

# Le droit suisse des sociétés en 2022 : Modifications législatives et jurisprudence partiellement commentée

Cette contribution propose un aperçu des principales modifications législatives et de la jurisprudence du Tribunal fédéral [TF] de l'année 2022 en droit suisse des sociétés. La section consacrée aux modifications législatives (chiffre I) revient sur l'entrée en vigueur des modifications du CO, 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.

<b>I. Modifications législatives</b> .....	84
<b>II. Jurisprudence</b> .....	84
<b>1. Société simple</b> .....	84
a) Absence de société simple dans le cas d'un groupe de sociétés .....	84
b) Nomination d'un liquidateur par le juge .....	84
c) Existence d'une société simple .....	85
<b>2. Société anonyme</b> .....	85
a) Dissolution selon les règles de la faillite ensuite d'une carence dans l'organisation (art. 731b al. 1 ch. 3 CO) .....	85
b) Contrat avec soi-même .....	87
c) Institution d'un contrôle spécial .....	88
d) Mesure en cas de carence dans l'organisation de la société (art. 731b al. 1 CO) .....	89
e) Responsabilité des administrateurs – définition de la faute .....	89

## Citation:

DAMIANO CANAPA / ARTHUR GRISONI / MARINE ANTONOFF / DANIELA GHERCIU, Le droit suisse des sociétés en 2022 : Modifications législatives et jurisprudence partiellement commentée, sui generis 2024, p. 83

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. Daniela Gherciu, MLaw, Assistante doctorante à l'Université de Lausanne. Les auteurs remercient Me Cédric Ballenegger pour sa relecture attentive de leur contribution.

DOI : <https://doi.org/10.21257/sg.254>

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 Le 1<sup>er</sup> janvier 2022, sont entrés en vigueur les art. 964a à 964c et 964j à 964l CO,<sup>1</sup> qui portent respectivement sur la transparence sur les questions non financières, et sur les devoirs de diligence et de transparence en matière de minerais et de métaux provenant de zones de conflit et en matière de travail des enfants. Ils sont issus du contre-projet indirect à l'initiative populaire « Entreprises responsables – pour protéger l'être humain et l'environnement ». L'ODiTr<sup>2</sup>, qui précise le champ d'application des devoirs de diligence et de l'obligation de faire rapport auxquels sont soumises les entreprises, est entrée en vigueur à la même date. Les premiers rapports tirés de ces dispositions ont été publiés en 2024.
- 2 Les art. 964a à 964c CO s'appliquent aux entreprises remplissant les conditions de l'art. 964a CO et leur imposent l'obligation d'établir et de publier un « rapport sur les questions non financières », devant ensuite être approuvé par l'organe suprême de direction ou d'administration et par l'organe compétent pour l'approbation des comptes annuels. Cette transparence vise une transition vers une pratique commerciale axée sur la durabilité et sur l'information des différentes parties prenantes (fournisseurs, clients, salariés, grand public, etc.) au sujet de l'impact social et environnemental des entreprises soumises à la réglementation.
- 3 Les art. 964j à 964l CO, inspirés du Règlement (UE) 2017/821<sup>3</sup>, concernent toutes les sociétés ayant leur siège, administration centrale ou établissement principal en Suisse, actives dans les domaines des minerais ou métaux provenant de zones de conflit ou à haut risque, ou dans ceux où existe un soupçon fondé de recours au travail d'enfants. Celles-ci sont tenues de respecter des devoirs de diligence, dont la vérification est effectuée par un expert indépendant. Elles sont tenues d'établir et de publier un « rapport sur la mise en œuvre des devoirs de diligence ». En imposant ces nouvelles obligations aux entreprises, le législateur suisse a souhaité, sans y parvenir, se rapprocher des réglementations internationales déjà existantes<sup>4</sup>.

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

2 Ordonnance sur les devoirs de diligence et de transparence en matière de minerais et de métaux provenant de zones de conflit et en matière de travail des enfants du 3 décembre 2021 (ODiTr ; RS 221.433).

3 Règlement (UE) 2017/821 du Parlement européen et du Conseil du 17 mai 2017 fixant des obligations liées au devoir de diligence à l'égard de la chaîne d'approvisionnement pour les importateurs de l'Union qui importent de l'étain, du tantale et du tungstène, leurs minerais et de l'or provenant de zones de conflit ou à haut risque.

4 A ce sujet, voir p. ex. : DAMIANO CANAPA / EVELYNE SCHMID / ELENA CIMA, in : Tercier/Trigo Trindade/Canapa (édit.), Commentaire romand, Code des obligations II, 3<sup>ème</sup> éd., Bâle 2014, Art. 964a N 54 ss ; GIULIA NERI-CASTRACANE / DAMIANO CANAPA / TEYMOUR BRANDER, The Swiss and European Legislations on Business Human Rights : Gaps, extra-territorial application and reform needed towards har-

En cas d'inobservation des prescriptions relatives à l'établissement des rapports, des sanctions pénales sont prévues par l'art. 325<sup>ter</sup> CP<sup>5</sup>. Aucune sanction pénale n'est cependant prévue en cas de violation du devoir de diligence (art. 964k CO).

## II. Jurisprudence

### 1. Société simple

#### a) Absence de société simple dans le cas d'un groupe de sociétés<sup>6</sup>

Le contrat de société simple présuppose que deux ou plusieurs personnes conviennent d'unir leurs efforts ou ressources afin d'atteindre un but commun. Confirmant la décision de l'instance inférieure, le TF nie dans le cas d'espèce l'existence d'un tel contrat – et la responsabilité qui en découlerait<sup>7</sup> – entre les sociétés d'un groupe. D'une part, le lien d'interdépendance entre les sociétés ne dépassait pas le cadre habituel de celui d'un groupe de sociétés et, d'autre part, il n'existait aucun indice pouvant mener à la conclusion d'un contrat de société simple<sup>8</sup> : (1) un contrat contenant des garanties indiquait que les sociétés du groupe n'avaient ni la volonté de conclure un contrat de société simple ni d'être perçues comme telle<sup>9</sup> ; (2) la cosignature d'un contrat de prestation de services par la recourante et l'une des filiales du groupe ne suffisait pas à créer une interdépendance allant au-delà de ce qui est habituel dans ce cadre ; et (3) l'objectif commun de la distribution de produits du groupe ne dépassait pas ce qui se fait habituellement dans un tel cas<sup>10</sup>.

