

Le principe d'égalité de traitement et les rapports contractuels entre la société et ses actionnaires

Damiano Canapa

1. Introduction

Cette contribution propose une présentation de la portée du principe d'égalité de traitement entre les actionnaires, qui découle notamment des articles 706 alinéa 2 chiffre 3 et 717 alinéa 2 CO, en lien avec l'aliénation, par la société, de valeurs patrimoniales lui appartenant.

De manière générale, les actionnaires ont droit à l'égalité de traitement. Ce principe, qui existe indépendamment de celui de l'interdiction de l'abus de droit¹, vise à limiter la liberté de décision de l'assemblée générale, à encadrer la marge de manœuvre du conseil d'administration et à restreindre la liberté contractuelle de la société en rapport avec des personnes lui étant proches². L'égalité de traitement entre actionnaires est qualifiée de « relative » : elle implique (1.) que des actionnaires se trouvant dans une situation identique doivent être traités de la même manière par l'assemblée générale et les organes exécutifs de la société et (2.) qu'il est autorisé de différencier entre actionnaires, à condition que cette différenciation se fasse selon des critères uniformes³. Ces critères de différenciation doivent se trouver en relation matérielle avec la société et la position d'actionnaire⁴ : l'élément déterminant est la participation au capital des actionnaires, tandis que la personne titulaire des actions est indifférente⁵.

Les conséquences économiques d'un acte d'une société anonyme n'ont donc pas à être identiques pour tous ses actionnaires. Une dérogation au principe de l'égalité de traitement entre les actionnaires est admissible et licite si elle n'est pas arbitraire et qu'elle est justifiée par des raisons objectives : il doit s'agir d'un moyen objectivement approprié pour atteindre un but social justifié⁶, comme l'intérêt social⁷ ou des motifs économiques raisonnables⁸.

II. Egalité de traitement et rapports contractuels

L'application du principe d'égalité de traitement en matière de rapports sociaux entre les actionnaires et la société est incontestée⁹. Son application aux rapports contractuels entre les actionnaires et la société n'a, en revanche, pas été tranchée de manière définitive par le Tribunal fédéral. Dans l'ATF 88 II 98, la Haute Cour a jugé que l'obligation, pour les organes de la SA, de traiter ses actionnaires de manière égale ne concernait pas les affaires dans lesquelles ces derniers agissaient comme des tiers vis-à-vis de la société. Les actionnaires n'avaient aucun droit préférentiel sur des actions que la société avait précédemment acquises et souhaitait revendre¹⁰. Dans l'ATF 95 II 157, le Tribunal fédéral a conclu, à l'opposé, que les contrats entre une société anonyme et son actionnaire principal devaient respecter le principe de l'égalité de traitement ; en cas d'inégalité de traitement abusive, une décision de l'assemblée générale devait être annulée¹¹.

Dans ce contexte, l'arrêt du Tribunal fédéral 4A_655/2016 du 15 mars 2017 apporte un nouvel éclairage à la question de l'application du principe d'égalité de traitement entre actionnaires aux rapports contractuels entre la société et ses actionnaires. Les juges de Mon-Repos devaient notamment décider si le principe d'égalité de traitement était violé dans le cas d'une aliénation d'actifs - en l'occurrence d'actions d'une société tierce - par une société anonyme à certains de ses actionnaires. Plus précisément, la question qui se posait était celle de l'existence ou non d'une restriction à la liberté contractuelle du conseil d'administration (et non de l'assemblée générale, comme c'était le cas dans l'ATF 95 II 157) en cas de contrat conclu entre la société et ses actionnaires¹².

Alors que la dernière instance cantonale avait jugé que le principe d'égalité de traitement ne comportait pas de droit semblable à celui du droit de souscription préférentiel d'acquérir une partie des actifs vendus à un actionnaire de la société, le Tribunal fédéral, dans une argumentation plus différenciée, a laissé la porte ouverte à une application du principe d'égalité de traitement aux situations où la société s'engageait contractuellement avec ses actionnaires. A défaut de déployer des effets dans toutes les opérations juridiques entre une société et ses actionnaires, le principe pourrait s'appliquer dans les situations où l'acte juridique considéré serait en lien avec la position d'actionnaire. A titre d'exemple d'une telle situation, le Tribunal fédéral a cité l'octroi d'un prêt à un actionnaire à des conditions spéciales¹³.

III. Conclusion

Bien qu'aucune réponse définitive n'ait été apportée, l'argumentaire de l'arrêt 4A_655/2016 du 15 mars 2017 conforte l'opinion selon laquelle le principe d'égalité de traitement entre actionnaires doit également s'appliquer dans le cadre des rapports contractuels entre la société et ses actionnaires lorsque ces rapports sont en lien avec la position d'actionnaire¹⁴. Une telle interprétation est correcte et nécessaire. D'une part, elle est en accord avec les principes généraux du droit de la société anonyme, puisqu'elle tient compte des principes de la majorité (art. 703 CO) et de la haute direction de la société par son conseil d'administration (art. 706a al. 1 ch. 1). D'autre part, elle respecte les attentes légitimes des actionnaires minoritaires d'être traités de manière identique que les majoritaires. Ce cas est à rapprocher de celui de la vente, par une société, de ses propres actions à certains de ses actionnaires. Là aussi, la doctrine est d'avis que le principe d'égalité de traitement relative doit être respecté¹⁵.

