

Le droit suisse des sociétés en 2023 : Modifications législatives et jurispru- dence partiellement commentée

Cette contribution propose un aperçu des principales modifications législatives et de la jurisprudence du Tribunal fédéral [TF] de l'année 2023 en droit suisse des sociétés. La section consacrée aux modifications législatives (I.) revient sur l'entrée en vigueur des modifications du Code des Obligations (CO), tandis que les résumés de jurisprudence font l'objet de la section suivante (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 et en fonction de la thématique traitée.

I. Modification législative	68
II. Jurisprudence	68
1. Société simple	68
2. Société anonyme	69
3. Société à responsabilité limitée : absence de préjudice irréparable suivant la nomination d'un commissaire	77

Zitiervorschlag:

DAMIANO CANAPA / DANIELA GHERCIU / MOHAMED ALI KOCHBATI, Le droit suisse des sociétés en 2023 : Modifications législatives et jurisprudence partiellement commentée, p. 67

Damiano Canapa, Professeur à l'Université de Lausanne, LL.M. (Bruges), LL.M. (Yale). **Daniela Gherciu**, MLaw, Assistante diplômée et doctorante à l'Université de Lausanne. **Mohamed Ali Kochbati**, MLaw, Assistant diplômé et doctorant 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.277>

Dieses Werk ist lizenziert unter einer Creative Commons Namensnennung – Weitergabe unter gleichen Bedingungen 4.0 International Lizenz.

I. Modification législative

- 1 *Entrée en vigueur de la modification du 19 juin 2020 du Code des obligations*¹ (*Droit de la société anonyme*)².
- 2 Le 1^{er} janvier 2023 est entré en vigueur l'essentiel de la modification du 19 juin 2020 du Code des obligations (*Droit de la société anonyme*)³.
- 3 Pour rappel, cette révision représente la modification législative du droit de la SA la plus importante depuis celle de 1991. Elle vise notamment à offrir une plus grande flexibilité dans la gestion des SA et à renforcer les droits des actionnaires, et accentue les différences entre les SA privées et cotées en bourse. Certaines mesures de la révision de 2020 étaient déjà entrées en vigueur avant le 1^{er} janvier 2023; ils'agissait, d'une part, des dispositions réglementant la représentation des sexes au sein du conseil d'administration [CA] et de la direction (art. 734f CO) et de celles traitant de la transparence pour les entreprises de matières premières (art. 964d-964i CO), entrées en vigueur le 1^{er} janvier 2021⁴, et, d'autre part, des mesures introduisant la transparence sur les questions non financières (art. 964a-964c CO) et 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 (art. 964j-964l CO), entrées en vigueur le 1^{er} janvier 2022⁵.
- 4 Au rang des principales innovations apportées par l'entrée en vigueur de la révision du 19 juin 2020, on peut souligner la flexibilisation accrue du capital social, grâce à l'instrument de la marge de fluctuation du capital (art. 653s ss CO)⁶; la réduction des seuils nécessaires pour exercer

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

2 Ordonnance portant dernière mise en vigueur partielle de la modification du 19 juin 2020 du code des obligations (*Droit de la société anonyme*) (RO 2022109).

3 Sur cette modification, cf. 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. 84.

4 CANAPA/GRISONI/ANTONOFF/GHERCIU (n. 3); Cf. également DAMIANO CANAPA / ARTHUR GRISONI / MARINE ANTONOFF, *Le droit suisse des sociétés en 2021 : Modifications législatives et jurisprudence*, *sui generis* 2023, p. 68.

5 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^{ème} éd., Bâle 2014, Art. 964a N 54 ss (cit. CR CO II-AUTEUR-E); GIULIA NERI-CASTRACANE / DAMIANO CANAPA / TEYMOUR BRANDER, *The Swiss and European Legislations on Business Human Rights : Gaps, extra-territorial application and reform needed towards harmonization*, *European Business Organization Law Review* 2024; CHRISTINE KAUFMANN / SERGE BIGGOER, in : Nobel/Müller (édit.), *Berner Kommentar, Das Aktienrecht – Kommentar der ersten Stunde*, Berne 2023, Art. 964a N 1.

6 DIETER GERICKE / DANIEL MADANI, *La marge de fluctuation du capital* (art. 653s-653v P-CO), *RSJ* 2021, p. 739. La marge de fluctuation du capital a assoupli considérablement la procédure de réduction du capital-actions. De plus, elle a donné une marge de manœuvre supplémentaire au CA, après que la révision du droit de la SA de 1991

certaines actions, comme la convocation d'assemblées générales (AG) extraordinaires (art. 699 CO) et la requête d'un examen spécial (qui a remplacé celle du contrôle spécial, art. 697d CO)⁷; la mise en place d'un nouveau mécanisme pour prévenir l'insolvabilité (art. 725 CO)⁸; ou encore la possibilité de tenir des AG virtuellement (art. 701d CO)⁹ ou à plusieurs endroits simultanément (art. 701a CO)¹⁰.

II. Jurisprudence

1. Société simple

a) Existence et liquidation d'une société simple¹¹

A. acquiert deux appartements « à l'état brut » au moyen de prêts hypothécaires et de fonds propres dans le but d'y vivre avec son concubin Z. Ce dernier réalise une partie des travaux de second œuvre dans les appartements et acquitte diverses factures d'entreprises accomplissant des travaux du même type. Par la suite, A. et Z. emménagent dans l'un des appartements, le second étant destiné à être revendu avec un bénéfice. Pour le TF, les éléments constitutifs d'une société simple sont présents dans une telle situation, en particulier la volonté des associés d'unir leurs efforts ou leurs ressources en vue d'atteindre un but commun (en l'espèce la volonté commune d'acquérir deux immeubles en vue d'y vivre, respectivement de le revendre) et l'existence d'apports¹².

En ce qui concerne la répartition, au moment de la liquidation de la société simple, du bénéfice réalisé par l'augmentation de la valeur des appartements, le TF rappelle que lorsqu'un associé effectue un apport en usage (*quoad usum*) ou en destination (*quoad sortem*), cet apport est repris lors de la liquidation par l'associé qui en est resté propriétaire et qui, en principe, bénéficie seul de l'éventuelle plus-value. La plus-value réalisée par l'activité de la société est de son côté partagée entre les associés. Nonobstant ce qui précède, le TF précise qu'en cas d'apport *quoad sortem*, une plus-value sur un apport est partagée entre les associés lorsque ces derniers l'ont traité comme s'ils en étaient les propriétaires collectifs¹³.

avait déjà introduit l'augmentation autorisée, cf. CR CO II-CANAPA, Intro. art. 653s-653v N 6 s.

7 WALTER STOFFEL / DAMIANO CANAPA, *Droit d'information de l'actionnaire dans le nouveau droit de la SA : Entre tradition et innovations*, in : Bahar/Canapa/Chabloz/Hari/Trigo Trindade (édit.), *Modernisation du droit de la société anonyme du 19 juin 2020*, Berne 2024, p. 123.

8 JEAN-LUC CHENAUX / MANON SCHLÄPFER, *Menace d'insolvabilité, perte de capital et assainissement*, in : Bahar et al. (édit.), *Modernisation du droit de la société anonyme du 19 juin 2020*, Berne 2024, p. 293 ss.

9 STEFANIE MEIER-GUBSER, *Les actionnaires et l'assemblée générale dans le nouveau droit de la société anonyme*, *TREX* 2021, p. 88 ss.