#### b) Nomination d'un liquidateur par le juge<sup>11</sup>

Le juge peut nommer le liquidateur d'une société simple de deux manières : (1) chaque associé peut demander au juge la nomination d'un liquidateur *dans le cadre de l'exécution de la liquidation* ; et (2) chaque associé peut demander directement la nomination judiciaire d'un liquidateur selon l'art. 583 al. 2 CO, qui régit la question en droit de la société en nom collectif et qui s'applique par analogie à la société simple. Dans le premier cas, l'action relève de la juridiction contentieuse et suit la procédure ordinaire (art. 219 ss CPC<sup>12</sup>), alors que dans le second, la

monization, European Business Organization Law Review 2024 (à paraître) ; CHRISTINE KAUFMANN / SERGE BIGGOER, in : Nobel/Müller (édit.), Berner Kommentar, Das Aktienrecht – Kommentar der ersten Stunde, Berne 2023, Art. 964a N1.

5 Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (CP ; RS 311.0).

6 ATF 149 III 71.

7 ATF 149 III 71, consid. 5.1.3.

8 ATF 149 III 71, consid. 5.1.1 et 5.1.3.

9 ATF 149 III 71, consid. 5.1.1 et 5.1.2.

10 ATF 149 III 71, consid. 5.1.3.

11 Arrêt du Tribunal fédéral 4A\_110/2021 du 28 février 2022.

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

requête relève de la juridiction gracieuse et est soumise à la procédure sommaire (art. 250 let. c ch. 3 CPC)<sup>13</sup>.

7 Dans les deux cas, la nomination d'un liquidateur requiert que la société simple soit en liquidation; tel est en principe le cas lorsque la société est dissoute (art. 550 al. 1 CO). Si une action en liquidation tend aussi à la nomination d'un liquidateur, l'objet du litige est en premier lieu la question de la dissolution et de la liquidation de la société. Si la demande tend uniquement à la nomination d'un liquidateur (juridiction gracieuse), le juge s'assure uniquement que la dissolution et l'entrée en liquidation de la société ne sont pas litigieuses, de sorte que la liquidation peut être envisagée; il n'a pas à examiner s'il existe une cause de dissolution<sup>14</sup>. Par conséquent, si un litige existe entre les associés en lien avec la dissolution et l'entrée en liquidation de la société simple, le juge ne viole pas le droit fédéral s'il rejette une requête tendant uniquement à la nomination d'un liquidateur et qu'il n'analyse pas si une cause de dissolution existe effectivement. Il est alors indifférent qu'une cause de dissolution fût intervenue *ex lege* – par exemple à cause de l'impossibilité subséquente d'atteindre le but social (art. 545 al. 1 ch. 1 CO)<sup>15</sup>.

### c) Existence d'une société simple<sup>16</sup>

8 En 2022, le TF s'est intéressé à deux reprises à la question des conditions d'existence d'une société simple (arrêts TF 4A\_110/2021 et TF 4A\_610/2021).

9 La première affaire a donné l'occasion au TF de rappeler qu'une société simple présuppose que les associés orientent leurs comportements futurs vers la poursuite d'un but commun, qui se confond avec la réalisation de leurs intérêts. Le but commun est un objectif partagé par l'ensemble des associés, à la réalisation duquel ils contribuent tout en étant prêts à supporter un éventuel échec<sup>17</sup>. Partant, le gérant d'une Sàrl membre d'une société simple, qui intervient sans assumer d'obligation et qui ne poursuit pas d'intérêts propres à la réalisation du but de la société simple, ne saurait être qualifié d'associé de cette société<sup>18</sup>.

10 Dans la seconde affaire, le couple Z., de nationalité allemande, était convenu oralement avec A. que ce dernier acquerrait en son nom un bien immobilier sis en Suisse au moyen des fonds remis par le couple Z. pour une durée indéterminée et sans intérêts. A. avait la jouissance du bien

et s'était engagé à le laisser à disposition des époux Z., ou de leurs amis, sans contrepartie. Le TF a constaté qu'il était nécessaire, préalablement à toute application du droit, de qualifier selon le droit suisse (*lex fori*) le contrat liant les époux Z. et A. (art. 117 LDIP<sup>19</sup>)<sup>20</sup>. Confirmant l'arrêt de la dernière instance cantonale, le TF a jugé que la volonté réelle et concordante des parties consistait en la mise en commun de ressources et capacités pour atteindre le but commun du partage de la jouissance du bien immobilier, ce qui correspond aux caractéristiques d'un contrat de société simple (art. 530 al. 1 CO)<sup>21</sup>. Dans ce cadre, la notion d'apport « appréhende toute prestation susceptible de favoriser la réalisation du but social »<sup>22</sup>, y compris la capacité à acquérir un bien immobilier (liquidités).

## 2. Société anonyme

### a) Dissolution selon les règles de la faillite ensuite d'une carence dans l'organisation (art. 731b al. 1 ch. 3 CO)<sup>23</sup>

#### aa) Résumé

L'ordonnance de dissolution en cas de carence dans l'organisation de la SA (art. 731b al. 1<sup>bis</sup> ch. 3 CO) débouche en principe sur une procédure de faillite ordinaire. Cependant, la société n'étant alors pas nécessairement surendettée ou insolvable, les dispositions de la LP<sup>24</sup> s'appliquent uniquement par analogie<sup>25</sup>. Il ne s'agit pas d'un prononcé d'office d'une faillite (art. 192 LP) ni d'un cas (motif) supplémentaire de faillite, car la procédure n'est pas initiée par la faillite (que ce soit en suite de la poursuite d'un créancier [art. 166 LP], de l'insolvabilité [art. 190 al. 1 ch. 2 LP] ou du surendettement [art. 725 CO]), mais par l'exécution d'une décision judiciaire de dissolution. L'ordonnance de dissolution prononcée par le juge civil est seulement assimilée fonctionnellement (pour le déroulement de la procédure de faillite) à une décision de faillite<sup>26</sup>; il n'existe pas de déclaration de faillite prononcée par le juge de la faillite, qui pourrait notamment être révoquée en application de l'art. 195 LP<sup>27</sup>.

