Le non-respect du droit au dividende prioritaire des participants

Auteur : Ariane Legler

Date : 14 mai 2021

ATF 147 III 126 | TF, 21.01.2021, 4A_98/2020*

Les décisions de l'assemblée générale qui méconnaissent les privilèges statutaires des participants doivent être contestées par ces derniers afin d'exiger l'exécution de leur créance. Si la contestation aboutit à l'annulation de la décision de l'assemblée générale, la société est tenue d'adopter une nouvelle décision conforme aux statuts. Ce n'est que si celle-ci viole une fois de plus les privilèges des participants que ceux-ci disposent d'un droit d'action individuel pour faire exécuter leur créance.

Faits

Une société anonyme sise dans le canton de Berne est constituée d'un capital-actions et d'un capital-participation. **Ses statuts** prévoient notamment qu'après avoir affecté le bénéfice annuel à la réserve générale, le bénéfice restant est distribué aux **détenteurs de bons de participation** sous la forme d'un **dividende prioritaire** pouvant atteindre jusqu'à 5% de la valeur nominale des bons.

Lors de l'assemblée générale ordinaire pour l'exercice 2017, un actionnaire propose qu'en plus de la distribution prévue du dividende, un **dividende prioritaire** soit versé pour chaque bon de participation. Sa demande n'étant pas soumise au vote de l'assemblée générale, celle-ci approuve l'affectation du résultat commercial de 2017, sans verser de dividende prioritaire.

Deux mois plus tard, l'actionnaire demande au *Handelsgericht* du canton de Berne **d'annuler la décision de l'assemblée générale** concernant l'affectation du résultat de l'exercice 2017 et exige de la société le **paiement du dividende prioritaire** par bon de participation pour les exercices 2012 à 2014 ainsi que 2016 à 2017.

Par jugement du 4 octobre 2019, le tribunal bernois **annule** la décision de l'assemblé générale relative à l'exercice 2017, la jugeant **contraire aux statuts.** Il **refuse** la demande tendant au paiement du dividende prioritaire fondée sur les décisions de l'assemblée générale pour les exercices 2012 à 2014 et 2016**,** au motif qu'elles n'ont **pas été contestées** et qu'elles sont devenues **définitivement valides**. Quant à la demande en paiement fondée sur l'exercice 2017, le *Handelsgericht* estime que l'actionnaire ne dispose **pas de droit d'action direct**. Il doit **attendre** que l'assemblée générale, suite au jugement en annulation, rende une **nouvelle décision** sur la distribution des bénéfices avant d'exiger l'exécution de sa créance (HG 18 65).

L'actionnaire recourt auprès du Tribunal fédéral et réitère ses demandes en paiement. Il s'agit de déterminer **si l'actionnaire auquel un droit au dividende prioritaire est conféré par les statuts doit nécessairement contester une décision de l'assemblée générale qui viole son privilège pour exiger le paiement de sa créance.**

Droit

Le Tribunal fédéral commence par examiner si l'actionnaire privilégié dispose d'une **créance** en paiement des dividendes prioritaires envers la société. À ce titre, il rappelle qu'il est possible de

rattacher des **privilèges** (art. 654 et 656 CO) à des **bons de participation,** par le biais de l'art. 656 *a* al. 2 CO. **Le moment et les conditions** auxquels les actionnaires privilégiés disposent d'une **créance** envers la société sont toutefois **contestés** en doctrine.

Une partie de la doctrine, à laquelle se rallie le recourant, se réfère à une **ancienne jurisprudence** du Tribunal fédéral, notamment les ATF 29 II 452 et 53 II 250. Elle considère que, lorsque les **statuts règlent** la répartition du bénéfice et l'étendue du droit au dividende prioritaire, celui-ci se concrétise **au moment de la décision de l'assemblée générale** sur l'affectation des bénéfices. Partant, la créance de l'actionnaire privilégié serait **exigible** dès qu'une décision de l'assemblée générale (même contraire aux statuts) est adoptée, **sans qu'une action en annulation ne soit nécessaire**.

