

UNIVERSITÉ DE LAUSANNE

ÉCOLE DE DROIT
FACULTÉ DE DROIT, DES SCIENCES CRIMINELLES
ET D'ADMINISTRATION PUBLIQUE

LA RESPONSABILITÉ DU CONSEIL D'ADMINISTRATION DES SOCIÉTÉS DE FAMILLE EN
LIEN AVEC LE RÉGIME DES RESTRICTIONS À LA TRANSMISSIBILITÉ DES ACTIONS

MÉMOIRE

présenté

par

Marine Ecabert

sous la direction du

Professeur Jean-Luc Chenux

Lausanne, le 10 septembre 2018

Table des matières

1	Introduction	1
2	Les sociétés anonymes de famille	1
2.1	Les caractéristiques	1
2.2	Les atouts.....	2
2.3	La forme juridique.....	3
2.4	Les enjeux spécifiques.....	4
2.4.1	Le maintien de la détention du capital-actions en mains familiales.....	4
2.4.2	La gouvernance de la société.....	5
3	Les restrictions à la libre transmissibilité des actions dans les sociétés de famille.....	5
3.1	Le principe de la libre transmissibilité des actions et ses dérogations	5
3.2	Les restrictions à la transmissibilité des actions non cotées dans les sociétés de famille	6
3.2.1	Le refus d’approbation fondé sur un juste motif	7
3.2.1.1	La clause d’agrément consacrant le juste motif de refus.....	7
3.2.1.1.1	Le but social	7
3.2.1.1.2	L’indépendance économique de l’entreprise.....	8
3.2.1.2	La décision de refus d’approbation	9
3.2.1.3	Les effets juridiques du refus	10
3.2.2	Le refus d’approbation avec offre de rachat.....	11
3.2.2.1	En général.....	11
3.2.2.2	Les devoirs du conseil d’administration.....	12
3.2.3	L’action tendant à l’approbation du transfert	13
3.2.3.1	Suite à une décision de refus fondée sur une clause de famille	13
3.2.3.2	Suite à une décision de refus avec offre de rachat	14
3.2.3.3	Les conséquences de l’admission de l’action en approbation.....	15
4	La responsabilité du conseil d’administration des sociétés de famille en lien avec le régime des restrictions à la transmissibilité des actions	15
4.1	La responsabilité du conseil d’administration dans la gestion.....	16
4.1.1	Le manquement aux devoirs.....	17
4.1.1.1	Les devoirs du conseil d’administration consacrés par l’art. 717 CO.....	17
4.1.1.1.1	Le devoir de diligence	17
4.1.1.1.2	Le devoir de fidélité	17
4.1.1.1.2.1	La notion d’intérêt social.....	18
4.1.1.1.2.2	Les conflits d’intérêts	19
4.1.1.1.3	Le devoir d’égalité de traitement.....	20
4.1.1.2	L’appréciation judiciaire des décisions de gestion.....	20
4.1.1.2.1	En général.....	20
4.1.1.2.2	Les conditions d’application de la <i>business judgment rule</i> telle qu’appliquée par le Tribunal fédéral	21
4.1.1.2.2.1	Une décision de gestion.....	21
4.1.1.2.2.2	Une base d’information adaptée.....	21
4.1.1.2.2.3	Un processus décisionnel irréprochable	22
4.1.1.2.2.4	Une absence de conflit d’intérêts	22
4.1.1.2.3	Le contrôle matériel des décisions	23
4.1.1.2.3.1	En cas de respect des conditions d’application	23
4.1.1.2.3.2	En cas de non-respect des conditions d’application.....	24
4.1.2	Le dommage	24

4.1.3	La faute.....	25
4.1.4	Le lien de causalité naturelle et adéquate.....	25
4.2	La responsabilité du conseil d'administration en lien avec le régime des restrictions à la transmissibilité des actions	25
4.2.1	En cas de refus d'approbation illicite.....	26
4.2.1.1	Le manquement aux devoirs.....	26
4.2.1.1.1	Le manquement aux devoirs en présence d'une décision au refus d'approbation illicite fondée sur une clause de famille.....	26
4.2.1.1.1.1	Une décision de gestion.....	26
4.2.1.1.1.2	La base d'informations adaptée.....	27
4.2.1.1.1.3	Un processus décisionnel irréprochable	27
4.2.1.1.1.4	Une absence de conflit d'intérêts	27
4.2.1.1.1.5	Le contrôle matériel de la décision.....	29
4.2.1.1.1.6	La responsabilité des actionnaires	30
4.2.1.1.2	Le manquement aux devoirs en présence d'une décision de refus d'approbation avec offre de rachat illicite.....	30
4.2.1.1.2.1	Les conditions d'application de la <i>business judgment rule</i>	30
4.2.1.1.2.2	Le contrôle matériel de la décision.....	30
4.2.1.1.2.3	La responsabilité des actionnaires	31
4.2.1.2	Le dommage	31
4.2.1.3	La faute.....	32
4.2.1.4	Le lien de causalité naturelle et adéquate.....	32
4.2.2	La conduite illicite d'un procès	32
4.2.2.1	Le manquement aux devoirs.....	32
4.2.2.1.1	Une décision de gestion.....	33
4.2.2.1.2	Une base d'informations adaptée	33
4.2.2.1.3	Un processus décisionnel irréprochable	33
4.2.2.1.4	Une absence de conflit d'intérêts	33
4.2.2.1.5	Le contrôle matériel de la décision.....	33
4.2.2.1.6	La responsabilité des actionnaires	34
4.2.2.2	Le dommage	34
4.2.2.3	La faute.....	34
4.2.2.4	Le lien de causalité naturelle et adéquate	34
4.2.3	Les autres situations susceptibles de fonder la responsabilité des administrateurs	34
4.2.3.1	En cas de fixation de la valeur réelle des actions par le juge	35
4.2.3.2	En cas de revente d'actions propres	35
4.2.3.2.1	Les opérations pour propre compte	36
4.2.3.2.2	L'égalité de traitement entre actionnaires familiaux et actionnaires tiers	

37

5	Conclusion.....	38
----------	------------------------	-----------

1 Introduction

En représentant près de 90% des sociétés en Suisse¹, les sociétés de famille – exploitées le plus souvent sous la forme de société anonyme² – constituent un véritable pilier de notre économie³. Ces sociétés, détenues majoritairement en mains familiales, ont souvent pour souhait de limiter le cercle de leur actionariat. A cette fin, elles font usage du régime légal des restrictions à la transmissibilité des actions, en vertu duquel tout transfert d’actions est subordonné à l’approbation du conseil d’administration, respectivement de l’assemblée générale. Par ce biais, des personnes qui ne feraient pas partie de la famille peuvent se voir empêchées d’intégrer l’actionariat de la société. Toutefois, une certaine insécurité juridique règne à l’heure actuelle en raison des incertitudes qui pèsent sur l’admissibilité des clauses dites de famille et sur la préservation du caractère familial de l’actionariat comme intérêt social. Par conséquent, les sociétés de famille ne sont pas assurées de pouvoir se protéger contre l’entrée dans leur actionariat de personnes étrangères à la famille.

Par ailleurs, il arrive fréquemment que les personnes qui siègent au conseil d’administration présentent des liens étroits avec la famille. Cette réalité ne va pas sans poser problème eu égard au fait qu’il revient en principe au conseil d’administration d’appliquer le régime des restrictions à la transmissibilité des actions. Par conséquent, il se peut que le conseil d’administration, en raison de son manque d’indépendance envers la famille, prenne des décisions en matière de transfert d’actions qui satisfassent les seuls intérêts de la famille, sans se préoccuper des intérêts de la société. Toutefois, la loi met à la charge du conseil d’administration un certain nombre de devoirs qui viennent limiter sa liberté dans la décision et dont la violation peut entraîner la responsabilité personnelle de ses membres.

Au cours de ce travail, nous nous pencherons ainsi successivement sur les sociétés de famille, sur le régime des restrictions à la transmissibilité des actions ainsi que sur l’institution de la responsabilité du conseil d’administration dans la gestion.

2 Les sociétés anonymes de famille

Dans cette présente section, nous exposerons dans un premier temps les caractéristiques des sociétés anonymes de famille. Puis, nous mettrons en évidence les atouts qu’elles présentent. Ensuite, nous nous pencherons sur la forme juridique sous laquelle elles sont exploitées, pour enfin évoquer les enjeux spécifiques auxquels elles font face.

2.1 Les caractéristiques

En l’absence de définition légale et jurisprudentielle, la doctrine a développé diverses définitions⁴, dont des caractéristiques communes se dégagent.

Tout d’abord, l’actionariat des sociétés anonymes de famille se compose de membres de la famille⁵. Plus large que celle définie par droit civil⁶, la notion de « *famille* » dans ce contexte comprend les « *ascendants, descendants, parents par alliance, etc.* »⁷. S’il existe une divergence doctrinale quant à l’admissibilité de la présence de tiers au sein de l’actionariat,

¹ FREY/HALTER/ZELLWEGER, p. 5.

² FREY/HALTER/ZELLWEGER, p. 15.

³ PETER/JACQUEMET, p. 14.

⁴ PETER/JACQUEMET p. 14 s. ; MARTIN, p. 24 s. ; PREMAND, N 176 ; BÜHLER Ch., p. 318 ; BAUMANN, p. 19 ss.

⁵ PETER/JACQUEMET p. 15 ; MARTIN, p. 24 ; PREMAND, N 152 ss ; BÜHLER Ch., p. 318 ; BAUMANN, p. 21 s.

⁶ Cf. Art. 90 ss du Code civil suisse du 10 décembre 1907 (CC ; RS 210).

⁷ MARTIN, p. 36 ; Dans ce sens, PREMAND, N 81 ; BAUMANN, p. 12 ; RÜEGSEGGER, p. 21 ; VOGEL, p. 21.

elle semble être admise, à tout le moins lorsque les actions sont détenues de manière prépondérante en mains familiales⁸.

Ensuite, la famille exerce une influence déterminante sur la société⁹, plus précisément sur le processus décisionnel et sur la formation de sa volonté¹⁰. Selon une étude¹¹, l'influence de la famille peut se mesurer à l'aune de trois critères : la participation au capital-actions, le contrôle au sein du conseil d'administration et la présence au sein la direction¹². A cet égard, le constat suivant a été dressé : d'une part, la famille détient plus de 50% du capital-actions dans les 97,3% des cas¹³, d'autre part, les membres de la famille représentent 67% du conseil d'administration¹⁴ et de la direction¹⁵.

Enfin, les sociétés de famille présentent un élément de « *conservation* »¹⁶, qui peut se manifester par la transmission de la société à la génération suivante¹⁷ ou par la participation de plusieurs générations au sein de la société¹⁸.

2.2 Les atouts

L'importance nationale¹⁹, respectivement internationale²⁰, acquise par les sociétés de famille ne doit rien au hasard, mais bien à l'exploitation d'un modèle économique « *souvent loué* »²¹. En effet, les sociétés de famille mettent en œuvre une politique économique orientée vers le long terme²² et sont, de manière générale, plus performantes²³. Deux facteurs peuvent l'expliquer. Premièrement, les actionnaires familiaux restent généralement présents dans la société sur une longue période²⁴ et cherchent à garantir la « *pérennité de la société sur le long terme* »²⁵. Deuxièmement, en raison du fort chevauchement identitaire entre la société et la famille²⁶, la réputation de celle-ci dépend souvent de la réputation de celle-là²⁷. Partant, la famille prête une attention particulière à soigner les relations qu'entretient la société avec les

⁸ MARTIN p. 37 ; BAUMANN, p. 22 ; BÜHLER, p. 318 ; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 62 N 5 ; *Contra* : VOGEL, p. 21.

⁹ PETER/JACQUEMET, p. 14 s. ; MARTIN, p. 25 ; PREMAND, N 151 ; BÜHLER Ch., p. 318 ; BAUMANN, p. 19 ; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 62 N 5 ; Cf. FREY/HALTER/ZELLWEGER, p. 2.

¹⁰ GERMANN, N 419.

¹¹ Cf. FREY Urs/HALTER Frank/ZELLWEGER Thomas, *Bedeutung und Struktur von Familienunternehmen in der Schweiz, Schweizerisches Institut für Klein- und Mittelunternehmen an der Universität St. Gallen (KMU-HSG)*, Saint-Gall 2004.

¹² FREY/HALTER/ZELLWEGER, p. 2 ; Pour le calcul de cette influence, voir MARTIN, p. 27.

¹³ FREY/HALTER/ZELLWEGER, p. 10.

¹⁴ FREY/HALTER/ZELLWEGER, p. 16.

¹⁵ FREY/HALTER/ZELLWEGER, p. 19.

¹⁶ MARTIN, p. 25 ; *Contra* : PREMAND, N 85.

¹⁷ RÜEGSEGGER, p. 21 ; Cf. VOGEL, p. 21.

¹⁸ BÜHLER, p. 318 ; BAUMANN, p. 21 ; *Contra* : KUNZ 2018, p. 449.

¹⁹ Cf. n. 1.

²⁰ Notamment : Novartis, Roche et Richemond ; Cf. DAWSON/KERSLEY/NATELLA.

²¹ CHENAUX, p. 519.

²² KUNZ 2018, p. 451 ; CHENAUX, p. 519 ; *The Economist*, p. 4 ; LEE, p. 103.

²³ CHENAUX, p. 519 ; LEE, p. 103 ; Pour plus de détails, voir TOKARCZYK/HANSEN/GREEN/DOWN, p. 17 ss. et ANDERSON/DAVID, p. 1301 ss.

²⁴ MUSTAKI/URBEN 2017, p. 6 ; LEE, p. 104 s. et réf. cit. ; ANDERSON/REEB, p. 1305.

²⁵ MUSTAKI/URBEN 2017, p. 6.

²⁶ FERNANDEZ-ARAOZ/IQBAL/RITTER, p. 85 ; Cf. DYER p. 263 et réf. cit.

²⁷ ZELLWEGER/NASON, p. 207 ; Cf. LEE, p. 106 ; ANDERSON/REEB, p. 1306.

différentes parties prenantes (« *stakeholders* »)²⁸, notamment les employés et les clients²⁹. De ce fait, il n'est pas rare que les employés développent une certaine loyauté envers la société³⁰, qui les rend plus enclins à donner de leur personne pour contribuer à la prospérité de la société³¹. En outre, la famille peut amener la société à adopter une conduite socialement et environnementalement responsable³², actuellement essentielle pour se forger ou garder une bonne réputation³³, elle-même cruciale pour la bonne marche de ses affaires³⁴. Par ailleurs, les problèmes d'agence sont moins présents dans les sociétés de famille³⁵, en raison notamment de la convergence des intérêts des actionnaires et des dirigeants³⁶. En somme, des auteurs relèvent que « *les sociétés de famille [...] procurent deux des ingrédients les plus importants pour croître qui sont la confiance et la loyauté* »³⁷.

2.3 La forme juridique

Si les raisons qui amènent à exploiter une société de famille sous la forme de société anonyme sont multiples³⁸, ce choix n'est pas sans conséquence. En effet, le droit suisse consacre le principe de l'unité du droit de la société anonyme, en vertu duquel le même régime juridique vaut pour toute société anonyme, sans égard aux traits spécifiques que ces dernières pourraient présenter³⁹. Or, le régime juridique conçoit les sociétés anonymes comme des entités à caractère impersonnel⁴⁰ et capitaliste⁴¹. Partant, il n'est pas toujours adapté aux sociétés de famille, entités fortement personnalisées⁴².

Toutefois, le Tribunal fédéral et le législateur ne sont pas indifférents aux spécificités que peuvent présenter certaines sociétés anonymes. En effet, le Tribunal fédéral estime, au sujet des sociétés anonymes de famille, que « *la société anonyme est une société de capitaux et non une société de personnes, de sorte que les intérêts financiers sont déterminants, même s'il est vrai que l'on peut, dans les petites sociétés de famille, tenir compte également dans une certaine mesure des relations personnelles* »⁴³. En outre, il existe des instruments légaux qui permettent

²⁸ DYER, p. 263 s. et réf. cit. ; LEE, p. 106 ; Cf. KUNZ 2018, p. 451 ; Pour plus de détails, voir ZELLWEGGER/NASON, p. 203 ss.

²⁹ DYER, p. 263 ; LEE, p. 106.

³⁰ DYER, p. 262 et réf. cit. ; Cf. FERNANDEZ-ARAOZ/IQBAL/RITTER, p. 85.

³¹ DYER, p. 262 et réf. cit. ; MILLER/LE BRETON-MILLER, p. 74 et réf. cit.

³² CHENAUX, p. 519 s. ; Cf. KUNZ 2018, p. 451.

³³ FORSTMOSER 2008, p. 202 ss.

³⁴ SCHENKER, p. 642 s. ; JACQUEMET p. 330 s. ; FORSTMOSER 2008, p. 203 s.

³⁵ The Economist, p. 4 ; DYER, p. 259 s. et réf. cit. ; LEE, p. 104 et réf. cit. ; MILLER/LE BRETON-MILLER, p. 74 s. et réf. cit.

³⁶ DYER, p. 259 s. et réf. cit. ; MILLER/LE BRETON-MILLER, p. 74 et réf. cit.

³⁷ The Economist, p. 3.

³⁸ Cf. CHENAUX, p. 518 s. ; MARTIN, p. 41 ss et réf. cit. ; PREMAND, N 135 s. ; BAUMANN, p. 61 ss.

³⁹ Message du Conseil fédéral concernant la révision du droit des sociétés anonymes du 23 février 1983, FF 1983 II 757, p. 787 ; Toutefois : « *Aujourd'hui, le droit de la société anonyme évolue vers un modèle de différenciation matérielle* », Message du Conseil fédéral concernant la révision du code des obligations du 21 décembre 2001, FF 2008 1407, p. 1424.

⁴⁰ ROUILLER/BAUEN/BERNET/LASSERRE ROUILLER, N 2 ; MARTIN, p. 47 ; DEFFERRARD, p. 3 ss ; KLÄY, p. 2 et réf. cit. ; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 1 N 11 ss ; Cf. Art. 736 CO.

⁴¹ ROUILLER/BAUEN/BERNET/ LASSERRE ROUILLER, N 3 ss ; BLOCH, p. 3 ; BÖCKLI, § 1 N 8 ; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 2 N 23 ; Cf. Art. 680 al. 1 CO ; DEFFERRARD, p. 3 et 6 ; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 39 N 142 s.

⁴² Cf. BÖCKLI 2014, p. 527 ; MARTIN, p. 36 ss et p. 46 ss ; PREMAND, N 2 s. ; BAUMANN, p. 21 et réf. cit. ; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 62 N 6.

⁴³ ATF 136 III 278, c. 2.2.2 ; ATF 126 III 266, c. 1a ; ATF 84 II 44, c. 2.

aux sociétés anonymes de famille d'aménager des éléments personnels⁴⁴. Nous mentionnerons le régime des restrictions à la transmissibilité des actions (art. 685a ss CO)⁴⁵, l'introduction d'actions à droit de vote privilégié (art. 693 CO)⁴⁶ et l'élection de membres de la famille au sein du conseil d'administration ou de la direction⁴⁷. Enfin, la conclusion de conventions d'actionnaires permet de mettre à la charge des actionnaires cocontractants certaines d'obligations relatives à l'exercice de leurs droits⁴⁸. Ces dernières peuvent contribuer à préserver le caractère familial de la société, en prévoyant par exemple des restrictions à la transmissibilité des actions plus larges que la loi le permet⁴⁹ ou en imposant des directives de vote relatives à l'élection du conseil d'administration⁵⁰.

2.4 Les enjeux spécifiques

En raison des spécificités qu'elles présentent, les sociétés anonymes de famille font face à différents enjeux qu'elles doivent surmonter afin que leur pérennité et leur performance soient garanties. Nous mentionnerons le maintien de la détention du capital-actions en mains familiales et la gouvernance de la société.

2.4.1 Le maintien de la détention du capital-actions en mains familiales

La détention d'une participation élevée de la famille au capital-actions de la société revêt une importance considérable⁵¹, comme le montrent d'ailleurs les chiffres précités⁵². En effet, elle confère des droits de vote à l'assemblée générale⁵³, par le biais desquels la famille peut déterminer la composition du conseil d'administration⁵⁴ et influencer les affaires de la société⁵⁵. En outre, elle détermine l'identité de la société⁵⁶, qui sera ainsi qualifiée de société de famille. Partant, les atouts généralement reconnus à cette dernière⁵⁷ et les valeurs propres à la famille en question lui seront associés.

Par conséquent, il est essentiel pour la famille de pouvoir contrôler le cercle de l'actionariat de la société. Dans cette optique, les statuts de la société peuvent prévoir de restreindre la transmissibilité des actions⁵⁸. Par ce biais, la société pourra, sous certaines conditions, maintenir

⁴⁴ MARTIN, p. 45 s. ; PREMAM, N 147 ; BAUMANN, p. 66 ; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 62 N 7 ss.

⁴⁵ KUNZ 2018, p. 451 s. ; MARTIN, p. 45 ; BAUMANN, p. 66 et réf. cit.

⁴⁶ MARTIN, p. 45 ; BAUMANN, p. 66 et réf. cit.

⁴⁷ Cf. FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 62 N 9 ss.

⁴⁸ KUNZ 2018, p. 452 ; MARTIN, p. 201 et réf. cit. ; BLOCH, p. 9 s. ; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 62 N 13.

⁴⁹ CHENAUX, p. 520 ; MARTIN, p. 248 ss ; JACCARD/PREMAND, p. 374 ; BLOCH, p. 264 ss ; Cf. FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 62 N 13.

⁵⁰ KUNZ 2018, p. 452 ; MARTIN, p. 247 s. ; BLOCH, p. 204 s. ; JACCARD/PREMAND, p. 374 ; PREMAM, N 595 ss ; Cf. FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 62 N 13.

⁵¹ PETER/JACQUEMET, p. 15 ; KUNZ 2018, p. 451 s. ; PREMAM, N 153 ss ; Cf. MARTIN, p. 25.

⁵² Cf. n. 13.

⁵³ Art. 692 al. 1 de la Loi fédérale complétant le Code civil suisse (Livre cinquième : Droit des obligations) du 30 mars 1911 (CO ; RS 220) ; PREMAM, N 153 ss.

⁵⁴ Art. 698 al. 2 ch. 2 CO ; PREMAM, N 163.

⁵⁵ Cf. Art. 698 al. 2 CO ; PREMAM, N 154.

⁵⁶ The Economist, p. 5 ; Cf. FERNANDEZ-ARAOZ/IQBAL/RITTER, p. 85.

⁵⁷ Cf. Point 2.3.

⁵⁸ KUNZ 2018, p. 451 s. ; NAGEL, p. 190 ; MARTIN, p. 82 s. ; PREMAM, N 218 ss et 248 ss ; BAUMANN, p. 125 ss ; RÜEGSEGG, p. 105 ; Cf. Art. 627 ch. 8 CO ; Art. 685a ss CO ; TF 4C.202/2006 du 29 septembre 2006, c. 4.5 ; TF 4C.242/2001 du 5 mars 2003, c. 5.2 ; ATF 109 II 43, c. 3b, JdT 1983 I 272 ; ROULLER/BAUEN/BERNET/LASSERRE ROULLER, N 202 ; CR CO II-TRIGO TRINDADE, N 7 ad art. 685b ; BSK OR II-DU PASQUIER/WOLF/OERTLE, N 2 ad art. 685a ; KLÄY, p. 327 ss ; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 62 N 8.

à l'écart de l'actionnariat les personnes indésirées⁵⁹, respectivement empêcher qu'une personne qui ne ferait pas partie de la famille acquiert des actions⁶⁰.

2.4.2 La gouvernance de la société

En raison de la présence marquée des membres de la famille au sein du conseil d'administration et de l'actionnariat⁶¹, la séparation des pouvoirs telle que prévue par le législateur se voit mise à mal dans les sociétés de famille⁶². En effet, de la forte concentration de pouvoir en mains familiales découle le fait que les décisions du conseil d'administration risquent d'être guidées par les intérêts de la famille, et ce potentiellement au détriment des intérêts de la société et des actionnaires étrangers à la famille⁶³.

Pour pallier à ce problème, des règles de bonne gouvernance destinées au conseil d'administration des sociétés de famille ont été développées par la doctrine⁶⁴. En outre, le régime de la responsabilité des administrateurs dans la gestion contraint ces derniers à agir dans l'intérêt de la société, sous peine de voir leur responsabilité personnelle engagée⁶⁵.

