

# Le droit suisse des sociétés en 2019 : Modifications législatives, jurisprudence et doctrine

Cette contribution propose un aperçu des principales modifications législatives intervenues durant l'année 2019 en droit suisse des sociétés, ainsi que de la jurisprudence du Tribunal fédéral [TF] rendue et des ouvrages de doctrine (commentaires de lois, monographies, thèses et articles d'ouvrages collectifs) publiés dans ce domaine pendant la même période. La section consacrée aux modifications législatives (ch. I.) présente l'état, au 31 décembre 2019, de la modification projetée du droit de la société anonyme [SA] et les modifications récentes en matière d'actions au porteur. Les résumés de jurisprudence font l'objet de la section suivante (ch. II.) ; les arrêts sont classés par forme de société. Après la présentation des arrêts publiés au recueil des ATF, les arrêts sont classés par ordre chronologique. Le recensement par thème des ouvrages de doctrine parus en 2019 conclut l'article (ch. III.).

<b>I. Modifications législatives</b>	430
1. Projet de modification du droit de la SA	430
2. Entrée en vigueur de la loi fédérale du 21 juin 2019 (mise en œuvre des recommandations sur la transparence et l'échange de renseignements)	430
<b>II. Jurisprudence</b>	431
1. Société simple	431
2. Société en nom collectif	432
3. Société anonyme	432
4. Société à responsabilité limitée	437
<b>III. Doctrine</b>	438
1. Ouvrages généraux	438
2. SA	438
3. Sàrl	439
4. RC	439
5. Droit comptable	439

Citation : DAMIANO CANAPA / ARTHUR GRISONI / LINE ELODIE DERUNGS, Le droit suisse des sociétés en 2019 : Modifications législatives, jurisprudence et doctrine, *sui generis* 2020, p. 429

Damiano Canapa, Professeur à l'Université de Lausanne, LL.M. (Bruges), LL.M. (Yale), (damiano.canapa@unil.ch), Arthur Grisoni, MLaw, Assistant doctorant à l'Université de Lausanne (arthur.grisoni@unil.ch), Line Elodie Derungs, MLaw, Assistante doctorante à l'Université de Lausanne (line.derungs@unil.ch). Les auteurs remercient Me Cédric Ballenegger pour sa relecture attentive de leur contribution.

URL: [sui-generis.ch/154](https://sui-generis.ch/154)

DOI: <https://doi.org/10.21257/sg.154>

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. Projet de modification du droit de la SA<sup>1</sup>

1 Lors de sa session d'hiver 2018, la commission des affaires juridiques du Conseil des États [CE] a remanié son projet afin qu'il soit économiquement plus supportable<sup>2</sup> et s'est considérablement rapprochée des décisions du Conseil national [CN]. Elle a supprimé un certain nombre de dispositions qu'elle avait précédemment introduites, telles que celles qui concernent la transparence sur les services des conseillers de vote. Elle a également adapté la mise en œuvre de l'initiative populaire sur les rémunérations abusives. La commission s'est par ailleurs ralliée à la proposition du CN concernant l'introduction d'une marge de fluctuation du capital. Au terme de la session d'hiver 2019 du parlement et du second traitement de la révision par le CN, les divergences suivantes demeurent :

- Possibilités pour la SA de fixer son capital-actions dans la monnaie étrangère la plus importante au regard de ses activités et pour l'assemblée générale [AG] de décider de modifier cette monnaie en début d'exercice ;
- Possibilité de déposer les avoirs en espèces dans des établissements financiers autres que des banques *stricto sensu* ;
- Possibilité de prévoir dans les statuts un droit de priorité en faveur des propriétaires d'actions inscrits au registre des actions depuis au moins 2 ans ; ces actionnaires pourraient acquérir jusqu'à 20% de capital-actions nouvellement créé ;
- Mention dans le rapport de rémunération des activités exercées par les membres du conseil d'administration [CA] ou de la direction auprès d'autres sociétés ;
- Caractère suspensif de la procédure visant à l'institution d'un examen spécial et de son exécution en matière de prescription de l'action en responsabilité (art. 760 CO)<sup>3</sup>.

1 Message du 23 novembre 2016 concernant la modification du code des obligations (Droit de la société anonyme), (FF 2017 353).

2 A ce sujet, cf. DAMIANO CANAPA / ARTHUR GRISONI / LINE ELODIE DERUNGS, Le droit suisse des sociétés en 2018 : Modifications législatives, jurisprudence et doctrine, *sui generis* 2019, p. 301 s., et les références citées.

3 Il convient de souligner que la réforme du droit de la SA a été adoptée en date du 19 juin 2020 (FF 2020 5409 ss.), mettant ainsi fin à un processus ayant débuté il y a près de 20 ans. Les modifications portent notamment sur la fixation du capital-actions en monnaie étrangère (art. 621 al. 2 CO) ou encore l'introduction d'une marge de fluctuation du capital (art. 653s CO). La possibilité pour les sociétés de distribuer des actions « de loyauté » a quant à elle été abandonnée. Enfin, selon l'art. 2 al. 1 des dispositions transitoires de la modification du 19 juin 2020, les sociétés bénéficieront d'un délai de deux ans à compter de la date d'entrée en vigueur de la révision afin de procéder aux modifications nécessaires de leurs statuts et règlements.

## 2. Entrée en vigueur de la loi fédérale du 21 juin 2019 (mise en œuvre des recommandations sur la transparence et l'échange de renseignements)

La loi fédérale sur la mise en œuvre des recommandations du Forum mondial sur la transparence et l'échange de renseignements à des fins fiscales<sup>4</sup> est entrée en vigueur le 1er novembre 2019. Cette loi limite la possibilité pour une SA de se doter d'actions au porteur. Cette espèce d'actions n'est désormais autorisée que si la société a des titres de participation cotés en bourse ou si ses actions sont émises sous forme de titres intermédiés au sens de la loi fédérale du 3 octobre 2008 sur les titres intermédiés<sup>5</sup> et qu'elles sont déposées auprès d'un dépositaire en Suisse désigné par la société ou inscrites au registre principal (art. 622 al. 1<sup>bis</sup> CO). Une SA qui a des actions au porteur doit faire inscrire au registre du commerce [RC] qu'elle a des titres de participation cotés en bourse ou qu'elle a émis ses actions sous forme de titres intermédiés (art. 622 al. 2<sup>bis</sup> CO)<sup>6</sup>. Les sociétés ont dix-huit mois à compter de l'entrée en vigueur de la loi – soit jusqu'au 1er mai 2021 – pour mettre en œuvre les prescriptions des art. 622 al. 1<sup>bis</sup> et 2<sup>bis</sup> CO. A défaut, les actions au porteur sont converties de plein droit en actions nominatives (art. 2 ss Disp. trans. de la modification du 21 juin 2019, Tit. Fin. CO).

La loi modifie aussi les dispositions relatives aux obligations d'annonce des détenteurs d'actions au porteur. Dès le 1er mai 2021<sup>7</sup>, la société n'est plus tenue à tenir une liste des détenteurs d'actions au porteur (abrogation des art. 697i et 697k CO et modifications des art. 697l et 697m

4 Loi fédérale sur la mise en œuvre des recommandations du Forum mondial sur la transparence et l'échange de renseignements à des fins fiscales (RO 2019 3161). Cf. Message du 21 novembre 2018 sur la mise en œuvre des recommandations du Forum mondial sur la transparence et l'échange de renseignements à des fins fiscales émises dans le rapport de phase 2 de la Suisse (FF 2019 277). Voir aussi : PATRICIA CARTIER / VANNESA DÉGLISE, Mise en oeuvre des recommandations du Forum mondial sur les actions au porteur – réglementation minimale ou Swiss finish ?, REPRAX 2019, p. 38 ss ; DIETER GERICKE / DANIEL KUHN, Radikalkur bei der Inhaberaktie und Neuerungen bei den gesellschaftsrechtlichen Meldepflichten, PJA 2019, p. 1272 ss ; LUKAS GLANZMANN, Abschaffung der Inhaberaktie sowie neue strafrechtliche Sanktionen für Verwaltungsrat und Aktionäre, RSJ 2019, p. 611 ss ; PHILIP SPOERLÉ, Marginalisierung der Inhaberaktie und neue Sanktionen bei AG und GmbH, GesKR 2019, p. 339 ss.

