz 75] Lorsque la société est tenue de verser à l'acquéreur des dommages-intérêts résultant d'une décision de refus d'approbation d'un transfert d'actions illicite, il est concevable que la société, ou plus vraisemblablement ses actionnaires, se retourne contre les administrateurs ayant pris part à cette décision en introduisant à leur encontre une action en responsabilité dans la gestion.

3.2.1.1. Le manquement aux devoirs

[Rz 76] A titre préliminaire, rappelons que le simple fait qu'une décision de refus d'approbation ait été jugée illicite, respectivement que la société ait été contrainte de verser des dommages-intérêts à l'acquéreur lésé, ne saurait suffire pour retenir un manquement aux devoirs des administrateurs²⁸⁹.

²⁸² Art. 16 CC.

²⁸³ CR CO II-CORBOZ/AUBRY GIRARDIN (n. 53), N 42 *ad art.* 754; HÄNNI (n. 162), N 281; JENNY (n. 174), N 50 et réf. cit.; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (n. 3), § 36 N 78.

²⁸⁴ HÄNNI (n. 162), N 281; KARL OFTINGER /EMIL STARK, *Schweizerisches Haftpflichtrecht : Band I : Allgemeiner Teil*, 5^e éd., Zurich 1995, § 5 N 40.

²⁸⁵ ATF 136 III 148, consid. 2.3; ATF 132 III 564, consid. 4.2; ATF 132 III 342, consid. 4.1, JdT 2007 I 51; CR CO II-CORBOZ/AUBRY GIRARDIN (n. 53), N 48 *ad art.* 754 et N 37 *ss ad art.* 752; ZEN-RUFFINEN/BAUEN (n. 145), N 879; BSK OR II-GERICKE/WALLER (n. 53), N 42 s. *ad art.* 754; MÜLLER/LIPP/PLÜSS (n. 162), p. 340.

²⁸⁶ ROUILLE/BAUEN/BERNET/LASSERRE ROUILLE (n. 31), N 590a; *cf.* ATF 143 II 661, consid. 5.1.1; ATF 139 V 176, consid. 8.4.1; ATF 133 III 462, consid. 4.4.2.

²⁸⁷ ATF 143 II 661, consid. 5.1.2; ATF 139 V 176, consid. 8.4.1; ATF 125 V 456, consid. 5a et renvois cités.

²⁸⁸ *Cf.* arrêt du Tribunal fédéral 4A_2013/2010 du 28 septembre, consid. 7; HÄNNI (n. 162), N 257.

²⁸⁹ *Cf.* n. 229.

3.2.1.1.1. En présence d'une décision de refus d'approbation illicite fondée sur une clause de famille

3.2.1.1.1.1. Les conditions d'application de la *business judgment rule*

3.2.1.1.1.1.1. Une décision de gestion

[Rz 77] Dans un premier temps, il est primordial de déterminer si une décision de refus d'approbation fondée sur une clause de famille peut être qualifiée de « décision de gestion » au sens de la *business judgment rule*. En effet, l'étendue du pouvoir d'examen du juge quant au contenu matériel de la décision varie considérablement suivant la réponse apportée²⁹⁰.

[Rz 78] En présence d'une clause de famille rédigée de manière à lier le conseil d'administration, de sorte que ce dernier se doit de refuser tout acquéreur étranger à la famille, la décision de refus ne peut être qualifiée de « décision de gestion », faute de pouvoir d'appréciation²⁹¹. Partant, le juge dispose d'un pouvoir d'examen complet sur le contenu matériel de la décision²⁹². Toutefois, un manquement aux devoirs ne serait que difficilement reprochable au conseil d'administration, en raison du fait qu'il a simplement appliqué une clause statutaire contraignante.

[Rz 79] En revanche, lorsque la clause de famille est rédigée de manière potestative²⁹³, la décision de refus peut être qualifiée de « décision de gestion »²⁹⁴. Dès lors, une attention particulière doit être portée au processus de formation de la décision, respectivement aux conditions d'application de la *business judgment rule*.

3.2.1.1.1.1.2. Une base d'informations adaptée

[Rz 80] Concernant l'exigence de la base d'informations adaptée, la question de l'opportunité pour le conseil d'administration de solliciter des avis d'experts juridiques se prononçant sur l'admissibilité de la clause de famille pourrait se poser²⁹⁵. Si les réponses apportées par les experts mandatés ne constitueraient pas une garantie que le juge se prononcera dans le même sens, cette démarche permettrait à tout le moins au conseil d'administration de remplir son devoir de diligence²⁹⁶, à supposer qu'il ait respecté les critères relatifs au choix, à l'instruction et à la surveillance de l'expert²⁹⁷.

3.2.1.1.1.1.3. Un processus décisionnel irréprochable

[Rz 81] La condition du processus décisionnel irréprochable est remplie lorsque les administrateurs étaient bien compétents pour rendre la décision de refus d'approbation, qu'ils ont participé activement à la procédure de décision et qu'ils ont pondéré de manière soutenable les intérêts au refus de l'approbation et ceux à son octroi²⁹⁸.

²⁹⁰ Cf. arrêt du Tribunal fédéral 4A_642/2016 du 27 juin 2017, consid. 2.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 4A_626/2013 du 8 avril 2014, consid. 7 ; ATF 139 III 24, consid. 3.2, JdT 2013 II 328 ; HÄNNI (n. 162), N 69.

²⁹¹ Cf. n. 238 s.

²⁹² Cf. n. 272 s.

²⁹³ Cf. BÖCKLI (n. 32), § 6 N 71 ss ; DEFFERRARD (n. 31), p. 113 s. ; KLÄY (n. 31), p. 576 s.