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

20 Arrêt du Tribunal fédéral 4A\_610/2021 du 24 novembre 2022, consid. 4.

21 Arrêt du Tribunal fédéral 4A\_610/2021 du 24 novembre 2022, consid. 4.1.

22 Arrêt du Tribunal fédéral 4A\_610/2021 du 24 novembre 2022, consid. 4.2.

23 ATF 148 III 194.

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

25 ATF 148 II 194, consid. 5.1.1; ATF 141 III 43, consid. 2.5.1.

26 Le principe de l'unité de la faillite (art. 55 LP) implique que l'ouverture d'une faillite exclut la dissolution judiciaire de la SA selon l'art. 731b al. 1<sup>bis</sup> ch. 3 CO et inversement, cf. arrêt du Tribunal fédéral 5A\_137/2013 du 12 septembre 2013, consid. 1.2; FRANCO LORANDI, *Aktivenüberschuss im Konkursverfahren zufolge Organisationsmängel*, PCEF 2022, p. 453 ss.

27 ATF 148 III 194, consid. 5.1.1.

13 Arrêt du Tribunal fédéral 4A\_110/2021 du 28 février 2022, consid. 4.1.

14 Arrêt du Tribunal fédéral 4A\_110/2021 du 28 février 2022, consid. 4.1.

15 Arrêt du Tribunal fédéral 4A\_110/2021 du 28 février 2022, consid. 4.2.

16 Arrêt du Tribunal fédéral 4A\_139/2022 du 9 septembre 2022; arrêt du Tribunal fédéral 4A\_610/2021 du 24 novembre 2022.

17 Arrêt du Tribunal fédéral 4A\_139/2022 du 9 septembre 2022, consid. 5.3.1.

18 Arrêt du Tribunal fédéral 4A\_139/2022 du 9 septembre 2022, consid. 5.3.2.

12 Les organes qui présentent une carence ne pouvant, pour des motifs tendant à la protection des créanciers, être nommés liquidateurs, la *ratio legis* de l'art. 731b al. 1<sup>bis</sup> ch. 3 CO consiste à mettre en place un système organisé par lequel la société dissoute est liquidée sous contrôle de l'office des faillites, lequel demeure compétent pour mettre en œuvre la procédure de faillite de par l'application par analogie des dispositions de la LP<sup>28</sup>. Les créanciers peuvent nommer une administration spéciale de la faillite et/ou une commission de surveillance (art. 237 et 253 LP)<sup>29</sup>. Le juge de la faillite est compétent pour toutes les décisions prises dans le cadre de la procédure de faillite que lui attribue la loi (sauf la révocation de la faillite, étant donné que celle-ci n'a jamais été ouverte); il n'y pas d'attraction de compétence à l'endroit du juge civil ayant prononcé la dissolution pour cause de carence<sup>30</sup>.

13 Si un excédent d'actifs existe à l'échéance de la procédure de liquidation, il doit en premier lieu être utilisé par l'office des faillites pour couvrir les intérêts des créances des créanciers colloqués, qui ont couru depuis le début de la procédure<sup>31</sup>. Le solde éventuel (excédent d'actifs net) doit être restitué au débiteur failli, c'est-à-dire aux organes de la société, qui recouvrent leur pouvoir de disposer de cet actif après la clôture de la procédure de faillite. A défaut de dispositions statutaires contraires, l'excédent est réparti entre les associés. Il ne saurait être reproché à l'office des faillites, respectivement à son autorité de surveillance, de ne pas procéder à la répartition de l'excédent d'une société liquidée par voie de faillite ensuite de sa dissolution pour carence dans l'organisation<sup>32</sup>. Cette tâche – y compris la détermination des actionnaires – incombe aux organes; à défaut de base légale, l'office des faillites n'est pas compétent<sup>33</sup>. En l'absence d'organe, l'office doit consigner l'excédent d'actifs net à la caisse des dépôts et consignations (art. 9, 24 et 264 al. 3 LP, par analogie)<sup>34</sup>.

#### bb) Commentaire

14 Les dissolutions suivies de liquidation de sociétés se soldant par un excédent de liquidation sont (très) rares. Une exception à la règle concerne les cas où la liquidation selon les règles de la faillite fait suite à une dissolution par le juge civil pour cause de carence dans l'organisation de la société (qui n'est pas en même temps surendettée,

cf. art. 731<sup>bis</sup> al. 4 *a contrario*). Bien que l'office des faillites soit compétent pour mettre en œuvre la procédure de faillite suite à une telle dissolution<sup>35</sup>, la situation est plus proche d'une dissolution au sens des art. 736 ss CO que d'une procédure de faillite *stricto sensu*.

Aussi, les pouvoirs des organes sociaux sont limités aux 15 actes nécessaires à la liquidation, qui, de par leur nature, n'échoient pas aux liquidateurs (art. 739 al. 2 CO); la répartition d'un éventuel excédent d'actifs nets fait typiquement partie de ces actes pour lesquels les organes demeurent compétents et la SA garde par conséquent sa personnalité juridique aussi longtemps que cette répartition entre les actionnaires n'est pas terminée (art. 739 al. 1 CO)<sup>36</sup>. L'organe compétent pour la répartition de l'excédent de liquidation est, dans un tel cas, le conseil d'administration [CA] (les statuts pouvant prévoir un autre organe), à l'exclusion de l'office des faillites, puisqu'il s'agit ici d'une opération régie par les statuts et les dispositions du droit des sociétés et qui a lieu en dehors et après la clôture de la procédure de faillite<sup>37</sup>. Toute décision de l'office des faillites concernant la répartition de l'excédent de liquidation doit, en l'absence de compétence, être considérée comme nulle (art. 22 LP)<sup>38</sup>.