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

6 Si tous les titres de participation sont décotés, la société doit, dans les six mois, convertir les actions au porteur existantes en actions nominatives ou les émettre sous forme de titres intermédiés (art. 622 al. 2<sup>ter</sup> CO).

7 Chapitre III de la loi fédérale du 21 juin 2019 sur la mise en oeuvre des recommandations du Forum mondial sur la transparence et l'échange de renseignements à des fins fiscales.

CO)<sup>8</sup>. Les actionnaires dont les actions au porteur ont été converties en actions nominatives et qui ont respecté leur obligation d'annonce en vertu de l'ancien droit (art. 697i a CO) sont inscrits au registre des actions. Si les actionnaires dont les actions ont été converties ne se conforment pas à cette obligation d'annonce, ils ont cinq ans dès l'entrée en vigueur de la loi – soit jusqu'au 1er novembre 2024 – pour se faire inscrire. Passé ce délai, les actions seront annulées *ex lege* (art. 6 à 8 Disp. trans. de la modification du 21 juin 2019, Tit. Fin. CO).

- 4 La loi prévoit différentes sanctions pénales en cas de violation des dispositions susmentionnées (cf. art. 327; 327a ch. 1, 2, 3, 4 CP). L'omission de tenir un registre des actionnaires ou la liste des ayants droit économiques est constitutive d'une carence dans l'organisation de la société (art. 731b al. 1 ch. 3 CO). Il en va de même en cas d'émission d'actions au porteur par une société qui n'a pas de titres de participation cotés en bourse ou sous une forme autre que celle de titres intermédiés (art. 731b al. 1 ch. 4 CO, en vigueur à partir du 1er mai 2021<sup>9</sup>).

## II. Jurisprudence

### 1. Société simple

#### a) Liquidation de la société simple : nature des apports<sup>10</sup>

- 5 Au moment de la liquidation d'une société simple, la nature des apports est indifférente. L'ensemble des apports doit être pris en compte lors de la détermination du résultat final de la société et de la restitution des apports aux associés ; un apport en industrie doit donc être traité de la même manière qu'un apport en argent. Une perte éventuelle – à savoir l'impossibilité de restituer tous les apports, y compris les apports en industrie – doit être répartie à parts égales entre les associés, sauf convention contraire (art. 533 al. 1 et 549 al. 2 CO). Un apport en industrie doit être distingué d'une dépense exécutée par un associé dans le cadre d'un contrat bilatéral. Un apport en industrie ne donne droit qu'à une participation aux bénéfices de la société – non à une indemnité (art. 537 al. 3 CO) –, alors qu'en cas de contrat bilatéral, l'associé a droit à une rémunération pour ses prestations qui est définie de manière contractuelle (art. 537 al. 1 CO). Le recours est admis et l'affaire est renvoyée à l'au-

8 Seules demeurent l'obligation, pour l'actionnaire, d'annoncer l'ayant droit économique et, pour la société, de tenir une liste desdits ayants droit (art. 697j et 697l CO ; art. 8 et 8a LTI, en vigueur à partir du 1<sup>er</sup> novembre 2019 ; voir aussi l'art. 790a CO relatif à l'obligation d'annoncer l'ayant droit économique des parts sociales en droit de la Sarl).

9 Chapitre III de la 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.

10 ATF 146 III 97.

torité inférieure pour déterminer si des honoraires d'architecte constituent *in casu* un apport en industrie ou une dépense en exécution d'une prestation d'un associé<sup>11</sup>.

#### b) Distinction entre société simple et propriété par étage<sup>12</sup>

Le facteur décisif pour retenir l'existence d'une société simple (art. 530 CO) n'est pas que les associés se mettent d'accord les buts qu'ils souhaitent poursuivre en commun, mais qu'ils orientent leurs comportements futurs vers la poursuite d'un but commun en *s'obligeant réciproquement à favoriser l'atteinte de ce but par leurs efforts ou ressources mises en commun*<sup>13</sup>. Cela présuppose la volonté de subordonner sa propre situation juridique audit but afin de fournir une prestation (apport) à la communauté<sup>14</sup>.

Le devoir de chaque propriétaire d'étage d'exercer ses droits en prenant en compte ceux des autres copropriétaires est inhérent au régime de la propriété par étage (art. 712a al. 2 et 3 CC). Cela vaut même en l'absence d'un rapport de société simple entre les parties : si l'obligation légale de subordonner ses propres intérêts à l'intérêt commun était suffisante pour admettre l'existence d'une société simple, l'exigence de l'apport à fournir par chaque associé serait vidée de sa substance<sup>15</sup>. Dans le cas présent, les copropriétaires n'ayant pas fourni d'apports, le TF nie l'existence d'une société simple<sup>16</sup>.

#### c) Distinction entre société simple et contrat de travail<sup>17</sup>

##### aa) Faits

Suite à l'offre du 5 janvier 2015 de A. SA (société de conseil en investissement) d'engager B. – alors gestionnaire de fortune auprès de la banque D. –, B. démissionne et trente-et-un contrats de conseil sont conclus au printemps 2015 entre les clients de B. et A. SA. Les dépôts desdits clients sont transférés auprès de la Banque E. Trois projets de contrat sont élaborés en vue de régler les relations entre A. SA et B., sans qu'aucun ne soit signé. Après que

11 Arrêt du Tribunal fédéral 4A\_328/2019 du 9 décembre 2019 consid. 4.2.3.2 (non publié aux ATF).

12 Arrêt du Tribunal fédéral 4A\_306/2018 du 29 janvier 2019. Sur cet arrêt, voir aussi KEIVAN MOHASSEB / HANS CASPAR VON DER CRONE, *Widerrufbarkeit von Gestaltungsrechten*, RSDA 2019, p. 428 ss.

13 Arrêt du Tribunal fédéral 4A\_306/2018 du 29 janvier 2019 consid. 3.2.

14 Arrêt du Tribunal fédéral 4A\_306/2018 du 29 janvier 2019 consid. 3.2.

15 Arrêt du Tribunal fédéral 4A\_306/2018 du 29 janvier 2019 consid. 3.2.

16 Arrêt du Tribunal fédéral 4A\_306/2018 du 29 janvier 2019 consid. 3.2.

17 Arrêt du Tribunal fédéral 4A\_526/2018 du 4 avril 2019. A ce sujet, voir aussi MATTHIAS P. A. MÜLLER / FLORIAN SCHWEIGHOFER, *Abgrenzung von Gesellschaftsverhältnis und Arbeitsvertrag*, GesKR 2019, p. 634 ss ; ERIK LANZ / DARIO GALLI / MARKUS VISCHER, *Verzug beim Grundstückkauf mit Bauleistungspflicht*, dRSK, publié le 19 août 2019.

les rapports entre les parties se sont détériorés, B. met fin à la collaboration. Par la suite, les trente-et-un nouveaux clients de A. SA résilient leur contrat avec effet immédiat. Par décision du 18 mai 2018, le *Kantonsgericht* du canton de Zoug rejette la demande en paiement de dommages et intérêts de A. SA dirigée contre B., en particulier au motif qu'il n'existe aucun rapport de société simple entre les parties. Ce jugement est confirmé le 20 août 2018 par l'*Obergericht* du canton de Zoug. A. SA recourt au TF en matière civile.

#### bb) Droit

- 9 La question litigieuse porte sur l'existence d'un rapport de société simple entre A. SA et B et sur l'éventuelle violation, par ce dernier, du devoir de fidélité et de la prohibition de faire concurrence (art. 536 CO). Pour déterminer si une relation juridique doit être qualifiée de société simple ou de contrat de travail avec répartition égale des bénéfices et des pertes, il s'agit d'analyser si une relation de subordination peut être retenue sur la base d'une appréciation globale des circonstances. Les faits suivants sont déterminants : la communication avec la banque E. ne devait intervenir que par l'intermédiaire de A. SA ; B. n'avait pas de fonction d'organe auprès de A. SA ; et les contrats de conseil ont été conclus exclusivement avec A. SA. Le TF conclut qu'en l'absence d'égalité entre A. SA et B. s'agissant du contrôle et de l'influence sur la marche des affaires, il existe un rapport de subordination. Cela exclut que les parties aient voulu conclure un contrat de société simple<sup>18</sup>. Le recours est rejeté<sup>19</sup>.

