

Le droit suisse des sociétés en 2021 : Modifications législatives et jurisprudence

Cette contribution propose un aperçu des principales modifications législatives et de la jurisprudence du Tribunal fédéral [TF] de l'année 2021 en droit suisse des sociétés. La section consacrée aux modifications législatives (chiffre I) revient sur l'entrée en vigueur des modifications du CO et d'autres lois relatives au droit commercial tandis que les résumés de jurisprudence font l'objet de la section suivante (chiffre II) ; les arrêts y sont classés par forme de société et les arrêts publiés au recueil des ATF précèdent les autres arrêts, qui sont classés par ordre chronologique.

| | |
|---|----|
| I. Modifications législatives | 68 |
| 1. Entrée en vigueur partielle de la modification du CO (Droit de la SA) du 19 juin 2020 | 68 |
| 2. Entrée en vigueur partielle de la loi fédérale du 25 septembre 2020 sur l'adaptation du droit fédéral aux développements de la technologie des registres électroniques distribués | 68 |
| 3. Entrée en vigueur de loi fédérale du 21 juin 2019 sur la mise en œuvre des recommandations du Forum mondial sur la transparence et l'échange de renseignements à des fins fiscales | 68 |
| 4. Entrée en vigueur de la modification du CO du 17 mars 2017 (Registre du commerce) | 68 |
| II. Jurisprudence | 68 |
| 1. Société simple | 68 |
| 2. Société anonyme | 69 |
| 3. Société à responsabilité limitée | 76 |

Citation :

DAMIANO CANAPA / ARTHUR GRISONI / MARINE ANTONOFF, Le droit suisse des sociétés en 2021 : Modifications législatives et jurisprudence, sui generis 2023, p. 67

Damiano Canapa, Professeur à l'Université de Lausanne, LL.M. (Bruges), LL.M. (Yale). Arthur Grisoni, MLaw, Assistant doctorant à l'Université de Lausanne. Marine Antonoff, MLaw, Assistante doctorante à l'Université de Lausanne. Les auteurs remercient Me Cédric Ballenegger pour sa relecture attentive de leur contribution.

URL : sui-generis.ch/229

DOI : <https://doi.org/10.21257/sg.229>

Ce(tte) œuvre est mise à disposition selon les termes de la Licence Creative Commons Attribution – Partage dans les Mêmes Conditions 4.0 International.

I. Modifications législatives

1. Entrée en vigueur partielle de la modification du CO¹ (Droit de la SA) du 19 juin 2020²

1 Certains articles de la modification du CO (Droit de la SA) du 19 juin 2020 sont entrés en vigueur le 1^{er} janvier 2021. Il s'agit de l'art. 734f CO (Représentation des sexes au sein du conseil d'administration [CA] et de la direction)³, des actuels art. 964d-964i CO (Transparence dans les entreprises de matières premières⁴) et des art. 4 et 7 des dispositions transitoires⁵. Les obligations de représentation des sexes au sein du CA et de la direction (art. 734f CO) devront être respectées dans les cinq ans pour le CA et dix ans pour la direction. S'agissant des art. 964d ss CO, les premiers rapports seront dus en 2023 et concerneront l'année 2022.

2. Entrée en vigueur partielle de la loi fédérale du 25 septembre 2020 sur l'adaptation du droit fédéral aux développements de la technologie des registres électroniques distribués⁶

2 L'entrée en vigueur partielle, le 21 février 2021, de la loi fédérale sur l'adaptation du droit fédéral aux développements de la technologie des registres électroniques distribués comporte les adoptions ou modifications des dispositions suivantes⁷ :

- art. 622 al. 1 et 1^{bis}, 973a, 973c et al. 1, 973d à 973i, 1153 et 1153a CO ;
- art. 105 al. 2, 106, 108a et 145a LDIP⁸ ;
- art. 29 al. 1, let. c et 77 LSFIn⁹ ;
- art. 16 de la LEFin¹⁰ ;
- art. 4 al. 2, let. f et g, 5, let. g et h, 6 al. 1, let. c et d, et al. 2 et 3, 7 al. 1 et 2, 9, al. 1, 11 al. 3, let. b, 17 al. 1, let. b et al. 4 LTI¹¹.

1 Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le Code civil suisse – Livre cinquième : Droit des obligations (CO ; RS 220).

2 Code des obligations (Société anonyme), Modification du 19 juin 2020 (RO 2020 4005).

3 PETER FORSTMOSER / MARCEL KÜCHLER, Schweizerisches Aktienrecht 2020, Zurich 2022, p. 518 ss.

4 Ces articles correspondaient aux art. 964a-964f ss CO dans leur teneur jusqu'au 31 Décembre 2021.

5 Code des obligations (Société anonyme), Modification du 19 juin 2020 (RO 2020 4005), chap. IV ; DAMIANO CANAPA / EVELYNE SCHMID / ELENA CIMA, « Entreprises responsables » : limitations et perspectives, RDS 2021 I, p. 557 ss.

6 Loi fédérale du 25 septembre 2020 sur l'adaptation du droit fédéral aux développements de la technologie des registres électroniques distribués (RO 2021 33).

7 Loi fédérale sur l'adaptation du droit fédéral aux développements de la technologie des registres électroniques distribués (n. 6), chap. II.

8 Loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé (LDIP ; RS 291).

9 Loi fédérale du 15 juin 2018 sur les services financiers (LSFin ; RS 950.1).

10 Loi fédérale du 15 juin 2018 sur les établissements financiers (LEFin ; RS 954.1).

11 Loi fédérale du 3 octobre 2008 sur les titres intermédiaires (LTI ; RS 957.1).

3. Entrée en vigueur de loi fédérale du 21 juin 2019 sur la mise en œuvre des recommandations du Forum mondial sur la transparence et l'échange de renseignements à des fins fiscales¹²

Les art. 697i, 697k, 697l, 697m et 731b al. 1 ch. 4 CO introduits par la loi fédérale du 21 juin 2019 sont entrés en vigueur 18 mois après l'entrée en vigueur, le 1 novembre 2019, de l'art. 622 al. 1^{bis} introduit par cette même loi, soit le 1 mai 2021.

4. Entrée en vigueur de la modification du CO du 17 mars 2017 (Registre du commerce)¹³

Les dispositions de la loi fédérale du 17 mars 2017 – exceptés les art. 928b et 928c CO, en vigueur depuis le 1 avril 2020 – sont entrées en vigueur le 1 janvier 2021¹⁴.

II. Jurisprudence

1. Société simple

a) Existence d'une société simple¹⁵

aa) Faits

A. soutient avoir conclu avec Z., par actes concluants, un contrat de société simple ayant pour but de valoriser un hôtel et de réaliser un bénéfice lors de sa vente. Suite au rejet de ses conclusions par la Chambre patrimoniale vaudoise et par le Tribunal cantonal du canton de Vaud, A. recourt en matière civile auprès du TF.

bb) Droit

En cas de société simple convenue *par actes concluants*, tous les actes, indices et circonstances pertinentes visant à prouver l'existence du contrat doivent être établis ; il ne saurait être question de faciliter la preuve. A. ne saurait fonder l'existence d'une société simple sur le fait qu'une renonciation à une participation aux bénéfices aurait constitué un apport si les circonstances et motifs de la renonciation ne sont pas établis ; il aurait dû formaliser ses relations¹⁶. En concluant que les parties n'avaient pas eu d'objectif commun ou ne s'étaient pas associées pour revaloriser l'hôtel et le vendre ensuite avec profit, l'instance précédente n'a pas violé les art. 18 CO et 530 CO. La conclusion selon laquelle il ne faut pas admettre de volonté de former une société simple est appuyée par l'absence de

12 Loi fédérale du 21 juin 2019 sur la mise en œuvre des recommandations du Forum mondial sur la transparence et l'échange de renseignements à des fins fiscales (RO 2021 3161).

