

Résumé et analyse**Proposition de citation :**

Marie-Christine Balzan, Contrat avec soi-même : L'admissibilité d'une indemnité de départ octroyée au sein d'une société à actionnaire unique – Commentaire de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A_651/2017, Newsletter DroitDuTravail.ch août 2018

Art. 717 et 725 CO

Contrat avec soi-même : L'admissibilité d'une indemnité de départ octroyée au sein d'une société à actionnaire unique – Commentaire de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A_645/2017

Marie-Christine Balzan, avocate, spécialiste FSA en droit du travail

I. Objet de l'arrêt

L'arrêt, dont la publication est prévue, traite de la validité d'un contrat conclu avec soi-même stipulant l'octroi d'une indemnité de départ en faveur d'un organe de l'employeur qui est également son actionnaire unique.

II. Résumé de l'arrêt

A. Les faits et la procédure

B., employé et intimé, est directeur financier d'un groupe de sociétés depuis 2002. Toutes les filiales et sous-filiales du groupe sont détenues à 100%, directement ou indirectement, par Aa Holding SA. B. est formellement employé par l'une desdites filiales, Aa1 SA, employeur et recourant.

D. est CEO du même groupe et également employé par Aa1 SA. Au moment des faits pertinents, B. et D. sont les seuls administrateurs de Aa Holding SA et D. est également l'administrateur unique de Aa1 SA.

Le groupe connaissant des difficultés financières dont on ignore l'ampleur, il a été décidé de sa restructuration. Par contrat de vente d'actions du 26 janvier 2006, B. et D. achètent l'intégralité des actions de Aa Holding SA détenues par une société tierce. Le prix de vente est fixé à EUR 1.-. Le même jour, B. et D. concluent un contrat d'option avec la société Ab International Corp. Le contrat d'option porte sur les actions de Aa Holding SA que viennent d'acquérir B. et D. A teneur dudit contrat, Ab International Corp. est titulaire d'un droit d'option valable jusqu'au 27 février 2007.

Le contrat d'option prévoit également que si Ab. International Corp. exerce l'option, elle remplacera B. et D. au contrat de vente d'actions du 26 janvier 2006 et assumera tous les

droits et obligations en découlant, qu'ils soient connus ou non, comme si elle y avait été partie dès l'origine.

Le 2 mars 2006, une assemblée générale extraordinaire d'Aa1 SA approuve à l'unanimité l'introduction dans les contrats de travail de B. et D. d'une indemnité de départ. Par avenants du 6 mars 2006, les contrats de travail de B. et D. sont modifiés en ce sens, et ces derniers sont mis au bénéfice d'une indemnité de départ équivalant à deux ans de salaire si l'employeur résilie leur contrat de travail avant le 1^{er} mars 2009. L'amendement au contrat de travail de B. est signé pour l'employeur par C. (DRH) et D.

Le 6 novembre 2006, Ab International Corp. lève l'option. Elle achète, de plus, la participation résiduelle que B. détenait personnellement dans Aa Holding SA pour une somme de EUR 1'285'000.-.

Le 11 décembre 2006, l'employeur licencie B. pour le 31 décembre 2007 et le libère immédiatement de son obligation de travailler.

S'en suit un litige entre B. et Aa1 SA portant notamment sur le paiement de l'indemnité de départ que l'employeur a refusé de payer.

B. introduit une demande par-devant le Tribunal de district d'Uster et conclut notamment au paiement de l'indemnité de départ prévue dans son contrat de travail, d'un montant de CHF 500'000.-. L'employeur réclame, quant à lui, divers montants à titre reconventionnel. Après avoir vu sa demande rejetée et la demande reconventionnelle de l'employeur partiellement admise en première instance, B. interjette appel devant l'Obergericht de Zürich. Celui-ci donne droit à la demande en ce qu'elle porte sur l'indemnité de départ.

Estimant que l'amendement du 6 mars 2006 est un contrat conclu avec soi-même en conflit direct avec ses intérêts et qu'il doit ainsi être considéré nul, l'employeur interjette un recours en matière civile devant le Tribunal fédéral.