## 2. Société en nom collectif

### a) Nature non commerciale d'un patrimoine géré en commun<sup>20</sup>

#### aa) Faits

- 10 Le 16 mai 1986, C.A. vend à ses fils B. A. et A.A. la parcelle X. Ces derniers reprennent en copropriété l'établissement hôtel-restaurant s'y trouvant. Par un contrat séparé, les acheteurs confirment acquérir, pour moitié chacun, la parcelle et s'accordent sur le fait que A.A. gèrera seul l'hôtel-restaurant. L'échéance de l'usufruit accordé par B.A. à A.A. sur sa part de copropriété est fixée au jour où B.A. s'impliquera à 50% dans l'établissement. Par lettre datée du 7 janvier 2007, B.A. informe son frère de son

intention de s'impliquer à hauteur de 50% dans l'hôtel-restaurant à partir du 1er janvier 2007. Au plus tard depuis cette date, A.A. a cessé d'exploiter l'établissement et a mis en location l'hôtel et le restaurant. Par jugement du 29 juin 2018, le *Handelsgericht* du canton de Berne reconnaît le droit de B.A. à la moitié des bénéfices issus de la parcelle X. à partir du 1er janvier 2015 et condamne A.A. à lui verser la moitié des revenus issus de l'immeuble du 1er janvier 2007 au 31 décembre 2014. A.A. saisit le TF d'un recours en matière civile au motif que la qualité pour défendre appartient à la société en nom collectif [SNC] qu'il formerait avec B.A.

#### bb) Droit

La gestion d'un patrimoine commun n'est pas considérée comme une activité commerciale, même si ce patrimoine est considérable et que sa gestion dépasse le cadre d'une gestion de fortune ordinaire<sup>21</sup>. La lettre du 7 janvier 2007 ne saurait ainsi fonder à elle seule l'existence d'une SNC commerciale. Par ailleurs, la mise en location d'une parcelle, même accompagnée d'une comptabilité des revenus et dépenses, ne constitue pas une activité commerciale<sup>22</sup>. Le fait que A.A. ait été inscrit au RC en tant qu'entrepreneur individuel en vue d'exploiter un hôtel, un restaurant et un bar<sup>23</sup> l'empêche également de se prévaloir de l'existence d'une SNC à laquelle B.A. aurait été associé depuis le 1er janvier 2007. Partant, B.A. n'a pas réclamé une part des bénéfices d'une SNC, mais la moitié des revenus issus de la parcelle X. ; A.A. disposait donc de la qualité pour défendre<sup>24</sup>. Le recours est rejeté<sup>25</sup>.

## 3. Société anonyme

### a) Secret du réviseur<sup>26</sup>

Le secret de l'OR n'est ni mentionné aux art. 50 al. 2 DPA et 171 al. 1 CPP ni dans la liste des dispositions permettant de refuser de témoigner de l'art. 173 al. 1 CPP<sup>27</sup>. L'art. 730b al. 2 CO dispose que l'OR garde le secret à moins que la loi ne l'oblige à révéler des informations. Les réviseurs sont considérés comme des détenteurs d'autres secrets protégés par la loi : ils sont dès lors tenus de déposer à moins qu'ils ne soient libérés de l'obligation par la direction de la procédure, après avoir rendu vraisemblable que l'intérêt au maintien du secret l'emporte sur l'intérêt à la manifestation de la vérité (art. 173 al. 2 CPP)<sup>28</sup>.

18 Arrêt du Tribunal fédéral 4A\_526/2018 du 4 avril 2019 consid. 3.5.3.

19 Arrêt du Tribunal fédéral 4A\_526/2018 du 4 avril 2019 consid. 4.

20 Arrêt du Tribunal fédéral 4A\_460/2018 du 13 juin 2019. Ce résumé n'analyse que la question de l'existence d'une SNC commerciale (consid. 4). Sur les autres points de l'arrêt (consid. 3 et 5), cf. IVO SCHWANDER, Bundesgericht, I. zivilrechtliche Abteilung, Urteil vom 13. Juni 2019, BGer 4A\_460/2018, PCEF 47/2019, p. 257 ss ; DARIO GALLI / MARKUS VISCHER, Rechtsnatur des Schiedsgutachtens, dRSK, publié le 19 août 2019 ; MAGDA AREF / HANS CASPAR VON DER CRONE, Der fingierte Bedingungseintritt und das Schiedsgutachten, RSDA 2020, p. 209 ss.

21 Arrêt du Tribunal fédéral 4A\_460/2018 du 13 juin 2019 consid. 4.1.

22 Arrêt du Tribunal fédéral 4A\_460/2018 du 13 juin 2019 consid. 4.3.

23 Arrêt du Tribunal fédéral 4A\_234/2013 du 20 janvier 2014 consid. 3.1.

24 Arrêt du Tribunal fédéral 4A\_460/2018 du 13 juin 2019 consid. 4.3.

25 Arrêt du Tribunal fédéral 4A\_460/2018 du 13 juin 2019 consid. 4.3., 6.

26 ATF 145 IV 273.

27 ATF 145 IV 273 consid. 3.3.

28 ATF 145 IV 273 consid. 3.2.

**b) Restriction à la transmissibilité des actions et principe de la transparence inversée<sup>29</sup>**

*aa) Faits*

13 C. SA est propriétaire de A. SA qui exploite l'hôtel D. En 1999, l'actionnaire unique de C. SA vend ses actions à F. Le contrat de vente stipule un droit de préemption en faveur de B., sœur de F., en cas de vente de l'hôtel D. ou de A. SA. En 2013, C. SA vend sa participation dans A. SA à H. (gérant de l'hôtel) et à I. B. exerce son droit de préemption et intente une action visant au transfert des actions de A. SA, qui est admise par le *Kantonsgericht* du canton des Grisons. C. SA requiert alors le transfert des actions de A. SA à B. Ce transfert est refusé le 2 mai 2016 par le CA de A. SA au motif que H. menace de quitter son poste de gérant si le transfert intervient; le CA de A. SA exerce aussi le droit statutaire de rachat des actions pour le compte de H. (inspiré de l'*escape clause* de l'art. 685b al. 1 i.f. CO). B. ouvre action devant le *Bezirksgericht* de Plessur en vue d'obtenir le transfert des actions et son inscription au registre des actions. L'action est admise par le *Bezirksgericht* puis par le *Kantonsgericht* du canton des Grisons. A. SA recourt en matière civile au Tribunal fédéral.

*bb) Droit*

14 En cas de refus de transfert des actions sur la base de l'art. 685b al. 1 i.f. CO (*escape clause*), la qualité pour agir appartient au vendeur et à l'acheteur des actions<sup>30</sup>. Si la décision invoquant l'*escape clause* ne doit pas reposer sur un juste motif particulier, elle doit en revanche respecter l'égalité de traitement et ne pas être constitutive d'un abus de droit. La décision du CA de A. SA n'est pas abusive, car elle a été prise dans l'intérêt de la société et sur la base de considérations économiques raisonnables: la menace de départ de H. en cas de transfert des actions à B. est une raison légitime de refus<sup>31</sup>.

15 L'extension à A. SA de l'obligation de préemption contractuelle qui existe entre F. et C. SA n'est pas fondée. Il n'existe pas d'identité économique entre C. SA et A. SA (C. SA détient 70% du capital de A. SA) et un droit de préemption est sans effet sur des tiers. La restriction de transmissibilité contenue dans les statuts de A. SA étant antérieure à l'octroi du droit de préemption, B. devait reconnaître le conflit entre son droit de préemption et les statuts. Si F. (actionnaire majoritaire) avait instruit les membres du CA de A. SA pour assurer la mise en œuvre de son obligation

29 ATF 145 III 351. Sur cet arrêt, voir aussi URS H. HOFFMANN-NOWOTNY, Aktienrechtliche Verantwortlichkeit: zur gerichtlichen Prüfungsbefugnis im Anwendungsbereich der Business Judgment Rule (Zurückhaltungsregel), RSDA 2019, p. 454 ss.

30 ATF 145 III 351 consid. 2.

31 ATF 145 III 351 consid. 3.2.2. Le TF n'a pas analysé la question de la validité de la décision du CA sous l'angle de la business judgment rule, au motif que cette dernière ne revêt par un caractère commercial.

contractuelle personnelle – le droit de préemption en faveur de B. – au mépris de l'intérêt de la société, sa responsabilité personnelle aurait été engagée<sup>32</sup>. On ne saurait par ailleurs retenir la transparence inversée: les intérêts des minoritaires excluent que les intérêts du majoritaire soient imposés à la société<sup>33</sup>. Le recours est admis.

