Code des obligations

Dernière modification : 21.10.2026

PDF créé le : 21.10.2026

COMMENTAIRE EN LIGNE
LE COMMENTAIRE JURIDIQUE
EN OPEN ACCESS

TABLE DES MATIÈRES

Art. 11 CO 5
..... 13
Art. 50 CO 19
..... 31
..... 43
..... 65
Art. 98 CO 79
..... 85
..... 93
Art. 143 CO 107
..... 115
..... 123
..... 131
..... 137
..... 143
..... 151
..... 157
Art. 633 CO 163
Art. 701 CO 181
..... 195
..... 213
..... 223
..... 237
..... 271
..... 279
..... 291
..... 297
..... 307

Dispositions transitoires relatives à la révision du droit de la société anonyme du 19 juin 2020 379
..... 451
..... 473
Art. 795b CO 503
..... 515
..... 533

ATTENTION : Cette version du commentaire est une traduction automatique de l'original. Le commentaire original est en anglais. La traduction a été faite avec www.deepl.com. Seule la version originale fait foi. La version traduite du commentaire ne peut pas être citée.

COMMENTAIRE

Art. 11 CO

Un commentaire de Susanne Brütsch

PROPOSITION DE CITATION

Susanne Brütsch, Kommentierung zu Art. 11 OR, in: Christoph Hurni / Mirjam Eggen (Hrsg.), Onlinekommentar zum Obligationenrecht

Citation abrégée: OK-Brütsch, N XXX zu Art. 11 OR.

Art. 11 CO

[1] La validité des contrats n'est subordonnée à l'observation d'une forme particulière qu'en vertu d'une prescription spéciale de la loi.

[2] À défaut d'une disposition contraire sur la portée et les effets de la forme prescrite, le contrat n'est valable que si cette forme a été observée.

TABLE DES MATIÈRES

I. Le principe : La liberté de forme 7
II. Types de prescriptions formelles 7
A. La forme écrite simple 7
B. La forme écrite qualifiée 8
C. Attestation publique 8
III. Étendue des exigences formelles 9
IV. Effets juridiques 9
A. En général 9
B. En cas d'inobservation des conditions de forme 10
V. Le droit international privé 11
Bibliographie 11

I. LE PRINCIPE : LA LIBERTÉ DE FORME

En vertu du principe général de la liberté contractuelle, l'art. 11 al. 1 CO érige la liberté de forme en règle par défaut. Les contrats ne requièrent donc (mais toujours) une forme particulière que si cette forme est expressément exigée par le droit (fédéral). Contrairement à son libellé, la règle de l'art. 11 CO ne s'applique pas seulement aux contrats mais à tout acte juridique. 1

Les exigences formelles ont des buts multiples. Tout d'abord, elles ont un effet de mise en garde qui dissuade les parties de conclure des contrats à la hâte. Les exigences formelles servent également à créer la sécurité juridique et à fournir une preuve claire de l'accord des parties par écrit. Elles augmentent la transparence en incarnant l'acte juridique dans une forme physique, rendant un acte juridique perceptible et visible pour les tiers (par exemple, également pour les autorités d'enregistrement). 2

Si, pour la validité d'un acte juridique, une forme spécifique est requise, les parties doivent se conformer à l'exigence formelle, indépendamment du fait que son objectif (tel que décrit ci-dessus) soit autrement garanti dans le cas d'espèce. Le respect des exigences formelles doit être évalué et examiné séparément et indépendamment de la validité matérielle de l'acte juridique et de son interprétation. 3

Les exigences formelles légales doivent être interprétées de manière restrictive sur la base du principe de favor negotii. Toutefois, cela ne change rien au fait que les exigences formelles sont des lois impératives et, en tant que telles, ne sont pas soumises à la disposition des parties. Néanmoins, les parties peuvent convenir d'une forme plus stricte que celle prévue par la loi (cf. art. 16 al. 1 CO). 4

II. TYPES DE PRESCRIPTIONS FORMELLES

A. La forme écrite simple

La forme écrite simple ("einfache Schriftlichkeit", "forme écrite simple") est la plus légère de toutes les exigences formelles. Il est exigé que les déclarations d'intention soient faites par écrit sur un objet physique de quelque nature que 5

ce soit ou au moins que la déclaration soit enregistrée de manière à permettre une reproduction permanente et inchangée sous forme de texte.

6 D'autres exigences spécifiques sont énoncées de manière exhaustive aux art. 12-15 CO. En particulier, le document (ou l'objet) contractuel doit être signé par chaque partie à laquelle il impose des obligations (cf. en cas de contrat de cession l'art. 165 CO).

B. La forme écrite qualifiée

7 La forme écrite qualifiée ("qualifizierte Schriftlichkeit") nécessite de respecter des exigences formelles ou contextuelles supplémentaires telles que la signature manuscrite d'un texte entier (p. ex. en cas de testament, art. 505 al. 1 CC) ou l'obligation d'utiliser des formulaires spécifiques fournis par les autorités (p. ex. lors de la résiliation de baux d'habitation ou commerciaux, art. 266l al. 2 et art. 269d CO).

C. Attestation publique

8 L'authentification publique ou notariée ("öffentliche Beurkundung", "forme authentique") est la condition formelle la plus stricte. L'accord des parties (ou l'acte juridique) doit être enregistré par une personne officiellement chargée de cette tâche par l'État (par exemple, une autorité judiciaire ou administrative ou un notaire) conformément aux procédures applicables.

9 Cette exigence formelle s'applique généralement lorsque l'acte juridique sert de base à une inscription (obligatoire) dans les registres publics (p. ex. pour les transactions immobilières) ou est particulièrement sensible (p. ex. pour les contrats de mariage ou les contrats de succession).

10 Ce n'est pas le droit fédéral mais le droit cantonal qui règle la manière dont les actes publics sont établis sur leur territoire (art. 55 al. 1 du titre final du CC). En termes de normes minimales, le notaire notera l'accord des parties de manière véridique et complète, lira à haute voix le texte enregistré en leur présence et leur demandera leur consentement à ce que le texte reflète leur accord. L'authentification est complétée par le scellement et la signature de l'acte avec lieu et date.

III. ÉTENDUE DES EXIGENCES FORMELLES

L'étendue de l'application des exigences formelles est régie par le droit fédéral. 11

Alors que la loi étend dans certains cas les exigences formelles à un acte juridique spécifique dans son ensemble (par exemple pour la vente d'un bien immobilier, qui est soumise à une certification publique conformément à l'art. 216 al. 1 CO), les exigences formelles peuvent également ne concerner que certaines parties/clauses typiquement incluses dans un cadre contractuel plus large (p. ex. les clauses de non-concurrence dans les contrats de travail, cf. art. 340 al. 1 CO ou en cas de cautionnement personnel, cf. art. 493 CO). 12

Cela dit, seules les parties dites objectivement ou subjectivement essentielles d'un accord (essentialia negotii) sont soumises à des exigences formelles. La loi ne donnant pas plus d'indications sur cette distinction, c'est principalement la jurisprudence qui détermine les parties (objectivement et subjectivement) essentielles d'un accord en fonction de son but et de sa nature juridique. 13

Les exigences formelles s'appliquent également aux modifications du contrat principal (cf. art. 12 CO) et peuvent même s'étendre aux conventions annexes, si celles-ci sont liées au contrat principal. 14

IV. EFFETS JURIDIQUES

A. En général

Le respect des exigences formelles de la forme écrite simple ou qualifiée n'entraîne pas une augmentation de la valeur probante. Aucune conclusion quant à l'exactitude du contenu du document ou à l'authenticité des signatures ne peut être tirée sur la base de cette seule circonstance. 15

Toutefois, en vertu de l'art. 9 CC, l'acte public constitue une preuve complète des faits qu'il atteste, sauf s'il s'avère que son contenu est incorrect. En outre, les actes publics peuvent, sous certaines conditions, être exécutés comme des décisions judiciaires en vertu de l'art. 347 CPC et du DEBA. 16

B. En cas d'inobservation des conditions de forme

17 Les actes juridiques ou les contrats qui ne respectent pas les exigences de forme applicables sont considérés comme nuls (art. 11 al. 2 CO).

18 Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, l'invalidité signifie la nullité. Cette nullité doit être prise en compte d'office et peut être invoquée en tout temps (sans être prescrite) et également par des tiers qui ne sont pas directement impliqués dans le rapport juridique invalidé. En revanche, cette vision stricte est contestée par la doctrine, qui préconise une appréciation au cas par cas. Le Tribunal fédéral n'a toutefois pas jugé nécessaire de revenir sur sa jurisprudence dans un arrêt récent et n'a pas répondu à la critique de la doctrine.

19 Si seules certaines parties d'un contrat ne répondent pas aux exigences formelles, une nullité partielle peut être admise en application analogique de l'art. 20 al. 2 CO (sauf si les parties n'auraient pas du tout conclu le contrat sans la partie invalide).

20 Si un contrat est (irréversiblement) nul en raison du non-respect des conditions de forme, aucune partie ne peut en demander l'exécution ou réclamer une indemnité (sauf cas particuliers comme la culpa in contrahendo) et les parties doivent se restituer mutuellement ce qui a déjà été échangé ou payé en application des dispositions sur l'enrichissement sans cause (art. 62 ss CO) ou du droit de propriété (rei vindicatio, art. 641 al. 1 CC). Ce principe s'applique même si le contrat lui-même était parfaitement valable (à l'exception de la condition de forme). Dans ce cas, une partie ne peut ni exiger l'exécution du contrat ni réclamer une quelconque indemnité. Toutefois, dans certains cas, le Tribunal fédéral fait droit à une demande de dommages-intérêts pour faute ou culpa in contrahendo ("Vertrauenshaftung").

21 Toutefois, si les deux parties ont rempli leurs obligations en vertu du contrat malgré son invalidité (et en toute connaissance de cause) ou si l'une des parties a délibérément provoqué l'invalidité formelle du contrat, l'affirmation ultérieure de l'invalidité du contrat peut être qualifiée d'abus de droit (cf. art. 2 al. 2 CC). La question de savoir si tel est le cas doit être appréciée à la lumière de toutes les circonstances du cas d'espèce, en particulier le comportement des parties au moment de la conclusion du contrat et après celle-ci.

Enfin, si un acte juridique formellement invalide remplit toutes les conditions d'un autre type de contrat, il peut, dans certains cas, être réinterprété comme tel (par le biais de la "conversion", art. 18 CO). 22

V. LE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

En vertu de la règle générale de l'art. 124 LDIP, les contrats sont valables s'ils répondent aux exigences posées par la loi qui leur est applicable ou par la loi du lieu où ils ont été conclus. Toutefois, des règles particulières peuvent s'appliquer à certains types de contrats. Par exemple, les contrats portant sur des biens sont principalement régis par la lex rei sitae (cf. art. 119, al. 3, phrase 1 LDIP). 23

BIBLIOGRAPHIE

Bucher Eugen, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 1988.

Gauch Peter/Schluep Walter R./Schmid Jörg, OR AT, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, vol. I, 11. Edition, 2020.

Gauch Peter/Stöckli Hubert: Präjudizienbuch OR, die Rechtsprechung des Bundesgerichts (1875-2020), 10. Edition, 2021 (cit. [Author], Präjudizienbuch).

Honsell Heinrich (ed.), Kurzkommentar Obligationenrecht, 2014 (cit. KUKO OR-[Author]).

Furrer Andreas/Schnyder Anton K. (eds.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, 3. Edition, 2016 (cit. CHK-[Author]).

Müller Christoph, in: Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-18 CO (...), 2018 (cit.: BK-Müller).

Tercier Pierre/Pichonnaz Pascal, Le droit des obligations, 6. Edition, 2019.

Thevenoz Luc/Werro Franz (eds.), Commentaire romand, Code des obligations I, 3. Edition, 2021 (cit. CR CO I-[Author]).

Widmer Lüchinger Corinne/Oser David (eds.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7. Edition, 2020 (cit. BSK OR I-[Author]).

ATTENTION : Cette version du commentaire est une traduction automatique de l'original. Le commentaire original est en anglais. La traduction a été faite avec www.deepl.com. Seule la version originale fait foi. La version traduite du commentaire ne peut pas être citée.

COMMENTAIRE

Art. 12 CO

Un commentaire de Susanne Brütsch

PROPOSITION DE CITATION

Susanne Brütsch, Kommentierung zu Art. 12 OR, in: Christoph Hurni/Mirjam Eggen (Hrsg.), Onlinekommentar zum Obligationenrecht

Citation abrégée: OK-Brütsch, N. XXX zu Art. 12 OR.

II. Forme écrite

1. Forme requise par la loi

a. Sa portée

Art. 12

Lorsque la loi exige qu'un contrat soit fait en la forme écrite, cette règle s'applique également à toutes les modifications du contrat, hormis les stipulations complémentaires et accessoires qui ne sont pas en contradiction avec l'acte.

TABLE DES MATIÈRES

I. Objet et champ d'application de l'art. 12 CO 15
II. Modifier et compléter un contrat 15
III. "Clauses de garantie complémentaires" 16
IV. Art. 12 CO vs. 115 CO 16
V. Effets juridiques en cas de non-respect de l'art. 12 CO 17
Bibliographie 17

I. OBJET ET CHAMP D'APPLICATION DE L'ART. 12 CO

L'art. 12 CO est en principe un complément à l'art. 11 CO. Sauf dispositions particulières, l'art. 12 CO étend les exigences formelles des contrats et des actes judiciaires au sens de l'art. 11 CO à leurs modifications ("Abänderungen", "modifications"). 11 CO à leurs modifications ("Abänderungen", "modifications"). Contrairement à son libellé, l'art. 12 CO ne s'applique pas seulement lorsque la loi exige la forme écrite simple pour un acte judiciaire, mais aussi en cas d'authentification publique. En revanche, l'art. 12 CO ne s'applique pas si les parties ont convenu d'une forme particulière (voir art. 16 CO). 1

II. MODIFIER ET COMPLÉTER UN CONTRAT

La modification d'un contrat ou d'une disposition particulière de celui-ci signifie soit (i) modifier le contrat, soit (ii) compléter le contrat en y ajoutant des dispositions supplémentaires sans en modifier le contenu essentiel. 2

- La modification d'un contrat signifie qu'une disposition contractuelle est soit complètement supprimée, soit remplacée par une autre (par exemple, en changeant un certain délai, en autorisant des paiements échelonnés au lieu de paiements forfaitaires ou en modifiant le gage, etc.) L'art. 12 CO s'applique également lorsqu'un contrat est transféré dans son intégralité à un tiers. En revanche, l'art. 12 CO ne s'applique pas si les parties précisent ou définissent des obligations contractuelles déjà existantes. Cela peut se faire sous n'importe quelle forme.
- En complétant un contrat conformément à l'art. 12 CO, les parties ajoutent une disposition à leur contrat existant (dont la forme est obligatoire).

En pratique, les contrats peuvent être amendés/modifiés soit (i) en détruisant l'ancien et en émettant de nouveaux documents/certificats contractuels, (ii) en émettant des addenda séparés au contrat existant ou (iii) en corrigeant manuellement la/les disposition(s) pertinente(s). Toutefois, il n'est pas conseillé d'utiliser cette dernière méthode en raison de la difficulté d'en assurer la pérennité. 3

III. "CLAUSES DE GARANTIE COMPLÉMENTAIRES"

4 Par exception à la règle ci-dessus, l'art. 12 CO fait référence aux "ergänzende Nebenbestimmungen" ou "stipulations complémentaires", qui se traduisent en anglais par "supplementary collateral clauses" d'un contrat.

5 Ces "clauses accessoires", qui ne font que préciser ou compléter un contrat ou qui n'affectent que des clauses non essentielles d'un contrat, ne doivent respecter aucune exigence formelle spécifique, sauf si la ou les dispositions sont en conflit avec le document d'origine. Toutefois, si une "clause accessoire" contredit le contrat principal, mais ne doit pas elle-même satisfaire à des exigences formelles spécifiques (c'est-à-dire si elle ne contient pas de points subjectivement ou objectivement essentiels d'un contrat), elle peut, selon le Tribunal fédéral et la majeure partie de la doctrine, être conclue sans aucune exigence formelle.

IV. ART. 12 CO VS. 115 CO

6 L'art. 115 CO présente des similitudes avec l'art. 12 CO. Selon l'art. 115 CO, aucune forme particulière n'est requise pour l'extinction d'une créance par convention, même lorsque l'obligation elle-même ne pourrait être assumée sans satisfaire à certaines conditions de forme exigées par la loi ou choisies par les parties. Cela signifie que, sous certaines conditions, une partie peut éteindre une dette sans respecter une forme particulière.

7 Afin d'éviter que les parties contractantes ne contournent l'art. 12 CO, la doctrine et la jurisprudence ont développé certaines théories pour distinguer les deux dispositions. Dans le cas des contrats unilatéraux (où une seule partie renonce à une créance), l'art. 115 CO est censé l'emporter sur l'art. 12 CO. Cependant, l'art. 115 CO ne s'applique pas dans le cas d'un contrat (synallagmatique), à moins que toutes les obligations soient complètement annulées et que le contrat soit révoqué dans son intégralité. Par conséquent, la conclusion d'une transaction (extrajudiciaire) n'entre pas dans le champ d'application de l'art. 12 CO (puisqu'il ne s'agit pas d'une "modification", voir ci-dessus section II), et peut donc être conclu sans aucune exigence de forme.

8 Si une obligation est simplement réduite ou affaiblie pour une partie, comme c'est le cas lorsque l'obligation d'une seule partie est annulée ou modifiée,

l'art. 12 CO reste applicable (car il est très probable que cela ait un effet négatif sur les obligations de l'autre partie).

En pratique, il convient de noter que, notamment en cas d'authentification publique, l'acte révoqué (par exemple une transaction immobilière) peut encore figurer au registre foncier (sur lequel les tiers peuvent s'appuyer de bonne foi). 9

V. EFFETS JURIDIQUES EN CAS DE NON-RESPECT DE L'ART. 12 CO

Si les parties contractantes modifient leur contrat principal sans respecter les exigences de forme, la modification est considérée comme nulle. L'"ancien" contrat reste en vigueur. 10

BIBLIOGRAPHIE

Brütsch Susanne, Commentary to Art. 11 CO, in: Christoph Hurni/Mirjam Eggen (eds.), Onlinekommentar zum Obligationenrecht, https://onlinekommentar.ch/en/kommentare/or11, visited on 30.5.2023, (cit. OK-Brütsch).

Gauch Peter/Stöckli Hubert, Präjudizienbuch OR, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts (1875–2020), 10. Edition, Zurich 2021.

Jäggi Peter, Commentary to Art. 12 CO, in: Schönenberger Wilhelm/Jäggi Peter (eds.), Zürcher Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Kommentar zu den Art. 1–17 OR, 3. Edition, Zurich 1973 (cit. ZK-Jäggi).

Müller Christoph, Commentary to Art. 12 CO, in: Aebi-Müller Regina/Müller Christoph (eds.), Berner Kommentar, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1–18 OR mit Einleitung in das Schweizerische Obligationenrecht, Bern 2018 (cit. BK-Müller).

Schmidlin Bruno, Commentary to Art. 12 CO, in: Kramer Ernst/Scmidlin Bruno (eds.), Berner Kommentar, Obligationenrecht, Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1–18 OR, Bern 1986 (cit. BK-Schmidlin).

Schwenzer Ingeborg, Kommentierung zu Art. 12 OR, in: Widmer Lüchinger Corinne/Oser David (eds.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7. Edition, Basel 2019 (cit. BSK-Schwenzer).

Xoudis Julia, Commentary to Art. 12 CO, in: Thevenoz Luc/Werro Franz (eds.), Commentaire romand, Code des obligations I, 3. Edition, 2021 (cit. CR-Xoudis).

ATTENTION : Cette version du commentaire est une traduction automatique de l'original. Le commentaire original est en anglais. La traduction a été faite avec www.deepl.com. Seule la version originale fait foi. La version traduite du commentaire ne peut pas être citée.

COMMENTAIRE

Art. 50 CO

Un commentaire de Jean-Pascal Stoll

PROPOSITION DE CITATION

Jean-Pascal Stoll, Kommentierung zu Art. 50 OR, in: Christoph Hurni / Mirjam Eggen (Hrsg.), Onlinekommentar zum Obligationenrecht

Citation abrégée: OK-Stoll, N. XXX zu Art. 50 OR.