B. Le droit

1. Validité du contrat avec soi-même lorsqu'il est conclu par et avec un organe qui est également l'actionnaire unique de la société représentée (consid. 5)

Le Tribunal fédéral rappelle d'abord qu'étant source de conflit d'intérêts, le contrat conclu avec soi-même n'est, en principe, pas valable et qu'il entraîne ainsi la nullité de la transaction juridique concernée, sous réserve des cas où (i) le risque de conflit d'intérêts est exclu par la nature de la transaction ou (ii) le représenté a expressément autorisé le représentant à conclure le contrat en question ou l'a ratifié par la suite. Dans le cas de la représentation légale des personnes morales, une autorisation spécifique ou une approbation ultérieure par un organe de même rang ou de rang supérieur est requise lorsqu'un danger de préjudice existe¹.

Conformément à la jurisprudence en vigueur, le Tribunal fédéral rappelle toutefois que le besoin de protection de l'entité représentée disparaît lorsque le représentant légal contractant est également son actionnaire unique. Dans cette hypothèse, on doit, en effet, admettre que la transaction conclue correspond aussi à la volonté de l'assemblée générale et

¹ ATF 127 III 332 in : JdT 2001 I 258, consid. 2 ; ATF 126 III 361 in : JdT 2001 I 131, consid. 3a.

qu'elle est donc couverte par le pouvoir de représentation de l'organe concerné, l'existence de tout conflit d'intérêts devant alors être écartée².

Le Tribunal fédéral mentionne les critiques de la doctrine à l'égard de la jurisprudence susmentionnée qui s'écarte d'un arrêt ancien³ dans lequel il avait admis que les intérêts des créanciers, et non seulement ceux de la société, devaient également être pris en compte dans l'analyse des intérêts en présence s'agissant de contrats conclus par un organe de la société avec lui-même. Ce n'était ainsi qu'en l'absence de créanciers sociaux que l'on pouvait admettre une identité d'intérêt entre la société et son actionnaire unique. Le Tribunal fédéral balaie ces critiques en relevant que les créanciers disposent d'autres recours pour faire valoir leurs droits que celui de la nullité matérielle directe de l'opération querellée, au nombre desquelles figurent notamment les actions en annulation paulienne (art. 285 LP) et l'action en responsabilité contre les membres du conseil d'administration (art. 754 CO) qui protègent, selon lui, suffisamment les créanciers de la société.

Le Tribunal fédéral estime, de plus, qu'exiger de la société qu'elle autorise une opération en l'absence de tout conflit d'intérêt entre les actionnaires et les organes agissant reviendrait à imposer une ratification purement fictive. Selon notre Haute Cour, cette position est d'ailleurs aujourd'hui expressément confirmée par le droit des sociétés qui n'interdit pas de constituer des sociétés anonymes ne comptant qu'un actionnaire (art. 625 CO) et qui reconnaît la possibilité pour les représentants de la société de conclure des contrats avec cette dernière (art. 718b CO).

Compte tenu de ce qui précède, le Tribunal fédéral juge qu'il n'y a pas lieu de revenir sur sa jurisprudence actuelle. En l'espèce, il faut donc admettre que l'employeur a été valablement représenté lors de la conclusion des amendements du 6 décembre 2006. Dans la mesure où les personnes favorisées par ceux-ci étaient aussi les actionnaires uniques de la société holding qui était elle-même seule propriétaire à 100% de toutes les filiales et sous-filiales du groupe, y compris l'employeur, on se trouvait dans une situation comparable à celle d'une société à actionnaire unique. Partant, aucun conflit ne pouvait exister entre les intérêts du bénéficiaire de l'amendement querellé et la société.

Dans un tel contexte, l'employeur avait été valablement représenté lors de la conclusion des amendements, ces derniers étant parfaitement valables et tous griefs relatifs au fait que l'employeur n'aurait pas dûment autorisé l'octroi des indemnités de départ tombaient ainsi à faux.