13 Code des obligations (Droit du registre du commerce), Modification du 17 mars 2017 (RO 2020 957).

14 Modification registre du commerce (n. 13), chap. IV.

15 Arrêt du Tribunal fédéral 4A_421/2020 du 26 février 2021.

16 Arrêt du Tribunal fédéral 4A_421/2020 du 26 février 2021, consid. 4.2.

pouvoir de gestion dans la société propriétaire de l'hôtel, le rapport de subordination entre Z. et A., l'absence d'influence et de pouvoir de décision de A. concernant la vente de l'hôtel et l'absence de preuve que la renonciation à une participation aux bénéfices constituait un apport¹⁷.

b) Distinction entre société simple et prêt partiaire¹⁸

7 Le prêt partiaire se caractérise par le fait que le bailleur de fonds se voit promettre, en sus d'intérêts éventuels, une participation au gain. Même si le prêteur peut exercer certaines activités de surveillance afin de contrôler l'exactitude de sa rémunération, cela n'équivaut pas à une position d'associé : il n'intervient pas dans la gestion de la société, n'a pas le pouvoir de représentation, n'assume pas la responsabilité pour les dettes de l'entreprise et n'est pas responsable vis-à-vis des créanciers de l'emprunteur ; il n'existe pas d'*animus societatis*, caractéristique de la société simple¹⁹.

8 Le fait qu'un bailleur de fonds se réserve le droit d'être consulté sur l'activité commerciale ou d'y participer au-delà du droit de contrôle inhérent au prêt constitue un indice fort en faveur d'une société simple. Il en va de même de la participation aux risques et aux pertes, qui ne saurait toutefois être décisive à elle seule : il faut procéder à une appréciation globale des circonstances concrètes du cas d'espèce²⁰.

c) Dissolution d'une société simple²¹

9 En cas de sortie d'un associé sans liquidation de la société simple, les affaires en suspens qui, au moment du départ, ont été conclues, mais pas encore réglées, doivent être prises en compte dans le calcul de l'indemnité revenant à l'associé sortant en se basant sur la méthode convenue contractuellement ou, à défaut, sur des critères objectifs. Les règles du droit de la SNC régissant la sortie d'un associé (art. 576 ss CO) s'appliquent par analogie²². Tant les bénéfices que les revenus futurs doivent être inscrits à l'actif dans la mesure où ceux-ci constituent une situation juridique garantie pour l'acquéreur²³. Si des contrats de vente ont été conclus et que la marchandise sur laquelle portent ces contrats est en stock, le bénéfice futur résultant de la vente doit être porté à l'actif²⁴. En l'absence de disposition contractuelle contraire, l'associé sortant a droit à une participation aux bénéfices résultant de ces affaires en suspens, selon les valeurs de continuation.

17 Arrêt du Tribunal fédéral 4A_421/2020 du 26 février 2021, consid. 5.2.

18 Arrêt du Tribunal fédéral 4A_276/2020 du 26 février 2021.

19 Arrêt du Tribunal fédéral 4A_276/2020 du 26 février 2021, consid. 8.2.

20 Arrêt du Tribunal fédéral 4A_276/2020 du 26 février 2021, consid. 8.2.

21 Arrêt du Tribunal fédéral 4A_614/2020 du 30 mars 2021.

22 Arrêt du Tribunal fédéral 4A_614/2020 du 30 mars 2021, consid. 4.1.

23 Arrêt du Tribunal fédéral 4A_614/2020 du 30 mars 2021, consid. 4.1.

24 Arrêt du Tribunal fédéral 4A_614/2020 du 30 mars 2021, consid. 4.2.

2. Société anonyme

a) Responsabilité des organes et qualité pour agir du créancier²⁵

La qualité pour agir en responsabilité d'un créancier social dépend de la nature du dommage subi. Selon la jurisprudence en vigueur jusqu'alors, lorsque société et créancier subissaient tous deux un dommage direct (*double dommage direct*), le créancier n'était dans tous les cas légitimé à agir que si le comportement de l'organe recherché (i) violait une norme du droit de la SA servant *exclusivement* à la protection des créanciers, (ii) constituait un acte illicite (art. 41 CO) ou (iii) relevait de la *culpa in contrahendo*²⁶.

Le TF s'interroge sur la limitation de la qualité pour agir du créancier en cas de double dommage direct lorsque la société est en activité. Cette limitation a été introduite à l'ATF 131 III 306 afin de parer, dans le cas d'une société *faillie*, au risque de concurrence entre l'action sociale exercée par l'administration de la faillite (art. 757 CO) et l'action individuelle des créanciers, la priorité étant alors accordée à l'action sociale ; à défaut, l'administration de la faillite ne pouvant agir qu'à partir de la deuxième assemblée des créanciers, les créanciers colloqués seraient préterités par rapport aux créanciers directement lésés à titre individuel, lesquels peuvent agir immédiatement²⁷.

Précisant sa jurisprudence antérieure, le TF juge que la limitation de la qualité pour agir du créancier directement lésé ne se justifie que lorsqu'il existe un risque effectif de concurrence entre les actions, ce qui n'est pas le cas lorsque la société est en activité. Un seul et même dommage dû au comportement de l'organe fait alors naître deux prétentions en dommages-intérêts – l'une contre l'organe et l'autre contre la société – lesquelles sont solidaires de manière imparfaite (art. 51 al. 2 CO)²⁸. L'action individuelle du créancier directement lésé ne saurait dans un tel cas être limitée à la violation d'une norme du droit des sociétés conçue exclusivement pour protéger les créanciers, à l'existence d'un acte illicite ou à un cas relevant de la *culpa in contrahendo*. Le créancier peut alors fonder son action individuelle sur la violation d'une norme ayant un double effet protecteur envers les créanciers et la société (p. ex. : dispositions sur le bilan ; mesures à adopter en cas de surendettement), mais non invoquer la violation d'une norme du droit de la SA visant exclusivement à protéger la société (p. ex. : violation du devoir de diligence, art. 717 CO)²⁹.

25 ATF 148 III 11. DAMIANO CANAPA / ARTHUR GRISONI, La qualité pour agir en responsabilité du créancier social : Vers un droit prétorien porteur de cohérence au vu de l'ATF 146 III 441 et de l'ATF 148 III 11, RDSI 2023, p. 67 ss.

26 ATF 148 III 11, consid. 3.2.

27 ATF 148 III 11, consid. 3.2.3.1.

28 ATF 148 III 11, consid. 3.2.3.1.

29 ATF 148 III 11, consid. 3.2.3.2.

13 Alors que la jurisprudence fédérale avait tendance à restreindre la qualité pour agir en responsabilité des organes des créanciers individuels, cet arrêt simplifie l'ouverture de telles actions et doit être salué. Il est souhaitable que le TF étende cette jurisprudence à toutes les situations dans lesquelles il n'existe aucun de risque de concurrence entre l'action sociale et l'action des créanciers, notamment en cas de suspension de la faillite faute d'actif (art. 230 LP³⁰).

b) Fin du mandat d'administrateur et carence dans l'organisation de la société³¹

aa) Faits

14 A. SA a été fondée en 2017 par B. SA et deux hommes d'affaires de nationalité chinoise. Sa dernière assemblée générale [AG] extraordinaire a eu lieu le 16 avril 2019 : deux administrateurs ont été révoqués, deux administrateurs ont été confirmés et deux nouveaux administrateurs ont été élus.