VI. Responsabilité plurale

1. En cas d'acte illicite

Art. 50

[1] Lorsque plusieurs ont causé ensemble un dommage, ils sont tenus solidairement de le réparer, sans qu'il y ait lieu de distinguer entre l'instigateur, l'auteur principal et le complice.

[2] Le juge appréciera s'ils ont un droit de recours les uns contre les autres et déterminera, le cas échéant, l'étendue de ce recours.

[3] Le receleur n'est tenu du dommage qu'autant qu'il a reçu une part du gain ou causé un préjudice par le fait de sa coopération.

TABLE DES MATIÈRES

I. Remarques générales 21
A. La notion de responsabilité solidaire 21
B. La responsabilité solidaire parfaite et imparfaite 21
II. La responsabilité solidaire selon l'alinéa 1 22
A. Exigences 22
1. Causalité commune du dommage 22
2. La faute commune 23
3. Types de responsables 24
B. La responsabilité solidaire comme conséquence juridique 24
III. Le recours entre les débiteurs solidaires selon l'al. 2 25
A. Recours et subrogation 25
B. Étendue du recours 25
C. Prescription du droit de recours 26
IV. Responsabilité de l'auteur du transfert selon l'al. 3 26
Bibliographie 27

I. REMARQUES GÉNÉRALES

A. La notion de responsabilité solidaire

Si plusieurs auteurs ont causé ensemble un dommage, ils sont solidairement responsables envers le lésé (art. 50 al. 1 CO). Cela signifie que chaque auteur répond de la totalité de la dette (art. 143 al. 1 CO). Par conséquent, le lésé peut obtenir tous les dommages-intérêts auprès d'un seul auteur. Le lésé peut également agir contre plusieurs responsables ou contre l'un ou l'ensemble des responsables pour une partie seulement du dommage (art. 144 al. 1 CO). Sa demande ne peut toutefois être satisfaite qu'une seule fois. La relation entre le lésé, d'une part, et les responsables solidaires, d'autre part, est appelée relation externe. 1

Si un responsable est tenu par le lésé pour un montant qui dépasse sa responsabilité, il peut se retourner contre les autres responsables pour le trop-perçu dans le rapport externe (art. 50 al. 2 en relation avec l'art. 148 al. 2 CO). La relation entre les auteurs du délit est appelée relation interne. 2

B. La responsabilité solidaire parfaite et imparfaite

Le Tribunal fédéral distingue la responsabilité solidaire dite parfaite et la responsabilité solidaire dite imparfaite. Il y a solidarité parfaite lorsque la loi prévoit expressément qu'elle doit être appliquée. L'art. 50 al. 1 CO prévoit explicitement la responsabilité solidaire en cas de faute commune des parties impliquées. En revanche, il y a responsabilité solidaire imparfaite lorsque la loi ne reconnaît pas expressément la responsabilité solidaire, mais que ses règles s'appliquent mutatis mutandis (responsabilité solidaire per analogiam). Selon l'art. 51 al. 1 CO, le droit de recourir contre d'autres auteurs responsables du même dommage pour des motifs juridiques différents de la faute commune est régi par les règles de l'art. 50 al. 2 CO. La possibilité de demander des dommages-intérêts dans la relation interne présuppose une responsabilité solidaire dans la relation externe. 3

La portée pratique de la distinction opérée par le Tribunal fédéral se manifeste dans trois cas : (1) dans les cas de responsabilité solidaire imparfaite où l'action du demandeur qui interrompt le délai de prescription à l'encontre de l'auteur du dommage selon l'art. 136 al. 1 CO n'ont pas d'effet à l'égard des 4

autres responsables ; (2) lorsque la subrogation des droits du créancier en vertu de l'art. 149 CO ne s'appliquent qu'en cas de responsabilité solidaire parfaite ; et (3) en cas de responsabilité solidaire imparfaite, lorsque le Tribunal fédéral part du principe que les causes individuelles de réduction ne sont pas exclues. Il convient toutefois de faire preuve d'une grande retenue dans l'invocation des motifs de réduction individuels. A l'exception des trois cas mentionnés, la responsabilité solidaire parfaite et la responsabilité solidaire imparfaite coïncident largement en termes de conditions préalables et de conséquences juridiques, d'autant plus que le Tribunal fédéral applique les dispositions sur la responsabilité solidaire (parfaite) des articles 143 et suivants. 143 ss. CO de manière analogue à l'application de la responsabilité solidaire imparfaite.

5 Cette distinction est critiquée par les juristes. La majorité rejette la distinction entre la responsabilité solidaire parfaite et imparfaite. Les raisons invoquées sont que l'introduction de l'art. 51 CO par le législateur était plutôt fortuite et que les intérêts comparables des deux types de responsabilité solidaire ne justifieraient pas une distinction. En outre, il est avancé que la pertinence des différentes conséquences juridiques est faible et qu'en raison d'un principe non écrit du droit de la responsabilité civile, la responsabilité solidaire devrait généralement exister dans la relation externe. Certains auteurs soutiennent la différenciation.

II. LA RESPONSABILITÉ SOLIDAIRE SELON L'ALINÉA 1

A. Exigences

1. Causalité commune du dommage

6 La responsabilité solidaire de l'art. 50 al. 1 CO exige la coopération de plusieurs auteurs de dommages qui ont causé un préjudice et la participation de chacun d'eux doit être considérée comme causant juridiquement le dommage. Un événement est juridiquement causal si, selon le cours habituel des choses et l'expérience générale de la vie, il est en lui-même capable d'entraîner un résultat du type de celui qui s'est produit. Il est indifférent de savoir quelle partie a provoqué la cause finale du dommage.

7 Le dommage au sens de l'art. 50 CO comprend en premier lieu les dommages délictuels, c'est-à-dire ceux qui résultent de la violation d'un droit protégé par

la loi ou d'une règle de conduite protégeant le patrimoine. Les prétentions en dommages-intérêts pour des dommages corporels sont également couvertes par le règlement. Pour les dommages contractuels, l'art. 50 CO s'applique par le biais de l'art. 99 al. 3 CO.

La causalité solidaire peut, d'une part, être réalisée par un acte commun des parties impliquées. D'autre part, des actes accomplis séparément mais dans un but commun peuvent également conduire à une responsabilité solidaire. Ainsi, il n'est pas avantageux pour un groupe d'auteurs de délits de diviser leurs actes (dans le temps ou dans l'espace) mais de poursuivre un but commun ou de causer un dommage uniforme. 8

Art. 50 al. 1 CO inclut également les actions juridiquement "conjointes". Le comportement fautif d'un organe de direction d'une personne morale oblige à la fois le dirigeant (art. 55 al. 3 CC) et la personne morale (art. 55 al. 2 CC), donnant lieu à une responsabilité solidaire. 9

Il reste à noter que l'omission d'agir en violation d'une obligation peut également causer des dommages et contribuer ainsi à la causalité conjointe. 10

2. La faute commune

La responsabilité solidaire au sens de l'art. 50 al. 1 CO exige une faute commune des auteurs de l'infraction. Pour cela, il faut que les participants connaissent ou puissent connaître le comportement de l'autre en violation de ses obligations. C'est le cas si les participants ont l'intention de causer le dommage commun, s'ils considèrent le dommage commun comme un simple moyen de parvenir à leurs fins, s'ils l'acceptent dans le sens d'une intention contingente ou s'ils ne considèrent pas le dommage comme le résultat de leur imprudence commune en violation d'une obligation (négligence). Le degré de faute individuel des participants n'est pas pertinent pour la responsabilité solidaire dans la relation externe. La personne lésée peut se retourner contre tous les auteurs du délit pour obtenir la totalité du montant. Ce n'est que dans le cadre de la relation interne que les fautes individuelles respectives sont prises en compte. 11

Si les responsables agissent indépendamment les uns des autres et ne sont pas conscients de leur coopération, il n'y a pas de faute commune. Par conséquent, la responsabilité solidaire parfaite ne s'applique pas. En revanche, il existe un concours de prétentions, qui est traité conformément à 12

l'art. 51 CO. La responsabilité solidaire est également refusée si l'auteur du délit n'a pas commis de faute, comme dans le cas d'un enfant qui peut être incapable de discernement (cf. art. 16 et 18 CC). Si la responsabilité n'est pas établie, il n'y a pas de responsabilité solidaire dans les relations extérieures.

3. Types de responsables

13 L'art. 50 al. 1 CO énumère l'instigateur, l'auteur et le complice comme types d'auteurs de délits et précise que ces catégories ne sont pas pertinentes dans les rapports externes. Le degré de participation et la faute ne sont pris en compte que dans la relation interne. Néanmoins, tout acte de participation n'est pas considéré comme juridiquement causal en ce qui concerne le dommage survenu, et tout acte de participation ayant une influence promotionnelle ne remplit pas cette condition. Un lien suffisamment étroit avec l'acte lui-même est nécessaire.

14 Outre les trois types mentionnés à l'art. 50 al. 1 CO, l'instigateur est également responsable. La conséquence juridique est déterminée par l'al. 3.

B. La responsabilité solidaire comme conséquence juridique

15 Si les conditions de l'art. 50 al. 1 CO sont remplies, les auteurs du délit sont solidairement responsables à l'égard du lésé dans la relation externe. Chacun d'eux peut être tenu individuellement responsable de la totalité du dommage (art. 144 al. 1 CO) sans que l'on puisse lui objecter qu'il n'y a que partiellement contribué.

16 Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, dans la relation externe, aucun motif individuel de réduction, tel que la faute légère selon l'art. 43 al. 1 CO, ne peut être invoqué, même si la plupart des juristes soutiennent l'admissibilité des motifs individuels de réduction. En revanche, la situation juridique est différente pour les objections découlant des rapports personnels entre le débiteur solidaire et le créancier, telles que l'acquittement, l'ajournement ou la compensation (art. 145 al. 1 ch. 1 CO), qui peuvent être invoquées dans les rapports externes. Il en va de même des objections fondées sur la nature ou la cause collective de l'obligation solidaire (art. 145 al. 1 ch. 2 CO). Il s'agit notamment de la faute du créancier ou d'autres circonstances qui lui sont imputables (cf. art. 44 al. 1 CO).

III. LE RECOURS ENTRE LES DÉBITEURS SOLIDAIRES SELON L'AL. 2

A. Recours et subrogation

Lorsque le lésé fait valoir une créance contre un débiteur solidaire, la question se pose de savoir si et dans quelle mesure il peut exercer un recours contre les autres débiteurs solidaires. Le Tribunal fédéral définit le recours comme la situation dans laquelle quelqu'un qui a effectué un paiement à un bénéficiaire à la place d'un tiers peut agir contre ce tiers pour obtenir des dommages-intérêts. Même si le débiteur solidaire poursuivi par le lésé est responsable à l'extérieur jusqu'à concurrence du dommage, il ne peut être tenu responsable à l'intérieur qu'au prorata. L'art. 50 al. 2 (en relation avec l'art. 148 al. 2) CO autorise le débiteur solidaire à agir contre d'autres débiteurs. Le droit de recours naît au moment de l'exécution de la prestation au lésé. 17

Outre le droit de recours initial prévu à l'art. 50, al. 2, en relation avec l'art. 148, al. 2, CO, le débiteur solidaire dispose également du droit de subrogation prévu à l'art. 149 CO. Dans ce cas, la créance du créancier lésé passe au débiteur contre lequel la créance a été cédée en vertu de la loi avec les droits accessoires (cf. art. 166 et 170 CO). Le débiteur prend la place du créancier et peut faire valoir la créance subrogée, sous déduction de la part qui leur incombe, à l'encontre des autres auteurs du dommage. 18

B. Étendue du recours

La question de savoir si et dans quelle mesure le responsable solidaire peut exercer un recours contre ses coauteurs dans la relation interne est laissée à l'appréciation du juge (art. 50 al. 2 CO). Le tribunal tient d'abord compte de la gravité de la faute de chacun, l'auteur ou l'instigateur devant généralement supporter une part plus importante qu'un complice. En outre, les intérêts potentiellement différents des participants doivent être pris en compte. Ce n'est qu'à ce stade que les responsables solidaires peuvent faire valoir entre eux des motifs individuels de réduction. 19

La constellation de plusieurs co-auteurs selon l'art. 50 al. 1 et 2 CO est une exception légale à l'art. 148 al. 1 CO, qui exige de s'écarter de la répartition par tête. En outre, il n'y a pas de responsabilité solidaire dans les relations 20

internes entre les débiteurs. Le créancier recourant ne peut poursuivre les autres auteurs du délit qu'à hauteur de leur part interne. L'incapacité de payer d'un auteur d'un délit est régie par l'art. 148 al. 3 CO.

C. Prescription du droit de recours

21 La prescription relative du droit de recours selon l'art. 50 al. 2 CO est réglé à l'art. 139 CO. Ainsi, le droit de recours du débiteur se prescrit par trois ans à compter du jour où il a désintéressé le lésé et où il a connaissance de ses codébiteurs. La plupart des spécialistes postulent également un délai de prescription absolu de dix ans qui, selon le point de vue défendu dans le présent commentaire, commence à courir au moment où le lésé est désintéressé par le premier débiteur solidaire.

22 Si le débiteur du créancier se prévaut de la subrogation en vertu de l'art. 149 al. 1 CO, tant la créance, y compris les droits accessoires, que le délai de prescription, qui a déjà commencé, lui sont transmis. Le point de départ et la durée du délai sont déterminés par la créance principale qui a été transférée.

IV. RESPONSABILITÉ DE L'AUTEUR DU TRANSFERT SELON L'AL. 3

23 Le terme "abettor" utilisé dans la traduction anglaise du code des obligations doit tout d'abord être précisé. Il ne s'agit pas d'une personne qui aide ou encourage l'auteur du délit à causer le dommage. Au contraire, l'instigateur au sens de l'alinéa 3 n'agit qu'après que le dommage a été causé. 3 n'agit qu'après que le dommage a été causé, en garantissant le résultat qui s'est déjà produit. Il peut, par exemple, agir en tant que receleur de biens volés ou blanchisseur d'argent. En raison de l'absence de lien de causalité juridique, l'instigateur n'est responsable que des dommages indirects causés par son comportement (en plus d'une éventuelle part du profit reçu) et non des dommages causés par le délit principal.

24 La responsabilité de l'instigateur exige une faute, même si la loi ne la mentionne pas explicitement. Contrairement à l'infraction pénale de recel prévue à l'article 160 du code pénal, qui requiert l'intention, la négligence n'est pas nécessaire. 160 du code pénal, qui exige l'intention, la négligence suffit.

L'art. 50 al. 3 CO distingue deux variantes. D'une part, l'instigateur est responsable dans la mesure où il a reçu une part des gains ou qu'il a bénéficié d'un autre avantage en économisant des frais. C'est le cas, par exemple, lorsque l'instigateur reçoit une part des biens volés en échange de leur dissimulation ou de l'utilisation d'une voiture volée. D'autre part, l'instigateur devient responsable du dommage qu'il a causé : par exemple, la vente d'un objet volé. 25

La conséquence juridique de l'art. 50 al. 3 CO est la responsabilité solidaire de l'instigateur avec les auteurs du délit au sens de l'al. 1. Toutefois, l'étendue de la responsabilité solidaire est limitée du point de vue de l'instigateur. Elle ne s'étend que dans la mesure où ils sont responsables conformément à l'al. 3 et pas nécessairement à tous les dommages. Si l'auteur agit également en tant que complice avant et pendant la réalisation du dommage, sa responsabilité solidaire est régie uniquement par l'al. 1. 26

BIBLIOGRAPHIE

Brehm Roland, Berner Kommentar, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Die Entstehung durch unerlaubte Handlung, Art. 41–61 OR, 5th ed., Bern 2021.

Bucher Eugen, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2nd ed., Zurich 1988.

Casanova Gion Christian, Ausgleichsanspruch und Ausgleichsordnung, Zurich et al. 2010.

Däppen Robert K., commentary on Art. 139 CO, in: Widmer Lüchinger Corinne/Oser David (eds.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7th ed., Basel 2020.

Deschenaux Henri/Tercier Pierre, La responsabilité civile, 2nd ed., Bern 1982.

Fellmann Walter/Kottmann Andrea, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Band I: Allgemeiner Teil sowie Haftung aus Verschulden und Persönlichkeitsverletzung, gewöhnliche Kausalhaftungen des OR, ZGB und PrHG, Bern 2012.

Fischer Willi/Böhme Anna/Gähwiler Fabian, commentary on Art. 50 CO, in: Kren Kostkiewicz Jolanta/Amstutz Marc/Wolf Stephan/Fankhauser Roland (eds.), OR Kommentar, 4th ed., Zurich 2022.

Gautschi Alain, Solidarschuld und Ausgleich, Zurich et al. 2009.

Graber Christoph K., commentary on Art. 50 CO and on Art. 51 CO, in: Widmer Lüchinger Corinne/Oser David (eds.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7th ed., Basel 2020.

Heierli Christian, Geldwäscher als «Begünstiger» (Art. 50 Abs. 3 OR), in: Grolimund Pascal/Koller Alfred/Loacker Leander D./Portmann Wolfgang (eds.), Festschrift für Anton K. Schnyder, Zurich et al. 2018, p. 565–588.

Mazan Stephan, commentary on Art. 50 CO, in: Furrer Andreas/Schnyder Anton K. (eds.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, 3rd ed., Zurich et al. 2016.

Oftinger Karl/Stark Emil W., Schweizerisches Haftpflichtrecht, Allgemeiner Teil, Band I, Zurich 1995.

Perritaz Vincent, Le concours d'actions et la solidarité, Zurich et al. 2017.

Pichonnaz Pascal, commentary on Art. 139 CO, in: Thévenoz Luc/Werro Franz (eds.), Commentaire romand, Code des obligations I, 3rd ed., Basel 2021.

Rey Heinz/Wildhaber Isabelle, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 5th ed., Zurich et al. 2018.

Schönenberger Beat, commentary on Art. 50/51 CO, in: Honsell Heinrich (ed.), Kurzkommentar Obligationenrecht, Basel 2014.

Schwander Ivo, commentary on Art. 139 CO, in: Kren Kostkiewicz Jolanta/Amstutz Marc/Wolf Stephan/Fankhauser Roland (eds.), OR Kommentar, 4th ed., Zurich 2022.

Schwenzer Ingeborg/Fountoulakis Christiana, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 8th ed., Bern 2020.

Werro Franz/Perritaz Vincent, commentary on Introduction to Art. 50–51 CO, on Art. 50 CO and on Art. 51 CO, in: Thévenoz Luc/Werro Franz (eds.), Commentaire romand, Code des obligations I, 3rd ed., Basel 2021.

Wildhaber Isabelle/Dede Sevda, Berner Kommentar, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Die Verjährung, Art. 127–142 OR, Bern 2021.

ATTENTION : Cette version du commentaire est une traduction automatique de l'original. Le commentaire original est en anglais. La traduction a été faite avec www.deepl.com. Seule la version originale fait foi. La version traduite du commentaire ne peut pas être citée.

COMMENTAIRE

Art. 51 CO

Un commentaire de Jean-Pascal Stoll

PROPOSITION DE CITATION

Jean-Pascal Stoll, Kommentierung zu Art. 51 OR, in: Christoph Hurni / Mirjam Eggen (Hrsg.), Onlinekommentar zum Obligationenrecht

Citation abrégée: OK-Stoll, N. XXX zu Art. 51 OR.

2. Concours de diverses causes du dommage

Art. 51

[1] Lorsque plusieurs répondent du même dommage en vertu de causes différentes (acte illicite, contrat, loi), les dispositions légales concernant le recours de ceux qui ont causé ensemble un dommage s'appliquent par analogie.

[2] Le dommage est, dans la règle, supporté en première ligne par celle des personnes responsables dont l'acte illicite l'a déterminé et, en dernier lieu, par celle qui, sans qu'il y ait faute de sa part ni obligation contractuelle, en est tenue aux termes de la loi.