10 Cf. MEIER-GUBSER (n. 9); CANAPA/GRISONI/ANTONOFF (n. 4), p. 293 ss.

11 Arrêt du Tribunal fédéral 4A_409/2021 du 10 janvier 2023.

12 Arrêt du Tribunal fédéral 4A_409/2021 du 10 janvier 2023, consid. 4.1.

13 Arrêt du Tribunal fédéral 4A_409/2021 du 10 janvier 2023, consid. 5.1.

7 Pour le TF, tant l'immeuble acheté pour servir de logement au couple, que l'immeuble destiné à être revendu avec un bénéfice, constituent des apports *quoad sortem*. Cependant, puisque A. et Z. se sont comportés comme si les deux appartements leur appartenaient collectivement, le premier leur servant de logement et le second étant revendu avec un bénéfice, le montant des plus-values des deux appartements doit être réparti à parts égales entre les associés¹⁴.

b) Faillite d'un associé¹⁵

8 La faillite d'un associé d'une société simple entraîne la dissolution *ex lege* de la société (art. 545 al. 1 ch. 3 CO); l'administration de la faillite détermine le mode de réalisation des biens faisant partie de la masse (art. 16 al. 1 OPC¹⁶). L'Office des faillites peut, dans le cadre de son pouvoir de représentation et en vue de garantir les intérêts de la masse (art. 240 LP¹⁷), convenir à l'amiable avec les autres associés de la société, la part de liquidation revenant au failli¹⁸.

9 La réalisation de gré à gré dans le cadre d'une faillite peut être contestée par une plainte auprès de l'autorité de surveillance (art. 17 LP). Le failli peut porter plainte selon l'art. 17 LP en cas d'atteinte à ses intérêts juridiquement protégés. Dans la mesure où il a intérêt à ce que le produit de la réalisation des actifs soit aussi élevé que possible, le failli peut invoquer la violation des règles légales sur la réalisation. Toutefois, à défaut de pouvoir d'appréciation de l'Office des faillites, le failli ne saurait contester l'opportunité de la mesure de réalisation contestée devant l'autorité de surveillance, mais uniquement sa légalité¹⁹.

c) Principe de la confiance²⁰

10 Dans une précédente affaire²¹, le TF avait jugé que D., A. et B. formaient une société simple : le comportement du père (D.) et de ses deux fils (A. et B.) permettait à E. de conclure, de bonne foi, à l'existence d'une telle société. Si, en novembre 2006, D. avait cédé à ses fils A. et B. les biens immobiliers constituant son exploitation agricole, ce dernier continuait cependant à utiliser librement ces biens. En 2012, suite au non-respect d'un plan de remboursement convenu en 2009 entre E. et D., E. avait ouvert une

action en reconnaissance de dette à l'encontre de D., A. et B. qui avait été admise en dernière instance par le TF²².

En 2010, C. SA, fondée par F., fils de E., reprend la raison individuelle familiale et livre entre 2010 et 2011 des porcs à hauteur de CHF 187'071.- à A. et B. En 2019, certains montants demeurant impayés, C. SA intente à son tour une action en paiement devant le Tribunal civil de l'arrondissement de la Sarine contre A. et B., au motif qu'ils forment une société simple avec leur père D. (qui a continué jusqu'en 2011 à disposer librement des biens de l'exploitation agricole, transmise à ses fils en 2006). Cette thèse est retenue par le Tribunal civil, puis confirmée en appel. A. et B. forment un recours en matière civile devant le TF²³.

Pour le TF, le principe de la confiance s'agissant de l'existence ou non d'une société simple trouve également application lorsque la partie contractante de la société est une personne morale (en l'occurrence, C. SA, agissant par l'intermédiaire de ses organes E. et F.). Il considère que le comportement de D., A. et B. peut conduire C. SA, de bonne foi, à conclure que le père et ses fils formaient une société simple, engageant ainsi solidairement leur responsabilité contractuelle²⁴. Ce constat n'est pas remis en cause par la déclaration ultérieure d'A. selon laquelle il n'aurait aucun lien avec les affaires de son père, ni par l'absence d'intention explicite de constituer une société simple²⁵.

C. SA pouvait donc déduire valablement des circonstances que D., A. et B. formaient une société simple, confirmant l'engagement contractuel de ses associés avec C. SA²⁶.

2. Société anonyme

a) Responsabilité pénale de la SA et de ses organes ; *ne bis in idem*²⁷

aa) Résumé

Le principe *ne bis in idem* prévoit que nul ne peut être poursuivi ou puni pénalement par les juridictions d'un

14 Arrêt du Tribunal fédéral 4A_409/2021 du 10 janvier 2023, consid. 5.1.

15 Arrêt du Tribunal fédéral 5A_24/2022 du 21 mars 2023.

16 Ordonnance concernant la saisie et la réalisation de parts de communauté du 17 janvier 1923 (OPC; RS 281.41).

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

18 Arrêt du Tribunal fédéral 5A_24/2022 du 21 mars 2023, consid. 3.1.1.

19 Arrêt du Tribunal fédéral 5A_24/2022 du 21 mars 2023, consid. 3.1.2 et références citées.

20 Arrêt du Tribunal fédéral 4A_488/2022 du 12 mai 2023.

21 Cf. DAMIANO CANAPA / ARTHUR GRISONI / LINE ELODIE DERUNGS, Le droit suisse des sociétés en 2018 : Modifications législatives et jurisprudence, *sui generis* 2019, p. 303; arrêt du Tribunal fédéral 4A_253/2017 du 18 juin 2018.

22 Cf. CANAPA/GRISONI/DERUNGS (n. 21), p. 303; arrêt du Tribunal fédéral 4A_253/2017 du 18 juin 2018.

23 Arrêt du Tribunal fédéral 4A_488/2022 du 12 mai 2023, consid. 3 et 4.1-4.2.

24 Il convient de rappeler que cela ne saurait avoir d'effet vis-à-vis de tiers, conformément à l'adage latin *res inter alios acta aliis nec nocet nec prodest*, qui signifie qu'un acte juridique conclu entre deux parties ne nuit ni ne profite à autrui. Cf. arrêt du Tribunal fédéral 4A_488/2022 du 12 mai 2023, consid. 4.2.

25 Arrêt du Tribunal fédéral 4A_488/2022 du 12 mai 2023, consid. 4.3.1 et 4.3.2.

26 Arrêt du Tribunal fédéral 4A_488/2022 du 12 mai 2023, consid. 4.4.3. Par leur décision, les juges de Mon Repos innovent en précisant que le principe de la confiance, permettant de reconnaître l'existence d'une société simple, s'applique indifféremment qu'il s'agisse des relations juridiques entre personnes physiques et celles entre personnes physiques et morales, confirmant ainsi une égalité de traitement fondée sur le principe de la confiance.

27 ATF 149 II 74.

État, en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné par un jugement définitif, conformément à la loi et à la procédure pénale de cet État. Pour trouver application, le principe *ne bis in idem* requiert qu'il y ait identité de l'objet, de la personne et des faits²⁸.