3 Les restrictions à la libre transmissibilité des actions dans les sociétés de famille

Eu égard à l'importance considérable que revêt la détention par la famille d'une participation élevée au capital-actions des sociétés de famille, nous avons vu qu'il existe un réel intérêt à restreindre la transmissibilité des actions⁶⁶.

Dans cette présente section, nous allons tout d'abord exposer le principe de la libre transmissibilité des actions et ses dérogations. Ensuite, nous examinerons deux possibilités qui s'offrent aux sociétés souhaitant empêcher un transfert d'actions non cotées. Enfin, nous examinerons l'action judiciaire que peuvent intenter les acquéreurs et actionnaires-aliénateurs qui se voient empêchés de procéder à un transfert d'actions.

3.1 Le principe de la libre transmissibilité des actions et ses dérogations

En raison du fait que la société anonyme se base sur la participation financière de ses actionnaires⁶⁷ et que ces derniers ne bénéficient pas de droit de sortie⁶⁸, le droit de la société anonyme consacre le principe cardinal de la libre transmissibilité des actions⁶⁹.

⁵⁹ TF 4C.202/2006 du 29 septembre 2006, c. 4.5 ; TF 4C.242/2001 du 5 mars 2003, c. 5.2 ; ATF 109 II 43, c. 3b, JdT 1983 I 272 ; CR CO II-TRIGO TRINDADE, N 7 *ad* art. 685b ; DEFFERRARD 2015, p. 2 ; MARTIN, p. 80 et réf. cit. ; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 44 N 105 ; RÜEGSEGGER, p. 105.

⁶⁰ MARTIN, p. 111 ; BAUMANN, p. 125 ; DEFFERRARD, p. 64 ; KLÄY, p. 172 ; VOGEL, p. 66 ss ; *Cf.* RÜEGSEGGER, p. 105.

⁶¹ *Cf.* n. 13 s.

⁶² PETER/JACQUEMET, p. 1 s. ; PETER, p. 56 ; BÖCKLI, § 13 N 462.

⁶³ PETER/JACQUEMET, p. 16 ; CHENAUX, p. 521 ; JACCARD/PREMAND, p. 374 s. ; *Cf.* KUNZ 2018, p. 454 ; MUSTAKI/URBEN 2014, p. 120 s. ; MARTIN, p. 165 s. ; Voir JACCARD/PREMAND, p. 372 ss et BÜHLER Ch., p. 317 ss.

⁶⁴ Voir BÖCKLI 2014, p. 522 ss ; BÜHLER Ch., p. 317 ss et BÜHLER S. 162 ss ; *Cf.* PETER/JACQUEMET p. 18 ss.

⁶⁵ HÄNNI, N 24 ss ; JACCARD/PREMAND, p. 373 ; NIKITINE, p. 70 ss et réf. cit. ; *Cf.* Art. 754 al. 1 CO ; ZEN-RUFFINEN/BAUEN, N 256 ; MÜLLER/LIPP/PLÜSS, p. 337.

⁶⁶ *Cf.* Point 2.4.1.

⁶⁷ Art. 680 al. 1 CO ; MARTIN, p. 46 s. ; BÖCKLI, § 1 N 8 ; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 2 N 23 ; *Cf.* DEFFERRARD, p. 3 et 6 ; KLÄY, p. 3 s. ; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 39 N 142 s.

⁶⁸ JACQUEMOUD/AUBERSON, p. 348 ; BÖCKLI, § 6 N 3 ; DEFFERRARD, p. 8 ; KLÄY, p. 9 ; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 44 N 61 ; Voir KUNZ 2001, 2^e partie § 4 N 1 ss.

⁶⁹ Art. 684 al. 1 CO ; *Cf.* JACQUEMOUD/AUBERSON, p. 348 ; BÖCKLI, § 6 N 3.

Toutefois, si les actionnaires procurent, certes, du capital à la société, ils influencent également son activité au travers de l'exercice leurs droits sociaux⁷⁰. Dès lors, la personne de l'actionnaire, avec ses valeurs et buts propres, peut être déterminante pour la réalisation du but social⁷¹. En outre, les sociétés avec un caractère personnel marqué, telles que les sociétés de famille ou les *Tendenzbetrieben*⁷², peuvent vouloir maintenir la composition spécifique de leur actionariat⁷³ afin de conserver leur caractère propre⁷⁴ et distinctif⁷⁵.

Partant, il existe des motifs légitimes pour déroger au principe de la libre transmissibilité des actions. Le législateur a donc prévu le régime des restrictions à la transmissibilité des actions⁷⁶, tout en circonscrivant ses modalités et cas d'application⁷⁷. En substance, ce régime permet aux sociétés d'adopter dans leurs statuts⁷⁸ des clauses dites d'agrément⁷⁹ qui confèrent la possibilité ou prescrivent l'obligation⁸⁰ au conseil d'administration⁸¹, voire à l'assemblée générale⁸², de s'opposer à un transfert d'actions⁸³.

A titre préliminaire, il sied de mentionner que seules les actions nominatives peuvent faire l'objet de restrictions à la transmissibilité, à l'exclusion des actions au porteur⁸⁴. En outre, nous concentrerons notre travail sur les actions nominatives non cotées⁸⁵ acquises de manière ordinaire⁸⁶, et non sur celles « *acquises par succession, partage successoral, en vertu du régime matrimonial ou dans une procédure d'exécution forcée* »⁸⁷. Enfin, seules les restrictions statutaires seront examinées, à l'exclusion des restrictions légales⁸⁸.

3.2 Les restrictions à la transmissibilité des actions non cotées dans les sociétés de famille

La loi prévoit trois cas de figure dans lesquels une société peut refuser l'approbation d'un transfert d'actions non cotées : lorsqu'elle fait valoir un juste motif prévu par les statuts⁸⁹, lorsqu'elle offre à l'aliénateur de lui racheter ses actions⁹⁰ et lorsque « *l'acquéreur n'a pas*

⁷⁰ PREMAM, N 154 ; KLÄY, p. 17 ; Cf. Art. 689 ss CO ; Art. 698 CO.

⁷¹ KLÄY, p. 11 et 17.

⁷² Cf. FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 44 N 147.

⁷³ ROUILLER/BAUEN/BERNET/LASSERRE ROUILLER, N 202 ; PREMAM, N 205 ; KLÄY, p. 17.

⁷⁴ MARTIN, p. 82.

⁷⁵ The Economist, p. 5 ; FERNANDEZ-ARAOZ/IQBAL/RITTER, p. 85.

⁷⁶ Cf. ROUILLER/BAUEN/BERNET/LASSERRE ROUILLER, N 202 ; DEFFERRARD, p. 19 ; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 44 N 103.

⁷⁷ JACQUEMOUD/AUBERSON, p. 348 s. ; Cf. Art. 685 ss CO ; DEFFERRARD, p. 89 s. et réf. cit.

⁷⁸ Art. 627 ch. 8 CO et art. 685a al. 1 CO ; Cf. CR CO II-TRIGO-TRINDADE, N 9 ad art. 685a ; BSK OR II-DU PASQUIER/WOLF/OERTLE, N 2 ad art. 685a ; JACQUEMOUD/AUBERSON, p. 349 ; KLÄY, p. 327 ss.

⁷⁹ CR CO II-TRIGO-TRINDADE, N 8 ad art. 685b ; DEFFERRARD, p. 14 et réf. cit.

⁸⁰ Cf. BÖCKLI, § 6 N 71 ss ; DEFFERRARD, p. 113 s. ; KLÄY p. 576 s.

⁸¹ Cf. Art. 685a ss, art. 698 al. 2 et art. 716a CO.

⁸² CR CO II-TRIGO TRINDADE, N 40 ad art. 685b ; BSK OR II-DU PASQUIER/WOLF/OERTLE, N 8 s. ad art. 685a ; BÖCKLI, § 6 N 291 ; DEFFERRARD, p. 43 et 46 ; KLÄY, p. 354 ; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 44 N 129.

⁸³ Cf. Art. 685a al. 1 CO.

⁸⁴ Art. 685 al. 1 CO ; Art. 685a al. 1 CO ; ROUILLER/BAUEN/BERNET/LASSERRE ROUILLER, N 203 ; BAUMANN, p. 127 et réf. cit. ; Cf. ROUILLER/BAUEN/BERNET/LASSERRE ROUILLER, N 182 ; NAGEL, p. 191 ; BÖCKLI, § 6 N 320 ; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 43 N 76.

⁸⁵ Pour des explications relatives au régime des restrictions à la transmissibilité des actions cotées, cf. KLÄY, p. 14 s. et 219 ss.

⁸⁶ Cf. CR CO II-TRIGO TRINDADE, N 2 ad art. 685b.

⁸⁷ Art. 685 al. 1 CO ; Cf. Art. 685b al. 4 CO ; Art. 685c al. 2 CO.

⁸⁸ Pour des explications, cf. DEFFERRARD, p. 187 et BÖCKLI, § 1 N 319.

⁸⁹ Art. 685b al. 2 CO.

⁹⁰ Art. 685 al. 2 CO.

expressément déclaré qu'il reprenait les actions en son propre nom et pour son propre compte »⁹¹. Nous analyserons uniquement les deux premiers cas de figure.

3.2.1 Le refus d'approbation fondé sur un juste motif

Pour qu'une société puisse refuser l'approbation d'un transfert d'actions en se fondant sur un juste motif, elle doit tout d'abord adopter une clause d'agrément puis prendre une décision de refus dans le cas concret⁹².

3.2.1.1 La clause d'agrément consacrant le juste motif de refus

Si les sociétés de famille adoptent des clauses d'agrément en vue de limiter le cercle de leur actionnariat aux membres de la famille⁹³, encore faut-il que ces clauses puissent se justifier eu égard au « *but social* » ou à l' « *indépendance économique de l'entreprise* »⁹⁴. A cet égard, l'admissibilité de ces dites « clauses de famille »⁹⁵ est pour l'heure incertaine. En effet, ni le législateur, ni le Tribunal fédéral ne se sont prononcés sur la question et la doctrine ne l'admet pas de manière unanime, comme nous allons le voir.

3.2.1.1.1 Le but social

D'une manière générale, une clause d'agrément se justifie eu égard au but social lorsqu'elle permet à la société de refuser l'approbation d'un transfert d'actions à des personnes dont la présence au sein de l'actionnariat serait de nature à rendre plus difficile, voire à empêcher la réalisation du but social⁹⁶. Deux types de clauses sont ainsi envisageables. Les premières tendent à exiger de l'acquéreur qu'il présente certaines qualités personnelles, pour autant qu'elles soient nécessaires à la réalisation du but social⁹⁷. Ainsi, pourrait être admise une clause prévoyant de refuser tout acquéreur qui ne posséderait pas une qualification professionnelle spécifique⁹⁸ ou qui aurait des convictions politiques, philosophiques ou religieuses incompatibles avec le but social⁹⁹. Les deuxièmes tendent à refuser un concurrent¹⁰⁰ ou tout acquéreur dont le but poursuivi va à l'encontre du but social¹⁰¹.

A cet égard, DU PASQUIER, WOLF et OERTLE¹⁰² admettent les clauses de famille, car ils estiment que la limitation du cercle des actionnaires aux membres de la famille se justifie dès lors que le but social mentionne que la société sera exploitée au profit de la famille.

Pour GERMANN¹⁰³, les clauses de famille se justifient par le fait qu'il est difficile de prétendre à l'absence de rapport entre la structure familiale et l'activité économique de la société. En

⁹¹ Art. 685b al. 3 CO.

⁹² HIRSCHLE/VON DER CRONE, p. 106 ; DEFFERRARD, p. 29 ; KLÄY, p. 136.

⁹³ MARTIN, p. 82 ss ; PREMAND, N 221 ; BAUMANN, p. 125.

⁹⁴ Cf. Art. 685b al. 1 et 2 CO ; CR CO II-TRIGO TRINDADE, N 13 *ad* art. 685b ; BSK OR II-DU PASQUIER/WOLF/OERTLE, N 3 *ad* art. 685b ; DEFFERRARD 2015, p. 3 ; KLÄY, p. 137 ss.

⁹⁵ CHENAUX, p. 521 ; PREMAND, N 220 ; BAUMANN, p. 129 ; KLÄY, p. 172 ss.

⁹⁶ CR CO II-TRIGO TRINDADE, N 16 *ad* art. 685b ; KLÄY, p. 147 ; Cf. DEFFERRARD, p. 66.

⁹⁷ CR CO II-TRIGO TRINDADE, N 18 *ad* art. 685b ; DEFFERRARD, p. 66 ss ; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 44 N 147.

⁹⁸ CR CO II-TRIGO TRINDADE, N 18 *ad* art. 685b ; BSK OR II-DU PASQUIER/WOLF/OERTLE, N 4 *ad* art. 685b ; BÖCKLI, § 6 N 257 ; DEFFERRARD, p. 67 ss ; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 44 N 147.

⁹⁹ BSK OR II-DU PASQUIER/WOLF/OERTLE, N 4 *ad* art. 685b ; BÖCKLI, § 6 N 257 ; DEFFERRARD, p. 66 s. ; KLÄY, p. 158.

¹⁰⁰ CR CO II-TRIGO TRINDADE, N 20 *ad* art. 685b ; BSK OR II-DU PASQUIER/WOLF/OERTLE, N 5 *ad* art. 685b ; BÖCKLI, § 6 N 258 ss ; DEFFERRARD, p. 76 ; KLÄY, p. 161.

¹⁰¹ CR CO II-TRIGO TRINDADE, N 20 *ad* art. 685b CO ; BSK OR II-DU PASQUIER/WOLF/OERTLE, N 5 *ad* art. 685b.

¹⁰² BSK OR II-DU PASQUIER/WOLF/OERTLE, N 4 *ad* art. 685b.

¹⁰³ GERMANN, N 1386.

effet, GERMANN¹⁰⁴ estime, d'une part, que les membres d'une famille sont plus enclins à fournir des prestations non-rémunérées en vue de favoriser le but social et, d'autre part, que les fortunes familiale et sociale sont souvent mélangées.

Quant à MARTIN¹⁰⁵, elle admet la validité des clauses de famille lorsque « *les activités de la société et le caractère familial [sont] à ce point interdépendants que le but social englobe de fait le caractère familial de la société* » ou encore lorsque la société a décrit dans son but social que l'entreprise est majoritairement détenue en mains familiales. MARTIN¹⁰⁶ soulève en outre que les clauses de famille ne sont pas contraires à l'interdiction d'aggravation consacrée par l'art. 685b al. 7 CO.

Pour sa part, KLÄY¹⁰⁷ estime que les clauses de famille ne peuvent se justifier en l'absence de lien entre le champ d'activité de la société et la famille. KLÄY¹⁰⁸ relève que ce lien n'est de manière générale pas donné, hormis pour les cas dans lesquels la société a pour but de gérer la fortune familiale investie.

En revanche, TRIGO TRINDADE¹⁰⁹ nie l'admissibilité des clauses de famille eu égard au but social en raison du fait que le cercle d'activités de la société ne peut comprendre le caractère familial de la société.

PREMAND¹¹⁰ la nie également en invoquant le fait que « *le but de la société ne peut être d'être une société de famille* » et que « *la mention du caractère familial dans le but de la société ne permet pas non plus de justifier le refus d'un acquéreur non membre de la famille* ».

Pour notre part, nous admettons les clauses de famille lorsque le but social mentionne le caractère familial de la société – qui peut se manifester par la détention majoritaire de la société par la famille ou par l'exploitation de la société au profit de la famille – et lorsque les activités et le caractère familial de la société sont étroitement liés.

3.2.1.1.2 L'indépendance économique de l'entreprise

Critère vaste¹¹¹ et motifs concrets permettant son maintien difficiles à juger¹¹², MARTIN¹¹³ mentionne d'une manière générale que « *l'indépendance économique de l'entreprise suppose une approche principalement orientée vers « l'extérieur » [...], elle ne doit pas servir à protéger les rapports existants entre actionnaires [...], mais à éviter des prises de pouvoir ou de contrôle par des tiers voire des actionnaires* ». A titre d'exemple, une clause d'agrément qui limiterait la détention d'actions à un certain pourcentage du capital-actions¹¹⁴ ou qui empêcherait les transactions de contrôle¹¹⁵ serait propre à maintenir l'indépendance économique de l'entreprise. A cet égard, sans admettre que les clauses de famille se justifient eu égard à l'indépendance économique de l'entreprise, BÖCKLI¹¹⁶ estime qu'elles permettent à la société de garder son

¹⁰⁴ *Ibidem*.

¹⁰⁵ MARTIN, p. 113.

¹⁰⁶ *Idem*, p. 111.

¹⁰⁷ KLÄY, p. 173.

¹⁰⁸ *Ibidem*.

¹⁰⁹ CR CO II-TRIGO TRINDADE, N 17 *ad art.* 685b.

¹¹⁰ PREMAND, N 245.

¹¹¹ DEFFERRARD, p. 69.

¹¹² KLÄY, p. 148.

¹¹³ MARTIN, p. 97.

¹¹⁴ CR CO II-TRIGO TRINDADE, N 23 *ad art.* 685b ; BSK OR II-DU PASQUIER/WOLF/OERTLE, N 5 *ad art.* 685b ; MARTIN, p. 98 s. et réf. cit. ; BÖCKLI, § 6 N 270 ss ; DEFFERRARD, p. 74 s. et réf. cit. ; KLÄY, p. 163 ss ; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 44 N 151.

¹¹⁵ BSK OR II-DU PASQUIER/WOLF/OERTLE, N 5 *ad art.* 685b ; MARTIN, p. 97 s. et réf. cit. ; BÖCKLI, § 6 N 268 ss. ; DEFFERRARD, p. 69 ss et réf. cit. ; KLÄY, p. 168 ss.

¹¹⁶ BÖCKLI, § 6 N 278.

indépendance en empêchant qu'une majorité des voix, respectivement le contrôle de la société, soit transférée à des personnes ou sociétés étrangères à la famille.

Quant à BAUMANN¹¹⁷, elle admet les clauses de famille pour le motif invoqué par BÖCKLI, en ajoutant qu'elles permettent en outre à la société de garder sa stabilité et de conserver sa substance sur une longue durée.

Dans le même ordre d'idées, ZINDEL, HONEGGER, ISLER et BENZ¹¹⁸ estiment que la préservation de l'indépendance économique de l'entreprise peut passer par un contrôle de la famille sur les droits de vote.

En revanche, TRIGO TRINDADE¹¹⁹, PREMAMAND¹²⁰ et KLÄY¹²¹ nient l'admissibilité des clauses de famille eu égard à l'indépendance économique de l'entreprise, au motif que le caractère familial de l'actionnariat ne peut être un moyen pour la préserver.

Pour notre part, nous admettons que la préservation des actions en mains familiales est propre à assurer l'indépendance économique de l'entreprise. Toutefois, nous estimons que les clauses de famille ne peuvent être un moyen pour exclure toute détention d'actions par des personnes étrangères à la famille. Ainsi, nous préconisons l'inscription dans les statuts du taux maximal du capital-actions pouvant être détenu par des actionnaires tiers, qui pourrait aller de 9,5%¹²² à 33%¹²³, tout en limitant le taux de détention individuel de ces actionnaires entre 2% et 5%.

3.2.1.2 La décision de refus d'approbation

Pour que le transfert des actions puisse s'opérer, l'aliénateur ou l'acquéreur doit soumettre à la société une requête tendant à l'approbation du transfert¹²⁴, sur laquelle la société, respectivement le conseil d'administration¹²⁵, doit se prononcer dans les trois mois¹²⁶.

Ainsi, dans un premier temps, le conseil d'administration doit examiner si l'acquéreur entre dans le champ d'application de la clause d'agrément consacrant le juste motif de refus¹²⁷. Lorsqu'il s'agit d'appliquer une clause de famille, sa portée n'appelle en général pas à interprétation, à tout le moins lorsque le cercle des membres de la famille y est clairement délimité¹²⁸.

Ensuite, de manière générale, le conseil d'administration doit pouvoir justifier la décision de refus au regard des intérêts de la société protégés par la clause d'agrément¹²⁹. Selon DEFFERRARD¹³⁰ et KLÄY¹³¹, la décision de refus est justifiée lorsqu'il existe un intérêt social prépondérant, c'est-à-dire que les intérêts de la société – à l'exclusion de ceux des actionnaires

¹¹⁷ BAUMANN, p. 129.

¹¹⁸ ZINDEL/HONEGGER/ISLER/BENZ, p. 84.

¹¹⁹ CR CO II-TRIGO TRINDADE, N 22 *ad* art. 685b.

¹²⁰ PREMAMAND, p. 244.

¹²¹ KLÄY, p. 173.

¹²² *Cf.* art. 699 al. 3 CO, art. 697b al. 1 CO, art. 727 al. 2 CO, art. 961 al. 2 ch. 2 CO et art. 736 ch. 4 CO.

¹²³ *Cf.* art. 704 CO.

¹²⁴ CR CO II-TRIGO TRINDADE, N 39 *ad* art. 685b ; MARTIN, p. 108 ; DEFFERRARD, p. 42 et *réf. cit.* ; KLÄY, p. 352.

¹²⁵ En principe, la compétence pour statuer en matière de transfert d'actions revient au conseil d'administration. Toutefois, cette compétence peut être conférée à l'assemblée générale par le biais d'une clause statutaire ; *Cf.* n. 80 s.

¹²⁶ Art. 685c al. 3 CO.

¹²⁷ HIRSCHLE/VON DER CRONE, p. 106 ; BÖCKLI, § 6 N 250 ; KLÄY, p. 139 ss.

¹²⁸ NAGEL, p. 200 ; BÖCKLI, § 6 N 278.

¹²⁹ HIRSCHLE/VON DER CRONE, p. 106 ; BÖCKLI, § 6 N 250 ; DEFFERRARD, p. 61 ; KLÄY, p. 137.

¹³⁰ DEFFERRARD, p. 61.

¹³¹ KLÄY, p. 154 ss.

et des membres du conseil d'administration¹³² – à refuser l'approbation du transfert l'emportent sur ceux de l'actionnaire à vendre ses actions. Quant à TRIGO TRINDADE¹³³, DU PASQUIER, WOLF et OERTLE¹³⁴ et BÖCKLI¹³⁵, ils retiennent que la décision de refus est justifiée lorsque les intérêts de la société seraient concrètement mis en danger par l'entrée de l'acquéreur au sein de l'actionnariat. En outre, KLÄY¹³⁶ exige que la décision de refus soit proportionnelle et qu'elle respecte les principes généraux du droit des sociétés.

Partant, le conseil d'administration devrait au moins pouvoir justifier le fait que l'entrée d'une personne étrangère à la famille au sein de l'actionnariat serait susceptible de mettre concrètement en danger la réalisation du but social de la société, respectivement l'indépendance économique de l'entreprise¹³⁷. Sous l'angle du but social, une telle justification pourrait être donnée lorsque l'activité de la société et le caractère familial seraient fortement liés, en raison notamment de l'existence d'un savoir-faire familial¹³⁸ ou d'une activité de gestion de la fortune familiale¹³⁹. En outre, la justification pourrait être retenue si la mention du caractère familial de la société dans le but social¹⁴⁰, respectivement de la détention majoritaire de la société en mains familiales¹⁴¹, venait à être considérée comme suffisante. Au-delà de ces cas, la justification de la décision de refus d'approbation eu égard au but social paraît difficile à apporter. Sous l'angle de l'indépendance économique de l'entreprise, une décision de refus pourrait se justifier lorsque, suite au transfert des actions, la modification des rapports de force au sein de l'actionnariat serait telle que la famille n'aurait plus le contrôle de la société¹⁴². Enfin, lorsque la clause de famille est formulée de manière potestative, le conseil d'administration doit porter une attention particulière au principe d'égalité de traitement¹⁴³. En effet, il ne peut tantôt approuver, tantôt refuser l'approbation d'un transfert d'actions à un acquéreur étranger à la famille en fonction d'intérêts nullement pertinents au regard de l'intérêt social¹⁴⁴.

3.2.1.3 Les effets juridiques du refus

En cas de refus d'approbation du transfert, l'actionnaire-aliénateur conserve la propriété des actions et lui seul a la faculté d'exercer les droits patrimoniaux et sociaux qui y sont rattachés¹⁴⁵. Quant à l'acquéreur, il ne devient titulaire d'aucun droit à l'égard de la société¹⁴⁶. Toutefois, il a la qualité pour ouvrir une action en approbation à l'encontre de la société¹⁴⁷. En consacrant la

¹³² KLÄY, p. 155.

