

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

La transparence inversée s'applique de façon plus restrictive que la transparence directe. En plus des conditions (i) de l'identité économique entre l'actionnaire (débiteur) et la société et (ii) de l'invocation abusive de l'indépendance économique entre les deux sujets juridiques, le Tribunal fédéral requiert (iii) l'existence de raisons particulières dans le cas particulier.

Une disposition statutaire limitant la transmissibilité des actions peut valablement faire obstacle au respect d'un droit de préemption prévu contractuellement, ce en particulier lorsque la limitation existait déjà au moment où le droit de préemption a été stipulé.

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 71% 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 vend 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 judgment rule* en lien avec l'*escape clause* et (iii) l'existence d'un cas d'application de la transparence inversée.

Droit

Après avoir (i) admis la qualité pour agir de la sœur de l'actionnaire et (ii) retenu, d'une part, que la *business judgment rule* n'était pas applicable à la décision du conseil d'administration refusant l'inscription d'un acquéreur d'actions au registre des actions et, d'autre part, que cette décision était conforme au droit en l'espèce (cette partie de l'arrêt a fait l'objet d'un résumé séparé: LawInside.ch/810), (iii) le Tribunal fédéral se penche sur la problématique de la transparence inversée.

Dans une argumentation subsidiaire, l'instance cantonale a considéré que par l'effet de la transparence inversée le devoir de la Société A de remettre les actions à la sœur de l'actionnaire serait opposable à la Société B de sorte que celle-ci devrait procéder à son inscription dans le registre des actions.

Le devoir de la Société A de remettre à la sœur de l'actionnaire les actions de la Société B découle du jugement faisant suite à la première demande en justice de la sœur, fondée sur le droit de préemption contenu dans le contrat de vente entre l'actionnaire et son père. Selon le Tribunal fédéral, pour mettre à charge de la Société B le devoir de la Société A de remettre les actions à la sœur, la transparence inversée serait applicable à deux niveaux :

une première fois entre l'actionnaire et la Société A (puisque le droit de préemption oblige l'actionnaire en tant que partie au contrat conclu avec son père, et non pas la Société A) et une deuxième fois entre la Société A et la Société B.

Le premier niveau d'application de la transparence inversée a fait l'objet du premier jugement cantonal qui est entré en force, de sorte qu'il n'a pas à être examiné par le Tribunal fédéral. S'agissant du deuxième niveau, il concerne les obligations découlant du droit de préemption contractuel prévu dans le contrat entre l'actionnaire et son père.

La jurisprudence n'admet l'application du principe de la transparence (*Durchgriff*) que de façon restrictive, essentiellement lorsque (a) un débiteur et un tiers ont la même identité d'un point de vue économique (identité de personnes), ou qu'il y a domination économique du premier sur le deuxième et (b) l'invocation de l'indépendance juridique entre les deux sujets juridiques apparaît manifestement abusive. La jurisprudence distingue entre la transparence directe (*Durchgriff*) et la transparence inversée (*umgekehrter Durchgriff*) (distinction rappelée récemment dans l'[ATF 144 III 541](#), c. 8.3.4). La première permet au créancier de rechercher l'actionnaire pour des dettes de la société, alors que, inversement, la deuxième permet au créancier de rechercher la société pour des dettes de l'actionnaire. De manière générale, la transparence (au sens large) peut porter sur des dettes découlant d'actes illicites mais également d'un contrat. Ainsi, le Tribunal fédéral a par exemple étendu une obligation de s'abstenir à une société *de facto* contrôlée par un actionnaire majoritaire après que celui-ci avait violé le contrat d'acquisition d'une patente (conclu à titre personnel avec un tiers) en exploitant cette dernière au travers de la société ([ATF 71 II 272](#)).

En l'espèce, l'application de la transparence inversée aurait pour effet que les obligations de l'actionnaire découlant du droit de préemption prévu par le contrat de vente conclu avec son père seraient imputables à la Société B.

Contrairement à l'ancien arrêt cité ci-dessus, le respect des obligations contractuelles contrevient ici à une disposition statutaire de la Société B (restriction à transmissibilité des actions, *Vinkulierung*). Le droit de préemption prévu contractuellement n'est, en tant que tel, pas opposable à la société, de sorte que celle-ci peut faire obstacle à l'exécution du droit de préemption contractuel. Cela découle directement de la dichotomie entre droit des

obligations et droit des sociétés. La sœur de l'actionnaire ne pouvait ignorer cette situation, la disposition statutaire en question existant déjà au moment de la signature du contrat de vente (qu'elle a également contresigné). Le Tribunal fédéral note également que la Société A, en tant qu'actionnaire majoritaire de la Société B, n'était pas tenue de s'opposer au refus d'inscrire la sœur de l'actionnaire au registre des actions ou d'entreprendre les démarches en vue d'abroger la clause statutaire limitant la transmissibilité des actions, ce qui aurait permis le respect du droit de préemption sans que le conseil d'administration n'ait à approuver le transfert. En effet, cela aurait impliqué que les représentants de la Société A siégeant au conseil d'administration de la Société B suivent les directives de l'actionnaire qu'ils représentaient. Or, en reprenant les avis doctrinaux sur cette question, le Tribunal fédéral considère que le respect de telles directives par les administrateurs n'est possible que dans la mesure où cela est compatible avec l'intérêt de la société.