2. En l'absence de tout conflit d'intérêts, l'octroi d'une indemnité de départ ne peut être contraire aux intérêts de l'employeur (consid. 6.3)

L'employeur a fait valoir que l'indemnité de départ était un parachute doré contraire à ses intérêts et que l'accord stipulant leur octroi était également inadmissible, car contraire à la finalité économique de la société anonyme.

A cet égard, le Tribunal fédéral a relevé que des intérêts comparables entraînent en jeu lors de tout changement de contrôle imminent au sein d'une société, que celle-ci soit cotée ou non.

² ATF 126 III 361 in : JdT 2001 I 131, consid. 5.

³ ATF 50 II 168.

Il a évoqué l'existence, à l'époque des faits pertinents, de dispositions du droit boursier prévoyant l'interdiction de rémunération exceptionnellement élevée en cas de départ de l'entreprise survenant dans le cadre d'une offre publique d'achat. Selon le Tribunal fédéral, en raison de l'octroi d'une option d'achat à Ab. International Corp., B. se trouvait précisément dans une situation analogue menaçant sa position au sein de la société lorsque les amendements octroyant les indemnités de départ ont été conclus.

Le Tribunal fédéral a également mentionné que la doctrine estimait que les parachutes dorés qui faisaient bénéficier les membres du conseil d'administration ou de la direction d'indemnités de licenciement très élevées étaient inadmissibles s'agissant de toutes sociétés, qu'elles soient cotées ou non, car contraire à leurs intérêts.

Nonobstant ces observations, le Tribunal fédéral ne s'est toutefois finalement pas prononcé sur cette question estimant que, dans le cas d'espèce, il ne pouvait y avoir de conflit d'intérêts entre la société et les bénéficiaires de l'indemnité de départ. Ceux-ci étant également les seuls actionnaires de la société au moment de la conclusion de l'avenant aux contrats de travail, leur intérêt ne pouvait que se confondre avec celui de la société. Dans le cas d'espèce, on ne pouvait donc retenir une violation des intérêts de l'entreprise au sens de l'article 717 CO, de sorte que l'accord sur les indemnités de départ était valable.

3. Octroi de l'indemnité de départ assimilable à une distribution cachée de bénéfice ou à une restitution de capital (consid. 6.4)

L'employeur a également contesté la validité de l'amendement querellé au motif que l'octroi de l'indemnité de départ tombait sous le coup des articles 678 CO et 680 al. 2 CO.

Selon la doctrine, une société effectuant une prestation favorisant un de ses représentants qui est également son actionnaire unique peut réaliser par là un prélèvement de fonds propres assimilable à une distribution cachée de bénéfices inadmissible (art. 678 s. CO) ou à une restitution de capital (art. 680, par. 2, CO), ce qui rend l'opération en question nulle *ex lege*.

Faute pour l'employeur d'avoir démontré, notamment en raison d'un état de fait lacunaire à ce sujet, (i) que l'avenant au contrat aurait été nul au sens de l'article 706b al. 3 CO parce qu'il aurait ignoré ou violé la structure de base de la société anonyme ou les dispositions relatives à la protection du capital ou (ii) que l'octroi de l'indemnité de départ, aurait été constitutif d'une violation de l'article 725 CO au vu de la situation financière de l'entreprise, le Tribunal fédéral n'a pu examiner ces griefs.

4. Obligations au titre du contrat d'option conclu avec Ab. International Corp. (consid. 7)

L'employeur a allégué que le contrat d'achat d'actions et le contrat d'option conclus avec Ab. International Corp. l'avaient été sur la base d'une relation fiduciaire et que Ab. International Corp., par l'exercice de l'option, se serait substituée à B. et D. dans le contrat d'achat d'actions avec effet rétroactif à la date de signature de ce dernier. A cet égard, le Tribunal fédéral a relevé que le contrat d'option prévoyant un tel effet rétroactif ne pouvait être d'aucun secours à l'employeur. Au titre de ce contrat, Ab. International Corp. ne bénéficiait, pendant la période de latence, que du seul droit d'exercer l'option. Si cela pouvait entraîner certaines obligations contractuelles pour B. et D., dont celui de s'abstenir d'engagements supplémentaires pouvant compliquer l'exercice de l'option, celles-ci ne pouvaient leur être opposées que par leur

cocontractant au contrat d'option, soit Ab. International Corp. Cette dernière n'étant pas partie à la procédure, il n'y avait pas lieu d'examiner la question plus avant.