15 Par courrier du 12 avril 2021, B. SA a exigé de A. SA la convocation immédiate des AG ordinaires des exercices 2018 et 2019. Aucune convocation n'ayant été envoyée, le *Handelsgericht* du canton de Zurich, sur requête de B. SA, a nommé un commissaire ayant pour mandat d'organiser une AG extraordinaire en vue notamment de désigner un nouveau CA. A. SA recourt auprès du TF.

bb) Droit

16 Le TF examine si le mandat d'administrateur est prolongé automatiquement (tacitement) à l'expiration d'un délai de six mois suivant la fin du mandat si aucune AG n'a été organisée ou que l'élection du CA n'a pas été mise à l'ordre du jour. L'art. 699 al. 2 CO exige que l'AG ordinaire ait lieu chaque année dans les six mois suivants la clôture de l'exercice tandis que les statuts de A. SA indiquent que la durée du mandat d'un membre du CA est d'un an et prend fin à la date et à l'issue de l'AG ordinaire suivante.

17 Pour le TF, la poursuite ou la prolongation tacite du mandat du CA est exclue en cas d'absence d'AG ou d'absence d'élection du CA³². Dans le cas contraire, la compétence inaliénable de l'AG d'élire le CA serait contournée si ce dernier pouvait prolonger son mandat en ne convoquant pas l'AG ou en ne mettant pas l'objet à l'ordre du jour. Cela serait d'autant plus choquant si l'élection du CA lors de l'AG n'était pas simplement oubliée, mais empêchée dans le but de conserver la fonction³³. Cela signifie que, dans l'hypothèse où les statuts prévoient une durée de mandat

d'un an jusqu'à la fin de l'AG ordinaire suivante, le mandat du CA cesse à la fin du sixième mois suivant la clôture de l'exercice concerné (art. 699 al. 2 CO) si aucune AG n'a été organisée dans ce délai ou si l'élection du CA n'a pas été mise à l'ordre du jour. La société se trouve alors en situation de carence (art. 731b CO)³⁴. Le TF considère à cet égard que le maintien de l'inscription au RC des administrateurs dont le mandat a pris fin n'est pas problématique en vue de protéger les tiers de bonne foi (art. 936b al. 3 CO)³⁵.

c) Inobservation du droit préférentiel au dividende³⁶

aa) Faits

Le capital social de B. SA est divisé en actions nominatives et en actions à droit de vote privilégié, et comporte des bons de participations. Les statuts prévoient que le bénéfice annuel, après affectation aux réserves légales, doit être distribué aux participants sous la forme d'un dividende privilégié (prioritaire) pouvant atteindre jusqu'à 5% de la valeur nominale des bons. Lors de l'AG ordinaire de l'exercice 2017, l'actionnaire A. propose de verser un dividende prioritaire de CHF 0,15 par bon de participation. Après que l'AG a refusé l'octroi d'un tel dividende, A. ouvre action en annulation de la décision de l'AG auprès du *Handelsgericht* du canton de Berne concernant l'affectation du résultat de l'exercice 2017, et action en paiement d'un dividende prioritaire aux participants pour les exercices 2012, 2013, 2014, 2016 et 2017. Par décision du 4 octobre 2019, le *Handelsgericht* annule la décision concernant l'exercice 2017, estimant qu'elle était contraire aux statuts de B. SA. Il rejette les demandes en paiement concernant les dividendes prioritaires pour les exercices 2012, 2013, 2014 et 2016, les décisions d'affectation du résultat de l'AG étant définitivement valides faute de contestation. En ce qui concerne l'exercice 2017, le *Handelsgericht* conclut que A. ne jouit pas d'un droit d'action direct au dividende prioritaire, mais qu'il doit attendre la décision de l'AG concernant l'emploi du bénéfice avant de pouvoir exiger l'exécution de sa créance de dividendes. A interjette un recours en matière civile auprès du TF.

bb) Droit

Le TF conclut que les actionnaires et participants auxquels un droit au dividende privilégié est accordé par les statuts doivent nécessairement ouvrir action en annulation de la décision de l'AG qui viole leur privilège afin de pouvoir, dans un second temps, exiger l'exécution de leur créance de dividende. Ils ne sauraient ouvrir action directement contre la société pour faire valoir leurs prétentions statutaires en paiement d'un dividende privilégié

30 Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et faillites du 11 avril 1889 (LP; RS 281.1).

31 ATF 148 III 69. Cf. DANIEL HÄUSERMANN / MATTHIAS MÜLLER, Commentaire de l'ATF 148 III 69, GesKR2022, p. 178 ss.

32 La disposition statutaire qui prévoit une réélection automatique des administrateurs est nulle (art. 706b ch. 3 CO), car contraire à la compétence inaliénable de l'AG d'élire le CA, cf. ATF 140 III 349, consid. 2.

33 ATF 148 III 69, consid. 3.3.

34 ATF 148 III 69, consid. 3.5.

35 ATF 148 III 69, consid. 3.4.

36 ATF 147 III 126. Cf. DAMIAN FISCHER, Commentaire de l'ATF 147 III 126, PJA 2021, p. 678 ss.

(renversement de jurisprudence³⁷). Pour éviter qu'une décision ne soit annulée qu'à l'égard des actionnaires demandeurs (invalidité relative), le jugement est opposable à l'ensemble des actionnaires en vertu de l'art. 706 ch. 5 CO (principes d'égalité entre actionnaires et de sécurité du droit). Le principe du prononcé uniforme des décisions ne pourrait être garanti si les actionnaires privilégiés disposaient d'un droit d'action direct en exécution de leur privilège, sans avoir à contester la décision de l'AG en question³⁸. Les mêmes considérations s'appliquent aux participants (art. 656a al. 2 CO)³⁹.

- 20 Dans la mesure où A. n'a pas contesté dans les temps la validité des décisions afférant aux exercices 2012, 2013, 2014 et 2016, il ne peut faire valoir le paiement des dividendes privilégiés pour ces années-là⁴⁰. En lien avec l'exercice 2017, l'actionnaire ou le participant privilégié ne disposent d'aucun droit d'action direct à l'égard de la SA en exécution de leur créance après que l'action en annulation a abouti⁴¹. L'AG doit rapidement prendre une nouvelle décision conforme aux statuts, conformément au principe de la bonne foi⁴². Le fait d'imposer aux participants d'attendre une nouvelle décision n'est *per se* pas constitutif d'un abus de droit⁴³. Ce n'est que dans l'hypothèse où l'AG persisterait à violer les privilèges statutaires des actionnaires ou des participants, que ces derniers pourraient, dans le cadre d'une action en annulation de la nouvelle décision illicite, faire valoir un droit d'action direct en exécution de leur créance⁴⁴. Le TF rejette le recours.

cc) Commentaire

- 21 Cet ATF tranche une controverse vieille de bientôt cent ans. Une partie de la doctrine, suivant une ancienne jurisprudence (ATF 29 II 452 et 53 II 250), admettait que lorsque les statuts réglaient la répartition du bénéfice et l'étendue des droits privilégiés, la créance en paiement du dividende prioritaire devenait exigible à l'égard de la SA dès le moment de la décision de l'AG réglant l'approbation des comptes et la répartition du bénéfice, et ce même si la décision de l'AG était contraire aux statuts⁴⁵. Pour le TF, qui s'est rallié à un second courant doctrinal, cette ancienne pratique n'est plus compatible avec le droit positif: la fixation du dividende étant une compétence inaliénable de

l'AG, une décision *valable* concernant la réparation du bénéfice est nécessaire à la constitution d'une créance des actionnaires ou participants privilégiés envers la société⁴⁶.

d) Droit à l'incorporation d'actions nominatives dans un papier-valeur⁴⁷

Le TF juge qu'il est incontesté que l'actionnaire dispose, à l'encontre de la SA, du droit à ce qu'une attestation de sa qualité d'actionnaire lui soit délivrée en guise de moyen de preuve de ses droits de participation. Bien que l'incorporation des droits de participation dans un titre ne soit pas nécessaire à la mise en œuvre ou au transfert de la qualité d'actionnaire, l'émission d'actions sous la forme de papiers-valeurs demeure la règle en droit de la SA – bien qu'en pratique les SA y renoncent fréquemment –, le transfert d'actions suivant en principe les règles du droit des papiers-valeurs (cf. art. 684 al. 2 CO)⁴⁸. Si les droits de l'actionnaire ne sont pas incorporés dans un titre, ils ne peuvent être transférés que par cession de créance, sans bénéfice de la protection afférant au transfert de papiers-valeurs (notamment de l'acquéreur de bonne foi), ce qui entrave leur négociabilité⁴⁹. Un droit de l'actionnaire à ce que ses actions soient incorporées dans un titre ressort implicitement de la systématique de la loi; comme l'incorporation dans un titre n'est pas nécessaire à la création, à la revendication ou au transfert de la qualité d'actionnaire, la SA doit toutefois pouvoir librement exclure ce droit dans ses statuts⁵⁰, au moins en ce qui concerne les actions nominatives⁵¹.