Avec LORANDI, il faut admettre que les principes de 16 l'ATF 148 III 194, posés dans une situation où la société se trouvait en situation de carence, s'appliquent aussi s'agissant de la répartition de l'excédent d'actifs net lorsque la faillite a été prononcée par le juge de la faillite<sup>39</sup>.

En l'absence d'organe, la mission de l'office des faillites 17 prend fin au moment de la consignation d'un éventuel excédent de liquidation et la faillite peut alors être clôturée par le juge de la faillite (art. 268 al. 2 LP), lequel demeure compétent pour toute décision de faillite que lui attribue la loi (sauf la révocation de la faillite)<sup>40</sup>. Si des créances d'intérêts – que les créanciers sociaux peuvent faire valoir pour la période suivant l'ouverture de la faillite lorsqu'il existe un excédent d'actifs<sup>41</sup> – ne sont pas entièrement

28 ATF 148 III 194, consid. 5.1.1 et 5.1.2.

29 ATF 148 III 194, consid. 5.1.2.

30 ATF 148 III 194, consid. 5.1.2. Le prononcé judiciaire de la dissolution par le juge civile ne fait pas obstacle à une éventuelle suspension de la faillite faute d'actif (art. 230 et 230a LP) prononcée par le juge de la faillite, cf. LORANDI (n. 26), p. 456.

31 ATF 148 II 194, consid. 5.1.3; ATF 129 III 559 consid. 3.3; arrêt du Tribunal fédéral 5A\_324/2015 du 21 août 2015, consid. 4.2.2.

32 ATF 148 III 194, consid. 5.2.

33 ATF 148 III 194, consid. 5.1.2 et 5.2.

34 ATF 148 III 194, consid. 5.1.3.

35 ATF 148 III 194, consid. 5.1.2.

36 Même avis: ISABELLE CHABLOZ / ALEXANDRA VRACA, Das Gesellschaftsrecht 2021/2022, RSDA 2022, p. 267 ss.

37 Cf. LORANDI (n. 26), p. 454 s., pour qui les membres du CA et de la direction sont compétents pour procéder à la répartition, à condition d'être habilités à représenter passivement la société. Selon CHABLOZ / VRACA (n. 36), p. 267, il appartient aux actionnaires, en cas de consignation de l'excédent d'actifs, d'organiser une AG dans le but d'élire un administrateur compétent pour procéder à la répartition de ces deniers.

38 Même avis: LORANDI (n. 26), p. 455.

39 LORANDI (n. 26), p. 454.

40 ATF 148 III 194, consid. 5.1.2.

41 L'art. 209 al. 1 LP ne s'applique en effet pas dans une telle situation, cf. ATF 129 III 559, consid. 3.3. L'office des faillites doit informer par voie de circulaire les créanciers de la faillite d'un excédent de liqui-

couvertes, la réalisation se poursuit : la faillite n'a pas à être révoquée (art. 195 al. 1 ch. 1 LP) au motif que le tableau de distribution laisse apparaître que la masse passive (qui ne comprend pas les intérêts) est couverte par les actifs<sup>42</sup>.

- 18 Selon l'art. 731b al. 4 CO, si les liquidateurs constatent un surendettement durant la liquidation de la société suite à une carence dans l'organisation, ils en informent le juge de la faillite, qui prononce alors la faillite. Dans un tel cas, la LP s'applique dans son ensemble, à l'exception de la révocation selon l'art. 195 LP<sup>43</sup>.
- 19 L'ajout – issu de la révision du droit du registre du commerce du 17 mars 2017<sup>44</sup> – de ce quatrième alinéa à l'art. 731b CO, permet aussi l'application des art. 163 ss CP en cas de liquidation d'une société surendettée présentant une situation de carence dans son organisation, comblant une « lacune »<sup>45</sup> du droit pénal. En effet, le TF avait précédemment jugé que la dissolution judiciaire d'une société au sens de l'art. 731b al. 1<sup>bis</sup> ch. 3 CO ne réalisait pas la condition objective de punissabilité des dispositions pénales précitées – la faillite ou la délivrance d'un acte de défaut de biens –, mais que la faillite devait être prononcée<sup>46</sup>. De même, les créanciers ne peuvent agir en responsabilité contre les organes et/ou les liquidateurs au sens de l'art. 757 CO aussi longtemps que la faillite n'a pas été prononcée ; tel n'est pas le cas lorsque

dation, tout comme du fait qu'ils peuvent faire valoir des intérêts pour la période postérieure à l'ouverture de la faillite, cf. LORANDI (n. 26), p. 454.

42 Arrêt du Tribunal fédéral 5A\_324/2015 du 21 août 2015, consid. 4.2.2. *A contrario*, la faillite qui se solde par un excédent d'actifs et qui n'a pas été prononcée en raison d'une situation de carence dans l'organisation de la société peut être révoquée par le juge de la faillite à la demande du débiteur, suite à l'extinction de toutes les créances de la faillite (art. 195 al. 1 ch. 1 LP), cf. LORANDI (n. 26), p. 455 (en référence à l'arrêt du Tribunal fédéral 5A\_159/2018 du 24 octobre 2018, consid. 3.5.4).

43 ATF 141 III 43, consid. 2. Contra : FRANCO LORANDI, *Konkursverfahren über Handelsgesellschaften zufolge Organisationsmangel* (Art. 731b OR), BLSchK 2012, p. 49ss, pour qui une application par analogie de l'art. 195 LP est possible, dans la mesure où, d'une part, le défaut dans l'organisation a été corrigé ultérieurement conformément aux dispositions applicables et que, d'autre part, les conditions de l'art. 195 LP sont remplies. Il faut, en d'autres termes, pour que l'art. 195 LP puisse s'appliquer, que le défaut d'organisation soit corrigé pendant la procédure de faillite et, cumulativement, qu'il en résulte un excédent d'actifs à la fin de la procédure. Voir également CHABLOZ/VRACA (n. 36), p. 267ss, selon qui le prononcé judiciaire de la faillite selon l'art. 731b al. 4 CO n'équivaut pas à la décision (irrévocable) du juge civil prononçant la dissolution et la liquidation de la société (art. 731b al. 1<sup>bis</sup> ch. 3 CO), bien que cette liquidation soit régie par analogie par les dispositions de la LP ; et les auteures de conclure qu'une telle décision de faillite devrait pouvoir être révoquée pour permettre l'application de l'art. 171<sup>bis</sup> al. 1 aCP (abrogé depuis le 1<sup>er</sup> juillet 2023).

