

Actualité en droit des sociétés

Prof. Olivier Hari

RIX

11.Okt 2010 15

USD/CHF	0.9622	-0.06% ▼	JPY/CHF	1.1745	-0.06% ▼
GBP/CHF	1.3413	-0.11% ▼	AUD/CHF	0.9476	-0.07% ▼
HKD/CHF	1.5335	-0.23% ▼	CAD/CHF	0.9512	-0.04% ▼

DAX	6500
DJ Bahrain Index	122
ESTX50 EURP	2789
DJ Industr Average	11006
STXE50 EURP	2518
DSM 20 Ind	7830
FTSE 100	5675
Hang Seng	23207
Korea Comp Index	1890
Mumbai Sensex	20250
NASDAQ 100	2027
Nikkei 225	9589
NYSE Composite Indx	7478
Shanghai A Index	2941
Shanghai B Index	272

USD/CHF

EUR/CHF



ous Woods N	25.80	1.78% ▲	PSP Swiss Propert N	77.00	-0.19% ▼	Publigroupe N	
SMI	6379.03	0.25% ▲	ABB N	21.30	1.67% ▲		

Procédures de consultation et projets

- > Avant-projet de modification de la LDIP (art. 166 ss – faillite et concordat)
- > Avant-projet de modification du Code des obligations (droit de la société anonyme).
 - > Le 4 décembre 2015, le Conseil fédéral a pris acte des résultats de la consultation sur la révision du droit de la société anonyme et a défini les grandes lignes du message à venir:
<https://www.bj.admin.ch/bj/fr/home/wirtschaft/gesetzgebung/aktienrechtsrevision14.html>
 - > Message et projet attendu dans les tous prochains jours !

Sélection de modifications législatives

> Entrées en vigueur:

- > **Loi fédérale du 12 déc. 2014 sur la mise en œuvre des recommandations du Groupe d'action financière, révisées en 2012**; entrée en vigueur le 1^{er}juil. 2015 – introduction des art. 697i à 697m et 790a CO et modification des art. 704a, 718 al. 4, 747, 790, 814 al. 3, 837 et 898 al. 2 CO

- > **Loi fédérale sur le blanchiment d'argent (LBA) du 10 octobre 1997**, modification du 12 décembre 2014 – modification des art. 2 al. 1, 2a, 4, 6, 8a, 9 al. 1 let. a ch. 2 et let. c, al. 1bis et 1ter, 9a, 10, 10a al. 1, 5 et 6, 15, 16 al. 1 let. b, 22, 23 al. 4 let. b et al. 5 et 6, 27 al. 4 let. b, 29 al. 2, 2bis et 2ter, 30 al. 2 let. a, 32 al. 3, 34 al. 3, 38, par la loi fédérale sur la mise en œuvre des recommandations du Groupe d'action financière (RO 2015 1389) ; entrée en vigueur le 1er janvier 2016 (RS 955.0).

- > **Code des obligations (CO) (Droit des raisons de commerce) du 30 mars 1911**, modification du 25 septembre 2015 – modification des art. 607, 945 al. 2, 947, 948, 950, 951, 953 (RO 2016 1507) ; entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2016 (RS 220) / **dispositions transitoires**

- > **Ordonnance sur le registre du commerce (ORC) du 17 octobre 2007**, modification du 18 mai 2016 – modification des art. 116a, 160 al. 4 (RO 2016 1663) ; entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2016 (RS 221.411).

- > **Loi fédérale sur les infrastructures des marchés financiers et le comportement sur le marché en matière de négociation de valeurs mobilières et de dérivés** (Loi sur l'infrastructure des marchés financiers, LIMF) du 19 juin 2015 (RO 2015 5339) ; entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2016 (RS 958.1)

Jurisprudence

(aspects procéduraux – toutes sociétés)