TABLE DES MATIÈRES

I. Remarques générales 33
II. La concurrence des créances dans les relations extérieures 33
III. Le recours dans la relation interne 34
A. Le recours en général 34
B. Etendue du recours 35
C. Recours en cas de responsabilité solidaire multitypique 35
1. Groupes de responsabilité 35
2. Cascade de responsabilités 37
D. Recours en cas de responsabilité conjointe et solidaire mono-typique 38
E. Priorité de la personne lésée en matière de quotas 39
F. Prescription de la créance récursoire 39
IV. Le recours de l'assureur 40
Bibliographie 41

I. REMARQUES GÉNÉRALES

L'art. 51 CO règle le recours entre les auteurs de dommages qui ont causé le même dommage sur des bases juridiques différentes (c'est-à-dire en vertu du droit de la responsabilité civile, du droit des contrats ou de la loi) et renvoie à cet effet à la réglementation du recours de l'art. 50 CO. Toutefois, l'art. 51 al. 2 CO établit un régime de responsabilité indépendant. L'art. 51 CO concerne en premier lieu les relations internes entre les auteurs d'infractions et ne mentionne pas explicitement les relations externes. 1

Le champ d'application de la disposition n'est pas limité aux dommages causés par des responsables multiples sur la base de fondements juridiques différents. Les dommages causés par plusieurs responsables sur le même fondement juridique sont également litigieux au sens de l'art. 51 CO. En outre, la disposition s'applique aux demandes d'indemnisation des dommages corporels et, en vertu de l'art. 99 al. 3 CO, aux prétentions contractuelles en dommages-intérêts. En dehors du code des obligations, des lois spéciales renvoient parfois à l'art. 51 CO. Enfin, l'art. 51 CO prévaut sur le droit cantonal qui prévoirait un ordre de recours différent. 2

II. LA CONCURRENCE DES CRÉANCES DANS LES RELATIONS EXTÉRIEURES

En raison de la réglementation du recours entre les auteurs de l'acte dommageable prévue à l'art. 51 CO, il doit y avoir une responsabilité solidaire dans la relation externe. A cet égard, chacun des auteurs de l'acte dommageable répond de l'ensemble du dommage auquel il a contribué. Le lésé peut choisir le responsable contre lequel il veut agir. 3

Comme la personne lésée a des prétentions individuelles à l'encontre de chacun des responsables, plusieurs prétentions coexistent. Étant donné que la personne lésée ne peut être satisfaite qu'une seule fois, les demandes sont en concurrence les unes avec les autres. Il existe donc ce que l'on appelle une concurrence des prétentions dans la relation externe. Étant donné que l'art. 51 CO ne prévoit pas explicitement la responsabilité solidaire, cette relation est également appelée responsabilité solidaire imparfaite. En général, les conséquences juridiques du concours de prétentions sont les mêmes que celles de la responsabilité solidaire (parfaite). 4

5 Etant donné que les auteurs d'infractions agissent séparément dans le cadre de l'article 51 CO, la question se pose de savoir si les auteurs d'infractions agissent séparément. 51 CO, la question se pose de savoir si l'un des auteurs peut faire valoir, à l'encontre de la personne lésée, qu'il n'a commis qu'une faute légère par rapport aux autres auteurs. Cela pourrait entraîner une réduction de la responsabilité (art. 43 al. 1 CO). Le Tribunal fédéral admet théoriquement l'invocation de tels motifs individuels de réduction dans les rapports externes. Toutefois, l'application est limitée aux cas où la faute du responsable poursuivi par le lésé est tellement moindre et tellement disproportionnée par rapport à la faute d'un autre responsable qu'il serait manifestement injuste et inacceptable de rendre le premier responsable de tous les dommages dans la relation externe. La majorité des juristes souhaitent une marge de manœuvre plus généreuse pour l'affirmation de motifs individuels de réduction dans la relation externe.

6 Les objections qui peuvent être soulevées conjointement par les auteurs de délits ainsi que celles auxquelles un auteur de délits peut prétendre personnellement doivent être admises sans restriction dans la relation externe.

7 A noter que, selon le Tribunal fédéral, en cas de responsabilité solidaire imparfaite au sens de l'art. 51 CO, les actes du créancier qui interrompent la prescription n'affectent que le ou les responsables concernés, mais non les autres responsables (cf. art. 136 al. 1 CO).

III. LE RECOURS DANS LA RELATION INTERNE

A. Le recours en général

8 Si le lésé a fait valoir à l'encontre d'un auteur du dommage une prétention supérieure à celle que l'auteur du dommage aurait dû supporter dans les rapports internes, un droit de recours contre les autres auteurs du dommage naît ex iure proprio. Dès que le débiteur contre lequel la créance a été réalisée a désintéressé la personne lésée, la créance récursoire naît et devient exigible, y compris les intérêts de la créance.

9 Il n'existe pas de droit de subrogation supplémentaire au sens de l'art. 149 CO, n'existe pas en cas de responsabilité solidaire imparfaite.

B. Etendue du recours

En ce qui concerne l'étendue du recours, il faut distinguer deux cas de figure. L'art. 51 CO règle le cas où plusieurs personnes sont responsables sur la base de fondements juridiques différents (ce qu'on appelle la responsabilité solidaire multitypique). Il existe en outre une variante dans laquelle plusieurs personnes sont responsables pour les mêmes motifs juridiques, mais ne peuvent pas être accusées d'une faute commune. Cette responsabilité solidaire dite mono-typique est également couverte, au moins de manière analogue, par l'art. 51 CO. L'ordre de recours en cas de responsabilité solidaire multitypique est déterminé par la cascade prévue à l'art. 51 al. 2 CO. L'étendue du recours en cas de responsabilité solidaire mono-typique est déterminée par l'appréciation du juge. 10

Dans la relation interne, il n'y a plus de responsabilité solidaire. L'auteur du délit qui a droit à un recours ne peut poursuivre les autres auteurs du délit que dans la mesure de leur part interne. Une exception à ce principe se trouve dans le recours de l'assureur social selon l'art. 72 al. 2 de la loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales (RS 830.1 ; ci-après : LPPS). L'incapacité de payer de l'auteur d'un délit est régie par l'art. 148 al. 3 CO. 11

C. Recours en cas de responsabilité solidaire multitypique

1. Groupes de responsabilité

L'art. 51 al. 2 CO distingue trois types de responsabilité : la responsabilité délictuelle, la responsabilité contractuelle et la responsabilité statutaire. 12

Les auteurs de délits qui sont responsables au sens de l'art. 51 al. 2 CO comprend en premier lieu les responsables au sens de l'art. 41 CO et doivent avoir commis une faute personnelle. Si un responsable légal est également fautif, il doit être rattaché à cette catégorie. Les personnes qui répondent simultanément du même dommage en vertu du droit des contrats et du droit de la responsabilité civile sont également concernées. Enfin, une personne morale peut également être responsable sur le plan délictuel en raison de l'action fautive de ses organes (art. 55 al. 2 CC). 13

Le deuxième groupe comprend les personnes responsables en vertu du droit des contrats. La responsabilité en vertu du droit des contrats comprend les 14

obligations primaires d'exécution, telles que les obligations contractuelles de prendre en charge les dommages ou de les réparer (par exemple, un accord de garantie ou une garantie d'indemnisation). En outre, elle comprend des obligations secondaires d'exécution, telles qu'une rupture de contrat conformément aux articles 97 et suivants de la loi sur la responsabilité civile. 97 et ss. CO ou la responsabilité des associés selon l'art. 101 CO. Le recours de l'assureur est quant à lui régi exclusivement par le droit spécial. Il est donc exclu de l'ordre de recours de l'art. 51 al. 2 CO.

15 Les auteurs de délits en vertu d'une disposition légale forment le dernier groupe. La responsabilité statutaire comprend deux types de responsabilité objective : la responsabilité objective simple et la responsabilité objective aggravée. La première comprend les normes de responsabilité légale qui sont liées à un manquement au devoir de diligence ou à une condition défectueuse. Cela inclut, sans s'y limiter, la responsabilité des personnes n'ayant pas la capacité de consentir (art. 54 CO), des employeurs (art. 55 CO), des propriétaires (art. 58 CO), du chef de famille (art. 333 CC) et des propriétaires fonciers (art. 679 CC). En revanche, la responsabilité objective aggravée est liée à la simple utilisation d'un objet dangereux. La base de cette responsabilité se trouve, par exemple, dans l'article 58 de la loi fédérale du 19 décembre 1958 sur la protection de l'environnement. 58 de la loi fédérale du 19 décembre 1958 sur la circulation routière (RS 741.01 ; ci-après : LCR) pour les détenteurs de véhicules à moteur, à l'art. 64 de la loi fédérale du 21 décembre 1948 sur l'aviation (RS 748.0) pour les propriétaires d'aéronefs, à l'art. 33 de la loi fédérale du 4 octobre 1963 sur les installations de transport par conduites de combustibles liquides ou gazeux et de carburants (RS 746.1 ; ci-après : loi sur les installations de transport par conduites) pour les propriétaires d'installations de transport par conduites, ou à l'art. 27 de la loi fédérale du 24 juin 1902 sur les installations électriques à courant faible et à courant fort (RS 734.0) pour les propriétaires d'une telle installation.

16 Il convient de mentionner tout particulièrement le recours de l'employeur. Supposons qu'un employé devienne invalide à la suite d'un accident de voiture. Dans ce cas, l'employeur a l'obligation de continuer à verser le salaire en vertu de l'art. 324a CO. Toutefois, parce qu'il a rempli son obligation légale ou contractuelle indépendamment du fait dommageable, l'employeur n'appartient à aucun des groupes mentionnés à l'art. 51 al. 2 CO. Néanmoins, dans un tel cas, le Tribunal fédéral a jugé que l'art. 51 al. 2 CO s'applique par

analogie, accordant à l'employeur un droit de recours contre le responsable légal. L'obligation de continuer à verser le salaire ne joue pas en faveur du responsable de plein droit. L'étendue du recours correspond au dommage hypothétique que l'employé aurait subi sans les versements de l'employeur.

2. Cascade de responsabilités

Les trois types de responsables identifiés ci-dessus ne sont pas également responsables de la satisfaction d'une créance. L'art. 51 al. 2 CO présente une cascade de responsabilités, selon laquelle c'est en premier lieu la partie responsable sur le plan délictuel qui doit réparer le dommage subi par le demandeur. Les responsables contractuels le sont en second lieu. Enfin, les personnes responsables sur la base d'une loi doivent fournir une compensation. Cela a pour conséquence qu'une personne responsable en vertu de la loi, contre laquelle la personne lésée a réalisé sa demande, doit agir contre une personne responsable sur le plan délictuel afin d'obtenir des dommages-intérêts. S'il existe une partie contractuellement responsable en dehors de la partie responsable délictuelle, la part interne de la première est nulle et ne peut être poursuivie par la partie strictement responsable. Le responsable contractuel ne supporte une part interne que s'il n'y a pas de responsable délictuel. 17

Si plusieurs responsables contre lesquels un recours est exercé font partie du même groupe de responsabilité, la répartition de la part interne est laissée à l'appréciation du juge, notamment en fonction de la faute personnelle de chacun (art. 50 al. 2 CO par analogie). L'incapacité de payer d'un responsable doit être supportée par les autres responsables du même groupe, et non par le responsable d'un groupe plus privilégié. 18

La loi décrit la cascade comme une règle, bien que des exceptions soient concevables. Toutefois, les tribunaux se considèrent très liés par la règle du recours de l'art. 51 al. 2 CO et ne s'en écartent guère. Dans l'arrêt BGE 144 III 319, le Tribunal fédéral a accordé une exception notable à la règle. Un employé avait subi des brûlures dans un puits à la suite d'une fuite de gaz parce qu'il fumait pendant son travail. Il s'agissait de mettre en cause la responsabilité contractuelle de l'employeur qui n'avait pas interdit de fumer, ainsi que la responsabilité objective du propriétaire du réseau de conduites d'où s'est échappé le gaz (art. 33 de la loi sur les pipelines). Selon le Tribunal fédéral, le danger opérationnel typique émanant des pipelines s'est manifesté 19

dans le mélange air-gaz indépendamment de la violation du contrat. Le comportement contraire au contrat n'a fait qu'influencer le déclenchement du danger. Par conséquent, il a fallu s'écarter de la cascade de responsabilités et le dommage a été réparti à parts égales entre l'employeur et le propriétaire du pipeline.

20 La cascade ne s'applique que dans la relation interne. Dans la relation externe, la partie lésée est libre de choisir de s'adresser à la partie strictement responsable ou directement à la partie responsable sur le plan délictuel.

D. Recours en cas de responsabilité conjointe et solidaire monotypique

21 Le recours en cas de responsabilité conjointe et solidaire monotypique est mesuré à la libre appréciation de la juridiction. En l'absence de motifs juridiques différents, l'application de la cascade du paragraphe 2 doit être omise. La répartition de la responsabilité en matière de dommages-intérêts se fonde sur les facteurs suivants :

22 En cas de pluralité de responsables pour des fautes distinctes, la répartition se fait en fonction de la gravité des fautes individuelles. D'autres facteurs peuvent être la parenté, l'intérêt dans l'acte dommageable ou d'autres motifs de responsabilité. En cas de faute égale, il y a une répartition égale. Comme nous l'avons déjà mentionné, si la faute de l'organe de direction est attribuée à la personne morale, cette dernière est responsable sur le plan délictuel dans la relation externe. Toutefois, dans les relations internes, la faute de l'organe de direction est appliquée à la personne morale par la loi (article 55, paragraphe 2, du Code civil). Cela confère à la personne morale un droit de recours complet contre le membre fautif de l'organe de direction.

23 Si plusieurs parties sont responsables en vertu du droit des contrats, la répartition est à nouveau laissée à l'appréciation du tribunal. L'étendue de la faute (contractuelle) et la nature particulière de l'opération juridique jouent un rôle. En ce qui concerne les recours de l'assureur, voir ci-dessous.

24 S'il existe plusieurs parties responsables en vertu de la loi, la répartition est également laissée à l'appréciation du tribunal, à moins qu'une disposition légale spéciale n'en dispose autrement (cf. article 60, paragraphe 2, de la loi sur la circulation routière). De nombreux juristes estiment que les personnes tenues à réparation au titre de la responsabilité objective aggravée, en raison

du risque opérationnel qu'elles représentent, doivent supporter une partie du dommage de manière anticipée, pour autant qu'elles soient en concurrence avec les personnes tenues à réparation au titre de la responsabilité objective simple.

E. Priorité de la personne lésée en matière de quotas

Il se peut que la personne lésée ne puisse pas réclamer la totalité du dommage à l'auteur du dommage responsable. Cela peut être dû au fait que le responsable peut faire valoir un motif de réduction ou qu'il n'est contractuellement responsable qu'à concurrence d'un certain montant. Dans ce cas, la question de la relation entre la créance résiduelle de la personne lésée et l'éventuelle créance de recours du débiteur responsable se pose si les deux veulent agir contre un autre auteur de délit. Un problème se pose lorsque la part de responsabilité du débiteur récurrent doit également être réduite et qu'il ne doit pas répondre de l'intégralité du dommage. Dans ce cas, la personne lésée bénéficie d'une priorité de quota qui lui permet de satisfaire sa créance résiduelle avant la créance de recours de l'autre auteur du délit. 25

Jusqu'à présent, la jurisprudence n'a appliqué la priorité de quota que si la créance récursoire est basée sur la subrogation. Toutefois, les juristes l'appliqueraient également aux créances récursoires au titre de l'art. 51 CO. Dans certaines lois spéciales, la priorité de quote-part a déjà trouvé sa place dans la codification (par exemple l'art. 88 LTr ou l'art. 73 al. 1 LPPS). 26

F. Prescription de la créance récursoire

Le droit de recours se prescrit par trois ans à compter du jour où le lésé a été désintéressé et où l'auteur du dommage a pris connaissance de sa prétention récursoire (art. 139 CO). En outre, un délai de prescription absolu de dix ans doit être pris en compte à partir du moment où l'exécution a été fournie au lésé. 27

En outre, le Tribunal fédéral a déduit de l'art. 2 al. 2 CC que le créancier recourant doit notifier au débiteur recourant (dès qu'il est raisonnable de le faire) qu'il a l'intention de faire valoir une créance à son encontre. A défaut, selon le Tribunal fédéral, la créance récursoire est perdue. Dans certaines circonstances, le délai de prescription de la créance récurrente peut ne pas avoir encore été prescrit, alors que la responsabilité du débiteur récurrent 28

dans la relation externe est déjà prescrite. Sans cette notification, le débiteur de la créance récursoire court le risque de se débarrasser de preuves à décharge.

IV. LE RECOURS DE L'ASSUREUR

29 Selon l'art. 95c al. 2 de la loi du 2 avril 1908 sur le contrat d'assurance (RS 221.229.1 ; ci-après : LCA), l'assureur indemnitaire entre dans les droits de l'assuré pour le sinistre qu'il couvre. Il s'agit d'une subrogation au sens de l'art. 149 CO. L'assureur peut ainsi se retourner contre tous les auteurs de dommages, qu'ils soient responsables en vertu du droit de la responsabilité civile, du droit contractuel ou d'une disposition légale. Jusqu'à l'entrée en vigueur de l'art. 95c LPI au 1er janvier 2022, la disposition sur le recours de l'assureur était régie par l'art. 72 LPI. L'ancienne disposition prévoyait à l'al. 1 que la prétention en dommages-intérêts contre des tiers découlant d'un acte délictueux était transférée à l'assureur. Le Tribunal fédéral a donc longtemps considéré que l'assureur n'avait de recours que contre les tiers responsables d'un acte délictuel. Il n'était pas prévu de recours contre les responsables contractuels ou légaux en application de la cascade de responsabilité de l'art. 51 al. 2 CO. Dans l'arrêt BGE 144 III 209, elle modifie sa jurisprudence et accorde à l'assureur un droit de recours contre tous ceux qui ne sont pas contractuellement responsables au sens de l'art. 41 ss. CO, ce qui inclut donc également les personnes responsables en vertu de la loi. L'art. 51 al. 2 CO n'est plus applicable.

30 Les droits de l'assuré sont également subrogés à l'assureur responsabilité civile en vertu de l'art. 95c, al. 2, LPI. Toutefois, l'assureur reste lié par la cascade de responsabilité de l'art. 51 al. 2 CO. Dans le cas contraire, la position des autres parties responsables se détériorerait.

31 L'art. 96 LPI s'applique à l'assureur forfaitaire. En vertu de cette disposition, la créance du lésé contre l'auteur du dommage n'est pas transférée à l'assureur. Il s'agit plutôt de deux droits distincts, non exclusifs l'un de l'autre, à l'encontre du responsable du dommage et de la compagnie d'assurance.

32 L'institution d'assurance sociale dispose d'un droit de recours intégral en vertu de l'art. 72 de la LPPS. La cascade de l'art. 51 al. 2 CO ne s'applique pas. Les prétentions de l'assuré sont subrogées jusqu'à concurrence des prestations légales (art. 72 al. 1 LPPS). En principe, l'assureur social peut se retourner

entièrement contre tout auteur d'un délit et les auteurs du délit sont solidairement responsables envers l'assureur (art. 72 al. 2 LPPS). Toutefois, l'art. 75 de la LPPS prévoit des restrictions à l'action de l'institution en faveur des conjoints, des parents, des employeurs et d'autres personnes. Dans des arrêts récents du Tribunal fédéral, le droit de recours de l'institution a encore été restreint. La partie strictement responsable, qui n'est pas privilégiée par l'art. 75 LPPS, n'est responsable envers l'assureur social que dans la mesure où il devrait supporter le dommage dans la relation interne avec l'employeur responsable de la personne lésée, comme si le privilège de l'employeur n'existait pas. Par la suite, l'assureur social ne peut plus se retourner contre l'auteur du délit strictement responsable en raison de la cascade de responsabilité de l'art. 51 al. 2 CO qui favorise le responsable légal par rapport à l'employeur contractuellement responsable.

BIBLIOGRAPHIE

Brehm Roland, Berner Kommentar, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Die Entstehung durch unerlaubte Handlung, Art. 41–61 OR, 5th ed., Bern 2021.

Bugnon Hubert, L'action récursoire en matière de concours de responsabilités civiles, Entlebuch 1982.

Casanova Gion Christian, Ausgleichsanspruch und Ausgleichsordnung, Zurich et al. 2010.

Deschenaux Henri/Tercier Pierre, La responsabilité civile, 2nd ed., Bern 1982.

Fellmann Walter/Kottmann Andrea, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Band I: Allgemeiner Teil sowie Haftung aus Verschulden und Persönlichkeitsverletzung, gewöhnliche Kausalhaftungen des OR, ZGB und PrHG, Bern 2012.

Fischer Willi/Böhme Anna/Gähwiler Fabian, commentary on Art. 50 CO and on Art. 51 CO, in: Kren Kostkiewicz Jolanta/Amstutz Marc/Wolf Stephan/Fankhauser Roland (eds.), OR Kommentar, 4th ed., Zurich 2022.