44 RO 2020 957; Message concernant la modification du code des obligations (Droit du registre du commerce) du 15 avril 2015 (FF 2015 3255).

45 Aux dires du TF, ils s'agirait plutôt d'un silence qualifié, cf. ATF 148 IV 170, consid. 3.4.8.

46 ATF 148 IV 170, consid. 3ss et 3.4.8 ; CHABLOZ/VRACA (n. 36), p. 268.

la société est dissoute judiciairement sur la base de l'art. 731b al. 1<sup>bis</sup> ch. 3 CO<sup>47</sup>.

## b) Contrat avec soi-même<sup>48</sup>

Le droit suisse est muet s'agissant de la réglementation des actes juridiques faits pour le propre compte (contrat conclu avec soi-même et double représentation). Pour le TF, ce type d'acte est inadmissible (*unzulässig*) et dépourvu de validité (*ungültig*), sauf si (i) la nature de l'affaire exclut tout risque pour le représenté – par exemple si elle est conclue aux conditions du marché (« *at arm's length* ») –, (ii) que le représenté consent à l'acte *a priori* ou (iii) qu'il le ratifie *a posteriori*. Ces principes s'appliquent à la représentation légale de la personne morale par ses organes : le pouvoir de représentation est présumé exclu pour tout acte où les intérêts de la personne morale et ceux de son représentant sont en conflit. Dans un tel cas, le consentement ou la ratification doit émaner d'un organe de même rang ou d'un rang supérieur<sup>49</sup>.

A l'exception des restrictions émanant, pour les entreprises cotées, de la mise en œuvre de l'initiative populaire « contre les rémunérations abusives »<sup>50</sup>, le CA peut être compétent pour régler sa propre rémunération<sup>51</sup>. *In casu*, le TF a jugé qu'un « contrat de travail et de mandat » conclu entre, d'une part, le président du CA A., et, d'autre part, la société Z. SA, représentée pour l'occasion par l'administrateur B. et le directeur D., constituait un contrat avec soi-même non valable (et donc nul). En effet, seuls A. et B., les deux administrateurs de Z. SA, disposaient du pouvoir de signature collective à deux. Le directeur D. avait quant à lui été investi pour l'occasion, par A. et B., d'un pouvoir spécial de signer le contrat aux côtés de B., alors qu'il était habituellement lié par les instructions du CA. Cette cession du pouvoir de signature de A. à D. constituait un contournement inadmissible de l'interdiction de conclure un contrat avec soi-même (étant précisé que A. et B. n'étaient pas les seuls actionnaires de Z. SA)<sup>52</sup>.

47 Cf. Message du Conseil fédéral concernant la loi fédérale sur la lutte contre l'usage abusif de la faillite (modification de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, du code des obligations, du code pénal, du code pénal militaire et de la loi sur le casier judiciaire) du 26 juin 2019 (FF 2019 4977), p. 4993.

48 Arrêt du Tribunal fédéral 4A\_488/2021 du 4 mars 2022.

49 Sur l'ensemble, cf. arrêt du Tribunal fédéral 4A\_488/2021 du 4 mars 2022, consid. 5.3.2.

50 RO 2013 1303.

51 Arrêt du Tribunal fédéral 4A\_488/2021 du 4 mars 2022, consid. 5.3.1.

52 Arrêt du Tribunal fédéral 4A\_488/2021 du 4 mars 2022, consid. 5.4. Le contrat de travail conclu de la sorte ne bénéficie pas de la protection de l'art. 320 al. 3 CO : l'employé n'est pas de bonne foi lorsqu'il exécute sa prestation de travail, cf. Arrêt du Tribunal fédéral 4A\_488/2021 du 4 mars 2022, consid. 6.2.

## c) Institution d'un contrôle spécial<sup>53</sup>

### aa) Résumé

- 22 En 2022, en lien avec l'institution d'un contrôle spécial, le TF a abordé à deux reprises (arrêts TF 4A\_63/2022 et TF 4A\_572/2021) la question de la *vraisemblance* de la violation de la loi ou des statuts ayant causé un préjudice à la société ou aux actionnaires. Suite au refus de l'AG de donner suite à une requête visant l'institution d'un contrôle spécial, les actionnaires représentant au moins 10% du capital-actions peuvent, dans les trois mois, demander au tribunal la désignation d'un contrôleur spécial (art. 697b al. 1 aCO<sup>54</sup>). Le contrôle spécial doit avoir pour objet des faits concrets (à élucider) et l'information requise doit permettre à l'actionnaire d'exercer ses droits en connaissance de cause<sup>55</sup>.
- 23 Suivant l'art. 697b al. 2 aCO, les requérants doivent rendre vraisemblable (*glaubhaft machen*) que des fondateurs ou des organes ont violé la loi ou les statuts et qu'ils ont ainsi causé un préjudice à la société ou aux actionnaires. Cette question relève de l'appréciation des preuves, que le TF ne revoit que sous l'angle de l'arbitraire<sup>56</sup>. Si le législateur a refusé d'exiger des actionnaires qu'ils apportent une preuve stricte de la violation et du dommage (le contrôle spécial relève de la procédure sommaire [art. 250 let. c ch. 8 CPC]), il n'a pas non plus souhaité accorder le contrôle spécial trop aisément : la requête tendant à la nomination d'un contrôleur spécial présuppose donc l'absence de connaissance des faits dont le requérant demande la clarification par le contrôleur spécial, faute de quoi le requérant n'a pas d'intérêt à agir<sup>57</sup>. Il s'agit d'empêcher les démarches abusives ou quérulentes ainsi que les « les prospections tous azimuts ou autres *'fishing expeditions'* en quête d'éventuelles irrégularités qui ne sont étayées par aucun indice »<sup>58</sup>.
- 24 Pour déterminer la vraisemblance de la violation de la loi ou des statuts ayant causé le préjudice, le tribunal doit s'interroger sur la plausibilité des soupçons émis en procédant à une pesée des intérêts. Alors que de simples

53 Arrêts du Tribunal fédéral 4A\_63/2022 du 5 août 2022 et 4A\_572/2021 du 24 février 2022. A noter que ces arrêts ont été rendus sous l'empire de l'ancien droit. La réglementation de l'examen spécial (ancien contrôle spécial) a fait l'objet de modification avec la révision du droit de la SA du 19 juin 2020, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2023 (RO 2020 4005).