- > TF 4A 36/2016 du 14 avril 2016 (d) – LDIP 151 I et II ; compétence *ratione loci* des tribunaux lors de différends relevant du droit des sociétés.
- **Action en responsabilité** ouverte par C (NL, actionnaire de D, CH-BL) contre deux administrateurs (A et B, CH-NW Emmen (?))
 - **Appel, domicile** à Emmen contesté sans succès. RMC TF.
 - Examen par le TF des divers fors possibles selon **LDIP 151**
 - **Controverse** relative à LDIP151 II :
 - (al. 1) Lors de différends relevant du droit des sociétés, les tribunaux suisses du siège de la société sont compétents pour connaître des actions contre la société, les sociétaires ou les personnes responsables en vertu du droit des sociétés.
 - (al. 2) Les tribunaux suisses du domicile ou, à défaut de domicile, ceux de la résidence habituelle du défendeur sont également compétents pour connaître des actions contre un sociétaire ou une autre personne responsable en vertu du droit des sociétés / Selon Eberhard/von Planta, pas applicable lorsque la société a son siège en Suisse
- > Recours déclaré infondé par le TF, LDIP 151 II s'applique en tous les cas (*obiter dictum*)

Jurisprudence

(aspects procéduraux – toutes sociétés)

- > ATF 141 III 426 (d) – CO 706 CO, CPC 107 al. 1 let. f, 108; contestation d'une décision de l'assemblée générale ; frais de justice ; répartition des frais
 - Validité de la tenue par A. de l'**assemblée générale universelle** de B. AG et élection de A. comme administrateur
 - C., actionnaire attaque la décision de l'AG, action dirigée par C. contre B. AG
 - Constatation de la **nullité** de la décision de l'AG par le Kantonsgericht de Nidwald au motif que tous les actionnaires n'étaient en réalité pas présents et mise à la charge de A. des **frais** (CPC 107 I let f) « Le tribunal peut s'écarter des règles générales et répartir les frais selon sa libre appréciation dans les cas suivants: (...) des circonstances particulières rendent la répartition en fonction du sort de la cause inéquitable. »
 - Appel de A. qui conteste devoir être débiteur de ces frais, **car n'étant pas partie à la procédure de 1^{ère} instance**, rejeté. RMC de A.

- > Recours déclaré infondé par le TF, CPC 108 permet d'arriver au même résultat par substitution des motifs
- > « Les frais causés inutilement sont mis à la charge de la personne qui les a engendrés. »

Jurisprudence (qualité pour agir – SA)

- > ATF 142 III 23 (d) – Art. 754 al. 1 et 757 al. 1 CO ; action en responsabilité ; qualité pour agir de la masse en faillite ou de la masse concordataire.
 - **Paiements à des créanciers** juste avant l’octroi d’un sursis concordataire
 - **Action en responsabilité** introduite par la **masse concordataire** contre les administrateurs, rejetée par le Handelsgericht.
 - RMC de la masse concordataire, s’appuyant sur 5C.29/2000, au motif que les administrateurs, en diminuant le substrat d’actifs, ont causé un **dommage** à tous les **autres créanciers** en autorisant des paiements à certains d’entre eux alors que SAirGroup était insolvable et ne pourrait pas rembourser les autres créanciers.

- > Recours déclaré infondé par le TF (revirement de jurisprudence – Raichle).
 - Arrêt Raichle: notion de **dommage direct** et **indirect** et de norme protectrice, sans égard aux masses ayant subi le dommage; les créanciers ayant subi un dommage direct ne peuvent agir que si une norme les protège eux seuls, sans protéger simultanément la société
 - ATF 131 III 306 et 132 III 564: un créancier peut agir en réparation du dommage subi directement.
 - En l’occurrence, la société ne subit aucun dommage.
 - L’action révocatoire était la voie à suivre...

Jurisprudence (qualité pour agir – SA)

- > TF 2C 872/2015 du 1er août 2016 (d) – PA 48 I let. b, LSA 51 II let. d ; décision de la FINMA de transfert d'un portefeuille d'assurances à une autre entreprise d'assurance, puis ouverture de la faillite.
- Recours de l'actionnaire et d'un administrateur (agissant pour son compte et non pour l'entreprise d'assurance) contre la **décision de transfert du portefeuille** auprès du TAF
 - **Recours déclaré irrecevable** par le TAF au motif que ni l'administrateur ni l'actionnaire n'ont la qualité pour recourir
 - « Recours de droit public » déposé par l'administrateur et l'actionnaire auprès du TF
- > Recours rejeté par le TF/ PAS de qualité pour recourir dit le TF
- **L'actionnaire** est un **tiers** qui n'est pas destinataire de la décision. Pas d'atteinte particulière *in casu*. Le fait que **l'actionnaire soit unique et domine entièrement la société** n'y change rien (confirmation du changement de pratique 2C_158/2012)
 - La procédure n'est pas dirigée contre l'**administrateur**. Pas de *naming or shaming*. Son nom et la qualité de son activité ne sont pas mentionnés. **L'objet** de la contestation est uniquement le transfert de portefeuille. **Action en responsabilité** c/ la FINMA si l'administrateur estime que sa réputation a été mise à mal et qu'il ne possède plus la **garantie de l'activité irréprochable**.