¹³³ CR CO II-TRIGO TRINDADE, N 21 *ad art.* 685b.

¹³⁴ BSK OR II-DU PASQUIER/WOLF/OERTLE, N 6 *ad art.* 685b.

¹³⁵ BÖCKLI, § 6 N 250.

¹³⁶ KLÄY, p. 154 et 141.

¹³⁷ *Cf.* n. 130 ss.

¹³⁸ MARTIN, p. 113.

¹³⁹ *Cf.* n. 108.

¹⁴⁰ *Cf.* n. 102.

¹⁴¹ *Cf.* n. 105.

¹⁴² *Cf.* n. 116 ss.

¹⁴³ BÖCKLI, § 6 N 71 et 251 ss ; KLÄY, p. 357 ss ; *Cf.* CR CO II-TRIGO TRINDADE, N 42 *ad art.* 685b.

¹⁴⁴ *Cf.* ATF 102 II 265, c. 1, JdT 1977 I 102 ; ATF 88 II 98, c. 3, JdT 1962 I 616 ; ATF 69 II 246, c. 1, JdT 1944 I 45 ; BÖCKLI, § 6 N 251 ; KLÄY, p. 357 ss.

¹⁴⁵ Art. 685c al. 1 CO ; CR CO II-TRIGO TRINDADE, N 7 *ad art.* 685c ; BSK OR II-DU PASQUIER/WOLF/OERTLE, N 3 *ad art.* 685c ; BÖCKLI, § 6 N 305 ; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 44 N 179.

¹⁴⁶ CR CO II-TRIGO TRINDADE, N 6 *ad art.* 685c CO ; BSK OR II-DU PASQUIER/WOLF/OERTLE, N 2 *ad art.* 685c ; DEFFERRARD, p. 137 ; KLÄY, p. 198 ss ; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 44 N 179.

¹⁴⁷ CR CO II-TRIGO TRINDADE, N 19 *ad art.* 685c ; ROUILLER/BAUEN/BERNET/LASSERRE ROUILLER, N 536 ; JACQUEMOUD/AUBERSON, p. 361 ; BÖCKLI, § 6 N 44 ; DEFFERRARD, p. 120 ; KLÄY, p. 361 ; MESSERLI, p. 243 s. ; *Contra* : BSK OR II-DU PASQUIER/WOLF/OERTLE, N 12 *ad art.* 685a.

théorie de l'unité (« *Einheitstheorie* »)¹⁴⁸, le système légal présente ainsi l'avantage de protéger de manière effective la société contre tout acquéreur indésiré¹⁴⁹.

3.2.2 Le refus d'approbation avec offre de rachat

Eu égard au caractère controversé et incertain de l'admissibilité des clauses de famille, la société peut être amenée à formuler une offre de rachat à l'actionnaire-aliénateur¹⁵⁰ en vue d'empêcher l'entrée d'un acquéreur étranger à la famille au sein de l'actionnariat¹⁵¹.

3.2.2.1 En général

Le refus avec offre de rachat est une « *restriction à caractère légal* »¹⁵², de sorte qu'il peut être prononcé uniquement lorsque les statuts prévoient des restrictions à la transmissibilité des actions¹⁵³.

Une fois la requête tendant à l'approbation du transfert déposée, le conseil d'administration doit déterminer si l'approbation du transfert irait à l'encontre des intérêts de la société¹⁵⁴. Cas échéant, il peut présenter dans les trois mois¹⁵⁵, au nom de la société¹⁵⁶, une offre de rachat à l'actionnaire-aliénateur correspondant à la « *valeur réelle* »¹⁵⁷ de l'ensemble des actions dont le transfert a été requis¹⁵⁸. Le conseil d'administration peut formuler cette offre de rachat pour le compte de la société, d'actionnaires ou de tiers¹⁵⁹.

En raison des problèmes liés au rachat d'actions propres¹⁶⁰, la loi plafonne à 20% du capital-actions la part d'actions propres qui peut être détenue par la société lorsque les actions sont « *acquises en relation avec une restriction de la transmissibilité* »¹⁶¹. En outre, le montant payé par la société pour le rachat des actions doit être couvert par des liquidités non nécessaires à l'exploitation¹⁶² et par des fonds propres librement disponibles¹⁶³.

¹⁴⁸ BSK OR II-DU PASQUIER/WOLF/OERTLE, N 2 *ad art.* 685c ; BÖCKLI, § 6 N 305 ; DEFFERRARD, p. 126 ss ; KLÄY, p. 86 ss et réf. cit.

¹⁴⁹ NAGEL, p. 193 ; KLÄY, p. 512.

¹⁵⁰ CR CO II-TRIGO TRINDADE, N 26 *ad art.* 685b ; BSK OR II-DU PASQUIER/WOLF/OERTLE, N 9 *ad art.* 685d ; JACQUEMOUD/AUBERSON, p. 450 ; BÖCKLI, § 6 N 195 ; KLÄY, p. 176 ss ; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 44 N 161.

¹⁵¹ PREMAM, N 273 ; BAUMANN, p. 130 ; KLÄY, p. 172.

¹⁵² MARTIN, p. 100.

¹⁵³ TF 4C.242/2001 du 5 mars 2003, c. 2.2 ; CR CO II-TRIGO TRINDADE, N 12 et 25 *ad art.* 685b ; BSK OR II-DU PASQUIER/WOLF/OERTLE, N 10 *ad art.* 685b ; JACQUEMOUD/AUBERSON, p. 351 ; MARTIN, p. 100 ; BÖCKLI, § 6 N 195 ; BAUMANN, p. 129 ss ; DEFFERRARD, p. 99 ss et réf. cit. ; KLÄY, p. 178 ss ; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 44 N 160 s.

¹⁵⁴ JACQUEMOUD/AUBERSON, p. 370 ; BÖCKLI, § 6 N 219 ; KLÄY, p. 181.

¹⁵⁵ Art. 685c al. 3 CO.

¹⁵⁶ CR CO II-TRIGO TRINDADE, N 29 *ad art.* 685b ; BSK OR II-DU PASQUIER/WOLF/OERTLE, N 11 *ad art.* 685b ; KLÄY, p. 188 et réf. cit.

¹⁵⁷ Art. 685b al. 1 CO ; Pour des explications sur la notion, voir JACQUEMOUD/AUBERSON, p. 362 ss et réf. cit. ; MARTIN, p. 104 ss et réf. cit. ; DEFFERRARD, p. 158 ss et réf. cit.

¹⁵⁸ CR CO II-TRIGO TRINDADE, N 28 *ad art.* 685b ; BSK OR II-DU PASQUIER/WOLF/OERTLE, N 11 *ad art.* 685b et réf. cit. ; JACQUEMOUD/AUBERSON, p. 358 ; DEFFERRARD, p. 111 et réf. cit. ; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 44 N 167.

¹⁵⁹ Art. 685b al. 1 CO.

¹⁶⁰ Cf. ATF 117 II 290, c. 4 d/aa ; ROUILLER/BAUEN/BERNET/LASSERRE ROUILLER, N 158 ; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 50 N 131 s.

¹⁶¹ Art. 659 al. 2 CO.

¹⁶² JACQUEMOUD/AUBERSON, p. 353 s. ; Kläy, p. 181.

¹⁶³ Art. 659 al. 1 CO ; Cf. CR CO II-TRIGO TRINDADE, N 27 *ad art.* 559-559a CO ; BSK OR II-LENZ/VON PLANTA, N 6 *ad art.* 659 ; JACQUEMOUD/AUBERSON, p. 353 s. ; BÖCKLI, § 4 N 229 ; DEFFERRARD, p. 171 s.

3.2.2.2 Les devoirs du conseil d'administration

Le conseil d'administration dispose d'un large pouvoir d'appréciation dans le cadre du refus avec offre de rachat¹⁶⁴. En effet, il peut s'opposer au transfert d'actions dès qu'un intérêt social le justifie¹⁶⁵, intérêt social qui, selon certains auteurs, peut consister dans le maintien de la composition de son actionnariat¹⁶⁶. Toutefois, le conseil d'administration doit veiller au respect des principes régissant son activité¹⁶⁷, en particulier ses devoirs de diligence, de fidélité et d'égalité de traitement ainsi que l'interdiction de l'abus de droit¹⁶⁸.

Le devoir de diligence prescrit aux administrateurs une obligation de moyens¹⁶⁹ en vertu de laquelle ils doivent exercer leurs attributions en y apportant le soin¹⁷⁰ et les efforts¹⁷¹ nécessaires en vue d'obtenir le meilleur résultat pour la société¹⁷². Dans le contexte du refus avec offre de rachat, ce principe commande au conseil d'administration d'accepter un acquéreur, même étranger à la famille, qui assurerait la pérennité de l'entreprise¹⁷³ et de s'assurer que la société dispose de suffisamment de fonds propres librement disponibles et de liquidités non nécessaires à l'exploitation avant de formuler une offre de rachat¹⁷⁴.

Ensuite, le devoir de fidélité commande aux administrateurs de veiller fidèlement aux intérêts de la société¹⁷⁵, en les obligeant, d'une part, à adopter un comportement qui tend à sauvegarder et promouvoir les intérêts de la société¹⁷⁶ et, d'autre part, à s'abstenir de tout acte au travers duquel les intérêts de la société se trouveraient atteints¹⁷⁷. Par conséquent, le conseil d'administration doit s'assurer que la décision de refus avec offre de rachat s'inscrit dans l'intérêt de la société. Sur la question de savoir si la préservation du caractère familial de l'actionnariat constitue un intérêt social, nous renvoyons à ce qui sera développé ci-dessous¹⁷⁸. Quant au devoir d'égalité de traitement, qui revêt une importance particulière dans le contexte des restrictions à la transmissibilité des actions¹⁷⁹, il commande au conseil d'administration de « *traiter de la même manière les actionnaires qui se trouvent dans la même situation* »¹⁸⁰, à moins que l'intérêt social ne le commande et que le principe de proportionnalité ne soit respecté¹⁸¹. Le conseil d'administration doit ainsi adopter une pratique cohérente en matière de

¹⁶⁴ JACQUEMOUD/AUBERSON, p. 370 ; BÖCKLI, § 6 N 203a.

¹⁶⁵ BÖCKLI, § 6 N 219.

¹⁶⁶ JACQUEMOUD/AUBERSON, p. 370 ; KLÄY, p. 181.

¹⁶⁷ JACQUEMOUD/AUBERSON, p. 353.

¹⁶⁸ CR CO II-TRIGO TRINDADE, N 42 *ad art.* 685b ; BÖCKLI, § 6 N 203 s. ; DEFFERRARD, p. 114 ; KLÄY, p. 180 ss.

¹⁶⁹ CR CO II-PETER/GAVADINI, N 7 *ad art.* 717 ; HÄNNI, N 45 et réf. cit. ; ISLER 2004, p. 44.

¹⁷⁰ HÄNNI, N 45.

¹⁷¹ CR CO II-CORBOZ/AUBRY GIRARDIN, N 19 *ad art.* 754.

¹⁷² MÜLLER/LIPP/PLÜSS, p. 283.

¹⁷³ JACQUEMOUD/AUBERSON, p. 371 ; Kläy, p. 181.

¹⁷⁴ JACQUEMOUD/AUBERSON, p. 353 s. ; Cf. BSK OR II-LENZ/VON PLANTA, N 11 *ad art.* 659 ; KLÄY, p. 181.

¹⁷⁵ Art. 717 al. 1 CO.

¹⁷⁶ CR CO II-CORBOZ/AUBRY GIRARDIN, N 26 *ad art.* 754 ; CR CO II-PETER/CAVADINI, N 11 *ad art.* 717 ; MÜLLER/LIPP/PLÜSS, p. 280 ; SOMMER, p. 17 ; BÖCKLI, § 13 N 599 ; NIKITINE, p. 83.

¹⁷⁷ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 28 N 25 ; Cf. BSK OR II-WATTER/ROTH PELLANDA, N 15 *ad art.* 717 ; SOMMER, p. 18 ; BÖCKLI, § 13 N 600.

¹⁷⁸ Cf. n. 382 ss.

¹⁷⁹ ZEN-RUFFINEN/BAUEN, N 242 ; BSK OR II-WATTER/ROTH PELLANDA, N 29 et 31 *ad art.* 717 ; BÖCKLI, § 13 N 692 s. ; KLÄY, p. 357 ss ; HUGUENIN-JACOBS, p. 106 ss et 222 s.

¹⁸⁰ Art. 717 al. 2 CO ; Cf. TF 4C.242/2001 du 5 mars 2003, c. 3.3.

¹⁸¹ TF 4C.242/2001 du 5 mars 2003, c. 3.3 ; ATF 117 II 290, c. 6 b/bb ; ATF 102 II 265, c. 1 et renvois cités, JdT 1977 I 102 ; ZEN-RUFFINEN/BAUEN, N 239 et réf. cit. ; BSK OR II-WATTER/ROTH PELLANDA, N 23 *ad art.* 717 ; MÜLLER/LIPP/PLÜSS, p. 285 ; BÖCKLI, § 13 N 680.

décision de refus avec offre de rachat¹⁸², et non pas en faire usage dans le but de privilégier des intérêts étrangers à la société¹⁸³.

Enfin, l'interdiction de l'abus de droit exige que toutes les décisions du conseil d'administration qui portent atteinte aux droits des actionnaires soient objectivement fondées (« *Sachlichkeitsgebot* »)¹⁸⁴. Ainsi, le conseil d'administration doit approuver le transfert d'actions à un acquéreur étranger à la famille dès lors qu'aucun intérêt social raisonnable ne s'y oppose¹⁸⁵. A cet égard, JACQUEMOUD et AUBERSON mentionnent que « *la société aura en principe toujours un intérêt justifiant de tenir [un tiers] écarté du cercle de ses actionnaires* »¹⁸⁶.

3.2.3 L'action tendant à l'approbation du transfert

En l'absence de disposition légale, la jurisprudence¹⁸⁷ et la doctrine¹⁸⁸ s'accordent à dire que toute décision de refus d'approbation de transfert d'actions peut faire l'objet d'un contrôle judiciaire. A cet égard, tant l'actionnaire-aliénateur que l'acquéreur¹⁸⁹ ont une prétention en approbation du transfert¹⁹⁰ contre la société¹⁹¹ qu'ils peuvent faire valoir par le biais d'une action en exécution (« *Leistungsklage* »)¹⁹². Il est toutefois possible d'exclure statutairement cette prétention¹⁹³. Pour que l'action en approbation soit admise, il faut que la société, respectivement son conseil d'administration, ait refusé « *à tort* » l'approbation du transfert¹⁹⁴. Il sied de mentionner que les décisions du conseil d'administration peuvent faire l'objet d'une action en nullité¹⁹⁵, mais que son introduction ne fait que peu de sens¹⁹⁶.

3.2.3.1 Suite à une décision de refus fondée sur une clause de famille

¹⁸² HUGUENIN JACOBS, p. 218 ; Cf. KLÄY, p. 182.

¹⁸³ TF 4C.242/2001 du 5 mars 2003, c. 3.3 ; KLÄY, p. 182 ; HUGUENIN JACOBS, p. 218 ; Cf. JACQUEMOUD/AUBERSON, p. 372 s.

¹⁸⁴ TF 4C.242/2001 du 5 mars 2003, c. 4.1 ; JACQUEMOUD/AUBERSON, p. 373 ; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 39 N 87 ss.

¹⁸⁵ TF 4C.242/2001 du 5 mars 2003, c. 5.1 ; JACQUEMOUD/AUBERSON, p. 373 ; BÖCKLI, § 6 N 203a ; KLÄY, p. 182.

¹⁸⁶ JACQUEMOUD/AUBERSON, p. 374.

¹⁸⁷ ATF 144 III 100, c. 5.2.3.2 ; ATF 76 II 51, c. 4, JdT 1950 I 555.

¹⁸⁸ ROUILLER/BAUEN/BERNET/LASSERRE ROUILLER, N 221 ; BSK OR II-DU PASQUIER/WOLF/OERTLE, N 11 *ad* art. 685a ; NAGEL, p. 201 ; JACQUEMOUD/AUBERSON, p. 360 ; KUNZ 2013, p. 2 s. ; BÖCKLI, § 6 N 44 ; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 44 N 253a.

¹⁸⁹ CR CO II-TRIGO TRINDADE, N 19 *ad* art. 685c ; ROUILLER/BAUEN/BERNET/LASSERRE ROUILLER, N 536 ; JACQUEMOUD/AUBERSON, p. 361 ; BÖCKLI, § 6 N 44 ; KLÄY, p. 361 ; DEFFERRARD, p. 120 ; MESSERLI, p. 243 s. ; *Contra* : BSK OR II-DU PASQUIER/WOLF/OERTLE, N 12 *ad* art. 685a.

¹⁹⁰ ATF 76 II 51, c. 4, JdT 1950 I 555 ; BSK OR II-DU PASQUIER/WOLF/OERTLE, N 11 *ad* art. 685a ; NAGEL, p. 201 ; BÖCKLI, § 6 N 206 ; KLÄY, p. 360.

¹⁹¹ ATF 113 II 275, c. 2b ; ATF 76 II 51, c. 4, JdT 1950 I 555 ; BSK OR II-DU PASQUIER/WOLF/OERTLE, N 12 *ad* art. 685a ; JACQUEMOUD/AUBERSON, p. 360 ; BÖCKLI, § 6 N 44 ; DEFFERRARD, p. 120.

¹⁹² ATF 144 III 100, c. 5.2.3.2 ; ATF 113 II 275, c. 2b ; ATF 76 II 51 c. 4, JdT 1950 I 555 ; CR CO II-TRIGO TRINDADE, N 18 *ad* art. 685c ; BSK OR II-DU PASQUIER/WOLF/OERTLE, N 14 *ad* art. 685a ; JACQUEMOUD/AUBERSON, p. 360 ; BÖCKLI, § 6 N 281b ; DEFFERRARD, p. 118 ; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 44 N 253a ; Cf. Plus nuancé, KLÄY, p. 360 s.

¹⁹³ ATF 76 II 51, c. 4, JdT 1950 I 555 ; BSK OR II-DU PASQUIER/WOLF/OERTLE, N 11 *ad* art. 685a ; NAGEL, p. 201.

¹⁹⁴ Art. 685c al. 3 CO.

¹⁹⁵ Art. 714 CO.

¹⁹⁶ ATF 76 II 51, c. 4, JdT 1950 I 555 ; BSK OR II-DU PASQUIER/WOLF/OERTLE, N 10 *ad* art. 685a ; BÖCKLI, § 6 N 78.

L'approbation du transfert est considérée comme refusée à tort lorsque la décision de refus se fonde sur une clause d'agrément qui ne se justifie pas eu égard au but social ou à l'indépendance économique de l'entreprise¹⁹⁷ ou qui ne consacre pas un juste motif de refus admis¹⁹⁸. Ainsi, si l'admissibilité des clauses de famille venait à être niée, toute décision de refus d'approbation rendue sur cette base ne serait pas valable.

Par ailleurs, la décision de refus d'approbation est considérée comme rendue à tort lorsque l'intérêt social au refus n'est pas prépondérant¹⁹⁹ ou, comme l'estiment d'autres auteurs, que l'approbation du transfert ne mettrait nullement en danger le but social ou l'indépendance économique de l'entreprise²⁰⁰. Un tel cas pourrait se présenter lorsque le conseil d'administration fonderait sa décision de refus en invoquant le lien qui existe entre l'activité de la société et le caractère familial²⁰¹, or ce lien ne serait pas jugé suffisant pour garantir la réalisation du but social. Il en irait de même si la mention du caractère familial de la société dans le but social²⁰², respectivement de la détention majoritaire de la société en mains familiales²⁰³, ne serait pas considérée comme un motif suffisant pour justifier un refus d'approbation. En outre, le caractère injustifié d'une décision de refus pourrait être retenu si le maintien du contrôle de la famille sur la société²⁰⁴ ne serait pas considéré comme un motif propre à garantir l'indépendance économique de l'entreprise. Enfin, la décision de refus serait également considérée comme rendue à tort, si, en présence d'une clause de famille potestative, elle ne s'inscrirait pas dans une pratique cohérente²⁰⁵.

3.2.3.2 Suite à une décision de refus avec offre de rachat

Dans le cadre du refus avec offre de rachat, l'approbation est considérée comme rejetée à tort lorsque conseil d'administration n'a pas respecté les principes régissant son activité²⁰⁶.

Dans les sociétés de famille, le respect de ces principes s'avère délicat en raison du manque d'indépendance que peuvent avoir les administrateurs envers la famille²⁰⁷, voire du fait que des administrateurs sont eux-mêmes des membres de la famille²⁰⁸. En effet, un conseil d'administration dont la prise de décision en matière de transmissibilité des actions serait dictée par l'unique souhait de conserver les actions en mains familiales serait susceptible de violer ces principes à maints égards.

Tout d'abord, le conseil d'administration pourrait violer son devoir de diligence en refusant un acquéreur, certes étrangers à la famille, mais dont le souhait est d'investir des ressources financières qui permettraient à la société de sortir d'une situation financière difficile, voire de conquérir de nouveaux marchés²⁰⁹.

Ensuite, une violation du devoir de fidélité pourrait être reprochée au conseil d'administration s'il rend une décision de refus qui ne s'inscrirait pas dans l'intérêt social, ce d'autant plus si la

¹⁹⁷ HIRSCHLE/VON DER CRONE, p. 106 ; BÖCKLI, § 6 N 246 ; DEFFERRARD, p. 62 et réf. cit. ; KLÄY, p. 139.

¹⁹⁸ DEFFERRARD 2015, p. 8.

¹⁹⁹ DEFFERRARD, p. 61 ; KLÄY, p. 154 ss.

²⁰⁰ CR CO II-TRIGO TRINDADE, N 21 *ad* art. 685b ; BSK OR II-DU PASQUIER/WOLF/OERTLE, N 6 *ad* 685b ; BÖCKLI, § 6 N 250.

²⁰¹ *Cf.* n. 105 et 107.

²⁰² *Cf.* n. 102.

²⁰³ *Cf.* n. 105.

²⁰⁴ *Cf.* n. 116 ss.

²⁰⁵ *Cf.* ATF 102 II 265, c. 1, JdT 1977 I 102 ; ATF 88 II 98, c. 3, JdT 1962 I 616 ; ATF 69 II 246, c. 1, JdT 1944 I 45 ; BÖCKLI, § 6 N 251 ; KLÄY, p. 357 ss.

²⁰⁶ JACQUEMOUD/AUBERSON, p. 370 ss ; DEFFERRARD, p. 114 ; *Cf.* DEFFERRARD 2015, p. 8.

²⁰⁷ *Cf.* n. 63.

²⁰⁸ *Cf.* n. 14.

²⁰⁹ JACQUEMOUD/AUBERSON, p. 371 ; DEFFERRARD, p. 114 ; KLÄY, p. 181.

préservation du caractère familial ne saurait être reconnue comme intérêt social²¹⁰, ou si les clauses de famille ne seraient pas admises²¹¹.

Quant au devoir d'égalité de traitement, le conseil d'administration ne pourrait pas tantôt accorder, tantôt refuser l'approbation du transfert à un acquéreur étranger à la famille sur la base de ses propres intérêts ou de ceux d'actionnaires familiaux²¹².

Enfin, le conseil d'administration commettrait un abus de droit lorsque la décision de refus aurait pour unique but de réduire l'influence des actionnaires minoritaires, ce dernier ne constituant pas un intérêt social²¹³.

3.2.3.3 Les conséquences de l'admission de l'action en approbation

Lorsqu'il est reconnu que l'approbation du transfert a été refusée à tort, « *l'approbation est réputée accordée* »²¹⁴, de sorte que l'acquéreur intègre l'actionnariat²¹⁵. Dès lors, se pose indéniablement la question de savoir à quel moment le transfert des droits rattachés aux actions prend effet²¹⁶. Rappelons à cet égard qu'en l'absence d'approbation de la part du conseil d'administration, aucun droit ne passe à l'acquéreur²¹⁷.

Pour des motifs principalement liés à la sécurité du droit, la doctrine majoritaire reconnaît un effet *ex nunc* au jugement d'approbation²¹⁸. Toutefois, l'action en dommages-intérêts prévue pour le régime des actions cotées (art. 685f al. 4 CO) est ouverte par analogie²¹⁹ à l'acquéreur, et, selon certains auteurs, à l'actionnaire-aliénateur²²⁰. Cette action tend à contraindre la société à indemniser l'acquéreur pour le dommage qu'il a subi en raison du fait qu'il n'a pas pu exercer les droits rattachés aux actions entre le moment du refus illicite jusqu'au jugement d'approbation²²¹.