La vente par une société anonyme d'actifs à certains de ses actionnaires ne devrait donc poser aucun problème. Une exception serait constituée des cas où les rapports contractuels sont en lien avec la position d'actionnaire et où la majorité compétente abuserait du pouvoir qui lui a été conféré « en lésant sans raison objective les intérêts opposés de la minorité »¹⁶. Entreraient dans ce cadre les opérations de la société avec ses actionnaires qui n'auraient pas été effectuées « at arm's length ».¹⁷

Damiano CANAPA

Professeur à l'Université de Lausanne, LL.M. (Bruges), LL.M. (Yale)

Notes

¹ Arthur Meier-Hayoz/Peter Forstmoser, *Droit suisse des sociétés : avec mise à jour 2015*, Berne 2015, § 16 N 144 s. ; Hans Caspar von der Crone, *Aktienrecht*, Berne 2014, § 8 N 28.

² Claire Huguenin Jacobs, *Das Gleichbehandlungsprinzip im Aktienrecht*, Zurich 1994, 45 ss. Une décision violant le principe est annulable si elle est le fait de l'assemblée générale. Si elle est prise par le conseil d'administration, d'autres moyens de droit sont envisageables, comme l'action en responsabilité, Peter Böckli, *Aktienrecht*, 4^{ème} éd., Zurich 2009, § 13 N 683. S'agissant des traitements différenciés dérivant des statuts, ceux-ci ne sont admissibles que s'ils sont expressément prévus par la loi, Roland von Büren/Walter Stoffel/Rolf Weber, *Grundriss des Aktienrechts*, 3^{ème} éd., Zurich/Bâle/Genève 2011, N 853.

³ ATF 69 II 246, consid. 1 ; Meier-Hayoz/Forstmoser, § 16 N 146 ; Henry Peter/Francesca Cavadini, in *Commentaire romand, Code des obligations II*, Pierre Tercier/Marc Amstutz/Rita Trigo Trindade (éds.), Bâle 2017 (cité : CR-Peter/Cavadini), N 19 ad art. 717 CO ; Rolf Watter/Katja Roth Pellanda, in *Basler Kommentar, Obligationenrecht II*, Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (éds.), Bâle 2016 (cité : BaK-Watter/Roth Pellanda), N 23 ad art. 717 CO. Le droit de la société anonyme connaît également une égalité de traitement « absolue » entre les différentes personnes qui composent l'actionnariat. Cette égalité « par tête » concerne la majorité des droits de protection - par exemple, le droit d'attaquer les décisions de l'assemblée générale (art. 706 CO) -, mais aussi certains droits de participation, comme le droit de participation à l'assemblée générale (art. 689 CO), Peter Forstmoser/Arthur Meier-Hayoz/Peter Nobel, *Schweizerisches Aktienrecht*, Berne 1996, § 39 N 71 ss.

⁴ von der Crone, § 8 N 33.

⁵ Böckli, § 13 N 679 ; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 8 N 33. La relativité de l'égalité de traitement s'exprime dans les droits patrimoniaux, le droit de vote ou le droit de souscription préférentiel lors de l'émission de nouvelles actions. Selon les cas, la participation financière effective ou la valeur nominale des actions est déterminante, Meier-Hayoz/Forstmoser, § 16 N 146.

⁶ ATF 69 II 246, consid. 1 ; ATF 102 II 267 ; ATF 117 II 290, consid. 6 bb ; Böckli, § 13 N 680 ; von Büren/Stoffel/Weber, N 684, 853 ; CR-Peter/Cavadini, N 32 ad art. 706 CO ; CR-Peter/Cavadini, N 20 ad art. 717 CO.

⁷ Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 39 N 65.

⁸ TF 4A_205/2008 du 19 août 2008, consid. 4.

⁹ von der Crone, § 8 N 38.

¹⁰ ATF 88 II 98, consid. 3 et 4.

¹¹ ATF 95 II 157, consid. 9.

¹² TF 4A_655/2016 du 15 mars 2017, consid. 4.4.4.

¹³ Faute pour le recourant d'avoir argumenté dans ce sens, le Tribunal n'a pas étendu son analyse au-delà de l'énoncé de cette éventualité, TF 4A_655/2016 du 15 mars 2017, consid. 4.4.4.

¹⁴ Voir aussi : von der Crone, § 8 N 38 ; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 39 N 47 ss ; Böckli, § 13 N 689 ss ; BaK-Watter/Roth Pellanda, N 33 ad art. 717 CO.

¹⁵ Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 39 N 50 ; Böckli, § 13 N 687 ; voir également Stephan Weibel, Verkauf eigener Aktien an ausgewählte Aktionäre, RSDA 2009, p. 353, 359 ss, qui énonce une série de critères (notamment le fait que le prix des actions ne devrait pas être inférieur à la valeur marchande des actions ou que la vente de ces dernières ne devrait pas mener à la formation de nouvelles participations qualifiées) devant être réalisés pour qu'une telle vente puisse avoir lieu.

¹⁶ Principe du fondement objectif, ATF 131 III 456, consid. 5.3, JdT 2005 I 588, 591.

¹⁷ Dans ce sens : Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 39 N 50. Si la décision résultait de l'assemblée générale de la société, l'accord de la majorité de la minorité des actionnaires (pour un exemple d'application, voir Commission des OPA, Décision 518/01 du 11 octobre 2012, Advanced Digital Broadcast Holdings AG - requête de 4T SA en constatation de l'inexistence de l'obligation de présenter une offre (validité d'une clause d'opting out)) devrait être requise pour que l'opération soit valable.