

VD_FINDINFO HC / 2016 / 327 vom 18. Februar 2016

VD Tribunal cantonal, 2016-02-18, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_findinfo_HC___2016___327

FR: VD_FINDINFO HC / 2016 / 327 du 18 février 2016

IT: VD_FINDINFO HC / 2016 / 327 del 18 febbraio 2016

Regeste

DROIT D'EMPTION, ACTION AU PORTEUR, ÉMISSION{PAPIER-VALEUR},
VALEUR DE RACHAT | 16 CO

Erwägungen

E. 1

Dans les affaires patrimoniales, l'appel est recevable contre les décisions finales de première instance pour autant que la valeur litigieuse, au dernier état des conclusions devant l'autorité inférieure, soit de 10'000 fr. au moins (art. 308 al. 1 let. a et al. 2 CPC [Code de procédure civile suisse du 19 décembre 2008 ; RS 272]). L'appel, écrit et motivé, doit être introduit dans les trente jours à compter de la notification de la décision motivée (art. 311 al. 1 CPC). En l'espèce, formé en temps utile par une partie qui a un intérêt digne de protection (art. 59 al. 2 let. a CPC) et portant sur des conclusions supérieures à 10'000 fr., le présent appel est recevable.

E. 2

et les références).

E. 3

En procédure d'appel, la conclusion II de l'intimé en paiement de dividendes, déclarée irrecevable en première instance en raison de l'autorité de la chose jugée du jugement de la Cour civile du 1^{er} juin 2010, n'est plus discutée. Il en va de même de la conclusion III de l'intimé, visant à la mainlevée définitive de l'opposition à son commandement de payer, déclarée elle aussi irrecevable en première instance, au motif que la poursuite en question avait été retirée. Demeurent donc seules litigieuses au stade de l'appel les questions en lien avec le droit d'emption accordé à l'appelante dans le « Share sale and call option agreement » du 28 octobre 1999. A cet égard, l'appelante fait valoir cinq griefs à l'encontre du jugement entrepris : elle conteste la qualité d'actionnaire de l'intimé ; elle est d'avis qu'en adoptant une telle position, elle ne se rend pas coupable d'un abus de droit ; elle fait valoir qu'elle n'a jamais exercé de droit d'emption, puisque l'intimé n'est jamais devenu actionnaire ; elle soutient que l'offre d'indemnisation à hauteur de 141'230 fr. qu'elle a adressée à l'intimé a été refusée par ce dernier ; enfin, elle critique le raisonnement des premiers juges en ce qui concerne le point de départ des intérêts moratoires. L'intimé, pour sa part, soutient qu'on peut être actionnaire sans détenir physiquement un titre, que l'absence de titre résulte du fait de l'appelante elle-même, de sorte que celle-ci ne peut s'en prévaloir, et que cette dernière a d'ailleurs elle-même plusieurs fois exprimé sa volonté d'exercer son droit d'emption, de sorte qu'elle est aujourd'hui malvenue de contester l'exercice d'un tel droit. Il adhère ainsi à la motivation du jugement de première instance, estime l'appel téméraire et conclut à son rejet.

E. 4.1

L'appelante conteste en premier lieu la qualité d'actionnaire de l'intimé. Elle soutient que puisque les trente actions au porteur n'ont jamais été remises à l'intimé, le transfert de l'actionnariat n'est pas intervenu. Citant le droit des papiers-valeurs, en particulier l'art. 967 CO, elle souligne que les droits incorporés dans un papier-valeur ne peuvent être exercés ni transmis sans le titre. Puisque l'intimé n'a jamais possédé les actions, il n'aurait jamais acquis la qualité formelle d'actionnaire, l'art. 689a CO conditionnant l'exercice des droits sociaux à la possession et à la production par l'actionnaire de ses actions. L'appelante soutient en outre que l'intimé n'aurait pas allégué qu'il se serait fait céder des droits des fondateurs de la société, pas plus qu'il n'aurait établi une chaîne ininterrompue de cessions depuis la constitution de la société jusqu'au contrat de vente. Elle ajoute que si l'intimé avait voulu se voir reconnaître la qualité d'actionnaire, il aurait dû intenter contre les vendeurs une action en exécution du contrat du 28 octobre 1999, conformément aux art. 97 ss CO.