4 La responsabilité du conseil d'administration des sociétés de famille en lien avec le régime des restrictions à la transmissibilité des actions

Nous avons vu qu'en raison de la forte concentration de pouvoir en mains familiales, les décisions du conseil d'administration des sociétés de famille peuvent être guidées par les intérêts de la famille, et ce potentiellement au détriment des intérêts de la société et des actionnaires étrangers à la famille²²². Nous avons également vu que le régime de la responsabilité des administrateurs permet dans une certaine mesure de pallier à ce risque, car il

²¹⁰ Cf. CHENAUX, p. 523 s. ; Voir Point 4.2.1.1.1.4.

²¹¹ CHENAUX, p. 524.

²¹² Cf. TF 4C.242/2001 du 5 mars 2003, c. 3.3 ; JACQUEMOUD/AUBERSON, p. 372 s. ; KLÄY, p. 182.

²¹³ TF 4C.242/2001 du 5 mars 2003, c. 4.1 et 5.1 ; JACQUEMOUD/AUBERSON, p. 373 ; BÖCKLI, § 6 N 203a ; KLÄY, p. 182 ; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 39 N 87 ss.

²¹⁴ Art. 685c al. 3 CO.

²¹⁵ JACQUEMOUD/AUBERSON, p. 374.

²¹⁶ Cf. KLÄY, p. 201.

²¹⁷ Cf. Point 3.2.1.3 ; n. 150 s.

²¹⁸ CR CO II-TRIGO TRINDADE, N 20 *ad* art. 685c ; BSK OR II-DU PASQUIER/WOLF/OERTLE, N 10 *ad* art. 685c ; BÖCKLI, § 6 N 281b ; DEFFERRARD, p. 121 ; KLÄY, p. 201 ; MESSERLI, p. 244 ; *Contra* : JACQUEMOUD/AUBERSON, p. 361 s.

²¹⁹ CR CO II-TRIGO TRINDADE, N 21 *ad* art. 685c ; BSK OR II-DU PASQUIER/WOLF/OERTLE, N 10 *ad* art. 685c ; KLÄY, p. 201, 360 et 120 ss.

²²⁰ CR CO II-TRIGO TRINDADE, N 22 *ad* art. 685c ; KLÄY, p. 360 ; MESSERLI, p. 244.

²²¹ Cf. BSK OR II-DU PASQUIER/WOLF/OERTLE, N 12 *ad* art. 685f ; KLÄY, p. 201, 360 et 120 ss.

²²² Cf. Point 2.4.2.

contraint les administrateurs à agir dans l'intérêt de la société, sous peine de voir leur responsabilité personnelle engagée²²³.

Dans cette présente section nous analyserons dans un premier temps les conditions auxquelles la responsabilité personnelle des administrateurs dans la gestion est engagée. Dans un second temps, nous exposerons les situations en relation avec le régime des restrictions à la transmissibilité des actions dans lesquelles cette responsabilité peut être retenue.

4.1 La responsabilité du conseil d'administration dans la gestion

Aux termes de l'art. 754 CO, la responsabilité personnelle²²⁴ des administrateurs en tant qu'organe chargé de la gestion est engagée lorsqu'ils ont manqué fautivement à leurs devoirs, qu'un dommage en a résulté et qu'un lien de causalité entre le manquement fautif et le dommage est donné²²⁵. De nature impérative, cette disposition ne peut valablement être exclue ou limitée par les statuts ou par contrat²²⁶.

A titre préliminaire, mentionnons le fait que les administrateurs au sens formel, soit ceux élus en cette qualité²²⁷, ne sont pas les seuls visés par cette responsabilité²²⁸. En effet, la notion d'administrateur est une notion fonctionnelle²²⁹ qui vise toute personne qui participe de manière effective²³⁰, déterminante²³¹ et durable²³² à la gestion de la société, de sorte qu'il lui aurait été possible d'empêcher la survenance du dommage²³³. Un actionnaire, en principe unique ou majoritaire, peut ainsi tout à fait revêtir la qualité d'administrateur et engager sa responsabilité²³⁴.

²²³ *Ibidem*.

²²⁴ ZEN-RUFFINEN/BAUEN, N 256.

²²⁵ ATF 136 III 148, c. 2.3 ; ATF 132 III 342, c. 4, JdT 2007 I 51 ; ATF 127 III 453, c. 5a ; TF 4A_603/2014 du 11 novembre 2015, c. 4 ; CR CO II-CORBOZ/AUBRY GIRARDIN, N 17 *ad art.* 754 ; ZEN-RUFFINEN/BAUEN, N 826 ; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 36 N 3.

²²⁶ ZEN-RUFFINEN/BAUEN, N 825 ; ROUILLER/BAUEN/BERNET/LASSERRE ROUILLER, N 558 ; BSK OR II-GERICKE/WALLER, N 32 *ad art.* 752.

²²⁷ NIKITINE, p. 81 ; *Cf.* CR CO II-CORBOZ/AUBRY GIRARDIN, N 2 *ss ad art.* 754 ; BSK OR II-GERICKE/WALLER, N 5 *ad art.* 754.

²²⁸ ZEN-RUFFINEN/BAUEN, N 828 ; ROUILLER/BAUEN/BERNET/LASSERRE ROUILLER, N 558 ; BSK OR II-GERICKE/WALLER, N 4 *ad art.* 754.

²²⁹ ZEN-RUFFINEN/BAUEN, N 833 ; BSK OR II-GERICKE/WALLER, N 5 *ad art.* 754.

²³⁰ ATF 107 II 349, c. 5 a, JdT 1982 I 173 ; CR CO II-CORBOZ/AUBRY GIRARDIN, N 6 *ad art.* 754 ; SOMMER, p. 30.

²³¹ CR CO II-CORBOZ/AUBRY GIRARDIN, N 6 *ad art.* 754 ; SOMMER, p. 30 ; NIKITINE, p. 81.

²³² ATF 136 III 14, c. 2.4 ; ATF 128 III 29, c. 3a, JdT 2003 I 18 ; CR CO II-CORBOZ/AUBRY GIRARDIN, N 7 *ad art.* 754 ; ROUILLER/BAUEN/BERNET/LASSERRE ROUILLER, N 561 ; MÜLLER/LIPP/PLÜSS, p. 353 ; BÖCKLI, § 18 N 109a.

²³³ ATF 128 III 29, c. 3a, JdT 2003 I 18 ; CR CO II-CORBOZ/AUBRY GIRARDIN, N 7 *ad art.* 754 ; BSK OR II-GERICKE/WALLER, N 5 *ad art.* 754.

²³⁴ TF 4A_555/2009 du 3 mai 2010, c. 2.3 ; PETER/JACQUEMET, p. 21 ; CR CO II-CORBOZ/AUBRY GIRARDIN, N 8 *ad art.* 754 ; ZEN-RUFFINEN/BAUEN, N 842 ; MÜLLER/LIPP/PLÜSS, p. 353 ; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 37 N 13.

4.1.1 Le manquement aux devoirs

Pour voir sa responsabilité engagée, un administrateur doit avoir violé un devoir qui lui incombe en vertu de la loi ou des statuts²³⁵ et dont le but est de protéger le patrimoine lésé contre un dommage du type que celui qui est survenu (« *Schutznormtheorie* »)²³⁶.

4.1.1.1 Les devoirs du conseil d'administration consacrés par l'art. 717 CO

Considérée comme une norme fondatrice de responsabilité²³⁷, l'art. 717 CO impose aux administrateurs un devoir de diligence, de fidélité et d'égalité de traitement dans le cadre de la gestion de la société.

4.1.1.1.1 Le devoir de diligence

Le devoir de diligence prescrit aux administrateurs une obligation de moyens²³⁸ en vertu de laquelle ils doivent exercer leurs attributions en y apportant le soin²³⁹ et les efforts²⁴⁰ nécessaires en vue d'obtenir le meilleur résultat pour la société²⁴¹. Les administrateurs doivent faire preuve de diligence essentiellement dans l'acceptation du mandat, dans l'exécution de leurs tâches et dans l'organisation de la société²⁴².

4.1.1.1.2 Le devoir de fidélité

Le devoir de fidélité commande aux administrateurs de veiller fidèlement aux intérêts de la société²⁴³ et comprend deux composantes²⁴⁴. Sa composante active contraint les administrateurs à adopter un comportement qui tend à sauvegarder et à promouvoir les intérêts de la société²⁴⁵. Quant à sa composante passive, elle oblige les administrateurs à s'abstenir de tout acte au travers duquel les intérêts de la société se verraient atteints²⁴⁶. Il en résulte en particulier l'interdiction faite aux administrateurs de privilégier leurs propres intérêts, ceux d'actionnaires ou de tiers au détriment des intérêts de la société²⁴⁷.

²³⁵ ATF 110 II 391, c. 2, JdT 1985 I 287 ; ZEN-RUFFINEN/BAUEN, N 887 ; HÄNNI, N 47 ; JENNY, N 42 et réf. cit. ; NIKITINE, p. 82 et réf. cit.

²³⁶ ATF 110 II 391, c. 2, JdT 1985 I 287 ; ATF 115 II 15, c. 3a et réf. cit., JdT 1989 I 595 ; ATF 125 III 86, c. 3b ; BSK OR II-GERICKE/WALLER, N 23 *ad art.* 754 ; BÄNZIGER/VOGT, p. 618 ; BÖCKLI, § 18 N 378 ; BÄRTSCHI, p. 282 ss ; *Contra* : HÄNNI, N 48 ; JENNY, N 42.

²³⁷ ZEN-RUFFINEN/BAUEN, N 888 ; ROUILLER/BAUEN/BERNET/LASSERRE ROUILLER, N 564a ; BSK OR II-GERICKE/WALLER, N 26 *ad art.* 754 et réf. cit.

²³⁸ CR CO II-PETER/GAVADINI, N 7 *ad art.* 717 ; HÄNNI, N 45 et réf. cit. ; ISLER, 2004 p. 44.

²³⁹ HÄNNI, N 45.

²⁴⁰ CR CO II-CORBOZ/AUBRY GIRARDIN, N 19 *ad art.* 754.

²⁴¹ MÜLLER/LIPP/PLÜSS, p. 283.

²⁴² CR CO II-PETER/CAVADINI, N 4 *ad art.* 717 ; ZEN-RUFFINEN/BAUEN, N 191 ss ; ROUILLER/BAUEN/BERNET/LASSERRE ROUILLER, N 479 ; BÖCKLI, § 13 N 564 ss.

²⁴³ Art. 717 al. 1 CO.

²⁴⁴ CR CO II-PETER/CAVADINI, N 11 *ad art.* 717 ; SOMMER, p. 17 ; BÖCKLI, § 13 N 599.

²⁴⁵ CR CO II-PETER/CAVADINI, N 11 *ad art.* 717 ; CR CO II-CORBOZ/AUBRY GIRARDIN, N 26 *ad art.* 754 ; MÜLLER/LIPP/PLÜSS, p. 280 ; SOMMER, p. 17 ; BÖCKLI, § 13 N 599 ; NIKITINE, p. 83.

²⁴⁶ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 28 N 25 ; *Cf.* BSK OR II-WATTER/ROTH PELLANDA, N 15 *ad art.* 717 ; SOMMER, p. 18 ; BÖCKLI, § 13 N 600.

²⁴⁷ CR CO II-PETER/CAVADINI, N 11 *ad art.* 717 ; SOMMER, p. 18 ; NIKITINE, p. 179 ; *Cf.* ATF 130 III 213, c. 2.2.2, JdT 2004 I 223 ; ZEN-RUFFINEN/BAUEN, N 207 ; BSK OR II-WATTER/ROTH PELLANDA, N 15 *ad art.* 717 ; HÄNNI, N 44 et réf. cit.

4.1.1.1.2.1 La notion d'intérêt social

Au cœur du devoir de fidélité²⁴⁸ et de l'activité du conseil d'administration²⁴⁹, la notion d'intérêt social n'est pas définie par la loi²⁵⁰ et ne fait pas non plus l'objet d'un consensus dans la doctrine.

Toutefois, la loi le conçoit comme un intérêt autonome tendant à la poursuite durable d'une activité lucrative prospère²⁵¹. Par ailleurs, le Tribunal fédéral reconnaît un intérêt social autonome²⁵² se composant d'une pluralité d'intérêts²⁵³.

Dans la doctrine, s'il est incontesté que la société doit exercer une activité lucrative en vue de faire du bénéfice²⁵⁴, la question de savoir dans quelle mesure les intérêts des différentes parties touchées par l'activité de la société doivent être pris en compte est, elle, controversée²⁵⁵.

Selon la conception traditionnelle dite « *shareholder value* », l'intérêt social doit être assimilé à celui des actionnaires²⁵⁶. Partant, il doit consister en une augmentation durable de la valeur de la société²⁵⁷, qui se répercutera sur la valeur de la participation de ses actionnaires²⁵⁸.

Cependant, la conception dite « *stakeholder value* » a gagné en importance ces dernières années²⁵⁹. Selon cette conception, les intérêts de l'ensemble des parties touchées par les activités de la société, notamment les employés, les clients et la société en général, ont une place légitime dans la détermination de l'intérêt social²⁶⁰. Plus récemment, avec l'essor de la *Corporate social responsibility*, s'est développée en outre l'idée que les sociétés d'une certaine importance endossent une responsabilité sociale²⁶¹ et environnementale²⁶² envers la société en général²⁶³.

En fin de compte, ces différentes conceptions se recoupent largement²⁶⁴. En effet, si nous retenons que l'intérêt social consiste en la prospérité durable de la société²⁶⁵, respectivement en l'augmentation de sa valeur sur le long terme²⁶⁶, tant les intérêts des actionnaires que ceux des autres parties prenantes seront protégés²⁶⁷. Tout d'abord, les actionnaires percevront des dividendes et verront la valeur de leur participation augmenter comme conséquence de

²⁴⁸ SOMMER, p. 36.

²⁴⁹ ZEN-RUFFINEN/BAUEN, N 207 ; HÄNNI, N 92 ; BÄNZIGER/VOGT, p. 620.

²⁵⁰ SOMMER, p. 36.

²⁵¹ Pour des explications détaillées, cf. SOMMER, p. 44 ss.

²⁵² ATF 128 III 180, c. 2c ; Cf. ATF 95 II 157, c. 9b, JdT 1970 I 344.

²⁵³ ATF 100 II 384, c. 4 ; Cf. ATF 95 II 157, c. 9b, JdT 1970 I 344.

²⁵⁴ BSK OR II-WATTER/ROTH PELLANDA, N 37 ss ad art. 717 ; FORSTMOSER 2008, p. 199 ; Cf. ATF 100 II 384, c. 4, JdT 1975 I 334 ; SCHENKER, p. 644.

²⁵⁵ SCHENKER, p. 637 ; JACQUEMET, p. 325 ; FORSTMOSER 2008, p. 199.

²⁵⁶ SOMMER, p. 38 ; BÄR 1966, p. 380 et 387 ss ; BÄR 1959, p. 514 ss.

²⁵⁷ BSK OR II-WATTER/ROTH PELLANDA, N 16 ad art. 717 ; JENNY, p. 27 et réf. cit. ; SOMMER, p. 38 ; NIKITIN, p. 180 ; KISSLING, N 47 ; Cf. SCHENKER, p. 638.

²⁵⁸ SOMMER, p. 38.

²⁵⁹ PETER/JACQUEMET, p. 24 ; JACQUEMET, p. 326 ; FORSTMOSER 2008, p. 200.

²⁶⁰ PETER/JACQUEMET, p. 24 ss ; SOMMER, p. 39 ; FORSTMOSER 2008, p. 200 ; Cf. SCHENKER, p. 638 s. ; JACQUEMET, p. 327.

²⁶¹ Cf. SCHENKER, p. 637 ; HÄUSERMANN, p. 498 ; JACQUEMET, p. 336.

²⁶² FORSTMOSER 2008, p. 201.

²⁶³ PETER/JACQUEMET, p. 23 ; SCHENKER, p. 635 ; BSK OR II-WATTER/ROTH PELLANDA, N 16 ad art. 717 ; BSK OR II-GERICKE/WALLER, N 26a ad art. 754.

²⁶⁴ SOMMER, p. 49 ; FORSTMOSER 2008, p. 200 s.

²⁶⁵ ATF 126 III 266, c. 1b ; ATF 100 II 384, c. 4, JdT 1975 I 334 ; SOMMER, p. 50 ; BÖCKLI, § 13 N 598 ; BRECHBÜHL/HURNI, p. 1552.

²⁶⁶ SOMMER, p. 47 ss ; NIKITIN, p. 180 s. ; FORSTMOSER 2005, p. 220 et 222 ss.

²⁶⁷ SOMMER, p. 49 s. ; FORSTMOSER 2005, p. 232 ; BRECHBÜHL/HURNI, p. 1552 ; Cf. JÖRG, p. 36.

l'augmentation de la valeur de la société²⁶⁸. Ensuite, les employés verront leur place de travail assurée, les clients auront un partenaire contractuel fiable²⁶⁹ et la société en général profitera des impôts versés et d'éventuelles donations effectuées par la société et ses actionnaires. Finalement, les considérations sociales et environnementales seront prises en compte par la société, soucieuse de préserver sa bonne réputation²⁷⁰, elle-même essentielle pour la bonne marche de ses affaires²⁷¹.

Il sied de relever que les administrateurs disposent d'un large pouvoir d'appréciation pour déterminer la stratégie, les moyens et les ressources permettant de concrétiser cet intérêt social²⁷². À cet égard, SOMMER²⁷³ expose différents facteurs qui peuvent contribuer à la prospérité à long terme de la société, dont un niveau de capital suffisant, une bonne gouvernance, une bonne réputation ainsi que des employés motivés.

4.1.1.1.2 Les conflits d'intérêts

En vertu de leur devoir de fidélité, les administrateurs ont l'obligation d'éviter tout conflit d'intérêts²⁷⁴. Ces derniers naissent de situations dans lesquelles un administrateur voit son objectivité dans la prise de décision compromise en raison de la poursuite d'intérêts inconciliables avec l'intérêt social²⁷⁵. Par conséquent, l'administrateur n'est pas en mesure de prendre une décision qui sert au mieux les intérêts de la société²⁷⁶. Il sied toutefois de mentionner que toute poursuite d'intérêts propres, d'ordre privé ou professionnel²⁷⁷, par les administrateurs ne porte pas nécessairement atteinte aux intérêts de la société²⁷⁸ et, partant, n'est pas constitutive d'un conflit d'intérêts.

Dès qu'un conflit d'intérêts survient, l'enjeu majeur pour le conseil d'administration est de parvenir à prendre des mesures propres à assurer la poursuite et la protection des intérêts de la société²⁷⁹. A titre d'exemple, il peut être demandé à un tiers indépendant qu'il se prononce sur le bien-fondé de la décision à prendre (« *fairness opinions* »)²⁸⁰, voire qu'il participe à la procédure de décision²⁸¹. En présence de conflits d'intérêts dits « *sérieux* »²⁸², une interdiction peut être faite à l'administrateur concerné de participer au vote final²⁸³, voire à la procédure de décision²⁸⁴. A noter que la compétence de l'assemblée générale pour approuver une décision

²⁶⁸ Cf. FORSTMOSER 2005, p. 230.

²⁶⁹ FORSTMOSER 2005, p. 230.

²⁷⁰ FORSTMOSER 2008, p. 202 ss.

²⁷¹ SCHENKER, p. 642 s. ; JACQUEMET, p. 330 s. ; FORSTMOSER 2008, p. 203 s.

²⁷² SCHENKER, p. 653 ; HÄNNI, p. 95 ; KISSLING, N 77 ; BRECHBÜHL/HURNI, p. 1553.

²⁷³ SOMMER, p. 50 ss.

²⁷⁴ Cf. n. 247.

²⁷⁵ MUSTAKI/URBEN 2014, p. 109 s. et 142 ; SOMMER, p. 85 ; NIKITINE, p. 182 s. ; DRUEY 2006, p. 61.

²⁷⁶ Cf. ZEN-RUFFINEN/BAUEN, N 230 ; SOMMER, p. 85 ; KISSLING, N 112 ; GRASS 2000, p. 6.

²⁷⁷ SOMMER, p. 86 ; Cf. KUNZ 2013, N 11 ; DRUEY 2006, p. 70.

²⁷⁸ SOMMER, p. 86 s. et 94 ; DRUEY 2006, p. 61 et 69 s.

²⁷⁹ TF 4A_127/2013 du 22 mai 2013, c. 7 ; ATF 130 III 213, c. 2.2.2, JdT 2004 I 223 ; CO CR II-PETER/CAVADINI, N 13 ss *ad art.* 717 ; ROUILLER/BAUEN/BERNET/LASSERRE ROUILLER, N 481 ; BSK OR II-WATTER/ROTH PELLANDA, N 15 *ad art.* 717 ; SOMMER, p. 85 s. ; Cf. CSBP ch. 17 al. 1.

²⁸⁰ ROUILLER/BAUEN/BERNET/LASSERRE ROUILLER, N 482c ; MUSTAKI/URBEN 2014, p. 153 ss ; Cf. JACCARD/PREMAND, p. 381 ; NIKITINE, p. 203 ss.

²⁸¹ PETER/JACQUEMET, p. 19 ; KUNZ 2018, p. 454 ; CHENAUX, p. 525.

²⁸² Sur la notion, cf. BÖCKLI, § 13 N 636 ss.

²⁸³ ROUILLER/BAUEN/BERNET/LASSERRE ROUILLER, N 481 ; MUSTAKI/URBEN 2014, p. 149 et réf. cit. ; PÖSCHEL /WATTER p. 18 ; BÖCKLI, § 13 N 643 ; ISLER 2003, p. 7 ; Cf. CSBP ch. 17 al. 2 ; *Contra* : VON DER CRONE, p. 5.

²⁸⁴ ROUILLER/BAUEN/BERNET/LASSERRE ROUILLER, N 481 ; MUSTAKI/URBEN 2014, p. 149 ; Nuancés PÖSCHEL /WATTER, p. 18 ; *Contra* BÖCKLI, § 13 N 644.

du conseil d'administration est généralement donnée lorsque l'ensemble des administrateurs qui ont participé à la prise de décision, à tout le moins leur majorité, ont été confrontés à un conflit d'intérêts²⁸⁵.

Pour des raisons qui tiennent à la composition du conseil d'administration et de l'actionnariat des sociétés de famille²⁸⁶, il n'est pas rare que les administrateurs soient confrontés à un conflit d'intérêts, car ils peuvent être amenés à protéger les intérêts des membres de la famille, et non ceux de la société²⁸⁷. En vue de remédier à ce problème, des règles de conduite à l'intention du conseil d'administration ont été développées par la doctrine²⁸⁸. Nous mentionnerons la nécessité pour les administrateurs de séparer clairement les affaires familiales des affaires commerciales²⁸⁹, celle de recourir à un tiers indépendant et externe à la famille dans les procédures de décision²⁹⁰ et celle d'adopter des procédures et des règles à observer en cas de survenance de conflit d'intérêts²⁹¹.

4.1.1.1.3 Le devoir d'égalité de traitement

Le devoir d'égalité de traitement impose aux administrateurs de « *traiter de la même manière les actionnaires qui se trouvent dans la même situation* »²⁹². Des dérogations à ce devoir sont toutefois licites lorsque l'intérêt social le commande et que le principe de proportionnalité est respecté²⁹³.

4.1.1.2 L'appréciation judiciaire des décisions de gestion

La responsabilité personnelle des administrateurs étant engagée uniquement lorsqu'ils ont manqué à leurs devoirs, il incombe au juge de se prononcer sur l'existence d'un tel manquement.

4.1.1.2.1 En général

Eu égard au fait que la gestion d'une société est une tâche complexe²⁹⁴ au caractère incertain²⁹⁵, il est primordial qu'un pouvoir d'appréciation soit reconnu aux administrateurs et que ces derniers soient protégés dans son exercice²⁹⁶, de sorte que l'on ne puisse retenir un manquement aux devoirs du simple fait qu'un acte qui se soit avéré inopportun, voire préjudiciable, pour la société²⁹⁷.

²⁸⁵ ATF 50 II 168, c. 6 ; ZEN-RUFFINEN/BAUEN, N 232 ; ROUILLER/BAUEN/BERNET/LASSERRE ROUILLER, N 482b.

²⁸⁶ Cf. n. 13 s.

²⁸⁷ Cf. n. 63.