54 Abrogé depuis le 1<sup>er</sup> juillet 2023.

55 Arrêt du Tribunal fédéral 4A\_63/2022 du 5 août 2022, consid. 4.1.2 et 4.1.3.

56 Arrêt du Tribunal fédéral 4A\_63/2022 du 5 août 2022, consid. 4.3.2. Voir également arrêt du Tribunal fédéral 4A\_572/2021 du 24 février 2022, consid. 5.1.

57 Arrêt du Tribunal fédéral 4A\_63/2022 du 5 août 2022, consid. 4.1.4 ; arrêt du Tribunal fédéral 4A\_572/2021 du 24 février 2022, consid. 5.1 et 5.2.2.

58 Arrêt du Tribunal fédéral 4A\_63/2022 du 5 août 2022, consid. 4.1.4.

affirmations ne sauraient suffire, il n'est pas nécessaire de recueillir l'intime conviction du tribunal quant à l'existence des faits allégués. Une certaine probabilité est suffisante, même s'il est possible que les faits ne soient pas avérés. En revanche, un risque abstrait de conflit d'intérêts n'est pas, en soi, un motif suffisant pour justifier un contrôle spécial<sup>59</sup>.

Sur le fond, le TF a eu l'occasion de répéter, dans l'arrêt 25 TF 4A\_572/2021, que l'intérêt (légitime) de la société à préserver ses secrets d'affaires n'est pas pertinent dans le cadre de la décision du tribunal d'ordonner un contrôle spécial ; cet intérêt ne saurait donc priver le requérant de son intérêt juridique digne de protection à l'institution d'un contrôle spécial. Les secrets d'affaires sont pris en compte à un stade ultérieur de la procédure, dans le cadre du rapport dans lequel le contrôleur spécial rend compte du résultat de son contrôle (art. 697e aCO)<sup>60</sup>. L'institution d'un contrôle spécial ayant pour but d'établir des faits concrets, le contrôleur spécial ne saurait procéder à une appréciation juridique ou à un jugement de valeur sur la gestion ou d'autres décisions discrétionnaires<sup>61</sup>.

### bb) Commentaire

Les arrêts du Tribunal fédéral 4A\_63/2022 du 5 août 2022 26 et 4A\_572/2021 du 24 février 2022, dès lors qu'ils concernent la définition de la « vraisemblance », demeurent d'actualité après l'entrée en vigueur, le 1 janvier 2023, de la révision du droit de la SA du 19 juin 2020, qui a modifié l'institution du contrôle spécial<sup>62</sup>.

En ce qui concerne les conditions d'exercice du droit à 27 l'institution d'un *examen spécial*, nouvel intitulé du contrôle spécial, l'art. 697d al. 3 CO prévoit que le tribunal l'ordonne s'il est rendu *vraisemblable* qu'une disposition de la loi ou des statuts a été violée et « que cette violation est *de nature* à porter préjudice à la société ou aux actionnaires » (italique ajouté). Les conditions d'exercice de l'examen spécial ont donc été élargies en comparaison avec celles qui prévalaient sous le régime du contrôle spécial : un préjudice effectif n'a plus à être rendu vraisemblable. Cet élargissement est à saluer, puisque l'examen spécial – loin d'être une fin en soi, mais un instrument au service du droit – procure potentiellement des arguments aux actionnaires pour d'autres actions qu'ils pourraient exercer à l'encontre de la société ou de ses organes (p. ex. : action en responsabilité, action en restitution). Il est important que les actionnaires disposent d'outils efficaces

59 Arrêt du Tribunal fédéral 4A\_572/2021 du 24 février 2022, consid. 5.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 4A\_63/2022 du 5 août 2022, consid. 4.1.4.

60 Arrêt du Tribunal fédéral 4A\_572/2021 du 24 février 2022, consid. 6.2.2.

61 Arrêt du Tribunal fédéral 4A\_572/2021 du 24 février 2022, consid. 7.2.

62 DAMIANO CANAPA / ARTHUR GRISONI / MARINE ANTONOFF, *Le droit des sociétés en 2020 : Modifications législatives et jurisprudence*, sui generis 2021, p. 293, N2.

pour leur permettre d'évaluer les chances de succès d'une action ultérieure<sup>63</sup>.

#### d) Mesure en cas de carence dans l'organisation de la société (art. 731b al. 1 CO)<sup>64</sup>

- 28 En cas de carence au sens de l'art. 731b al. 1 CO, un actionnaire ou un créancier peut requérir du tribunal qu'il prenne l'une des mesures de l'art. 731b al. 1<sup>bis</sup> CO, qui constitue un catalogue exemplatif. En cas de blocage (*Pattsituation*), le tribunal peut ainsi prononcer la vente aux enchères des actions en vue de leur reprise par un actionnaire<sup>65</sup>. Bien que le législateur (comme dans le cas de l'action en dissolution [art. 736 ch. 4 CO]) ait accordé au tribunal une marge de manœuvre suffisante pour qu'il puisse prendre la mesure la plus appropriée au regard des circonstances<sup>66</sup>, ce dernier n'est pas libre pour autant dans l'exercice de son pouvoir d'appréciation. Les mesures de l'art. 731b al. 1<sup>bis</sup> CO se situent dans un rapport de gradation : la dissolution de la société (ch. 3) ne peut être prononcée qu'à titre d'*ultima ratio*, si des mesures moins incisives – décrites ou non par la loi – ne sont pas aptes à remédier au défaut d'organisation ou qu'elles sont demeurées sans succès (principe de la proportionnalité)<sup>67</sup>.
- 29 Les tribunaux cantonaux de dernière instance jouissent d'un large pouvoir d'appréciation en la matière et le TF ne revoit leurs décisions qu'avec retenue<sup>68</sup>. Dans l'arrêt TF 4A\_147/2022 du 2 mai 2022, le TF a confirmé le jugement de l'Obergericht du canton de Zoug, qui estimait que la

dissolution de la société constituait la seule mesure apte et nécessaire pour remédier au défaut d'organisation. Suivant l'analyse de la dernière instance cantonale, la société intimée souffrait depuis plus de trois ans d'un grave manque d'organisation, ne disposait d'aucun collaborateur, n'exerçait aucune activité économique, avait cessé son activité opérationnelle et ne présentait donc plus de «*going concern value*»<sup>69</sup>.

