Alexandre Both*

Conditions de validité du transfert d'actions par cession en la forme d'un procès-verbal

Commentaire de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A_248/2015 du 15 janvier 2016

Table des matières

I. Etat de fait
II. Considérants et décision
1. Acte de disposition
1.1 Modalités de transfert et exigences de forme
1.2 Valeur du procès-verbal quant à l'exigence de la forme écrite
2. Acte générateur d'obligations
III. Commentaire
1. Modalités de transfert des actions au porteur et nominatives
1.1 Actions au porteur
1.2 Actions nominatives
2. Transfert par cession en particulier
2.1 La volonté du cédant de céder
2.2 L'individualisation de la créance cédée
3. Brèche dans la sécurité des transactions de cession
3.1 Signature du cédant
3.2 Individualisation de la créance cédée
IV. Conséquences pratiques

Résumé

1. Le transfert d'actions, qui ne sont pas incorporées dans un titre, peut s'effectuer par un acte de cession en la forme d'un procès-verbal de l'assemblée générale des actionnaires.
2. La validité d'un tel transfert est sujette au respect de la forme écrite de la cession (art. 165 al. 1 CO), laquelle doit se rapporter à tous les éléments essentiels de l'acte de cession, notamment à la volonté expresse ou implicite du cédant de transférer les actions et à tous les éléments permettant d'individualiser avec certitude la créance cédée et le nouveau créancier.

I. Etat de fait

B., l'épouse, et C., le mari, se sont mariés en 1979. Ils ont eu trois enfants, dont un fils dénommé D., né en 1983.

La société A. SA a été fondée le 29 décembre 1994 avec un capital-actions de CHF 100'000, constitué d'actions au porteur non incorporées dans des titres physiques. Lors de la fondation, C. a souscrit 98 % du capital-actions; deux autres personnes ont souscrit chacune une action, qu'elles ont cédée à C. le jour suivant. Celui-ci est ainsi devenu actionnaire unique de la société A. SA.

Le 23 décembre 2004, le capital-actions de la société A. SA a été porté de CHF 100'000 à CHF 500'000 (soit un total de 500 actions au porteur de CHF 1'000 chacune). Les nouvelles actions au porteur ont été souscrites et acquises par C. (360 actions) et par son fils D. (40 actions).

Des assemblées générales des actionnaires de la société A. SA ont eu lieu par la suite. Les procès-verbaux relatifs à ces assemblées rapportent ce qui suit quant à l'actionnariat de la société A. SA:

- le procès-verbal de l'assemblée générale du 30 septembre 2007 constate que C. détient 70 % des actions de la société A. SA, B. 20 % et D. 10 %; le procès-verbal a été signé par C., comme président, et par son épouse B.;
- le procès-verbal de l'assemblée générale du 5 avril 2008 constate que B. et C. détiennent chacun 250 actions; le procès-verbal a été signé par C., comme président, et par son épouse B., comme administratrice déléguée;
- le procès-verbal de l'assemblée générale du 19 juin 2009, tenu par un notaire en la forme authentique, constate que B. et C. représentent l'ensemble du capital-actions; le procès-verbal a été signé par B. et C, comme administrateurs.

Le 15 février 2012, une nouvelle assemblée générale de la société A. SA a eu lieu sur convocation de C. Le procès-verbal, signé par C. en qualité de président et par son fils D. en qualité de secrétaire, relève que l'entier du capital-actions de CHF 500'000 était représenté. L'épouse B. n'était pas présente; elle n'avait pas été convoquée à cette assemblée, ni même informée de sa tenue.

Le 25 septembre 2012, l'épouse B. a déposé par-devant la Chambre patrimoniale cantonale du canton de Vaud une demande portant, entre autres, sur la constatation de la

* Alexandre Both, avocat, Walder Wyss SA, qui remercie Louis Christe, MLaw, Walder Wyss SA, pour son apport dans la rédaction et la revue de cette publication.

nullité des décisions de l'assemblée générale de la société A. SA du 15 février 2012.

La société A. SA a par la suite interjeté un appel auprès de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal Vaudois, puis un recours en matière civile auprès du Tribunal fédéral, à l'encontre des décisions cantonales admettant la demande de l'épouse B.