²⁸⁸ Voir BÖCKLI 2014, p. 522 ss ; BÜHLER Ch., p. 317 ss ; BÜHLER S., p. 162 ss.

²⁸⁹ BÖCKLI 2014, p. 530 ch. 1 ; BÜHLER Ch., p. 325 ss ; BÜHLER S., p. 165.

²⁹⁰ BÜHLER S., p. 165 ; Cf. BÜHLER Ch., p. 325 ss.

²⁹¹ BÖCKLI 2014, p. 530 ch. 11.

²⁹² Art. 717 al. 2 CO.

²⁹³ ATF 117 II 290, c. 6 b/bb ; ATF 102 II 265, c. 1 et renvois cités, JdT 1977 I 102 ; ZEN-RUFFINEN/BAUEN, N 239 et réf. cit. ; BSK OR II-WATTER/ROTH PELLANDA, N 23 ad art. 717 ; MÜLLER/LIPP/PLÜSS, p. 285 ; BÖCKLI, § 13 N 680.

²⁹⁴ HÄNNI, N 61 ; SETHE, p. 168.

²⁹⁵ BLANC, p. 49 ; CHRISTEN, p. 125 ; SETHE, p. 168 ; Voir NIKITINE, p. 112 ss.

²⁹⁶ HÄNNI, N 61 ; CHRISTEN, p. 125 ; BÄNZIGER/VOGT, p. 611 ; Cf. BLANC, p. 51 ; NIKITINE, p. 165 s.

²⁹⁷ BRUGGER/VON DER CRONE, p. 182 et réf. cit. ; BÄNZIGER/VOGT, p. 611 ; Cf. CR CO II-CORBOZ/AUBRY GIRARDIN, N 22 ad art. 754 ; ZEN-RUFFINEN/BAUEN, N 890 ; BÖCKLI, § 13 N 581 ; Cf. Arrêt TF du 25 mai 1981, X. contre J. Berberat et Henauer SA, c. 3a, SJ 104 226.

Dans ce contexte, les tribunaux américains ont développé la *business judgment rule*²⁹⁸, qui instaure une présomption de gestion fidèle et diligente en faveur des administrateurs²⁹⁹ lorsque ces derniers ont pris leur décision « *de manière informée, et pensé de bonne foi qu'ils agissaient dans les meilleurs intérêts de la société* »³⁰⁰, et ce sans être confrontés à un conflit d'intérêts³⁰¹.

4.1.1.2.2 Les conditions d'application de la *business judgment rule* telle qu'appliquée par le Tribunal fédéral

Le Tribunal fédéral n'est pas resté indifférent à cette doctrine américaine et l'a, en substance, transposée en droit suisse³⁰². En effet, il a explicitement reconnu que « *les tribunaux doivent faire preuve de retenue dans l'appréciation a posteriori de décisions commerciales prises au cours d'un processus décisionnel irréprochable, reposant sur une base d'informations adaptée et exempt de conflits d'intérêts* »³⁰³. Lorsque ces conditions d'application, de nature procédurale³⁰⁴, sont remplies, le juge examine le contenu matériel de la décision uniquement sous l'angle de son caractère défendable au regard de l'intérêt social³⁰⁵. Nous allons maintenant passer en revue les conditions d'application de la *business judgment rule* telle qu'appliquée par le Tribunal fédéral.

4.1.1.2.2.1 Une décision de gestion

Les décisions dites de gestion visées par la *business judgment rule* impliquent un pouvoir d'appréciation du conseil d'administration³⁰⁶, en vertu duquel ce dernier est amené à choisir entre plusieurs alternatives³⁰⁷. Ainsi, la *business judgment rule* ne trouve pas application en présence de décisions dites « *liées* »³⁰⁸, pour lesquelles la loi ou les statuts contiennent des prescriptions claires et précises³⁰⁹.

4.1.1.2.2.2 Une base d'information adaptée

La *business judgment rule* accorde une grande importance au processus de formation de la décision³¹⁰. C'est pourquoi, les administrateurs ont le devoir de se renseigner sur toutes les informations pertinentes³¹¹ au regard de la décision à prendre³¹².

²⁹⁸ Smith v. Van Gorkom, 488 A.2d 858 (Delaware 1985) ; Cf. ZEN-RUFFINEN/BAUEN, N 202 ; HÄNNI, N 67 ; CHRISTEN, p. 124.

²⁹⁹ HÄNNI, N 67.

³⁰⁰ HÄNNI, N 67 et réf. cit. ; Smith v. Van Gorkom, 488 A.2d 858, p. 872 (Delaware 1985).

³⁰¹ HÄNNI, N 67.

³⁰² TF 4A_642/2016 du 27 juin 2017, c. 2.1 ; ATF 139 III 24, JdT 2013 II 328 ; TF 4A_74/2012 du 18 juin 2012, c. 5.1 ; ROUILLER/BAUEN/BERNET/LASSERRE ROUILLER, N 584a ; HÄNNI, N 69 ; BRUGGER/VON DER CRONE, p. 182 s. ; BÄNZIGER/VOGT, p. 612.

³⁰³ TF 4A_642/2016 du 27 juin 2017, c. 2.1 ; ATF 139 III 24, c. 3.2, JdT 2013 II 328 ; TF 4A_74/2012 du 18 juin 2012, c. 5.1.

³⁰⁴ HÄNNI, N 100 ; BÖCKLI, § 13 N 589.

³⁰⁵ TF 4A_642/2016 du 27 juin 2017, c. 2.1 ; TF 4A_626/2013 du 8 avril 2014, c. 7 ; ATF 139 III 24, c. 3.2, JdT 2013 II 328 ; Cf. HÄNNI, N 69.

³⁰⁶ BLANC, p. 63 ; VISCHER, p. 386 ; HÄNNI, N 73 ; SETHE, p. 175.

³⁰⁷ VISCHER, p. 386 ; SETHE, p. 173 ; JENNY, N 792 ; NIKITINE, p. 165.

³⁰⁸ CHRISTEN, p. 126 ; SETHE, p. 173.

³⁰⁹ SETHE, p. 173 ss ; Cf. BÄNZIGER/VOGT, p. 618 ; GRASS 2000, p. 7.

³¹⁰ Cf. HÄNNI, N 100 ; BÄNZIGER/VOGT, p. 614 ; BÖCKLI, § 13 N 583.

³¹¹ BLANC, p. 65 ; CHRISTEN, p. 126 ; SETHE, p. 176 ; BRUGGER/VON DER CRONE, p. 186 ; BÄNZIGER/VOGT, p. 617 ; GRASS 2000, p. 7.

³¹² BLANC, p. 65 ; SETHE, p. 176 ; KUNZ 2014 II, p. 278 ; BRUGGER/VON DER CRONE, p. 186 ; GRASS 2000, p. 7.

Lorsque les administrateurs ne possèdent pas les compétences nécessaires pour rendre une décision, il est généralement reconnu qu'ils peuvent, voire doivent, faire appel à un expert³¹³. Dès lors, se pose la question de savoir dans quelle mesure la présence d'un expert dans le processus de formation de la décision peut avoir un effet d'atténuation, voire de disculpation, sur la responsabilité personnelle des administrateurs³¹⁴. Une partie de la doctrine s'accorde à dire qu'il convient d'appliquer par analogie les critères d'exonération consacrés par l'art. 754 al. 2 CO dans le cadre de la délégation de la gestion³¹⁵. Ces critères ont trait au choix, à l'instruction et à la surveillance de l'expert³¹⁶.

4.1.1.2.2.3 Un processus décisionnel irréprochable

La condition du processus décisionnel irréprochable commande tout d'abord au conseil d'administration qu'il prenne uniquement les décisions qui relèvent de sa compétence³¹⁷. Ensuite, elle exige une participation personnelle et active des administrateurs au processus de formation de la décision³¹⁸, qui se traduit notamment par une préparation soignée pour les sessions et par le devoir de prendre position³¹⁹. En outre, avant que la décision ne soit soumise au vote final, le conseil d'administration doit avoir pondéré les aspects positifs et négatifs des alternatives qui se sont présentées³²⁰. Enfin, les prescriptions statutaires et réglementaires doivent avoir été respectées³²¹.

4.1.1.2.2.4 Une absence de conflit d'intérêts

Enfin, la *business judgment rule* exige que les administrateurs qui ont participé à la prise de décision aient été exempts de conflit d'intérêts³²². Lorsque cette exigence n'est pas remplie, les avis sur les conséquences qui en découlent ne sont pas unanimes.

La jurisprudence³²³ et une partie de la doctrine³²⁴ estiment que l'existence d'un conflit d'intérêts conduit à renverser la présomption de gestion fidèle et diligente et, au surplus, à présumer le manquement au devoir de fidélité de l'administrateur concerné. Toutefois, ce dernier garde la possibilité de prouver qu'il a malgré tout respecté son devoir de fidélité. En effet, il peut démontrer qu'il a agi dans l'intérêt de la société³²⁵, que le conflit d'intérêts « a été géré de manière convenable »³²⁶ ou encore que la société n'a subi aucun préjudice³²⁷. Cas échéant, la présomption de gestion fidèle et diligente est rétablie³²⁸.

³¹³ HÄNNI, N 78 et réf. cit. ; SETHE, p. 187 ; Cf. ATF 139 III 24, c. 3.3, JdT 2013 II 328.

³¹⁴ HÄNNI, N 78 ; SETHE, p. 188 ss ; Cf. ATF 139 III 24, c. 3.4, JdT 2013 II 328 ; TF 4A_74/2012 du 18 juin 2012, c. 5.3.1.

³¹⁵ BSK OR II-GERICKE/WALLER, N 32 ad art. 754 et réf. cit. ; SETHE, p. 192 ; BÖCKLI, § 18 N 403b.

³¹⁶ Voir HÄNNI, N 79 et 86 ; SETHE, p. 193 ss ; BISHOF, p. 204 s.

³¹⁷ HÄNNI, N 81.

³¹⁸ HÄNNI, N 81 et réf. cit.

³¹⁹ HÄNNI, N 81 ; BÖCKLI, § 18 N 438 ss ; NIKITINE, p. 261 ss.

³²⁰ VISCHER, p. 58 ; SETHE, p. 177 ; NIKITINE, p. 261 ss ; Cf. TF 4A_97/2013 du 28 août 2013, c. 5.2 ; TF 4A_267/2008 du 8 décembre 2008, c. 5.6.

³²¹ BLANC, p. 64 ; VISCHER, p. 58 ; CHRISTEN, p. 126.

³²² Cf. SETHE, p. 178 ; BRUGGER/VON DER CRONE, p. 184 ; BÄNZIGER/VOGT, p. 614 ; NIKITINE, p. 176 s.

³²³ TF 4A_127/2013 du 22 mai 2013, c. 7.1 ; ATF 132 III 758, c. 3.3 ; TF 4C.139/2001 du 13 août 2001, c. 2a/bb ; Cf. toutefois TF 4A_219/2015 du 8 septembre 2015, c. 4.2.1 s. et HÄNNI, N 93 pour les commentaires.

³²⁴ HÄNNI, N 91 ; BRUGGER/VON DER CRONE, p. 184 s. ; SOMMER, p. 102 ; NIKITINE, p. 184 ; *Contra* : LAZOPOULOS, p. 176.

³²⁵ VON DER CRONE, p. 8.

³²⁶ HÄNNI, N 90 ; Cf. BRUGGER/VON DER CRONE, p. 185.

³²⁷ HÄNNI, N 90 ; NIKITINE, p. 203 et réf. cit. ; Cf. BRUGGER/VON DER CRONE, p. 185.

³²⁸ BRUGGER/VON DER CRONE, p. 185 ; NIKITINE, p. 204.

4.1.1.2.3 Le contrôle matériel des décisions

Dernière étape dans l'appréciation judiciaire des décisions de gestion, respectivement dans l'examen d'un manquement aux devoirs, l'étendue du contrôle matériel des décisions varie suivant que les conditions d'application de la *business judgment rule* ont été respectées ou non.

4.1.1.2.3.1 En cas de respect des conditions d'application

Une limitation du pouvoir d'examen du juge, respectivement de la responsabilité des administrateurs, aux seules conditions procédurales exposées ci-dessus n'est pas concevable. En effet, l'absence de tout contrôle matériel de la décision au regard de l'intérêt social serait contraire au devoir de fidélité des administrateurs³²⁹. Il est toutefois reconnu que le juge doit faire preuve de retenue dans l'appréciation de décisions de gestion prises dans le respect des conditions procédurales examinées ci-dessus³³⁰. Pour le surplus, la question de l'étendue du contrôle matériel de ces décisions est controversée dans la doctrine.

Le Tribunal fédéral et une partie de la doctrine s'accordent à dire que le juge peut uniquement sanctionner une décision de gestion qui apparaît, *ex ante*, incompréhensible et non-défendable au regard de l'intérêt social³³¹. Ainsi, constituerait un manquement aux devoirs toute décision de gestion qui, objectivement, ne se laisserait justifier par aucun intérêt social³³², respectivement qui n'apparaîtrait pas propre à favoriser la prospérité durable de la société³³³. On peut ainsi penser à des décisions que les administrateurs prendraient dans le seul but de favoriser leurs intérêts propres ou ceux des actionnaires majoritaires³³⁴, respectivement dans celui de réduire l'influence des actionnaires minoritaires³³⁵.

D'autres auteurs sont d'avis que le contenu de la décision de gestion doit faire l'objet d'un contrôle plus restrictif. GRASS³³⁶ estime que le contrôle matériel de la décision doit se limiter au caractère « *manifestement irrationnel* », qui sera donné lorsque la décision ne se laisse pas rationnellement justifier ou que ses motifs ne peuvent être compris par un tiers. Pour GERICKE et WALLER³³⁷, un contrôle matériel de la décision est purement et simplement à rejeter, au motif qu'une décision de gestion ne peut apparaître non-défendable au regard de l'intérêt social lorsque les conditions d'application de la *business judgment rule* ont été respectées. Si, dans ces circonstances, une décision de gestion devait toutefois s'avérer non-défendable, un manquement aux devoirs devrait tout de même être nié.

Enfin, KUNZ³³⁸ estime que la *business judgment rule* revient à instaurer une « *règle d'immunité* » en faveur des administrateurs en raison du « *pouvoir de cognition limité à l'arbitraire* » qu'elle confère aux juges. Par conséquent, KUNZ³³⁹ préconise la vérification de

³²⁹ HÄNNI 2013, p. 277 ; BÄNZIGER/VOGT, p. 615 s. ; Cf. SETHE, p. 180 ; BÖCKLI, § 13 N 584 et 591e.

³³⁰ TF 4A_642/2016 du 27 juin 2017, c. 2.1 ; TF 4A_219/2015 du 8 septembre 2015, c. 4.2.1 ; TF 4A_603/2014 du 11 novembre 2015, c. 7.1.1 ; ATF 139 III 24, c. 3.3, JdT 2013 II 328.

³³¹ TF 4A_642/2016 du 27 juin 2017, c. 2.1 ; TF 4A_219/2015 du 8 septembre 2015, c. 4.2.1 ; TF 4A_603/2014 du 11 novembre 2015, c. 7.1.1 ; ATF 139 III 24, c. 3.3, JdT 2013 II 328 ; VISCHER, p. 58 ss ; SETHE, p. 179 ss ; BRUGGER/VON DER CRONE, p. 186 ss ; BÖCKLI, § 13 N 584 et 591c ss ; NIKITINE, p. 150 ss.

³³² BÄNZIGER/VOGT, p. 615 ; Cf. VISCHER, p. 59 ; NIKITINE, p. 150 ss.

³³³ NIKITINE, p. 155 ; Sur la notion d'intérêt social, cf. Point 4.2.1.1.1.4.

³³⁴ ATF 139 III 24, c. 3.4, JdT 2013 II 328 ; HÄNNI, N 95 et réf. cit. ; Cf. BÖCKLI, § 13 N 591.

³³⁵ ATF 139 III 24, c. 3.4, JdT 2013 II 328 ; HÄNNI 2013, p. 275 ; Cf. TF 4C.242/2001 du 5 mars 2003, c. 4.1 et 5.1 ; JACQUEMOUD/AUBERSON, p. 373 ; BÖCKLI, § 6 N 203a ; KLÄY, p. 182 ; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 39 N 87 ss.

³³⁶ GRASS 1998, p. 91 ; Cf. GRASS 1998, p. 64 ss.

³³⁷ BSK OR II-GERICKE/WALLER, N 31a ad art. 754.

³³⁸ KUNZ 2014 II, p. 274 ; KUNZ 2000, 2^e partie § 6 N 116.

³³⁹ KUNZ 2014 II, p. 282.

deux critères supplémentaires, qui sont le bien-être de la société et la supposition raisonnable (« *vernünftige Annahme* ») que les administrateurs y ont contribué.

4.1.1.2.3.2 En cas de non-respect des conditions d'application

Lorsque les conditions d'application de la *business judgment rule* n'ont pas été respectées, le Tribunal fédéral et la doctrine majoritaire sont d'avis que le juge n'est pas tenu de faire preuve de retenue dans l'appréciation matérielle des décisions de gestion³⁴⁰. Aux dires du Tribunal fédéral, « *il suffit que la décision apparaisse comme erronée dans le cas concret à l'issue d'une vérification libre, respectivement complète* »³⁴¹ pour qu'un manquement aux devoirs des administrateurs soit retenu.

VISCHER estime toutefois que la violation d'une condition d'application la *business judgment rule* constitue un acte illicite en soi, respectivement un manquement aux devoirs, de l'administrateur concerné³⁴². Quant à HÄNNI, il considère qu'un manquement grave aux conditions d'application est constitutif d'un manquement aux devoirs, mais que l'administrateur concerné « *pourra se libérer en démontrant l'entière opportunité de la décision prise* »³⁴³.

4.1.2 Le dommage

L'exigence d'un dommage comme condition de mise en œuvre de l'action en responsabilité de l'art. 754 CO³⁴⁴ découle de la finalité même de cette dernière, qui tend à indemniser le lésé pour le dommage qu'il a subi.

La notion de dommage se définit comme une « *diminution involontaire de la fortune nette* »³⁴⁵, qui peut prendre la forme d'une diminution, respectivement d'une non-augmentation, de l'actif ou d'une augmentation, respectivement d'une non-diminution, du passif³⁴⁶. Le montant du dommage consiste en « *la différence entre le montant actuel du patrimoine du lésé et le montant qu'aurait ce même patrimoine si l'événement dommageable ne s'était pas produit* »³⁴⁷. Dans le contexte de la responsabilité pour la gestion hors faillite, il s'agit de déterminer l'état dans lequel le patrimoine de la société, respectivement des actionnaires, se trouverait si le(s) administrateur(s) n'avai(en)t pas manqué à leurs devoirs³⁴⁸.

³⁴⁰ TF 4A_642/2016 du 27 juin 2017, c. 2.1 ; TF 4A_219/2015 du 8 septembre 2015, c. 4.2.1 ; TF 4A_603/2014 du 11 novembre 2015, c. 7.1.1 ; SETHE, p. 181 ; BRUGGER/VON DER CRONE, p. 188 ; BÄNZIGER/VOGT, p. 615.

³⁴¹ TF 4A_642/2016 du 27 juin 2017, c. 2.1 ; TF 4A_603/2014 du 11 novembre 2015, c. 7.1.1 ; TF 4A_219/2015 du 8 septembre 2015, c. 4.2.1.

³⁴² VISCHER, p. 62.

³⁴³ HÄNNI, N 99.

³⁴⁴ ATF 136 III 148, c. 2.3 ; ATF 132 III 564, c. 4.2 ; ATF 132 III 342, c. 4.1, JdT 2007 I 51 ; CR CO II-CORBOZ/AUBRY GIRARDIN, N 43 *ad* art. 754 ; ZEN-RUFFINEN/BAUEN, N 876 ; ROUILLER/BAUEN/BERNET/LASSERRE ROUILLER, N 563.

³⁴⁵ ATF 139 V 176, c. 8.1.1 et renvois cités, JdT 2017 IV 39 ; ATF 128 III 180, c. 2d et renvois cités ; ATF 104 II 198, c. a et renvois cités, JdT 1979 I 80 ; *Cf.* CR CO I-WERRO, N 8 *ad* art. 41 ; BSK OR I-BREHM, N 70 *ad* art. 41.

³⁴⁶ ATF 129 III 18, c. 2.4 ; ATF 128 III 180, c. 2d ; ATF 104 II 198, c. a et renvois cités, JdT 1979 I 80.

³⁴⁷ ATF 139 V 176, c. 8.1.1 et renvois cités, JdT 2017 IV 39 ; ATF 128 III 180, c. 2d et renvois cités ; ATF 104 II 198, c. a et renvois cités, JdT 1979 I 80.

³⁴⁸ *Cf.* ZEN-RUFFINEN/BAUEN, N 876 et réf. cit. ; BSK OR II-GERICKE/WALLER, N 13 *ad* art. 754.

4.1.3 La faute

L'existence d'une faute est la troisième condition de la responsabilité dans la gestion³⁴⁹ et suppose que le manquement aux devoirs puisse être subjectivement reproché à l'administrateur concerné³⁵⁰.

Pour que la faute soit établie, l'administrateur doit avoir été capable de discernement³⁵¹ au moment de l'acte reproché³⁵² et avoir violé une norme de comportement³⁵³. La faute peut prendre la forme d'une intention³⁵⁴ ou d'une négligence³⁵⁵.

4.1.4 Le lien de causalité naturelle et adéquate

Finalement, pour que la responsabilité personnelle d'un administrateur soit engagée, un lien de causalité naturelle et adéquate doit être donné entre le manquement fautif aux devoirs et le dommage³⁵⁶.

La causalité naturelle est retenue lorsque le comportement de la personne recherchée constitue la condition *sine qua non* de la survenance du dommage³⁵⁷. Dans le contexte de la responsabilité pour la gestion, elle est ainsi donnée lorsque le dommage ne serait pas survenu si l'administrateur recherché n'avait pas manqué à ses devoirs³⁵⁸.

S'agissant de la causalité adéquate, elle est admise lorsque le comportement de la personne recherchée, respectivement le manquement aux devoirs de l'administrateur, est « *propre d'après le cours ordinaire des choses et l'expérience de la vie, à entraîner un résultat du genre de celui qui s'est produit* »³⁵⁹, résultat qu'il faut comprendre comme le dommage³⁶⁰.

4.2 La responsabilité du conseil d'administration en lien avec le régime des restrictions à la transmissibilité des actions

Après avoir examiné les conditions de la responsabilité des administrateurs dans la gestion, nous allons exposer les situations en lien avec le régime des restrictions à la transmissibilité dans lesquelles leur responsabilité personnelle peut être engagée.

³⁴⁹ ATF 136 III 148, c. 2.3 ; ATF 132 III 564, c. 4.2 ; ATF 132 III 342, c. 4.1, JdT 2007 I 51 ; ATF 132 III 564, c. 4.2 ; CR CO II-CORBOZ/AUBRY GIRARDIN, N 36 *ad art.* 754 ; ZEN-RUFFINEN/BAUEN, N 882 ; ROUILLER/BAUEN/BERNET/LASSERRE ROUILLER, N 587.

³⁵⁰ ZEN-RUFFINEN/BAUEN, N 882 ; BÄRTSCHI, p. 299 ; *Cf.* HÄNNI, N 280 et *réf. cit.*

³⁵¹ Art. 16 CC.

³⁵² CR CO II-CORBOZ/AUBRY GIRARDIN, N 42 *ad art.* 754 ; HÄNNI, N 281 ; JENNY, N 50 et *réf. cit.* ; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 36 N 78.

³⁵³ HÄNNI, N 281 ; BSK OR I-BREHM, N 170 *ad art.* 41 ; OFTINGER/STARK, § 5 N 40.

³⁵⁴ *Cf.* MÜLLER/LIPP/PLÜSS, p. 341 ; JENNY, N 52 ; BSK OR I-BREHM, N 192 *ad art.* 41.

³⁵⁵ *Cf.* ATF 113 II 52, c. 3a, JdT 1988 I 26 ; ATF 99 II 176, c. 1, JdT 1974 I 71 ; CR CO II-CORBOZ/AUBRY GIRARDIN, N 38 *ad art.* 754 ; HÄNNI, N 289 ; MÜLLER/LIPP/PLÜSS, p. 341 ; BÖCKLI, § 18 N 112 ; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 36 N 75.