E. 4.2

La notion d'action couvre aussi bien la propriété d'une part du capital social que le titre qui concrétise la titularité de l'actionnaire. Le fait que les actionnaires disposent d'un droit à obtenir un papier-valeur incorporant leur droit ne signifie pas que la propriété d'une partie du capital social soit dépendante de l'émission d'un tel titre. Le titre n'a en effet pas une valeur en lui-même, mais sert de support à un droit (OG LU du 16.11.2004, LVGE 2004 I n. 53 consid. 6). L'actionnaire sans titre est légitime propriétaire d'une part du capital social, mais il doit néanmoins prouver sa qualité d'actionnaire (Robert Meier, *Die Aktiengesellschaft*, 1994, nn. 132 et 133 p. 97). Lorsque l'actionnaire ne dispose d'aucun titre, le transfert des droits peut s'opérer par une cession qui doit respecter les conditions des dispositions relatives à la cession de créance (art. 164 ss CO), soit en particulier respecter la forme écrite prévue à l'art. 165 CO (TF 4A_248/2015 du 15 janvier 2016 consid. 3 ; OG LU du 16.11.2004 précité, consid. 7 et les références ; Meier, op. cit., n. 136 p. 99). Une société anonyme est toutefois libre de prévoir, dans ses statuts, que la qualité d'actionnaire ne peut être transférée sans le titre, que l'actionnaire ne peut faire valoir ses prétentions que sur présentation de ce dernier et qu'elle se réserve le droit de ne reconnaître comme actionnaire que celui qui produit un titre. Lorsque la société et les actionnaires sont convenus de telles modalités, l'actionnariat se trouve incorporé dans le titre (Meier, op. cit., n. 137 p. 99). Si, dans un tel cas, des actions sont cédées sans qu'aucun titre soit émis, on se trouve en présence de ce que Böckli qualifie d'« oiseau rare qui ne devrait pas exister », soit d'une action au porteur non incorporée dans un titre (Böckli, *Schweizer Aktienrecht*, 4 e éd., 2009, n.127 p. 522). Lorsque les actions au porteur n'ont pas été émises, les actionnaires ne peuvent être identifiés que sur la base d'une chaîne ininterrompue de cessions remontant jusqu'à la fondation (Böckli, op. cit., n. 127 p. 522 ; OG LU du 16.11.2004 précité, consid. 8, résumé sur ce point in RSDA 2005, p. 319). La protection de la bonne foi n'est pas donnée dans ce cas. C'est à l'actionnaire qu'il incombe de prouver cette chaîne ininterrompue (Böckli, op. cit., n.126 p. 522).

E. 4.3

En l'espèce, l'argument de l'appelante tiré du droit des papiers valeurs tombe à faux : d'une part, ce droit ne peut s'appliquer que si le titre est émis, ce qui n'est précisément pas le cas in casu, les parties ne contestant pas que les actions n'ont été émises que le 27 août 2004. D'autre part, il ne s'agit pas ici d'exercer des droits sociaux au sens de l'art. 689a al. 2 CO, mais bien d'aliéner des parts sociales qui ne sont pas incorporées dans un titre. En marge de