²⁹⁴ Cf. n. 238 s.

²⁹⁵ Cf. ATF 139 III 24, consid. 3.3, JdT 2013 II 328 ; HÄNNI (n. 162), N 78 et réf. cit. ; SETHE (n. 226), p. 187.

²⁹⁶ Cf. ATF 139 III 24, consid. 3.3, JdT 2013 II 328.

²⁹⁷ Cf. HÄNNI (n. 162), N 79 et 86 ; SETHE (n. 226), p. 194 ss ; BISCHOF (n. 248), p. 204 s.

²⁹⁸ Cf. Point 3.1.1.2.1.3.

3.2.1.1.1.4. Une absence de conflit d'intérêts

[Rz 82] Le point le plus sensible de l'analyse est vraisemblablement l'exigence d'absence de conflit d'intérêts. En effet, pour des raisons qui tiennent à la composition du conseil d'administration et de l'actionnariat des sociétés de famille²⁹⁹, il n'est pas rare que les décisions du conseil d'administration soient dictées par les intérêts des membres de la famille³⁰⁰. Dans le contexte du transfert d'actions en particulier³⁰¹, l'objectivité des administrateurs dans la prise de décision peut ainsi se voir compromise par leur souhait, voire celui des actionnaires familiaux, de tenir les personnes étrangères à la famille à l'écart de l'actionnariat.

[Rz 83] Toutefois, rappelons qu'il peut être reproché à des administrateurs d'avoir été en proie à un conflit d'intérêts uniquement lorsqu'ils ont pris une décision qui n'a pas servi au mieux les intérêts de la société, et ce, en raison du fait que la prise de décision a été dictée par des intérêts qui lui sont étrangers³⁰². Or, nous estimons qu'il est possible de retenir que le refus d'approbation d'un transfert d'actions à un acquéreur étranger à la famille, respectivement la préservation du caractère familial de l'actionnariat, constitue un intérêt social³⁰³. En effet, rappelons que l'intérêt social peut se définir comme la prospérité durable de la société, respectivement comme l'augmentation de sa valeur sur le long terme³⁰⁴. A cet égard, rappelons que les sociétés de famille mettent en œuvre une politique économique orientée vers le long terme³⁰⁵ et sont, de manière générale, plus performantes³⁰⁶. En outre, rappelons que les facteurs qui y contribuent sont la présence sur le long terme des actionnaires familiaux³⁰⁷ ainsi que la préoccupation de la famille à garder une bonne réputation, ce qui peut amener la société à se préoccuper des intérêts des différentes parties prenantes³⁰⁸ et à adopter une conduite socialement et environnementalement responsable³⁰⁹. Partant, il nous semble concevable que le conseil d'administration puisse démontrer que sa décision de refus d'approbation s'inscrit dans l'intérêt social, quand bien même elle aurait été guidée par ses propres intérêts ou par ceux d'actionnaires familiaux. Toutefois, le Tribunal fédéral ne s'étant pas encore prononcé sur cette question, il convient de rester prudent³¹⁰. Par ailleurs, nous rendons attentif au fait que les atouts précédemment exposés ne sont reconnus que de manière générale aux sociétés de famille et qu'ils devront, par conséquent, être démontrés par le conseil d'administration dans chaque cas d'espèce.

[Rz 84] Notons qu'un conflit d'intérêts pourrait toutefois être retenu lorsque le conseil d'administration refuserait l'approbation d'un transfert d'actions à un acquéreur, certes étranger à la famille, mais dont le souhait serait d'investir des ressources financières qui permettraient à la société de sortir d'une situation financière difficile, voire de conquérir de nouveaux marchés³¹¹.

²⁹⁹ Cf. n. 6 s.

³⁰⁰ Cf. n. 160.

³⁰¹ Voir JACCARD/PREMAND (n. 40), p. 372 ss, spécialement p. 374 ss ; cf. JACQUEMOUD/AUBERSON (n. 95), p. 371.

³⁰² Cf. n. 213 s.

³⁰³ Cf. MARTIN (n. 1), p. 174 ss qui tend également à l'admettre.

³⁰⁴ Cf. Point 3.1.1.1.2.1.

³⁰⁵ Cf. n. 15.

³⁰⁶ Cf. n. 16.

³⁰⁷ Cf. n. 17.

³⁰⁸ Cf. n. 21.

³⁰⁹ Cf. n. 23.

³¹⁰ Cf. CHENAUX (n. 14), p. 523 s.

³¹¹ Cf. n. 141.

[Rz 85] Par ailleurs, pour limiter ses risques de responsabilité, le conseil d'administration peut prendre des mesures propres à assurer la poursuite et la protection des intérêts de la société dans la décision relative au transfert d'actions. Tout d'abord, les administrateurs qui sont dans l'impossibilité de faire preuve d'objectivité peuvent se voir empêchés de prendre part au vote final³¹², voire à la procédure de décision³¹³. Pour les cas dans lesquels l'ensemble, voire la majorité, des administrateurs sont en proie à un conflit d'intérêts, certains auteurs préconisent de laisser le soin à l'assemblée générale de décider du sort de la requête de transfert³¹⁴. Nous pouvons toutefois nous interroger sur la pertinence d'une telle solution³¹⁵. En effet, pour des raisons qui tiennent à la composition de l'actionnariat des sociétés de famille³¹⁶, la décision rendue par l'assemblée générale sera en principe identique à celle qui aurait été prise par le conseil d'administration³¹⁷, à savoir le refus d'approbation du transfert d'actions en faveur de l'acquéreur étranger à la famille. Toutefois, cette solution présenterait l'avantage de permettre à l'acquéreur ou à l'actionnaire-aliénateur d'intenter une action en annulation à l'encontre de cette décision³¹⁸. S'agissant de la sollicitation de *fairness opinions* se prononçant sur le caractère conforme de la décision de refus à l'intérêt social, elles ne seraient en principe pas de grande utilité, tant il appartient au conseil d'administration de déterminer l'intérêt social au regard du but social³¹⁹. La mesure qui serait vraisemblablement la plus opportune serait ainsi de recourir à un ou plusieurs tiers indépendants dans la procédure de décision³²⁰, ce qui permettrait d'amener les administrateurs vers plus d'objectivité, à tout le moins de créer un certain contre-pouvoir³²¹.

