

Update

Newsflash septembre 2019

Nouvelle décision de principe relative aux actions liées

Dans une nouvelle décision de principe (arrêt 4A_623/2018 du 31 juillet 2019), le Tribunal fédéral s'est prononcé sur diverses questions relatives à la restriction au transfert d'actions nominatives non cotées. D'une part, le Tribunal fédéral confirme la légitimation active de l'acquéreur d'actions qui souhaite agir contre le refus de la société de consentir à un transfert d'actions. D'autre part, il précise que la "*Business Judgment Rule*" ne s'applique pas aux décisions du conseil d'administration concernant des restrictions à la transmission d'actions. Néanmoins, le Tribunal fédéral fait également preuve de retenue dans son évaluation de la décision du conseil d'administration d'invoquer l'*Escape Clause*. Enfin, le Tribunal fédéral refuse d'étendre l'obligation contractuelle de transférer des actions incombant à l'actionnaire majoritaire à la société qu'il contrôle.

Résumé des faits

La décision du Tribunal fédéral se base pour l'essentiel sur les éléments suivants:

La société A. SA (défenderesse) est propriétaire et exploitante d'un hôtel à Coire. Son actionnaire majoritaire est C. SA, qui est contrôlée par l'actionnaire unique F. Ce dernier avait octroyé à sa sœur B. (demanderesse) un droit de préemption en cas de vente de A. SA ou de l'hôtel qu'elle exploite. Par la suite, C. SA a tenté de vendre sa participation majoritaire dans A. SA, constituée d'actions nominatives liées, à son gérant, H. Sur demande de B. qui souhaitait faire valoir son droit de préemption, C. SA, qui était contrôlée par F., s'est toutefois engagé à transférer les actions de A. SA à B. Toutefois, le conseil d'administration de A. SA (dont F. faisait partie) a refusé d'approuver ce transfert d'actions.

En lieu et place, A. SA a offert au demandeur B. d'acquérir les actions pour le compte du gérant H. Par l'introduction d'une action en justice, B. a requis que A. SA soit contrainte à consentir au transfert d'actions et à inscrire B. comme actionnaire dans le registre des actions. Le Tribunal régional de Plessur a admis l'action, tout comme le Tribunal cantonal des Grisons qui a rejeté le recours formé contre cette décision. De son côté, le Tribunal fédéral a admis le recours de A. SA contre cette décision et a rejeté l'action de B.

Principes fondamentaux régissant les restrictions à la transférabilité d'actions nominatives non cotées en bourse

Conformément à l'art. 685a al. 1 CO, les statuts d'une société anonyme peuvent prévoir que les

actions nominatives ne peuvent être transférées qu'avec le consentement de la société (restriction à la transmissibilité). Les motifs de refus admissibles sont limités. En ce qui concerne les actions nominatives non cotées, qui sont l'objet de la présente affaire, l'art. 685b al. 1 CO prévoit que la société ne peut en principe rejeter la demande de transfert d'actions que si elle invoque un juste motif prévu par les statuts. Elle peut également offrir au vendeur d'acquérir les actions pour son propre compte, pour le compte d'autres actionnaires ou pour le compte de tiers, à leur valeur réelle (*Escape clause*).

Le traitement des restrictions à la transmissibilité par la société ou le conseil d'administration est sujet à un contrôle judiciaire. L'action en exécution du transfert d'actions nominatives liées est dirigée contre la société et vise son exécution, c'est-à-dire à obtenir le consentement de la société au transfert et à l'inscription de l'acquéreur dans le registre des actions.

L'acquéreur d'actions peut également agir contre la décision de restriction du transfert

L'action devant être jugée par le Tribunal fédéral a été introduite par B., l'acquéreur des actions. Par conséquent, il convenait de clarifier si celle-ci avait le droit d'intenter une action contre le refus du consentement au transfert des actions. Cette question était contestée dans la doctrine et n'avait jusqu'alors pas été tranchée, ou du moins n'avait pas fait l'objet d'une décision explicite du Tribunal fédéral. Dans cette décision de principe, le Tribunal fédéral constate que l'acquéreur des actions, en tant que "non-actionnaire", ne serait pas en droit d'intenter une action contre la société. La restriction statutaire à la transmissibilité, respectivement le droit de la société d'acquérir les actions découlant de la loi (*Escape clause*) interfère cependant avec le contrat de vente d'actions conclu avec le vendeur. Par conséquent, de l'avis du Tribunal fédéral, l'acquéreur des actions doit également se voir reconnaître la légitimation active pour intenter une action contre un refus de transférer des actions. Ce droit d'intenter une action est donc principalement fondé sur des considérations d'opportunité.