la signature du « Share sale and call option agreement » du 28 octobre 1999, l'intimé ne s'est jamais vu remettre aucun titre. Toutefois, ce contrat, passé en la forme écrite, satisfait aux conditions de la cession de créance au sens des art. 164 ss CO, ce que l'appelante ne conteste pas. Ainsi, au premier abord, il apparaît que l'actionnariat a valablement été transféré à l'intimé. Il est cependant constant que les statuts de l'appelante, notamment les art. 6 et 7, prévoient que la cession des actions s'opère par la remise du titre. En l'absence d'une telle remise, il incombait à l'actionnaire présumé d'établir d'une chaîne ininterrompue de cessions remontant jusqu'à la fondation de la société. En l'espèce, cette chaîne ininterrompue n'a pas été prouvée par l'intimé. Il ressort en effet de l'état de fait que lors de la constitution de J. _____ SA, A. _____ a souscrit 998 actions, soit presque la totalité de celles-ci. Puisque le capital-actions consiste en 1'000 actions, celles dont l'intimé se prétend titulaire correspondent nécessairement – pour 28 d'entre elles au moins – à celles qui ont été acquises par A. _____ lors de la fondation. Or, l'intimé n'allègue ni n'établit le lien entre le dénommé A. _____ et les défendeurs R. _____ et P. _____, qui apparaissent en qualité de vendeurs (« seller ») dans la convention du 28 octobre 1999. Ainsi, l'argument de l'appelante tiré du défaut de preuve d'une chaîne ininterrompue de cessions depuis la constitution jusqu'au contrat de vente apparaît pertinent. Néanmoins, ni Böckli, ni l'arrêt lucernois précité n'excluent que la titularité de l'actionnariat puisse être prouvée par un autre moyen. En l'espèce, il ne faut pas perdre de vue que J. _____ SA était elle-même partie à la convention du 28 octobre 1999. Selon Böckli, il incombe à celui qui se prétend actionnaire de justifier de sa titularité auprès de la société (« lassen sich die Aktionäre von der Gesellschaft (...) identifizieren », op. cit., n. 127 p. 522). En l'occurrence, en étant partie et signataire de cette convention, J. _____ SA attestait expressément qu'elle reconnaissait les vendeurs R. _____ et P. _____ comme titulaires des droits qui faisaient l'objet du contrat. Dès lors, dans la mesure où l'intimé établit qu'il a acquis ses droits de ceux-là même que la société reconnaissait comme titulaires au moment de la cession, sa légitimité doit être considérée comme prouvée, sans qu'il soit nécessaire de remonter jusqu'à la constitution de J. _____ SA. Pour le surplus, on rappellera que devant la Cour civile, l'appelante avait soutenu – avec succès – avoir valablement exercé son droit d'emption, reconnaissant ainsi que l'intimé avait préalablement la qualité d'actionnaire.

E. 4.4

En conclusion, l'intimé est bien devenu actionnaire de l'appelante par l'acquisition des droits prévus par la convention du 28 octobre 1999. Le grief de l'appelante est mal fondé. Le grief de l'appelante selon lequel elle ne se rend pas coupable d'abus de droit en contestant la qualité d'actionnaire de l'intimé devient donc sans objet.

E. 5.1

L'appelante conteste avoir exercé un droit d'emption. Elle soutient que les déclarations orales et écrites de ses administrateurs ne pouvaient être considérées comme l'exercice d'un tel droit. Ainsi, la lettre du 27 décembre 2002 ne saurait être considérée comme l'exercice formel du droit d'emption, puisque les modalités convenues, en ce qu'elles se fondaient sur la valeur nette des actifs de la société au 31 décembre 2001, dérogeaient à la convention du 28 octobre 1999, et que cette lettre ne faisait que se référer à un accord oral antérieur portant sur le paiement à W. _____ d'un montant correspondant à trois pourcents des actifs nets de la société, lors de son départ de J. _____ SA. De plus, c'est selon elle à tort que les premiers juges n'ont pas estimé utile de rechercher à quel moment ce droit d'emption a pu

être exercé, pour le cas où celui-ci l'aurait vraiment été.