Graber Christoph K., commentary on Art. 51 CO, in: Widmer Lüchinger Corinne/Oser David (eds.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7th ed., Basel 2020.

Graber Christoph K./Casanova Gion Christian, commentary on Art. 95c IPA and on Art. 96 IPA, in: Grolimund Pascal/Loacker Leander D./Schnyder Anton K. (eds.), Basler Kommentar, Versicherungsvertragsgesetz, 2nd ed., Basel 2023.

Mazan Stephan, commentary on Art. 51 CO, in: Furrer Andreas/Schnyder Anton K. (eds.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht Allgemeine Bestimmungen, 3rd ed., Zurich et al. 2016.

Oftinger Karl/Stark Emil W., Schweizerisches Haftpflichtrecht, Allgemeiner Teil, Band I, Zurich 1995.

Perritaz Vincent, Le concours d'actions et la solidarité, Zurich et al. 2017.

Perritaz Vincent, commentary on Art. 95c IPA and on Art. 96 IPA, in: Brulhart Vincent/Frésard-Fellay Ghislaine/Subilia Olivier (eds.), Commentaire romand, Loi sur le contrat d'assurance, Basel 2022.

Schaer Roland, Grundzüge des Zusammenwirkens von Schadenausgleichssystemen, Basel et al. 1984.

Schönenberger Beat, commentary on Art. 50/51 CO, in: Honsell Heinrich (ed.), Kurzkommentar Obligationenrecht, Basel 2014.

Schwenzer Ingeborg/Fountoulakis Christiana, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 8th ed., Bern 2020.

Werro Franz, Le recours du responsable civil (art. 51 al. 2 CO), celui de l'assureur privé (art. 95c al. 2 LCA) et la prescription de l'action récoursoire (art. 139 CO), ZSR 140 (2021) I, p. 3-32.

Werro Franz/Perritaz Vincent, commentary on Introduction to Art. 50–51 CO and on Art. 51 CO, in: Thévenoz Luc/Werro Franz (eds.), Commentaire romand, Code des obligations I, 3rd ed., Basel 2021.

ATTENTION : Cette version du commentaire est une traduction automatique de l'original. Le commentaire original est en anglais. La traduction a été faite avec www.deepl.com. Seule la version originale fait foi. La version traduite du commentaire ne peut pas être citée.

COMMENTAIRE

Art. 84 CO

Un commentaire de Sascha Lanz

PROPOSITION DE CITATION

Sascha Lanz, Commentaire de l'art. 84 CO, in: Christoph Hurni/Mirjam Eggen (édit.), Commentaire en ligne du Code des obligations

Citation abrégée: OK-Lanz, art. 84 CO N. XXX.

D. Du paiement

I. Monnaie du pays

Art. 84

[1] Le paiement d'une dette qui a pour objet une somme d'argent se fait en moyens de paiement ayant cours légal dans la monnaie due.

[2] Si la dette est exprimée dans une monnaie qui n'est pas la monnaie du pays du lieu de paiement, elle peut être acquittée en monnaie du pays au cours du jour de l'échéance, à moins que l'exécution littérale du contrat n'ait été stipulée par les mots «valeur effective» ou par quelqu'autre complément analogue.

TABLE DES MATIÈRES

I. Généralités 46
A. Champ d'application et contenu réglementaire de l'art. 84 CO 46
B. La notion de monnaie 46
C. Formes de monnaie et nature juridique 47
1. Les espèces 47
2. Monnaie scripturale 47
3. Autres formes de monnaie 48
a. Systèmes monétaires privés 48
b. Les crypto-monnaies 48
c. Monnaie numérique des banques centrales 48
D. Constitution monétaire 49
II. L'art. 84 al. 1 CO 49
A. Notion de dette monétaire 49
B. Valeur d'une dette monétaire (principe de la valeur nominale) 50
1. Généralités 50
2. Le principe de la valeur nominale 50
3. Exceptions au principe de la valeur nominale 50
a. Dettes monétaires à titre onéreux 50
b. La réserve de valeur contractuelle 51
c. Adaptation légale ou judiciaire 51
C. Exécution d'une dette monétaire 51
1. Obligation du débiteur de s'acquitter en monnaie légale 51
2. Obligations du créancier 52
3. Méthode d'exécution 53
a. Paiement en espèces 53
b. Le paiement scriptural 53
4. Moment et lieu de l'exécution 54
III. L'art. 84 al. 2 CO 54
A. Notion de dette en monnaie étrangère 54
B. Définition de la dette en monnaie étrangère 54
C. Droit du débiteur à l'exécution en monnaie locale 55
D. Conversion d'une dette en monnaie étrangère 56
1. Taux de conversion applicable 56
2. Le préjudice lié aux fluctuations des taux de change 56
E. Compensation des dettes en devises 57
F. Exécution d'une dette en monnaie étrangère 57
1. Requête en cas de dette en monnaie étrangère 57
2. Calcul de la valeur litigieuse d'une dette en monnaie étrangère 57
3. Exécution d'une dette en monnaie étrangère 58
4. Dettes en devises dans la faillite, la saisie et l'homologation 58

Bibliographie 59
Matériaux 63

I. GÉNÉRALITÉS

A. Champ d'application et contenu réglementaire de l'art. 84 CO

1 Les art. 84-90 CO traitent du paiement monétaire en tant que forme d'exécution sous la rubrique « Paiement ». Le **champ d'application** de l'art. 84 CO est limité aux dettes monétaires. En revanche, les art. 85-90 CO, qui relèvent de la même marge, s'appliquent également à d'autres formes d'exécution.

2 L **'art. 84 al. 1 CO** dispose que le débiteur doit s'acquitter de sa dette monétaire avec la monnaie ayant cours légal. **L'art. 84 al. 2 CO** complète ce principe en précisant qu'une dette en monnaie étrangère peut également être payée en « monnaie locale », pour autant que cela ne soit pas exclu par une clause utilisant le terme « monnaie effective » (*« effektiv »*) ou une clause similaire.

B. La notion de monnaie

3 Le terme « monnaie » se retrouve dans de nombreuses dispositions, mais il n'est pas défini par la loi. Malgré une littérature abondante, aucune définition uniforme de la monnaie n'a non plus été établie en théorie. La distinction entre « l'argent au sens étroit » (*« Geld im engeren Sinne »*) et « l'argent au sens large » (*« Geld im weiteren Sinne »*) semble s'imposer. L'**argent au sens étroit** comprend uniquement la monnaie légale, c'est-à-dire l'argent avec lequel un débiteur peut remplir ses obligations conformément à l'art. 84 al. 1 CO. En Suisse, ont cours légal les pièces de monnaie émises par la Confédération (art. 2 lit. a LCP), les billets de banque émis par la Banque nationale suisse (art. 2 lit. b LCP) et les dépôts en francs suisses auprès de la Banque nationale suisse (art. 2 lit. c LCP). La **monnaie au sens large** comprend toute forme de monnaie utilisable et donc tous les moyens de paiement utilisés de facto dans le trafic des paiements. Outre la monnaie scripturale, les crypto-monnaies et autres monnaies virtuelles émises à titre privé en font également partie. Sauf indication contraire, la plupart des dispositions du CO et du CC sont fondées sur le concept de monnaie au sens large.

C. Formes de monnaie et nature juridique

1. Les espèces

Les espèces comprennent les pièces de monnaie et les billets de banque nationaux et étrangers. La **nature juridique de l'argent liquide est controversée**. Il est généralement décrit comme un passif de la banque centrale, ce qui s'explique par le fait que les billets en circulation sont toujours comptabilisés par les banques centrales au passif de leur bilan, ce qui signifie que les billets apparaissent comme des droits relatifs ou des créances à l'égard de la banque centrale. D'autres voix académiques, cependant, nient que les billets de banque aient le caractère de créances, car les billets de banque - contrairement à la monnaie scripturale - ne contiennent pas (plus) de droit d'échange contre un autre actif. La banque centrale ne doit rien d'autre aux détenteurs d'espèces que des espèces. Kumhof et al. proposent donc de qualifier la monnaie de banque centrale d'« équité sociale ». Zellweger-Gutknecht propose de la qualifier de fonds propres de la banque centrale ou de droit de participation et la considère comme un droit absolu, ce qui impliquerait des ajustements du bilan de la BNS. 4

2. Monnaie scripturale

La monnaie scripturale représente une **créance du titulaire d'un compte** sur sa banque de dépôt pour la remise de monnaie nationale. 5

Outre le numéraire, l'utilisation de la monnaie scripturale s'est imposée depuis longtemps dans le trafic des paiements quotidiens. Néanmoins, le législateur a délibérément décidé de ne pas déclarer la monnaie scripturale comme moyen de paiement légal. 6

Contrairement aux dépôts bancaires des banques commerciales, les **avoirs à vue** en francs suisses **auprès de la BNS** (cf. art. 9, al. 1, let. a, LBN) ne sont accessibles qu'à un cercle restreint de personnes morales (en particulier les banques commerciales). Ces avoirs sont utilisés par les titulaires de comptes pour satisfaire aux exigences légales en matière de liquidités et de réserves minimales, ainsi que pour accéder au système de paiement interbancaire (SIC). Les dépôts à vue auprès de la BNS ne sont pas (ou plus) structurés comme des créances. La BNS peut s'exonérer entièrement en créditant les avoirs à vue libellés en francs suisses. 7

3. Autres formes de monnaie

a. Systèmes monétaires privés

8 Des entités privées peuvent mettre en place des systèmes de paiement. Ceux-ci n'ont pas cours légal. Un exemple notable est la monnaie WIR (« CHW ») créée par la banque coopérative WIR. Ces avoirs représentent généralement une **créance sur l'émetteur**, au même titre que la monnaie scripturale des banques commerciales. Toute obligation légale d'accepter les moyens de paiement privés n'existe que pour les parties participant au système de paiement privé.

b. Les crypto-monnaies

9 Depuis le début de l'année 2009, les crypto-monnaies et d'autres actifs basés sur la technologie des registres distribués se sont répandus dans le monde entier. À une exception près, les crypto-monnaies n'ont pas cours légal dans aucun pays. La **nature juridique** des crypto-monnaies est **controversée**. En raison de leurs caractéristiques techniques particulières, les crypto-monnaies telles que le Bitcoin et l'Ethereum ne peuvent être qualifiées de droits relatifs ou absolus. Néanmoins, les crypto-monnaies ont une valeur économique mesurable et peuvent faire partie d'une transaction, c'est pourquoi elles doivent au moins être considérées comme des actifs de facto (*« faktische Vermögenswerte »*).

c. Monnaie numérique des banques centrales

10 De nombreuses banques centrales dans le monde étudient actuellement la possibilité d'émettre une monnaie numérique de banque centrale. La monnaie numérique de banque centrale doit notamment être distinguée des crypto-monnaies : Les crypto-monnaies sont créées par des acteurs privés alors que la monnaie numérique de banque centrale est émise par la banque centrale. Au sein des monnaies numériques de banque centrale, une distinction est faite entre un moyen de paiement accessible au public (« **retail CBDC** », rCDBC) et un moyen de paiement restreint qui ne peut être utilisé que par un certain groupe de participants aux marchés financiers (« **wholesale CBDC** », wCBDC). La BNS est actuellement impliquée dans des projets de wCBDC. Le lancement d'une rCBDC semble pour l'instant exclu pour la BNS. La nature

juridique de la monnaie numérique de la banque centrale dépendra de sa conception spécifique.

D. Constitution monétaire

La politique monétaire relève de la compétence de la Confédération (art. 99 al. 1 Cst.). Le mandat de politique monétaire est défini dans la LPCC et la LBN. La Confédération a le **monopole des monnaies et des billets de banque** (art. 99, al. 1, Cst.). Le monopole de la monnaie est exercé par la Confédération elle-même (art. 4 LTC). Le monopole des billets de banque est exercé par la BNS en tant que banque centrale indépendante (art. 7 LCP ; art. 99, al. 2, Cst.). 11

II. L'ART. 84 AL. 1 CO

A. Notion de dette monétaire

Une dette monétaire représente l'obligation de payer une certaine **somme d'argent** (*« Summenschuld »*). Il est moins courant, mais tout aussi admissible, de convenir d'une dette monétaire en tant que **dette par unité** (*« Stückschuld »*) ou **par catégorie** (*« Gattungsschuld »*; voir art. 71 CO). Dans le premier cas, les dénominations monétaires dues sont déterminées individuellement. Dans le second cas, les valeurs monétaires dues sont déterminées par catégorie (par exemple, paiement en un certain type de billets de banque ou en « Goldvreneli » ; ce qu'on appelle *« Geldsortenschuld »*). 12

Ce n'est que dans le cas d'une dette monétaire que des intérêts moratoires doivent être payés conformément à l'art. 104 al. 1 CO. 13

14 L'exécution d'une dette pécuniaire par une somme ne peut pas devenir **impossible** au sens juridique. En revanche, dans le cas d'une dette monétaire par unité, le débiteur est libéré de l'obligation de s'acquitter si les jetons monétaires désignés individuellement ont péri. Dans le cas d'une dette par catégorie, il est également possible que la catégorie monétaire convenue ne soit plus en circulation au moment de l'exécution et ait donc cessé d'exister. Dans ce cas, le débiteur doit généralement s'exécuter dans la nouvelle catégorie de monnaie qui remplace l'ancienne.

Le **montant dû** peut être **déterminé** soit **directement** (par exemple « CHF 150.00 »), soit **indirectement** (par exemple en se référant à un certain tarif 15

d'une association professionnelle ou à une situation de fait [par exemple le cours d'une action à une certaine date limite]).

B. Valeur d'une dette monétaire (principe de la valeur nominale)

1. Généralités

16 Les dettes monétaires sont par nature des dettes de valeur et sont donc sujettes à des **fluctuations de valeur**. Il s'écoule souvent un certain temps entre l'acte de disposition et l'acte d'exécution, ce qui soulève la question du moment de l'évaluation d'une dette monétaire. Dans la pratique, cette question est particulièrement pertinente dans le contexte de l'inflation, qui peut entraîner une modification de l'équilibre entre les prestations réciproques, en particulier dans le cas d'obligations contractuelles à long terme.

2. Le principe de la valeur nominale

17 Selon la doctrine et la jurisprudence dominantes, le **principe** (non légal) **de la valeur nominale** s'applique, selon lequel une dette monétaire reste immuable depuis son origine - indépendamment des fluctuations de valeur. Le montant de la dette est toujours le montant auquel la dette a été libellée dès le départ *(« Ein Franken bleibt ein Franken. »*). Le risque de dévaluation de la monnaie dans la période entre l'origine et le paiement de la dette est donc généralement supporté par le créancier. Le principe de la valeur nominale s'applique également aux dettes en devises.

3. Exceptions au principe de la valeur nominale

a. Dettes monétaires à titre onéreux

18 Les dettes à titre onéreux ne s'élèvent pas à un montant fixe. Elles sont plutôt orientées vers la compensation (par exemple, les dommages-intérêts) ou la satisfaction d'un besoin spécifique (par exemple, la pension alimentaire dans le cadre du droit de la famille). Si la dette de maintien de la valeur est spécifiquement quantifiée dans une décision de justice, elle devient également une dette monétaire sujette à des fluctuations de valeur.

b. La réserve de valeur contractuelle

Afin de protéger le créancier d'une dette monétaire contre une éventuelle dévaluation, les parties peuvent convenir contractuellement de conserver la valeur de la dette monétaire, ce qui est particulièrement fréquent dans le cas d'obligations à long terme. La valeur de la dette monétaire n'est fixée qu'au moment de l'exécution et correspond à la valeur intrinsèque de la dette monétaire au moment de la conclusion du contrat. L'**indexation** est la plus courante des différents types de clauses de maintien de la valeur : la valeur de la dette est liée aux variations d'un indice spécifique (par exemple, l'indice national des prix à la consommation) et ajustée en conséquence au moment de l'exécution. La validité des clauses de réserve de valeur est reconnue, bien que certaines dispositions légales contiennent de nombreuses restrictions explicites (p. ex. art. 269b CO) ou analogues (p. ex. art. 783 al. 2 CC ; art. 794 al. 1 CC). 19

c. Adaptation légale ou judiciaire

Dans des cas exceptionnels, il est possible de procéder à une **réévaluation légale du** franc suisse, ce qui ne s'est produit qu'une seule fois jusqu'à présent. 20

En outre, en cas d'effondrement soudain d'une monnaie, l'application de la **clausula rebus sic stantibus** prévoit la possibilité d'une réévaluation judiciaire d'une dette monétaire, si les conditions nécessaires sont remplies. 21

C. Exécution d'une dette monétaire

1. Obligation du débiteur de s'acquitter en monnaie légale

Selon l'art. 84 al. 1 CO, les dettes monétaires doivent être payées dans la monnaie ayant cours légal. Cette disposition s'applique aux dettes monétaires contractuelles et non contractuelles. L'art. 84 al. 1 CO **contient deux éléments concernant l'exécution des** dettes monétaires par paiement. D'une part, il stipule que les dettes monétaires doivent être réglées dans la monnaie due (*« Schuldwährung »*) et, d'autre part, qu'une monnaie ayant cours légal doit être utilisée à cette fin. Ces deux éléments ne constituent pas des dispositions impératives. 22

2. Obligations du créancier

23 De l'obligation du débiteur d'exécuter en monnaie nationale découle l'obligation du créancier de l'accepter en paiement, faute de quoi le créancier est en demeure (art. 91 CO). Les **billets de banque** doivent être acceptés en paiement sans restriction (art. 3 al. 2 LACI), alors que les **pièces de monnaie** en circulation ne peuvent être acceptées qu'à concurrence de 100 pièces par dette monétaire (art. 3 al. 1 phrase 1 LACI).

24 N'ayant pas cours légal, le créancier n'est pas tenu d'accepter des **paiements scripturaux** ou de la monnaie scripturale. Si le contrat ne contient pas de disposition sur les modalités d'exécution, il faut déterminer par interprétation si la volonté présumée des parties était bien de régler la dette en espèces.

25 L'**accord pour un paiement sans numéraire** doit être présumé si le créancier communique ses coordonnées de paiement au débiteur (par exemple, sur le papier à en-tête, sur la facture ou dans le commerce électronique sur le site web). Pour des raisons de praticabilité et de sécurité, il faut en outre partir du principe que la dette doit être réglée sans numéraire pour les montants importants et les paiements à distance.

26 On peut se demander si le simple fait d **'ouvrir un compte bancaire** constitue déjà un consentement tacite à l'acceptation d'un paiement sans numéraire. Le Tribunal fédéral l'a affirmé dans un arrêt du 7 novembre 1996. Compte tenu du fait qu'aujourd'hui presque tous les particuliers en Suisse possèdent un compte bancaire, il est avancé que dans ce cas le paiement en espèces devrait être expressément stipulé dans chaque transaction, ce qui serait contraire aux dispositions de l'article 84, alinéa 1, de la loi sur les banques. 84 al. 1 CO. Dans le cadre du champ d'application de l'art. 84 al. 1 CO, la simple ouverture ou tenue d'un compte bancaire sans communication publique des données de paiement à un débiteur déterminé ne peut donc généralement pas être interprétée comme un consentement implicite et tacite à l'acceptation d'un paiement sans numéraire.

27 En ce qui concerne les **avoirs à vue auprès de la BNS**, les créanciers qui ont un compte à la BNS sont tenus d'accepter le crédit de ces avoirs comme moyen de paiement (art. 3, al. 3, LPCC). Les Trésors publics de la Confédération et de la BNS sont tenus d'accepter sans restriction les monnaies courantes, les monnaies commémoratives et les monnaies d'or à leur valeur nominale (art. 3, al. 1, 2e phrase, LTC).