La "Business Judgment Rule" ne s'applique pas à la décision de restriction de transfert -

toutefois, celle-ci n'est examinée qu'avec retenue

La possibilité d'appliquer le principe de la "*Business Judgment Rule*" lors de l'examen de la décision du conseil d'administration de restreindre le transfert d'actions était également contestée devant le Tribunal fédéral. Selon ce principe, un tribunal doit faire preuve de retenue dans l'examen d'une décision commerciale si celle-ci a été prise dans le cadre d'un processus décisionnel irréprochable fondé sur des informations suffisantes et exempt de conflit d'intérêts. L'instance précédente avait jugé que la "*Business Judgment Rule*" s'appliquait en principe également à l'appréciation du refus par le conseil d'administration du transfert d'actions, mais ne l'avait pas appliquée dans le cas d'espèce en raison de l'absence de réalisation des conditions préalables. Elle avait ainsi procédé à un examen complet de la décision de restriction au transfert (et donc étendu son pouvoir d'examen à un test d'adéquation).

Le Tribunal fédéral a souligné que ses décisions relatives à la "*Business Judgment Rule*" relèvent de la responsabilité en matière de droit des sociétés (art. 754 CO) et se rapportent à des décisions commerciales. L'application de la "*Business Judgment Rule*" entre en considération lorsqu'un tribunal ne peut pas présumer être plus à même d'évaluer *a posteriori* les décisions commerciales que ne l'étaient les personnes responsables de l'entreprise en question à ce moment-là. En revanche, d'autres tâches du conseil d'administration, à savoir les tâches de contrôle et d'organisation, peuvent faire l'objet d'un contrôle ultérieur des tribunaux. Selon le Tribunal fédéral, cela vaut également pour la décision du conseil d'administration de refuser le transfert d'actions en invoquant l'*Escape clause*. Celles-ci n'entre donc pas dans le champ d'application de la "*Business Judgment Rule*".

De l'avis du Tribunal fédéral, la décision du conseil d'administration de ne pas approuver le transfert d'actions et d'offrir au vendeur la reprise des actions à leur valeur réelle (*Escape clause*) doit être analysée comme suit : contrairement à un rejet sans offre de rachat, une telle décision n'a besoin ni d'un juste motif, ni même d'être motivée. Toutefois, la décision doit respecter le principe de l'égalité de traitement des

actionnaires et ne doit pas être abusive. Ceci est en particulier le cas lorsque la décision ne peut être justifiée par des considérations économiques raisonnables. Les intérêts de la société et de l'ensemble des actionnaires doivent être pris en compte. Cela étant, le Tribunal fédéral n'examine pas l'adéquation de la décision.

En l'espèce, le conseil d'administration avait refusé le transfert d'actions et proposé de reprendre les actions pour le compte du gérant de la société, car celui-ci aurait quitté la société si la majorité des actions avait été reprise par l'acquéreur. Contrairement à l'instance précédente, qui avait examiné le pouvoir d'appréciation du conseil d'administration dans cette affaire, le Tribunal fédéral est parvenu à la conclusion que cette décision étant justifiée par la prévention du départ du gérant, elle avait été prise dans l'intérêt de la société et était ainsi justifiée. Pour le Tribunal fédéral, la décision du conseil d'administration n'était donc pas abusive.