E. 5.2

Le droit d'emption est un droit d'acquisition conditionnel subordonné à une condition potestative, la déclaration d'exercice du droit. Lorsque l'empteur a déclaré exercer son droit au propriétaire de la chose, la condition à laquelle la vente était subordonnée est avenue. La vente conditionnelle que constitue le pacte d'emption, devenue parfaite à la suite de l'exercice du droit par son titulaire, produit alors ses effets : l'acheteur a droit au transfert de la propriété de la chose et le vendeur au paiement du prix (ATF 129 III 264 consid. 3.2.1 ; ATF 121 III 210 consid. 3c et les références citées). L'exercice du droit d'emption est un acte formateur, qui consiste en une déclaration de volonté unilatérale, sujette à réception (Tercier, Les contrats spéciaux, 4 e éd., 2009, n. 1119 p. 168).

E. 5.3

En l'espèce, le courrier du 27 décembre 2002, signé par R. _____ et P. _____, révèle clairement la volonté de procéder au « buyback of your shares ». L'acte formateur, unilatéral, a donc été effectué, au plus tard, comme l'ont retenu les premiers juges, par ce courrier, et le droit d'emption a donc été exercé. Il reste ainsi à déterminer à quelles conditions ce droit a été exercé. La convention du 28 octobre 1999 est très claire quant aux modalités de l'exercice de ce droit, puisqu'elle prévoit que la valeur de rachat des actions correspond à la valeur nette des actifs de J. _____ SA à la fin du mois d'exercice du droit d'emption. Or tant dans les discussions orales que dans le courrier du 27 décembre 2002, l'appelante a proposé de racheter les titres à la valeur des actifs de la société au 31 décembre 2001, en dérogation donc aux modalités convenues. Dans le cas d'espèce, si l'acte formateur a été exercé, aucun accord n'est intervenu sur une dérogation aux modalités conventionnelles. Il est constant que W. _____ ne s'est jamais rallié au montant de 141'230 fr. correspondant à la valeur des actifs sociaux à cette date. Les modalités contractuelles demeuraient donc applicables. Il s'ensuit que W. _____ disposait d'une créance correspondant à la valeur nette des actifs de J. _____ SA à la fin du mois d'exercice du droit d'emption. C'est ainsi à tort que les premiers juges ont estimé qu'il n'était pas nécessaire de rechercher à quel moment le droit d'emption avait été exercé.

E. 5.4

S'agissant de la forme de l'exercice du droit d'emption, l'art. 16 CO présume que la forme réservée est une condition de la validité du contrat, cette présomption pouvant être détruite par la preuve que la forme volontaire ne vise qu'à faciliter l'administration des preuves. Cette réglementation s'applique également aux actes juridiques unilatéraux. En principe, la forme réservée est solennelle lorsqu'elle a trait à l'exercice de droits formateurs (« Gestaltungserklärungen »; cf. ATF 48 II 114 consid. 2), tels que la résiliation d'un contrat (ATF 95 II 43 consid. 2b) ; en revanche, elle n'a qu'une fonction de preuve si elle concerne des déclarations qui ne produisent pas de modification de la situation juridique (« rechtswahrende und -konkretisierende Erklärungen »). Ce point doit être tranché sur la base de l'interprétation du contrat de base auquel se rattachent les déclarations unilatérales (ATF 128 III 212 consid. 2b et les références). Toutefois, le fait qu'une clause soit textuellement claire n'exclut pas a priori une interprétation (ATF 127 III 444 consid. 1b). Il faut examiner s'il y a des raisons de penser qu'une clause devrait être comprise autrement que dans son sens littéral.