- 15 A défaut de se trouver en présence d'une identité de personnes, le TF considère que le principe *ne bis in idem* est respecté dans l'hypothèse où la loi prévoit, en cas de soustraction d'impôt commise au profit d'une personne morale, la responsabilité personnelle de ses organes (art. 181 al. 3 LIFD²⁹) à côté de celle de la *personne morale* elle-même (art. 181 al. 1 LIFD). La personne morale et ses organes sont en effet des sujets fiscaux distincts et indépendants. Cette constatation n'est pas remise en cause par le fait que la punissabilité de la personne morale est tributaire de la faute de ses organes et que les actes des organes (y compris les comportements fautifs) sont imputés à la personne morale comme étant ses propres actes (art. 177 LIFD)³⁰.

bb) Commentaire

- 16 Le présent arrêt tranche la question de la punissabilité des organes de la personne morale en cas de soustraction d'impôt commise par cette dernière.
- 17 Une amende fiscale infligée sur la base de l'art. 175 LIFD constitue une sanction quasi-pénale au sens de l'art. 6 § 1 CEDH³¹, ce qui implique l'application par analogie des instruments de droit pénal, tels que le principe *ne bis in idem*. Ce dernier, découlant des art. 8 al. 1 et 29 al. 1 Cst.³² ainsi que d'instruments internationaux³³, s'applique en droit pénal fiscal³⁴ et implique une identité de l'objet, de la personne et des faits.
- 18 Le législateur a clairement souhaité permettre la punition simultanée de la personne morale et de ses organes : l'art. 181 LIFD consacre la responsabilité de la personne morale, tandis que l'art. 177 LIFD permet de poursuivre ses organes ou représentants (cf. art. 181 al. 3 LIFD). Un tel cumul n'est, selon le TF, à juste titre pas contraire au principe *ne bis in idem*, puisqu'il s'agit de deux sujets fiscaux distincts. Le fait que la punissabilité de la personne morale

28 ATF 149 II 74, consid. 8.1.

29 Loi fédérale sur l'impôt fédéral direct du 14 décembre 1990 (LIFD ; RS 642.11).

30 ATF 149 II 74, consid. 8.3.

31 Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (CEDH ; RS 0.101).

32 Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. ; RS 101).

33 Cf. art. 4 al. 1 du Protocole n° 7 à la CEDH du 22 novembre 1984 (RS 0.101.07) et art. 14 al. 7 Pacte ONU II (Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966 [Pacte ONU II ; RS 0.103.2]).

34 Cf. not. ATF 144 IV 136, consid. 10.5 ; ATF 125 II 257, consid. 5a.

dépende des fautes des personnes physiques qui la représentent en qualité d'organe n'y change rien.

A noter que certains auteurs critiquent toutefois ce raisonnement et estiment qu'il revient à punir le même comportement fautif à deux reprises³⁵. De plus, l'impôt sur le bénéfice étant dû par la société, le même auteur serait doublement puni³⁶.

b) Droit de proposition des actionnaires³⁷

aa) Résumé

Le 6 mai 2020, le CA de A. SA invite les actionnaires à l'AG ordinaire du 19 juin 2020. Celle-ci doit se tenir par écrit, en application des ordonnances COVID-19 alors en vigueur. Par courrier du 11 mai 2020, l'actionnaire B. propose de reporter le vote portant sur une modification statutaire, afin qu'il se tienne à une date ultérieure permettant la tenue d'une AG physique. Dans sa réponse à B. du 2 juin 2020, le CA refuse de soumettre ce point au vote, au motif qu'il s'agirait d'une requête procédurale (« *Verfahrensantrag* »), qui relève de la compétence du président de l'AG et non de celle des actionnaires.

Après que l'AG a accepté la modification statutaire, B. ouvre une action en annulation (art. 706 CO) et en constatation de la nullité (art. 706b CO) de la décision de l'AG devant le Zivilkreisgericht Basel-Landschaft West. Ce dernier constate la nullité de la décision, estimant que le CA a gravement violé les droits de participation des actionnaires en ne soumettant pas la demande de report au vote, et indique, au surplus, que la décision serait de toute manière annulable. Ce jugement est confirmé en appel par le Kantonsgericht du canton de Bâle-Campagne. A. SA recourt en matière civile.

Le TF commence par rappeler que tout actionnaire a le droit, dans le cadre des objets portés à l'ordre du jour, de formuler des propositions. Ces propositions, qui peuvent intervenir par écrit ou oralement, peuvent être faites avant ou pendant l'AG (art. 700 al. 4 aCO ; désormais art. 699b al. 4 CO)³⁸. L'exercice du droit de proposition de l'actionnaire ne saurait de plus dépendre de la participation phy-

35 DANIEL DEVRIES REILINGH / ILIRIANA DRENI, ATF 149 II 74 = 2C_872/2021 du 1^{er} août 2021 (destiné à la publication) [Amende pour complicité de soustraction d'impôt consommée ; responsabilité personnelle de l'organe ; principe *ne bis in idem*], RDAF 2023 II, p. 287 ss ; PETER LOCHER, Kommentar zum Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer, III. Teil (Art. 102-222 DBG), Bâle 2015, art. 181 N 9 ss ; ERNST BLUMENSTEIN / PETER LOCHER, System des schweizerischen Steuerrechts, 8^{ème} éd., Zurich et al. 2023, p. 505 s.

36 DE VRIES REILINGH / DRENI (n. 35), p. 287 ss.

37 ATF 149 III 1. Voir également ces deux autres arrêts du Tribunal fédéral 4A_384/2022 et 4A_388/2022 du 30 janvier 2023, qui s'inscrivent dans la continuité d'une même affaire impliquant les mêmes demandeurs.

38 ATF 149 III 1, consid. 3.3.

sique à l'AG³⁹ : les ordonnances COVID-19 avaient pour objectif de réduire les risques de transmission du virus, non de restreindre les droits des actionnaires. Il a toujours été possible, même sous l'ancien droit, de soumettre des propositions par écrit ; le CA peut se prononcer par écrit sur les propositions, de la même manière qu'il pourrait répondre par oral à des propositions faites durant l'AG. Dès lors, en refusant de soumettre au vote la demande de report formulée par l'actionnaire, le CA a violé ce droit inaliénable des actionnaires, entraînant ainsi l'annulabilité de la décision contestée (art. 706 CO). La Haute Cour a toutefois exclu la nullité, en raison, d'une part, de son caractère subsidiaire par rapport à l'action en annulation, et, d'autre part, pour préserver la sécurité juridique s'agissant de décisions prises par le CA au moment où prévalaient les circonstances exceptionnelles de la pandémie de COVID-19⁴⁰.

bb) Commentaire

23 Cet arrêt précise l'étendue du droit de proposition de l'actionnaire et les conséquences de sa violation⁴¹. L'art. 699b CO garantit à tout actionnaire la possibilité de présenter des propositions par écrit ou oralement, avant ou pendant l'AG, indépendamment de la forme de celle-ci⁴². Cette garantie s'étend donc aux décisions de l'AG prises par écrit, comme le confirme l'art. 701 al. 3 CO, qui permet aussi à tout actionnaire ou à son représentant d'exiger une discussion⁴³.

24 Cette décision dépasse le cadre des circonstances liées à la pandémie de COVID-19, puisqu'elle anticipe les effets de la révision du droit de la SA. Le droit de proposition des actionnaires peut être exercé par écrit⁴⁴, y compris lorsque la proposition est soumise à une décision de l'AG par écrit ou sous forme électronique (art. 701 al. 3 CO)⁴⁵. Cependant, alors que dans le contexte particulier des ordonnances COVID-19 le TF estime qu'une restriction du droit de proposition est illicite et entraîne l'annulation de la décision prise en violation du droit, cette restriction devrait, en temps normal, être sanctionnée de nullité. Le droit de proposition est en effet, à notre sens, l'un des « autres droits des actionnaires garantis par des dispositions impératives de la loi » (art. 706b ch. 1 CO), dont la violation entraîne la nullité des décisions de l'AG. Dans le cas contraire, l'AG pourrait être liée par les propositions

39 ATF 149 III 1, consid. 7.1.

40 ATF 149 III 1, consid. 9 et 9.3.

41 Cf. aussi CLEMENS MEISTERHANS / JACQUELINE SCHWARZ / NICHOLAS TURIN, Droit des sociétés et droit du registre du commerce : revue de la législation et de la pratique, REPRAX 2023, p. 103 ss.