III. Analyse

1. Le versement d'une indemnité de départ à un organe actionnaire unique de la société est-il dans l'intérêt de cette dernière ?

Ayant admis qu'il ne pouvait y avoir de conflit d'intérêts s'agissant d'un contrat qu'un organe avait conclu avec lui-même alors qu'il était également actionnaire unique de la société, le Tribunal fédéral n'avait pas à examiner la question de la licéité matérielle de l'indemnité de départ, notamment à l'aune de l'article 717 al. 1 CO. Compte tenu des critiques que ne cessent de susciter l'octroi de telles indemnités généralement octroyées sans aucune contreprestation correspondante de leurs bénéficiaires, on peut se demander s'il l'on ne se trouve pas là face à une limite de l'identité d'intérêt entre la personne morale et son unique propriétaire.

La notion d'indemnité de départ n'est pas clairement définie en droit suisse. Ni la Constitution fédérale (art. 95 al. 3 let. b Cst.), ni l'Orab, qui les interdisent uniquement au sein des sociétés cotées depuis le 1^{er} janvier 2014, n'en donne une définition précise.

En principe, l'indemnité de départ est une prestation que l'employeur verse à l'employé sans véritable contreprestation. Son versement est, en effet, directement lié à la fin de la relation contractuelle alors que l'employé n'aura plus à fournir le moindre travail à l'employeur⁴. Les indemnités de départ constituent ainsi généralement une compensation pour la fidélité passée et non une rémunération pour une activité future ou présente au service de l'employeur.

Le versement d'une indemnité de départ peut toutefois servir les intérêts directs de la société. D'un point de vue pratique, elle peut notamment permettre de se séparer sans heurt d'un dirigeant en difficulté dans une entreprise. Octroyées à la conclusion du contrat de travail, elles peuvent également décider un dirigeant de renom à conclure un contrat de travail avec une entreprise en difficulté financière ou en restructuration car elle offre une garantie de revenu pendant une certaine durée. De même, l'octroi d'indemnités de départ peut avoir un effet positif au sein de l'entreprise, notamment en matière d'amélioration du flux d'informations entre administrateurs et directeurs⁵.

Les parachutes dorés qui sont versés aux dirigeants d'une entreprise à l'occasion d'un changement de contrôle ou de transfert de la société⁶ qui les emploie sont en principe exclus s'ils vont à l'encontre de l'intérêt de la société (cf. art. 717 CO). En revanche, on doit admettre

⁴ Code suisse de bonne pratique pour le gouvernement d'entreprise (« aCPB »), édition 2007, ch. 6 Explications concernant l'Annexe 1.

⁵ PETER BÖCKLI, *Schweizer Aktienrecht*, 4^e éd., 2009 Zurich, p. 1633 N 248 ; Ch. 6 Explications concernant l'Annexe 1 aCBP ; LUCAS URBEN, *La rémunération des dirigeants en droit suisse de la société anonyme*, 2015 Lausanne, p. 143

⁶ DANIEL DAENIKER/ALEXANDER NIKITINE, *Golden Handshakes, Golden Parachutes und ähnliche Vereinbarungen bei M & A-Transaktionen*, in : *Mergers & Acquisitions IX*, 2007, p. 127.

que l'octroi d'une telle indemnité est souvent un moyen efficace pour faciliter une séparation à l'amiable en évitant toute procédure judiciaire⁷.

