

ATF 147 III 561 | TF, 27.10.2021, 4A_340/2021*

Lorsqu'une fondation de prévoyance est contrôlée par une société dont elle détient des actions, les droits de vote liés à ces actions sont suspendus (art. 659a et 659b CO par analogie), sauf si des mesures organisationnelles garantissent l'indépendance du conseil de fondation. L'actionnaire qui conteste avec succès les décisions irrégulières prises par l'assemblée générale (art. 691 al. 3 et 706 al. 5 CO) peut obtenir non seulement l'annulation des décisions constatées au procès-verbal, mais aussi la validation judiciaire des décisions qui auraient été prises régulièrement (action formatrice), si la véritable issue du vote est claire.

Faits

Trois individus et une fondation de prévoyance détiennent les actions d'une société anonyme. Les trois personnes physiques constituent le conseil d'administration de la société. Deux d'entre elles sont également membres du conseil de fondation de l'institution de prévoyance.

Une des trois personnes convoque une assemblée générale extraordinaire de la société. Elle y représente non seulement les actions dont elle est titulaire, mais aussi celles qui appartiennent à la fondation de prévoyance, en sa qualité de membre du conseil de fondation. Elle exerce ainsi la majorité des droits de vote.

À l'ordre du jour figurent la révocation des deux autres membres du conseil d'administration et l'élection de deux avocats à leur place. La personne qui a convoqué l'assemblée générale vote ses actions et celles de la fondation de prévoyance en faveur de ces propositions ; les autres actionnaires votent contre. À teneur du procès-verbal, les propositions sont ainsi acceptées à la majorité des actions.

L'un des co-actionnaires (et membres prétendument déchus du conseil d'administration) conteste la validité de ces décisions devant le *Handelsgericht* du Canton de Zurich. Il obtient gain de cause. La société, sous la houlette de son nouveau conseil d'administration, forme recours auprès du Tribunal fédéral.

Ce dernier doit déterminer (1) si le droit de vote lié aux actions détenues par une fondation de prévoyance contrôlée par la société dont elle est actionnaire est suspendu, par application analogique de l'art. 659a CO, et (2) le cas échéant, si la contestation en justice des décisions de l'assemblée générale permet d'obtenir la déclaration (positive) d'une décision autre que celle figurant au procès-verbal.

Droit

L'art. 659 CO limite l'acquisition d'actions propres à 10% voire, temporairement, 20% du capital-actions, et exige que la société finance une telle acquisition au moyen de fonds propres librement disponibles. L'art. 659a CO prévoit que le droit de vote lié aux actions propres est suspendu. La première disposition constitue une règle de protection du capital, tandis que la seconde vise à préserver les compétences inaliénables de l'assemblée générale et éviter la « concentration de pouvoir sans risque » au sein du conseil d'administration. Ces mêmes règles s'appliquent lorsqu'une société-fille détient les actions de sa société-mère (art. 659b CO).

En l'espèce, la fondation de prévoyance est contrôlée par la société dont elle est actionnaire: les membres du conseil d'administration de la société siègent à son conseil de fondation. Sous l'angle de la protection du capital, une fondation de prévoyance ne présente pas les mêmes risques qu'une société-fille acquérant les actions de sa société-mère: elle dispose de moyens propres, affectés à un but spécial (art. 80 CC), et est soumise à la surveillance de l'Etat. Dès lors, les limites de l'art. 659 CO ne s'appliquent pas à l'acquisition d'actions de la société par la fondation de prévoyance dans une telle constellation. Par opposition, s'agissant de la formation de la volonté de l'assemblée générale, le cas d'espèce pose les mêmes problèmes qu'en cas de détention d'actions de la société-mère par une société-fille : le conseil d'administration de la société contrôle *de facto* l'exercice des droits de votes liés aux actions détenues par la fondation de prévoyance. Dans de telles circonstances, c'est à juste titre que le *Handelsgericht* zurichois a appliqué par analogie l'art. 659a cum art. 659b CO. Une conclusion différente pourrait s'imposer en présence de mesures organisationnelles garantissant effectivement l'indépendance du conseil de fondation.

Au regard de ce qui précède, le droit de vote lié aux actions que détient la fondation de prévoyance est suspendu. L'institution de prévoyance a ainsi participé sans droit à l'assemblée générale (art. 691 al. 3 CO).

Dans de telles circonstances, chaque actionnaire peut contester les décisions prises lors de l'assemblée générale (art. 691 al. 3 et art. 706 al. 5 CO). Il faut encore déterminer les conséquences du succès d'une telle action. Jusqu'ici, le Tribunal fédéral a laissé ouverte la question de savoir si l'actionnaire peut requérir non seulement l'annulation des décisions prises, mais aussi la validation judiciaire des décisions qui auraient été prises en l'absence d'irrégularités (*positive Beschlussfeststellungsklage*). Ceci paraît indispensable à la protection effective du droit de vote à l'assemblée générale. Avec la doctrine majoritaire, le Tribunal fédéral retient donc que l'actionnaire peut exercer une action formatrice visant à entériner les décisions valablement prises par l'assemblée, à tout le moins lorsque la véritable issue du vote est claire et que le tribunal ne doit exercer aucun pouvoir d'appréciation. *In casu*, l'instance précédente a à raison retenu que les deux membres du conseil d'administration de la société proposés à la révocation avaient été réélus par l'assemblée générale. Telle est en effet l'issue du vote si on fait abstraction des actions votées sans droit par la fondation de prévoyance.

Partant, le Tribunal fédéral rejette le recours.

Proposition de citation : EMILIE JACOT-GUILLARMOD, Décisions contestées de l'AG: application analogique des règles sur les actions propres et prise de décisions de substitution par le tribunal, in: <https://lawinside.ch/1135/>