3.2.1.1.1.2. Le contrôle matériel de la décision

[Rz 86] Si les conditions d'application de la *business judgment rule* sont remplies, nous estimons que le caractère défendable et compréhensible de la décision de refus au regard de l'intérêt social doit être donné pour les mêmes raisons qui tendent à inclure la préservation du caractère familial de l'actionnariat dans l'intérêt social³²². Partant, la responsabilité personnelle des administrateurs ne devrait pas être engagée.

[Rz 87] En revanche, lorsque les conditions d'application ne sont pas réunies, il convient de distinguer, d'une part, les cas dans lesquels l'illicéité de la décision de refus découle du fait que le juge a tenu pour nulle la clause de famille et, d'autre part, les cas dans lesquels l'illicéité résulte de l'absence de justification suffisante de la décision. Dans le premier cas de figure, un manquement aux devoirs des administrateurs pourrait difficilement être retenu. Dans le second cas de figure, la décision de refus ferait probablement l'objet d'un examen minutieux, qui porterait avant tout

³¹² Cf. n. 221.

³¹³ Cf. n. 222.

³¹⁴ Cf. n. 223.

³¹⁵ JACCARD/PREMAND (n. 40), p. 381 ; BÖCKLI (n. 32), § 13 N 647 ss.

³¹⁶ Cf. n. 6.

³¹⁷ BÖCKLI (n. 32), § 13 N 647 a.

³¹⁸ ATF 126 III 361, consid. 5 a, JdT 2001 I 131 ; JACCARD/PREMAND (n. 40), p. 381 ; BÖCKLI (n. 32), § 13 N 647 a.

³¹⁹ SOMMER (n. 169), p. 54 ss ; KISSLING (n. 195), N 68 ss.

³²⁰ Cf. n. 218.

³²¹ PETER/JACQUEMET (n. 1), p. 19 ; CO CR II-PETER/CAVADINI (n. 53), N 13 ad art. 707 ; CHENAUX (n. 14), p. 525.

³²² Cf. n. 303 ss.

sur la question de savoir si les administrateurs ont respecté leurs devoirs de fidélité et d'égalité de traitement.

3.2.1.1.1.3. La responsabilité des actionnaires

[Rz 88] Eu égard au fait que les actionnaires sont dans certaines circonstances sujets à la responsabilité dans la gestion³²³, les actionnaires familiaux peuvent voir leur responsabilité engagée lorsqu'ils ont exercé une influence déterminante sur la décision de refus, de sorte que cette dernière sert leurs propres intérêts et non ceux de la société³²⁴.

[Rz 89] Dans ce cas de figure, certains auteurs estiment que la *business judgment rule* ne trouve pas application³²⁵, avec pour conséquence que la responsabilité de ces actionnaires se verrait plus facilement engagée eu égard au fait que le juge bénéficierait d'un pouvoir d'examen complet sur la décision de refus³²⁶.

3.2.1.1.2. En présence d'une décision de refus d'approbation avec offre de rachat illicite

3.2.1.1.2.1. Les conditions d'application de la *business judgment rule*

[Rz 90] En raison du large pouvoir d'appréciation dont bénéficie le conseil d'administration dans le cadre du refus d'approbation avec offre de rachat³²⁷, la décision de refus dans ce contexte peut être qualifiée de « décision de gestion »³²⁸.

[Rz 91] Eu égard à la condition de la base d'informations adaptée, la sollicitation d'avis d'experts se prononçant sur la conformité du refus d'approbation à l'intérêt social nous paraît moins opportune, en raison du fait qu'il revient au conseil d'administration de définir l'intérêt social³²⁹.

[Rz 92] Quant à la condition du processus décisionnel irréprochable, elle n'appelle pas un développement particulier, de sorte que nous pouvons renvoyer à ce qui a été développé ci-dessus³³⁰.

[Rz 93] L'absence de conflit d'intérêts reste un point sensible pour les mêmes raisons que celles évoquées ci-dessus, raison pour laquelle nous renvoyons à ce qui y a été développé³³¹.

3.2.1.1.2.2. Le contrôle matériel de la décision

[Rz 94] Si les conditions d'application de la *business judgment rule* sont remplies, nous estimons que le caractère défendable et compréhensible de la décision de refus au regard de l'intérêt social doit être donné pour les mêmes raisons qui tendent à inclure la préservation du caractère familial de l'actionnariat dans l'intérêt social³³². Par ailleurs, JACQUEMOUD et AUBERSON estiment que « la société aura en principe toujours un intérêt justifiant de tenir [un tiers] écarté du cercle de ses ac-

³²³ Cf. n. 168 ss.

³²⁴ PETER/JACQUEMET (n. 1), p. 21.