Le TF se réfère au nouvel art. 622 al. 5 CO issu de la révision du droit de la SA du 19 juin 2020⁵², lequel dispose que « [I]orsque des titres sont émis, ils sont signés par un membre du CA au moins ». L'ajout de la conjonction « lorsque » signifie donc, selon le Conseil fédéral, que les SA ne sont pas obligées d'émettre des titres physiques. Le droit révisé confirme le principe *de lege lata* selon lequel il n'existe pas de droit impératif à l'incorporation des droits d'actionnaire dans un titre, sans préciser toutefois si l'actionnaire dispose d'un droit auquel les statuts sont susceptibles de déroger ou si ce droit ne saurait découler que des statuts. L'art. 622 al. 5 CO ne modifie donc pas la conception en vigueur⁵³.

37 Cf. ATF 53 II 250, consid. 5; ATF 29 II 452, consid. 5.

38 ATF 147 III 126, consid. 3.3.1 et 3.3.2. Le TF relève à cet égard que la nullité d'office des décisions de l'AG (art. 706b CO) ne saurait être admise dans un tel cas (présomption d'annulabilité), cf. ATF 147 III 126, consid. 3.3.4.

39 ATF 147 III 126, consid. 3.3.3.

40 ATF 147 III 126, consid. 3.3.4.2.

41 ATF 147 III 126, consid. 3.4.

42 ATF 147 III 126, consid. 3.4.5.

43 ATF 147 III 126, consid. 3.4.4 et 3.4.5.

44 ATF 147 III 126, consid. 3.4.5.

45 ATF 147 III 126, consid. 3.1.

46 ATF 147 III 126, consid. 3.

47 ATF 147 III 469. Cf. BRUNO MALHER, Commentaire de l'ATF 147 III 469, PJA 2021, p. 1521 ss; v. aussi arrêt du Tribunal fédéral 4A_41/2021 du 9 août 2021; arrêt du Tribunal fédéral 4A_43/2021 du 9 août 2021.

48 ATF 147 III 469, consid. 4.1, 4.3.1 et 4.3.2, avec références aux ATF 83 II 445, consid. 4 et ATF 151 619, consid. 3.

49 ATF 147 III 469, consid. 4.3.2.

50 ATF 147 III 469, consid. 4.3.3.

51 ATF 147 III 469, consid. 4.5.

52 Code des obligations (Société anonyme), Modification du 19 juin 2020 (RO 2020 4005).

53 ATF 147 III 469, consid. 4.; Message du 23 novembre 2016 concernant la modification du code des obligations (Droit de la société anonyme) (FF 2017 353) p. 435.

24 En résumé, les actionnaires disposent du droit légal à ce que leurs droits de participation soient incorporés dans un papier-valeur. Ce droit de principe peut être exclu dans les statuts, au moins en ce qui concerne les actions nominatives⁵⁴.

e) **Qualité pour agir en carence dans l'organisation de la société d'un exécuteur testamentaire et intervention accessoire d'un héritier**⁵⁵

aa) *Faits*

25 Le capital-actions de D. SA est détenu collectivement par la communauté héréditaire formée de A. et B. L'exécuteur testamentaire de la succession est C. A la suite d'un refus de l'AG de D. SA de vendre un immeuble de la société, A. démissionne de son poste d'administrateur unique de la société. Après que C. a déposé auprès du Tribunal civil du canton de Genève une requête en nomination d'un administrateur afin de combler la carence dans l'organisation de la société (art. 731b CO), A. requiert l'autorisation d'intervenir à titre accessoire dans la procédure au motif qu'il souhaite s'assurer de l'impartialité de l'administrateur qui sera désigné et éviter la dissolution de la société pour cause de carence. Cette requête est déclarée irrecevable et le jugement est confirmé par la Cour de justice du canton de Genève. Celle-ci considère, d'une part, que la requête de A. n'était destinée à défendre ni les intérêts de C. ni ceux de D. SA et que les conditions de l'intervention accessoire (art. 74 CPC⁵⁶) n'étaient donc pas réunies et, d'autre part, que l'actionnariat de D. SA étant détenu par une communauté héréditaire, A. ne pouvait agir seul. A. dépose un recours en matière civile.

bb) *Droit*

26 Lorsque les membres d'une communauté héréditaire sont actionnaire en commun de la SA et qu'un exécuteur testamentaire a été désigné, ce dernier a la qualité pour agir, à l'exclusion des héritiers, dans les procès concernant les actifs ou les passifs de la succession (art. 518 al. 2 CC⁵⁷) ; en tant que *Prozessstandschafter*, l'exécuteur testamentaire agit en son propre nom, mais pour le compte des héritiers, lesquels demeurent matériellement titulaires des droits litigieux. L'exécuteur testamentaire est le seul à pouvoir agir en justice, à l'exclusion des héritiers. Il bénéficie en particulier de la qualité pour agir en carence contre la société (art. 731b CO)⁵⁸.

27 Pour le TF, la faculté de conduire le procès de l'exécuteur testamentaire n'empêche pas un héritier de participer à la procédure en qualité d'intervenant accessoire (art. 74 ss

⁵⁴ ATF 147 III 469, consid. 4.5.

⁵⁵ ATF 147 III 537.

⁵⁶ Code de procédure civile du 19 décembre 2008 (CPC; RS 272).

⁵⁷ Code civil suisse du 10 décembre 1907 (CC; RS 210)

⁵⁸ ATF 147 III 537, consid. 3.2.

CPC), dès lors qu'il a un intérêt juridique en raison de ses droits dans la succession. Tel est le cas lorsque l'héritier intervient dans un procès en carence⁵⁹. Le fait que les héritiers soient propriétaires en commun de la succession et, partant, consorts nécessaires, a une conséquence sur la qualité pour agir, non sur l'intérêt juridique à l'intervention ; dans un procès en carence, l'héritier peut donc intervenir à titre individuel⁶⁰.

Le jugement rendu à l'issue de la procédure de l'art. 731b CO 28 produit des effets entre les parties au procès, mais aussi à l'égard de l'ensemble des actionnaires, soit, en l'espèce, des hoirs. L'héritier qui intervient au côté de l'exécuteur testamentaire est un intervenant indépendant qui peut, à ce titre, déposer des actes contredisant ceux de l'exécuteur testamentaire. Cette solution s'applique tant en cas de conflit entre actionnaires aboutissant à une situation de blocage (« pat ») qu'en cas de conflit entre hoirs aboutissant à la même situation⁶¹.

