ATF 147 III 469 | TF, 09.08.21, 4A_39/2021*

L'actionnaire dispose d'un droit légal à ce que ses droits de participation soient incorporés dans un papier-valeur. Ce droit peut toutefois être exclu statutairement, à tout le moins en ce qui concerne les actions nominatives.

Faits

L'actionnaire à hauteur de 70 des 210 actions nominatives d'une société anonyme (SA) engage une procédure auprès du *Handelsgericht* de Zurich, demandant principalement à ce qu'il soit ordonné aux organes de la SA de lui remettre soit (i) 70 actions nominatives de la SA sous forme de papier-valeur soit (ii) un certificat d'actions relatif à 70 actions nominatives de la SA sous forme de papier-valeur, sous peine de sanction selon l'art. 292 CP. La demanderesse fait valoir que la livraison des actions incorporées dans un papier-valeur – soit des titres émis physiquement – lui garantit la possibilité de transmission et de vente.

Par jugement du 2 décembre 2020, le *Handelsgericht* conclut qu'il existe en principe un droit légal à la remise d'actions incorporées dans un papier-valeur, sauf si ce droit est expressément exclu statutairement. Puisque les statuts de la société défenderesse n'excluent pas ce droit des actionnaires, la demanderesse a ainsi droit à la matérialisation de sa qualité d'actionnaire sous forme de papier-valeur. Le *Handelsgericht* ordonne ainsi aux organes de la SA de remettre à la demanderesse soit les actions nominatives demandées, soit un certificat d'actions concernant celles-ci, sous peine de sanction selon l'art. 292 CP.

La société défenderesse dépose alors recours auprès du Tribunal fédéral, lequel doit répondre à la question de savoir dans quelle mesure il existe un droit de l'actionnaire à ce que ses droits de participation soient incorporés dans un papier-valeur. Selon la recourante, un tel droit à l'obtention de titres « physiques » n'existerait que si celui-ci est explicitement prévu par les statuts, ce qui n'est pas le cas en l'espèce.

Droit

Le Tribunal fédéral commence par noter que la question de savoir si l'actionnaire a un droit à ce que ses droits de participation soient incorporées dans un papier-valeur n'est pas réglée par le CO. En 1957, le Tribunal fédéral avait estimé qu'une société avait rempli son devoir de certification (« *Pflicht zur Verurkundung*«) des droits de participation en émettant de nouvelles actions au porteur pour remplacer des certificats d'actions détruits durant la seconde guerre mondiale (ATF 83 II 445, c. 5). Le Tribunal fédéral avait aussi estimé par le passé qu'il existe un droit du souscripteur d'actions, en règle générale, à obtenir des certificats d'actions concernant les droits qui lui reviennent (ATF 15 I 619, c. 3).

Quant à la doctrine, celle-ci est divisée sur ce point. Selon un premier courant de doctrine, l'actionnaire disposerait d'un droit à l'obtention d'actions incorporées dans un papier-valeur, droit pouvant toutefois – selon l'opinion dominante – être exclu statutairement. Une partie de la doctrine plus ancienne, en revanche, part du principe que ce droit de l'actionnaire ne peut pas être exclu par les statuts. Une partie de la doctrine plus récente va également dans ce sens pour les actions au porteur. Selon ce courant, l'actionnaire aurait toujours le droit d'obtenir des actions sous forme de papier-valeur lorsqu'il s'agit d'actions au porteur, ce droit ne pouvant pas être exclu statutairement. Enfin, un autre courant de doctrine considère qu'un tel droit légal d'obtenir des actions incorporées dans un papier-valeur ne revient pas à l'actionnaire.

Partant, la doctrine majoritaire admet en principe, du moins pour les actions nominatives, qu'il n'existe pas de droit impératif à ce l'actionnaire voie ses droits de participation incorporés dans un papier-valeur. La seule question controversée est de savoir si ce droit existe par défaut et peut faire l'objet d'une renonciation dans les statuts, ou si à l'inverse il n'existe que s'il est prévu par les statuts de la société.

Le Tribunal fédéral rappelle que l'actionnaire a incontestablement droit à ce qu'une attestation confirmant sa qualité d'actionnaire lui soit délivrée, avec laquelle il peut prouver son statut. Alors que ce droit est inaliénable, l'émission des droits de participation sous forme de papier-valeur n'est quant à elle pas une condition impérative à la création, la revendication ou au transfert de la qualité d'actionnaire. Pour cette raison, de nombreuses sociétés s'abstiennent d'émettre des titres physiques en pratique.