³²⁵ PETER V. KUNZ, *Materielle Organschaft (« faktische VR ») : Voraussetzung sowie Folgen im Aktienrecht*, in : Peter V. Kunz/Florian S. Jörg/Olivier Arter (édit.), *Entwicklung im Gesellschaftsrecht IX*, Berne 2014, p. 174 ss, p. 192 ; GRASS 1998 (n. 268), p. 115 s. ; *Contra* : NIKITINE (n. 162), p. 172.

³²⁶ Cf. n. 272 s.

³²⁷ Cf. n. 109.

³²⁸ Cf. n. 238.

³²⁹ Cf. n. 210.

³³⁰ Cf. Point 3.2.1.1.1.3.

³³¹ Cf. Point 3.2.1.1.1.4.

³³² Cf. n. 303 ss.

tionnaires »³³³. Partant, la responsabilité des administrateurs ne se verrait que rarement engagée. Toutefois, serait contraire à l'intérêt social une décision de refus qui viserait à réduire l'influence des actionnaires minoritaires, tout comme celle de refuser un acquéreur « *financièrement fort dans la mesure où la société serait à la limite du surendettement ou de la rupture de liquidité* »³³⁴.

[Rz 95] Lorsque les conditions d'application de la *business judgment rule* ne sont pas réunies, un manquement aux devoirs des administrateurs serait probablement plus facilement retenu lorsqu'il aurait été préalablement reconnu que le conseil d'administration a rendu sa décision de refus en violation d'un de ses devoirs de comportement consacrés par l'art. 717 CO³³⁵, eu égard au fait que cette norme est fondatrice de responsabilité³³⁶.

3.2.1.1.2.3. La responsabilité des actionnaires

[Rz 96] Dans la mesure où les actionnaires familiaux ont exercé une influence déterminante sur la décision de refus jugée illicite, nous pouvons renvoyer à ce qui a été développé ci-dessus³³⁷.

3.2.1.2. Les autres conditions de la responsabilité dans la gestion

[Rz 97] En raison du fait que l'action en responsabilité intentée contre les administrateurs tend à contraindre ces derniers au paiement du montant correspondant aux dommages-intérêts que la société a dû verser à l'acquéreur lésé par la décision de refus illicite³³⁸, il convient de déterminer le dommage subi par ce dernier. Eu égard à l'absence de rétroactivité du jugement d'approbation³³⁹, le dommage découle du fait que l'acquéreur a été privé de l'exercice des droits rattachés aux actions entre le moment du refus illicite et celui du jugement d'approbation³⁴⁰. Si le dommage causé par la privation de l'exercice des droits patrimoniaux, qui consistent principalement dans le versement de dividendes, se laisse facilement déterminer, il en va différemment pour les droits sociaux³⁴¹. En effet, il est difficile de chiffrer le dommage causé par la privation des droits de votes et autres droits sociaux liés, tels que le droit de convoquer une assemblée générale ou d'annuler les décisions prises par cette dernière³⁴². A cet égard, mentionnons que le juge peut procéder à une appréciation en équité en application de l'art. 42 al. 2 CO par analogie pour déterminer le montant du dommage³⁴³.

[Rz 98] Lorsque les administrateurs étaient conscients que la décision de refus était illicite et qu'elle allait ainsi causer un dommage à la société, respectivement à l'acquéreur, mais qu'ils ont

³³³ JACQUEMOUD/AUBERSON (n. 95), p. 374.

³³⁴ DEFFERRARD (n. 31), p. 114; Cf. JACQUEMOUD/AUBERSON (n. 95), p. 371; KLÄY (n. 31), p. 181.

³³⁵ Cf. n. 113.

³³⁶ Cf. n. 176.

³³⁷ Cf. point 3.2.1.1.1.3.

³³⁸ Cf. point 3.2.1.

³³⁹ Cf. n. 154.

³⁴⁰ Cf. n. 157.

³⁴¹ BSK OR II-DU PASQUIER/WOLF/OERTLE (n. 53), N 12 *ad* art. 685f; BÖCKLI (n. 32), § 6 N 185.

³⁴² BÖCKLI (n. 32), § 6 N 185.

³⁴³ ATF 136 III 322, consid. 3.4.5, JdT 2011 II 537; arrêt du Tribunal fédéral 4A_271/2016 du 16 janvier 2017, consid. 3.2; arrêt du Tribunal fédéral 4A_214/2015 du 8 septembre 2015, consid. 3.3 et 3.4; CR CO II-CORBOZ/AUBRY GIRARDIN (n. 53), N 45 *ad* art. 754; BSK OR II-GERICKE/WALLER (n. 53), N 21 *ad* art. 754; HÄNNI (n. 162), N 222 et réf. cit.; MÜLLER/LIPP/PLÜSS (n. 162), p. 338; BÖCKLI (n. 32), § 18 N 373.

tout de même voulu ce résultat, une intention pourra leur être reprochée³⁴⁴. Si, en raison d'un manque de diligence et de réflexion, ils n'ont pas réalisé qu'il existait un risque concret qu'un tel dommage survienne, seule une négligence sera retenue³⁴⁵. Les administrateurs doivent en outre avoir été capables de discernement au moment de la prise de décision pour que la condition de la faute soit remplie³⁴⁶.

[Rz 99] Enfin, pour que la responsabilité des administrateurs soit engagée, un lien de causalité naturelle et adéquate doit être donné entre le manquement fautif aux devoirs et le dommage³⁴⁷. Cette exigence suppose que la participation des administrateurs qui ont manqué à leurs devoirs ait influencé l'issue de la décision³⁴⁸. Selon une partie de la doctrine, une application par analogie de l'art. 691 al. 3 CO, relatif à la participation sans droit d'un actionnaire à l'assemblée générale, est envisageable³⁴⁹.