In casu, dans la mesure où son intervention vise à nom- 29 mer un administrateur impartial et à éviter la dissolution de la société, A. dispose d'un intérêt juridique suffisant à intervenir aux côtés de C. En qualité d'intervenant accessoire indépendant, il est libre de procéder indépendamment de l'exécuteur testamentaire et peut même adopter une position contredisant ce dernier, notamment en ce qui concerne la personne de l'administrateur que le juge pourrait nommer⁶². Le recours est admis.

f) **Application par analogie des art. 659a et 659b CO à une fondation de prévoyance détenant des actions de la société qui la contrôle et action formatrice en constatation d'une décision positive**⁶³

aa) *Faits*

Le capital-actions de A. SA est détenu par B., C., D. et une 30 fondation de prévoyance. B., C. et D. sont administrateurs de A. SA. Le CA de cette société a le pouvoir de nommer les membres du conseil de fondation, dont C. et D. font partie. C. convoque une AG extraordinaire de A. SA, dont l'ordre du jour prévoit sa révocation et celle de D. du CA et l'élection de deux nouveaux administrateurs. Lors de l'AG, C. représente à la fois ses propres actions et les actions de la fondation, pour un total de 80 voix, contre 70 voix pour B. et D. La révocation de C. est refusée et D. est réélu.

⁵⁹ ATF 147 III 537, consid. 3.3.1.

⁶⁰ ATF 147 III 537, consid. 3.3.1, où le TF précise bien que « [c]ette solution ne peut toutefois pas être étendue à tous les procès. Un consort nécessaire ne peut pas, de manière générale, intervenir seul. Sinon, une telle solution le placerait dans une meilleure situation en tant qu'intervenant qu'en tant que demandeur ».

⁶¹ ATF 147 III 537, consid. 3.3.2.

⁶² ATF 147 III 537, consid. 3.4.

⁶³ ATF 147 III 561. Cf. MICHAEL HOCHSTRASSER / DOROTHEE AUWÄRTER, Commentaire de l'ATF 147 III 561, PJA 2022, p. 172 ss.

31 Après que B. a contesté avec succès la validité des décisions prises lors de l'AG extraordinaire auprès de *Handelsgericht* du Canton de Zurich, A. SA, représentée par son nouveau CA, recourt en matière civile au TF.

bb) Droit

32 Pour le TF, le non-respect de la suspension du droit de vote des actions propres (art. 659a al. 1 CO) peut constituer un motif de contestation au sens de l'art. 691 al. 3 CO (contestations des décisions de l'AG auxquelles ont pris part des personnes non autorisées). Le TF expose que l'art. 659a al. 1 CO a pour but de préserver les compétences inaliénables de l'AG. En revanche, l'art. 659 CO, qui conditionne l'acquisition par la SA de ses propres actions à l'existence de fonds propres librement disponibles et la limite à 10% ou 20% du capital-actions, a pour but la protection du capital⁶⁴.

33 Si une société détient une participation majoritaire dans des filiales, l'acquisition de ses actions par ces filiales est soumise aux mêmes limitations et a les mêmes conséquences que l'acquisition, par la société, de ses propres actions (art. 659b CO). En l'espèce, il ne s'agit toutefois pas d'une participation majoritaire dans une filiale, mais de la détention des actions de A. SA par une fondation de prévoyance contrôlée par cette société. Sous l'angle de la protection du capital, une fondation de prévoyance ne présente pas les mêmes risques qu'une filiale détenant les actions de sa société mère : titulaire de moyens financiers propres spécialement affectés au but de la fondation et soumise à la surveillance de l'État (art. 80 et 89a CC), une fondation de prévoyance détenue par une SA n'est pas soumise aux limites de l'art. 659 CO⁶⁵.

34 La question litigieuse ne porte toutefois pas sur la protection du capital, mais sur la formation de la volonté sociale, compétence inaliénable de l'AG. La suspension du droit de vote afférant aux actions propres (art. 659a CO) permet de pallier le risque d'une prise d'influence inadmissible du CA sur les décisions de l'AG, laquelle est contraire à la répartition des compétences entre les organes (art. 698 cum 716 CO). Un tel risque existe lorsque la fondation est contrôlée par la société et qu'elle n'a ainsi pas de volonté propre, ce qui permet au CA de contrôler *de facto* le droit de vote lié aux actions détenues par la fondation⁶⁶. Aussi – sauf dispositions organisationnelles garantissant une indépendance effective et durable du conseil de fondation vis-à-vis de la SA (art. 659a cum 659b CO, par analogie) – lorsqu'une fondation détient les actions de la SA qui la contrôle, le droit de vote afférant auxdites actions est suspendu⁶⁷.

⁶⁴ ATF 147 III 561, consid. 4.1 et 5.2.1.

⁶⁵ ATF 147 III 561, consid. 5.2.1.

⁶⁶ ATF 147 III 561, consid. 5.2.1.

⁶⁷ ATF 147 III 561, consid. 5.2.4.

Faute de telles dispositions dans le cas d'espèce, le TF confirme la suspension du droit de vote lié aux actions de la fondation de prévoyance⁶⁸. C. ayant participé à l'AG sans droit de vote en lien avec la représentation des quarante actions détenues par la fondation (art. 691 al. 3 cum 706 al. 5 CO)⁶⁹, les actionnaires sont légitimés à requérir l'annulation des décisions de l'AG.

Alors que l'annulation de la décision litigieuse (décision de refus d'adopter une proposition ; « non-décision ») ne permet pas en tant que tel au recourant de révoquer C. du CA., le TF, suivant l'avis de la doctrine, admet la recevabilité d'une action formatrice en constatation de décision positive (*positive Beschlussfeststellungsklage*), dont le but est de substituer une décision légale l'AG (la décision acceptant la proposition litigieuse) à une décision adoptée illégalement (la décision refusant d'adopter la proposition litigieuse). Il s'agit d'une action formatrice visant à obtenir une nouvelle décision, non d'une action en constatation⁷⁰. Pour qu'une telle action soit admise, il doit être établi avec certitude qu'une proposition de décision a été rejetée en raison d'une participation sans droit à l'AG et qu'elle aurait été acceptée selon le rapport de vote idoine⁷¹. En l'espèce, c'est à raison que le *Handelsgericht* a prononcé la révocation de C. du CA, conformément à ce qu'aurait décidé l'AG si les votes avaient valablement été comptabilisés. Le recours est rejeté⁷².

g) Droit aux renseignements et à la consultation⁷³

Il est impossible de répondre de manière générale à la question de savoir si les actionnaires peuvent demander des renseignements sur les rémunérations individuelles de chacun des membres du CA. Conformément à l'art. 697 al. 2 CO, lorsqu'un actionnaire demande des renseignements, il doit prouver qu'ils sont nécessaires à l'exercice de ses droits⁷⁴. La possibilité abstraite d'une action en restitution ou d'une action en responsabilité, sans indice que ces actions aboutiraient, ne saurait justifier la fourniture de renseignements portant sur les honoraires individuels des membres du CA. Les renseignements demandés doivent être pertinents dans les circonstances concrètes

⁶⁸ ATF 147 III 561, consid. 5.2.2, 5.2.3 et 5.3.

⁶⁹ ATF 147 III 561, consid. 6.1.

⁷⁰ ATF 147 III 561, consid. 6.2.

⁷¹ ATF 147 III 561, consid. 6.3, 6.5.2, 6.5.3 et 6.5.4.

⁷² ATF 147 III 561, consid. 6.6.

⁷³ Arrêt du Tribunal fédéral 4A_561/2020 du 25 février 2021. V. aussi arrêt du Tribunal fédéral 4A_631/2020 du 15 juin 2021, dans lequel le TF a jugé (i) qu'en cas de requête de contrôle spécial, il ne faut pas poser des exigences trop élevées à la vraisemblance de la violation de la loi ou des statuts, sous peine de réduire l'institution à un droit théorique (consid. 5.2.2), et (ii) que, lors du contrôle spécial d'une société mère, les documents des filiales peuvent en principe être exigés s'ils influencent la situation financière de la société mère et si ces informations sont nécessaires pour exercer les droits des actionnaires (confirmation de jurisprudence, consid. 5.2.9).

