ATF 144 III 388 | TF, 22.08.2018, 4A_645/2017*

Le contrat avec soi-même ne fait pas l'objet d'une interdiction de principe en droit des sociétés. Ainsi, un administrateur qui est également actionnaire unique peut conclure un contrat au nom de la société en agissant simultanément comme contrepartie. Dans les autres cas, un pouvoir spécifique ou la ratification de l'acte juridique par l'assemblée générale est nécessaire.

Faits

Depuis 2002, un employé exerce la fonction de CFO d'un groupe composé de plusieurs sociétés. En 2006, le CFO et le CEO du groupe acquièrent ensemble l'intégralité des actions de la société holding qui détient les autres sociétés du groupe.

Quelques mois plus tard, le contrat qui lie le CFO à une des sociétés du groupe est modifié en ce sens que si le contrat est résilié par la société avant le 1er mars 2009, l'employé a droit à une indemnité de départ d'un montant correspondant à deux ans de salaire. Du côté de l'employeuse, l'avenant relatif à cette modification est signé par le directeur RH et le CEO du groupe, administrateur de cette société. Parallèlement, la société signe le même avenant modifiant le contrat du CEO. L'avenant est signé par le CFO et par le directeur RH.

Ces modifications contractuelles font l'objet d'une assemblée générale extraordinaire de l'employeuse. À cette occasion, le CEO est présent comme administrateur de la société et le CFO comme représentant de l'ensemble des actions détenues par la société mère. La procuration nécessaire à cet effet est donnée par le CEO lequel disposait de la signature individuelle pour la société mère.

En décembre 2006, la société employeuse licencie le CFO. Il s'ensuit un litige au sujet du paiement de l'indemnité de départ.

L'employé actionne la société employeuse afin d'obtenir le paiement de l'indemnité d'un montant de CHF 500'000. La société lui réclame, à titre reconventionnel, divers montants. En première instance, la demande principale est rejetée et la reconventionnelle partiellement admise. L'instance d'appel renverse ce jugement, à la suite de quoi la société

employeuse saisit le Tribunal fédéral.

Celui-ci doit notamment trancher la question de savoir si l'avenant concernant le CFO a été valablement conclu malgré la situation de conflit d'intérêts, le CFO et le CEO s'étant avantagés mutuellement.

Droit

D'après la jurisprudence, le contrat que le représentant conclut avec soi-même est en principe illicite en raison du conflit d'intérêts qu'il comporte, et, de ce fait, n'est pas couvert par le but social. Cela a pour conséquence la nullité de l'acte juridique en question, à moins (i) qu'en raison de la nature de l'affaire il n'y a pas de risque pour le représenté ou (ii) que le représenté a conféré au représentant le pouvoir de conclure avec soi-même respectivement qu'il a ratifié l'acte juridique passé par le représentant. Cette jurisprudence s'applique également en ce qui concerne la représentation de sociétés par leurs organes. Dans ce cas, le pouvoir spécifique ou la ratification sont du ressort de l'assemblée générale en tant qu'organe supérieur.

Cette jurisprudence a également été étendue à tous les cas dans lesquels une situation de conflit entre les intérêts de la société et ceux de ses organes se présente. Dans ce contexte, le Tribunal fédéral a toutefois considéré que si l'organe représentant qui conclut le contrat avec soi-même est l'actionnaire unique de la société représenté, le besoin de protection tombe et le contrat vient valablement à chef.

Le Tribunal fédéral observe qu'en l'espèce il n'en va pas de la protection de tiers de bonne foi. En effet, au moment de la signature des avenants, le CFO et le CEO étaient les actionnaires uniques de la holding qui détenait l'ensemble des autres sociétés du groupe. Cette situation est assimilable à celle d'un administrateur qui est également actionnaire unique de la société qu'il représente. Le Tribunal fédéral refuse ainsi de revenir sur la jurisprudence établie dans l'ATF 126 III 361, notamment au motif que le législateur a explicitement admis la possibilité d'une *Einpersonengesellschaft* (art. 625 CO) et a prévu l'obligation de la forme écrite en cas de contrat entre la société et son représentant (art. 718b CO). Dans cette mesure, le contrat avec soi-même n'est pas forcément illicite en droit

des sociétés. En l'espèce, la société employeuse était donc valablement représentée lors de la signature des avenants.

Autre est la question de savoir si, sous l'angle du droit des sociétés, l'avenant est illicite de par son contenu. Les dispositions applicables aux sociétés cotées (art. 20 ORAb) interdisent le paiement des indemnités de départ. Toutefois, elles ne sont pas applicables en l'espèce. Une partie de la doctrine propose d'étendre l'interdiction de telles indemnités aux sociétés non cotées du fait qu'elles seraient contraires aux intérêts de la société. En référence à la même jurisprudence appliquée ci-dessus, le Tribunal fédéral n'analyse pas cette question au motif qu'en l'espèce l'intérêt des deux actionnaires correspondait à ceux des bénéficiaires de l'indemnité (le CFO et le CEO). Ainsi, la signature des avenants n'était pas contraire aux intérêts de la société (art. 717 CO).

Par ailleurs, de l'avis d'une partie de la doctrine, le représentant de la société qui conclut un acte juridique ayant pour effet de conférer à soi-même un avantage, agit de façon contraire à l'art. 678 s. CO (restitution des prestations), voire à l'art. 680 al. 2 CO (interdiction de remboursement du capital social), ce qui entraînerait la nullité de l'acte. Toutefois, la société recourante n'a pas suffisamment motivé son grief partiellement fondé sur cet avis doctrinal, de sorte que le Tribunal fédéral n'a pas à se pencher sur son bien-fondé.

Le Tribunal fédéral retient ainsi que l'avenant conclu avec le CFO est valable, la société ayant été valablement représentée à cette occasion.

Il rejette par conséquent le recours.

Note

Dans son analyse, le Tribunal fédéral laisse également ouverte la question de savoir si la décision de l'assemblée générale approuvant la signature de l'avenant est incompatible avec les structures de base de la société anonyme ou avec les dispositions de protection du capital social selon l'art. 706b ch. 3 CO. La société recourante n'a en effet pas suffisamment motivé ce grief.

De manière plus générale, cet arrêt semble aller dans la direction de la théorie postulant

que les administrateurs d'une société doivent veiller aux intérêts des actionnaires (*shareholders*) sans se soucier spécifiquement des intérêts d'autres parties qui pourraient être touchées par certaines décisions (*stakeholders).*

Une partie de la doctrine critique la jurisprudence sur laquelle se fonde cet arrêt (ATF 126 III 361), précisément en raison du fait qu'elle affaiblit en quelque sorte la protection des créanciers. Ceux-ci gardent en effet, suivant les circonstances, la possibilité d'invoquer la nullité de tel ou tel contrat passé par la société grâce à l'action paulienne, mais en l'absence d'une telle action l'acte juridique en question demeure valable.

Proposition de citation : Simone Sch□rch, Le contrat avec soi-même en droit des sociétés, in: https://lawinside.ch/661/