Escape clause, business judgment rule et transparence inversée (1/2)

Auteur : Simone Schürch

Date : 1 septembre 2019

ATF 145 III 351 | TF, 31.07.2019, 4A_623/2018*

L'acquéreur d'actions dont l'inscription au registre des actions a été refusée par le conseil d'administration a qualité pour introduire une action en exécution à l'encontre de la société. La légalité de la décision du conseil d'administration ne s'examine pas en application de la business judgment rule*, celle-ci n'étant applicable qu'aux décisions commerciales.*

Faits

Un actionnaire détient l'intégralité des actions d'une société dont il est également administrateur président avec signature individuelle (« Société A »). Cette société détient la majorité des actions d'une autre société (« Société B ») qui exploite un **hôtel**.

L'actionnaire a acquis ses actions de son père, en vertu d'un contrat de vente prévoyant un **droit de préemption en faveur de la sœur de l'actionnaire** en cas de vente à un tiers de l'hôtel ou de la Société B qui l'exploite.

La Société A vent ses actions de la Société B au directeur de l'hôtel sans respecter le droit de préemption de la sœur de l'actionnaire. Quelques semaines plus tard, la sœur apprend l'existence de la vente et exerce son droit de préemption. L'actionnaire conclut alors avec le directeur de l'hôtel une convention annulant la vente, **sans toutefois que les actions vendues soient remises à la sœur.**

La sœur introduit une **première action contre la Société A** afin d'obtenir la remise des actions de la Société B. Cette demande est admise et l'appel formé contre le jugement est rejeté. La Société A remet les actions au conseil d'administration de la Société B, dûment endossées en blanc, en lui demandant de les transférer à la sœur.

Après avoir rencontré la sœur de l'actionnaire afin d'échanger au sujet du futur de l'hôtel, le conseil d'administration de la Société B **décide de refuser l'inscription de celle-ci dans le registre des actions et lui offre d'acquérir les actions pour le compte du directeur de l'hôtel (application de ce qu'on appelle *escape clause*). Ce dernier fait au demeurant savoir qu'il quitterait la direction de l'hôtel si la sœur devenait actionnaire majoritaire de la Société B.**

La sœur introduit une **deuxième action**, cette fois **contre la Société B**, tendant à obtenir son inscription dans le registre des actions et la remise physique des actions. La demande est admise en première instance et confirmée en appel.

La Société B saisit alors le Tribunal fédéral qui doit se pencher sur, respectivement, (*i*) la qualité pour agir de l'acquéreur dont l'inscription au registre des actions a été refusée, (*ii*) la portée de la *business judgement rule* en lien avec l'*escape clause* et (*iii*) l'existence d'un cas d'application de la transparence inversée.

Droit

(*i*) En entrée de cause, le Tribunal fédéral traite de la **qualité pour agir de la soeur.**

Aux termes de l'art. 685b al. 1 CO, la société peut refuser son approbation au transfert d'actions nominatives liées en invoquant un juste motif prévu par les statuts ou en offrant à l'aliénateur de reprendre les actions pour son propre compte, pour le compte d'autres actionnaires ou pour celui de tiers, à leur valeur réelle au moment de la requête (*escape clause*).

L'**action en exécution à l'encontre de la société** est le moyen juridique permettant d'obtenir l'approbation du conseil d'administration concernant le transfert d'actions et l'inscription de l'actionnaire dans le registre des actions. Le Tribunal fédéral a déjà reconnu la légitimation du vendeur à intenter une telle action, sans toutefois trancher la question de savoir si également l'acquéreur dont l'inscription au registre des actions a été refusée dispose de la qualité pour agir. **Le Tribunal fédéral admet ici cette possibilité pour l'acquéreur.** En l'espèce, le fait que le fondement de la prétention de la sœur soit le jugement rendu dans le cadre de la première action ne change rien à la légitimation de la sœur dans le cas particulier.