Finalement, en plus de cet argument lié à la distinction entre obligations contractuelles et dispositions de droit des sociétés, le Tribunal fédéral retient que les conditions pour l'application de la transparence inversée ne sont pas réalisées en l'espèce. Il relève que ce principe doit être appliqué avec plus de retenue que la transparence directe, les créanciers d'une société n'ayant pas à compter sur le fait que leur débitrice doive répondre des dettes de son actionnaire. Ainsi, le Tribunal fédéral semble requérir, pour que la transparence inversée s'applique, que le débiteur soit l'actionnaire unique de la société obligée par l'effet de la transparence inversée, ou à tout le moins qu'il y ait confusion entre le patrimoine du débiteur et de la société et que, de plus, il existe des raisons particulières justifiant l'application de ce principe dans le cas particulier.

En l'espèce, le fait que la Société A soit l'actionnaire de la Société B à hauteur de 71% n'est pas suffisant pour retenir un cas de transparence inversée. Il ne se justifie donc pas de porter (indirectement) atteinte aux intérêts des autres actionnaires (et des créanciers) de la Société B, laquelle ne répond donc pas des obligations de la Société A en ce qui concerne le transfert des actions à la sœur de l'actionnaire.

Le recours de la Société B est par conséquent admis et la demande de la sœur de l'actionnaire rejetée.

Note

Cet arrêt est très intéressant à plusieurs égards.

Tout d'abord, on notera que la transparence directe et la transparence indirecte découlent de la même théorie. Cela se traduit, dans la jurisprudence du Tribunal fédéral, par l'utilisation des mêmes considérants. L'approche suisse se distingue ainsi de celle d'autres juridictions, où les deux théories font l'objet de conditions spécifiques propres (pour les aspects historiques/de droit comparé et pour un exemple d'application récent dans la jurisprudence tessinoise cf. l'intéressante contribution de [Francisco Rapp, Il superamento inverso della personalità giuridica, in Rivista ticinese di diritto, I-2019, p. 669 ss](#)).

Le Tribunal fédéral semble toutefois nuancer cette approche uniforme dans l'arrêt résumé ici. En effet, la Haute Cour considère que la transparence inversée doit être appliquée plus restrictivement, ce qui se justifie en particulier par le fait que les créanciers d'une société n'ont pas à compter sur le fait que la société doive répondre des dettes de ses actionnaires. Le considérant topique (c. 4.3.2) indique que des raisons particulières (« *ganz besonderen Begründungen* ») doivent justifier l'application de la transparence inversée dans chaque cas d'espèce. Le Tribunal fédéral cite dans ce contexte deux décisions dans lesquelles il a retenu l'application de la transparence inversée. On déduit de ces arrêts que la transparence inversée ne se justifie que lorsque, sous l'angle économique, il y a confusion (totale) entre la sphère économique de l'actionnaire et celle de la société. En pratique, cela signifie que l'identité économique ne pourra être retenue qu'en présence d'un actionnaire unique ou quasi unique (dans un des deux cas l'actionnaire n'avait « que » 95% des actions de la société). Cette condition semble correspondre, en soi, à celle qui découle de la théorie générale de la transparence (identité de personnes), mais est interprétée de façon plus restrictive dans le cas de la transparence inversée, en ce sens que des raisons particulières dans le cas d'espèce sont requises.

Deuxièmement, le Tribunal fédéral consacre la distinction entre obligations contractuelles et dispositions du droit des sociétés. Il évoque à cet égard les conventions d'actionnaires qui, en tant qu'instruments purement contractuels, n'ont aucun effet sur les règles du droit des sociétés. Une disposition statutaire limitant la transmissibilité des actions (cf. [art. 685a](#)

ss CO) peut donc réduire à néant la portée d'un droit de préemption contractuel. La pratique fait très largement recours aux conventions d'actionnaires, lesquelles peuvent par exemple prévoir des clauses pénales en cas de violation ou la remise des titres auprès d'un tiers-séquestre.

Enfin, relevons que, dans un *obiter dictum*, le Tribunal fédéral mentionne la problématique des administrateurs représentants des actionnaires, et des directives que ces derniers peuvent donner à leurs représentants individuellement ou au travers d'une convention d'actionnaires qui les lie. En accord avec la doctrine majoritaire, le Tribunal fédéral retient qu'un administrateur peut suivre des directives qui lui sont imparties pour autant que cela soit compatible avec l'intérêt de la société, à défaut de quoi il engage sa responsabilité personnelle (art. 754 CO).

Proposition de citation : SIMONE SCHÜRCH, Escape clause, business judgment rule et transparence inversée (2/2), in: <https://lawinside.ch/814/>