**c) Prise de position sur le rapport du contrôleur spécial (art. 697e CO)<sup>34</sup>**

*aa) Faits*

16 Le contrôleur spécial de B. SA, désigné par le *Handelsgericht* du canton de Zurich, rend son rapport le 10 janvier 2019. Le *Handelsgericht* accorde un délai à B. SA pour qu'elle lui indique si des passages du rapport doivent être épurés (art. 697e al. 2 CO). Le 20 mars 2019, après avoir refusé les demandes d'épuration de B. SA, le *Handelsgericht* produit le rapport au demandeur puis, le 16 avril 2019, radie la procédure du rôle. Le 18 avril 2019, le demandeur A. requiert du *Handelsgericht* de reconsidérer la radiation du rôle au motif que les parties doivent pouvoir prendre position sur le rapport du contrôleur spécial épuré et poser des questions supplémentaires. Devant le refus du *Handelsgericht*, A. recourt en matière civile auprès du TF contre la décision de radiation du rôle.

*bb) Droit*

17 Les interprétations littérale, historique, téléologique et systématique de l'art. 697e CO permettent de conclure que le juge doit inviter de manière expresse les parties – actionnaires requérants et SA – à prendre position sur le rapport du contrôleur spécial et à poser des questions supplémentaires<sup>35</sup>. Le juge peut remplir son obligation, à choix, en fixant un délai aux parties pour prendre position et poser leurs questions par écrit ou en les convoquant à une audience<sup>36</sup>. Le TF précise que ce raisonnement est limité à l'application de l'art. 697e al. 3 CO; il n'a pas vocation à l'appliquer de manière générale<sup>37</sup>. Le recours est admis.

**d) Qualité pour agir du créancier à l'action en responsabilité des administrateurs<sup>38</sup>**

*aa) Faits*

18 A. et B., administrateurs de C. SA (agence immobilière), concluent au nom de cette dernière deux contrats de *lea-*

32 ATF 145 III 351 consid. 3.2.2.

33 ATF 145 III 351 consid. 4.3.2.

34 ATF 145 III 446.

35 ATF 145 III 446 consid. 4.3.2-4.3.5.

36 ATF 145 III 446 consid. 4.4.

37 ATF 145 III 446 consid. 4.5.

38 Arrêt du Tribunal fédéral 4A\_407/2018 du 5 février 2019. Sur cet arrêt, voir aussi MERENS DERUNGS / HANS CASPAR VON DER CRONE, Gläubigerschädigung und aktienrechtliche Verantwortlichkeit, RSDA 2019, p. 321 ss; ARTHUR GRISONI, L'action en responsabilité dirigée contre les organes dirigeants de la société - Légitimité active de l'administration de la faillite, respectivement des créanciers (art. 757 CO), Bulletin CEDIDAC 2019/86.

sing de véhicules avec X. SA. Ces véhicules sont destinés à U., client de C. SA. Après que U., contrairement à ses engagements, a cessé de verser les primes du leasing à X. SA, cette dernière résilie les contrats et récupère un des deux véhicules. Dans le cadre d'une procédure pénale engagée à la suite d'une plainte de X. SA, A. et B. sont reconnus coupable d'abus de confiance et d'escroquerie. B. est acquitté en deuxième instance, tandis que la condamnation de A., faute d'appel, entre en force. Le 25 novembre 2009, C. SA est radiée du RC après que sa faillite, ouverte le 27 août 2008, a été suspendue faute d'actifs (art. 230 LP). Le 29 avril 2016, A. est condamné par le Juge du district de Sierre au paiement de CHF 133'450 à X. SA, jugement qui est réformé sur appel de A. par la Cour civile du Tribunal cantonal valaisan. X. SA recourt au TF en matière civile.

*bb) Droit*

19 Le TF estime que les administrateurs ont violé fautive-  
ment leur devoir de diligence au sens de l'art. 717 al. 1 CO en concluant les contrats de leasing au nom de C. SA et en cédant à U. l'usage exclusif des véhicules. Ce comportement fautif est en lien de causalité adéquate avec le dommage subi (directement) par X. SA du fait de l'inexécution des obligations des contrats de *leasing*. Attendu que C. SA et X. SA ont toutes deux subi un dommage direct, cette dernière ne dispose de la qualité pour agir à titre individuel sur la base de l'art. 754 CO que si le comportement de l'organe (1) est illicite au sens de l'art. 41 CO ; (2) constitue une *culpa in contrahendo* ; ou (3) viole une norme du droit des sociétés destinée à la protection exclusive des créanciers<sup>39</sup>. Le TF confirme sa jurisprudence selon laquelle le créancier social qui ne satisfait à aucune de ces conditions doit, dans le cas où la société a été radiée du RC à la suite d'une suspension de faillite faute d'actifs, obtenir la réinscription de la société et la réouverture de la faillite afin que l'action sociale puisse être intentée contre l'organe responsable<sup>40</sup>.

20 Sans violation d'une norme du droit des sociétés desti-  
nées à la protection exclusive des créanciers, X. SA ne peut fonder sa qualité pour agir que sur un acte illicite au sens de l'art. 41 CO ou sur une *culpa in contrahendo*. Le comportement de A. ne saurait être qualifié d'illicite, car il n'a porté atteinte ni au droit de propriété de X. SA ni violé un devoir imposé à chacun par l'ordre juridique : A. ne pouvait pas envisager que U. s'approprierait les véhicules<sup>41</sup>. Quant à la *culpa in contrahendo*, elle n'entre en ligne de compte qu'en l'absence de responsabilité con-

tractuelle ; tel n'est pas le cas ici, puisque des contrats de leasing ont été conclus<sup>42</sup>. A défaut de qualité pour agir de X. SA, le recours est rejeté<sup>43</sup>.

**e) Qualité pour défendre de l'actionnaire principal (théorie de la transparence)<sup>44</sup>**

*aa) Faits*

A. SA est propriétaire de la parcelle U. Son capital-acti-  
ons (2'000 actions au porteur) est détenu par B. Holding SA, propriété de Z. En janvier 2012, agissant en qualité de courtiers pour le compte de A. SA, X. et C. obtiennent de D. SA une offre d'achat pour la parcelle U. Un projet d'acte de vente est rédigé, qui prévoit une commission de courtage à la charge de la venderesse. La vente n'aboutit pas. Deux mois plus tard, E., agissant à titre fiduciaire pour le compte de D. SA (ce que Z. ignore), s'engage à acquérir les actions de A. SA auprès de B. Holding SA. Le 23 décembre 2016, A. SA est radiée du RC après que ses actifs et passifs ont été repris par D. SA. Le 3 mai 2013, après s'être fait céder la créance de C., X. introduit une action en paiement d'une commission de courtage contre Z. auprès de la Chambre patrimoniale cantonale vaudoise. Le 2 mars 2017, la Chambre patrimoniale – appliquant la théorie de la transparence (*Durchgriff*) – condamne Z. à verser à X. CHF 550'000. Le Tribunal cantonal vaudois admet l'appel de Z. le 23 mai 2017 : les conditions d'application de la théorie de la transparence ne sont pas remplies et Z. n'a pas la qualité pour défendre. X. recourt en matière civile au TF.

*bb) Droit*

Le TF constate que, selon la volonté subjective des parties, le contrat de courtage lie les courtiers X. et C. à A. SA, non à Z.<sup>45</sup>. La Haute Cour confirme ensuite l'analyse de la Cour d'appel s'agissant de l'application de la théorie de la transparence en lien avec la vente des actions de A. SA<sup>46</sup>. La théorie de la transparence suppose (1) une identité des personnes, conformément à la réalité économique, ou une domination économique d'une personne sur l'autre et (2) une invocation abusive de la dualité des sujets de droit dans le but d'en tirer un avantage injustifié (par exemple, pour éluder un contrat)<sup>47</sup>. Selon la cour cantonale, (1) les sociétés A. SA et B. Holding SA étaient séparées de Z. et n'avaient pas été fondées dans le but d'éluder le contrat de courtage ; (2) Z. ignorait qu'il vendait les actions à D. SA et il n'a pas commis d'abus de droit en invoquant son indépendance juridique vis-à-vis de A. SA et de B. Holding SA ; et (3) même si Z. avait eu l'intention d'éluder la

39 Arrêt du Tribunal fédéral 4A\_407/2018 du 5 février 2019 consid. 3.

40 Arrêt du Tribunal fédéral 4A\_407/2018 du 5 février 2019 consid. 4 : il importe peu que la suspension de la faillite ait pour effet qu'il n'existe aucun risque de concurrence entre l'action des créanciers et celle de la masse, car l'absence de risque découle du fait que X. SA n'a pas requis la liquidation de C. SA conformément à l'art. 230 al. 2 LP.