Les **autres moyens de paiement** (p. ex. les billets de banque étrangers ou les crypto-monnaies) ne doivent pas être acceptés par un créancier, à moins qu'il n'en ait été convenu ainsi par contrat. 28

3. Méthode d'exécution

a. Paiement en espèces

Le paiement en espèces est de moins en moins populaire. Néanmoins, le paiement en espèces représente toujours le concept légal général de paiement et, compte tenu du fait que la seule monnaie légale disponible pour le public est le billet de banque et la pièce de monnaie, le paiement en espèces restera la forme fondamentale d'exécution d'une dette monétaire. 29

En tant qu'**objets physiques**, les billets de banque et les pièces de monnaie sont soumis aux dispositions du **droit des biens**. Le transfert d'espèces s'effectue par la remise matérielle, c'est-à-dire par le transfert de la possession d'un bien meuble (art. 714 al. 1 CC). Le transfert du montant de l'argent liquide avec la valeur nominale de la somme due règle la dette monétaire. 30

b. Le paiement scriptural

La plupart des dettes monétaires sont aujourd'hui réglées par des moyens de paiement scripturaux (p.ex. virement bancaire, carte de crédit, Twint, etc.). **Plus la valeur de la transaction est élevée, plus la proportion de paiements en espèces est faible.** 31

Les deux parties contractantes ont besoin d'un compte (bancaire) pour traiter les transactions sans numéraire. La base juridique consiste en un accord contractuel à long terme entre la banque et le client, qui est soumis aux dispositions relatives aux **mandats simples** (art. 394 ss. CO). Elle contient l'accord selon lequel la banque traitera toutes les opérations de paiement pour le cocontractant. La banque est tenue d'exécuter les ordres de virement du cocontractant (côté actif de la convention) ainsi que de créditer les sommes destinées au compte du cocontractant (côté passif de la convention). 32

Lors du **traitement d'un virement spécifique**, ce niveau contractuel est complété par un niveau d'instruction. Le client (donneur d'ordre) donne l'ordre à sa banque (donneur d'ordre) de créditer un certain montant à un tiers (destinataire de l'ordre). La « charnière » entre le niveau contractuel et le 33

niveau instructionnel est l'ordre de paiement émis par l'initiateur du paiement, qui représente d'une part une instruction relevant du droit des contrats (art. 397 al. 1 CO) donnée par l'initiateur du paiement à sa banque teneur de compte, qui précise l'accord contractuel existant, et d'autre part une **instruction au sens de l'art. 466 CO.** L'instruction de paiement (art. 466 ss. CO) ne constitue pas un contrat.

34 Un paiement sans numéraire valable constitue une **exécution et non une simple prestation tenant lieu d'exécution**.

4. Moment et lieu de l'exécution

35 Les dettes pécuniaires sont généralement des dettes à **payer au domicile du créancier** (art. 74 al. 2 ch. 1 CO ; *« Bringschulden »*).

36 Le créancier doit pouvoir disposer du montant dû le **dernier jour** du délai de paiement déterminé. En outre, les art. 75 et ss. CO s'appliquent.

III. L'ART. 84 AL. 2 CO

A. Notion de dette en monnaie étrangère

37 Une dette en monnaie étrangère est une dette monétaire libellée en **monnaie étrangère** du point de vue du lieu de paiement. Le lieu de paiement est déterminé conformément à l'art. 74 CO. La dette est constituée de pièces de monnaie, de billets de banque ou d'autres valeurs patrimoniales exprimées en monnaie étrangère. Il peut également s'agir d'une monnaie entièrement virtuelle.

B. Définition de la dette en monnaie étrangère

38 En général, la devise dans laquelle la dette monétaire doit être exécutée est expressément mentionnée dans le contrat. Si la clause correspondante est **imprécise** (par exemple « dollar » au lieu de « dollar américain » ou « dollar néo-zélandais »), le contrat doit être **interprété** conformément aux règles du droit national applicable (voir l'article 147, paragraphe 2, de la LDIP).

39 L'art. 84 al. 2 CO ne traite pas de la détermination du montant de la dette en monnaie étrangère, mais seulement de la question du droit de conversion.

Les dettes en monnaie étrangère sont donc également soumises au **principe de la valeur nominale**.

Les **prétentions contractuelles en dommages-intérêts** sont généralement libellées dans la monnaie du contrat. Dans le cas d'**actions en dommages et intérêts**, la devise due doit être évaluée en fonction des circonstances spécifiques du cas d'espèce. En règle générale, la monnaie étrangère du lieu où le dommage s'est produit est susceptible d'être déterminante, étant entendu qu'il s'agit habituellement de la monnaie nationale du domicile de la partie lésée. 40

Si une **personne injustement enrichie** est tenue de fournir un remboursement mais a déjà échangé le montant en monnaie étrangère injustement reçu en monnaie locale, elle n'est pas obligée de l'échanger à nouveau. Au lieu de cela, le remboursement peut être effectué en monnaie locale. Le montant à rembourser en monnaie locale est déterminé par le taux de change de la monnaie locale et de la monnaie étrangère obtenu à la date de réception. 41

C. Droit du débiteur à l'exécution en monnaie locale

L'art. 84 al. 2 CO confère au débiteur d'une dette en monnaie étrangère dont le lieu de paiement se trouve en Suisse le droit de s'exécuter en monnaie nationale suisse (francs suisses, CHF). Ce droit du débiteur représente une **autorisation alternative** légale. En premier lieu, le paiement est dû en monnaie étrangère. Toutefois, le débiteur est libre d'exécuter en monnaie locale sans le consentement du créancier. 42

En revanche, **le créancier ne peut exiger l'exécution qu'en monnaie étrangère**. Si le créancier refuse le paiement du débiteur en monnaie étrangère ou en monnaie nationale, il tombe en demeure (art. 91 CO). 43

L'autorisation alternative prévue par la loi à l'**art. 84 al. 2 CO ne s'applique pas** si l'exécution littérale est exigée par l'inclusion dans le contrat de l'expression « monnaie effective » ou d'une mention à cet effet. En outre, l'exécution alternative en monnaie nationale est exclue lorsqu'il s'agit d'une dette monétaire définie de manière précise. Une telle dette existe, par exemple, si l'achat de certaines coupures en devises étrangères a été convenu. 44

D. Conversion d'une dette en monnaie étrangère

1. Taux de conversion applicable

45 Selon l'art. 84 al. 2 CO, les dettes en monnaie étrangère peuvent être réglées en monnaie locale « au cours du jour de leur échéance ». Le montant converti en francs suisses doit donc correspondre en valeur au montant dû en monnaie étrangère au moment de l'échéance de la dette en monnaie étrangère (art. 75 CO). Il en résulte les conséquences suivantes : Le droit de substitution prévu à l'art. 84 al. 2 CO **ne s'applique qu'après l'échéance**, car le cours de change n'est pas connu à l'avance. Le débiteur ne peut donc pas régler sa dette en monnaie locale avant l'échéance. D'autre part, le créancier supporte le risque de change entre l'échéance et la défaillance du débiteur, ce dernier n'étant responsable des pertes de change qu'à partir de la défaillance (art. 103 CO). Si le débiteur n'est pas immédiatement relancé par le créancier à l'échéance, ce dernier dispose d'une certaine marge de manœuvre pour spéculer.

46 Le **taux de change** au lieu de paiement prévu par la loi ou par le contrat est localement déterminant. Le taux de change à appliquer (cours acheteur ou vendeur) dépend des circonstances spécifiques. En règle générale, c'est le **cours vendeur** qui est déterminant, car le créancier doit pouvoir obtenir le montant de la monnaie étrangère effectivement due au moment de l'échéance.

2. Le préjudice lié aux fluctuations des taux de change

47 Si le débiteur est en demeure (art. 102 al. 1 CO), il répond des dommages qui résultent des fluctuations des cours de change (art. 103 ss CO). Si le créancier réclame des dommages-intérêts pour retard conformément à l'art. 106 CO qui dépassent l'intérêt moratoire de 5% (art. 104 CO), on présume **naturellement** que le créancier aurait changé la monnaie étrangère reçue en monnaie nationale de son pays (de domicile) à la date de l'échéance. Cette présomption, qui sert à alléger le fardeau de la preuve pour le créancier en cas de pertes de change, doit également être retenue à son désavantage en cas de bénéfices de change, le créancier étant alors en droit d'apporter la preuve du contraire.

E. Compensation des dettes en devises

Si aucune clause au sens de l'art. 84 al. 2 CO n'a été convenue, la **compensation** de dettes monétaires libellées dans des monnaies différentes est **admise**, selon le Tribunal fédéral, pour autant qu'il existe un taux de conversion entre les différentes monnaies. 48

F. Exécution d'une dette en monnaie étrangère

1. Requête en cas de dette en monnaie étrangère

Une créance en monnaie étrangère doit être produite dans la monnaie convenue par le créancier. **Si le créancier produit la créance dans une autre monnaie, la créance sera rejetée**, car le débiteur ne peut - selon la jurisprudence du Tribunal fédéral - être condamné à payer autre chose que ce qui lui est dû. Cette pratique est critiquée par la doctrine. Au lieu de cela, il est proposé d'utiliser une approche fondée sur la valeur : Dans une action en réparation pécuniaire, une valeur abstraite ou une « certaine mesure du pouvoir d'achat » est généralement recherchée. La monnaie dans laquelle le paiement monétaire est libellé dans la requête ne devrait donc pas être déterminante pour la nature de la demande. Par conséquent, le demandeur se verrait également accorder « rien de différent » (art. 58 al. 1 CPC), si la créance est reconnue dans une autre monnaie que celle demandée. 49

Le Tribunal fédéral est conscient des critiques formulées à l'encontre de la doctrine. Il s'en tient toutefois à ses décisions antérieures. Une action dans la mauvaise monnaie continue donc de conduire au rejet. Toutefois, le Tribunal fédéral a affirmé qu'une action dans la mauvaise monnaie a pour effet d'interrompre le délai de prescription, même si l'action elle-même doit être rejetée. Par ailleurs, le rejet d'une action introduite par erreur en francs suisses ne fait pas obstacle à une nouvelle action en paiement du montant en monnaie étrangère effectivement dû. 50

2. Calcul de la valeur litigieuse d'une dette en monnaie étrangère

La valeur litigieuse est déterminée par les conclusions (art. 91 al. 1 CPC). Dans le cas d'une créance en monnaie étrangère, une **conversion en francs suisses** doit être effectuée à la date de la litispendance (art. 61 al. 1 CPC). Les 51

taux de change applicables sont considérés comme connus par le tribunal et n'ont pas à être prouvés.

3. Exécution d'une dette en monnaie étrangère

52 Art. 67 al. 1 no 3 DEBA exige que le montant de la créance soit indiqué dans la demande de poursuite en francs suisses. Cette **conversion** est prévue pour des raisons de commodité et n'entraîne pas de novation (art. 116 CO) ; la créance reste due en monnaie étrangère. Le débiteur peut donc se libérer en payant en monnaie étrangère jusqu'à la clôture de la procédure de poursuite.

53 Le **cours du change au lieu et au jour de la demande de poursuite** est déterminant pour la conversion. En cas de demande de continuation (voir art. 88 DEBA), le montant de la créance peut à nouveau être converti en monnaie nationale à la demande du créancier au taux de change du jour de la demande de continuation (art. 88 al. 4 DEBA).

54 Si le taux de change varie au cours de la procédure de recouvrement et que le débiteur a payé davantage en conséquence, il a le droit de **demander le recouvrement** (art. 86 DEBA). Dans le cas contraire, le créancier peut réclamer la différence par le biais d'une **nouvelle procédure de poursuite**.

55 Les dettes littérales en monnaie étrangère au sens de l'art. 84 al. 2 CO ainsi que les dettes monétaires déterminées par catégorie (*« Geldsortenschuld »*) ne sont pas exécutées conformément aux dispositions de la DEBA, mais par voie d'**exécution forcée conformément aux art. 335 CPC et suivants.**

4. Dettes en devises dans la faillite, la saisie et l'homologation

56 Dans la **requête de faillite**, le créancier doit convertir la créance en francs suisses (voir art. 211 LBVM). La **demande de saisie** (cf. art. 271 LBVM) doit également être libellée en francs suisses. Si la procédure de poursuite a déjà été engagée, la conversion conformément à la demande de poursuite est déterminante (art. 67 al. 1 ch. 3 LTI), sinon c'est le moment de la demande de saisie qui fait foi. Dans le cas d'un **accord ordinaire de restructuration de la dette** (voir art. 314 DEBA) et d'un **accord de restructuration de la dette dans la faillite** (voir art. 332 DEBA), aucune conversion n'est requise. Toutefois, dans le cas d'un **accord de restructuration des dettes avec cession d'actifs** (voir l'article 317 de la loi sur la faillite et l'insolvabilité), une

conversion doit être effectuée, le taux de conversion étant basé sur la date à laquelle le moratoire de restructuration des dettes a été accordé.

BIBLIOGRAPHIE

Bärtschi Harald/Jacquemart Nicolas/Meyer Stephan D, Zahlung und Verzug bei virtuellen Währungen, in: Emmenegger Susan (Hrsg.), Zahlungsverkehr, Basel 2018, p. 177-248 (cit. Bärtschi/Jacquemart/Meyer).

Bech Morten/Garratt Rodney, Central bank crytpocurrencies, BIS Quarterly Review, September 2017, p. 55-70 (cit. Bech/Garratt).

Beck Benjamin, Bitcoin als Geld im Rechtssinne, NJW 2015, p. 580-586 (cit. Beck).

Bettschart Sébastien, Virement en chaîne et assignation bancaire, in: Dieter Zobl/Mario Giovanoli/Gérard Hertig (Hrsg.), Etudes suisses de droit bancaire, Vol. 61, Zurich 2000 (cit. Bettschart).

Biagio Bossone/Massimo Costa, Money for the Issuer: Liability or Equity?, Economics, vol. 15, no. 1, 2021, p. 43-59 (cit. Bossone/Costa).

Buis Eric, Die Banküberweisung und der Bereicherungsausgleich bei fehlgeschlagenen Banküberweisungen, Diss. Zurich 2001 (cit. Buis).

Carr Philip, Klage in falscher Währung – ergo Klageabweisung?, AJP 2021, p. 161-167 (cit. Carr).

Chaum David/Grothoff Christian/Moser Thomas, How to issue a central bank digital currency, SNB Working Papers, Vol. 3, 2021 (cit. Chaum/Grothoff/Moser).

Dasser Felix, Kommentierung zu Art. 147 IPRG, in: Pascal Grolimund, Leander D. Loacker, Anton K. Schnyder (Hrsg.), Basler Kommentar, Internationales Privatrecht, 4. Ed., Basel 2021 (cit. BSK IPRG-Dasser).

Eggen Mirjam, Die rechtliche Ausgestaltung von Retail CBDC, GesKR 2022 p. 147-159. (cit. Eggen, Retail CBDC).

Eggen Mirjam, Tokenisiertes Buchgeld: Programmierbar? Aber sicher!, AJP 2024, p. 293-303 (cit. Eggen, Tokenisiertes Buchgeld).

Enz Benjamin V., Kryptowährungen im Lichte von Geldrecht und Konkursaussonderung, ZStP, 2019, p. 85-107 (cit. Enz, Geldrecht).

Enz Benjamin V., Erfüllung und Vollstreckung von Kryptowährungsforderungen, SJZ 117 (2021) p. 583-595 (cit. Enz, Vollstreckung).

Gauch Peter/Schluep Walter R./Schmid Jörg/Emmenegger Susan, OR AT, Bd. 1 und 2, 11. Ed., Zurich 2020 (cit. Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger).

Giovanoli Mario, Bargeld – Buchgeld – Zentralbankgeld: Einheit oder Vielfalt im Geldbegriff?, in: Bruno Gehrig/Ivo Schwander (Hrsg.), Festschrift für Beat Kleiner, Zurich 1993, p. 87-124 (cit. Giovanoli).

Hettich Peter, in: Ehrenzeller Bernhard/Schindler Benjamin/Schweizer Rainer J./Vallender Klaus A. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Ed., Zurich/St. Gallen 2014 (cit. SGK BV-Hettich).

Kellerhals Franz, in: Berner Kommentar, ZPO, Band I: Art. 1-149 ZPO; Band II: Art. 150-352 ZPO und Art. 400-406 ZPO, Schweizerische Zivilprozessordnung, Bern 2012, Art. 335 (cit. Kellerhals).

Kleiner Beat, Bankkonto – Giro- und Kontokorrentvertrag, in: Peter Forstmoser/Pierre Tercier/Roger Zäch (Hrsg.), Innominatverträge, Festgabe zum 60. Geburtstag von Walter R. Schluep, Zurich 1988, p. 273-284 (cit. Kleiner).

Koller Alfred, Schadenersatzpflicht als Fremdwährungsschuld?, in: Jusletter 6. Mai 2013 (cit. Koller).

Kramer Stefan, Rechtsprobleme des Interbanken Zahlungsverkehrs unter besonderer Berücksichtigung des Swiss Interbank Clearing (SIC und euroSIC), Diss. Zurich 2005 (cit. Kramer).

Kumhof Michael/Allen Jason G./Bateman Will/Lastra Rosa M./Gleeson Simon/Omarova Saule T., Central Bank Money: Liability, Asset, or Equity of the Nation?, Cornell Legal Studies Research Paper, 14 November 2020 (cit. Kumhof et al.).

Lanz Sascha, Digitales Zentralbankengeld für die Schweiz: Rechtsnatur und Übertragung einer Retail Central Bank Digital Currency (rCBDC), in: Magister, Editions Weblaw, Bern 2022 (cit. Lanz).

Medicus Dieter, „Geld Muß Man Haben“: Unvermögen Und Schuldnerverzug Bei Geldmangel, Archiv Für Die Civilistische Praxis, vol. 188, no. 5, 1988, p. 489-510 (cit. Medicus Dieter).

Mercier Gregor, in: Andreas Furrer/Anton K. Schnyder (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. Ed., Zurich 2016, Art. 84 OR (CHK-Mercier).

Ollivier Nicolas/Geissbühler Grégoire, La monnaie des conclusions dans les litiges bancaires, AJP 2017, p. 1439-1452 (cit. Ollivier/Geissbühler).

Omlor Sebastian, Kryptowährungen im Geldrecht, ZHR 183, 2019, p. 294-345 (cit. Omlor).

Piller François, Virtuelle Währungen – Reale Rechtsprobleme?, AJP 2017, p. 1426-1438 (cit. Piller).

Penon Ilija/Wohlgemuth Marc, in: Kren Kostkiewicz Jolanta/Vock Dominik (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs SchKG, 4. Ed., Zurich 2017, Art. 67 (cit. Penon/Wohlgemuth, SchKG-Komm).

Plenio Martin/Senn Myriam (Hrsg.), Nationalbankgesetz – Bundesgesetz über die Währung und die Zahlungsmittel, Kommentar, Zurich 2020 (NBG/WZG Komm).

Prasad Eswar S., The Future of Money: How the Digital Revolution is Transforming

Currencies and Finance, London 2021 (cit. Prasad).

Reiser Nina/Wyss Lukas, Vollgeld-Initiative und Alternativkonzepte, SZW 2018, p. 164-178 (cit. Reiser/Wyss).

Schraner Marius, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Teilband V/1e, Die Erfüllung der Obligation, Art. 68-96 OR, 3. Ed., Zurich 2000 (cit. ZK OR-Schraner).

Schmid Jörg/Stöckli Hubert/Krauskopf Frédéric, OR BT, 3. Ed., Zurich 2021 (cit. Schmid et al.).

Schroeter Ulrich G., Kommentar zu Art. 84 OR, in: Heinrich Honsell und Nedim Peter Vogt (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7. Ed., Basel 2020 (cit. BSK OR-Schroeter).

Schwander Ivo, Fremdwährungsschulden vor Schweizer Zivilgerichten, ZZZ 60 (2022), p. 457-466 (cit. Schwander).

Simitis Spiros, Bemerkungen zur rechtlichen Sonderstellung des Geldes, AcP 1960/1961, Vol. 159, p. 406-472 (cit. Simitis)

Stein-Wigger Matthias, in: Sutter-Somm Thomas/Hasenböhler Franz/Leuenberger Christoph (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. Ed., Zurich 2016, Art. 91 (cit. Stein-Wigger, ZPO-Komm).

Thiessen Friedrich, Digitaler Euro: Funktionsweise und kritische Würdigung, Wirtschaftsdienst, Magazine 7, 2021, p. 529-535 (cit. Thiessen).

Vetter Meinard/Züst Anna, Die Durchsetzung von Fremdwährungsforderungen, SJZ 119 (2023), p. 663-668 (cit. Vetter/Züst).

Vischer Frank, Geld- und Währungsrecht im nationalen und internationalen Kontext, Basel 2010 (cit. Vischer).

Von der Crone Hans C., Rechtliche Aspekte der direkten Zahlung mit elektronischer

Überweisung (EFTPOS), Diss. Zurich 1988 (cit. von der Crone).

Weber Rolf H., Berner Kommentar, Die Erfüllung der Obligation, Art. 68-96 OR, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, 2. Ed., Bern 2005 (cit. BK OR-Weber).