³⁵⁶ ATF 136 III 148, c. 2.3 ; ATF 132 III 564, c. 4.2 ; ATF 132 III 342, c. 4.1, JdT 2007 I 51 ; CR CO II-CORBOZ/AUBRY GIRARDIN, N 48 *ad art.* 754 et N 37 *ss ad art.* 752 ; ZEN-RUFFINEN/BAUEN, N 879 ; BSK OR II-GERICKE/WALLER, N 42 s. *ad art.* 754 ; MÜLLER/LIPP/PLÜSS, p. 340.

³⁵⁷ ATF 143 II 661, c. 5.1.1 ; ATF 139 V 176, c. 8.4.1 ; ATF 133 III 462, c. 4.4.2.

³⁵⁸ ROUILLER/BAUEN/BERNET/LASSERRE ROUILLER, N 590a ; *Cf.* ATF 143 II 661, c. 5.1.1 ; ATF 139 V 176, c. 8.4.1 ; ATF 133 III 462, c. 4.4.2.

³⁵⁹ ATF 143 II 661, c. 5.1.2 ; ATF 139 V 176, c. 8.4.1 ; ATF 125 V 456, c. 5a et renvois *cites*.

³⁶⁰ *Cf.* TF 4A_2013/2010 du 28 septembre, c. 7 ; HÄNNI, N 257.

4.2.1 En cas de refus d'approbation illicite

Nous avons vu que toute décision de refus d'approbation du transfert peut faire l'objet d'un contrôle judiciaire, à l'issue duquel il peut être reconnu que le refus a été prononcé à tort³⁶¹. Dès lors, nous avons également vu que l'acquéreur, respectivement l'actionnaire-aliénateur, peut intenter une action en dommage-intérêts à l'encontre de la société³⁶². Admettons que l'action soit admise et que la société, ou plus vraisemblablement ses actionnaires, se retourne contre les administrateurs qui ont pris la décision de refus en introduisant à leur encontre une action en responsabilité dans la gestion³⁶³. Partant, le juge serait amené à déterminer si les administrateurs qui ont pris part à la décision de refus illicite peuvent être tenus responsables pour le montant que la société a dû verser à l'acquéreur lésé à titre de dommages-intérêts.

4.2.1.1 Le manquement aux devoirs

A titre préliminaire, rappelons que le simple fait qu'une décision de refus d'approbation ait été jugée illicite, respectivement que la société ait été contrainte de verser des dommages-intérêts à l'acquéreur lésé, ne saurait suffire pour retenir un manquement aux devoirs des administrateurs³⁶⁴.

4.2.1.1.1 Le manquement aux devoirs en présence d'une décision au refus d'approbation illicite fondée sur une clause de famille

4.2.1.1.1.1 Une décision de gestion

Dans un premier temps, le juge doit déterminer si une décision de refus d'approbation fondée sur une clause de famille peut être qualifiée de « décision de gestion » au sens de la *business judgment rule*. En effet, l'étendue de son pouvoir d'examen quant au contenu matériel de la décision varie considérablement selon la réponse apportée³⁶⁵.

Rappelons que l'application de la *business judgment rule* suppose que le conseil d'administration ait bénéficié d'un pouvoir d'appréciation dans la prise de sa décision³⁶⁶, ce qui implique l'absence de dispositions légales ou statutaires contenant des prescriptions claires et précises³⁶⁷. Partant, le juge doit examiner le libellé de la clause de famille pour déterminer si elle est rédigée de manière à lier le conseil d'administration, de sorte que ce dernier devait refuser tout acquéreur étranger à la famille, ou de manière potestative, soit en lui laissant le choix de refuser ou d'approuver de tels transferts³⁶⁸.

Dans le premier cas, la décision de refus ne pourrait être qualifiée de « décision de gestion », faute de pouvoir d'appréciation³⁶⁹. Partant, le juge disposerait d'un pouvoir d'examen complet sur le contenu matériel de la décision³⁷⁰. Toutefois, un manquement aux devoirs serait difficilement reprochable au conseil d'administration, en raison du fait qu'il a simplement appliqué une clause statutaire contraignante.

³⁶¹ Cf. Point 3.2.3.

³⁶² Cf. n. 219 s.

³⁶³ Cf. ATF 139 III 24, spéc. c. 3.1, JdT 2013 II 328 ; JACQUEMOUD/AUBERSON, p. 370.

³⁶⁴ Cf. n. 297.

³⁶⁵ Cf. TF 4A_642/2016 du 27 juin 2017, c. 2.1 ; TF 4A_626/2013 du 8 avril 2014, c. 7 ; ATF 139 III 24, c. 3.2, JdT 2013 II 328 ; HÄNNI, N 69.

³⁶⁶ Cf. n. 306.

³⁶⁷ Cf. n. 309.

³⁶⁸ Cf. BÖCKLI, § 6 N 71 ss ; DEFFERRARD, p. 113 s. ; KLÄY, p. 576 s.

³⁶⁹ Cf. n. 306.

³⁷⁰ Cf. n. 340 s.

En revanche, lorsque la clause de famille serait rédigée de manière potestative, la décision de refus pourrait être qualifiée de « décision de gestion »³⁷¹. Dès lors, une attention particulière serait portée au processus de formation de la décision, respectivement aux conditions d'application de la *business judgment rule*³⁷².

4.2.1.1.1.2 La base d'informations adaptée

Concernant l'exigence d'une base d'informations adaptée, la question de l'opportunité pour le conseil d'administration de solliciter un ou plusieurs avis d'experts juridiques se prononçant sur l'admissibilité de la clause de famille pourrait se poser³⁷³. Si la réponse apportée par les experts mandatés ne constituerait pas une garantie que le juge se prononcera dans le même sens, cette démarche permettrait à tout le moins au conseil d'administration de remplir son devoir de diligence³⁷⁴, à supposer qu'il ait respecté les critères relatifs au choix, à l'instruction et à la surveillance de l'expert³⁷⁵. Toutefois, quand bien même un expert admettrait la validité de la clause de famille, le conseil d'administration serait dans l'obligation de déterminer si le refus de l'acquéreur étranger à la famille s'inscrit dans l'intérêt de la société³⁷⁶.

Par ailleurs, dans l'hypothèse où le Tribunal fédéral venait à nier l'admissibilité des clauses de famille, nous pourrions imaginer que la prise de connaissance de cette jurisprudence par le conseil d'administration soit nécessaire pour retenir une base d'informations adaptée.

4.2.1.1.1.3 Un processus décisionnel irréprochable

La condition du processus décisionnel irréprochable serait remplie si les administrateurs étaient bien compétents pour rendre la décision de refus d'approbation, s'ils ont participé activement à la procédure de décision et s'ils ont pondéré de manière soutenable les intérêts au refus de l'approbation et ceux à son octroi³⁷⁷.

4.2.1.1.1.4 Une absence de conflit d'intérêts

Le point le plus sensible serait vraisemblablement l'exigence de l'absence de conflit d'intérêts. En effet, pour des raisons qui tiennent à la composition du conseil d'administration et de l'actionnariat des sociétés de famille³⁷⁸, nous avons vu qu'il n'est pas rare que les décisions du conseil d'administration soient dictées par les intérêts des membres de la famille, et non par ceux de la société³⁷⁹. Dans le contexte du transfert d'actions en particulier³⁸⁰, l'objectivité des administrateurs dans la prise de décision peut ainsi se voir compromise par leur souhait, voire celui des actionnaires familiaux, de maintenir les personnes étrangères à la famille à l'écart de l'actionnariat.

Toutefois, rappelons qu'il peut être reproché à des administrateurs d'avoir été en proie à un conflit d'intérêts uniquement lorsqu'ils ont pris une décision qui n'a pas servi au mieux les intérêts de la société, et ce en raison du fait la prise de décision a été dictée par des intérêts qui lui sont étrangers³⁸¹. Or, nous estimons qu'il est possible de retenir que le refus d'approbation

³⁷¹ Cf. n. 306 s.

³⁷² Cf. n. 303.

³⁷³ Cf. ATF 139 III 24, c. 3.3, JdT 2013 II 328 ; HÄNNI, N 78 et réf. cit. ; SETHE, p. 187.

³⁷⁴ Cf. ATF 139 III 24, c. 3.3, JdT 2013 II 328.

³⁷⁵ Cf. HÄNNI, N 79 et 86 ; SETHE, p. 194 ss ; BISHOF, p. 204 s.

³⁷⁶ Cf. ATF 139 III 24, c. 3.4 ; JdT 2013 II 328.

³⁷⁷ Cf. Point 4.1.1.2.3.

³⁷⁸ Cf. n. 13 s.

³⁷⁹ Cf. n. 63.

³⁸⁰ Voir JACCARD/PREMAND, p. 372 ss, spéc. p. 374 ss ; Cf. JACQUEMOUD/AUBERSON, p. 371.

³⁸¹ Cf. n. 276.

d'un transfert d'actions à un acquéreur étranger à la famille, respectivement la préservation du caractère familial de l'actionariat, représente un intérêt social³⁸².

En effet, nous avons vu que nous pouvons définir l'intérêt social comme la prospérité durable de la société, respectivement comme l'augmentation de sa valeur sur le long terme³⁸³. A cet égard, rappelons que les sociétés de famille mettent en œuvre une politique économique orientée vers le long terme³⁸⁴ et sont, de manière générale, plus performantes³⁸⁵. En outre, rappelons que les facteurs qui y contribuent sont la présence sur le long terme des actionnaires familiaux³⁸⁶ ainsi que la préoccupation de la famille à garder une bonne réputation, ce qui peut amener la société à se préoccuper des intérêts des différentes parties prenantes³⁸⁷ et à adopter une conduite socialement et environnementalement responsable³⁸⁸.

Partant, il nous semble concevable que le conseil d'administration puisse démontrer que sa décision de refus d'approbation s'inscrit dans l'intérêt social, quand bien même elle aurait été guidée par ses propres intérêts ou par ceux d'actionnaires familiaux. Toutefois, le Tribunal fédéral ne s'est pas encore prononcé sur cette question, de sorte qu'il convient de rester prudent³⁸⁹. Par ailleurs, nous rendons attentif au fait que les atouts précédemment exposés ne sont reconnus que de manière générale aux sociétés de famille, et qu'ils devront par conséquent être démontrés par le conseil d'administration dans chaque cas d'espèce.

Notons qu'un conflit d'intérêts pourrait toutefois être retenu lorsque le conseil d'administration refuserait l'approbation d'un transfert d'actions à un acquéreur, certes étranger à la famille, mais dont le souhait serait d'investir des ressources financières qui permettraient à la société de sortir d'une situation financière difficile, voire de conquérir de nouveaux marchés³⁹⁰.

Par ailleurs, pour limiter ses risques de responsabilité, le conseil d'administration pourrait prendre un certain nombre de mesures qui tendent à assurer la poursuite et la protection des intérêts de la société dans la décision relative à l'approbation du transfert d'actions. Tout d'abord, les administrateurs qui ne peuvent faire preuve d'objectivité pourraient se voir empêchés de prendre part au vote final³⁹¹, voire à la procédure de décision³⁹². Pour les cas dans lesquels l'ensemble, voire la majorité, des administrateurs seraient en proie à un conflit d'intérêts, certains auteurs préconisent de laisser le soin à l'assemblée générale de décider du sort de la requête du transfert³⁹³. Nous pouvons toutefois nous interroger sur la pertinence d'une telle solution³⁹⁴. En effet, pour des raisons qui tiennent à la composition de l'actionariat des sociétés de famille³⁹⁵, la décision rendue par l'assemblée générale sera en principe identique à celle qui aurait été prise par le conseil d'administration³⁹⁶, à savoir le refus de reconnaissance de l'acquéreur étranger à la famille. Cette solution présenterait toutefois l'avantage de permettre à l'acquéreur ou à l'actionnaire-aliénateur d'intenter une action en annulation à l'encontre de

³⁸² Cf. MARTIN, p. 174 ss qui tend également à l'admettre.

³⁸³ Cf. Point 4.1.1.1.2.1.

³⁸⁴ Cf. n. 22.

³⁸⁵ Cf. n. 23.

³⁸⁶ Cf. n. 24.

³⁸⁷ Cf. n. 28.

³⁸⁸ Cf. n. 32.

³⁸⁹ Cf. CHENAUX, p. 523 s.

³⁹⁰ Cf. n. 209.

³⁹¹ Cf. n. 283.

³⁹² Cf. n. 284.

³⁹³ Cf. n. 285.

³⁹⁴ JACCARD/PREMAND, p. 381 ; BÖCKLI, § 13 N 647 ss.

³⁹⁵ Cf. n. 13.

³⁹⁶ BÖCKLI, § 13 N 647 a.

cette décision³⁹⁷, ce qui ne peut être fait en présence d'une décision rendue par le conseil d'administration. S'agissant de la sollicitation de *fairness opinions* se prononçant sur le caractère conforme de la décision de refus à l'intérêt social, elles ne seraient en principe pas de grande utilité, étant donné qu'il appartient au conseil d'administration de déterminer l'intérêt social au regard du but social³⁹⁸. La mesure qui serait vraisemblablement la plus opportune serait celle de recourir à un ou plusieurs tiers indépendants dans la procédure de décision³⁹⁹, car elle permettrait d'amener les administrateurs vers plus d'objectivité, en tout cas de créer un certain contre-pouvoir⁴⁰⁰.

4.2.1.1.1.5 Le contrôle matériel de la décision

Si les conditions d'application de la *business judgment rule* devaient être remplies, le juge vérifierait le contenu matériel de la décision de refus fondée sur une clause de famille uniquement sous l'angle de son caractère défendable et compréhensible au regard de l'intérêt social⁴⁰¹. Malgré le fait que cette décision aurait été jugée illicite, nous estimons que le caractère défendable et compréhensible devrait être donné pour les mêmes raisons qui tendent à inclure la préservation du caractère familial de l'actionnariat dans l'intérêt social⁴⁰². Partant, la responsabilité personnelle des administrateurs ne devrait pas être engagée.

Dans la mesure où les conditions d'application ne seraient pas réunies, le juge examinerait le contenu matériel de la décision de refus sans retenue⁴⁰³, de sorte qu'il suffirait qu'elle apparaisse comme erronée pour que la responsabilité personnelle des administrateurs soit engagée⁴⁰⁴. A cet égard, il convient de distinguer, d'une part, le cas dans lequel l'illicéité de la décision de refus découlerait du fait que le juge a tenu pour nulle la clause de famille et, d'autre part, le cas dans lequel l'illicéité résulterait de l'absence de justification suffisante de la décision.

Dans le premier cas de figure, un manquement aux devoirs des administrateurs pourrait difficilement être retenu, à plus forte raison lorsque les éventuels experts juridiques sollicités auraient admis la validité de la clause de famille.

Dans le second cas de figure, la décision de refus ferait probablement l'objet d'un examen minutieux, qui porterait avant tout sur la question de savoir si les administrateurs ont respecté leurs devoirs de fidélité et d'égalité de traitement. Le juge devra donc déterminer si le conseil d'administration a, en décidant de refuser l'approbation du transfert à un acquéreur étranger à la famille, cherché à protéger les intérêts de la société ou à poursuivre d'autres objectifs.

Par ailleurs, lorsque le conseil d'administration aurait rendu la décision de refus en méconnaissance d'une jurisprudence du Tribunal fédéral niant l'admissibilité des clauses de famille, nous pourrions envisager que la décision de refus fasse également l'objet d'un examen minutieux par le juge⁴⁰⁵.

Enfin, dans la mesure où une décision de refus d'approbation fondée sur une clause de famille potestative ne saurait être qualifiée de « décision de gestion » au sens de *la business judgment rule*, aucune retenue du juge dans son appréciation ne se justifierait, de sorte que le

³⁹⁷ ATF 126 III 361, c. 5 a, JdT 2001 I 131 ; JACCARD/PREMAN, p. 381 ; BÖCKLI, § 13 N 647a.

³⁹⁸ SOMMER, p. 54 ss ; KISSLING, N 68 ss.

³⁹⁹ Cf. n. 281.

⁴⁰⁰ PETER/JACQUEMET, p. 19 ; CO CR II-PETER/CAVADINI, N 13 ad art. 707 ; CHENAUX, p. 525.

⁴⁰¹ Cf. n. 331.

⁴⁰² Cf. n. 382 ss.

⁴⁰³ Cf. n. 340.

⁴⁰⁴ Cf. n. 341.

⁴⁰⁵ Cf. Point 4.2.1.1.1.2 ; n. 340 s.

raisonnement développé dans le cadre du non-respect des conditions d'application de la *business judgment rule* s'appliquerait par analogie.

4.2.1.1.1.6 La responsabilité des actionnaires

Nous avons vu que les actionnaires sont sujets à la responsabilité dans la gestion lorsqu'ils participent de manière effective, déterminante et durable à la gestion de la société⁴⁰⁶. Ainsi, pourraient voir leur responsabilité engagée les actionnaires familiaux qui ont exercé une influence déterminante sur la décision de refus, avec pour conséquence que cette dernière sert leurs propres intérêts et non ceux de la société⁴⁰⁷.

Dans ce cas de figure, certains auteurs estiment que la *business judgment rule* ne trouve pas application⁴⁰⁸. Par conséquent, la responsabilité de ces actionnaires se verrait plus facilement engagée eu égard au fait que le juge aurait un pouvoir d'examen complet sur la décision de refus⁴⁰⁹.

4.2.1.1.2 Le manquement aux devoirs en présence d'une décision de refus d'approbation avec offre de rachat illicite

4.2.1.1.2.1 Les conditions d'application de la *business judgment rule*

En raison du fait que le conseil d'administration dispose d'un large pouvoir d'appréciation dans le cadre du refus avec offre de rachat⁴¹⁰, le juge pourrait estimer que la décision de refus avec offre de rachat puisse être qualifiée « décision de gestion » au sens de la *business judgment rule*⁴¹¹, de sorte qu'il devrait examiner les conditions d'application de cette dernière.

Eu égard à la condition de la base d'informations adaptée, la sollicitation d'avis d'experts se prononçant sur la conformité du refus d'approbation à l'intérêt social nous paraîtrait moins opportune, en raison du fait qu'il revient au conseil d'administration de définir l'intérêt social⁴¹².

Quant à la condition du processus décisionnel irréprochable, elle n'appellerait pas un développement particulier, de sorte que nous pouvons renvoyer à ce qui a été évoqué ci-dessus⁴¹³.

L'absence de conflit d'intérêts resterait un point des plus sensibles, pour les mêmes raisons que celles évoquées ci-dessus, raison pour laquelle nous renvoyons à ce qui y a été développé⁴¹⁴.

4.2.1.1.2.2 Le contrôle matériel de la décision

Si les conditions d'application de la *business judgment rule* devaient être remplies, le juge vérifierait la décision de refus avec offre de rachat uniquement sous l'angle de son caractère défendable et compréhensible au regard de l'intérêt social⁴¹⁵. Malgré le fait que cette décision ait été jugée illicite, nous estimons que le caractère défendable et compréhensible devrait être donné pour les mêmes motifs qui tendent à inclure la préservation du caractère familial de

⁴⁰⁶ Cf. n. 229 ss.

⁴⁰⁷ PETER/JACQUEMET, p. 21.

⁴⁰⁸ KUNZ 2014 I, p. 192 ; GRASS 1998, p. 115 s. ; *Contra* : NIKITINE, p. 172.

⁴⁰⁹ Cf. n. 340 s.

⁴¹⁰ Cf. n. 164.

⁴¹¹ Cf. n. 306.

⁴¹² Cf. n. 398.

⁴¹³ Cf. Point 4.2.1.1.1.3.

⁴¹⁴ Cf. Point 4.2.1.1.1.4.

⁴¹⁵ Cf. n. 331.

l'actionnariat dans l'intérêt social⁴¹⁶. Par ailleurs, JACQUEMOUD et AUBERSON estiment que « *la société aura en principe toujours un intérêt justifiant de tenir [un tiers] écarté du cercle de ses actionnaires* »⁴¹⁷. Partant, la responsabilité des administrateurs ne se verrait que rarement engagée. Toutefois, seraient contraires à l'intérêt social une décision de refus qui viserait à réduire l'influence des actionnaires minoritaires, tout comme celle de refuser un acquéreur « *financièrement fort dans la mesure où la société serait à la limite du surendettement ou de la rupture de liquidité* »⁴¹⁸.

Dans la mesure où les conditions d'application de la *business judgment rule* ne seraient pas réunies, un manquement aux devoirs des administrateurs serait probablement plus facilement retenu. En effet, nous avons vu que le conseil d'administration doit veiller au respect des principes régissant son activité – dont les devoirs de comportement consacrés par l'art. 717 CO⁴¹⁹ – lorsqu'il rend une décision de refus avec offre de rachat⁴²⁰. Par ailleurs, nous avons également vu que l'art. 717 CO est une norme fondatrice de responsabilité⁴²¹. Ainsi, dans la mesure où la décision de refus aurait été jugée illicite en raison de la violation par le conseil d'administration d'un devoir de comportement consacré par l'art. 717 CO, il est probable que cette même décision apparaisse pour ce même motif erronée. Partant, un manquement aux devoirs serait retenu contre les administrateurs concernés⁴²².

4.2.1.1.2.3 La responsabilité des actionnaires

Dans la mesure où les actionnaires familiaux auraient exercé une influence déterminante sur la décision de refus jugée illicite, nous pouvons renvoyer à ce qui a été développé ci-dessus⁴²³.

4.2.1.2 Le dommage

Lorsque la société intente une action en dommages-intérêts à l'encontre de ses administrateurs, nous avons vu qu'elle vise à obtenir de leur part le montant correspondant aux dommages-intérêts qu'elle a dû verser à l'acquéreur lésé par la décision de refus illicite⁴²⁴. Partant, il convient de déterminer le dommage que peut subir cet acquéreur.

En raison de l'absence de rétroactivité du jugement d'approbation⁴²⁵, nous avons vu que l'acquéreur peut souffrir d'un dommage découlant du fait qu'il a été privé de l'exercice des droits rattachés aux actions durant la période allant du refus illicite au jugement d'approbation⁴²⁶. Si le dommage causé par la privation de l'exercice des droits patrimoniaux – qui consistent principalement dans le versement de dividendes –, se laisse facilement déterminer, il en va différemment pour les droits sociaux⁴²⁷. En effet, il est difficile de chiffrer le dommage causé par la privation des droits de votes et autres droits sociaux liés, tels que le droit de convoquer une assemblée générale ou d'annuler les décisions de cette dernière⁴²⁸. A

⁴¹⁶ Cf. n. 382 ss.

⁴¹⁷ JACQUEMOUD/AUBERSON, p. 374.

⁴¹⁸ DEFFERRARD, p. 114 ; Cf. JACQUEMOUD/AUBERSON, p. 371 ; KLÄY, p. 181.

⁴¹⁹ Cf. n. 168.

⁴²⁰ Cf. n. 167.

⁴²¹ Cf. n. 237.

⁴²² Cf. n. 341.

⁴²³ Cf. Point 4.2.1.1.1.6.

⁴²⁴ Cf. Point 4.2.1.

⁴²⁵ Cf. n. 218.

⁴²⁶ Cf. n. 221.

⁴²⁷ BSK OR II-DU PASQUIER/WOLF/OERTLE, N 12 ad art. 685f ; BÖCKLI, § 6 N 185.

⁴²⁸ BÖCKLI, § 6 N 185.

cet égard, mentionnons que le juge peut procéder à une appréciation en équité en application de l'art. 42 al. 2 CO par analogie pour déterminer le montant du dommage⁴²⁹.

4.2.1.3 La faute

Lorsque les administrateurs étaient conscients que la décision de refus était illicite et qu'elle allait ainsi causer un dommage à l'acquéreur, respectivement à la société, mais qu'ils ont tout de même voulu ce résultat, une intention pourra leur être reprochée⁴³⁰. Si, en raison d'un manque de diligence et de réflexion, ils n'ont pas réalisé qu'il existait un risque concret qu'un tel dommage survienne, seule une négligence sera retenue⁴³¹. Les administrateurs doivent en outre avoir été capables de discernement au moment de la prise de décision pour que la condition de la faute soit remplie⁴³².

4.2.1.4 Le lien de causalité naturelle et adéquate

Finalement, pour que la responsabilité des administrateurs soit engagée, un lien de causalité naturelle et adéquate doit être donné entre le manquement fautif aux devoirs et le dommage⁴³³. Cette exigence suppose que la participation des administrateurs qui ont manqué à leurs devoirs ait influencé l'issue de la décision⁴³⁴. Selon une partie de la doctrine, une application par analogie de l'art. 691 al. 3 CO, relatif à la participation sans droit d'un actionnaire à l'assemblée générale, est envisageable⁴³⁵.