42 ATF 149 III 1, consid. 7.4.

43 ATF 149 III 1, consid. 5.

44 ATF 149 III 1, consid. 7.1.

45 ROLF SETHE / CLAUDE HUMBEL, Entwicklungen im Gesellschafts- und Wertpapierrecht | Le point sur le droit des sociétés et des papiers-valeurs, RSJ 2023, p. 1054 ss.

du CA, sans possibilité de soumettre une alternative. De plus, le CA peut généralement retirer un objet de l'ordre du jour.

c) Responsabilité : qualité pour agir du créancier cessionnaire admis provisoirement à l'état de collocation ; rapports entre l'action en responsabilité et l'action en restitution⁴⁶

aa) Résumé

Selon le TF, une SA créancière peut agir dans une procédure au titre de l'art. 260 LP, et se voir céder des prétentions de la masse en faillite, même si sa créance n'a été admise que provisoirement à l'état de collocation⁴⁷. En effet, selon le TF, cette procédure vise à protéger les actifs de la masse en faillite et, en cas de non-collocation ultérieure de la société, tout gain issu de la procédure reviendra à la masse⁴⁸.

Le TF confirme ensuite le principe énoncé à l'ATF 140 III 533, selon lequel il n'est pas nécessaire de faire précéder une action en responsabilité (art. 754 ss CO) d'une action en restitution (art. 678 CO). Pour la Haute Cour, la question du rapport entre l'action en restitution et l'action en responsabilité, au vu de son importance, ne saurait être résolue en appliquant le principe de l'obligation de réduire le dommage⁴⁹. L'action en responsabilité et l'action en restitution sont en concurrence (action à double fondement, « Anspruchkonkurrenz »). Il en découle que les personnes responsables répondent du dommage suivant les règles de la solidarité imparfaite (art. 51 al. 1 CO) : le lésé peut demander à chaque débiteur solidaire la réparation intégrale du dommage subi et ne saurait, en principe⁵⁰, se voir opposer qu'une autre personne serait également responsable du même dommage⁵¹.

bb) Commentaire

Dans cet arrêt, le TF valide la possibilité pour un créancier de se faire céder les droits de la masse alors même que sa créance n'aurait été admise qu'à titre provisoire à l'état de collocation. Les créanciers sont encouragés à agir pour accroître les actifs de la masse, tout en supportant la charge des risques. L'interprétation retenue par le TF nous paraît être une réponse équilibrée à la gestion des intérêts entre la masse et les créanciers⁵².

46 ATF 149 III 422.

47 ATF 149 III 422, consid. 3.5.1.

48 ATF 149 III 422, consid. 3.5.1 et 3.5.3.

49 Arrêt du Tribunal fédéral 4A_465/2022 et 4A_467/2022 du 30 mai 2023, consid. 4.1.2, non publié à l'ATF 149 III 422.

50 Sur ce principe et ses exceptions, cf. ATF 145 III 460, consid. 4.3.5.

51 Arrêt du Tribunal fédéral 4A_465/2022 et 4A_467/2022 du 30 mai 2023, consid. 4.2.1, non publié à l'ATF 149 III 422.

52 Cf. DAMIANO CANAPA / ARTHUR GRISONI, Le régime de l'action en responsabilité du créancier social : de lege lata et de lege ferenda, sui generis 2025.

28 Toutefois, certaines interrogations demeurent : par exemple, qu'en est-il lorsque le produit du litige dépasse la prétention du créancier et que ce dernier, qui doit restituer le surplus à la masse, fait défaut ? Le TF semble admettre que ce risque doit être supporté par la masse, dont la situation financière est à ce stade déjà bien délicate⁵³.

d) Qualité de lésé de l'actionnaire dans la procédure pénale⁵⁴

29 Lorsqu'une infraction pénale est perpétrée au détriment d'une personne morale, seule cette dernière subit un dommage direct, à l'exclusion des actionnaires dans la SA, des associés dans la Sàrl, des ayants droit économiques, et des créanciers sociaux. Le raisonnement est le même en cas de faillite ou de liquidation de la société, conformément aux dispositions sur la faillite, lorsque l'infraction pénale réalise également, lors d'un examen *ex post*, les conditions d'une infraction dans la faillite. La masse en faillite succède alors à la société en qualité de lésé⁵⁵.

30 La qualité de lésé en lien avec une infraction pénale dans la faillite (art. 163 ss CP⁵⁶) doit être examinée séparément de celle qui découle d'une infraction pénale contre le patrimoine⁵⁷. Dans le cas de l'infraction dans la faillite, ce n'est pas le patrimoine de la société qui est directement lésé, mais celui des créanciers du failli, qui sont des personnes lésées au sens de l'art. 115 CPP⁵⁸. En effet, le bien juridiquement protégé par les art. 163 ss CP est le patrimoine des créanciers. Ces dispositions visent à garantir à ces derniers, dans le cadre de la procédure d'exécution forcée, leur droit de saisir les biens du débiteur pour satisfaire leurs créances. La portée des art. 163 ss CP est donc plus étroite que celle des autres infractions contre le patrimoine⁵⁹. En cas d'infraction commise contre le patrimoine avant la faillite de la société (par exemple, d'escroquerie [art. 146 CP] ou de gestion déloyale [art. 158 CP]), le simple fait d'être actionnaire ou créancier social d'une société entre-temps tombée en faillite ne confère pas la qualité de lésé direct⁶⁰. L'obligation d'aviser le tribunal (civil) en cas de surendettement, prévue par l'art. 725b CO,

53 MATHIEU BLANC / RAFAELLA DEMIERRE, Chronique de jurisprudence, Arrêts choisis du Tribunal fédéral parus en 2023 en matière de droit des sociétés, *not@lex* 2024, p. 98 ; SIMONE SCHÜRCH, Qualité pour agir du créancier cessionnaire admis provisoirement à l'état de collocation et relation entre action en restitution et action en responsabilité, publication *LawInside* du 1^{er} juillet 2023.

54 Arrêt du Tribunal fédéral 1B_418/2022 du 17 janvier 2023.

55 La qualité de lésé au sens de l'art. 115 CPP implique un dommage direct, cf. arrêt du Tribunal fédéral 1B_418/2022 du 17 janvier 2023, consid. 3.1.

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

57 Arrêt du Tribunal fédéral 1B_418/2022 du 17 janvier 2023, consid. 3.1.

58 Code de procédure pénale Suisse du 5 octobre 2007 (CPP ; RS 312.0).

59 Arrêt du Tribunal fédéral 1B_418/2022 du 17 janvier 2023, consid. 3.1.

60 Selon cette conception, « la personne lésée par des actes de gestion déloyale est exclusivement la société lorsque l'infraction est commise par un administrateur dans ses fonctions », cf. BENOÎT MAURON,

protège à la fois les intérêts de la société et ceux des actionnaires ou des créanciers. Cependant, cette norme, bien qu'ayant un double effet protecteur, ne permet pas de constituer la qualité de lésé ou de partie plaignante dans une procédure pénale. Enfin, un créancier qui n'est pas inscrit à l'état de collocation ne peut pas non plus se voir reconnaître la qualité de lésé dans le cadre d'une infraction dans la faillite, cette inscription constituant une condition formelle essentielle⁶¹.

e) Assemblée générale: convocation par le juge⁶²

aa) Résumé

Aux termes de l'art. 699 al. 3 aCO, la convocation de l'AG 31 peut être requise par des actionnaires représentant au moins 10% du capital-actions, alors que des actionnaires représentant des actions d'une valeur nominale de CHF 1'000'000.- peuvent requérir l'inscription d'un objet à l'ordre du jour. Si le CA ne donne pas suite à la requête, le tribunal peut ordonner la convocation (art. 699 al. 4 aCO). L'examen du tribunal se limite alors aux aspects formels, à savoir à la qualité d'actionnaire du demandeur, au respect des conditions formelles de l'art. 699 al. 3 aCO et à la question de savoir si une requête d'inscription d'un objet à l'ordre du jour a été requise auprès du CA et que celui-ci n'y a pas donné suite dans un délai convenable⁶³.