Absence de *Durchgriff* (inversé) à l'encontre d'une société contrôlée par un actionnaire majoritaire

Enfin, le Tribunal fédéral s'est penché sur l'argumentation subsidiaire de l'instance précédente, selon laquelle l'obligation de l'actionnaire majoritaire C. SA de transférer les actions à la demanderesse B s'étendait à la société A. SA qu'il contrôle. De ce fait, C. SA ne pourrait pas se cacher derrière la décision négative du conseil d'administration de A. SA de restreindre le transfert.

Le Tribunal fédéral a d'abord rappelé sa jurisprudence sur le concept de *Durchgriff*. En l'espèce, un cas de *Durchgriff* (inversé) de l'actionnaire principal à l'égard de la société concernant son obligation de transfert doit être rejeté au motif qu'une obligation contractuelle ne lie que les parties et que, si une telle obligation était étendue à la société, la restriction à la transmissibilité en tant que disposition sociale serait privée d'effet. Le cadre corporatif doit être strictement séparé du cadre contractuel. Par ailleurs, le Tribunal fédéral estime qu'il ne suffit pas, en principe, qu'un actionnaire contrôle une

majorité de la société pour qu'un cas de *Durchgriff* (inversé) puisse s'appliquer. Dans de tels cas, les intérêts des actionnaires minoritaires non liés à l'actionnaire majoritaire doivent toujours être pris en considération, car ceux-ci empêchent que des obligations personnelles soient imposées à la société. Par conséquent, l'argumentation subsidiaire de l'instance précédente viole également le droit fédéral. De ce fait, le Tribunal fédéral a admis le recours de la société défenderesse.

Importance pour la pratique et les cas futurs

La précision du Tribunal fédéral selon laquelle non seulement le vendeur des actions, mais également l'acquéreur peut tenter une action contre le refus de transférer des actions nominatives liées doit être saluée.

L'invocation de l'*Escape clause* permet au conseil d'administration de restreindre la transmission d'actions sans justifier sa décision (contrairement à la restriction à la transmissibilité pour juste motif). Dans son évaluation de la décision, le Tribunal fédéral fait preuve de retenue et se limite à vérifier que la décision respecte l'égalité de traitement entre les actionnaires et repose sur une raison défendable. Quand bien même le résultat est similaire dans les faits à l'application de la "*Business Judgment Rule*", cette règle ne trouve pas ici application. Il ne s'agit en effet pas de revoir le bien-fondé d'une décision commerciale, mais uniquement de vérifier que les conditions-cadres d'une disposition légale, en l'occurrence l'*Escape clause*, sont réunies.

A noter que cette nouvelle décision du Tribunal fédéral ne précise pas si la "*Business Judgment Rule*" s'applique lorsque des prétentions en responsabilité sont invoquées dans le cadre d'une décision de restriction au transfert d'actions. Le Tribunal fédéral a par le passé (ATF 139 III 24) admis ceci eu égard à la responsabilité des frais de justice liés au refus d'enregistrement au registre des actions.

Nous sommes à votre disposition pour toute question complémentaire que vous pourriez avoir

Avis légal: Le contenu de cet UPDATE Newsflash est de nature générale et ne constitue pas du conseil juridique. Nous nous tenons volontiers à votre disposition pour toute question spécifique.

Contacts

Zurich

Dominique Müller
dominique.mueller@lenzstaehelin.com
Tél: +41 58 450 80 00

Matthias Wolf
matthias.wolf@lenzstaehelin.com
Tél: +41 58 450 80 00

Genève / Lausanne

Shelby R. du Pasquier
shelby.dupasquier@lenzstaehelin.com
Tél: +41 58 450 70 00

Andreas Rötheli
andreas.roetheli@lenzstaehelin.com
Tél: +41 58 450 70 00

Nos bureaux

Genève

Lenz & Staehelin
Route de Chêne 30
CH-1211 Genève 6
Tél: +41 58 450 70 00
Fax: +41 58 450 70 01

Zurich

Lenz & Staehelin
Brandschenkestrasse 24
CH-8027 Zürich
Tél: +41 58 450 80 00
Fax: +41 58 450 80 01

Lausanne

Lenz & Staehelin
Avenue de Rhodanie 58
CH-1007 Lausanne
Tél: +41 58 450 70 00
Fax: +41 58 450 70 01

www.lenzstaehelin.com