4.2.2 La conduite illicite d'un procès

La situation susceptible de se produire est la suivante⁴³⁶ : l'acquéreur ou l'actionnaire-aliénateur intente une action en approbation du transfert. Cette dernière est admise par le tribunal de première instance, puis, en cas d'éventuels recours, confirmée par les instances supérieures. La conduite de telles procédures, décidée par le conseil d'administration⁴³⁷, engendre des frais importants à la charge de la société⁴³⁸. Dès lors, admettons que la société, ou plus vraisemblablement ses actionnaires, intente à l'encontre des administrateurs une action en responsabilité dans la gestion⁴³⁹. Partant, le juge serait amené à déterminer si les administrateurs qui ont pris part à la décision de conduite illicite du procès peuvent être tenus responsables pour les frais occasionnés⁴⁴⁰.

4.2.2.1 Le manquement aux devoirs

⁴²⁹ ATF 136 III 322, c. 3.4.5, JdT 2011 II 537 ; TF 4A_271/2016, c. 3.2 ; TF 4A_214/2015, c. 3.3 et 3.4 ; CR CO II-CORBOZ/AUBRY GIRARDIN, N 45 *ad art.* 754 ; BSK OR II-GERICKE/WALLER, N 21 *ad art.* 754 ; HÄNNI, N 222 et réf. cit. ; MÜLLER/LIPP/PLÜSS, p. 338 ; BÖCKLI, § 18 N 373.

⁴³⁰ Cf. BSK OR I-BREHM, N 192 *ad art.* 41 ; MÜLLER/LIPP/PLÜSS, p. 341 ; JENNY, N 52.

⁴³¹ Cf. TF 4A_15/2013 du 11 juillet 2013, c. 8.2 ; ATF 113 II 52, c. 3a, JdT 1988 I 26 ; ATF 99 II 176, c. 1, JdT 1974 I 71.

⁴³² Cf. n. 351.

⁴³³ Cf. n. 356.

⁴³⁴ Cf. MUSTAKI/URBEN 2014, p. 158 ; DRUEY 2003, p. 20.

⁴³⁵ MUSTAKI/URBEN 2014, p. 158 s. et réf. cit.

⁴³⁶ A titre d'illustration, cf. ATF 139 III 24 et BRUGGER/VON DER CRONE, p. 178 ss.

⁴³⁷ Cf. Art. 718 al. 1 CO.

⁴³⁸ KUNZ 2013, N 10 et 26.

⁴³⁹ Cf. ATF 139 III 24, spéc. c. 3.1, JdT 2013 II 328 ; JACQUEMOUD/AUBERSON, p. 370.

⁴⁴⁰ Cf. ATF 139 III 24, spéc. 3.1, JdT 2013 II 328.

A titre préliminaire, il sied de mentionner qu'un manquement aux devoirs ne peut être déduit de la seule perte d'un procès⁴⁴¹.

4.2.2.1.1 Une décision de gestion

La décision d'intenter un procès peut être qualifiée de « décision de gestion » au sens de la *business judgment rule*, en raison du pouvoir d'appréciation dont bénéficie le conseil d'administration⁴⁴².

4.2.2.1.2 Une base d'informations adaptée

Eu égard à la condition de la base d'informations adaptée, le Tribunal fédéral a salué la sollicitation par le conseil d'administration d'avis d'experts relatifs aux chances de succès d'un procès envisagé⁴⁴³. Il a cependant souligné la nécessité que les administrateurs se questionnent sur la conformité de la décision d'intenter un procès à l'intérêt social⁴⁴⁴.

Dans l'hypothèse où le procès aurait eu pour objet une décision de refus fondée sur une clause de famille et que le Tribunal fédéral avait antérieurement nié l'admissibilité de ces dites clauses, nous pourrions imaginer que la prise de connaissance de cette jurisprudence par le conseil d'administration soit nécessaire pour retenir une base d'informations adaptée.

4.2.2.1.3 Un processus décisionnel irréprochable

La condition du processus décisionnel irréprochable serait remplie si les administrateurs ont participé activement à la procédure de décision d'introduction du procès et s'ils ont pondéré de manière soutenable les intérêts en faveur et en défaveur de son introduction⁴⁴⁵.

4.2.2.1.4 Une absence de conflit d'intérêts

En principe, les raisons qui conduisent le conseil d'administration à intenter un procès sont les mêmes que celles l'amènent à refuser l'approbation d'un transfert d'actions à un acquéreur étranger à la famille. Ainsi, nous pouvons renvoyer à ce qui a été développé ci-dessus⁴⁴⁶.

4.2.2.1.5 Le contrôle matériel de la décision

Lorsque le juge vérifie le contenu matériel de la décision, d'une manière plus ou moins étendue selon que les conditions de la *business judgment rule* auront été respectées ou non, l'intérêt social lui sert de critère d'appréciation à deux égards⁴⁴⁷.

D'une part, il « *ne peut être dans l'intérêt de la société de mener des procès dénués d'emblée de toute chance de succès, qui ne génèrent que des frais inutiles pour la société* »⁴⁴⁸. Partant, les administrateurs manqueraient à leur devoir en intentant un procès alors qu'il est évident que la décision de refus d'approbation est illicite.

D'autre part, la conduite du procès doit s'inscrire dans un but couvert par l'intérêt social⁴⁴⁹. Dès lors, pour que la responsabilité des administrateurs reste hors de cause, il faudrait que la défense devant les tribunaux de la préservation du caractère familial de l'actionnariat soit considérée

⁴⁴¹ Cf. n. 297.

⁴⁴² Cf. n. 306.

⁴⁴³ ATF 139 III 24, c. 3.4, JdT 2013 II 328 ; Voir BISCHOF, p. 197 ss.

⁴⁴⁴ ATF 139 III 24, c. 3.4, JdT 2013 II 328.

⁴⁴⁵ Cf. Point 4.1.1.2.2.3.

⁴⁴⁶ Cf. Point 4.2.1.1.1.4.

⁴⁴⁷ ATF 139 III 24, c. 3.3, JdT 2013 II 328.

⁴⁴⁸ ATF 139 III 24, c. 3.3, JdT 2013 II 328.

⁴⁴⁹ ATF 139 III 24, c. 3.3, JdT 2013 II 328 ; Voir HÄNNI 2013, p. 278 ss ; Cf. BISCHOF, p. 197 ; KUNZ 2013, N 9 et 26.

comme un intérêt social, ce que nous admettons pour les raisons développées ci-dessus⁴⁵⁰. Toutefois, l'introduction d'un procès ne doit pas avoir pour seule finalité de servir les intérêts des administrateurs ou des actionnaires familiaux, en cherchant par exemple à réduire l'influence d'un actionnaire minoritaire, à défaut de quoi un manquement aux devoirs serait retenu⁴⁵¹.

4.2.2.1.6 La responsabilité des actionnaires

Dans la mesure où les actionnaires familiaux auraient exercé une influence déterminante sur la décision de porter le litige relatif au transfert des actions devant les tribunaux, nous pouvons renvoyer à ce qui a été développé ci-dessus⁴⁵².

4.2.2.2 Le dommage

Dans le contexte de la conduite illicite d'un procès, le Tribunal fédéral a indiqué que le dommage comprenait les frais qui ont dû être supportés par la société, à savoir les frais de justice, les dépens ainsi que les honoraires des avocats et d'éventuels experts⁴⁵³.

4.2.2.3 La faute

Lorsque les administrateurs étaient conscients que la conduite du procès était illicite et qu'elle allait ainsi uniquement générer des frais pour la société, mais qu'ils ont tout de même voulu ce résultat, une intention pourra leur être reprochée⁴⁵⁴. Si, en raison d'un manque de diligence et de réflexion, ils n'ont pas réalisé qu'il existait un risque concret qu'un tel dommage survienne, une négligence sera retenue⁴⁵⁵. Les administrateurs doivent en outre avoir été capables de discernement au moment de la prise de décision pour que la condition de la faute soit remplie⁴⁵⁶.

4.2.2.4 Le lien de causalité naturelle et adéquate

Finalement, pour que la responsabilité des administrateurs soit engagée, un lien de causalité naturelle et adéquate doit être donné entre le manquement fautif aux devoirs et le dommage résultant de la conduite illicite du procès⁴⁵⁷. Rappelons que cette exigence suppose que la participation des administrateurs qui ont manqué à leurs devoirs ait influencé l'issue de la décision⁴⁵⁸. Selon une partie de la doctrine, une application par analogie de l'art. 691 al. 3 CO, relatif à la participation sans droit d'un actionnaire à l'assemblée générale, est envisageable⁴⁵⁹.

4.2.3 Les autres situations susceptibles de fonder la responsabilité des administrateurs

Dans le dessein d'être aussi complet que possible, nous passerons en revue d'autres situations dans lesquelles les administrateurs peuvent voir leur responsabilité personnelle engagée. Nous serons toutefois plus succincts et ne recourrons pas à la systématique d'analyse utilisée ci-dessus.

⁴⁵⁰ Cf. n. 382 ss.

⁴⁵¹ ATF 139 III 24, c. 3.4, JdT 2013 II 328.

⁴⁵² Cf. Point 4.2.1.1.1.6.

⁴⁵³ ATF 139 III 24, c. 3.1, JdT 2013 II 328.

⁴⁵⁴ Cf. BSK OR I-BREHM, N 192 ad art. 41 ; MÜLLER/LIPP/PLÜSS, p. 341 ; JENNY, N 52.

⁴⁵⁵ ATF 113 II 52, c. 3a, JdT 1988 I 26 ; ATF 99 II 176, c. 1, JdT 1974 I 71.

⁴⁵⁶ Cf. n. 351.

⁴⁵⁷ Cf. n. 356.

⁴⁵⁸ Cf. n. 434.

⁴⁵⁹ Cf. n. 435.

4.2.3.1 En cas de fixation de la valeur réelle des actions par le juge

En cas de refus d'approbation avec offre de rachat, nous avons vu que le conseil d'administration doit, au nom de la société, présenter une offre de rachat à l'aliénateur correspondant à la « valeur réelle » de l'ensemble des actions dont le transfert a été requis⁴⁶⁰. A cet égard, l'actionnaire-aliénateur et la société, par le biais du conseil d'administration⁴⁶¹, peuvent ouvrir une action tendant à la fixation de cette valeur réelle⁴⁶². Les frais d'une telle procédure étant à la charge de la société⁴⁶³, la question qui se pose est celle de savoir s'ils peuvent être supportés par les administrateurs.

Dans la mesure où le prix de rachat offert par la société, respectivement par le conseil d'administration, s'inscrirait dans un rapport raisonnable avec la valeur réelle fixée par le juge, nous pourrions admettre que la responsabilité des administrateurs reste hors de cause, tant la fixation de la valeur réelle n'est pas une science exacte⁴⁶⁴.

En revanche, s'il s'avère que le conseil d'administration a sciemment fixé un prix de rachat inférieur à la valeur réelle, et ce dans le dessein d'en faire profiter économiquement la société⁴⁶⁵, éventuellement dans l'optique de les revendre aux actionnaires familiaux à un moindre prix⁴⁶⁶, la responsabilité des administrateurs se verrait probablement engagée. En effet, leur comportement pourrait être jugé contraire à la bonne foi⁴⁶⁷ dans la mesure où ils ont tiré profit de l'asymétrie d'informations⁴⁶⁸ pour fixer un prix modique difficilement perceptible pour l'actionnaire-aliénateur, probablement minoritaire⁴⁶⁹. En outre, les administrateurs pourraient se voir reprocher un manquement à leur devoir de fidélité en raison du fait qu'ils ont laissé le juge constater la valeur réelle aux frais de la société, alors même qu'ils étaient conscients que le prix de rachat ne correspondait pas à la valeur réelle des actions.

4.2.3.2 En cas de revente d'actions propres

Nous avons vu que le conseil d'administration peut formuler l'offre de rachat des actions pour le compte de la société, d'actionnaires ou de tiers⁴⁷⁰. Par ailleurs, si le taux d'actions propres détenu par la société dépasse les 10% de son capital-actions, la société doit, par le biais d'une revente de ses actions ou par celui d'une réduction de capital, ramener ce taux à 10%⁴⁷¹.

Dans la mesure où le conseil d'administration rend une décision de refus avec offre de rachat dans le but de conserver le caractère familial de l'actionnariat, les actions acquises seront vraisemblablement revendues à des membres de la famille, en principe actionnaires et, au surplus, majoritaires. Ces transactions sont toutefois délicates sous deux angles, qui sont la nullité de principe rattachée aux opérations pour propre compte et la répartition des actions entre les actionnaires familiaux et les actionnaires tiers.

⁴⁶⁰ Cf. n. 156 ss.

⁴⁶¹ Cf. Art. 718 al. 1 CO.

⁴⁶² Art. 685b al. 5 CO ; CR CO II-TRIGO TRINDADE, N 47 *ad* art. 685b ; BSK OR II-DU PASQUIER/WOLF/OERTLE, N 13 *ad* art. 685b ; JACQUEMOUD/AUBERSON, p. 360 ; DEFFERRARD, p. 170 et réf. cit. ; KLÄY, p. 192.

⁴⁶³ Art. 685b al. 5 CO ; BSK OR II-DU PASQUIER/WOLF/OERTLE, N 13 *ad* art. 685b ; JACQUEMOUD/AUBERSON, p. 360.

⁴⁶⁴ Cf. CHENAUX, p. 522 s. ; JACQUEMOUD/AUBERSON, p. 362 ss ; MARTIN, p. 104 ss ; DEFFERRARD p. 158 ss.

⁴⁶⁵ CHENAUX, p. 524 ; JACCARD/PREMAND, p. 377.

⁴⁶⁶ Cf. CHENAUX, p. 524 ; JACCARD/PREMAND, p. 377.

⁴⁶⁷ Cf. DEFFERRARD, p. 169.

⁴⁶⁸ Cf. CHENAUX, p. 523 ; DEFFERRARD, p. 169.

⁴⁶⁹ Cf. CHENAUX, p. 523.

⁴⁷⁰ Cf. n. 159.

⁴⁷¹ Art. 659 al. 2 CO.

4.2.3.2.1 Les opérations pour propre compte

Les opérations pour propre compte (« *Insichgeschäfte* ») regroupent les contrats avec soi-même et les doubles représentations⁴⁷². Il y a contrat avec soi-même lorsqu'une personne, agissant comme représentante d'une partie, conclut un contrat dont elle-même est partie⁴⁷³. Un tel cas serait donné lorsque les administrateurs, en tant qu'organe représentant la société⁴⁷⁴, revendrait des actions propres à l'un ou plusieurs d'entre eux⁴⁷⁵. Quant à la double représentation, elle est retenue lorsqu'une personne, agissant comme représentante d'une partie, conclut un contrat avec un tiers, dont elle est également la représentante⁴⁷⁶. En cas de revente d'actions propres à des actionnaires familiaux, il est tout à fait envisageable que les administrateurs agissent, certes, comme représentants de la société, mais également comme représentants des actionnaires familiaux⁴⁷⁷. Ainsi, un cas de double représentation pourrait être retenu.

En raison des risques de conflits d'intérêts auxquels les administrateurs sont exposés dans ce type d'opérations⁴⁷⁸, ils se voient privés de leur pouvoir de représenter la société⁴⁷⁹. Partant, les contrats de vente d'actions conclus entre la société et un ou plusieurs administrateurs, respectivement un ou plusieurs actionnaires familiaux, sont, en principe, nuls⁴⁸⁰. Par conséquent, l'approbation du transfert d'actions est, en principe, réputée accordée et l'acquéreur étranger à la famille intègre donc l'actionnariat⁴⁸¹.

Toutefois, il est admis que la représentation reste efficace, respectivement que la conclusion du contrat est valide, dans deux situations : lorsque le risque d'un désavantage pour la société est exclu en raison de la nature de l'affaire⁴⁸² ou lorsque le contrat a été autorisé ou ratifié par un organe de rang égal ou supérieur⁴⁸³.

Dans le contexte de la revente d'actions propres, le risque d'un désavantage pour la société pourrait être exclu lorsque le prix des actions revendues aux administrateurs ou actionnaires familiaux serait conforme au prix et aux conditions du marché⁴⁸⁴. En outre, il faudrait que cette vente s'inscrive dans l'intérêt social, ce qui suppose que la préservation du caractère familial de l'actionnariat soit considérée comme un intérêt social en tant que tel⁴⁸⁵.

⁴⁷² MUSTAKI/URBEN 2014, p. 185 ; BÖCKLI, N 602.

⁴⁷³ ZEN-RUFFINEN/BAUEN, N 209 ; MUSTAKI/URBEN 2014, p. 143 s. ; BÖCKLI, § 13 N 602 ; HUGUENIN, p. 521.

⁴⁷⁴ Art. 718 al. 1 CO ; HUGUENIN, p. 522 ; ZOBL, p. 291 s.

⁴⁷⁵ JACQUEMOUD/AUBERSON, p. 371.

⁴⁷⁶ TF 4A_360/2012 du 3 décembre 2012, c. 4 ; ZEN-RUFFINEN/BAUEN, N 209 ; MUSTAKI/URBEN 2014, p. 144 ; BÖCKLI, § 13 N 602 ; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 30 N 124.

⁴⁷⁷ JACQUEMOUD/AUBERSON, p. 371 ; JACCARD/PREMAND, p. 374 ; Cf. PREMAND, N 580 ss ; HUGUENIN, p. 523.

⁴⁷⁸ TF 4A_360/2012 du 3 décembre 2012, c. 4 ; TF 4C.25/2005 du 15 août 2005, c. 1.1 ; ATF 127 III 332, c. 2a, JdT 2001 I 258 ; ATF 126 III 361, c. 3a, JdT 2001 I 131 ; ZEN-RUFFINEN/BAUEN, N 209 ; HUGUENIN, p. 523 ss ; TRIGO TRINDADE, p. 398 ; ZOBL, p. 289.

⁴⁷⁹ ATF 126 III 361, c. 3a, JdT 2001 I 131 ; ROUILLER/BAUEN/BERNET/LASSERRE ROUILLER, N 481a ; JACQUEMOUD/AUBERSON, p. 371 ; BSK OR I-WATTER, N 19 ad art. 33 ; Cf. ZOBL p. 295 s.

⁴⁸⁰ JACQUEMOUD/AUBERSON, p. 371 s. ; Cf. ATF 127 III 332, c. 2a, JdT 2001 I 258 ; ATF 126 III 361, c. 3a, JdT 2001 I 131 ; ZEN-RUFFINEN/BAUEN, N 209 ; ZOBL p. 295 s ; Critique à cet égard HUGUENIN, p. 526.

⁴⁸¹ JACQUEMOUD/AUBERSON p. 371 s.

⁴⁸² ATF 127 III 332, c. 2a, JdT 2001 I 258 ; ATF 126 III 361, c. 3a, JdT 2001 I 131 ; ATF 95 II 442, c. 5, JdT 1970 I 644 ; ATF 89 II 321, c. 5, JdT 1964 I 226 ; ATF 82 II 388, c. 4, JdT 1956 I 592 ; BÖCKLI, § 13 N 602.

⁴⁸³ ATF 127 III 332, c. 2a, JdT 2001 I 258 ; ATF 126 III 361, c. 3a, JdT 2001 I 131 ; ATF 95 II 442, c. 5, JdT 1970 I 644 ; ATF 89 II 321, c. 5, JdT 1964 I 226.

⁴⁸⁴ Cf. WATTER/KATJA ROTH PELLANDA, N 17 ad art. 717 ; MÜLLER/LIPP/PLÜSS, p. 282 ; BÖCKLI, N 602 et réf. cit.

⁴⁸⁵ Cf. n. 382 ss.

S'agissant de l'autorisation ou de la ratification du contrat, elles pourraient émaner soit d'un ou plusieurs administrateurs exempts de conflit d'intérêts⁴⁸⁶, soit du conseil d'administration *in corpore*⁴⁸⁷. Pour les situations dans lesquelles l'ensemble des administrateurs seraient en proie à un conflit d'intérêts, la compétence pour décider d'approuver ou de ratifier le contrat de vente reviendrait à l'assemblée générale⁴⁸⁸. Dans de telles situations, la décision de l'assemblée générale serait attaquable⁴⁸⁹. Toutefois, quand bien même le contrat de revente des actions propres serait approuvé ou ratifié, la décision du conseil d'administration de conclure ce contrat pourrait faire l'objet d'un contrôle par le juge⁴⁹⁰. La responsabilité des administrateurs ayant pris part à cette décision serait dès lors susceptible d'être engagée, en particulier lorsque la décision se serait avérée contraire à l'intérêt social⁴⁹¹.

S'agissant du dommage qui résulterait de l'éventuelle nullité du contrat de revente d'actions propres, nous pourrions envisager qu'il consiste dans le fait que l'acquéreur n'a pas pu exercer les droits rattachés aux actions depuis le moment où l'approbation du transfert aurait dû être approuvée, soit au plus tard dans les trois mois qui ont suivi le dépôt de la requête tendant à l'approbation du transfert.

4.2.3.2.2 L'égalité de traitement entre actionnaires familiaux et actionnaires tiers

Dans les sociétés de famille, la question qui se pose en cas de revente d'actions propres est celle de la répartition des actions entre les actionnaires familiaux et les actionnaires tiers⁴⁹². A cet égard, il s'agit de déterminer si le conseil d'administration a l'obligation de revendre les actions propres aux actionnaires proportionnellement à leur participation existante ou si, au contraire, il peut les revendre uniquement au groupe précis que forment les actionnaires familiaux.

Si la plupart des auteurs considèrent que le principe d'égalité de traitement s'applique lors de la revente d'actions propres⁴⁹³, ils admettent toutefois qu'il est possible d'y déroger⁴⁹⁴ lorsque l'intérêt de la société le commande, que la dérogation est proportionnée et qu'elle n'avantage pas, respectivement ne désavantage pas, de manière injustifiée un actionnaire ou un groupe d'entre eux⁴⁹⁵. La licéité de telles dérogations en cas de revente d'actions propres aux seuls actionnaires familiaux revient, en somme, au point de savoir si la préservation du caractère familial de l'actionariat constitue un intérêt social en tant que tel⁴⁹⁶.

A noter qu'une distinction s'impose suivant le fait que les actions propres qui font l'objet de la revente étaient anciennement détenues par un actionnaire familial ou non⁴⁹⁷. Dans le premier cas de figure, la revente d'actions propres aux actionnaires familiaux permettrait de maintenir

⁴⁸⁶ BSK OR II-WATTER, N 12b *ad art.* 718a.

⁴⁸⁷ CR CO II-CORBOZ/AUBRY GIRARDIN, N 13 *ad art.* 717 ; HÄNNI, N 111.

⁴⁸⁸ ATF 127 III 331, c. 2b/aa, JdT 2001 I 258 ; CR CO II-CORBOZ/AUBRY GIRARDIN, N 13 *ad art.* 717 ; MUSTAKI/URBEN 2014, p. 152 ; BÖCKLI, § 13 N 603 ; *Contra* : JACQUEMOUD/AUBERSON, p. 372.

⁴⁸⁹ Art. 706 ss CO ; *Cf.* JACQUEMOUD/AUBERSON, p. 372.

⁴⁹⁰ *Cf.* HÄNNI, N 113 s.

⁴⁹¹ HÄNNI, N 113 s. ; MUSTAKI/URBEN 2014, p. 155 ; *Cf.* LAZOPULOS, p. 119.

⁴⁹² *Cf.* PREMAND, N 259.

⁴⁹³ ZEN-RUFFINEN/BAUEN, N 244 ; BSK-LENZ/VON PLANTA, N 9a *ad art.* 659 ; BSK-WATTER/ROTH PELLANDA, N 31 *ad art.* 717 ; PREMAND, N 264 ; BÖCKLI, § 4 N 300 ; DEFFERRARD, p. 175 ; KLÄY, p. 187 ; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 39 N 50 ; HUGUENIN JACOBS, p. 285 ss.

⁴⁹⁴ BÖCKLI, § 4 N 300 ; KLÄY, p. 187 s. ; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 50 N 171 ; HUGUENIN JACOBS, p. 285.

⁴⁹⁵ BÖCKLI, § 4 N 300 ; KLÄY, p. 188 ; *Cf.* TF 4C.242/2001 du 5 mars 2003, c. 3.3 ; ATF 117 II 290, c. 6 b/bb ; ATF 102 II 265, c. 1 et renvois cités, JdT 1977 I 102 ; ZEN-RUFFINEN/BAUEN, N 239 et réf. cit. ; BSK OR II-WATTER/ROTH PELLANDA, N 23 *ad art.* 717 ; MÜLLER/LIPP/PLÜSS, p. 285.