La convocation judiciaire fondée sur l'art. 699 al. 4 aCO 32 est une mesure purement formelle, qui ne lie, sur le fond, ni l'AG ni le tribunal qui statuerait sur l'éventuelle contestation des décisions prises lors de l'AG ainsi convoquée. Pour cette raison, le tribunal de la convocation n'examine pas si les décisions qui seront prises lors de l'AG seront valables ou non⁶⁴. Le droit à la convocation de l'AG et à l'inscription d'un objet à l'ordre du jour ne doit pas être exercé de manière abusive ou chicanière (interdiction de l'abus de droit, art. 2 al. 2 CC⁶⁵)⁶⁶.

In casu, A. SA conclut un *Sale and Contribution Agreement* 33 avec une autre société. Certains actionnaires, ne comprenant pas le contrat en question, requièrent du CA la convocation d'une AG extraordinaire avec, à l'ordre du jour, l'approbation de ce contrat⁶⁷. La question se pose de savoir si un vote de l'AG sur le contrat empiète sur les compétences inaliénables du CA (art. 699 al. 4 et 716a

Action en responsabilité contre les administrateurs, faillite et procédure pénale, *Ecueils pour le créancier*, PJA 2024, p. 536.

61 Arrêt du Tribunal fédéral 1B_418/2022 du 17 janvier 2023, consid. 3.2.

62 Arrêt du Tribunal fédéral 4A_130/2023 du 9 octobre 2023.

63 Arrêt du Tribunal fédéral 4A_130/2023 du 9 octobre 2023, consid. 3.1.1.

64 Arrêt du Tribunal fédéral 4A_130/2023 du 9 octobre 2023, consid. 3.1.2.

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

66 Arrêt du Tribunal fédéral 4A_130/2023 du 9 octobre 2023, consid. 3.1.3.

67 Arrêt du Tribunal fédéral 4A_130/2023 du 9 octobre 2023, consid. A.a et A.b.

al. 1aCO)⁶⁸. Le TF confirme⁶⁹ que le CA peut refuser d'inscrire à l'ordre du jour un objet qui, en raison de son contenu, est « indubitablement étranger au domaine de compétence [de l'AG] » et qui tombe dans le domaine de compétence d'un autre organe. En revanche, dès qu'il existe une « quelconque incertitude », le CA doit faire droit à la demande de l'actionnaire⁷⁰. Dans le cas présent, des doutes subsistent quant à la compétence du CA de conclure le *Sale and Contribution Agreement* (notamment en raison de conflits d'intérêts généralisés des membres du CA). La compétence de l'AG de se prononcer sur le contrat n'est donc pas manifestement exclue et la convocation de l'AG est dès lors justifiée⁷¹.

bb) Commentaire

34 Cet arrêt soulève des questions fondamentales en matière de répartition des compétences entre les différents organes de la SA. L'art. 716a al. 1aCO octroie au CA la gestion de la SA, tandis que l'AG, en qualité d'organe suprême de la société, prend les décisions importantes que lui réservent la loi ou les statuts (cf. art. 698 aCO).

35 L'arrêt rappelle que cette répartition n'est pas absolue et qu'elle peut être remise en cause, notamment en cas de conflits d'intérêts au sein du CA. L'AG peut alors être amenée à intervenir, en particulier pour des décisions de gestion. L'incompétence de l'AG doit ainsi être manifeste pour que sa convocation puisse être refusée, afin de protéger les droits des actionnaires.

36 Il convient de rester prudent sur une telle ouverture, dans la mesure où l'intervention de l'AG dans des décisions de gestion remet en cause la liste de compétences intransmissibles et inaliénables du CA. La présence de conflits d'intérêts généralisés au sein du CA justifie une telle ouverture.

f) Qualification juridique d'un avis d'une entreprise de révision⁷²

37 Tout avis écrit émanant d'une société active dans le domaine de la révision ne constitue pas une preuve (un titre) de son contenu (art. 168 al. 1CPC⁷³) en procédure civile⁷⁴. Pour qu'un document soit qualifié de titre, et donc utilisé

comme moyen de preuve, il doit être établi dans le cadre d'un mandat d'organe de révision⁷⁵. À défaut, un document, qui ne saurait être par exemple une pièce comptable⁷⁶, doit être considéré comme un simple allégué de partie⁷⁷.

g) Contrôle spécial

aa) Étendue du contrôle spécial⁷⁸

Selon l'art. 697a aCO, l'institution du contrôle spécial (qui a été remplacée, le 1^{er} janvier 2023, par celle de l'examen spécial⁷⁹) permet à tout actionnaire de proposer à l'AG d'élucider des faits déterminés, pour autant que cela soit nécessaire à l'exercice de ses droits et qu'il ait préalablement usé de son droit à être renseigné ou à consulter les pièces. Si l'AG refuse la proposition, des actionnaires représentant 10% du capital-actions ou des actions d'une valeur nominale de 2 millions de francs peuvent demander au tribunal la désignation d'un contrôleur spécial dans les trois mois (art. 697b aCO)⁸⁰. Le contrôleur spécial est toujours désigné par le tribunal afin de garantir son indépendance, que le contrôle spécial ait été ordonné par l'AG ou par le juge⁸¹.

La demande de contrôle spécial doit correspondre, sur le plan thématique, au droit au renseignements et à la consultation préalablement exercé. Elle doit se limiter à des faits nécessaires à l'exercice des droits de l'actionnaire (à l'exclusion de questions de droit, de réflexions portant sur l'opportunité et de jugements de valeur). Lorsque l'AG accepte la demande de contrôle spécial, le tribunal est lié, s'agissant de l'objet du contrôle spécial, par le contenu de la décision ; l'objet du contrôle spécial ne saurait être limité ou élargi par le tribunal, au risque de ne plus répondre aux exigences de précision et de rapport aux faits⁸².

Dans le cas d'espèce, le TF rejette une demande de limitation de l'objet du contrôle spécial à une année donnée (2021), dans la mesure où aucun élément dans la décision de l'AG acceptant le contrôle spécial ne prévoyait une telle limitation⁸³.

68 Arrêt du Tribunal fédéral 4A_130/2023 du 9 octobre 2023, consid. 3.3.

69 Cf. précédemment ATF 137 III 503.

70 Arrêt du Tribunal fédéral 4A_130/2023 du 9 octobre 2023, consid. 3.1.4.

71 Arrêt du Tribunal fédéral 4A_130/2023 du 9 octobre 2023, consid. 3.2 et 3.3.

72 Arrêt du Tribunal fédéral 5A_2/2023 du 30 mars 2023.

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

74 Toutefois, les allégations des parties, appuyées sur un rapport privé, peuvent être admises comme moyen de preuve, lorsqu'elles sont corroborées par des indices concordants et étayées par des moyens de preuves probants. Cf. aussi ATF 148 III 409, consid. 4.5.1 ; ATF 141 III 433, consid. 2.5.3 et consid. 2.6.

75 Arrêt du Tribunal fédéral 5A_2/2023 du 30 mars 2023, consid. 3.2.3.

76 A noter que les pièces comptables, considérées comme des titres (art. 177 CPC), peuvent nécessiter une expertise si le tribunal ne dispose pas des connaissances suffisantes en comptabilité (arrêt du Tribunal fédéral 5A_723/2017 du 17 décembre 2018, consid. 6.5.5), cf. aussi arrêt du Tribunal fédéral 5A_2/2023 du 30 mars 2023, consid. 3.2.2.3.