3.2.2. En cas de conduite illicite d'un procès

[Rz 100] La conduite de procédures tendant à l'approbation de transferts d'actions ainsi que d'éventuels recours, décidés par le conseil d'administration³⁵⁰, engendre des frais importants à la charge de la société³⁵¹. Toutefois, cette dernière a la possibilité d'intenter une action en responsabilité pour les frais ainsi occasionnés à l'encontre des administrateurs ayant pris part à la décision de conduite illicite d'un procès³⁵².

3.2.2.1. Le manquement aux devoirs

[Rz 101] A titre préliminaire, il sied de mentionner qu'un manquement aux devoirs ne saurait être déduit de la seule perte d'un procès³⁵³.

3.2.2.1.1. Les conditions d'application de la *business judgment rule*

[Rz 102] La décision d'intenter un procès peut être qualifiée de « décision de gestion » au sens de la *business judgment rule*, en raison du pouvoir d'appréciation dont bénéficie le conseil d'administration³⁵⁴.

[Rz 103] Eu égard à l'exigence de la base d'informations adaptée, le Tribunal fédéral a salué la sollicitation par le conseil d'administration d'avis d'experts relatifs aux chances de succès d'un

³⁴⁴ Cf. MÜLLER/LIPP/PLÜSS (n. 162), p. 341 ; JENNY (n. 174), N 52.

³⁴⁵ Cf. arrêt du Tribunal fédéral 4A_15/2013 du 11 juillet 2013, consid. 8.2 ; ATF 113 II 52, consid. 3a, JdT 1988 I 26 ; ATF 99 II 176, consid. 1, JdT 1974 I 71.

³⁴⁶ Cf. n. 282.

³⁴⁷ Cf. n. 285.

³⁴⁸ Cf. MUSTAKI/URBEN 2014 (n. 139), p. 158 ; JEAN-NICOLAS DRUEY, *Organfreiheit oder zugeschnürte Weste ? : Grundlagen und Grundfragen der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit*, in : Charlotte M. Baer (édit.), *Aktuelle Fragen zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeit*, Berne 2003, p. 1 ss, p. 20.

³⁴⁹ MUSTAKI/URBEN 2014 (n. 139), p. 158 s. et réf. cit.

³⁵⁰ Cf. Art. 718 al. 1 CO.

³⁵¹ KUNZ 2013 (n. 118), N 10 et 26.

³⁵² Cf. ATF 139 III 24, spécialement consid. 3.1, JdT 2013 II 328 ; JACQUEMOUD/AUBERSON (n. 95), p. 370.

³⁵³ Cf. n. 229.

³⁵⁴ Cf. n. 238.

procès envisagé³⁵⁵. Il a cependant souligné la nécessité pour les administrateurs de se questionner sur la conformité de la décision d'intenter un procès à l'intérêt social³⁵⁶.

[Rz 104] La condition du processus décisionnel irréprochable est remplie lorsque les administrateurs ont participé activement à la procédure de décision d'introduction du procès et qu'ils ont pondéré de manière soutenable les intérêts en faveur et en défaveur de son introduction³⁵⁷.

[Rz 105] S'agissant de l'exigence d'absence de conflits d'intérêts, les raisons qui conduisent le conseil d'administration à intenter un procès sont en principe les mêmes que celles qui l'amènent à refuser l'approbation d'un transfert d'actions à un acquéreur étranger à la famille. Ainsi, nous pouvons renvoyer à ce qui a été évoquées ci-dessus³⁵⁸.

3.2.2.1.2. Le contrôle matériel de la décision

[Rz 106] Lorsque le juge vérifie le contenu matériel de la décision, d'une manière plus ou moins étendue suivant que les conditions de la *business judgment rule* ont été respectées ou non, l'intérêt social lui sert de critère d'appréciation à deux égards³⁵⁹. D'une part, il « *ne peut être dans l'intérêt de la société de mener des procès dénués d'emblée de toute chance de succès, qui ne génèrent que des frais inutiles pour la société* »³⁶⁰. Partant, les administrateurs manqueraient à leurs devoirs en intentant un procès alors qu'il est évident que la décision de refus d'approbation est illicite. D'autre part, la conduite du procès doit s'inscrire dans un but couvert par l'intérêt social³⁶¹. Dès lors, pour que la responsabilité des administrateurs reste hors de cause, il faudrait que la défense de la préservation du caractère familial de l'actionnariat devant les tribunaux soit considérée comme un intérêt social, ce que nous admettons pour les raisons évoquées ci-dessus³⁶².

3.2.2.1.3. La responsabilité des actionnaires

[Rz 107] Dans la mesure où les actionnaires familiaux ont exercé une influence déterminante sur la décision de porter le litige relatif au transfert des actions devant les tribunaux, nous pouvons renvoyer à ce qui a été développé ci-dessus³⁶³.

3.2.2.2. Les autres conditions de la responsabilité dans la gestion

[Rz 108] Dans le contexte de la conduite illicite d'un procès, le Tribunal fédéral a indiqué que le dommage subi par la société comprend les frais que cette dernière a dû supporter, à savoir les frais de justice, les dépens ainsi que les honoraires des avocats et d'éventuels experts³⁶⁴.

³⁵⁵ ATF 139 III 24, consid. 3.4, JdT 2013 II 328 ; Voir BISCHOF (n. 248), p. 197 ss.

³⁵⁶ ATF 139 III 24, consid. 3.4, JdT 2013 II 328.