⁴⁹⁶ *Cf.* n. 382 ss ; MARTIN, p. 174 ss tend à l'admettre.

⁴⁹⁷ *Cf.* MARTIN, p. 175 s.

la proportion d'actions détenues en mains familiales, ne soulevant ainsi pas de problème particulier⁴⁹⁸. En revanche, le deuxième cas de figure serait plus problématique dans la mesure où il permettrait d'augmenter la participation, et ainsi le contrôle, de la famille sur la société⁴⁹⁹. Nous pourrions ainsi imaginer que de telles opérations fassent l'objet d'un examen minutieux sous l'angle du devoir de fidélité des administrateurs.

Dans l'éventualité où il serait reconnu que les actions propres ne pouvaient être revendues aux seuls actionnaires familiaux, nous pourrions envisager que les actionnaires tiers subiraient un dommage du fait qu'ils n'ont pas eu la possibilité de racheter une part des actions en question et, partant, qu'ils n'ont pas pu exercer les droits patrimoniaux et sociaux rattachés.

5 Conclusion

Nous avons pu observer au cours de ce travail que la détention d'une participation élevée de la famille au capital-actions revêt une importance considérable. Toutefois, nous avons vu qu'en l'absence d'un régime juridique spécifique, les sociétés de famille ne peuvent limiter l'entrée dans l'actionnariat d'acquéreurs étrangers à la famille qu'en recourant aux instruments prévus par le droit de la société anonyme. A cet égard, nous avons constaté que le régime des restrictions à la transmissibilité des actions n'est en réalité pas des plus sûrs, en raison de l'insécurité juridique qui règne sur l'admissibilité des clauses de famille. Par ailleurs, nous avons vu qu'il revient en principe au conseil d'administration d'appliquer ce régime. Or, en raison du manque d'indépendance du conseil d'administration envers la famille, il n'est pas rare que ses décisions soient dictées par les intérêts de la famille. A cet égard, relevons qu'il existe une seconde insécurité juridique, qui a trait à l'admissibilité de la préservation du caractère familial de l'actionnariat comme intérêt social. En somme, de la réponse qui pourrait être apportée dépendra surtout le point de savoir si la responsabilité personnelle des administrateurs est susceptible de se voir engagée.

Partant, nous estimons judicieux de relever divers moyens qui permettraient de réduire les risques d'entrée d'acquéreurs étrangers à la famille au sein de l'actionnariat, respectivement les risques de responsabilité des administrateurs appliquant le régime des restrictions à la transmissibilité des actions.

Tout d'abord, en marge de la révision actuelle du droit de la société anonyme, le Conseil fédéral a exprimé la nécessité de développer la flexibilité du droit de la société anonyme⁵⁰⁰, en vue de le rendre plus à même de répondre à certains besoins spécifiques que peuvent présenter les différentes sociétés anonymes, dont les sociétés de famille⁵⁰¹. Toutefois, cette intention ne semble pas s'être concrétisée dans l'avant-projet, de sorte que le régime légal ne devrait rien apporter de nouveau aux sociétés de famille. Ainsi, un arrêt Tribunal fédéral tranchant de l'admissibilité des clauses de famille, respectivement de l'admissibilité de la préservation du caractère familial de l'actionnariat comme intérêt social, serait le meilleur des moyens pour réduire les incertitudes juridiques et les risques qui y sont liés.

En attendant, nous ne pouvons que conseiller aux sociétés de famille de prévoir dans leurs statuts des clauses de famille détaillées qui mettraient en évidence en quoi la présence d'un acquéreur étranger à la famille au sein son l'actionnariat mettrait en danger son but social ou l'indépendance économique de l'entreprise. Par ailleurs, nous conseillons vivement aux sociétés de famille d'adopter, sur la base des modèles développés par la doctrine⁵⁰², des règles que le conseil d'administration devrait suivre en situation de conflits d'intérêts.

⁴⁹⁸ MARTIN, p. 175 s.

⁴⁹⁹ MARTIN, p. 176.

⁵⁰⁰ FF 2008 1407, p. 1424.

⁵⁰¹ FF 2008 1407, p. 1424 s.

⁵⁰² BÖCKLI 2014, p. 322 ss ; BÜHLER Ch., p. 317 ss ; BÜHLER S., p. 162 ss.

En outre, devraient pouvoir être élues au conseil d'administration seules les personnes étant en mesure d'agir dans l'intérêt unique de la société et de séparer les affaires familiales des affaires de la société. Par ailleurs, tout administrateur devrait veiller au respect des règles de conduite qui s'imposent en situation de conflits d'intérêts, de sorte que l'intérêt social soit en toutes circonstances poursuivi et protégé.

Enfin, rappelons que la conclusion de conventions d'actionnaires n'est pas à négliger, tant elles permettent de prévoir des restrictions à la transmissibilité des actions qui vont au-delà du régime légal et de restreindre la liberté des actionnaires dans l'exercice de leurs droits de vote.

Table des abréviations et locutions latines

<i>ad</i>	à
al.	alinéa
art.	article
ATF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral suisse, Lausanne
BSK	<i>Basler Kommentar</i> (Commentaire bâlois)
c.	considérant(s)
CC	Code civil suisse du 10 décembre 1907 (RS 210)
<i>cf.</i>	<i>confer</i> (comparer)
ch.	chiffre
CO	Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le Code civil suisse (Livre cinquième : Droit des obligations) (Code des obligations) (RS 220)
<i>contra</i>	en sens contraire
CR	Commentaire romand
CSBP	Code suisse des bonnes pratiques
ECS	L'Expert-comptable suisse (<i>Der Schweizer Treuhänder</i> , ST), Zurich
éd.	édition
édit.	éditeur(s) / editrice(s)
EF	Expert Focus, Zurich/Lausanne
etc.	<i>et caetera</i> (et autres)
<i>ex ante</i>	au préalable
<i>ex nunc</i>	avec effet exclusivement pour l'avenir
FF	Feuille fédérale
GesKR	<i>Schweizerische Zeitschrift für Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht sowie Umstrukturierungen</i> , Zurich
<i>in</i>	dans
JdT	Journal des Tribunaux, Lausanne
N	numéro(s)
n.	note(s)
OR	<i>Obligationenrecht</i> (Code des obligations, CO)
p.	page(s)
PJA	Pratique juridique actuelle (<i>Aktuelle juristische Praxis</i> , AJP), Lachen
réf. cit.	références citées
RJB	Revue de la Société des juristes bernois (<i>Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins</i> , ZBJV), Berne
RS	Recueil systématique du droit fédéral
RSDA	Revue suisse de droit des affaires (<i>Schweizerische Juristen-Zeitung</i> , SJZ), Zurich
s.	et suivant(e)
spéc.	spécialement
ss	et suivant(e)s
TF	Tribunal fédéral suisse

Bibliographie

- ANDERSON Ronald C./REEB David M., *Founding-family ownership and firm performance : evidence from the S&P 500*, in : *The Journal of Finance*, Volume 58, Issue 3, June 2003, p. 1301 ss.
- BÄNZIGER Michael/VOGT Hans-Ueli, *Das Bundesgericht anerkennt die Business Judgment Rule als Grundsatz des schweizerischen Aktienrechts*, GesKR 2012, p. 607 ss.
- BÄR Rolf, *Aktuelle Fragen des Aktienrechts*, RDS 1966 II, p. 321 ss (cité : BÄR 1966).
- BÄR Rolf, *Grundprobleme des Minderheitenschutzes in der Aktiengesellschaft*, RJB 1959, p. 369 ss (cité : BÄR 1959).
- BÄRTSCHI Harald, *Verantwortlichkeit im Aktienrecht*, Zurich 2001.
- BAUMANN Maja R., *Die Familienholding*, Zurich 2005.
- BISCHOF Elias, *Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates bei Beschlüssen auf Grundlage eines Rechtsgutachtens*, RSJ 2014, p. 197 ss.
- BLANC Mathieu, *La Business Judgment Rule dans la jurisprudence du Tribunal fédéral*, in : KNÜSEL David-André (édit.), *Développements récents en droit commercial VI*, Lausanne 2018, p. 49 ss.
- BLOCH Olivier, *Les conventions d'actionnaires et le droit de la société anonyme en droit suisse : avec un aperçu du droit boursier*, 2^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2011.
- BÖCKLI Peter, *Leitgrundsätze für eine Best Practice des KMU-Verwaltungsrates*, RSDA 2014, p. 522 ss (cité : BÖCKLI 2014).
- BÖCKLI Peter, *Schweizer Aktienrecht*, 4^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2009.
- BRECHBÜHL Beat A./HURNI Christoph, *Empfehlung der Übernahmekommission (UEK) vom 23.8.2005 und Verfügung der Übernahmekammer der Eidg. Bankenkommision (EBK) vom 19.9.2005 i.S. Saia-Burgess Electronics Holding AG/Abwehrmassnahme*, PJA 2005, p. 1547 ss.
- BRUGGER Daniel/VON DER CRONE Hans Caspar, *Gerichtliche Beurteilung von Geschäftsentscheiden*, RSDA 2013, p. 178 ss.
- BSK OR I-AUTEUR, HONSELL Heinrich/VOGT Nedim Peter/WIEGAND Wolfgang (édit.), *Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht : Obligationenrecht I : Art. 1-529 OR*, 6^e éd., Bâle 2015.
- BSK OR II-AUTEUR, HONSELL Heinrich/VOGT Nedim Peter/WATTER Rolf (édit.), *Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht : Obligationenrecht II : Art. 530-964 OR inkl. Schlussbestimmungen*, 5^e éd., Bâle 2016.
- BÜHLER Christoph B., *« Family Business Governance » : Zehn Leitlinien einer « Good Governance » in Familienunternehmen*, PJA 2006, p. 317 ss (cité : BÜHLER Ch.).
- BÜHLER Simon, *Corporate Governance in Schweizer Familienunternehmen*, ECS 3/2012, p. 162 ss (cité : BÜHLER S.).
- CHENAUX Jean-Luc, *Governance des sociétés de famille – Quels sont les enjeux ?*, RSDA 2015, p. 517 ss.
- CHRISTEN Alex, *« Quo vadis, BJR ? »*, PJA 2015, p. 123 ss.

CO CR I-AUTEUR, Thévenoz Luc/Werro Franz (édit.), *Commentaire romand : Code des obligations I : Code des obligations art. 1-529*, 2^e éd., Bâle 2012.

CO CR II-AUTEUR, TERCIER Pierre/AMSTUTZ Marc/TRIGO TRINDADE Rita (édit.), *Commentaire romand : Code des obligations II : art. 530-1186 CO, art. 20-33 LB, avec des introductions à la LFus, à l'ORAb, à la LTI et à la loi sur la mise en oeuvre des recommandations du GAFI*, Bâle 2017.

DAWSON Julia/KERSLEY Richard/NATELLA Stefano, *The Family Business Model*, Juillet 2015, disponible sous : <http://publications.credit-suisse.com/tasks/render/file/index.cfm?fileid=1ABF2EFE-9E3A-8D24-5014CF45E78BA03E> (consulté le 3 septembre 2018).

DEFFERRARD Francine, *Les restrictions au transfert des actions non cotées dans le droit de la société anonyme (art. 685a-685c CO)*, in : GIANORA Tristan/CHABOT Flavio-Gabriel (édit.), *Développements récents en droit commercial IV*, Lausanne 2015, p. 1 ss (cité : DEFFERRARD 2015).

DEFFERRARD Francine, *Le transfert des actions nominatives liées non cotées*, Fribourg 1999.

DRUEY Jean-Nicolas, *Interessenkonflikte*, in : BAER Charlotte M. (édit.), *Verwaltungsrat und Geschäftsleitung*, Berne 2006, p. 59 ss (cité : DRUEY 2006).

DRUEY Jean-Nicolas, *Organfreiheit oder zugeschnürte Weste ? : Grundlagen und Grundfragen der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit*, in : BAER Charlotte M. (édit.), *Aktuelle Fragen zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeit*, Berne 2003, p. 1 ss (cité : DRUEY 2003).

DYER W. Gibb Jr., *Examining the « family effect » on firm performance*, in : *Family Business Review*, Décembre 2006, p. 253 s.

FERNANDEZ-ARAOZ Claudio/IQBAL Sonny /RITTER Jörg, *Leadership Lessons form Great Family Businesses*, in : *Harvard Business review*, April 2015, p. 83 ss.

FREY Urs/HALTER Frank/ZELLWEGER Thomas, *Bedeutung und Struktur von Familienunternehmen in der Schweiz*, Schweizerisches Institut für Klein- und Mittelunternehmen an der Universität St. Gallen (KMU-HSG), Saint-Gall 2004.

FORSTMOSER Peter, *Corporate Responsibility und Reputation – zwei Schlüsselbegriffe an der Schnittstelle von Recht, Wirtschaft und Gesellschaft*, in : VOGT Nedim Peter/STUPP Eric/DUBS Dieter (édit.), *Unternehmen – Transaktion – Recht, Liber Amicorum für Rolf Watter zum 50. Geburtstag*, Zurich 2008, p. 197 ss (cité : FORSTMOSER 2008).

FORSTMOSER Peter, *Gewinnmaximierung oder soziale Verantwortung ?*, in : KIESOW Rainer M./OGOREK Regina/SIMITIS Spiros (édit.), *Summa, Dieter Simon zum 70. Geburtstag*, Francfort-sur-le-Main 2005, p. 207 ss (cité : FORSTMOSER 2005).

FORSTMOSER PETER/MEIER-HAYOZ ARTHUR/NOBEL PETER, *Schweizerisches Aktienrecht*, Bern 1996.

FREY Urs/HALTER Frank/ZELLWEGER Thomas, *Bedeutung und Struktur von Familienunternehmen in der Schweiz*, Schweizerisches Institut für Klein- und Mittelunternehmen an der Universität St. Gallen (KMU-HSG), Saint-Gall 2004.

GERMANN Sandro, *Die personalistische AG und GmbH unter besonderer Berücksichtigung von Aktionär- und Gesellschafterbindungsverträgen*, Zurich/Saint-Gall 2015.

GRASS Andrea R., *Management-Entscheidungen vor dem Richter Schranken der richterlichen Überprüfbarkeit von Geschäftsentscheiden in aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsprozessen*, RSDA 2000, p. 1 ss (cité : GRASS 2000).

GRASS Andrea R., *Business judgment rule : Schranken der richterlichen Überprüfbarkeit von Management-Entscheidungen in aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsprozessen*, Zurich 1998 (cité : GRASS 1998).

HÄNNI Lino, *La responsabilité des administrateurs hors de la faillite de la société anonyme : Droit matériel, préparation du procès et procédure*, Neuchâtel 2016.

HÄNNI Lino, *Domage indirect et intérêt social*, GesKR 2013, p. 274 ss (cité : HÄNNI 2013).

HÄUSERMANN Daniel M., *Corporate Social Responsibility (CSR) und Aktienrecht : 7 Thesen*, GesKR 2017, p. 495 ss.

HIRSCHLE Matthias/VON DER CRONE Hans Caspar, *Vinkulierung und Stimmrechtsvertretung bei nicht börsenkotierten Gesellschaften Entscheid des Schweizerischen Bundesgerichts 4C.35/2007 vom 18. April 2007 i.S. A. GmbH (Klägerin und Berufungsklägerin) gegen D. Holding AG (Beklagte und Berufungsbeklagte)*, RDSA 2008, p. 103 ss.

HUGUENIN Claire, *Insichgeschäfte im Aktienrecht*, in : KRAMER Ernst A./NOBEL Peter/WALDBURGER Robert (édit.), *Festschrift für Peter Böckli zum 70. Geburtstag*, Zurich/Bâle/Genève 2006, p. 521 ss.

HUGUENIN JACOBS Claire, *Das Gleichbehandlungsprinzip im Aktienrecht*, Zurich 1994.

ISLER Peter, *Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates für Strategie-Entscheide*, in : WEBER Rolf H. (édit.), *Praxis zum unternehmerischen Verantwortlichkeitsrecht*, Zurich 2004, p. 39 ss (cité : ISLER 2004).

ISLER Peter, *Sorgfalt und Haftung des Verwaltungsrates*, in : WEBER Rolf H./ISLER Peter (édit.), *Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht*, Zurich 2003, p. 1 ss (cité : ISLER 2003).

JACCARD Michel/PREMAND, *Le conseil d'administration au service des actionnaires majoritaires – risques, conflits d'intérêts et meilleures pratiques en cas de cession d'actions d'une société privée*, RSDA 2010, p. 372 ss.

JACQUEMET Guillaume, *Corporate Social Governance : la CSR comme instrument volontaire de protection et de promotion des intérêts « stakeholders »*, in : HARI Olivier (édit.), *Protection de certains groupements de personnes ou de parties faibles versus libéralisme économique : quo vadis ?*, Zurich 2016.

JACQUEMOUD Philippe/AUBERSON Camille, *L'escape clause dans les ventes d'actions nominatives liées : Réflexions sur l'achat d'actions propres et la valeur réelle*, GesKR 2014, p. 348 ss.

JENNY Daniel, *Abwehrmöglichkeiten von Verwaltungsratsmitgliedern in Verantwortlichkeitsprozessen : Ein dogmatischer Beitrag zur Einwendungen- und Einredenordnung unter Würdigung der « Raschein-Praxis »*, Zurich/Saint-Gall 2013.

JÖRG Florian S., *Grundlagen und Pflichten des Verwaltungsrates in Gruppengesellschaften*, in : KUNZ Peter V./ARTER Oliver/JÖRG Florian S. (édit.), *Entwicklungen im Gesellschaftsrecht VIII*, Bern 2013.

KISSLING Mischa, *Der Mehrfachverwaltungsrat : die Tätigkeit in Verwaltungsräten mehrerer Aktiengesellschaften aus Sicht des Zivil-, Straf-, Wettbewerbs-, Steuer- und Sozialversicherungsrechts*, Zurich/Bâle/Genève 2006.

KLÄY Hanspeter, *Die Vinkulierung : Theorie und Praxis im neuen Aktienrecht*, Bâle 1997.

KUNZ Peter V., *Materielle Organschaft („faktische VR“)* : Voraussetzung sowie Folgen im Aktienrecht, in : KUNZ Peter V./JÖRG Florian S./ARTER Olivier (édit.), *Entwicklung im Gesellschaftsrecht IX*, Berne 2014, p. 174 ss (cité : KUNZ 2014 I).

KUNZ Peter V., *Business Judgment Rule (BJR) – Fluch oder Segen ?*, RSDA 2014, p. 274 ss (cité : KUNZ 2014 II).

KUNZ Peter V., *Wann haftet der Verwaltungsrat für verlorene Prozesse ?*, in : Jusletter 3 juin 2013 (cité : KUNZ 2013).

KUNZ Peter V., *Der Minderheitschutz im schweizerischen Aktienrecht : Eine gesellschaftliche Studie zum aktuellen Rechtszustand verbunden mit Rückblick und mit Vorausschau sowie mit rechtsvergleichenden Hinweisen*, Berne 2001 (cité : KUNZ 2001).

LAZOPOULOS Michael, *Interessenkonflikte und Verantwortlichkeit des fiduziarischen Verwaltungsrates*, Zurich/Bâle/Genève 2004.

LEE Jim, *Family firm performance : further evidence*, in : *Family Business Review*, June 2006, p. 103 ss.

OFTINGER Karl/STARK Emil, *Schweizerisches Haftpflichtrecht : Band I : Allgemeiner Teil*, 5^e éd., Zurich 1995.

MARTIN Françoise, *Sociétés anonymes de famille : Structure, maintien et optimisation de la décision du capital*, 2^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2013.

MESSERLI Beat, *Die Verweigerung der Zustimmung zur Übertragung vinkulierter Namenaktien gemäss Art. 685b revOR – verfahrenstechnische Aspekte*, RSJ 1993, p. 241 ss.

MILLER Danny/LE BRETON-MILLER Isabelle, *Family governance and firm performance : agency, stewardship and capabilities*, in : *Family Business Review*, March 2006, p. 73 ss.

MÜLLER Roland/LIPP Lorenz/PLÜSS Adrian, *Der Verwaltungsrat : Ein Handbuch für Theorie und Praxis*, 3^e éd., Zurich/Berne/Genève 2014.

MUSTAKI Guy/URBEN Marco, *Typologie des conflits entre actionnaires*, in : KNÜSEL David-André (édit.), *Développements récents en droit commercial V*, Lausanne 2017, p. 1 ss (cité : MUSTAKI/URBEN 2017).

MUSTAKI Guy/URBEN Luca, *Prévention et gestion des conflits d'intérêts des administrateurs*, SJ 2014 II 109 (cité : MUSTAKI/URBEN 2014).

NAGEL Thomas, *Die statutarische Vinkulierung nicht kotierter Namenaktien*, PJA 2015, p. 190 ss.

NIKITINE Alexander, *Die aktienrechtliche Organverantwortlichkeit nach Art. 754 Abs. 1 OR als Folge unternehmerischer Fehlentscheide : Konzeption und Ausgestaltung der « Business Judgment Rule » im Gefüge der Corporate Governance*, Zurich/Saint-Gall 2007.

PETER Henry, *La forme juridique des entreprises de famille ou De la difficile coexistence entre corporate et family governance*, in : LING Peter (édit.), *Les successions dans les entreprises*, Lausanne 2006, p. 49 ss.

PETER Henry/JACQUEMET Guillaume, *Groupes, sociétés de famille et entreprises responsables : à la recherche d'une gouvernance idoine*, in : KNÜSEL David-André (édit.), *Développements récents en droit commercial VI*, Lausanne 2018, p. 1 ss.

PÖSCHEL Ines/WATTER Rolf, *Neinsager und Nichtstimmer : ihre aktienrechtliche Verantwortlichkeit*, GesKR 2011, p. 14 ss.

- PREMAND Viviane, *Les sociétés de famille dans les formes de la société anonyme et à responsabilité limitée*, Zurich/Bâle/Genève 2010.
- ROUILLER Nicolas/BAUEN Marc/BERNET Robert/LASSERRE ROUILLER Colette, *La société anonyme suisse*, 2^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2017.
- RÜEGSEGGER Otte, *Die zweckmässige Firmenform : Leitfaden für betriebswirtschaftliche, rechtliche und steuerliche Aspekte*, 2^e éd., Muri/Berne 1995.
- SCHENKER Urs, *Corporate Social Responsibility*, RSDA 2017, p. 635 ss.
- SOMMER Christa, *Die Treuepflicht des Verwaltungsrats gemäss Art. 717 Abs. 1 OR*, Zurich/Saint-Gall 2010.
- SETHE Rolf, *Geschäftsentscheide, Expertenrat und Verantwortlichkeit des Verwaltungsrats*, in : SETHE Rolf/ISLER Peter, *Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht VII*, Zurich 2014.
- The Economist, *Special Report, Family Companies*, April 18th–24th 2015, Volume 415, Number 8934, p. 4.
- TOKARCZYK John/HANSEN Eric/GREEN Mark/DOWN Jon, *A resource-based view and market orientation theory examination of the role of « familiness » in family business success*, in : *Family Business Review*, Mai 2007, p. 17 ss.
- TRIGO TRINDADE Rita, *De devoir de fidélité des dirigeants de la société anonyme lors de conflits d'intérêts*, SJ 1999 I 385.
- VISCHER Markus, *Kritische Sicht auf die vom Bundesgericht im Verantwortlichkeitsrecht verwendete Business Judgment Rule (BJR)*, RSJ 2018, p. 53 ss.
- VOGEL Hans-Albrecht, *Die Familienkapitalgesellschaften : Typologische Grundlegung und Probleme der Rechtspraxis*, Zoug 1974.
- VON DER CRONE Hans Caspar, *Interessenkonflikt im Aktienrecht*, RSDA 1994, p. 1 ss.
- ZELLWEGER Thomas M./NASON Robert S., *A stakeholder perspective on family firm performance*, in : *Family Business Review*, Volume XXI, Number 3, September 2008, p. 203 ss.
- ZEN-RUFFINEN Marie-Noëlle/BAUEN Marc, *Le conseil d'administration*, Zurich/Bâle/Genève 2017.
- ZINDEL Gaudenz/HONEGGER Peter/ISLER Peter/BENZ Ulrich, *Statuten der Aktiengesellschaft, Articles of association of the corporation, Statuts de la société anonyme, Statuto della società anonima*, 2^e éd., Zurich 1997.
- ZOBL Dieter, *Probleme der organschaftlichen Vertretungsmacht*, RSJB 1989, p. 289 ss.