41 Arrêt du Tribunal fédéral 4A\_407/2018 du 5 février 2019 consid. 5.

42 Arrêt du Tribunal fédéral 4A\_407/2018 du 5 février 2019 consid. 6.

43 Arrêt du Tribunal fédéral 4A\_407/2018 du 5 février 2019 consid. 6.

44 Arrêt du Tribunal fédéral 4A\_379/2018 du 3 avril 2019.

45 Arrêt du Tribunal fédéral 4A\_379/2018 du 3 avril 2019 consid. 3.2.

46 Arrêt du Tribunal fédéral 4A\_379/2018 du 3 avril 2019 consid. 4.

47 Arrêt du Tribunal fédéral 4A\_379/2018 du 3 avril 2019 consid. 4.1.

commission de courtage, la vente de la parcelle et la vente des actions n'auraient pas été équivalentes économiquement dans le cas présent, car A. SA était propriétaire de nombreux immeubles<sup>48</sup>. Le TF rejette le recours<sup>49</sup>.

**f) Réinscription d'une SA radiée du RC (art. 164 ORC)<sup>50</sup>**

*aa) Faits*

23 A. SA serait une ancienne cliente de B. SA, en liquidation : cette dernière se serait chargée du trafic des paiements de A. SA et aurait disposé d'une procuration sur un compte postal de cette société. En 2009, le Ministère public de la Confédération (MPC), ouvre une enquête pénale contre B. SA. Le 17 octobre 2014, l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers [FINMA] dissout B. SA<sup>51</sup> et désigne E. SA comme liquidateur. Cette dernière solde les comptes qui n'ont pas été bloqués par le MPC, y compris le compte postal de A. SA, et transfère les montants sur un compte dont B. SA est l'ayant droit économique (compte F.). Le 25 février, le *Bezirksgericht* de Meilen a prononcé la faillite de B. SA en raison de son surendettement. Le 24 juin 2015, la procédure de faillite est suspendue faute d'actifs (art. 230 al. 1 LP) et la société est radiée d'office du RC (art. 159 al. 5 let. a ORC). Le 9 février 2017, le MPC ordonne le séquestre du compte F. et le virement du solde sur un compte de la Confédération. Le 21 juin 2017, A. SA requiert du *Bezirksgericht* de Meilen qu'il réinscrive B. SA au RC afin de faire valoir des prétentions en lien avec le compte postal. Le *Bezirksgericht* puis l'*Obergericht* du canton de Zurich rejettent successivement la demande. A. SA recourt au TF en matière civile.

*bb) Droit*

24 Les conditions pour la réinscription d'une SA sont énoncées à l'art. 164 al. 1 let. a à d. ORC. La requérante doit être au bénéfice d'un intérêt digne de protection (art. 164 al. 2 ORC). Un tel intérêt existe même en l'absence d'actifs réalisables si la réinscription permet au requérant de faire valoir une créance contre un tiers<sup>52</sup>. Le TF constate que le séquestre pénal est dans l'intérêt de A. SA : si les valeurs patrimoniales figurant sur le compte F. lui appartiennent, elles lui seront restituées au moment de la levée du séquestre (art. 267 al. 2 à 5 CPP)<sup>53</sup>. En cas de réinscription et de levée du séquestre, la procédure

de faillite serait rouverte ; dans ce cas, A. SA pourrait n'avoir droit qu'à un dividende de faillite<sup>54</sup>. Si A. SA parvenait à prouver qu'elle est la propriétaire du compte postal et qu'elle pouvait récupérer l'intégralité du montant s'y trouvant, il ne serait pas acceptable que les créanciers de B. SA soient seuls à supporter les frais de réinscription de B. SA, qui réduiraient leur dividende de liquidation<sup>55</sup>. Il est toutefois peu probable que A. SA parvienne à démontrer à l'autorité compétente que les valeurs saisies doivent lui être restituées<sup>56</sup> ; A. SA semble vouloir obtenir la réinscription dans l'espoir qu'une procédure engagée contre B. SA aura plus de chances d'aboutir que si elle est dirigée contre la liquidatrice E. SA<sup>57</sup>. Un tel motif ne constitue pas un intérêt digne de protection<sup>58</sup>. Le recours est rejeté<sup>59</sup>.

**g) Délai de prescription de l'action en responsabilité<sup>60</sup>**

*aa) Faits*

Le 22 décembre 2006, L. SA conclut un contrat d'entreprise générale avec M. SA, qui s'engage à construire deux villas sur la propriété de A (fils du président du CA de L. SA). Suite à la faillite de M. SA, plusieurs créances produites par L. SA sont admises à l'état de collocation déposé le 21 octobre 2009. Le 22 octobre 2010, la masse en faillite de M. SA dépose une plainte pénale pour gestions fautive et faux dans les titres contre ses trois administrateurs B., C., et D. Le 23 août 2011, les prétentions en responsabilité contre les organes de la société faillie inscrites à l'inventaire sur requête de L. SA sont cédées à cette dernière, qui les cède à son tour à A. Ce dernier se substitue à la masse en faillite de M. SA dans la procédure pénale, se constitue partie plaignante, demandeur au pénal et au civil, et chiffre ses conclusions à hauteur de la somme des créances produites dans la faillite par L. SA. Par ordonnance du 17 juin 2014 (entrée en force), le Ministère public refuse la qualité de partie plaignante à A. : étant un créancier ces-

48 Arrêt du Tribunal fédéral 4A\_379/2018 du 3 avril 2019 consid. 4.2.

49 Arrêt du Tribunal fédéral 4A\_379/2018 du 3 avril 2019 consid. 4.2. et 5.

50 Arrêt du Tribunal fédéral 4A\_467/2018 du 9 mai 2019. Sur cet arrêt, voir aussi DARIO GALLI / MARKUS VISCHER, Wiedereintragung einer im Handelsregister gelöschten Gesellschaft, GesKR 2019 p. 644 ss.

51 Sur cette procédure, cf. Arrêt du Tribunal fédéral 2C\_303/2016 du 24 novembre 2016.

52 Il n'existe pas d'intérêt digne de protection s'il est clair que rien ne pourra être obtenu de la réinscription de la société, cf. arrêt du Tribunal fédéral 4A\_467/2018 du 9 mai 2019 consid. 4.1 et 4.2.

53 Arrêt du Tribunal fédéral 4A\_467/2018 du 9 mai 2019 consid. 6.2.

54 Arrêt du Tribunal fédéral 4A\_467/2018 du 9 mai 2019 consid. 6.3 ss.

55 Arrêt du Tribunal fédéral 4A\_467/2018 du 9 mai 2019 consid. 6.4 et 7.

56 Cf. arrêt du Tribunal fédéral 1B\_498/2017 du 27 mars 2018 consid. 4.2, rendu dans une procédure parallèle.

57 Dans sa requête, A. SA requerrait en particulier que D.C. – fils de l'administrateur unique de A. SA – soit nommé liquidateur de B. SA, cf. arrêt du Tribunal fédéral 4A\_467/2018 du 9 mai 2019 consid. 6.5.

58 Arrêt du Tribunal fédéral 4A\_467/2018 du 9 mai 2019 consid. 6.5.

59 Arrêt du Tribunal fédéral 4A\_467/2018 du 9 mai 2019 consid. 7. A noter également qu'à l'arrêt du Tribunal fédéral 4A\_336/2019 du 5 novembre 2019, le TF a refusé la réinscription d'une SA qui souhaitait intenter une action en responsabilité contre l'État au motif que la demanderesse n'était pas parvenue à démontrer de manière crédible l'existence de sa créance, mais qu'elle s'était contentée de formuler de simples allégations. Par conséquent, il n'existait pas d'intérêt légitime à la réinscription (consid. 3.4).