Weber Rolf H., Elektronisches Geld – Erscheinungsformen und rechtlicher Problemaufriss, in: Dieter Zobl/Mario Giovanoli/Gérard Hertig (Hrsg.), Schweizer Schriften zum Bankrecht, Vol. 58, Zurich 1999 (cit. Weber, Elektronisches Geld).

Weber Rolf H., Fremdwährungsschulden in der Praxis (Nach einem Vortrag im zivilrechtlichen Institut Zürich vom 27.9.1982), BJM 1983, p. 105-154 (Weber, Fremdwährungsschulden).

Zellweger-Gutknecht Corinne, Digitale Landeswährung – Ein Überblick, Jusletter, 31 October 2016 (cit. Zellweger-Gutknecht, Landeswährung).

Zellweger-Gutknecht Corinne, «Negativzins» und Bilanzsituation der SNB aus monetärrechtlicher Sicht, in: Jusletter 9 February 2015 (cit. Zellweger-Gutknecht, Negativzins).

Zellweger-Gutknecht Corinne, Darf die Nationalbank kryptobasierte Sichtguthaben (wCBDC) ausgeben?, SZW 2023 p. 214-230 (cit. Zellweger-Gutknecht, kryptobasierte Sichtguthaben).

Zogg Samuel, Bitcoin als Rechtsobjekt – eine zivilrechtliche Einordnung, recht 2019, p. 95-120 (cit. Zogg).

MATÉRIAUX

Federal Council report in fulfilment of the Wermuth postulate (18.3159) of 14.3.2018, Digitales Zentralbankgeld, vom 13.12.2019, available at: https://www.newsd.admin.ch/newsd/message/attachments/59636.pdf, last visited on 19/08/2024 (cit. Central bank digital currency report).

Dispatch on the Federal Act on the Adaptation of Federal Law to Developments in the Technology of Distributed Electronic Registers of 27 November 2019, BBl 2020, p. 233 et seq. available at: https://www.newsd.admin.ch/newsd/message/attachments/59301.pdf, last visited on 19/08/2024 (cit. BBl 2020).

Dispatch of 27 May 1998 on a new monetary article in the Federal Constitution, BBl 1998, p. 4007 et seq. available at: https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1998/4_4007__/de, last visited on 19/08/2024 (cit. BBl 1998).

SNB, Instruction sheet on access to the SIC system and to sight deposit accounts, Zurich 12 December 2022, available at: https://www.snb.ch/dam/jcr:4b5ee0c5-8237-49db-8317-1ba6e49bf814/sicgiro_access_2022_12.de.pdf, last visited on 19/08/2024 (cit. SNB Instruction Sheet).

SNB, Survey on payment methods 2020, June 2021, available at: https://www.snb.ch/de/iabout/cash/cash_paytrans_surveys/id/paytrans_survey_2020_2, last visited on 19/08/2024 (cit. SNB Payment method survey).

ATTENTION : Cette version du commentaire est une traduction automatique de l'original. Le commentaire original est en anglais. La traduction a été faite avec www.deepl.com. Seule la version originale fait foi. La version traduite du commentaire ne peut pas être citée.

COMMENTAIRE

Art. 97 CO

Un commentaire de Clarisse von Wunschheim / Cristina Wullschleger

PROPOSITION DE CITATION

Clarisse von Wunschheim/Cristina Wullschleger, Commentaire de l'art. 97 CO, in: Christoph Hurni/Mirjam Eggen (édit.), Commentaire en ligne du Code des obligations

Citation abrégée: OK-von Wunschheim/Wullschleger, art. 97 CO N. XXX.

Chapitre II: Des effets de l'inexécution des obligations

A. Inexécution

I. Responsabilité du débiteur

1. En général

Art. 97

[1] Lorsque le créancier ne peut obtenir l'exécution de l'obligation ou ne peut l'obtenir qu'imparfaitement, le débiteur est tenu de réparer le dommage en résultant, à moins qu'il ne prouve qu'aucune faute ne lui est imputable.

[2] Les dispositions de la loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite et du code de procédure civile du 19 décembre 2008 (CPC) s'appliquent à l'exécution.

TABLE DES MATIÈRES

I. Contexte et objectif 68
II. Norme générale de responsabilité contractuelle 70
A. Inexécution 70
B. Un dommage 72
C. Un lien de causalité 75
D. Une faute 76
Bibliographie 76

I. CONTEXTE ET OBJECTIF

1 L'art. 97 du Code des obligations (CO) ouvre le chapitre sur les conséquences de l'inexécution, qui comprend les art. 97 à 109 CO. Ce chapitre commence par l'art. 97 CO, qui pose le principe selon lequel un débiteur a le devoir de réparer le dommage causé par son manquement à une obligation spécifique.

2 Pour un lecteur profane ou étranger, le langage de l'art. 97 CO peut être étrange à plusieurs égards :

1. Il fait référence à « une obligation » en termes généraux, et non à une obligation contractuelle en particulier. Cela est dû au fait que le droit privé suisse est fondé sur une théorie générale du « droit des obligations », dans laquelle les contrats ne sont que l'une des trois sources d'où peuvent naître des obligations (la responsabilité délictuelle [art. 41 et suivants CO] et l'enrichissement sans cause [art. 62 CO] étant les deux autres sources). Ainsi, même si le lecteur n'y trouvera pas le mot « contrat », l'art. 97 CO et les articles 98 à 109 CO suivants s'appliquent directement et spécifiquement à toute situation de rupture de contrat, à moins que (i) les parties aient prévu un régime de responsabilité différent en cas de rupture de contrat (dans la mesure où le droit statutaire le permet), et/ou (ii) le Code des obligations (ou une convention internationale applicable telle que la CVIM) prévoie des dispositions différentes et prépondérantes lorsqu'il s'agit de types de contrats spécifiques (par exemple, contrat de vente, contrat de location, contrat d'agence, etc.) (principe dit de « *Lex specialis derogat lex generalis* »).

2. L'art. 97 CO traite officiellement des « conséquences de l'inexécution » de cette obligation, mais semble ensuite se concentrer sur une seule de ces conséquences potentielles, à savoir l'obligation de réparer tout dommage causé par l'inexécution. Cela ne signifie toutefois pas que l'obligation d'indemniser un dommage est le seul recours disponible en cas d'inexécution. En particulier, le droit d'un créancier de demander l'exécution d'une obligation par un débiteur défaillant est implicite dans l'art. 97 CO et largement reconnu par la jurisprudence suisse. D'autres droits sont énoncés dans les articles qui suivent l'art. 97 CO, tels que le droit de substituer l'exécution par un tiers (art. 98 CO) ou le droit de résilier le contrat (art. 107 et suivants CO).

3. L'art. 97 CO ne précise pas non plus de quel type d'« inexécution » il s'agit. Il est généralement admis que l'art. 97 CO s'applique à toutes sortes d'exécution incorrecte (ce qu'on appelle les « perturbations de l'exécution », *Leistungsstörungen*), y compris l'exécution tardive (ce qu'on appelle le « défaut », *Verzug* / *Demeure*, voir art. 102 et suivants CO), l'exécution incomplète, l'exécution défectueuse ou tout autre type de violation effective ou de non-respect d'obligations contractuelles spécifiques (« *positive Vertragsverletzung* »).

4. Un lecteur profane ou étranger peut se demander pourquoi l'art. 97(2) CO fait référence à la procédure d'exécution forcée au milieu des dispositions relatives à la rupture de contrat. La raison en est que le droit suisse prévoit un mécanisme très particulier d'exécution des dettes pécuniaires, qui permet à un créancier détenant un titre spécifique établissant une créance pécuniaire de faire valoir cette créance directement contre le débiteur par le biais de la procédure d'exécution forcée sans avoir nécessairement recours à une procédure judiciaire pour réclamer des dommages-intérêts conformément à l'art. 97 CO. La nécessité ou non de faire valoir d'abord la demande de dommages-intérêts par voie judiciaire dépendra en fin de compte du type de titre détenu par le créancier et de la question de savoir si le débiteur s'oppose à l'exécution forcée.

Il convient également de noter que l'art. 97 et suivants du CO ne sont pas, à quelques exceptions près traitées ci-dessous, des dispositions impératives. Les parties peuvent donc en principe déroger au régime de responsabilité prévu par ces dispositions. 3

En résumé, l'art. 97 s. CO constitue les dispositions par défaut applicables en cas de violation du contrat lorsque ni le contrat lui-même, ni le Code des obligations (ou toute convention internationale applicable), ne prévoit d'autres dispositions spécifiques applicables au contrat en question. 4

L'art. 97 s. CO ne s'applique pas directement à la violation d'obligations précontractuelles potentielles, telles que l'obligation de mener les négociations de bonne foi. La responsabilité précontractuelle, également connue sous le nom de « *culpa in contrahendo* », relève principalement du droit de la responsabilité civile, selon la doctrine et la jurisprudence actuellement prédominantes, bien que certaines dispositions du présent chapitre puissent être appliquées par analogie. En revanche, l'art. 97 et 5

suivants CO s'applique généralement aux violations des obligations post-contractuelles, qui découlent du contrat et existent au-delà de sa résiliation.

II. NORME GÉNÉRALE DE RESPONSABILITÉ CONTRACTUELLE

6 En droit suisse, la responsabilité contractuelle, entendue comme l'obligation de réparer un dommage résultant d'une mauvaise exécution du contrat, est soumise à quatre conditions de base :

1. l'inexécution d'une obligation contractuelle spécifique, c'est-à-dire une violation du contrat ;

2. un dommage ;

3. un lien de causalité entre l'inexécution et le dommage ;

4. un comportement fautif de la partie en défaut.

A. Inexécution

7 Comme mentionné ci-dessus, le concept d'« inexécution » de l'art. 97 CO englobe toutes sortes de non-conformités aux normes contractuelles. En d'autres termes, tout écart par rapport à une obligation contractuelle ou, à défaut d'obligation contractuelle spécifique, par rapport à une obligation légale applicable au contrat en question, constitue une « inexécution » au sens de l'art. 97 CO.

8 L'art. 97 CO ne fait pas non plus de distinction quant au type d'obligation qui est violée. En particulier, l'art. 97 CO ne fait pas de différence entre les « obligations principales » (*Hauptpflichten | obligations principales*), qui sont les obligations caractéristiques d'un contrat spécifique (par exemple, la livraison d'un objet par rapport au paiement de son prix dans un contrat de vente, ou le transfert d'argent par rapport au paiement d'intérêts dans un contrat de prêt), et les « obligations accessoires » (*Nebenpflichten | obligations secondaires*) qui entourent les obligations principales, telles que l'obligation d'exclusivité, de non-concurrence, de confidentialité, etc. Il ne fait pas non plus de distinction entre les obligations qui consistent en un comportement actif (faire quelque chose) et celles qui consistent en un comportement passif (tolérer ou ne pas faire quelque chose).

L'art. 97 CO ne fait pas non plus de distinction entre les différents degrés de violation. Bien qu'il soit courant dans la pratique que les parties attachent des conséquences différentes à une violation en fonction de sa gravité, par exemple en cas de « violation substantielle », l'art. 97 CO ne connaît pas une telle distinction. Tous les types de défaut d'exécution sont traités de la même manière dès le départ. Toutefois, lorsqu'un débiteur est mis en demeure de son inexécution et refuse d'y remédier dans le délai contractuel ou légal (ce que l'on appelle « défaut du débiteur », *Verzug* | *Demeure*), le créancier dispose d'un plus large éventail de recours, y compris le droit de résiliation et/ou de dommages-intérêts supplémentaires (voir art. 102 et suivants). 9

En outre, au stade de la détermination de l'existence d'une inexécution, les causes réelles de cette inexécution sont sans importance. Il n'y a que deux exceptions à ce principe : 10

1. **Impossibilité initiale et totale** : Lorsque l'exécution d'une obligation était objectivement et totalement impossible dès le début, c'est-à-dire dès la conclusion du contrat, l'obligation elle-même est nulle *ab initio* en vertu de l'article 20 CO et aucune exécution n'est due. Lorsque l'exécution devient impossible seulement après la conclusion du contrat, l'art. 20 CO ne s'applique pas. En revanche, lorsque l'événement à l'origine de l'impossibilité d'exécuter survient après la conclusion du contrat et échappe à l'influence du débiteur, l'art. 119(1) CO prévoit que l'obligation concernée s'éteint, ce qui signifie que le débiteur est libéré de l'obligation d'exécuter et doit restituer ce qu'il a déjà reçu (art. 119(2) CO). Ainsi, l'art. 119 CO traite de ce que l'on appelle communément la *« force majeure »*, même si l'art. 119 CO ne donne pas de définition spécifique de celle-ci et se concentre plutôt sur le résultat : l'impossibilité objective d'exécuter en raison de facteurs externes. Il convient de noter que l'art. 119 CO n'est pas une loi impérative, et les parties peuvent donc déroger à cette règle dans leur contrat en attribuant des risques spécifiques à une partie indépendamment de l'influence de cette dernière sur la réalisation de ce risque (art. 119(3) CO). Veuillez vous référer au commentaire de l'art. 119 CO pour plus de détails sur le mécanisme de l'impossibilité subséquente en droit suisse. Lorsque ni l'art. 20 CO ni l'art. 119 CO ne s'appliquent, une impossibilité d'exécution sera traitée comme un cas d'inexécution en vertu de l'art. 97 CO.

2. **Clause Rebus Sic Stantibus** : Lorsque la situation initiale et l'équilibre des intérêts sous-jacents au contrat ont changé de manière imprévue et dans une

mesure telle que l'exécution d'une certaine obligation est devenue insupportable pour le débiteur et que l'insistance du créancier sur cette exécution créerait un déséquilibre abusif entre les deux prestations, un débiteur peut être dispensé de son obligation d'exécution. Les exigences de la *Clausula Rebus* sont plus strictes que la doctrine de l'imprévision en droit anglais et exigent que le débiteur demande d'abord une renégociation du contrat et, en cas de refus du créancier, qu'il fasse modifier le contrat par les tribunaux. La *Clausula Rebus* ne donne pas au débiteur le droit de refuser directement d'exécuter ses obligations.

11 Ainsi, lorsque les parties à un contrat souhaitent créer des exceptions à l'obligation d'exécuter certaines obligations en cas de *force majeure* ou de difficultés exceptionnelles, elles doivent prévoir des dispositions pertinentes dans leur contrat et accorder une attention particulière à la définition de ces concepts et de leurs conséquences.

12 En résumé, tous les types de manquements à tout type d'obligation contractuelle, qu'ils découlent du contrat ou de la loi, sont considérés comme des « inexécution » au sens de l'art. 97 CO, quelle que soit la raison de cette inexécution. Des exceptions à cette définition large de l'inexécution sont possibles, mais doivent être prévues par les parties dans leur contrat et sont soumises à certaines limitations légales (voir ci-dessous l'art. 100 CO).

B. Un dommage

13 La définition du dommage en droit suisse est très large et englobe toute diminution involontaire du patrimoine d'une partie, qui peut prendre la forme d'une réduction effective de la valeur nette de ses actifs ou d'une augmentation de ses dettes. Cette diminution de l'actif ou augmentation du passif est mesurée par la différence entre la situation de l'actif et du passif qui aurait existé sans la violation par rapport à leur situation avec la violation (ce que l'on appelle la « théorie de la différence » ; *Differenztheorie*).

14 Ainsi, bien que la définition du dommage soit assez large, elle se concentre sur les dommages de nature financière. D'autres types de préjudices qui ne se traduisent pas par une valeur monétaire claire, tels que le préjudice moral, l'atteinte à la réputation ou la perte d'une chance, ne sont généralement pas considérés comme des dommages en droit suisse et ne peuvent donc pas être indemnisés.

Selon la règle générale relative à la charge de la preuve (art. 8 du Code civil et art. 42 du CO), il incombe à la partie qui allègue un dommage de prouver (i) l'existence d'un tel dommage, ainsi que (ii) son ampleur (c'est-à-dire sa quantification).

À cet égard, le droit suisse présente les particularités suivantes : 15

1. En règle générale, en droit suisse, tous les types de dommages sont indemnisables, pour autant qu'ils relèvent de la définition du dommage ci-dessus. En particulier, le droit suisse ne limite pas le caractère indemnisable d'un dommage en fonction de sa catégorisation en dommage direct ou indirect, ou en dommage consécutif. Ces types de dommages relèvent également de la définition générale du dommage, et leur caractère indemnisable dépendra de l'existence d'un lien de causalité adéquat avec la violation pour qu'ils soient indemnisables (voir ci-dessous la section 2.3).

2. Le dommage réel constitue le plafond de l'indemnisation potentielle. En d'autres termes, le montant de l'indemnisation due ne peut excéder la valeur réelle du dommage subi. En particulier, le droit suisse ne reconnaît pas la notion de « dommages-intérêts punitifs » telle qu'elle est connue dans certaines juridictions de common law. Le droit suisse permet néanmoins aux parties de prévoir des « clauses pénales » contractuelles (*Vertragsstrafe* | *Clause pénale*), qui visent à accroître la pression sur une partie pour qu'elle s'exécute en prévoyant une pénalité forfaitaire en cas de violation, libérant ainsi le créancier de la charge de prouver tout dommage. Ces clauses doivent toutefois être prévues avant tout dommage et peuvent être réduites par le juge dans certaines circonstances, de sorte que leur nature et leur finalité sont tout à fait distinctes du concept de « dommages-intérêts punitifs » de la common law (voir art. 163 CO).

L'art. 97 CO n'empêche pas non plus les parties de limiter contractuellement le type de dommages-intérêts ou de fixer un montant de dommages-intérêts inférieur ou différent du dommage réel subi (ce que l'on appelle les « sommes convenues » ou « dommages-intérêts liquidés »). Toutefois, cela constitue une limitation du régime de responsabilité standard établi par l'art. 97 CO et est donc soumis aux restrictions prévues à l'art. 100 CO, qui seront traitées ci-dessous.

3. Le fait que la définition du dommage soit large ne signifie pas qu'une partie peut demander toutes sortes de dommages en même temps. En vertu de l'art.

97 CO, une distinction générale est faite entre le « dommage positif » ou « intérêt à l'exécution » (*positives Vertragsinteresse*, *Erfüllungsinteresse | dommage positif*) et le « dommage négatif » ou « intérêt à la confiance » (*negatives Vertragsinteresse*, *Nichterfüllungsinteresse | dommage négatif*).

- L'**intérêt de performance** représente la valeur totale du contrat correctement exécuté. Ici, l'indemnisation vise à mettre le créancier dans la situation dans laquelle il se serait trouvé si le contrat avait été pleinement et correctement exécuté. Le dommage est donc la différence entre l'état des actifs et des passifs du créancier dans le scénario de violation et ce qu'aurait été cet état si le contrat avait été correctement exécuté. Cela inclut principalement le manque à gagner (*lucrum cessans*), mais peut également comprendre tous les coûts que le créancier engage en raison de l'exécution incorrecte (*damnum emergens*), tels que les coûts supplémentaires de stockage des marchandises, les coûts d'inspection, les coûts de réparation, les coûts de destruction, les coûts d'un rappel de produit, les pénalités ou les dommages-intérêts dus par le créancier à ses propres clients en cas de retard de livraison, etc.
- Les **intérêts de confiance** représentent les coûts et les pertes réels découlant de l'exécution incorrecte du contrat. Ici, l'indemnisation vise à replacer le créancier dans la situation où il se serait trouvé si le contrat n'avait jamais été conclu. Le dommage est donc la différence entre la situation du créancier dans le scénario de la violation et sa situation avant la conclusion du contrat.

En droit suisse, il n'est pas possible de réclamer à la fois l'intérêt à l'exécution et l'intérêt à la confiance ; le créancier ne peut réclamer qu'un seul de ces deux types de dommages-intérêts. Tant que le contrat est en vigueur, le créancier ne peut demander que l'intérêt de performance. Si le créancier décide de résilier le contrat, il ne peut alors réclamer que l'intérêt de confiance (art. 107-109 CO). Il est donc essentiel pour un créancier d'évaluer soigneusement le pour *et le contre* d'une demande d'intérêt de performance par rapport à une demande d'intérêt de confiance avant d'exercer les recours spécifiques prévus par l'art. 107 et suivants du CO.