II. Considérants et décision

Le Tribunal fédéral s'interroge sur la qualité d'actionnaire de l'épouse B., qui est contestée par la société A. SA pour le motif que les procès-verbaux des assemblées générales ne satisfont pas aux exigences de forme en matière de cession d'actions et qu'ainsi C. n'a jamais cédé d'actions de la société à B. Pour répondre à cette question, le Tribunal fédéral porte son analyse d'une part sur le transfert des actions (acte de disposition) et d'autre part sur l'acte qui a donné lieu au transfert des actions (acte générateur d'obligations).

1. Acte de disposition

1.1 Modalités de transfert et exigences de forme

Le Tribunal fédéral commence par rappeler que le transfert d'actions au porteur, qui ne sont pas incorporées dans un titre, suit les règles de la cession de créance.[1]

Il analyse ensuite les conditions de validité d'une cession de créance, en particulier les exigences de forme. La cession de créance n'est valable que si elle a été constatée par écrit (art. 165 al. 1 CO). Selon le Tribunal fédéral, l'exigence de la forme écrite se rapporte à tous les points essentiels du contrat de cession, et donc notamment à la volonté du cédant de céder la créance au cessionnaire. Il n'est toutefois pas nécessaire que cette volonté soit manifestée expressément, ni que l'acte de cession soit intitulé comme tel; il suffit que la volonté de cession du cédant puisse, selon les règles de la bonne foi, être déduite par interprétation de l'acte de cession.[2]

Toujours selon le Tribunal fédéral, l'exigence de la forme écrite tend uniquement à assurer la sécurité et la transparence des transactions, et non pas à protéger le cédant d'une cession irréfléchie; il faut et il suffit que les créanciers du cédant et du cessionnaire, tout comme le débiteur de la créance cédée et, le cas échéant, le juge puissent savoir à qui appartient la créance à un moment donné.[3] Cela suppose que l'acte de cession comprenne tous les éléments permettant aux tiers intéressés d'individualiser avec certitude la créance cédée; sur la base de l'acte de cession, un tiers doit au moins pouvoir identifier le nouveau créancier et la créance.[4]

L'acte de cession doit être interprété selon les principes généraux en la matière. Il faut établir ce que les parties ont réellement voulu ou, à défaut, quel sens peut de bonne foi être attribué à leurs déclarations. Puis il faut examiner si les parties se sont suffisamment exprimées en la forme prescrite par la loi.[5]

1.2 Valeur du procès-verbal quant à l'exigence de la forme écrite

La question centrale de l'arrêt est celle de savoir si les procès-verbaux des assemblées générales de la société A. SA remplissent les exigences de forme que doit revêtir une cession d'actions non incorporées dans un papier-valeur.

Le Tribunal fédéral constate que – hormis le procès-verbal de l'assemblée générale du 15 février 2012 – les procès-verbaux de 2007, 2008 et 2009 indiquent que l'épouse B. détient un certain nombre d'actions et qu'ils sont signés par B. et C., comme administrateurs. La Haute Cour en déduit qu'il ressort de ces procès-verbaux sans ambiguïté aucune que B. est actionnaire de la société et qu'elle détient une part du capital-actions. Elle ajoute qu'à la lecture des procès-verbaux un tiers ne saurait avoir de doute à ce sujet. Les procès-verbaux satisfont donc aux exigences de sécurité juridique que la forme écrite doit assurer.[6]

Selon le Tribunal fédéral, la volonté du mari C. de céder une part du capital-actions à son épouse B. n'est pas expressément manifestée, mais elle découle implicitement des procès-verbaux. Pour le Tribunal fédéral, le fait pour le mari, actionnaire unique ou nettement majoritaire, de signer – même en qualité d'administrateur – un procès-verbal de l'assemblée générale dans lequel il déclare que son épouse détient une partie du capital-actions est une démonstration manifeste de son intention de céder une partie du capital-actions de la société A. SA.[7]

Le Tribunal conclut que les exigences de forme relatives à une cession d'actions non incorporées dans un papier-valeur ont été respectées dans le cas présent.[8]

---

1 Arrêt du Tribunal fédéral 4A_248/2015, c. 3.

2 Arrêt du Tribunal fédéral 4A_248/2015, c. 4.1, citant ZK-Gauch/Spirig, art. 164 CO N 102 et art. 165 CO N 22 ss; BSK OR I-Girsberger/Hermann, art. 165 N 2.