77 Arrêt du Tribunal fédéral 5A_2/2023 du 30 mars 2023, consid. 3.2.2.2.

78 Arrêt du Tribunal fédéral 4A_185/2023 du 31 mai 2023.

79 RO 2020 4005 ; cf. *supra* I. Modification législative.

80 Arrêt du Tribunal fédéral 4A_185/2023 du 31 mai 2023, consid. 3.2.

81 Arrêt du Tribunal fédéral 4A_185/2023 du 31 mai 2023, consid. 3.3.

82 Arrêt du Tribunal fédéral 4A_185/2023 du 31 mai 2023, consid. 3.4.

83 Arrêt du Tribunal fédéral 4A_185/2023 du 31 mai 2023, consid. 4.3.2.

bb) *Institution judiciaire d'un contrôle spécial*⁸⁴

41 Suivant l'art. 697b al. 2aCO, l'actionnaire qui demande au tribunal la désignation d'un contrôleur spécial doit rendre vraisemblable l'existence d'une violation de la loi ou des statuts par les fondateurs ou par les organes, ainsi que d'un préjudice porté à la société ou aux actionnaires. Le but de l'institution du contrôle spécial, qui est d'améliorer l'information des requérants, justifie que soit allégé le degré de la preuve s'agissant de la possible violation de la loi ou des statuts, et du préjudice causé à la société ou aux actionnaires (la vraisemblance suffit)⁸⁵.

42 La limitation du degré de la preuve à la vraisemblance constitue la pierre angulaire du contrôle spécial : en cas d'exigences trop élevées, l'institution du contrôle spécial pourrait rester lettre morte, alors que des conditions trop généreuses iraient à l'encontre de la volonté du législateur, pour qui le contrôle spécial ne saurait être autorisé à la légère⁸⁶. Il convient ainsi de rendre vraisemblables certains actes ou omissions de fondateurs ou d'organes ainsi que le préjudice qui en a découlé, et il n'est pas nécessaire d'emporter l'entière conviction du tribunal⁸⁷. Il en va de même s'agissant des questions juridiques qui sont en lien avec les violations alléguées des devoirs des fondateurs ou des organes.

43 La requête d'institution d'un contrôle spécial doit être acceptée dès lors que les arguments juridiques s'avèrent, au terme d'un examen sommaire, raisonnables ou à tout le moins défendables⁸⁸. La vraisemblance du préjudice résultant du comportement des organes relève de l'appréciation des preuves et ne peut être examinée par le TF que sous l'angle de l'arbitraire. Quant à l'examen sommaire de la violation alléguée, il s'agit d'une question de droit que le TF peut traiter librement, en faisant preuve de retenue⁸⁹.

cc) *Commentaire*

44 L'institution du contrôle spécial a été remplacée, le 1^{er} janvier 2023, par celle de l'examen spécial. Les dispositions révisées correspondent néanmoins dans une large mesure à l'ancienne réglementation et la jurisprudence y relative demeure applicable⁹⁰.

84 Arrêt du Tribunal fédéral 4A_84/2023 du 9 octobre 2023, consid. 3.2.1.

85 Arrêt du Tribunal fédéral 4A_84/2023 du 9 octobre 2023, consid. 3.2.1.

86 Arrêt du Tribunal fédéral 4A_84/2023 du 9 octobre 2023, consid. 3.2.2.

87 Arrêt du Tribunal fédéral 4A_84/2023 du 9 octobre 2023, consid. 3.2.2.1.

88 Arrêt du Tribunal fédéral 4A_84/2023 du 9 octobre 2023, consid. 3.2.2.2.

Le TF précise toutefois que l'application du même critère d'évaluation pour les questions de fait et de droit n'est possible que de manière limitée. La question de savoir si la loi ou les statuts ont été violés ne saurait être prouvée : il est uniquement possible de l'examiner de manière plus ou moins approfondie.

89 Arrêt du Tribunal fédéral 4A_84/2023 du 9 octobre 2023, consid. 3.2.3.

90 Arrêt du Tribunal fédéral 4A_185/2023 du 31 mai 2023, consid. 3.1 ; cf. CANAPA/GRISONI/ANTONOFF/GHERCIU (n. 3), p. 88 ss.

Le nouveau droit de la SA n'exige plus la preuve de l'existence d'un préjudice causé à la société ou à l'actionnaire, qui serait la conséquence d'une violation de la loi et/ou des statuts. Il suffit désormais de démontrer que cette violation est *de nature* à causer un préjudice⁹¹. Bien que légère, cette évolution doit être saluée : le législateur est allé dans le sens de la jurisprudence et de la doctrine, qui, sous l'ancien droit déjà, estimaient qu'un préjudice imminent devait suffire à la désignation d'un contrôleur spécial⁹². Les possibilités d'action préventive des actionnaires, avant toute survenance d'un dommage, sont ainsi élargies, renforçant l'objectif de prévention de l'institution de l'examen spécial⁹³.

h) **Responsabilité**

aa) *Responsabilité de l'administrateur pour violation de ses devoirs de diligence et de fidélité*⁹⁴

Z. est l'ancien administrateur et employé de A. SA, active dans le domaine du courtage. A. SA reproche à Z. un manquement à ses devoirs de diligence et de fidélité : ce dernier n'aurait pas veillé au contrôle de l'activité d'un ancien courtier (C.) et lui aurait octroyé des conditions de travail trop libres. C. a perçu frauduleusement une rémunération excessive et a été par la suite condamné au plan pénal pour escroquerie.

Le TF rappelle que la responsabilité de l'administrateur est engagée s'il a violé fautivement ses obligations, si la société subit un préjudice et si ces violations sont en rapport de causalité naturelle et adéquate avec le préjudice. L'obligation de diligence incombant à l'administrateur (art. 717 CO) implique notamment qu'il doit faire preuve de diligence dans le choix, l'instruction et la surveillance de la direction. La diligence due par les administrateurs est déterminée objectivement, en tenant compte des circonstances du cas d'espèce. Dans leur analyse, les tribunaux doivent faire preuve de retenue, en tenant compte du risque entrepreneurial qu'implique la fonction d'administrateur : en application de la *business judgement rule*, une décision commerciale doit être prise au terme d'un processus décisionnel irréprochable, fondé sur des informations adaptées et exempt de conflit d'intérêts⁹⁵.

In casu, le TF considère qu'on ne peut retenir à l'encontre de Z. une violation de ses obligations de diligence et de

91 CANAPA/GRISONI/ANTONOFF/GHERCIU (n. 3), p. 88 ; STOFFEL/CANAPA (n. 7), p. 126 ss.

92 HANS CASPAR VON DER CRONE, Aktienrecht, 2^{ème} éd., Berne 2020, N 847.

93 Conseil fédéral, Rapport explicatif concernant l'avant-projet de révision du Code des obligations : Droit de la société anonyme et droit comptable du 2 décembre 2005, p. 73.