(*ii*) La **deuxième question** à trancher par le Tribunal fédéral est celle de savoir si la légalité de la décision de la société de refuser l'inscription d'un actionnaire au registre des actions s'analyse selon la *business judgment rule.* La jurisprudence suit cette théorie lorsqu'il s'agit de déterminer si la responsabilité des membres du conseil d'administration est engagée en raison d'une violation de leurs devoirs. *De facto,* la *business judgment rule* se traduit en une limitation du pouvoir d'examen du tribunal visant à ne pas remettre en cause des décisions ayant fait l'objet d'un processus (en amont) irréprochable mais dont l'opportunité peut rétrospectivement paraître discutable.

Le Tribunal fédéral passe en revue sa jurisprudence et constate que la *business judgment rule* **n'a été appliquée qu'à des cas relatifs à des décisions d'ordre commercial** (ainsi: introduction d'une demande en justice, octroi d'un prêt, engagement d'un directeur ou encore participation à un *cash-pool*). Dès lors, l**'accomplissement d'autres tâches assumées par le conseil d'administration (notamment d'organisation et de contrôle) peut faire l'objet d'un examen complet par le tribunal**.

En l'espèce, le Tribunal fédéral considère que la décision par laquelle le conseil d'administration refuse l'inscription d'un acquéreur d'actions dans le registre des actions **ne tombe pas dans le champ d'application de la *business judgment rule***. Le pouvoir de cognition du Tribunal fédéral n'est par conséquent pas restreint.

Reste alors à déterminer si l'application de l'*escape clause* dans le cas particulier est conforme au droit. Lorsqu'une société décide de refuser l'inscription d'un acquéreur dans le registre des actions et de lui offrir de racheter les actions à la valeur réelle, elle n'a pas besoin d'invoquer des motifs particuliers. Cette décision doit toutefois **respecter le principe d'égalité de traitement entre actionnaires** et **ne pas être constitutive d'un abus de droit**. Ces principes sont en particulier violés lorsque la décision ne repose sur aucune raison d'ordre économique, lorsqu'il n'existe aucune raison défendable compte tenu des intérêts de la société ou lorsque les intérêts des minoritaires sont manifestement bafoués au bénéfice des intérêts des majoritaires. Dans tous les cas, **le tribunal n'effectue pas un examen de l'opportunité d'une telle décision.**

En l'espèce, le Tribunal fédéral constate, sur la base des faits retenus par l'instance cantonale, que l'activité de l'hôtel a vécu une évolution globalement positive sous la direction actuelle. Dès lors, selon le Tribunal fédéral, il apparaît à tout le moins défendable que le départ du directeur dû à l'arrivée de la sœur de l'actionnaire pourrait aller à l'encontre des intérêts de la société. Ce qui est déterminant est que, en définitive, le conseil d'administration devait décider entre une situation certaine et globalement positive (maintient de la direction actuelle) et une situation incertaine

(nouvel actionnariat comportant un changement de direction). **Dans ces circonstances, le Tribunal fédéral considère que sous cet angle la décision de refuser l'inscription de la sœur de l'actionnaire au registre des actions et de lui offrir le rachat des actions ne prête pas le flanc à la critique.**

Note

La *business judgment rule* est la méthode par laquelle le Tribunal fédéral juge si le conseil d'administration a violé ses devoirs dans le cadre d'une prise de décision. Dans l'arrêt résumé ici, le Tribunal fédéral limite la portée de cette méthode aux décisions commerciales, en soulignant que d'autres décisions, notamment à caractère organisationnel et de contrôle, peuvent faire l'objet d'un examen complet.

Cette distinction entre, d'une part, ce qui est une décision commerciale et, d'autre part, ce qui ne l'est pas, peut s'avérer délicate. En guise d'exemple, dans le cas particulier, le refus du conseil d'administration d'admettre la sœur de l'actionnaire en tant qu'actionnaire reposait *in fine* sur des considérations purement commerciales, à savoir la prise en compte du risque de voir le directeur actuel partir. Il sera donc important que la jurisprudence précise ultérieurement cette distinction au fil des arrêts.

*La deuxième partie de cet arrêt, traitant de la transparence inversée (*umgekehrter Durchgriff*), fait l'objet d'un résumé séparé (*Lawinside.ch/814*).*