Jurisprudence

(droit des actionnaires – SA)

- > **ATF 142 III 16** (d) – CO/OR 699 III CO ; société anonyme ; assemblée générale ; droit des actionnaires à l'inscription d'un objet à l'ordre du jour.
- B détient 50% du capital-actions de A. AG. Capital-actions: 100'000 francs.
 - B requiert du conseil d'administration la **convocation d'une assemblée générale ordinaire et l'inscription d'objets à l'ordre du jour**.
 - Refus par le conseil d'administration. Sur requête, convocation et inscription d'objets à l'ordre du jour ordonnées par l'Handelsgericht.
 - RMC de la société auprès du TF au motif qu'en application de CO 699 III, seuls les actionnaires détenant des actions d'une valeur nominale d'un million de francs peuvent requérir l'inscription d'un objet à l'ordre du jour
- > **Recours déclaré infondé par le TF**
- Le texte de CO/OR 699 III 2e phrase ne correspond pas à la volonté du législateur, mais résulte d'une inadvertance de ce dernier.
 - Les actionnaires qui détiennent au moins 10% du capital-actions sont non seulement en droit de requérir la convocation d'une assemblée générale, mais *aussi* de requérir l'inscription d'un objet à l'ordre du jour (c. 2.3).
 - A défaut, l'inscription d'un objet à l'ordre du jour serait impossible dans les sociétés dont le capital-actions est de 100'000 francs.
 - Contrôle formel du contenu de l'ordre du jour uniquement, sauf abus de droit

Jurisprudence

(carence – société coopérative)

- > TF 4A 370/2015 du 16 décembre 2015 (d) – CO 831 II et 731b ; nombre minimum de membres ; carence dans l'organisation.
- **Coopérative laitière** fondée en 1910. En raison de l'instauration de contingents laitiers, départ de certains coopérateurs, 4 restent. Afin de ne pas contrevenir au **nombre minimum d'associés** (ATF 138 III 407), entrée des épouses des coopérateurs
 - Décision de liquidation de la coopérative et de répartition de l'actif
 - Action de 11 anciens membres requérant le **blocage de l'inscription au RC** des modifications décidées au motif qu'au moment de décider d'admettre les épouses, le nombre minimal d'associés n'était plus atteint (et que les épouses ne pouvaient pas devenir coopératrices)
 - Décision du Amt für Handelsregister und Zivilstandswesen refusant l'inscription de la liquidation et constatant une situation de carence
 - Recours de la coopérative laitière auprès du Verwaltungsgericht des Kantons Thurgau, partiellement rejeté. RMC TF.
- > Recours partiellement admis par le TF.
- Le fait que le nombre minimal impératif d'associés ne soit plus atteint est sans influence sur l'admission de nouveaux membres, au contraire.
 - Le préposé du registre du commerce n'a pas à vérifier si les nouveaux sociétaires remplissent les conditions prévues par les statuts. Il ne doit vérifier cela que sous l'angle de l'intérêt ou de la protection des tiers

Jurisprudence

(recours contre la révocation du sursis)

- > TF 5A 950/2015 du 29 septembre 2016 (f) – CO 725 II, 729c, LP 294; recours contre la révocation du sursis concordataire et le prononcé d'une faillite.
- **Surendettement** de la société H. SA. Requête de sursis concordataire provisoire déposée par deux créanciers en mesure de requérir la faillite.
 - Octroi d'un **sursis provisoire** de 4 mois. RMC de H. SA, déclaré irrecevable.
 - Commissaire conclut à la révocation du sursis concordataire provisoire
 - **Révocation** par le TPI du sursis provisoire, ouverture de la **faillite**, mesures conservatoires (LP 170).
 - Recours de H. SA c/ certains points du dispositif (pas la révocation du sursis et le refus d'octroi du sursis, rejeté par la CJ. RMC.
- > Recours rejeté par le TF
- Rappel: décision finale LTF 90 / faillite \neq mesure provisionnelle
 - Notion de créancier habilité à requérir la faillite et moment où il peut être invoqué / Formalisme excessif de la CJ