³⁵⁷ Cf. Point 3.1.1.2.1.3.

³⁵⁸ Cf. Point 3.2.1.1.1.4.

³⁵⁹ ATF 139 III 24, consid. 3.3, JdT 2013 II 328.

³⁶⁰ ATF 139 III 24, consid. 3.3, JdT 2013 II 328.

³⁶¹ ATF 139 III 24, consid. 3.3, JdT 2013 II 328 ; Voir HÄNNI 2013 (n. 261), p. 278 ss ; Cf. BISCHOF (n. 248), p. 197 ; KUNZ 2013 (n. 118), N 9 et 26.

³⁶² Cf. n. 303 ss.

³⁶³ Cf. Point 3.2.1.1.1.3.

³⁶⁴ ATF 139 III 24, consid. 3.1, JdT 2013 II 328.

[Rz 109] Lorsque les administrateurs étaient conscients que la conduite du procès était illicite, allant ainsi uniquement générer des frais pour la société, mais qu'ils ont tout de même voulu ce résultat, une intention pourra leur être reprochée³⁶⁵. Si, en raison d'un manque de diligence et de réflexion, ils n'ont pas réalisé qu'il existait un risque concret qu'un tel dommage survienne, une négligence sera retenue³⁶⁶. Les administrateurs doivent en outre avoir été capables de discernement au moment de la prise de décision pour que la condition de la faute soit remplie³⁶⁷.

[Rz 110] Finalement, pour que la responsabilité des administrateurs soit engagée, un lien de causalité naturelle et adéquate doit être donné entre le manquement fautif aux devoirs et le dommage résultant de la conduite illicite du procès³⁶⁸. Rappelons que cette exigence suppose que la participation des administrateurs qui ont manqué à leurs devoirs ait influencé l'issue de la décision³⁶⁹.

3.2.3. Les autres situations susceptibles d'engager la responsabilité des administrateurs

3.2.3.1. La fixation de la valeur réelle des actions par le juge

[Rz 111] En cas de refus d'approbation d'une telle procédure étant supportés par la c offre de rachat, le conseil d'administration doit, au nom de la société, présenter une offre de rachat à l'actionnaire-aliénateur correspondant à la « valeur réelle » de l'ensemble des actions dont le transfert a été requis³⁷⁰. A cet égard, l'actionnaire-aliénateur et la société, par le biais de son conseil d'administration³⁷¹, peuvent ouvrir une action tendant à la fixation de cette valeur³⁷². Les frais d'une telle procédure étant supportés par la société³⁷³, la question qui se pose est celle de savoir s'ils peuvent être mis à la charge des administrateurs.

[Rz 112] Dans la mesure où le prix de rachat offert par la société, respectivement par son conseil d'administration, s'inscrit dans un rapport raisonnable avec la valeur réelle des actions fixée par le juge, nous pourrions admettre que la responsabilité des administrateurs reste hors de cause, tant la fixation de la valeur réelle n'est pas une science exacte³⁷⁴. En revanche, s'il s'avère que le conseil d'administration a sciemment fixé un prix de rachat inférieur à la valeur réelle, et ce, dans le dessein d'en faire profiter économiquement la société³⁷⁵, éventuellement dans l'optique de revendre les actions aux actionnaires familiaux à un moindre prix³⁷⁶, la responsabilité des administrateurs pourrait se voir engagée. En outre, leur comportement pourrait être jugé contraire à

³⁶⁵ Cf. MÜLLER/LIPP/PLÜSS (n. 162), p. 341 ; JENNY (n. 174), N 52.

³⁶⁶ ATF 113 II 52, consid. 3a, JdT 1988 I 26 ; ATF 99 II 176, consid. 1, JdT 1974 I 71.

³⁶⁷ Cf. n. 282 s.

³⁶⁸ Cf. n. 285.

³⁶⁹ Cf. n. 348.

³⁷⁰ Cf. n. 101 ss.

³⁷¹ Cf. Art. 718 al. 1 CO.

³⁷² Art. 685b al. 5 CO ; CR CO II-TRIGO TRINDADE (n. 53), N 47 ad art. 685b ; BSK OR II-DU PASQUIER/WOLF/OERTLE (n. 53), N 13 ad art. 685b ; JACQUEMOUD/AUBERSON (n. 95), p. 360 ; DEFFERRARD (n. 31), p. 170 et réf. cit. ; KLÄY (n. 31), p. 192.

³⁷³ Art. 685b al. 5 CO ; BSK OR II-DU PASQUIER/WOLF/OERTLE (n. 53), N 13 ad art. 685b ; JACQUEMOUD/AUBERSON (n. 95), p. 360.

³⁷⁴ Cf. CHENAUX (n. 14), p. 522 s. ; JACQUEMOUD/AUBERSON (n. 95), p. 362 ss ; MARTIN (n. 1), p. 104 ss ; DEFFERRARD (n. 31), p. 158 ss.

³⁷⁵ CHENAUX (n. 14), p. 524 ; JACCARD/PREMAND (n. 40), p. 377.

³⁷⁶ Cf. CHENAUX (n. 14), p. 524 ; JACCARD/PREMAND (n. 40), p. 377.

la bonne foi³⁷⁷ dans la mesure où ils ont tiré profit de l'asymétrie d'informations³⁷⁸ pour fixer un prix modique difficilement perceptible par l'actionnaire-aliénateur, probablement minoritaire³⁷⁹. Par ailleurs, les administrateurs pourraient se voir reprocher un manquement à leur devoir de fidélité en raison du fait qu'ils ont laissé le juge constater la valeur réelle aux frais de la société, alors même qu'ils étaient conscients que le prix de rachat offert ne correspondait pas à la valeur réelle des actions.