A cet égard, on relèvera que les « bonus de rétention » qui sont parfois versés à des employés clés de l'entreprise à la fin des rapports de travail ont une toute autre justification. Il vise, en effet, à s'assurer que ceux-ci ne démissionneront pas avant une certaine date, cela notamment afin de s'assurer de leurs services pendant une période de transition, en particulier dans le cadre d'une restructuration de l'entreprise qui les emploie. S'ils demeurent dus dans l'hypothèse où l'employeur décide de se séparer de son employé avant l'expiration du délai prévu, c'est alors pour le récompenser d'être demeuré à son service jusqu'à ce que sa collaboration ne soit plus nécessaire risquant notamment de perdre une opportunité de nouvel emploi. Ils diffèrent donc des parachutes dorés dont les employés bénéficient pour la seule raison qu'ils ont été licenciés.

A l'époque des faits pertinents, soit en 2006, l'octroi d'indemnités de départ aux dirigeants d'entreprises était parfaitement licite, voire usuel, que l'employeur soit une société cotée ou non, tant et aussi longtemps qu'un tel octroi était conforme à l'intérêt de l'entreprise⁸. Les tribunaux n'ont toutefois jamais eu l'opportunité de juger de la conformité de principe d'une indemnité de départ avec les intérêts de la société.

La tendance actuelle va toutefois clairement vers une contestation du caractère admissible de telles indemnités à l'aune du droit des sociétés. Pour les sociétés cotées, cette tendance s'est finalement concrétisée dans l'adoption de l'article 95 al. 3 let. b Cst. qui interdit le versement de toute indemnité de départ en leur sein, interdiction qui a été formalisée dans l'Orab.

De manière générale, le Code suisse de bonne pratique partage ce point de vue, et recommande ainsi de renoncer aux indemnités de départ, sauf si elles sont versées dans l'intérêt de la société ou si elles rétribuent « *des prestations extraordinaires fournies à la société qui, sinon, ne seraient pas rémunérées* »⁹.

A cela s'ajoute le fait que l'art. 717 al. 1 CO impose au conseil d'administration de veiller fidèlement aux intérêts (supérieurs) de la société. C'est en respectant cet impératif que les administrateurs ont la charge de fixer la rémunération de la direction, ce qui implique notamment que la rémunération ne doit pas être disproportionnée par rapport à la prestation effectuée par son bénéficiaire¹⁰. Or, comme relevé en introduction de cette analyse, les indemnités de départ sont en principe versées sans contreprestation directe, ce qui peut poser un problème à l'aune de ce principe. Enfin, comme cela est relevé à juste titre par le Tribunal fédéral dans le présent arrêt¹¹, le versement d'une indemnité de départ peut, dans certaines circonstances et lorsque son bénéficiaire est un actionnaire et/ou administrateur, constituer une distribution cachée de bénéfices inadmissible (art. 678 s. CO) ou un remboursement interdit du capital (art. 680 al. 2 CO).

⁷ BÖCKLI, *op. cit.*, p. 1636 N 258.

⁸ LUKAS GLANZMANN, Die « Abzocker-Initiative » und ihre Folgen, GesKR Online-Beitrag 1/2013, III, p. 5.

⁹ Ch. 6 Annexe 1 aCBP.

¹⁰ LUCAS URBEN, *op. cit.*, p. 149.

¹¹ TF 4A_645/2017 du 22 août 2018, consid. 6.4.

A cet égard, on relèvera encore que dans une décision rendue le 19 septembre 2005, la Commission fédérale des banques a jugé que l'octroi d'un parachute doré à la veille d'une offre publique d'achat hostile constituait une mesure de défense inadmissible, car elle contrevenait tant au droit des sociétés qu'à l'intérêt propre de la société¹². Toutefois, il faut relever que les termes de l'indemnité de départ allaient bien au-delà de ceux stipulés dans l'affaire qui nous occupe, ladite indemnité étant notamment due même en cas de démission et alors que ses bénéficiaires avaient été libérés de leur obligation de travailler pendant le délai de congé et n'étaient soumis à aucune clause de non-concurrence.