La procédure de carence dans l'organisation n'a pas pour but de clarifier ni de mettre en balance des intérêts particuliers, voire contradictoires, d'employés, créanciers ou actionnaires, et encore moins de les soutenir<sup>70</sup>. Dans un cas où la société a perdu sa raison d'être et se trouve déjà liquidée dans les faits, la vente aux enchères des actions ne constitue pas une mesure apte à remédier à la carence dans l'organisation. Un actionnaire dispose d'un intérêt digne de protection à la connaissance de la cause de la carence dans l'organisation de la société et au maintien de cette dernière (reprise des activités) en vue d'exercer les actions en restitution ou en responsabilité à l'encontre des anciens administrateurs. S'il est exact que cet intérêt n'est pas sauvegardé de la même manière dans le cadre d'une faillite ou d'une vente aux enchères d'actions, il ne contrebalance ni l'intérêt public à la suppression rapide du défaut d'organisation ni les intérêts privés des créanciers au maintien du substrat de responsabilité<sup>71</sup>.

#### e) Responsabilité des administrateurs – définition de la faute<sup>72</sup>

##### aa) Résumé

La faute est l'une des quatre conditions cumulatives permettant d'engager la responsabilité d'un administrateur au sens de l'art. 754 CO. La faute peut être intentionnelle ou résulter d'une négligence ; toute faute, même légère, est suffisante pour engager la responsabilité (une faute légère peut justifier une réduction de l'indemnité due par l'administrateur responsable)<sup>73</sup>.

La faute s'apprécie objectivement, à savoir en fonction du comportement que l'on peut raisonnablement attendre

63 A ce sujet, voir généralement WALTER STOFFEL / DAMIANO CANAPA, Droit d'information de l'actionnaire dans le nouveau droit de la SA : Entre tradition et innovation, in : Bahar/Canapa/Chabloz/Hari/Trigo Trindade (édit.), Modernisation du droit de la société anonyme du 19 juin 2020 : Conférences organisées par les Facultés de droit romandes, Berne 2023 (à paraître), p. 125 ss.

64 Arrêts du Tribunal fédéral 4A\_147/2022 du 2 mai 2022 et 4A\_222/2022 du 19 août 2022. Voir aussi arrêt du Tribunal fédéral 4A\_207/2022 du 17 octobre 2022. Dans ce dernier arrêt, le TF a jugé qu'un litige opposant deux administrateurs n'empêchait pas un CA composé de trois membres de prendre des décisions concernant la gestion des affaires. Par conséquent, une telle situation ne constituait pas un cas de blocage (*Pattsituation*) ni de carence dans l'organisation de la SA (consid. 3.3.1 à 3.3.4). Validant l'argument de l'Obergericht du canton de Zoug, le TF a encore indiqué que, dans le cas contraire, un défaut d'organisation existerait chaque fois qu'un conflit aurait lieu au sujet de la validité de l'inscription au registre du commerce d'un administrateur (consid. 3.3.2). Sur ce dernier arrêt, voir VALENTIN JENTSCH / LIA MÜLLER, Bundesgericht, I. zivilrechtliche Abteilung, Urteil 4A\_207/2022 vom 17. Oktober 2022, A.A. gegen B. AG, Massnahmen gemäss Art. 731b OR, PJA 2023 p. 644 ss.

65 Arrêt du Tribunal fédéral 4A\_147/2022 du 2 mai 2022, consid. 3.2 ; arrêt du Tribunal fédéral 4A\_222/2022 du 19 août 2022, consid. 3.

66 Arrêt du Tribunal fédéral 4A\_147/2022 du 2 mai 2022, consid. 3.1 et 3.2 ; arrêt du Tribunal fédéral 4A\_222/2022 du 19 août 2022, consid. 3.

67 Arrêt du Tribunal fédéral 4A\_147/2022 du 2 mai 2022, consid. 3.2 ; arrêt du Tribunal fédéral 4A\_222/2022 du 19 août 2022, consid. 3. Voir également arrêt du Tribunal fédéral 4A\_207/2022 du 17 octobre 2022, consid. 3.1.

68 Arrêt du Tribunal fédéral 4A\_147/2022 du 2 mai 2022, consid. 3.2 ; arrêt du Tribunal fédéral 4A\_222/2022 du 19 août 2022, consid. 3.

69 Arrêt du Tribunal fédéral 4A\_147/2022 du 2 mai 2022, consid. 4.

70 Arrêt du Tribunal fédéral 4A\_222/2022 du 19 août 2022, consid. 5.1. Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral a confirmé le jugement de l'Obergericht du canton de Zoug indiquant que la nomination d'un administrateur pour une durée de six mois, avec obligation de convoquer une AG afin de procéder à l'élection du conseil d'administration et de l'organe de révision, était une mesure appropriée, adéquate et nécessaire pour pallier le défaut d'organisation.

71 Arrêt du Tribunal fédéral 4A\_147/2022 du 2 mai 2022, consid. 4. Voir également le consid. 5, où le Tribunal fédéral rejette tour à tour les arguments de la recourante plaidant en faveur de la vente aux enchères des actions plutôt que la dissolution judiciaire de la société intimée.