3.2.3.2. La revente d'actions propres

[Rz 113] Dans la mesure où le conseil d'administration rend une décision de refus avec offre de rachat dans le but de conserver le caractère familial de l'actionnariat, les actions ainsi acquises seront vraisemblablement revendues à des membres de la famille, en principe actionnaires et, au surplus, majoritaires. Ces transactions sont toutefois délicates sous deux angles, qui sont la nullité de principe rattachée aux opérations pour propre compte et la répartition des actions entre les actionnaires familiaux et les actionnaires tiers.

3.2.3.2.1. Les opérations pour propre compte

[Rz 114] Les opérations pour propre compte (« *Insichgeschäfte* ») regroupent les contrats avec soi-même et les doubles représentations³⁸⁰. Il y a contrat avec soi-même lorsqu'une personne, agissant en tant que représentante d'une partie, conclut un contrat auquel elle-même est partie³⁸¹. Un tel cas est donné lorsque les administrateurs, en tant qu'organe représentant la société³⁸², revendent des actions propres à l'un ou plusieurs d'entre eux³⁸³. Quant à la double représentation, elle est retenue lorsqu'une personne, agissant en tant que représentante d'une partie, conclut un contrat avec un tiers, dont elle est également la représentante³⁸⁴. A cet égard, en cas de revente d'actions propres à des actionnaires familiaux, il est tout à fait envisageable que les administrateurs agissent, certes, comme représentants de la société, mais également comme représentants des actionnaires familiaux³⁸⁵.

³⁷⁷ Cf. DEFFERRARD (n. 31), p. 169.

³⁷⁸ Cf. CHENAUX (n. 14), p. 523; DEFFERRARD (n. 31), p. 169.

³⁷⁹ Cf. CHENAUX (n. 14), p. 523.

³⁸⁰ MUSTAKI/URBEN 2014 (n. 139), p. 185; BÖCKLI (n. 32), N 602.

³⁸¹ ZEN-RUFFINEN/BAUEN (n. 145), N 209; MUSTAKI/URBEN 2014 (n. 139), p. 143 s.; BÖCKLI (n. 32), § 13 N 602; CLAIRE HUGUENIN, *Insichgeschäfte im Aktienrecht*, in : Ernst A. Kramer/Peter Nobel/Robert Waldburger (édit.), *Festschrift für Peter Bockli zum 70. Geburtstag*, Zurich/Bâle/Genève 2006, p. 521 ss, p. 521.

³⁸² Art. 718 al. 1 CO; HUGUENIN (n. 381), p. 522; DIETER ZOBL, *Probleme der organschaftlichen Vertretungsmacht*, RSJB 1989, p. 289 ss, p. 291 s.

³⁸³ JACQUEMOUD/AUBERSON (n. 95), p. 371.

³⁸⁴ Arrêt du Tribunal fédéral 4A_360/2012 du 3 décembre 2012, consid. 4; ZEN-RUFFINEN/BAUEN (n. 145), N 209; MUSTAKI/URBEN 2014 (n. 139), p. 144; BÖCKLI (n. 32), § 13 N 602; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (n. 3), § 30 N 124.

³⁸⁵ JACQUEMOUD/AUBERSON (n. 95), p. 371; JACCARD/PREMAN (n. 40), p. 374; Cf. PREMAN (n. 1), N 580 ss; HUGUENIN (n. 381), p. 523.

[Rz 115] En raison des risques de conflits d'intérêts auxquels les administrateurs sont exposés dans ce type d'opérations³⁸⁶, ils se voient privés de leur pouvoir de représenter la société³⁸⁷. Partant, les contrats de vente d'actions sont en principe nuls³⁸⁸, avec pour conséquence que l'approbation du transfert d'actions est réputée accordée et l'acquéreur étranger à la famille intègre l'actionnariat³⁸⁹. Toutefois, il est admis que la représentation reste efficace, respectivement que la conclusion du contrat est valide, lorsque le risque d'un désavantage pour la société est exclu en raison de la nature de l'affaire³⁹⁰ ou lorsque le contrat a été autorisé ou ratifié par un organe de rang égal ou supérieur³⁹¹.

3.2.3.2.2. L'égalité de traitement entre actionnaires familiaux et actionnaires tiers

[Rz 116] En cas de revente d'actions propres, la question de la répartition des actions entre les actionnaires familiaux et les actionnaires tiers revêt une importance particulière³⁹². En effet, il importe de déterminer si le conseil d'administration a l'obligation de revendre les actions propres aux actionnaires proportionnellement à leur participation existante ou si, au contraire, il peut les revendre uniquement au groupe précis que forment les actionnaires familiaux.

[Rz 117] Si la plupart des auteurs considèrent que le principe d'égalité de traitement s'applique lors de la revente d'actions propres³⁹³, ils admettent toutefois qu'il est possible d'y déroger³⁹⁴ lorsque l'intérêt de la société le commande, que la dérogation est proportionnée et qu'elle n'avantage pas, respectivement ne désavantage pas, de manière injustifiée un actionnaire ou un groupe d'entre eux³⁹⁵. La licéité de telles dérogations en cas de revente d'actions propres aux seuls actionnaires familiaux revient, en somme, à la question de savoir si la préservation du caractère familial de l'actionnariat constitue un intérêt social³⁹⁶.