Cependant, l'émission sous forme de papier-valeur n'en demeure pas moins la règle générale pour les sociétés anonymes selon le droit en vigueur. L'art. 684 al. 2 CO dispose par exemple que « le transfert par acte juridique peut avoir lieu par la remise du titre endossé à l'acquéreur », c'est-à-dire selon les règles sur les titres à ordres, tandis que pour les actions au porteur, l'application des dispositions sur les titres au porteur est implicitement suggérée. Il peut en être conclut que la loi entend accorder à l'actionnaire – au moins implicitement – un droit à ce que ses droits de participation soient incorporés dans un papier-valeur. Enfin, l'une des caractéristiques typiques de la société anonyme, à savoir la qualité d'actionnaire aisément transférable, plaide également en faveur de cette thèse.

Selon le Tribunal fédéral, il faut en déduire que la loi entend accorder – à tout le moins implicitement – un droit de l'actionnaire à ce que ses actions soient incorporées dans un papier-valeur. Cependant, puisque la consignation dans un papier-valeur n'est pas indispensable à la création, la revendication ou au transfert de qualité d'actionnaire, la société anonyme doit être être libre d'exclure ce droit des actionnaires par une mention expresse dans les statuts. Cela s'applique à tout le moins aux actions nominatives, lesquelles sont en cause ici.

In casu, les statuts de la SA ne traitent pas de la question. Le Tribunal fédéral considère qu'il n'est par conséquent pas nécessaire de décider dans son arrêt comment une suppression du droit d'obtenir des actions sous forme de papiers-valeurs devrait être formulée statutairement.

Il ressort de ce qui précède qu'un actionnaire dispose d'un droit légal à ce que ses droits de participation soient incorporés dans un papier-valeur. Ce droit fondamental peut toutefois être exclu dans les statuts, à tout le moins en ce qui concerne les actions nominatives.

Partant, le recours est rejeté.

Note

Dans son analyse, le Tribunal fédéral note que le nouveau droit des sociétés ne modifie pas le droit fondamental de l'actionnaire à ce que ses droits de participation soient incorporés

dans un papier-valeur. À l'instar du droit actuel, aucune disposition du droit des sociétés révisé ne règle explicitement cette question. Cependant, l'actuel art. 622 al. 5 phrase 1 CO dispose que « les titres sont signés par un membre du conseil d'administration au moins », tandis que le nouvel art. 622 al. 5 CO dispose que « lorsque des titres sont émis, ils sont signés par un membre du conseil d'administration au moins ». Selon le message du Conseil fédéral concernant la révision du droit de la société anonyme, cette tournure conditionnelle vise à préciser que les sociétés anonymes ne sont pas tenues d'émettre des titres « physiques » (FF 2017 353, p. 435). En revanche, les actionnaires peuvent toujours demander l'établissement d'une pièce justificative. Cette modification ne fait ainsi que confirmer ce qui prévaut déjà dans le droit actuel, à savoir qu'il n'existe pas de droit impératif de l'actionnaire à ce que ses droits de participation soient incorporés dans un papier-valeur. La question de savoir si l'actionnaire dispose d'un droit que les statuts peuvent supprimer ou si ce droit n'existe que s'il a été prévu par une disposition statutaire n'est ainsi pas non plus réglée par le nouveau droit des sociétés.

Dans le même sens, l'art. 622 al. 1 CO dans sa nouvelle teneur depuis le 1er février 2021 dispose que les actions « peuvent être nominatives ou au porteur. Elles *peuvent* être émises sous forme de papiers-valeurs« . Quand bien même le Tribunal fédéral ne fait curieusement pas mention de cet élément dans son analyse, il nous semble que celui-ci confirme le fait qu'il n'existe pas de droit impératif de l'actionnaire à ce que ses droits de participation soient incorporés dans un papier-valeur, qui plus est tant en ce qui concerne les actions nominatives que celles au porteur. À l'instar du nouvel art. 622 al. 5 CO tel que mentionné ci-dessus, la question de savoir si ce droit peut être supprimé par les statuts ou si au contraire il doit être prévu par ceux-ci pour exister n'est pas réglée par cette disposition.

Enfin, quand bien même l'arrêt résumé ne règle pas le sort des actions au porteur, cela n'a qu'une importance pratique limitée. En effet, depuis le 1er novembre 2019, les actions au porteur ne sont admises en Suisse que si l'entreprise a des titres de participation cotés en bourse ou a émis des titres intermédiés (art. 622 al. 1bis CO).

Proposition de citation : Marie-Hélène Peter-Spiess, Le droit de l'actionnaire à ce que ses droits de participation soient incorporés dans un papier-valeur, in: https://lawinside.ch/1096/