2. Application au cas d'espèce

Cela étant posé, et même si l'on doit admettre que la jurisprudence du Tribunal fédéral reconnaissant une identité d'intérêt entre la société et son actionnaire unique doit être suivie dans son principe parce que parfaitement légitimée du point de vue de la structure organisationnelle de la société anonyme, on peut se demander si, dans certains cas, ce raisonnement ne trouve pas certaines limites en ce qu'il entraîne une négation de la personnalité juridique propre de l'entité juridique en cause qui ne se confond pas avec son actionnariat.

Par ailleurs, certains auteurs réservent les cas d'abus de droit en toute hypothèse notamment lorsque l'administrateur unique qui a approuvé une opération avec soi-même est également l'actionnaire unique de la société¹³.

Enfin, partie de la doctrine retient que la société anonyme étant une personne morale distincte de ses actionnaires qui n'ont, de plus, aucune obligation de fidélité à son égard, il est erroné d'estimer que la volonté, même unanime, de l'assemblée générale coïncide systématiquement avec les intérêts de la société¹⁴. La situation paraît encore plus sujette à caution lorsque l'on se trouve face à un actionnaire unique qui peut présumer de façon quasi certaine qu'il ne le demeurera pas et qui, étant organe et employé d'un groupe, cherche visiblement à se défendre contre une restructuration qui présente un risque non négligeable d'entraîner son licenciement.

Ainsi, dans le prolongement de ce qui précède et s'agissant de l'octroi d'un élément de rémunération dont le moins que l'on puisse dire est que sa justification de principe est controversée, on peut donc se demander s'il n'aurait pas été opportun d'examiner son adéquation avec les intérêts propres de la société (notamment sur le long terme), et ce, indépendamment du seul intérêt d'un actionnaire unique « temporaire » qui ne jouissait apparemment de cette position que pour permettre l'accomplissement d'une prise de contrôle du groupe par un tiers.

Cela étant, force est de constater qu'en l'espèce, si l'on peut émettre certains doutes quant au bien-fondé de l'indemnité de départ querellée, notamment parce qu'elle venait s'ajouter à un délai de congé particulièrement long en faveur du travailleur, il est impossible de

¹² Décision de la CFB du 19 septembre 2005 dans l'affaire Saia-Burgess Electronics Holding AG, Murten, consid. 39. Voir également art. 36 OOPA et une critique de cette décision : RASHID BAHAR, Centre de droit bancaire et financier, cdbf.ch/346, 25 septembre 2005.

¹³ HENRY PETER/FRANCESCA CAVADINI, Commentaire romand CO II, Bâle 2017, *ad* art. 717 CO, N 12.

¹⁴ DOROTHEA HERREN, Harmonie und Kollision beim verwaltungsrätlichen Umgang mit den Gesellschaftsinteressen *in* : AJP 2015, p. 209 et les références citées.

déterminer si elle était véritablement contraire aux intérêts propres de l'employeur. Il semble en tout cas qu'elle n'ait eu aucune conséquence sérieuse sur sa situation financière puisque la société était apparemment toujours solvable plus de dix ans après les faits.

Sur ce dernier point, il y a lieu de mentionner que l'employeur pouvait contourner l'écueil de l'identité d'intérêt entre actionnaires unique et société en attaquant la validité de l'amendement au contrat de travail en invoquant, soit un prélèvement de fonds propres assimilable à une distribution cachée de bénéfices inadmissible (art. 678 s. CO), soit l'interdiction de remboursement du capital aux actionnaires (art. 680 al. 2 CO), qui aurait rendu l'opération nulle. Or, il ne l'a fait qu'au stade de son recours au Tribunal fédéral ce qui l'a empêché de compléter ses allégations de fait apparemment lacunaires s'agissant notamment de la situation financière de la société au moment de l'octroi de l'indemnité de départ (en particulier, un possible surendettement), de sorte que les juges de notre Haute Cour n'ont tout simplement pas pu examiner le grief sans toutefois contester que l'employeur aurait pu disposer d'un tel moyen de droit pour refuser le paiement de l'indemnité de départ.