³⁸⁶ Arrêt du Tribunal fédéral 4A_360/2012 du 3 décembre 2012, consid. 4; arrêt du Tribunal fédéral 4C.25/2005 du 15 août 2005, consid. 1.1; ATF 127 III 332, consid. 2a, JdT 2001 I 258; ATF 126 III 361, consid. 3a, JdT 2001 I 131; ZEN-RUFFINEN/BAUEN (n. 145), N 209; HUGUENIN (n. 381), p. 523 ss; RITA TRIGO TRINDADE, *Du devoir de fidélité des dirigeants de la société anonyme lors de conflits d'intérêts*, SJ 1999 I 385, p. 398; ZOBL (n. 382), p. 289.

³⁸⁷ ATF 126 III 361, consid. 3a, JdT 2001 I 131; ROUILLER/BAUEN/BERNET/LASSERRE ROUILLER (n. 31), N 481a; JACQUEMOUD/AUBERSON (n. 95), p. 371; BSK OR I-WATTER, N 19 ad art. 33; Cf. ZOBL (n. 382), p. 295 s.

³⁸⁸ JACQUEMOUD/AUBERSON (n. 95), p. 371 s.; cf. ATF 127 III 332, consid. 2a, JdT 2001 I 258; ATF 126 III 361, consid. 3a, JdT 2001 I 131; ZEN-RUFFINEN/BAUEN (n. 145), N 209; ZOBL (n. 382), p. 295 s; critique à cet égard HUGUENIN (n. 381), p. 526.

³⁸⁹ JACQUEMOUD/AUBERSON (n. 95), p. 371 s.

³⁹⁰ ATF 127 III 332, consid. 2a, JdT 2001 I 258; ATF 126 III 361, consid. 3a, JdT 2001 I 131; ATF 95 II 442, consid. 5, JdT 1970 I 644; ATF 89 II 321, consid. 5, JdT 1964 I 226; ATF 82 II 388, consid. 4, JdT 1956 I 592; BÖCKLI (n. 32), § 13 N 602.

³⁹¹ ATF 127 III 332, consid. 2a, JdT 2001 I 258; ATF 126 III 361, consid. 3a, JdT 2001 I 131; ATF 95 II 442, consid. 5, JdT 1970 I 644; ATF 89 II 321, consid. 5, JdT 1964 I 226.

³⁹² Cf. PREMAND (n. 1), N 259.

³⁹³ ZEN-RUFFINEN/BAUEN (n. 145), N 244; BSK OR II-LENZ/VON PLANTA (n. 53), N 9a ad art. 659; BSK OR II-WATTER/ROTH PELLANDA (n. 53), N 31 ad art. 717; PREMAND (n. 1), N 264; BÖCKLI (n. 32), § 4 N 300; DEFFERRARD (n. 31), p. 175; KLÄY (n. 31), p. 187; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (n. 3), § 39 N 50; HUGUENIN-JACOBS (n. 145), p. 285 ss.

³⁹⁴ BÖCKLI (n. 32), § 4 N 300; KLÄY (n. 31), p. 187 s.; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (n. 3), § 50 N 171; HUGUENIN-JACOBS (n. 145), p. 285.

³⁹⁵ BÖCKLI (n. 32), § 4 N 300; KLÄY (n. 31), p. 188; cf. arrêt du Tribunal fédéral 4C.242/2001 du 5 mars 2003, consid. 3.3; ATF 117 II 290, consid. 6 b/bb; ATF 102 II 265, consid. 1 et renv. cit., JdT 1977 I 102; ZEN-RUFFINEN/BAUEN (n. 145), N 239 et réf. cit.; BSK OR II-WATTER/ROTH PELLANDA (n. 53), N 23 ad art. 717; MÜLLER/LIPP/PLÜSS (n. 162), p. 285.

³⁹⁶ Cf. n. 303 ss; MARTIN (n. 1), p. 174 ss tend à l'admettre.

4. Conclusion

[Rz 118] Il ne fait aucun doute que la détention d'une participation élevée de la famille au capital-actions de la société revêt une importance considérable. Toutefois, sur la base des instruments légaux, les sociétés anonymes de famille ne sont pas assurées de pouvoir se protéger contre l'entrée dans leur actionnariat de personnes étrangères à la famille en raison de l'admissibilité controversée des clauses de famille. Par ailleurs, de l'incertitude juridique pesant sur la préservation du caractère familial de l'actionnariat comme intérêt social découle le fait que les administrateurs qui appliquent le régime des restrictions à la transmissibilité des actions ne sont pas à l'abri de voir leur responsabilité personnelle engagée.

[Rz 119] Eu égard au fait que la révision actuelle du droit de la société anonyme ne semble pas apporter de réponse à ces incertitudes, les sociétés de famille doivent pour l'heure composer avec plusieurs instruments. Tout d'abord, ces sociétés devraient adopter des clauses de famille précises qui indiquent en quoi la présence d'un actionnaire étranger à la famille mettrait en danger son but social ou l'indépendance économique de l'entreprise. En outre, devraient pouvoir être élues au conseil d'administration seules les personnes étant en mesure d'agir dans l'intérêt unique de la société et de séparer les affaires familiales des affaires de la société. Enfin, la conclusion de conventions d'actionnaires n'est pas à négliger, tant elles permettent de prévoir des restrictions à la transmissibilité des actions qui vont au-delà du régime légal et de restreindre la liberté des actionnaires dans l'exercice de leurs droits de vote.

MARINE ECABERT, Bachelor en droit de l'Université de Lausanne, Master en droit des Universités de Zurich et Lausanne avec mention droit commercial.

Contribution réalisée dans le cadre d'un mémoire de Master sous la direction du Professeur Jean-Luc Chenaux.