3 Arrêt du Tribunal fédéral 4A_248/2015, c. 4.1.

4 Arrêt du Tribunal fédéral 4A_248/2015, c. 4.1; ATF 122 III 361 c. 4c; ATF 82 II 48 c. 1.

5 Arrêt du Tribunal fédéral 4A_248/2015, c. 4.1; ATF 122 III 361 c. 4.

6 Arrêt du Tribunal fédéral 4A_248/2015, c. 4.3.

7 Arrêt du Tribunal fédéral 4A_248/2015, c. 4.3.

8 Arrêt du Tribunal fédéral 4A_248/2015, c. 4.3.

2. Acte générateur d'obligations

Le Tribunal fédéral rappelle ensuite que la cession est un acte de disposition qui repose sur un acte générateur d'obligations souvent bilatéral *(pactum de cedendo)* et que la question de savoir si la validité de la cession dépend de la validité de l'acte générateur (i.e. si la cession est de nature abstraite ou causale) est controversée.[9]

En l'espèce, le Tribunal fédéral retient qu'un acte générateur d'obligations était existant[10] et s'abstient ainsi de trancher la question de la nature abstraite ou causale de la cession.[11]

III. Commentaire

1. Modalités de transfert des actions au porteur et nominatives

Le droit suisse prévoit différentes modalités de transfert d'actions (acte de disposition) en fonction de la nature des actions.

1.1 Actions au porteur

Comme nous l'avons vu ci-dessus, les actions au porteur non incorporées dans un papier-valeur sont transférées par cession.[12]

Le transfert d'actions au porteur incorporées dans un papier-valeur se fait par la remise du titre; il peut également se réaliser par cession et remise du titre des actions (sous réserve d'une exclusion statutaire de la cession).[13]

1.2 Actions nominatives

Quant aux actions nominatives, lorsqu'elles ne sont pas incorporées dans un papier-valeur, elles sont transférées par cession.[14]

Le transfert d'actions nominatives incorporées dans un titre à ordre nécessite la remise du titre et un endossement;[15] il peut également avoir lieu par cession et remise du titre (sous réserve d'une exclusion statutaire de la cession).[16]

2. Transfert par cession en particulier

Il ressort de la section qui précède que la cession occupe une place importante dans le contexte des transferts d'actions, qu'elles soient au porteur ou nominatives, incorporées dans un titre ou non.

Selon la doctrine dominante, la cession n'est pas un acte juridique unilatéral, mais bien plutôt un véritable contrat de disposition.[17] Comme contrat, la cession doit donc remplir les conditions générales de validité de tout contrat (capacité, forme, vice de volonté, etc.).[18]

Dans l'arrêt en question, le Tribunal fédéral se concentre en particulier sur la question de la forme du contrat de cession. Il rappelle qu'en vertu de l'art. 165 al. 1 CO la cession n'est valable que si elle a été constatée par écrit et que la forme écrite se rapporte à tous les points essentiels du contrat de cession, à savoir en particulier :[19]

2.1 La volonté du cédant de céder

Selon le Tribunal fédéral, la forme écrite doit inclure la volonté du cédant de céder les actions. Il est à relever que selon l'arrêt en question il n'est pas impératif que cette volonté ressorte expressément de l'acte; il suffit qu'elle puisse, selon les règles de la bonne foi, être déduite par interprétation de l'acte.[20]

Dans le cas d'espèce, le Tribunal fédéral a retenu que la volonté de C. ressortait implicitement – et non expressément – des procès-verbaux, dès lors que C. a signé les procès-verbaux comme administrateur.[21]

2.2 L'individualisation de la créance cédée

Un autre point essentiel du contrat de cession concerne la créance elle-même. Dans l'arrêt en question, le Tribunal fédéral a réitéré un principe essentiel de la validité d'une cession: l'acte de cession doit comprendre tous les éléments permettant à un tiers d'identifier la créance

---

9 Arrêt du Tribunal fédéral 4A_248/2015, c. 5.1.

10 Cette publication ne s'exprime pas sur la motivation du Tribunal fédéral, dans la mesure où elle se concentre sur les exigences liées à l'acte de disposition de la cession.