60 Arrêt du Tribunal fédéral 4A\_496/2018 du 21 juin 2019 ; sur cet arrêt, voir aussi MICHAEL HOCHSTRASSER / PIA HUNKEMÖLLER, Bundesgericht, I. zivilrechtliche Abteilung, Urteil 4A\_496/2018 vom 21. Juni 2019, A. gegen B., C., D. und E., Haftung des Verwaltungsrats und der Revisionsstelle, strafrechtliche Verjährung (Art. 760 Abs. 2 OR), Unterbrechung der Verjährung, PJA 2019, p. 1349 ss.

sionnaire, il n'a subi aucune atteinte directe à ses droits. La faillite de M. SA est clôturée le 24 juin 2014 et la procédure pénale est classée par ordonnance du 15 octobre 2015. Le 13 novembre 2015, A. intente une action en responsabilité contre B., C. et D. et contre l'organe de révision [OR] E. auprès du Tribunal de première instance du canton de Genève. La demande est rejetée le 30 octobre 2017 en raison de la prescription de l'action, jugement confirmé par la Chambre civile de la Cour de justice du canton de Genève. A. recourt en matière civile.

*bb) Droit*

26 Le TF rappelle que la cession des droits de la masse (art. 260 LP) n'entraîne pas le transfert du statut de lésé de la société faillie au créancier cessionnaire : ce dernier agit en son nom propre, non pour la société ; A. ne saurait, par adhésion à la procédure pénale, prendre de conclusions civiles déduites des infractions et il ne peut pas se prévaloir d'actes interruptifs de la prescription accomplis dans ce cadre<sup>61</sup>. La prescription quinquennale de l'art. 760 al. 1 CO – dont le *dies a quo* était le 21 octobre 2009 (dépôt de l'état de collocation) – a été atteinte le 13 novembre 2015.

27 L'application de la prescription de plus longue durée de l'art. 760 al. 2 CO, tirée de l'action pénale (en l'espèce 15 ans, cf. art. 97 al. 1 CP), s'applique si (1) le comportement dommageable réalise les éléments constitutifs d'une infraction pénale ; (2) un lien de causalité naturel et adéquat existe entre l'infraction et le préjudice donnant lieu à l'action civile ; et que (3) le créancier revêt le statut de lésé au sens de l'art. 115 CP (théorie objective de l'illicéité). Pour le TF, A. a la qualité de lésé au sens du droit civil (art. 752 ss CO), mais non au sens du droit pénal (art. 115 CP), car il n'est pas directement touché par les infractions en cause<sup>62</sup>. La prescription de plus longue durée ne doit pas non plus être appliquée au réviseur E. : ce dernier n'était pas visé par l'action pénale et A. n'a fourni aucun élément susceptible d'établir l'existence d'une infraction dont E. aurait été l'auteur et lui le lésé<sup>63</sup>. Le TF rejette le recours<sup>64</sup>.

**h) Représentation de la SA par l'organe de fait<sup>65</sup>**

28 L'affaire concerne un signataire inconnu ne revêtant ni la qualité d'organe formel (art. 718 CO) ni celle de fondé de procuration ou de mandataire commercial (art. 721 CO)<sup>66</sup>. Pour le TF, les jurisprudences en matière de responsabilité délictuelle de la société pour le fait de ses

organes formels, matériels ou de fait (art. 55 al. 2 CC ; art. 722 CO), d'une part, et en matière de responsabilité des personnes chargées de la gestion (art. 754 CO), d'autre part, ne sauraient s'appliquer à la conclusion d'actes de nature contractuelle par un organe de fait. La représentation en vue de la conclusion d'un contrat doit être distinguée de la responsabilité de la SA pour les actes illicites de ses organes et de la responsabilité des personnes chargées de la gestion ; par ailleurs, admettre qu'un organe de fait puisse engager la SA par ses actes modifierait le système légal de représentation de l'art. 718 CO<sup>67</sup>.

**i) Action en responsabilité contre d'anciens dirigeants<sup>68</sup>**

*aa) Faits*

En 2013, le liquidateur de Swissair SA Société Suisse pour la Navigation Aérienne en liquidation concordataire («Swissair») actionne en responsabilité quatorze anciens dirigeants de Swissair et de SAirGroup SA en liquidation («SAirGroup»), société holding de Swissair, auprès du *Handelsgericht* du canton de Zurich. Les anciens dirigeants sont accusés, pour certains, d'avoir prévu une organisation de groupe illicite. Tous se voient par ailleurs reprocher d'avoir manqué à leurs devoirs dans la gestion des actifs de Swissair, qui a octroyé divers prêts intra-groupe. Le 16 mars 2018, le *Handelsgericht* rejette l'action. Swissair recourt en matière civile auprès du TF.

*bb) Droit*

Le TF confirme la décision cantonale qui nie la qualité pour défendre de neuf anciens membres du CA de SAirGroup qui n'étaient pas impliquées dans la direction de Swissair. A défaut d'avoir assumé des fonctions typiques d'organe, ces derniers ne sauraient être qualifiés d'organes de fait de Swissair. De plus, pour être qualifié d'organe de fait, il est nécessaire, mais non suffisant, de détenir un pouvoir de décision qui permette d'éviter le dommage résultant de la violation d'un devoir donné<sup>69</sup>.

Sur le fond, l'organisation du groupe mise en place par les cinq dirigeants dont la qualité pour défendre est reconnue n'était pas illicite : la gestion patrimoniale s'est faite en conformité avec les devoirs des administrateurs dans la mesure où les prêts intra-groupe accordés par Swissair correspondaient à l'intérêt social de cette société<sup>70</sup>. En outre, les administrateurs n'ont pas manqué à leurs devoirs dans la gestion des actifs : si les prêts contestés ne correspondaient pas aux conditions du marché de l'époque, ils ont eu pour résultat de préserver les inté-

61 Arrêt du Tribunal fédéral 4A\_496/2018 du 21 juin 2019 consid. 3.

62 Arrêt du Tribunal fédéral 4A\_496/2018 du 21 juin 2019 consid. 3 et 4.2.

63 Arrêt du Tribunal fédéral 4A\_496/2018 du 21 juin 2019 consid. 4.3.

64 Arrêt du Tribunal fédéral 4A\_496/2018 du 21 juin 2019 consid. 6.

65 Arrêt du Tribunal fédéral 4A\_455/2018 du 9 octobre 2019.

66 Arrêt du Tribunal fédéral 4A\_455/2018 du 9 octobre 2019 consid. 5.1-5.4.

67 Arrêt du Tribunal fédéral 4A\_455/2018 du 9 octobre 2019 consid. 6.1-6.3.

68 Arrêt du Tribunal fédéral 4A\_268/2018 du 18 novembre 2019.

69 Arrêt du Tribunal fédéral 4A\_268/2018 du 18 novembre 2019 consid. 5.

70 Arrêt du Tribunal fédéral 4A\_268/2018 du 18 novembre 2019 consid. 6.4.



êts prioritaires du groupe. En effet, il était nécessaire à ce moment, dans l'intérêt des créanciers, de poursuivre la continuité des opérations aériennes de Swissair et il est indéniable que cette exploitation requérait d'importants moyens financiers<sup>71</sup>. Enfin, le TF confirme la décision cantonale niant l'existence d'un dommage et d'un lien de causalité adéquate. De manière générale, le liquidateur ne démontre pas suffisamment dans quelle mesure la situation financière de Swissair aurait évolué de manière plus favorable si les décisions litigieuses (absence de crédits internes et de renouvellement des placements à terme, et sortie du cash-pool) n'avaient pas été prises par les administrateurs. Les créanciers de Swissair ne se seraient pas non plus trouvés dans une position plus favorable si les administrateurs s'étaient comportés suivant l'argumentation du liquidateur<sup>72</sup>.