C. Un lien de causalité

Alors que certains systèmes juridiques exigent qu'un dommage soit « prévisible » ou font la distinction entre les dommages directs et indirects ou consécutifs, le droit suisse se réfère au concept de « lien de causalité » (*Kausalzusammenhang | lien de causalité*). Pour qu'un dommage soit soumis à une obligation d'indemnisation, la violation et les demandes de dommages-intérêts doivent être dans une relation de « cause à effet », qui est évaluée sous deux angles distincts : 16

1. Il doit exister un lien de causalité **naturel** (*natürlicher Kausalzusammenhang | lien de causalité naturelle*) : le comportement en cause, qui constitue la violation du contrat, doit être la *condition sine qua non* du dommage. En d'autres termes, sans la violation, aucun dommage ne se serait produit.

Exemple : une entreprise pharmaceutique a utilisé un ingrédient incorrect lors de la fabrication d'un médicament. En conséquence, des patients sont tombés malades et le vendeur a dû rappeler le médicament et indemniser ses distributeurs et les patients. Si le fabricant avait utilisé le bon ingrédient, le patient n'aurait pas été malade et aucun rappel ou indemnisation n'aurait été nécessaire.

2. Ce lien de causalité naturel doit également être **suffisant** (*adäquater Kausalzusammenhang | lien de causalité adéquat*) : cela signifie qu'en plus d'être la cause naturelle du dommage, « *le comportement fautif doit avoir été, selon le cours normal des choses et l'expérience de la vie, susceptible de produire un effet du type de celui qui s'est produit, de sorte que la probabilité de survenance de ce résultat semble avoir été généralement accrue par le comportement* fautif ». Bien que conçu différemment, le critère de causalité adéquate en droit suisse n'est pas si différent, dans la pratique, du critère de « prévisibilité » appliqué en vertu de la CVIM ou d'autres lois.

Exemple : Selon les connaissances et l'expérience communes, il fallait s'attendre à ce que l'utilisation d'un mauvais ingrédient dans le médicament rende les patients malades et nécessite ainsi un rappel du produit.

Lorsque le comportement fautif consiste en une omission, le critère de causalité doit être adapté. La question pertinente est alors de savoir si, selon le cours normal des choses et l'expérience de la vie, le résultat dommageable

aurait pu être évité si la partie concernée avait agi de la manière requise (ce que l'on appelle le **« lien de causalité hypothétique** »).

D. Une faute

17 Pour engager la responsabilité en dommages-intérêts en vertu de l'art. 97 CO, une violation du contrat ne suffit pas à elle seule. La violation doit résulter d'un comportement fautif du débiteur. Cependant, l'art. 97 CO établit une présomption de faute. En d'autres termes, le créancier doit seulement prouver qu'une violation a eu lieu. Cette violation est alors présumée être le résultat d'un comportement fautif et il incombe au débiteur de démontrer qu'aucune faute ne lui est imputable dans la commission de la violation (ce que l'on appelle la « preuve d'exonération », *Exkulpationsbeweis | Preuve exculpatoire*).

18 Il s'agit d'une différence majeure par rapport au critère de responsabilité des contrats de vente internationaux en vertu de la CVIM, où la faute n'est pas une condition de la responsabilité pour rupture de contrat.

19 La notion de faute est ensuite abordée plus en détail à l'article 99 CO.

BIBLIOGRAPHIE

Acocella Domenico, Kommentierung zu Art. 38 SchKG, in: Staehelin Daniel/Bauer Thomas/Lorandi Franco (eds.), Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 3rd Ed., Basel 2021.

Brunner Christoph, UN-Kaufrecht – CISG, Kommentar zum Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf von 1980, Bern 2004.

Emmenegger Susan, Kommentierung zu Art. 97 OR in: Weber Rolf/Emmenegger Susan (eds.), Berner Kommentar, Obligationenrecht Allgemeine Bestimmungen, Die Folgen der Nichterfüllung, Art. 97-109 OR, 2nd Ed., Bern 2020.

Gauch Peter/Schluep Walter/Emmenegger Susan, OR AT, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band II, 11th Ed., Zurich et al. 2020.

Gauch Peter/Schluep Walter/Schmid Jörg, OR AT, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band I, 11th Ed., Zurich et al. 2020.

Huguenin Claire, Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, 3rd Ed., Zurich et al. 2019.

Mohs Florian, Kommentierung zu Art. 61 CISG, in: Schwenger Ingeborg/Schroeter Ulrich G (eds.), Kommentar zum UN-Kaufrecht, CISG, 7th Ed., Munich 2019.

Müller-Chen Markus, Kommentierung zu Art. 45 CISG, in: Schwenger Ingeborg/Schroeter Ulrich G (eds.), Kommentar zum UN-Kaufrecht, CISG, 7th Ed., Munich 2019.

Schmid Jörg, Vertragsrecht und Realerfüllung, in: Pierre Tercier/Amstutz Marc/Koller Alfred/Schmid Jörg/Stöckli Hubert (eds.), Gauchs Welt, Recht, Vertragsrecht und Baurecht, Festschrift für Peter Gauch zum 65. Geburtstag, Zürich 2004, pp. 589-604.

Schwenzer Ingeborg/Fountoulakis Christiana, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 8th Ed., Bern 2020.

Weber Rolf/Emmenegger Susan, Berner Kommentar, Obligationenrecht Allgemeine Bestimmungen, Die Folgen der Nichterfüllung, Art. 97-109 OR, 2nd Ed., Bern 2020.

Wiegand Wolfgang, Kommentierung zu Art. 18 OR, in: Widmer Lüchinger Corinne//Oser David (eds.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7th Ed., Basel 2020.

Wiegand Wolfgang, Kommentierung zu Art. 97 OR, in: Widmer Lüchinger Corinne/Oser David (eds.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7th Ed., Basel 2020.

Wiegand Wolfgang, Kommentierung Einleitung zu Art. 97–109 OR, in: Widmer Lüchinger Corinne/Oser David (eds.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7th Ed., Basel 2020.

ATTENTION : Cette version du commentaire est une traduction automatique de l'original. Le commentaire original est en anglais. La traduction a été faite avec www.deepl.com. Seule la version originale fait foi. La version traduite du commentaire ne peut pas être citée.

COMMENTAIRE

Art. 98 CO

Un commentaire de Clarisse von Wunschheim / Cristina Wullschleger

PROPOSITION DE CITATION

Clarisse von Wunschheim/Cristina Wullschleger, Commentaire de l'art. 98 CO, in: Christoph Hurni/Mirjam Eggen (édit.), Commentaire en ligne du Code des obligations

Citation abrégée: OK-von Wunschheim/Wullschleger, art. 98 CO N. XXX.

2. Obligations de faire et de ne pas faire

Art. 98

[1] S'il s'agit d'une obligation de faire, le créancier peut se faire autoriser à l'exécution aux frais du débiteur; toute action en dommages-intérêts demeure réservée.

[2] Celui qui contrevient à une obligation de ne pas faire doit des dommages-intérêts par le seul fait de la contravention.

[3] Le créancier a, en outre, le droit d'exiger que ce qui a été fait en contravention de l'engagement soit supprimé; il peut se faire autoriser à opérer cette suppression aux frais du débiteur.

TABLE DES MATIÈRES

I. Contexte et objet 81
II. Conditions préalables de l'art. 98 al. 1 CO - Obligation de comportement actif 82
III. Conditions préalables de l'article 98 al. 2 CO - Obligation de comportement passif 83
IV. Conditions préalables au rétablissement de la légalité (art. 98 al. 3 CO) 83
Bibliographie 84

I. CONTEXTE ET OBJET

Alors que l'art. 97 CO prévoit un premier recours en cas d'inexécution, à savoir l'obligation de verser des dommages-intérêts, l'art. 98 CO prévoit un autre type de recours en fonction de la nature de l'obligation en jeu, à savoir si elle consiste en une obligation de faire (comportement actif) ou de s'abstenir de faire (comportement passif). 1

En cas de manquement à une obligation de faire, l'art. 98 al. 1 CO donne au créancier le droit de confier à un tiers l'exécution de l'obligation concernée au nom du débiteur défaillant (art. 98 al. 1 CO, ce que l'on appelle l'« exécution par substitution » (*Ersatzleistung* | *Execution par substitution*). 2

Ainsi, l'art. 98(1) CO présente les deux avantages suivants par rapport à l'art. 97 CO : (1) l'art. 98(1) CO n'exige pas que le débiteur défaillant soit en faute, et (2) le débiteur peut en outre être tenu d'avancer les frais de l'exécution par substitution (art. 98(1) CO). Ainsi, à première vue, l'art. 98(1) CO peut sembler intéressant car son objectif principal est d'assurer la bonne exécution de l'obligation en jeu et d'éviter ainsi la survenance de tout dommage. 3

Cependant, l'exercice du droit à l'exécution par substitution est soumis à des conditions très strictes, en particulier une autorisation judiciaire préalable (voir ci-dessous). En conséquence, l'art. 98 CO est rarement utilisé dans la pratique. 4

En cas de violation d'une obligation de s'abstenir de faire quelque chose, l'art. 98(2) CO prévoit pour le créancier une action directe en dommages-intérêts fondée sur la seule violation, et à l'art. 98(3) une action en rétablissement de la situation contractuelle. 5

L'art. 98 CO est une disposition légale dispositive. Les parties à un contrat peuvent prévoir un droit à exécution par substitution en renonçant à la nécessité d'une autorisation judiciaire préalable. En ce qui concerne les obligations de s'abstenir d'un certain comportement, les parties peuvent prévoir une clause de dommages-intérêts en cas de violation (voir art. 100 CO). 6

II. CONDITIONS PRÉALABLES DE L'ART. 98 AL. 1 CO - OBLIGATION DE COMPORTEMENT ACTIF

7 Une obligation de faire implique des actions telles que l'exécution d'un travail spécifique ou le stockage d'un article.

8 Pour qu'un créancier puisse faire usage du droit de se substituer à l'exécution en vertu de l'art. 98(1) CO, il doit remplir les conditions suivantes :

1. L'obligation de faire quelque chose doit rester non exécutée malgré la capacité du débiteur à s'exécuter. Contrairement à l'art. 97 CO, cette inexécution ne doit pas nécessairement être liée à une faute du débiteur.

2. L'exécution de cette obligation doit être exigible. Un rappel supplémentaire n'est pas nécessaire, et il suffit que le délai contractuel d'exécution soit écoulé. Si aucun délai n'a été fixé, un avis d'exécution est toutefois requis.

3. L'exécution de cette obligation doit être substituable, ce qui signifie que l'art. 98(1) CO ne s'applique pas dans le cas de services hautement personnels, tels que les services artistiques ou scientifiques, où la personne du débiteur est essentielle à l'exécution de l'obligation concernée.

4. Le créancier doit avoir « obtenu l'autorisation », ce qui signifie qu'il doit d'abord obtenir un jugement exécutoire sur l'exécution avant de recourir à l'exécution par substitution. L'exécution par substitution en tant qu'instrument d'exécution peut être ordonnée directement par le tribunal de première instance (art. 236(3) et 337(1) CPC) ou ultérieurement par le tribunal d'exécution (art. 338(1) CPC). La décision d'ordonner l'exécution par substitution est laissée à la discrétion du tribunal. Les intérêts des parties sont mis en balance, l'exécution par substitution ne devant pas être disproportionnée ni constituer un abus de droit (art. 2 CC, ATF 130 III 302, consid. 3.3).

9 En résumé, l'art. 98, al. 1, CO ne confère pas au créancier un droit autonome de recourir à l'exécution par substitution. Au contraire, le créancier doit d'abord obtenir une décision juridiquement contraignante d'un tribunal. Ainsi, le recours à l'exécution par substitution en vertu de l'art. 98 CO n'est pas un véritable recours contractuel, mais plutôt un moyen d'exécution. Par conséquent, l'article 98(1) CO est rarement utilisé dans la pratique. Au lieu de cela, il est courant que les parties souhaitant recourir à l'exécution par

substitution renoncent à l'exigence d'une autorisation judiciaire et conçoivent les modalités d'un droit à l'exécution par substitution de manière plus pratique.

III. CONDITIONS PRÉALABLES DE L'ARTICLE 98 AL. 2 CO - OBLIGATION DE COMPORTEMENT PASSIF

L'obligation de s'abstenir de faire quelque chose consiste à s'abstenir d'accomplir certains actes en vertu d'une obligation légale ou d'un engagement contractuel. Il existe différents types de comportements passifs, par exemple l'obligation de ne pas divulguer certaines informations, l'engagement de ne pas céder certains droits ou obligations, l'engagement de ne pas faire concurrence, l'obligation de tolérer certains actes ou comportements de l'autre partie ou de tiers, tels que l'utilisation d'un objet par un locataire, etc. 10

En vertu de l'art. 98 al. 2 CO, la violation de l'obligation de s'abstenir de faire quelque chose suffit *en soi* pour que le créancier puisse demander des dommages-intérêts, sans qu'il soit nécessaire qu'il intente au préalable une action en cessation ou une action en élimination de l'état illicite. Toutefois, la demande de dommages-intérêts en vertu de l'art. 98(2) CO est subordonnée à l'existence d'une faute du débiteur défaillant, cette faute étant néanmoins présumée (comme pour l'art. 97 CO). 11

IV. CONDITIONS PRÉALABLES AU RÉTABLISSEMENT DE LA LÉGALITÉ (ART. 98 AL. 3 CO)

Outre la demande de dommages-intérêts en vertu de l'art. 98(2), l'art. 98(3) CO prévoit également pour le créancier une demande de suppression de la situation illicite, c'est-à-dire une demande de rétablissement de la situation contractuelle ou légale. Cette demande peut être faite selon les mêmes conditions que celles prévues à l'art. 98(1) CO et ne nécessite pas un comportement fautif de la part du débiteur. Si le rétablissement est impossible, par exemple en cas de violation d'une obligation de confidentialité, le créancier doit demander une indemnisation au lieu du rétablissement. 12

13 L'art. 98(3) prévoit que le débiteur doit supporter les frais de rétablissement de la situation contractuelle ou légale, ces frais pouvant également être réclamés dans le cadre du dommage d'exécution en vertu de l'art. 107(2) CO (applicable en cas de demeure qualifiée du débiteur). Toutefois, dans ce cas, l'inexécution doit avoir été fautive.

BIBLIOGRAPHIE

Emmenegger Susan, Kommentierung zu Art. 98 OR in: Weber Rolf/Emmenegger Susan (eds.), Berner Kommentar, Obligationenrecht Allgemeine Bestimmungen, Die Folgen der Nichterfüllung, Art. 97-109 OR, 2nd Ed., Bern 2020.

Gauch Peter/Schluep Walter/Emmenegger Susan, OR AT, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band II, 11th Ed., Zurich et al. 2020.

Huguenin Claire, Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, 3rd Ed., Zurich et al. 2019.

Schwenzer Ingeborg/Fountoulakis Christiana, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 8th Ed., Bern 2020.

Wiegand Wolfgang, Kommentierung zu Art. 98 OR, in: Widmer Lüchinger Corinne/Oser David (eds.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7th Ed., Basel 2020.

ATTENTION : Cette version du commentaire est une traduction automatique de l'original. Le commentaire original est en anglais. La traduction a été faite avec www.deepl.com. Seule la version originale fait foi. La version traduite du commentaire ne peut pas être citée.

COMMENTAIRE

Art. 99 CO

Un commentaire de Clarisse von Wunschheim / Cristina Wullschleger

PROPOSITION DE CITATION

Clarisse von Wunschheim/Cristina Wullschleger, Commentaire de l'art. 99 CO, in: Christoph Hurni/Mirjam Eggen (édit.), Commentaire en ligne du Code des obligations

Citation abrégée: OK-von Wunschheim/Wullschleger, art. 99 CO N. XXX.

II. Étendue de la réparation

1. En général

Art. 99

[1] En général, le débiteur répond de toute faute.

[2] Cette responsabilité est plus ou moins étendue selon la nature particulière de l'affaire; elle s'apprécie notamment avec moins de rigueur lorsque l'affaire n'est pas destinée à procurer un avantage au débiteur.

[3] Les règles relatives à la responsabilité dérivant d'actes illicites s'appliquent par analogie aux effets de la faute contractuelle.

TABLE DES MATIÈRES

I. Contexte et objet 87
II. Responsabilité pour faute (art. 99 al. 1 CO) 87
III. L'étendue de la responsabilité (art. 99, al. 2 et 3, CO) 88
Bibliographie 91

I. CONTEXTE ET OBJET

Alors que l'art. 97 CO établit la norme de responsabilité elle-même, les art. 99 à 101 CO concernent l'étendue de la responsabilité et de l'indemnisation des dommages. 1

L'art. 99 CO traite du concept fondamental de faute et de son impact sur l'étendue de la responsabilité. En ce qui concerne d'autres aspects, tels que la détermination du dommage ou la réduction de son indemnisation, l'art. 99(3) CO contient une référence générale aux art. 42-54 CO qui s'appliquent en cas de responsabilité délictuelle. En d'autres termes, les principes applicables à la détermination du dommage et de l'étendue de l'indemnisation en matière de responsabilité délictuelle (art. 42-54 CO) s'appliquent par analogie aux demandes de dommages-intérêts pour rupture de contrat. 2

L'art. 100 CO traite ensuite de la limitation contractuelle de la responsabilité et des dommages-intérêts, et l'art. 101 CO de la responsabilité des auxiliaires/délégués. 3

II. RESPONSABILITÉ POUR FAUTE (ART. 99 AL. 1 CO)

L'art. 99 al. 1 CO dispose que « **toute** faute » suffit à engager la responsabilité pour violation du contrat, sans toutefois définir la notion de faute. En effet, le Code des obligations ne définit pas la notion de faute, mais la jurisprudence l'a définie comme suit : l'écart par rapport au comportement humain moyen (« aspect objectif ») d'une personne capable de jugement et de responsabilité (« aspect subjectif »). La notion de faute inclut à la fois la conduite intentionnelle et la négligence (légère ou grave). 4

Ainsi, l'art. 99(1) CO établit le principe selon lequel un débiteur qui commet une rupture de contrat sera tenu responsable quel que soit le degré de sa faute, qu'elle soit grave ou légère. Bien que le degré de faute soit donc sans importance pour établir la responsabilité en tant que telle, il jouera néanmoins un rôle dans la détermination de l'étendue de l'indemnisation. En outre, le Code des obligations prévoit certaines exceptions à la responsabilité générale pour faute, où le degré de faute est également pertinent (voir par exemple art. 248, 420(2), 454 CO). Il est donc toujours utile de distinguer les 5

trois types de faute typiques du droit suisse des contrats et de la responsabilité civile :

1. **Faute intentionnelle** (*Vorsatz | Intention*) : Il y a faute intentionnelle lorsqu'une partie commet intentionnellement la violation ou lorsqu'elle accepte consciemment la possibilité qu'une telle violation se produise et qu'elle s'en moque (*dolus eventualis*).

2. **Faute lourde** (*grobe Fahrlässigkeit | négligence grave*) : Il y a faute lourde lorsque la partie en défaut, sans vouloir la violation ou en acceptant sa probabilité, n'a pas respecté la norme de diligence la plus élémentaire.

3. **Faute légère** (*leichte Fahrlässigkeit | négligence légère*) : Dans la doctrine et la jurisprudence, la faute légère est généralement décrite comme un écart mineur par rapport à la norme de diligence à laquelle on peut s'attendre de la part d'une personne moyenne dans une situation comparable.

6 Pour déterminer l'existence d'une faute, les tribunaux procèdent à une évaluation objective et se fondent sur la manière dont une tierce personne moyenne se serait généralement comportée dans des circonstances similaires. Ainsi, à ce stade, les caractéristiques individuelles, le contexte ou les compétences du débiteur spécifique sont sans importance, bien que la capacité civile soit une condition préalable. Toutefois, pour déterminer le niveau de diligence applicable, les compétences et les normes spécifiques des métiers et professions du débiteur en question doivent être prises en compte.

7 Exemple : Un médecin ORL a opéré un patient. Cette opération a entraîné une lésion du nerf facial et l'ouverture du canal semi-circulaire latéral, ce qui a entraîné une perte auditive permanente et des vertiges, même après une chirurgie de révision. Dans ce cas, la Cour suprême fédérale a dû examiner si le médecin pouvait être considéré comme ayant fait preuve de la diligence requise par rapport à ses compétences en tant que médecin ORL par rapport à ce qu'aurait fait un médecin tiers possédant des connaissances et des compétences spécialisées similaires.