11 Arrêt du Tribunal fédéral 4A_248/2015, c. 5.2.

12 Il en est de même lorsque les actions au porteur sont émises sous la forme de droits-valeurs (art. 973c CO). Des règles particulières sont applicables dans des cas spéciaux, par ex. lorsque des titres intermédiés sont créés; Markus Vischer/Samuel Lieberherr, Due diligence bezüglich Eigentum an den Aktien beim Aktienkauf, AJP 2016, p. 293 ss, 295; Rudolf Tschäni/Hans-Jakob Diem/Matthias Wolf, M&A-Transaktionen nach Schweizer Recht, 2e éd., Zurich/Bâle/Genève 2013, 3ème ch., N 13 s.

13 Vischer/Lieberherr (FN 12), 295.

14 Il en est de même lorsque les actions nominatives sont émises sous la forme de droits-valeurs (art. 973c CO). Des règles particulières sont applicables dans des cas spéciaux, par ex. lorsque des titres intermédiés sont créés ou que le transfert des actions est limité selon les statuts (actions nominatives liées; art. 685a ss CO); Vischer/Lieberherr (FN 12), 297.

15 Art. 684 al. 2 et 967 al. 2 CO.

16 Vischer/Lieberherr (FN 12), 296 s.

17 Pierre Tercier/Pascal Pichonnaz, Le droit des obligations, 5e éd., Zurich/Bâle/Genève 2012, N 1678.

18 Tercier/Pichonnaz (FN 17) N 1678; CHK-Reetz/Burri, Art. 164 OR N 2.

19 Arrêt du Tribunal fédéral 4A_248/2015, c. 4.1.

20 Arrêt du Tribunal fédéral 4A_248/2015, c. 4.1.

21 Arrêt du Tribunal fédéral 4A_248/2015, c. 4.3.

cédée et le nouveau créancier.[22] Ce principe a pour but d'assurer la sécurité et la transparence des transactions.

En l'espèce, le Tribunal fédéral a retenu que les procès-verbaux satisfaisaient aux exigences de sécurité juridique, car à leur lecture un tiers n'avait aucun doute quant à la détention d'une part du capital-actions par l'épouse B.[23]

3. Brèche dans la sécurité des transactions de cession

Il ressort d'une jurisprudence constante que l'exigence de la forme écrite de la cession a pour but d'assurer la sécurité et la transparence des opérations qu'elle entend régir.[24] Ce principe est matérialisé par la nécessité d'individualiser les créances cédées et leur titulaire. La jurisprudence relativise cependant ce principe dans une certaine mesure par le fait que la volonté de céder du cédant ne doit pas ressortir expressément de l'acte de cession, mais peut en être déduite par interprétation.

Dans l'arrêt en question, ce principe de sécurité et de transparence semble être remis en cause ou, dans tous les cas, subir un fléchissement, en particulier pour les motifs qui suivent:

3.1 Signature du cédant

Il est remarqué que les procès-verbaux sont signés par le mari C. en sa qualité d'administrateur, et non en sa qualité d'actionnaire.

Selon la doctrine et la jurisprudence, la condition de la forme écrite prévue à l'art. 165 al. 1 CO n'est remplie que si, par application analogique de l'art. 13 al. 1 CO, l'acte contient la signature de celui qui s'engage à céder sa propre créance, c'est-à-dire celle du cédant.[25]

Dans un arrêt de 2008, le Tribunal fédéral devait juger de la validité d'une caution solidaire inclue dans un contrat de prêt.[26] Le contrat de prêt avait été signé par le prêteur et la société emprunteuse, représentée par ses organes et représentants Y. et W. Ces mêmes Y. et W., qui prenaient l'engagement de caution solidaire à titre personnel, n'avaient cependant pas apposé leur signature en leur qualité de caution solidaire. Le Tribunal fédéral a jugé que, même si l'engagement de caution de Y. et de W. ressortait sans ambiguïté du contrat de prêt, l'exigence de la forme écrite relative à la signature (art. 13 CO) ne pouvait pas être sujette à interprétation[27]; celui qui s'engageait devait impérativement apposer sa signature sur l'acte, reconnaissant ainsi son obligation.[28] En conséquence, quand bien même la volonté de s'engager comme caution de Y et W. étaient dûment établie, pour que le cautionnement fût valable, Y et W. auraient dû également signer en leur qualité de caution.