#### j) Acquisition à titre fiduciaire<sup>73</sup>

##### aa) Faits

32 A. SA est fondée en 1962 par E.B. Jusqu'à 1999, J.J. est administrateur unique de la société, année où il est remplacé par K.J. La même année, F.B. rachète toutes les actions de A. SA à son père E.B. A. SA détient notamment 32% des actions de B. SpA à Milan. A la mort du fondateur de cette dernière société, G.B., la moitié des actions qu'il détient dans B. SpA revient à H.B. et l'autre moitié revient à L.L. et M.L. H.B. est le père de E.B., I.B. et B.B. En 1962, A. SA acquiert 1355 actions nominatives sur 3000 de B. SpA, d'une part, de H.B., E.B., I.B. et B.B. et, d'autre part, de L.L. et M.L. La cession des actions, organisée par E.B., est réalisée avant tout pour des motifs fiscaux. En 2012, B.B. ouvre action contre A. SA, K.J. et F.B. auprès du *Kantonsgericht* du canton de Zoug en concluant à ce que les défendeurs soient tenus de lui restituer 60% des actions de B. SpA qu'ils détiennent. Le *Kantonsgericht* puis, sur recours de A. SA, l'*Obergericht* du canton de Zoug concluent que les actions de B. SpA ont été acquises par A. SA à titre fiduciaire ; il était convenu que E.B. et I.B. auraient chacun droit à 40% de ces actions et que B.B. aurait droit à 20% des actions de B. SpA. B.B. ayant entretemps hérité de I.B., les deux instances jugent que B.B. a droit à 60% des actions. A. SA recourt en matière civile au TF.

##### bb) Droit

33 La question litigieuse porte sur la nature du transfert, en 1962, des actions de B. SpA à A. SA. Pour le TF, l'instance précédente n'a pas violé le droit fédéral en jugeant que A. SA avait acquis les actions de B. SpA à titre fiduciaire :

71 Arrêt du Tribunal fédéral 4A\_268/2018 du 18 novembre 2019 consid. 6.5.4.4.

72 Arrêt du Tribunal fédéral 4A\_268/2018 du 18 novembre 2019 consid. 7.2.

73 Arrêt du Tribunal fédéral 4A\_323/2019 du 22 novembre 2019.

il existait un contrat de mandat entre l'actionnaire unique (E.B. puis F.B.) et l'administrateur unique (J.J. puis K.J.) de A. SA, qui prévoyait notamment que ce dernier se chargeait de l'administration de B. SpA uniquement à titre fiduciaire et qu'il devait accomplir ce mandat en se basant sur les instructions et dans l'intérêt du mandataire<sup>74</sup>. De plus, l'administrateur s'est limité à agir sur les instructions et dans l'intérêt de l'actionnaire unique<sup>75</sup>. Le recours est rejeté sur ce point<sup>76</sup>.

#### 4. Société à responsabilité limitée

##### a) Position de l'associé assimilable à celle de l'employeur<sup>77</sup>

###### aa) Faits

A. a travaillé à plein temps du 1er juillet 2003 au 30 septembre 2017 pour B. GmbH, sise en Allemagne, dont il détient 12% du capital social. Le 10 octobre 2017, A. dépose une demande d'indemnités de chômage auprès de la caisse cantonale de chômage du Canton de Zurich. Cette demande est refusée au motif que la position de A. au sein de la société est assimilable à celle d'un employeur au sens de la LACI. Par jugement du 23 juillet 2018, le *Sozialversicherungsgericht* du canton de Zurich rejette le recours de A. contre la décision sur opposition de la caisse de chômage. A. recourt en matière de droit public.

###### bb) Droit

L'art. 31 al. 3 let. c LACI vise à empêcher les personnes assimilées à un employeur, d'abuser de l'assurance chômage<sup>78</sup>. La qualité d'organe dirigeant peut résulter de la loi : tel est le cas de l'associé d'une société à responsabilité limitée [Sàrl] (art. 804 ss CO)<sup>79</sup>. Pour le *Sozialversicherungsgericht* du canton de Zurich, A., conjointement avec les autres associés, a pu exercer une influence décisive sur la société<sup>80</sup>. A. considère au contraire qu'il ne saurait exercer une telle influence, n'étant pas gérant de B. Sàrl : contrairement à l'art. 809 al. 1 CO, le § 6 al. 2 de la loi allemande du 20 avril 1892 sur les sociétés à responsabilité limitée (GmbHG) ne consacre pas le principe de l'exercice collectif de la gestion par tous les associés (*Selbstorganschaft*), un gérant devant nécessairement être nommé ; de plus, le *Bundesarbeitsgericht* et le *Bundessozialgericht* allemands ont qualifié de « travailleur » un associé minoritaire sans minorité de blocage, tel que

74 Arrêt du Tribunal fédéral 4A\_323/2019 du 22 novembre 2019 consid. 2.2, 2.3.1.

75 Arrêt du Tribunal fédéral 4A\_323/2019 du 22 novembre 2019 consid. 2.3.2.

76 Arrêt du Tribunal fédéral 4A\_323/2019 du 22 novembre 2019 consid. 3.

77 ATF 145 V 200.

78 ATF 145 V 200 consid. 4.1.

79 ATF 145 V 200 consid. 4.2.

80 ATF 145 V 200 consid. 3.1.

A.<sup>81</sup>. Enfin, sans égard au droit allemand, A. soutient que le fait qu'un des autres associés dispose d'une participation de 51% suffirait à exclure toute influence significative de ce dernier sur B. Sàrl<sup>82</sup>.

36 Pour le TF, la jurisprudence allemande alléguée par A. n'est pas pertinente : elle concerne la question de savoir si une personne doit être qualifiée de travailleur au regard de l'obligation de cotiser aux assurances sociales et ne préjuge en rien de sa position d'employeur en vertu de l'assurance chômage<sup>83</sup>. Il est également indifférent que le § 6 al. 1 GmbHG, ne consacre par le principe de la *Selbstorganschaft*<sup>84</sup>. S'agissant de la qualification, au regard de la LACI, d'une personne assimilable à un employeur, les compétences intransmissibles de l'assemblée des associés (art. 804 al. 2 CO) doivent être appréciées de la même manière que celles du CA d'une SA : l'influence qu'un associé peut exercer sur la Sàrl résulte déjà de l'organisation de la société en soi<sup>85</sup>. En raison du caractère personnaliste de la Sàrl, il existe un risque que les associés (gérants ou non) abusent des prestations de l'assurance chômage. Le risque d'abus ne peut pas être contré par l'introduction d'un pourcentage de participation au capital en dessous duquel l'associé ne pourrait être assimilé à un employeur<sup>86</sup>. Ces considérations s'appliquent aux associés d'une GmbH régie par le droit allemand : la position de l'associé d'une telle société ne diffère que peu, voire pas, de celle de l'associé d'une Sàrl régie par le droit suisse<sup>87</sup>. Le recours est rejeté<sup>88</sup>.

#### b) Représentation de la société<sup>89</sup>

37 À défaut de base statutaire, un associé-gérant au bénéfice d'une signature individuelle n'a pas le pouvoir de conférer le statut de directeur, de fondé de procuration ou de

mandataire commercial à un tiers, qui ne saurait dès lors engager une Sàrl en cette qualité. De la même manière, un tel associé ne peut procéder à une délégation ou à une sous-délégation sans base statutaire ou réglementaire<sup>90</sup>. En cas de relations régulières et durables entre un associé-gérant et un tiers, un pouvoir de représentation civile (art. 32 ss CO) limité à la signature d'un acte est exclu<sup>91</sup>.

#### c) Droit aux renseignements et à la consultation (art. 802 CO)<sup>92</sup>

Il appartient au demandeur de démontrer qu'un com- 38 portement prétendument abusif du défendeur dans d'autres procédures – achevées ou pendantes – est pertinent pour l'évaluation d'un abus de droit dans la procédure en cause<sup>93</sup>. Si la loi ne fixe aucun délai pour l'établissement du procès-verbal de l'assemblée des associés, l'application du principe de la bonne foi présuppose que ce dernier doit être rédigé au plus tard lorsque sa production est demandée de manière légitime<sup>94</sup>.