⁷⁴ ATF 132 III 71, consid. 3.3.

et l'introduction de l'une des actions mentionnées doit en tout cas entrer en ligne de compte. *In casu*, le TF admet le recours, constatant que le montant des rémunérations présente un intérêt considérable pour l'exercice des droits des actionnaires, notamment dans la perspective d'une action en restitution au sens de l'art. 678 CO.

h) Convocation de l'AG d'une SA⁷⁵

37 Les actes juridiques soumis à autorisation en vertu de la LDFR⁷⁶ sont suspendus et ne produisent donc pas d'effets tant que l'autorisation n'est pas accordée. Le vendeur doit s'abstenir, dans l'attente de l'autorisation, d'accomplir des actes qui iraient à l'encontre de la transaction (art. 152 al. 1 CO, par analogie)⁷⁷. Aussi, selon les règles de la bonne foi, le vendeur ne saurait, avant l'autorisation, élire comme organe de la société une personne qui conclurait en sa faveur, pour le compte de la société, des affaires contraires aux intérêts de l'acheteur ou des opérations qui seraient incompatibles avec les obligations contractuelles qui lui incomberaient si l'autorisation n'était pas accordée. Une requête visant à ordonner une AG à de telles fins serait abusive et rejetée (art. 2 al. 2 CC)⁷⁸.

38 En cas de requête de convocation d'une AG déposée par le vendeur, ce dernier doit démontrer que les décisions de l'AG qu'il souhaite prendre, respectivement les actions qu'il envisage en tant qu'administrateur, ne s'opposent pas au bon déroulement de la vente au cas où l'autorisation en vertu de la LDFR serait accordée⁷⁹. Le vendeur agit contrairement au principe de la bonne foi dans l'hypothèse où il ne défend pas des intérêts légitimes, respectivement qu'il ne vise pas à empêcher l'acquéreur d'effectuer des actes qui seraient incompatibles avec la vente en suspens soumise à autorisation, mais qu'il cherche à tirer profit de la situation sans tenir compte des accords précédemment conclus; le fait que le vendeur soit encore formellement actionnaire n'y change rien⁸⁰.

i) Responsabilité de l'administrateur victime d'une « arnaque au président »⁸¹

aa) Faits

39 A. et C. sont administrateurs de B. SA avec signature collective à deux. La société s'occupe principalement de recevoir les paiements de factures adressées aux clients du groupe F, dont elle fait partie.

75 Arrêt du Tribunal fédéral 4A_508/2020 du 25 mars 2021.

76 Loi fédérale sur le droit foncier rural du 4 octobre 1991 (LDFR; RS 211.412.11).

77 Arrêt du Tribunal fédéral 4A_508/2020 du 25 mars 2021, consid. 5.2.1.

78 Arrêt du Tribunal fédéral 4A_508/2020 du 25 mars 2021, consid. 5.3.

79 Arrêt du Tribunal fédéral 4A_508/2020 du 25 mars 2021, consid. 5.4.

80 Arrêt du Tribunal fédéral 4A_508/2020 du 25 mars 2021, consid. 5.4.4.

81 Arrêt du Tribunal fédéral 4A_344/2020, 4A_342/2020 du 29 juin 2021.

En 2011, B. SA est victime d'une « arnaque au président » : un escroc, qui se fait passer pour l'administrateur-président, indique à A., par téléphone, qu'en raison d'un contrôle fiscal inopiné dont il ne peut parler, il doit impérativement procéder à un virement de fonds du compte de la société à un compte dont le numéro lui sera indiqué par un certain J. – dont A. n'a jamais entendu parler –, qui le contactera dans le courant de la journée. L'escroc lui remet un code à transmettre à ce dernier et ajoute qu'il ne doit en aucun cas tenter de le joindre ou d'évoquer cette transaction, et qu'il le contacte depuis un téléphone sécurisé. J. contacte ensuite A. en se présentant comme un ami d'enfance de l'administrateur-président et lui répète que la démarche doit impérativement rester confidentielle. Sur demande de A., J. envoie à ce dernier un courriel de confirmation provenant d'une adresse électronique quasiment identique à l'adresse réelle de l'administrateur. A. informe C. des circonstances du transfert et tous deux procèdent à son enregistrement. Malgré plusieurs échanges de courriels entre A. et J. en lien avec une erreur dans la localité de la banque bénéficiaire en Chine et auxquels C. ne participe pas, le transfert d'un montant de EUR 486'000.- est exécuté, après plusieurs corrections émanant de la banque concernant les données SWIFT.

Après la découverte de la fraude par le comptable du groupe, B. SA actionne A. et C. en responsabilité. Tandis que le Tribunal de première instance du canton de Genève admet partiellement la demande en retenant, outre la faute grave des administrateurs, une faute concomitante de la société, la Cour de justice nie l'existence de la faute concomitante de la société. A. et C. recourent en matière civile.

bb) Droit

La responsabilité de l'administrateur au sens de l'art. 754 CO suppose la violation d'un devoir et une faute. Le degré de la faute n'est pas déterminant pour décider si la responsabilité de l'administrateur est engagée, mais il peut jouer un rôle dans la réduction de l'indemnité lorsque le responsable n'a commis qu'une faute légère (art. 43 al. 1 CO). L'administrateur commet en principe toujours une faute lorsqu'il manque à son devoir de diligence (art. 717 CO), c'est-à-dire qu'il ne se comporte objectivement pas comme un administrateur raisonnable placé dans des circonstances similaires⁸². Un défaut de formation ou un manque de temps de l'administrateur ne sont à cet égard pas pertinents. Seules des circonstances exceptionnelles peuvent mener à la conclusion que l'administrateur qui a failli à ses devoirs n'a pas commis de faute (incapacité de discernement, contrainte absolue ou erreur inévitable sur les faits)⁸³.

82 Arrêt du Tribunal fédéral 4A_344/2020, 4A_342/2020 du 29 juin 2021, consid. 5.2.1 et 5.2.2.

83 Arrêt du Tribunal fédéral 4A_344/2020, 4A_342/2020 du 29 juin 2021, consid. 5.2.2.

43 Selon les constatations de la cour cantonale, les administrateurs auraient dû reconnaître la supercherie et ils ont objectivement violé leur devoir de diligence en exécutant le paiement litigieux, commettant par là une faute grave. La cour cantonale s'est basée sur les circonstances suivantes pour fonder son appréciation : (i) un ordre de virement d'un montant important en faveur d'un destinataire inconnu auprès d'une banque en Chine ; (ii) le fait de demander à une personne inconnue des administrateurs un courriel de confirmation, dont le contenu était tout à fait différent des courriels émanant du véritable administrateur-président ; (iii) l'existence d'un motif suspect – un contrôle fiscal inopiné – ; et (iv) la dissimulation du transfert par une facture fictive. A. a donc manqué à ses devoirs et commis une faute grave qui engage sa responsabilité : un administrateur raisonnable ne saurait utiliser de fausses factures pour justifier un transfert de fonds et l'erreur causée par la tromperie des escrocs était évitable⁸⁴. Le TF retient l'absence de causalité naturelle entre le comportement de C. et le dommage, l'ordre de transfert n'ayant pas été exécuté directement après la confirmation de ce dernier : en raison d'erreurs dans le SWIFT, A. a dû modifier l'ordre à deux reprises sans que C. ne participe à ces modifications⁸⁵.