Une autre partie de la doctrine, suivie par le *Handelsgericht* bernois, est d'avis que cette jurisprudence est **incompatible avec le droit en vigueur aujourd'hui**. Elle souligne que **la fixation d'un dividende** est une **compétence inaliénable** de l'assemblée générale. Par conséquent, il ne **peut être fait abstraction de la validité d'une décision** de cet organe pour fonder une créance des actionnaires privilégiés envers la société.

Amené à trancher la question de savoir si l'actionnaire auquel un droit au dividende prioritaire est conféré par les statuts doit **nécessairement contester** une décision de l'assemblée générale qui viole son privilège afin de faire valoir sa prétention, le Tribunal fédéral répond par l'**affirmative**. En effet, ce n'est que s'il existe une **obligation de contestation** au sens de l'art. 706 al. 1 CO, qu'il est possible de réparer la violation des privilèges **de manière égale** pour toutes les personnes concernées. Il s'agit d'éviter la **nullité relative**, incompatible avec les principes d'égalité et de sécurité juridique. Les mêmes considérations **s'appliquent aux participants** (art. 656*a* al. 2 CO *cum* art. 706 CO).

En l'espèce, le recourant n'a **pas contesté** les décisions de l'assemblée générale pour les **exercices 2012 à 2014 et 2016**, si bien qu'il ne peut faire valoir **aucune prétention** pour le paiement des dividendes prioritaires y relatifs.

Le Tribunal fédéral **reconnaît** avoir accordé aux actionnaires privés de leur dividende par une décision contraire aux statuts le droit d'exiger la réparation de la violation en demandant **l'invalidation de la décision** ou **l'exécution de leur créance** (ATF 53 II 250 et 29 II 452). Toutefois, il relève que cette jurisprudence, rendue sous l'empire du Code fédéral des obligations du 14 juin 1888, est désormais **obsolète** au vu des **changements législatifs** qui sont intervenus depuis.

Partant, bien que le recourant ait **contesté avec succès** la décision de l'assemblée générale relative à l'**exercice 2017**, il ne peut fonder **aucun droit** à l'exécution de sa créance sur la base de cette ancienne jurisprudence.

Se pose alors la question de savoir si le fait **d'imposer au participant d'attendre** qu'une décision valable soit prise par l'assemblée générale sur les dividendes avant de faire valoir sa créance, ne constitue pas un **abus de droit**.

Les participants n'ayant **pas de droit de vote**, ils sont dans une situation de **vulnérabilité** dans la mesure où leurs droits **dépendent** des décisions de l'assemblée générale. Afin d'y remédier, l'art. 656*f* al. 1 CO prévoit que les statuts ne doivent **pas défavoriser les participants** par rapport aux actionnaires, notamment lors de la **répartition du bénéfice** résultant du bilan.

D'après le **principe de la bonne foi**, si la contestation aboutit à **l'invalidation** d'une décision de l'assemblée générale, celle-ci est **tenue d'adopter** rapidement une **nouvelle décision conforme**

aux statuts. Ce n'est que si elle viole **une fois de plus** les privilèges des participants, que ceux-ci disposent d'un **droit d'action individuel** pour faire exécuter leur prétention, le but étant d'**éviter un va-et-vient sans fin**.

En l'espèce, le Tribunal fédéral constate qu'il n'est **pas question d'un tel comportement abusif de l'assemblée générale, d'autant plus que le montant du privilège auquel les participants auraient droit est contesté par les parties et que le demandeur cherche à obtenir un montant plus élevé**. Il s'ensuit que le recourant ne peut, à ce stade, qu'exiger **l'annulation de la décision** de l'assemblée générale pour l'exercice 2017. Ce n'est qu'à la suite d'une nouvelle décision sur la distribution des bénéfices qu'il pourra exiger l'exécution de sa créance en paiement du dividende prioritaire.

Le Tribunal fédéral rejette ainsi le recours de l'actionnaire privilégié.