94 Arrêt du Tribunal fédéral 4A_217/2021 du 11 mai 2023.

95 Arrêt du Tribunal fédéral 4A_217/2021 du 11 mai 2023, consid. 5.1.

fidélité. C. disposait d'une liberté liée aux particularités de l'activité de courtage et celui-ci rendait compte chaque mois de ses activités⁹⁶. On ne saurait reprocher à Z. de ne pas avoir révélé les activités frauduleuses de C., étant donné le caractère confus des circonstances. Par ailleurs, Z. étant doté de la signature collective à deux, il n'aurait pu modifier le contrat de C. qu'avec la validation d'une autre personne habilitée à engager A. SA⁹⁷. Or, les responsables de cette dernière, tout comme Z., pensait que C. était très performant.

bb) Responsabilité de l'administrateur en lien avec le paiement des cotisations sociales⁹⁸

49 Les circonstances exceptionnelles résultant de la pandémie de COVID-19, et leurs répercussions sur les liquidités d'une société, ne peuvent exonérer le CA de ses obligations légales, notamment en matière de paiement des cotisations sociales, sauf si des mesures appropriées ont été prises. La répartition interne des tâches entre les membres du CA ne décharge pas ce dernier de sa responsabilité externe envers les créanciers sociaux, en l'espèce la caisse de pension⁹⁹. Une délégation non accompagnée de vérifications d'une compétence intransmissible, telle que le paiement des cotisations sociales, constitue une négligence engageant pleinement la responsabilité des administrateurs¹⁰⁰.

50 Pour le TF, agit avec négligence l'administrateur qui se fie exclusivement à des engagements internes, tels que des promesses de paiement émises par d'autres membres du CA ou par des actionnaires¹⁰¹, sans s'assurer de leur bonne exécution. Conformément à l'art. 52 LAVS¹⁰², la responsabilité personnelle des administrateurs est impérative et repose sur le respect du devoir de diligence¹⁰³. Ni les promesses de paiement ni la répartition interne des tâches ne peuvent affecter les relations externes de la société avec la caisse de pension. Une expérience antérieure dans des fonctions similaires au sein du CA renforce l'étendue du devoir de diligence¹⁰⁴.

96 Arrêt du Tribunal fédéral 4A_217/2021 du 11 mai 2023, consid. 7.1.

97 Arrêt du Tribunal fédéral 4A_217/2021 du 11 mai 2023, consid. 8.2.

98 Arrêt du Tribunal fédéral 9C_43/2022 du 21 avril 2022.

99 Arrêt du Tribunal fédéral 9C_43/2022 du 21 avril 2022, consid. 5.3; cf. aussi ATF 119 V 86, consid. 5a.

100 Arrêt du Tribunal fédéral 9C_43/2022 du 21 avril 2022, consid. 5.3; arrêt du Tribunal fédéral 9C_906/2017 du 21 juin 2018, consid. 4 avec références.

101 Arrêt du Tribunal fédéral 9C_43/2022 du 21 avril 2022, consid. 5.3.

102 Loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants du 20 décembre 1946 (LAVS; RS 831.10).

103 Ueli Kieser, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum AHVG, 4ème éd., Zurich 2020, p. 472 ss.

104 Arrêt du Tribunal fédéral 9C_43/2022 du 21 avril 2022, consid. 5.3.

cc) Responsabilité du conseil d'administration en cas de délégation¹⁰⁵

Le litige concerne la gestion de relations bancaires avec un client russe, qualifié de « client à risques accrus »¹⁰⁶, pour lesquelles la banque n'a pas effectué de communication au MROS¹⁰⁷, malgré des soupçons accrus dès 2010 et plusieurs procédures pénales qui ont conduit à des ordonnances de séquestre en 2013.

En vertu de l'art. 716a al. 1 ch. 5 CO, la haute surveillance des personnes chargées de la gestion est une compétence intransmissible et inaliénable du CA. Ce devoir inclut la responsabilité de s'assurer que l'entreprise respecte la loi, les statuts, les règlements et les instructions données¹⁰⁸. Bien que le CA puisse déléguer certaines fonctions de surveillance à des organes internes, tels que la direction opérationnelle ou le service de conformité (compliance), ses membres restent tenus d'assumer par leur instruction et leur surveillance, un contrôle approprié sur l'exécution des tâches déléguées¹⁰⁹. La surveillance doit être d'une intensité suffisante, en particulier lorsqu'il existe des indices susceptibles d'augmenter les soupçons de manquements graves¹¹⁰.

Le principe de la confiance limite l'obligation de surveillance¹¹¹. Selon ce principe, qui découle de la jurisprudence, les membres du CA peuvent présumer que les délégataires exécuteront leurs tâches conformément aux règles de l'art, sauf s'il existe des indices concrets permettant d'en douter. Le Conseil ne doit intensifier sa surveillance que si des éléments précis suggèrent des manquements¹¹².

In casu, le TF annule l'acquiescement de l'ancien président du CA de la banque et renvoie l'affaire à la Cour d'appel du Tribunal pénal fédéral pour qu'elle détermine si l'intéressé avait connaissance d'informations qui, en 2013, auraient dû entraîner une obligation de communication au MROS.

105 Arrêt du Tribunal fédéral 6B_1176/2022 et 6B_1198/2022 du 5 décembre 2023.

106 Arrêt du Tribunal fédéral 6B_1176/2022 et 6B_1198/2022 du 5 décembre 2023, consid. 5.2.4.

107 Bureau de communication en matière de blanchiment (ci-après : MROS).

108 Arrêt du Tribunal fédéral 6B_1176/2022 et 6B_1198/2022 du 5 décembre 2023, consid. 5.2.2.

109 Arrêt du Tribunal fédéral 6B_1176/2022 et 6B_1198/2022 du 5 décembre 2023, consid. 5.2.2; cf. aussi ATF 122 III 195, consid. 3.

110 Arrêt du Tribunal fédéral 6B_1176/2022 et 6B_1198/2022 du 5 décembre 2023, consid. 5.2.2.

111 Arrêt du Tribunal fédéral 6B_1176/2022 et 6B_1198/2022 du 5 décembre 2023, consid. 5.2.2.

112 Arrêt du Tribunal fédéral 6B_1176/2022 et 6B_1198/2022, consid. 9.2.

i) Annonce de surendettement¹¹³

55 Pour établir le montant du dommage causé par la poursuite de l'exploitation de l'entreprise («*Fortführungsschaden*»), il convient de soustraire au surendettement existant au moment du prononcé de la faillite, le surendettement moindre qui existait au moment où la faillite aurait été prononcée si les organes s'étaient montrés vigilants. Cette règle s'applique au calcul du dommage causé par un avis tardif de surendettement par l'organe de révision.

56 Il faut se garder de confondre le moment où la faillite aurait dû être prononcée du moment, antérieur, où l'administrateur aurait eu des « raisons sérieuses d'admettre que la société [était] surendettée » (art. 725 al. 2 aCO) : à ce stade, le CA doit établir des comptes intermédiaires à la valeur d'exploitation et à la valeur de liquidation, et les faire vérifier par un réviseur agréé, si la société ne dispose pas d'organe de révision. Si les dettes sociales ne sont pas couvertes par les actifs, le CA avise le tribunal¹¹⁴.

57 Pour les juges de Mon Repos, celui qui intente l'action sociale en réparation du dommage doit alléguer et prouver l'aggravation de la situation financière de la société calculée à la valeur de liquidation, à savoir la différence entre l'état du patrimoine au moment du prononcé de faillite et celui au moment où celle-ci aurait dû être prononcée. A cette fin, le demandeur doit recourir à un expert, qui seul dispose des connaissances techniques nécessaires. L'art. 42 al. 2 CO, qui facilite la preuve lorsque le montant exact du dommage ne peut être établi, s'applique, mais le demandeur est tenu de fournir au tribunal toutes les indications raisonnablement exigibles et il ne saurait « formuler des prétentions de n'importe quel montant sans indications précises »¹¹⁵.

j) Validité du transfert d'actions fondé sur un pacte successoral¹¹⁶

aa) Résumé

58 En 2011, un pacte successoral est conclu entre E.A. et F.A. (« les donateurs ») et leurs quatre fils, A.A., B.A., C.A. et D.A. (« les héritiers »), portant sur la transmission des actions de deux sociétés familiales, B. SA et C. SA. E.A. transfère en pleine propriété ses actions dans C. SA, à parts égales, aux héritiers, tandis que F.A. leur cède, également à parts égales, ses actions dans B. SA, sous réserve d'un usufruit en sa faveur. Cet usufruit expire pour moitié en 2018 et totalement à la fin de l'année 2023. Le pacte prévoit un droit d'emption et un droit de préemption en faveur des héritiers en cas de cession d'actions par l'un d'eux et

contient une clause « implicite («*stillschweigend*») de transfert de possession («*Besitzesanweisung*») »¹¹⁷.