44 La gravité de la faute entraîne que le dol des escrocs n'est pas propre à interrompre le lien de causalité entre le comportement de A. et le dommage⁸⁶. L'absence de vérifications par la banque ne modifie en rien cette conclusion : l'ordre émanait de l'administrateur, non d'un tiers escroc qui aurait contrefait la signature du titulaire du compte⁸⁷. Enfin, l'absence de marche à suivre au sein de la société pour l'exécution des ordres de transfert et les lacunes de son système informatique ne sont pas des comportements imprévisibles aptes à interrompre la causalité et à fonder une faute concomitante de la société : les administrateurs connaissaient ces failles (et auraient dû y remédier) et auraient dû déceler la supercherie⁸⁸.

cc) Commentaire

45 Le TF retient que la faute commise par un administrateur correspond, objectivement, à la violation du devoir de diligence et, subjectivement, à ne pas mettre en œuvre toutes les mesures que l'on peut raisonnablement attendre de lui

afin de respecter ce devoir⁸⁹. Il n'y a pas de responsabilité objective de l'administrateur, mais un administrateur commet une faute s'il viole de manière injustifiée le devoir de diligence qui lui incombe.

Sur un autre plan, le TF retient l'absence de lien de causalité naturelle entre le comportement de C. – moins grave que celui de A. – et le dommage, alors que cette question relève des faits et ne peut donc être revue par la Haute cour que sous l'angle de l'arbitraire. Le TF aurait dû faire application des art. 43 al. 1 et 44 CO pour parvenir à ce résultat : l'art. 759 CO instaure une solidarité différenciée qui permet à chaque responsable solidaire, *de manière individuelle*, d'invoquer les facteurs de réduction de ces articles⁹⁰.

j) Interprétation objective des décisions de cession (art. 260 LP) ; nature juridique et monnaie des prétentions en responsabilité⁹¹

Une décision de cession de créance au sens l'art. 260 LP s'interprète objectivement (art. 18 CO, par analogie) ; son étendue doit être comprise dans un sens large : il faut y inclure tout ce qui correspond directement ou par analogie à l'actif susceptible de revenir à la masse en tant que valeur patrimoniale⁹². Une décision de cession qui autorise le cessionnaire à faire valoir des prétentions en responsabilité contre le fondateur (art. 753 CO) doit être interprétée comme incluant toutes les personnes physiques et morales ayant la qualité pour défendre selon la disposition précitée (et non seulement les fondateurs) et couvrir également les augmentations de capital (et non seulement l'acte de fondation)⁹³.

Les conclusions en paiement d'une dette pécuniaire doivent être libellées dans la « monnaie due », sous peine de rejet de la demande (art. 84 al. 1 CO). Cette disposition vise tant les prétentions contractuelles que délictuelles⁹⁴. La monnaie dans laquelle les prétentions en responsabilité cédées selon l'art. 260 LP sont dues dépend donc de la nature juridique de ces prétentions. Le TF refusant de qualifier les prétentions de contractuelles, tout en laissant ouverte la question de savoir si ces dernières sont de nature délictuelle ou autonome, la « monnaie due » au sens de l'art. 84 al. 1 CO ne résulte pas d'une convention (en

84 Arrêt du Tribunal fédéral 4A_344/2020, 4A_342/2020 du 29 juin 2021, consid. 5.2.3 à 5.2.5 et 6.1 à 6.2.2.

85 Arrêt du Tribunal fédéral 4A_344/2020, 4A_342/2020 du 29 juin 2021, consid. 11.1.

86 Arrêt du Tribunal fédéral 4A_344/2020, 4A_342/2020 du 29 juin 2021, consid. 7.2.1.

87 Arrêt du Tribunal fédéral 4A_344/2020, 4A_342/2020 du 29 juin 2021, consid. 7.2.2.

88 Arrêt du Tribunal fédéral 4A_344/2020, 4A_342/2020 du 29 juin 2021, consid. 7.2.3.1.

89 Sur la notion de faute objective et subjective et le lien avec la conception de l'illicéité, cf. FRANZ WERRO / VINCENT PERRITAZ, in : Thévenoz/Werro, Commentaire romand, Code des obligations I, 3^{ème} éd., Bâle 2021, art. 41 N 59 ss et 87 ss.

90 BERNARD CORBOZ / FLORENCE AUBRY GIRARDIN, in : Tercier/Amstutz/Trigo Trindade, Commentaire romand, Code des obligations II, 2^{ème} éd., Bâle 2017, art. 759 N 14.

91 Arrêt du Tribunal fédéral 4A_631/2021 du 15 juin 2021.

92 Arrêt du Tribunal fédéral 4A_294/2020 du 14 juillet 2021, consid. 2.4.

93 Arrêt du Tribunal fédéral 4A_294/2020 du 14 juillet 2021, consid. 2.5.

94 Arrêt du Tribunal fédéral 4A_294/2020 du 14 juillet 2021, consid. 4.1.2.1.1.

l'espèce un prêt litigieux)⁹⁵, mais correspond à celle de l'État dans lequel le dommage s'est produit en raison de la nature extracontractuelle de la prétention en responsabilité⁹⁶.

49 Lorsque l'action en responsabilité de l'art. 754 CO est exercée par la société, respectivement par l'administration de la faillite ou un créancier cessionnaire, le dommage se produit en général dans la « *Vermögenszentrale* » de la société, laquelle correspond au siège social. Lorsque le siège social se situe en Suisse, l'action en dommages-intérêts doit donc être libellée en francs suisses⁹⁷.

3. Société à responsabilité limitée

a) Sortie d'un associé et acquisition par la société de ses propres parts sociales⁹⁸

aa) Faits

50 A. détient 45 % du capital social de B. Sàrl. Il dépose une demande auprès du *Bezirksgericht* d'Arbon en concluant à l'autorisation de sortir de la société pour de justes motifs contre une indemnisation correspondant à la valeur réelle de ses parts sociales (art. 822, 825 CO). Sa demande est rejetée et le jugement est confirmé par l'*Obergericht* du canton de Thurgovie. A. dépose un recours en matière civile auprès du TF.

bb) Droit

51 La question litigieuse (de principe) concerne l'articulation entre, d'une part, le droit de sortie pour justes motifs (art. 822 CO) d'un associé détenant plus de 35% du capital social et, d'autre part, les règles relatives à l'acquisition par la société de parts sociales propres, notamment la limite supérieure de 35 % lorsque l'acquisition a lieu à la suite de la sortie d'un associé (art. 783 al. 2 CO)⁹⁹.

52 Si la loi ne régit pas la manière dont les parts de l'associé sortant doivent être traitées, l'art. 825a CO règle l'exigibilité de l'indemnité de sortie. Trois cas de figure sont envisageables : les parts sociales de l'associé sortant peuvent être (i) reprises ou (ii) aliénées par la société, ou (iii) annulées en réduisant le capital social. Lorsque le capital social, qui s'élève à CHF 20'000.–, ne peut pas être réduit et que les parts ne peuvent concrètement être aliénées (aucun fondement n'existant pour un transfert forcé aux coassociés),

95 Arrêt du Tribunal fédéral 4A_294/2020 du 14 juillet 2021, consid. 4.1.2.1.2.

96 Arrêt du Tribunal fédéral 4A_294/2020 du 14 juillet 2021, consid. 4.1.2.1.3.

97 Arrêt du Tribunal fédéral 4A_294/2020 du 14 juillet 2021, consid. 4.1.2.1.4.

98 ATF 147 III 505. Cf. SAMMY GUIDOUM, *Ausgewählte Bemerkungen zum BGE 147 III 505*, GesKR 2022, p. 508 ss.

99 ATF 147 III 505, consid. 1.

la seule option demeure celle de l'acquisition par la société de ses propres parts¹⁰⁰.