E. 5.5

En l'espèce, l'art. 7 du contrat du 28 octobre 1999 prévoit que le droit d'emption s'exerce par déclaration écrite à adresser à l'acheteur sous pli recommandé (« The call option shall be exercisable by notice in writing served by registered mail upon purchaser »). Il exige ainsi que la déclaration par laquelle s'exerce le droit formateur que constitue le droit d'emption soit revêtue de la forme écrite. Il en résulte a contrario que cette déclaration ne peut pas se faire oralement. Il n'y a pas de raisons de penser que cette clause devrait être comprise autrement que dans son sens littéral. On ne comprend pas pourquoi les parties seraient convenues de la forme écrite, si cette exigence était en définitive sans conséquences juridiques et que chaque partie pouvait librement s'en affranchir. Pour l'accomplissement d'un acte formateur, l'exigence conventionnelle d'une forme particulière sert aussi bien l'intérêt de l'expéditeur que du destinataire, puisqu'elle tend à établir une situation claire et dépourvue d'ambiguïté ; elle doit être présumée constituer une exigence de validité et cette présomption n'a pas été renversée en l'espèce. Il s'ensuit que le droit d'emption a été exercé valablement le 27 décembre 2002, date du courrier recommandé de l'appelante exprimant sa volonté de racheter les actions de l'intimé. La valeur de référence des actifs sociaux pour déterminer le prix des actions doit donc être arrêtée au 31 décembre 2002.

E. 5.6

En ce qui concerne la valeur des actions, l'intimé a allégué que « la valeur de 3% des actions avec les bénéfices non distribués 1999, 2000 avec tous intérêts en sus devrait correspondre ainsi au montant proposé de 141'230 fr. à fin 2001, dont à ajouter la valeur fin 2002 avec les dividendes versés pour 2001 ». Cet allégué est soumis à la preuve par appréciation. Les comptes 2002, qui figurent au dossier, révèlent toutefois une valeur des actifs sociaux de 4'514'231 fr. au 31 décembre 2002, contre 4'707'674 fr. au 31 décembre 2001, valeur qui avait servi de base à l'offre de 141'230 francs. Le 3 % de 4'514'231 fr. correspond à 135'426 fr. 95. C'est là le prix de l'exercice du droit d'emption.

E. 6.1

Le montant de 135'426 fr. 95, correspondant au prix de l'exercice du droit d'emption selon les modalités contractuelles, étant différent du montant alloué en première instance de 141'230 fr., il convient d'examiner si ce dernier montant pourrait être fondé sur un accord intervenu entre les parties, L'appelante conteste l'existence d'un tel accord entre les parties. Elle se fonde sur les correspondances échangées, pour démontrer que les différentes offres qu'elle a adressées à l'intimé et qui portaient sur « une indemnisation qui correspondait fidèlement à ce à quoi M. W. _____ aurait eu droit si le contrat d'octobre 1999 avait été exécuté par MM. R. _____ et P. _____ » ont toujours été rejetées par l'intimé, et n'ont donc jamais été acceptées, même tacitement. Dès lors, c'est selon elle à tort que les premiers juges auraient retenu que l'intimé s'était de facto rallié à l'offre présentée à de réitérées reprises par la l'appelante dans le cadre de l'exercice de son droit d'emption en reprenant le montant de 141'230 fr. dans ses conclusions et que ce montant devait ainsi être alloué.

E. 6.2

A cet égard, l'argumentaire de l'appelante converge avec les allégués de l'intimé et les pièces du dossier. Aucun accord n'est intervenu sur le montant de 141'230 fr., qui a certes fait l'objet de plusieurs offres, mais que l'intimé n'a jamais accepté. Voir, comme l'ont fait les premiers juges, une acceptation d'une offre dans le fait que le demandeur, dans sa demande du 3 janvier 2012, soit près de dix ans plus tard, reprenne ce montant, n'est pas soutenable, dans la mesure où rien n'établit que cette offre aurait été valable durant une

décennie. Le grief de l'appelante est bien fondé.

E. 7.1

Finalement, l'appelante conteste la date retenue par les premiers juges comme point de départ des intérêts moratoire. Elle soutient que l'offre reçue le 13 juin 2003 ne pouvait constituer le point de départ du délai de deux mois prévu par le contrat du 28 octobre 1999 pour l'exigibilité du paiement du prix des actions : d'une part, il n'y aurait pas eu exercice du droit d'emption par ce courrier ; d'autre part, l'application d'une clause contractuelle serait contradictoire avec l'appréciation des juges selon laquelle la détermination du montant offert avait été opérée selon des modalités dérogeant à ce contrat.