En l'espèce, le Tribunal fédéral a retenu que la volonté de s'engager ressortait implicitement des procès-verbaux. Il ne s'est cependant pas penché sur l'exigence de la forme écrite relative à la signature de C. Celui-ci a signé les procès-verbaux en qualité d'administrateur, et non en qualité d'actionnaire. Or, seul l'actionnaire dispose du pouvoir de disposer de ses actions. Il est ainsi difficile de concevoir que l'exigence de la forme écrite relative à la signature ait été observée en l'espèce, dans la mesure où C. a signé les procès-verbaux seulement en sa qualité d'administrateur, et non d'actionnaire.

3.2 Individualisation de la créance cédée

Selon l'arrêt en question, la part de l'actionnariat de B. aurait été de 20 % selon le procès-verbal du 30 septembre 2007, de 50 % selon le procès-verbal du 5 avril 2008, entre 0,2 % et 99,8 % selon le procès-verbal du 19 juin 2009 (B. et C. représentaient l'ensemble du capital-actions mais le détail de leur participation ne ressort pas du procès-verbal) et de 0 % selon le procès-verbal du 15 février 2012.

Les procès-verbaux sont donc peu clairs quant à l'actionnariat effectif de la société A. SA et ne donnent aucune indication précise sur les actions transférées. Or, comme indiqué ci-dessus, les principes liés à la forme écrite exigent qu'un tiers puisse individualiser avec certitude le nouveau créancier et la créance cédée. A la lecture de l'arrêt, il est peu vraisemblable que les procès-verbaux répondent à cette exigence.

IV. Conséquences pratiques

Sur la base de ce qui précède, il y a lieu de se demander si le Tribunal fédéral a souhaité assouplir l'exigence de la forme écrite de la cession ou s'il s'agit là d'un cas isolé seulement. Un tel assouplissement est dans tous les cas peu souhaitable, car il amène un sentiment d'insécurité dans le droit de la cession, en particulier relativement au transfert d'actions.

En effet, dans le cadre de transferts et d'acquisitions de sociétés, l'acquéreur veut s'assurer que la vente et le transfert des actions lui procurent la qualité d'action-

---

22 Arrêt du Tribunal fédéral 4A_248/2015, c. 4.1.

23 Arrêt du Tribunal fédéral 4A_248/2015, c. 4.3.

24 Arrêt du Tribunal fédéral 4A_248/2015, c. 4.1.; ATF 122 III 361 c. 4c; ATF 82 II 48 c. 1.

25 CHK-Reetz/Burri, Art. 165 OR N 2; BSK OR I-Becker, Art. 165 N 3; BSK OR I-Girsberger/Hermann, Art. 165 N 2; ZK-Spirig, Art. 165 OR N 41; Arrêt 4A_133/2009, du 3 juin 2009, c. 2.4; Arrêt 4C.39/2002, du 30 mai 2002, c. 2.b; de manière moins explicite, ATF 105 II 83, c. 2.

26 Arrêt 5A_271/2008, du 11 Juin 2008.

27 Arrêt 5A_271/2008, du 11 Juin 2008, c. 3.

28 Arrêt 5A_271/2008, du 11 Juin 2008, c. 3.

naire. Son attention porte ainsi durant la revue de *due diligence* en particulier sur les documents relatifs aux transferts passés d'actions de la société. Dans ce cadre-là, eu égard à l'arrêt en question, l'acquéreur devra vérifier très attentivement les procès-verbaux des assemblées générales, afin de s'assurer qu'ils n'aient pas fait office d'actes de cession. Cette revue ne manquera pas de fonder des incertitudes et des questionnements, en particulier lorsque les procès-verbaux dûment signés ne reflètent pas l'actionnariat présenté.

En conséquence, il y a lieu de penser qu'à l'avenir les procès-verbaux vont se limiter au contenu minimum exigé par la loi (art. 702 al. 2 CO),[29] sans donner de plus amples informations sur le nom des actionnaires et la représentation des actions.

[29] Il s'agira, en ce qui concerne l'actionnariat, des informations sur le nombre, l'espèce, la valeur nominale et la catégorie des actions représentées par les actionnaires, les organes, ainsi que les représentants indépendants et les représentants dépositaires (art. 702 al. 2 ch. 1 CO).