

Wilhelm Gilliéron

AVOCATS



Auteur: Christophe Wilhelm | Le : 29 juin 2021

Les clauses statutaires d'agrément et le cas Sika

Comme l'a très bien décrit le journal [Le Temps dans son édition du 26 juin dernier](#), le mois de juin permet chaque année de se rappeler l'un des combats judiciaires les plus importants du droit suisse des sociétés : Sika AG c. Saint-Gobain.

Les statuts de la société Sika AG à Zoug contenaient ce qu'on appelle **une clause d'agrément**. Ces clauses permettaient au conseil d'administration de refuser l'acquisition d'une certaine part du capital-actions de la société si cette acquisition portait sur un pourcentage supérieur à un certain seuil, en l'occurrence 5 % du capital-actions. Dans le cas de Sika AG, deux autres clauses permettaient en outre d'empêcher l'arrivée intempestive d'un nouvel actionnaire non-désiré : (i) le capital-actions était composé de différentes catégories d'actions aux valeurs nominales différenciées (soit deux catégories principales : (a) d'une part, 2'151'199 actions nominatives cotées en bourse d'une valeur nominale de CHF 0,60, d'autre part 2'330'853 actions nominatives non cotées en bourse, d'une valeur nominale de CHF 0,10, représentant 16,43% du capital-actions, mais assurant à ses détenteurs (la famille du fondateur) 52,62% des droits de vote), (ii) les statuts contenaient en outre une clause d'opting-out permettant de déroger aux obligations relatives aux offres publiques d'achat.

La présente contribution se contentera de décrire brièvement la portée des clauses statutaires d'agrément en droit suisse et d'attirer l'attention du lecteur sur la nécessité de considérer le cas particulier « **des acquisitions indirectes** » lors de leur rédaction.

Les clauses d'agrément sont autorisées en droit suisse des sociétés par les articles 685a à 685c CO pour les sociétés non cotées et par les articles 685d à 685g CO pour les sociétés cotées. Ces clauses se retrouvent très fréquemment dans les statuts, particulièrement chez les PME, car elles permettent à la société de contrôler le cercle de ses actionnaires, ce afin de la préserver d'acquisitions hostiles, de concurrents, par exemple.

Dans l'affaire Sika, les statuts de cette société prévoyaient, conformément à l'article 685d CO, que toute acquisition supérieure à 5% du capital-actions devait recueillir l'approbation préalable du conseil d'administration. La clause d'agrément figurant dans les statuts de Sika AG ne pouvait en outre être supprimée que par une majorité qualifiée, donc à une majorité supérieure au seuil de détention des actions privilégiées susmentionnées détenues par la holding familiale du fondateur.

Mais qu'en est-il d'une « **acquisition indirecte** », soit d'une acquisition qui ne modifie pas la composition de l'actionnariat mais qui consiste à ce que l'actionnariat d'un actionnaire existant change de mains, sans que celui-ci modifie sa participation ? En d'autres termes, y a-t-il application de la clause d'agrément en cas de changement de l'actionnariat d'un actionnaire existant ? En l'espèce, le groupe français Saint-Gobain avait acquis le capital-actions de l'actionnaire privilégié, soit la holding familiale du fondateur, sans pour autant que cette holding voit sa participation au capital de Sika AG modifiée.

Après une importante bataille judiciaire, le Tribunal cantonal de Zoug a jugé, après un examen circonspect et très précis non seulement des termes (interprétation grammaticale) et de l'origine (interprétation historique) mais également du contexte (interprétation téléologique) de la clause statutaire d'agrément des statuts de Sika AG, que celle-ci ne devait pas uniquement s'appliquer à des acquisitions directes mais également à des acquisitions indirectes. Le Tribunal fédéral n'a pas eu à juger de cette affaire car les parties, sur la base du jugement zougais, ont décidé de régler définitivement leur litige par une transaction extra-judiciaire.

L'arrêt rendu par la Haute Cour zougaise fera-t-il jurisprudence ? Rien n'est moins sûr. En effet, les juges cantonaux zougais ont refusé

en l'espèce de considérer qu'il y avait eu abus de droit pour juger que l'acquisition projetée par Saint-Gobain devait être rejetée, mais se sont fondés sur une question spécifique d'interprétation de la clause en question.

Il n'est donc pas du tout certain que toute « acquisition indirecte » soit automatiquement considérée en droit suisse comme abusive. Les rédacteurs de clauses d'agrément feront donc bien de s'inspirer du cas Sika au moment de la rédaction des statuts pour renforcer leurs termes pour inclure tout cas d'acquisition indirecte dans le champ d'application de la clause d'agrément projetée. Dans le cas de société non cotées, cet exercice rédactionnel est toutefois périlleux car l'alinéa 7 de l'article 685b CO interdit aux statuts de rendre les conditions de transfert plus dures que le régime prévu aux alinéas 1 à 4 de cette disposition légale. Cette clause ne s'applique pas aux statuts de sociétés cotées en bourse.

Le nouveau droit de la SA qui devrait entrer en vigueur en 2023 ne contient pas de modification des termes des articles 685 a à 685 g CO. Cette problématique reste donc entière. Si la rédaction de clauses d'agrément reste possible, elle devra faire l'objet, suite à « l'affaire Sika », d'une attention renouvelée de ses auteurs, certainement avec l'aide d'un ou de professionnels du droit.

Source : <https://www.wg-avocats.ch/actualites/droit-societes/clauses-statutaires-dagrement-cas-sika/>