### III. Doctrine

#### 1. Ouvrages généraux

Baker & McKenzie (édit.), *Entwicklungen im schweizerischen Wirtschaftsrecht 2018/2019*, Zurich 2019 ; FISCHER, DAMIAN, *Interessenkonflikte im Schweizer Privat- und Wirtschaftsrecht : ein Beitrag zur dogmatischen Erfassung eines omnipräsenten Governance-Problems*, Thèse d'habilitation, Zurich 2019 ; GNOS, URS P. ET AL., *Gesellschaftsrecht : [Entwicklungen 2018]*, Berne 2019 ; HANDSCHIN, LUKAS, *Gesellschaftsrecht*, 3<sup>e</sup> éd., Zurich 2019 ; KUNZ, PETER VIKTOR, *Wirtschaftsrecht : Grundlagen und Beobachtungen*, Berne 2019 ; TANNER, BRIGITTE, *Leading Cases zum schweizerischen Gesellschaftsrecht : mit einer zusammenfassenden Darstellung der Theorie und einem Glossar der wichtigsten Begriffe*, Zurich 2019 ; TRANDAFIR, ETIENNE, *Lex Koller: acquisitions indirectes : SA, fonds de placement contractuel, SICAV, SCPC, fondation de placement, société immobilière, trust*, Genève et al. 2019.

#### 2. SA

BAIER, MICHAEL, *Unregulierte Rechtsformen zur Strukturierung von Private Equity-Investitionen : eine Untersuchung anhand der Akquisitionsgesellschaften im Leveraged Management Buy-Out*, Thèse, Zurich/St-Gall 2019 ; BALTZER, VALENTIN, *Aktienrechtliche Geschäftsführungsverantwortlichkeit und zertifizierte Manage-* 40

81 Arrêt du tribunal fédéral allemand du travail (BAG) 10 AZB 43/14 du 17 septembre 2014 ; Arrêt du tribunal social fédéral allemand (BSG) B 12 R 2/14 R du 11 novembre 2015, cf. ATF 145 V 200 consid. 3.1.

82 ATF 145 V 200 consid. 3.1.

83 ATF 145 V 200 consid. 4.4.1.

84 ATF 145 V 200 consid. 4.4.2.

85 ATF 145 V 200 consid. 4.5.1.

86 ATF 145 V 200 consid. 4.5.3.

87 ATF 145 V 200 consid. 4.6.3.

88 ATF 145 V 200 consid. 4.6.4. A noter que dans un Arrêt du Tribunal fédéral 8C\_433/2019 du 20 décembre 2019, le TF – tout en confirmant l'ATF 145 V 200 (consid. 4.2 et 5.2.4) –, a réitéré sa jurisprudence selon laquelle un actionnaire d'une SA ne saurait être assimilé à un employeur, au sens de la LACI, en raison de sa seule participation minoritaire au capital-actions de la SA. Il faut analyser l'influence concrète que l'actionnaire peut exercer sur les décisions sociales (consid. 5.2 ss). Un actionnaire détenant 25% du capital-actions et ayant été licencié de ses fonctions d'administrateur et de directeur général ne pouvait plus exercer une influence décisive sur la société (consid. 5.2.4). La qualité d'actionnaire minoritaire ne peut donc pas être assimilée à celle d'un associé d'une Sàrl (consid. 5.2.3.1). Sur cet arrêt, voir également ELISABETH BERGER, *Neues aus dem BGer*, RSAS 2020, p. 101 ss.

89 Arrêt du Tribunal fédéral 4A\_187/2018 du 21 février 2019.

90 Arrêt du Tribunal fédéral 4A\_187/2018 du 21 février 2019 consid. 4.1.

91 Arrêt du Tribunal fédéral 4A\_187/2018 du 21 février 2019 consid. 4.2.

92 Arrêt du Tribunal fédéral 4A\_79/2019 du 8 avril 2019.

93 Arrêt du Tribunal fédéral 4A\_79/2019 du 8 avril 2019 consid. 3.2.

94 Arrêt du Tribunal fédéral 4A\_79/2019 du 8 avril 2019 consid. 5.

mentsysteme : ein Beitrag zur Corporate Governance und zum Einfluss von Drittstandards auf die zivilrechtliche Haftung insbesondere nach Art. 754 Abs. 1 OR, Thèse Bâle 2019 ; BÜHLER, THEODOR, Geschichte des Aktienrechts in der Schweiz 1863-1991, Zurich 2019 ; DUPASQUIER, ULYSSE, Le financement d'une jeune société : environnement légal et rapports entre les acteurs du financement de jeunes sociétés anonymes, dans le cadre du financement par fonds étrangers et fonds propres, du financement participatif et des ICO, Thèse Bâle 2019 ; GÖTZ, CLAUDIA, Unternehmensinterne Untersuchungen, Zurich 2019 ; GRIEDER, DAVID, Die Rechtsnatur der aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsklage, Thèse Bâle 2019 ; HACHMANN, CHRISTIAN, Zahlungsunfähigkeit in der aktienrechtlichen Sanierung, in : Sprecher (édit.), Sanierung und Insolvenz von Unternehmen IX : neue Entwicklungen, Zurich 2019, p. 99 ss ; HENNINGER, JULIA, Die Pflichtteilsproblematik bei der Unternehmensnachfolge : am Beispiel der Familienaktiengesellschaft, Thèse Zurich 2019 ; KARAMETAXAS, XENIA, L'engagement des investisseurs institutionnels : enjeux et perspectives de la prise de décisions collectives, Thèse Genève 2019 ; KUMMER, ANGELA, Statutarische Gestaltungsmöglichkeiten im Bereich von «Say on Pay», Thèse 2019 ; MÜLLER, ROLAND / VENTURI ZEN-RUFFINEN MARIE-NOËLLE / MONNIER JÉRÔME, Guide pratique du conseil d'administration : outils et modèles pour une gestion efficace, Zurich 2019 ; OLGATI, LORENZO, Aktionärsvertreter im Verwaltungsrat von Publikumsgesellschaften – Möglichkeiten und Schranken der Einflussnahme durch Grossaktionäre, in : Reutter/Werlen, (édits), Kapitalmarkt : Recht und Transaktionen XIII, Zurich 2019, p. 67 ss ; PHILIPPIN, EDGAR, Le azioni di responsabilità nel diritto della società anonima, Lugano 2019 ; RIZVI, SALIM, Die Kompetenzen der Generalversammlung im Spannungsverhältnis zu den Kompetenzen des Verwaltungsrats, Thèse, 2<sup>e</sup> éd., Zurich 2019 ; STUTZ, BETTINA, Gerichtliche Sanierungsverfahren für Schweizer Aktien-

gesellschaften : unter Berücksichtigung des aktienrechtlichen Konzepts zur Auslösung von Sanierungsmassnahmen, Thèse Zurich 2019 ; TRIGO TRINDADE, RITA / BAHAR, RASHID / NERI-CASTRACANE, GIULIA (édits), Vers les sommets du droit : «Liber amicorum» pour Henry Peter, Genève 2019, p. 161 ss ; VOGT, HANS-UELI / MEIER, VALENTINA / HOFER, THOMAS, Statutarische Schiedsklauseln : nach dem Entwurf für ein neues Aktienrecht, Zurich 2019 ; WALTER, STEPHANIE, Die vertragliche Allokation rechtlicher Vollzugsrisiken bei privaten Aktienkäufen, Thèse Saint-Gall 2019.

### 3. Sàrl

HANDSCHIN, LUKAS / TRUNIGER, CHRISTOF, Die GmbH, 3<sup>e</sup> éd, Zurich 2019 ; THEUS SIMONI, Fabiana et al., Handbuch Schweizer GmbH-Recht – Musterdokumente, Checklisten und Übersichten für die Praxis, Bâle 2019.

### 4. RC

ZOLLINGER, MARKUS, Das (kaufmännische) Unternehmen : Eruierung des zivilrechtlichen Begriffs des (nach kaufmännischer Art geführten) Gewerbes unter Berücksichtigung kartell-, straf-, steuer- sowie sozialversicherungsrechtlicher Unternehmens- und Erwerbstätigkeitsbegriffe, Thèse Zurich 2019.

### 5. Droit comptable

BÖCKLI, PETER, OR-Rechnungslegung, 2<sup>e</sup> éd., Zurich 2019 ; RIEDERER, FLURIN, The impact of IFRS on domestic accounting rules : the case of Switzerland, Thèse Bâle 2019 ; PFAFF, DIETER ET AL. (édits), Rechnungslegung nach Obligationenrecht – veb.ch Praxiskommentar: mit Berücksichtigung steuerrechtlicher Vorschriften, 2<sup>e</sup> éd, Zurich 2019 ; SCHWARZ, ANGELICA MARIA, Die handels- und steuerrechtliche Behandlung von Daten : unter besonderer Berücksichtigung von verrechnungspreislichen Aspekten im internationalen Konzernverhältnis, Thèse Berne 2019.