En 2018, A.A. a accordé un droit d'emption sur ses actions dans B. SA à une société tierce, D. SA, sans informer ses cohéritiers. Ses frères, B.A., C.A. et D.A. (« les intimés ») considèrent cela comme une violation de l'accord successoral, lequel impose une offre préalable entre les parties. Ils exercent leur droit de préemption sur les actions détenues par A.A. (« le demandeur ») dans B. SA. Par la suite, F.A. transfère aux intimés la moitié des actions de B. SA non grevées d'usufruit (y compris celles de A.A.), et s'engage à leur transférer les actions restantes à l'expiration de l'usufruit en 2023. En 2019, A.A. conteste la validité de ce transfert, soutenant qu'aucune instruction formelle de transfert de possession n'a été donnée. Il ouvre action devant le Tribunal de district de Horgen, demandant la restitution de ses actions dans B. SA. En première instance, le tribunal reconnaît A.A. propriétaire de 125'000 actions nominatives libres d'usufruits et de 125'000 actions grevées d'usufruit, mais lui ordonne de consentir à leur transfert par cession. La Cour cantonale de Zurich, saisie en appel, rejette dans leur intégralité ses conclusions. A.A. recourt au TF.

Pour le TF, il n'est pas nécessaire de répondre à la question controversée de savoir si un contrat réel distinct («*dinglicher Vertrag*») est requis en complément de l'acte et de la tradition contractuels pour le transfert de propriété d'un meuble¹¹⁸. En effet, un tel « contrat » existait déjà dans le cas d'espèce¹¹⁹. De ce fait, le droit de préemption exercé par les intimés était conforme au pacte successoral de 2011, considéré comme une clause contraignante. La question est de savoir si F.A. était autorisé à transférer la possession et la propriété des actions de A.A. dans B. SA. Le TF conclut qu'aucune instruction de transfert supplémentaire n'était nécessaire dans la mesure où le pacte successoral contenait déjà une clause implicite de transfert de possession¹²⁰. En effet, la simple intention ou action conduisant à une vente, même indirecte, suffit à activer le mécanisme de préemption prévu dans l'accord successoral¹²¹. Le recours est rejeté.

bb) Commentaire

L'arrêt du TF met en lumière la portée contraignante des pactes successoraux et l'importance d'une interprétation favorisant leur mise en œuvre effective. Dans ce contexte, le pacte successoral, en incluant une clause implicite de

¹¹³ Arrêt du Tribunal fédéral 4A_166/2022 du 29 juin 2023.

¹¹⁴ Arrêt du Tribunal fédéral 4A_166/2022 du 29 juin 2023, consid. 3.2.

¹¹⁵ Arrêt du Tribunal fédéral 4A_166/2022 du 29 juin 2023, consid. 3.3.

¹¹⁶ Arrêt du Tribunal fédéral 4A_25/2023 du 22 juin 2023.

¹¹⁷ Arrêt du Tribunal fédéral 4A_25/2023 du 22 juin 2023, consid. 8.2.2.

¹¹⁸ Arrêt du Tribunal fédéral 4A_25/2023 du 22 juin 2023, consid. 8.1.2.

¹¹⁹ A savoir le pacte successoral, cf. Arrêt du Tribunal fédéral 4A_25/2023 du 22 juin 2023, consid. 8.1.4.

¹²⁰ Arrêt du Tribunal fédéral 4A_25/2023 du 22 juin 2023, consid. 8.2.1.

¹²¹ Arrêt du Tribunal fédéral 4A_25/2023 du 22 juin 2023, consid. 7.2.1 et 7.2.2.

transfert de possession, dispense de toute formalité supplémentaire. Cette solution démontre l'importance de prévoir des clauses claires pour éviter des contestations futures et prévient des abus ou des litiges futurs concernant des transferts informels d'actions.

62 Dans le cadre du transfert de propriété d'actions, l'exercice d'un droit de préemption combiné à une clause implicite de transfert de possession prévu dans un pacte successoral est suffisant pour opérer le transfert de possession, sans qu'un acte supplémentaire de disposition ne soit nécessaire. En d'autres termes, cela signifie qu'aucun acte formel n'est requis pour officialiser le transfert de possession. Une clause implicite de transfert de possession, découlant du pacte successoral, est donc reconnue comme juridiquement valable.

63 L'intention du promettant, aussi bien explicite qu'implicite, de contourner cette clause contraignante, permet le déclenchement du droit de préemption et l'exigence du transfert d'action aux bénéficiaires du droit de préemption. Le pacte successoral, en octroyant des droits d'emp- tion et de préemption, par une clause implicite de transfert de possession aux cohéritiers, établit des mécanismes clairs et opposables, rendant toute formalité supplémentaire superflue, et tout subterfuge impossible. Cette solution, ancrée dans la volonté des parties, garantit la sécurité juridique tout en facilitant l'exécution des accords. Elle protège les héritiers et renforce le respect des engagements successoraux convenus entre les membres d'une même famille, dont les objectifs sont souvent de maintenir les actions au sein de la famille et d'éviter tout contournement des clauses contractuelles¹²².

122 Arrêt du Tribunal fédéral 4A_25/2023 du 22 juin 2023, consid. 8.2 ss.

3. Société à responsabilité limitée : absence de préjudice irréparable suivant la nomination d'un commissaire¹²³

Z., ancien employé et associé de A. Sàrl (en liquidation), 64 saisit le Tribunal civil de première instance du canton de Genève d'une requête tendant à la nomination d'un nouveau liquidateur en lieu et place de L., qu'il accuse de complicité dans des malversations. Z. sollicite par ailleurs la nomination d'un commissaire provisoire pour représenter la société dans la procédure en cours¹²⁴. Le tribunal donne suite à la demande et désigne le professeur P. en qualité de commissaire, jugement qui est confirmé en appel par la chambre civile de la Cour de justice genevoise. A. Sàrl recourt au TF.

Pour les juges de Mon Repos, la nomination d'un commis- 65 saire provisoire, limitée à la représentation de la société dans une procédure en cours, ne constitue pas un préjudice irréparable au sens de l'art. 93 al. 1 let. a LTF¹²⁵. Le rôle du commissaire étant circonscrit à la défense des intérêts de la société, il n'interfère ni avec son administration générale ni avec ses droits fondamentaux et la société continue de jouir de son droit de mandater un avocat de son choix pour la présenter et défendre ses intérêts¹²⁶. En l'absence de préjudice irréparable, le recours est déclaré irrecevable¹²⁷.

123 Arrêt du Tribunal fédéral 4A_234/2023 du 8 août 2023.

124 Arrêt du Tribunal fédéral 4A_234/2023 du 8 août 2023, consid. 1.1.

125 Loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF ; RS 173.110).

126 Arrêt du Tribunal fédéral 4A_234/2023 du 8 août 2023, consid. 1.2.2.

127 Arrêt du Tribunal fédéral 4A_234/2023 du 8 août 2023, consid. 1.2.2.

Abstract

Dieser Beitrag bietet einen Überblick über die wichtigsten Gesetzesänderungen und die Rechtsprechung des Bundesgerichts für das Jahr 2023 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 und nach der behandelten Thematik geordnet sind, voraus.