72 Arrêt du Tribunal fédéral 4A\_292/2022 du 22 décembre 2022.

73 Arrêt du Tribunal fédéral 4A\_292/2022 du 22 décembre 2022, consid. 8.1.

de l'administrateur au vu des circonstances du cas d'espèce. L'administrateur ne saurait alléguer un défaut de formation ou de temps ; seules des circonstances exceptionnelles peuvent exempter de faute l'administrateur qui a manqué à ses devoirs (par exemple une incapacité de discernement au moment des faits reprochés, une contrainte absolue, une erreur inévitable sur les faits, un dol ou tout autre motif justificatif). Dans ces cas, l'absence de faute découle d'un comportement excusable de l'administrateur et non de la comparaison avec le comportement qu'aurait eu un administrateur raisonnable<sup>74</sup>. Le fait que l'administrateur responsable soit tenu de suivre les instructions d'une tierce personne ou d'un organe auquel il est subordonné n'est pas propre à exclure sa faute<sup>75</sup>.

33 La détermination, à un moment donné, de l'état financier d'une société, de ce qu'un administrateur connaissait et des données disponibles pour saisir la situation, tout comme le fait de savoir si une personne concernée était dans l'erreur, sont des questions de fait, que le TF ne revoit que sous l'angle de l'interdiction de l'arbitraire. En revanche, savoir si une erreur doit être qualifiée d'inévitable et, partant, exclurait tout comportement fautif de la part d'un l'administrateur intimé, est une question de droit<sup>76</sup>.

34 Un administrateur doit accomplir sa mission avec toute la diligence nécessaire et il ne saurait se cacher derrière le fait qu'il s'est fié aux administrateurs-gérants ou aux paroles rassurantes du directeur de la société. Il ne peut davantage se borner à affirmer qu'il ne disposait pas des informations utiles : les organes ont précisément pour devoir de recueillir les renseignements nécessaires<sup>77</sup>.

#### bb) Commentaire

35 En plus du présent arrêt commenté, le TF a rendu deux autres arrêts discutant la notion de faute au sens de

74 Arrêt du Tribunal fédéral 4A\_292/2022 du 22 décembre 2022, consid. 8.1.

75 Arrêt du Tribunal fédéral 4A\_292/2022 du 22 décembre 2022, consid. 8.1.

76 Arrêt du Tribunal fédéral 4A\_292/2022 du 22 décembre 2022, consid. 8.5.

77 Arrêt du Tribunal fédéral 4A\_292/2022 du 22 décembre 2022, consid. 8.5. Voir aussi l'arrêt du Tribunal fédéral 4A\_188/2022 du 20 septembre 2022, où le TF a rappelé – dans un cas où il examinait l'existence d'une responsabilité des organes en cas de retard dans le prononcé de la faillite – que les questions de la connaissance du surendettement par les administrateurs et celle du dommage et de sa quotité sont des questions de fait, qui ne sont revues par le TF que sous l'angle de l'arbitraire (consid. 5.3 et 6.1.3).

l'art. 754 CO au cours de ces deux dernières années<sup>78</sup>. Nous avons déjà eu l'occasion de souligner que le TF, sans aller jusqu'à admettre une responsabilité objective des administrateurs, semble suivre la doctrine, défendue notamment par Werro<sup>79</sup>, qui consiste à considérer que la faute correspond, de manière objective, à la violation du devoir de diligence (absence de motif justificatif) et, de manière subjective, au fait de ne pas mettre en œuvre tout ce qui peut raisonnablement être attendu de lui pour respecter son devoir. Partant, la faute objective se recoupe en grande partie avec la notion d'illicéité (conception commune de la faute et de l'illicéité) ; en d'autres termes, « [i]l 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 »<sup>80</sup>.

Pour l'heure, le TF n'a pas repris cette théorie dans sa 36 jurisprudence consacrée à l'art. 41 CO, où il continue de considérer que la faute et l'illicéité (dans sa conception objective) sont des conditions distinctes de la responsabilité aquilienne<sup>81</sup>. A noter que la Haute Cour a laissée ouverte la question de savoir si l'action en responsabilité dirigée contre les organes dirigeants est une action spéciale du droit des sociétés ou un cas d'application de la responsabilité civile au sens de l'art. 41 CO<sup>82</sup>.

78 Arrêts du Tribunal fédéral 4A\_344/2020 et 4A\_342/2020 du 29 juin 2021 ; arrêts du Tribunal fédéral 4A\_133/2021 et 4A\_135/2021 du 26 octobre 2021. Ce dernier arrêt constitue l'arrêt de renvoi dans la présente cause.

79 FRANZ WERRO / VINCENT PERRITAZ, in : Thévenoz/Werro (édit.), Commentaire romand, Code des obligations I, 3<sup>ème</sup> éd., Bâle 2021, art. 41 N 59 ss et 87 ss.

80 DAMIANO CANAPA / ARTHUR GRISONI / MARINE ANTONOFF, Le droit des sociétés en 2021 : Modifications législatives et jurisprudence, sui generis 2023, p. 67, N 45.

81 Cf. ATF 132 III 122, consid. 4.1.

82 Cf. ATF 142 III 23, consid. 4.3, à propos de l'action individuelle d'un créancier. Le Tribunal fédéral a jugé que l'art. 760 CO s'appliquait à toutes les actions en responsabilité des organes, y compris à l'action individuelle, cf. arrêt du Tribunal fédéral 4A\_496/2018 du 21 juin 2019, consid. 4.1.3. Voir cependant ATF 122 III 176, consid. 7a i. f. et 7b, où la Haute Cour paraît soutenir que l'action en réparation du dommage direct d'un créancier est un cas de responsabilité civile, excluant de la sorte l'application des art. 756 à 758 a CO, sans toutefois trancher la question de l'application des art. 759 à 761 a CO. Dans tous les cas, le Tribunal fédéral a refusé de qualifier de contractuelle l'action en responsabilité des organes intentée par un créancier, tout en laissant ouverte la question de savoir s'il s'agissait d'une action délictuelle ou d'une action autonome ex lege, cf. arrêt du Tribunal fédéral 4A\_294/2020 du 14 juillet 2021, consid. 4.1.2.1.2.

## **Abstract**

---

*Dieser Beitrag bietet einen Überblick über die wichtigsten Gesetzesänderungen und die Rechtsprechung des Bundesgerichts für das Jahr 2022 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 Zusammenfassungen 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.*