E. 7.2

Le débiteur d'une obligation est mis en demeure par l'interpellation du créancier (art. 102 al. 1 CO) ; lorsque le jour de l'exécution a été déterminé d'un commun accord, ou fixé par l'une des parties en vertu d'un droit à elle réservé et au moyen d'un avertissement régulier, le débiteur est mis en demeure par la seule expiration de ce jour (art. 102 al. 2 CO). L'intérêt moratoire de 5 % l'an (art. 104 al. 1 CO) est dû à partir du jour suivant celui où le débiteur a reçu l'interpellation (ATF 103 II 102 consid. 1a) ou, en cas d'ouverture d'une action en justice, dès le lendemain du jour où la demande en justice a été notifiée au débiteur (ATF 98 II 23 consid. 7 ; Luc Thevenoz, Commentaire romand, CO I, 2012, n. 9 ad art. 104 CO).

E. 7.3

En l'espèce, le contrat du 28 octobre 1999 prévoyait que le paiement du prix était exigible dans les deux mois suivant la notification de la valeur nette des actifs de la société, respectivement dans le mois suivant le jour où le réviseur a déterminé le prix de rachat. Le demandeur n'a ni allégué, ni prouvé la date à laquelle il aurait reçu les comptes de l'année 2002. Il a allégué avoir fait notifier une poursuite à la défenderesse le 15 mars 2006. Il ressort cependant du jugement de la Cour civile du 1^{er} juin 2010, fondé sur les pièces du dossier, que ce commandement de payer concernait uniquement des dividendes, et qu'une autre réquisition de poursuite, du 29 mars 2011 et portant cette fois également sur le prix des actions, a été retirée par l'intimé. La demeure ne peut donc être fixée qu'au lendemain de l'ouverture d'action. C'est donc à partir du 30 juillet 2011, au lendemain du dépôt de la requête de conciliation du 29 juillet 2011, que l'intérêt moratoire commence à courir.

E. 8

En conclusion, force est de constater que l'intimé a bien été titulaire de trente actions de l'intimée, que cette dernière a exercé son droit d'emption le 27 décembre 2002, que la valeur déterminante pour le rachat des actions était celle au 31 décembre 2002, à savoir 135'426 fr. 95, aucun accord prévoyant le rachat des actions à leur valeur au 31 décembre 2001 n'étant intervenu entre les parties, et que l'intérêt moratoire a commencé à courir le 30 juillet 2011. Il en résulte que l'appel doit être très partiellement admis et le jugement entrepris réformé en ce sens que l'appelante doit payer à l'intimé la somme de 135'426 fr. 95 avec intérêt à 5% l'an dès le 30 juillet 2011, à titre de prix de rachat des actions de ce dernier. La modification des conclusions au stade de l'appel, de même que l'issue de la procédure d'appel, commandent de ne pas réformer les frais judiciaires et les dépens arrêtés en première instance. En deuxième instance, l'appelante gagne son appel, mais dans une très faible mesure, puisque le montant alloué à l'intimé n'est réduit que de moins de 6'000 francs. Dans ces circonstances, il se justifie de répartir les frais de deuxième instance – comprenant les frais judiciaires et les dépens – par neuf dixièmes à la charge de l'appelante

et par un dixième à la charge de l'intimé (art. 106 al. 2 CPC). Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 2'412 fr. (art. 62 al. 1 et 2 TFJC [tarif des frais judiciaires civils du 28 septembre 2010 ; RSV 270.11.5]), doivent donc être mis par 2'171 fr. la charge de l'appelante et par 241 fr. à la charge de l'intimé. L'intimé versera ainsi à l'appelante la somme de 241 fr. à titre de restitution partielle de l'avance de frais fournie par cette dernière (art. 111 al. 2 CPC). La charge des dépens étant évaluée à 4'000 fr. pour chaque partie, l'appelante versera en définitive à l'intimé la somme de 3'200 fr. à titre de dépens.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.