Pour le TF, les parts sociales de l'associé sortant ne peuvent devenir « sans maître » ; un jugement ne saurait se limiter à prononcer la sortie d'un associé et sa radiation du RC sans régler le sort des parts¹⁰¹. Selon une jurisprudence¹⁰² rendue sous l'empire de l'ancien droit, l'obligation d'indemnisation n'est pas la contrepartie de la sortie, mais sa conséquence. En particulier, et dans la mesure où la sortie nécessite une réduction du capital social, le respect des règles relatives à la réduction de capital n'est pas une condition préalable à la sortie¹⁰³. Cette jurisprudence est corroborée par l'interprétation historique de l'art. 783 CO¹⁰⁴, qui conduit le TF à conclure qu'un droit à l'indemnisation naît de la sortie (art. 825 al. 1 CO), peu importe que l'exigibilité en soit différée. Conformément à la volonté du législateur, le but protecteur de l'art. 783 al. 2 CO signifie que le rachat de parts sociales propres dans le cadre de la sortie d'un associé est plafonné à hauteur de 35% et que la sortie d'un associé ne saurait être approuvée par le tribunal si elle aboutit à l'acquisition, par la société, de ses propres parts sociales dans une proportion qui dépasserait ce seuil¹⁰⁵.

L'associé sortant qui détient plus de 35% du capital-social peut requérir du tribunal la dissolution de la société pour juste motif (art. 823 al. 3 CO). Le tribunal doit alors prendre en compte le fait que la sortie – qui prime en principe la dissolution – s'avère en l'espèce exclue en raison du plafond de l'art. 783 al. 2 CO¹⁰⁶.

A. n'ayant conclu qu'à sa sortie de la société et non à la dissolution de celle-ci, le tribunal saisi ne saurait ordonner d'office des conséquences juridiques alternatives à ces conclusions et qui ne seraient pas prévues par l'art. 822 CO (maxime de disposition, art. 58 CPC). Le TF rejette le recours¹⁰⁷.

cc) Commentaire

Cet ATF tranche une question juridique de principe. Le TF rejette l'action en justice tendant à la sortie d'un associé lorsqu'elle conduit au dépassement du seuil prévu à l'art. 783 al. 2 CO en matière de parts sociales propres ;

100 ATF 147 III 505, consid. 6.1.

101 ATF 147 III 505, consid. 5.1 et 5.2 et réf. citées à la doctrine et à la communication de l'OFRC au sujet de l'art. 82 de l'ordonnance sur le registre du commerce du 17 octobre 2007 (ORC ; RS 221.411).

102 ATF 89 II 133.

103 ATF 147 III 505, consid. 5.3.

104 ATF 147 III 505, consid. 6.2.1.

105 ATF 147 III 505, consid. 6.2.2, 6.2.3 et 6.6. Le TF laisse en revanche ouverte la question de savoir si les parts sociales et les droits et obligations qui en découlent peuvent faire l'objet d'une dérélition et devenir sans maître.

106 ATF 147 III 505, consid. 6.4.

107 ATF 147 III 505, consid. 7.

dans une telle constellation, la sortie doit être réalisée par le rachat des parts de l'associé sortant, l'annulation de ces dernières après une réduction de capital ou la dissolution de la société (en *ultima ratio*). Contrairement à l'art. 659a cum 783 al. 4 CO (suspension du droit de vote afférant aux parts sociales propres), dont le but est de garantir les compétences inaliénables de l'AG, la limite de pourcentage de l'art. 783 al. 2 CO (comme l'exigence de fonds propres suffisants) a pour but de protéger le capital social¹⁰⁸. Le rachat des parts ne doit pas être autorisé s'il conduit au dépassement de la limite¹⁰⁹.

b) Responsabilité des organes et réinscription d'une société radiée¹¹⁰

57 Toute personne ayant un intérêt digne de protection peut requérir la réinscription au RC d'une société radiée (art. 935 CO et 164 ORC). Le requérant doit rendre vraisemblable que la réinscription est nécessaire pour clôturer la procédure de faillite de l'entité juridique radiée, ce qui est le cas si l'existence de la créance est rendue vraisemblable (sans nécessité de trancher, à ce stade, son existence matérielle)¹¹¹. En l'espèce, le créancier requérant demande la réinscription de la société sur la base d'une créance en responsabilité des organes, dans le but de se la faire céder dans la faillite à rouvrir (art. 757 al. 2 CO)¹¹². Aucune cession des droits de la masse (art. 260 LP et 757 al. 2 CO) n'étant intervenue avant la radiation de la société¹¹³, la réinscription puis la réouverture de la faillite sont nécessaires

pour permettre au créancier d'obtenir la collocation de sa créance et la cession de l'action en responsabilité¹¹⁴.

Dans la mesure où une société perd sa personnalité juridique – et sa capacité d'être partie et d'ester en justice – dès sa radiation du RC (effet constitutif de la radiation)¹¹⁵, la société radiée n'est pas légitimée à s'opposer à la demande de réinscription et ne peut non plus se faire représenter par ses organes à cette fin¹¹⁶. La procédure de réinscription est d'ailleurs une procédure gracieuse unipartite dans laquelle la participation de la société radiée n'est pas prévue¹¹⁷. Une fois la société réinscrite, elle peut toutefois s'opposer à la réouverture de la faillite¹¹⁸.

Le principe de subsidiarité de la procédure de réinscription ne suppose pas que le demandeur à l'action en responsabilité se soit préalablement opposé à la suspension de la faillite faute d'actif, respectivement à la radiation de la société, ce d'autant plus que les prétentions subsistent même après la radiation d'une société du RC (elles ne deviennent pas sans maître). En outre, il ne ressort ni de la jurisprudence ni de l'art. 164 ORC que la réinscription pré-suppose que la prétention justifiant la réinscription soit qualifiée de « nouvelle ». Il suffit de rendre vraisemblable l'existence d'un actif, dont la valeur peut être évaluée à zéro dans l'inventaire de faillite et n'y avoir été inscrite que *pro memoria*¹¹⁹.

108 Cf. ATF 147 III 561, consid. 5.2.1 (commenté ci-dessus).

109 *Contra*: GUIDOUM (n. 97), p. 511 ss.

110 Arrêt du Tribunal fédéral 4A_527/2020 du 22 avril 2021.

111 Arrêt du Tribunal fédéral 4A_527/2020 du 22 avril 2021, consid. 3.

112 Arrêt du Tribunal fédéral 4A_527/2020 du 22 avril 2021, consid. 5.4.1.

113 Cf. ATF 146 III 441. Cf. DAMIANO CANAPA / ARTHUR GRISONI / MARINE ANTONOFF, Le droit suisse des sociétés en 2020: Modifications législatives et jurisprudence, *sui generis* 2021, p. 294 ss.

114 Arrêt du Tribunal fédéral 4A_527/2020 du 22 avril 2021, consid. 5.3.2, 5.4.1 et 5.4.2.

115 Arrêt du Tribunal fédéral 4A_527/2020 du 22 avril 2021, consid. 5.2.

116 Arrêt du Tribunal fédéral 4A_527/2020 du 22 avril 2021, consid. 5.3.1 et 5.3.2.

117 Arrêt du Tribunal fédéral 4A_527/2020 du 22 avril 2021, consid. 5.3.4.

118 Arrêt du Tribunal fédéral 4A_527/2020 du 22 avril 2021, consid. 5.3.5. Sur la procédure de réouverture de la faillite, cf. arrêt du Tribunal fédéral 5A_857/2020 du 31 mai 2021.

119 Arrêt du Tribunal fédéral 4A_527/2020 du 22 avril 2021, consid. 5.4.2.

Abstract

Dieser Beitrag bietet einen Überblick über die wichtigsten Gesetzesänderungen und die Rechtsprechung des Bundesgerichts für das Jahr 2021 im Schweizer Gesellschaftsrecht. Der Abschnitt über die Gesetzesänderungen (Ziffer I) geht auf das Inkrafttreten der Änderungen des OR und anderer handelsrechtlicher Gesetze ein, während die Zusammen-

fassungen der Rechtsprechung Gegenstand des darauffolgenden Abschnitts (Ziffer II) sind. Die Urteile sind dort nach Gesellschaftsform geordnet und die in der amtlichen Sammlung des Bundesgerichts publizierten Leitentscheide (BGE) gehen den anderen Urteilen, die chronologisch geordnet sind, voraus.