III. L'ÉTENDUE DE LA RESPONSABILITÉ (ART. 99, AL. 2 ET 3, CO)

8 L'objectif de l'art. 99, al. 2, CO n'est pas très clair à la lecture de son libellé. Il fait référence à la « nature de l'opération » et à la mesure dans laquelle le

débiteur « devait tirer profit » de cette opération. Il est généralement admis que cette disposition vise à introduire un motif de réduction de l'étendue de la responsabilité lorsque le débiteur n'a pas réellement bénéficié de l'opération. Plus le gain pour le débiteur est faible, plus le juge peut se montrer indulgent dans la détermination de l'étendue de la responsabilité. Exemple : lorsqu'un donateur offrant un bien gratuitement ne l'emballe pas correctement, ce qui le casse pendant le transport vers le bénéficiaire.

Pour le reste, l'art. 99 al. 3 CO se réfère simplement aux dispositions applicables en matière de responsabilité délictuelle sans toutefois les préciser directement. Il s'agit des art. 42 à 54 CO, à l'exception de l'art. 52 CO, dont certains sont toutefois plus pertinents que d'autres dans le contexte de la responsabilité contractuelle. 9

Nous donnerons un bref aperçu de l'objet et de la portée de ces dispositions et renverrons par ailleurs au commentaire de ces dispositions elles-mêmes : 10

1. L'**art. 42 CO** traite de la charge de la preuve du dommage. L'art. 42 al. 1 CO dispose qu'il incombe à la partie lésée de prouver son dommage. Il s'agit d'une simple application du principe général de la charge de la preuve énoncé à l'art. 8 CC. La preuve du dommage porte à la fois sur son existence et sur son étendue (quantification). L'art. 42(2) CO introduit ensuite une exception en ce qui concerne l'étendue du dommage, en prévoyant que « *lorsque la valeur exacte du dommage ne peut être quantifiée, le tribunal l'évalue librement en tenant compte du cours normal des événements et des démarches entreprises par la personne lésée* ». En d'autres termes, l'art. 42(2) CO semble indiquer que lorsqu'un dommage ne peut être quantifié par le débiteur lui-même, le tribunal peut évaluer et déterminer ce dommage directement. Malheureusement, cette disposition est très rarement appliquée dans la pratique, la principale raison étant que la norme pour établir le caractère non quantifiable du dommage est très élevée.

2. L'**art. 43 CO** énonce le principe général selon lequel l'étendue de l'indemnisation à accorder doit être évaluée en fonction des circonstances spécifiques et du degré de culpabilité, c'est-à-dire de la faute. Cela ne signifie toutefois pas qu'un dommage causé par une négligence légère entraînera automatiquement une réduction de l'étendue de l'indemnisation (voir toutefois l'art. 44(2) CO). Au contraire, la raison d'être de cette disposition est que le juge peut réduire l'indemnisation lorsque le dommage est

disproportionné par rapport au degré de faute en cause. De même, le juge ne peut pas augmenter l'indemnité au-delà du montant du dommage réel, même en cas de comportement intentionnel très grave (voir ci-dessus l'art. 97 CO). Selon la loi, l'indemnité maximale est toujours le dommage réel, sauf si les parties ont prévu contractuellement une clause pénale (voir l'art. 163 CO) ou des dommages-intérêts fixes (voir ci-dessous l'art. 100 CO).

3. L'**art. 44 CO** prévoit ensuite deux motifs spécifiques de réduction de l'indemnisation : (i) en cas de faute concomitante ou de consentement, c'est-à-dire lorsque la partie lésée a contribué à causer le dommage, soit par sa faute, soit par son consentement, et (ii) en cas de négligence légère, à condition qu'une indemnisation intégrale mette le débiteur dans une situation de détresse financière.

4. Les **art. 45 à 49 CO** traitent ensuite des dommages-intérêts en cas d'homicide, de lésions corporelles et d'atteinte aux droits de la personnalité. Ces dispositions ont une pertinence pratique limitée dans le contexte de la responsabilité contractuelle et nous renvoyons donc au commentaire des art. 45 à 49 CO pour plus de détails.

5. Les **art. 50 et 51 CO** traitent de la situation où plusieurs débiteurs ont causé conjointement le dommage, soit par délit, soit par violation de contrat. Le principe est que ces débiteurs sont solidairement responsables envers le créancier (voir art. 143(2) CO), et que - entre eux - le débiteur responsable par délit ou par violation intentionnelle de la loi doit d'abord fournir une indemnisation, suivi par les débiteurs ayant contribué au dommage par une violation de contrat ou par une violation non fautive de la loi. Il existe quelques exceptions limitées à ce principe traitées avec beaucoup de prudence par le Tribunal fédéral.

6. Les **art. 53** et **54 CO** traitent de la question de l'absence de capacité de discernement (*Urteilsfähigkeit* / *imputabilité*). Tout d'abord, l'art. 53 CO établit que la notion de capacité de discernement en droit civil est indépendante de la même notion en droit pénal. Ensuite, l'art. 54 CO établit une exception au principe de la responsabilité pour faute. Comme mentionné ci-dessus, la responsabilité exige la faute et la faute présuppose la capacité civile. La capacité de discernement est un aspect de la capacité civile. Ainsi, une personne qui n'a pas la capacité de discernement n'est en principe pas responsable civilement. L'art. 54 CO établit une exception à ce principe en

permettant au juge d'ordonner une indemnisation partielle ou totale lorsque l'équité l'exige. Ces dispositions ont très peu d'importance pratique dans le contexte de la responsabilité contractuelle, et nous renvoyons donc au commentaire de ces dispositions pour plus de détails.

BIBLIOGRAPHIE

Brunner Hans-Ulrich, Die Anwendung deliktsrechtlicher Regeln auf die Vertragshaftung, Arbeiten aus dem juristischen Seminar der Universität Freiburg, Freiburg 1991.

Emmenegger Susan, Kommentierung zu Art. 99 OR in: Weber Rolf/Emmenegger Susan (eds.), Berner Kommentar, Obligationenrecht Allgemeine Bestimmungen, Die Folgen der Nichterfüllung, Art. 97-109 OR, 2nd Ed., Bern 2020.

Gauch Peter/Schluep Walter/Emmenegger Susan, OR AT, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band II, 11th Ed., Zurich et al. 2020.

Graber Christoph K., Kommentierung zu Art. 51 OR, in: Widmer Lüchinger Corinne/Oser David (eds.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7th Ed., Basel 2020.

Huguenin Claire, Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, 3rd Ed., Zurich et al. 2019.

Kessler Martin A., Kommentierung zu Art. 42 OR, in: Widmer Lüchinger Corinne/Oser David (eds.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7th Ed., Basel 2020.

Kessler Martin A., Kommentierung zu Art. 43 OR, in: Widmer Lüchinger Corinne/Oser David (eds.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7th Ed., Basel 2020.

Koller Alfred, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band I, 5th Ed., Bern 2023.

Schwenzer Ingeborg/Fountoulakis Christiana, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 8th Ed., Bern 2020.

Widmer Lüchinger Corinne/Wiegand Wolfgang, Kommentierung zu Art. 99 OR, in: Widmer Lüchinger Corinne/Oser David (eds.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7th Ed., Basel 2020.

ATTENTION : Cette version du commentaire est une traduction automatique de l'original. Le commentaire original est en anglais. La traduction a été faite avec www.deepl.com. Seule la version originale fait foi. La version traduite du commentaire ne peut pas être citée.

COMMENTAIRE

Art. 100 CO

Un commentaire de Clarisse von Wunschheim / Cristina Wullschleger

PROPOSITION DE CITATION

Clarisse von Wunschheim/Cristina Wullschleger, Commentaire de l'art. 100 CO, in: Christoph Hurni/Mirjam Eggen (édit.), Commentaire en ligne du Code des obligations

Citation abrégée: OK-von Wunschheim/Wullschleger, art. 100 CO N. XXX.

2. Convention exclusive de la responsabilité

Art. 100

[1] Est nulle toute stipulation tendant à libérer d'avance le débiteur de la responsabilité qu'il encourrait en cas de dol ou de faute grave.

[2] Le juge peut, en vertu de son pouvoir d'appréciation, tenir pour nulle une clause qui libérerait d'avance le débiteur de toute responsabilité en cas de faute légère, si le créancier, au moment où il a renoncé à rechercher le débiteur, se trouvait à son service, ou si la responsabilité résulte de l'exercice d'une industrie concédée par l'autorité.

[3] Les règles particulières du contrat d'assurance demeurent réservées.

TABLE DES MATIÈRES

I. Contexte et champ d'application 95
II. Types de limitations de responsabilité dans la pratique 96
A. Limitations de responsabilité stricto sensu 96
B. Limitations des dommages-intérêts 97
1. L'exclusion de certaines catégories de dommages 97
2. Dommages-intérêts préétablis, sommes convenues, indemnités forfaitaires et autres 98
3. Différence avec la clause pénale 100
C. Autres limitations 101
III. Application étendue au droit de la responsabilité civile 101
IV. Conséquences des limitations excessives de responsabilité 102
V. Exceptions / cas particuliers 102
A. Cas particuliers (art. 100(2) et 100(3) CO) 102
B. Limitations de responsabilité dans les conditions générales 103
C. Limitations de responsabilité dans le contrat de vente (art. 199 CO) 104
D. Autres exceptions légales 104
Bibliographie 104

I. CONTEXTE ET CHAMP D'APPLICATION

Comme mentionné ci-dessus, alors que l'art. 97 CO établit la norme générale de responsabilité elle-même, les art. 99 à 101 CO traitent du champ d'application de la responsabilité et de l'indemnisation des dommages. Dans ce contexte, l'art. 100 CO traite du droit des parties de déroger à la norme générale de responsabilité énoncée aux art. 97 et 99 CO en limitant leur responsabilité contractuelle. 1

Le droit de limiter sa responsabilité contractuelle découle du principe général de la liberté contractuelle. Toutefois, ce droit n'est pas illimité et peut être restreint par la loi (voir art. 19 et 20 CO). L'art. 100 CO constitue une telle limitation légale et restreint la liberté des parties de limiter contractuellement leur responsabilité lorsque le dommage a été causé par une intention délibérée ou une négligence grave. 2

En d'autres termes, l'art. 100 CO ne fait pas de distinction entre les différents types de limitations de responsabilité, mais se fonde exclusivement sur le degré de faute. Ainsi, conformément à l'art. 100 CO, une limitation de responsabilité (quel qu'en soit le type) n'est possible que si le dommage a été causé par une négligence légère (voir OK-von Wunschheim/Wullschleger, art. 99 CO). Lorsqu'un dommage est causé par une négligence grave ou un comportement intentionnel, la responsabilité ne peut être limitée (en aucune manière). 3

Il convient toutefois de noter que l'art. 100 CO ne s'applique qu'aux limitations contractuelles convenues par les parties avant la survenance du dommage. Une fois le dommage survenu, les restrictions de l'art. 100 CO ne s'appliquent pas et les parties sont libres de convenir de l'indemnisation de ce dommage, qui est alors considéré comme une renonciation à une créance au sens de l'art. 115 CO. 4

Il convient également de noter que, conformément au principe de la liberté contractuelle, qui inclut la liberté de forme, les limitations de responsabilité contractuelle ne sont – de par la loi – soumises à aucune exigence de forme spécifique. 5

II. TYPES DE LIMITATIONS DE RESPONSABILITÉ DANS LA PRATIQUE

6 Dans la pratique, il existe de nombreuses façons de limiter la responsabilité contractuelle. Les types les plus courants sont les suivants :

(1) Limitations de la portée de la responsabilité elle-même ou exclusion totale de celle-ci (appelées « limitations de responsabilité » ou « clauses d'exonération » ; *Haftungsbegrenzung | limitation de responsabilité*) ; ou

(2) Limitations de la portée de l'indemnisation des dommages (appelées « limitations des dommages-intérêts » ; *Begrenzung der Schadenersatzpflicht | limitation du dommage réparable*) ; ou

(3) Limitations par le biais de la modification des modalités légales d'une action en responsabilité, par exemple par un raccourcissement des délais de prescription légaux ou un transfert de la charge de la preuve.

A. Limitations de responsabilité *stricto sensu*

7 En vertu du principe de la liberté contractuelle, il est possible pour les parties d'exonérer certains comportements ou événements de toute responsabilité. Dans de tels cas, même si un dommage peut survenir, la responsabilité est exclue dès le départ.

8 Il convient ici de distinguer entre une répartition contractuelle des risques, qui transfère un risque à une partie donnée et n'est pas soumise aux limitations de l'art. 100 CO, et une limitation de la responsabilité sur un risque appartenant à une partie spécifique, qui est soumise à l'art. 100 CO.

Par exemple :

- Les parties à un contrat de vente internationale de marchandises (non soumis à la CVIM) conviennent que le vendeur n'encourt aucune responsabilité au cas où les autorités locales refuseraient d'accorder une licence d'exportation. Dans ce cas, le risque de ne pas obtenir la licence d'exportation nécessaire est spécifiquement attribué à l'acheteur. Les parties sont libres de le faire en vertu du principe de la liberté contractuelle et une telle répartition des risques n'est pas considérée comme une limitation de responsabilité.

- Les parties à la vente d'une voiture conviennent que la voiture est vendue « en l'état », c'est-à-dire que le vendeur n'est pas responsable des défauts ou problèmes que la voiture pourrait présenter. Dans ce cas, le risque de fournir une voiture en état de marche reste à la charge du vendeur, mais sa responsabilité en cas de matérialisation du risque est limitée.
- Les parties à un contrat de vente ou de service peuvent prévoir qu'une partie n'est responsable qu'en cas de « violation substantielle » et définir ensuite dans le contrat ce qui constitue une telle violation substantielle (étant donné que le droit suisse ne fait pas de distinction entre les violations immatérielles et matérielles (voir OK-von Wunschheim/Wullschleger, art. 97 CO)). Il n'y a pas de réattribution des risques contractuels. Le risque de violation reste à la charge de la partie en défaut, mais l'étendue de sa responsabilité est limitée aux violations matérielles.
- Les parties à une opération de fusion-acquisition conviennent qu'une garantie ne sera déclenchée que si le dommage subi dépasse un certain seuil (clauses dites « de minimis »). Là encore, le risque de violation de la garantie reste à la charge de la partie qui viole la garantie, mais la responsabilité n'est déclenchée que par des violations ayant un impact minimum.

Dans la mesure où les trois derniers exemples ci-dessus limitent la responsabilité générale d'une partie sur un risque qui lui est attribué, ces clauses limitatives sont soumises aux limites fixées par l'art. 100(1) CO (voir ci-dessous). 9

B. Limitations des dommages-intérêts

Dans la pratique, les parties limitent souvent l'étendue de leur responsabilité soit en excluant certains types de dommages, soit en déterminant un certain montant de dommages indemnisables. 10

1. L'exclusion de certaines catégories de dommages

Comme mentionné ci-dessus, le droit suisse ne limite pas le caractère indemnisable d'un dommage en fonction de sa catégorisation. La question pertinente est plutôt de savoir si ce dommage présente un lien de causalité adéquat avec la violation. 11

12 Les parties peuvent toutefois exclure contractuellement certaines catégories de dommages de leur champ de responsabilité, telles que les dommages indirects, les dommages consécutifs ou plus spécifiquement le manque à gagner, ou les frais juridiques, etc. De telles exclusions sont toutefois soumises aux limites fixées par l'art. 100(1) CO (voir ci-dessous). En outre, il est généralement admis que les parties ne peuvent pas exclure les dommages résultant de blessures corporelles, même en cas de négligence légère.

13 En revanche, on néglige souvent dans la pratique le fait que, sur la base du principe de liberté contractuelle, les parties sont libres d'étendre la définition légale du dommage pour inclure des catégories de dommages qui ne sont pas reconnues par le droit suisse. L'art. 100(1) CO ne limite pas la liberté des parties d'étendre la responsabilité. Il limite seulement la liberté des parties de la restreindre. Ainsi, par exemple, bien que le droit suisse ne reconnaisse pas la perte d'une chance ou l'atteinte à la réputation comme un dommage indemnisable (voir ci-dessus l'art. 97 CO), les parties peuvent très bien prévoir dans leur contrat une indemnisation pour atteinte à la réputation ou perte d'une chance. Dans ce cas, il sera très important de définir soigneusement ce type de dommage et de le soumettre à une clause de dommages-intérêts préétablie afin d'éviter les problèmes pratiques lors de la tentative de prouver et de quantifier un dommage, qui n'est généralement pas reconnu par le droit suisse.

2. Dommages-intérêts préétablis, sommes convenues, indemnités forfaitaires et autres

14 Bien que le Code des obligations ne traite pas expressément de la notion de « dommages-intérêts préétablis », il est courant dans la pratique que les parties fixent à l'avance un montant spécifique de dommages-intérêts à payer en cas de rupture de contrat et le Tribunal fédéral a reconnu la recevabilité d'une telle pratique (sous réserve des limites de l'art. 100(1) CO). Ce type d'arrangement, appelé « indemnisation forfaitaire » ou « somme convenue » (*pauschalierter Schadenersatz | indemnité forfaitaire*), est toutefois quelque peu différent des « dommages-intérêts préétablis » connus dans les juridictions de common law.

15 En droit suisse, il existe différentes manières de concevoir les clauses relatives aux « indemnités forfaitaires » selon que le montant forfaitaire en jeu est un

montant fixe, un montant maximum ou un montant minimum, et selon l'impact d'un tel arrangement sur la charge de la preuve :

1. **Somme convenue fixe / somme forfaitaire** : Les parties peuvent déterminer à l'avance un montant fixe considéré comme représentatif du préjudice causé par la violation concernée. Elles peuvent le faire en excluant la possibilité pour les parties d'augmenter ou de réduire ce montant. En d'autres termes, quel que soit le préjudice réel, le montant de l'indemnisation due sera le montant forfaitaire fixe (appelé « somme forfaitaire fixe absolue »). Les parties peuvent également prévoir que le montant convenu peut être augmenté ou réduit en fonction de circonstances spécifiques, telles que l'étendue du dommage effectif ou d'autres facteurs atténuants, l'existence de ces circonstances et leur impact sur la somme convenue devant être prouvés par la partie demandant une augmentation ou une réduction (ce que l'on appelle le « forfait fixe relatif ») (voir art. 42 et suivants du CO). Ainsi, alors que le forfait fixe limite le montant de la créance, le forfait fixe relatif est une simple disposition concernant la répartition de la charge de la preuve du dommage, et non une véritable limitation du montant réel des dommages-intérêts réclamés.

2. **Montant maximum convenu / somme forfaitaire** : les parties peuvent en outre convenir d'un montant maximum d'indemnisation, qui ne peut être réduit que si la partie qui demande la réduction prouve que le dommage réel était effectivement inférieur au montant convenu.

La différence entre ce montant forfaitaire maximal et un montant forfaitaire fixe relatif est qu'il ne permet qu'une réduction du montant forfaitaire, et non une augmentation. Ainsi, même si le dommage réel peut être supérieur au montant forfaitaire, le créancier n'a pas la possibilité de réclamer une augmentation.

3. **Somme convenue minimale / somme forfaitaire** : Les parties peuvent également convenir d'un montant minimum d'indemnisation, qui ne peut être augmenté que si la partie qui demande l'indemnisation prouve que le dommage réel était supérieur à la somme convenue.

La différence entre un tel montant forfaitaire minimum et un montant forfaitaire fixe relatif est qu'il ne permet qu'une augmentation du montant forfaitaire, et non une réduction. Ainsi, même si le dommage réel peut être

inférieur au montant forfaitaire, le débiteur n'a pas la possibilité de demander une réduction.

3. Différence avec la clause pénale

16 En droit suisse, il convient de distinguer les « sommes convenues » des « clauses pénales » (art. 160-163 CO), car elles ont des objectifs différents et fonctionnent différemment dans la pratique :

1. **Objectif différent** : L'objectif des « sommes convenues » est de faciliter la demande d'indemnisation des dommages en exemptant le créancier de son obligation générale de prouver l'existence réelle et l'étendue de son dommage. En effet, prouver l'étendue d'un dommage est souvent un obstacle majeur dans la pratique. Ainsi, les « sommes convenues » ne visent pas principalement à punir une violation, bien qu'il soit évident que l'existence d'une clause de « sommes convenues » aura un impact positif sur l'incitation du débiteur à ne pas violer le contrat. Au contraire, les clauses de « sommes convenues » servent à la fois l'intérêt du créancier, dont la charge de prouver son préjudice est allégée, et l'intérêt du débiteur, qui est en mesure de quantifier à l'avance son éventuelle responsabilité en matière de dommages.

En revanche, la clause pénale a une fonction répressive primaire et sert donc principalement l'intérêt du créancier.

2. **Modalités de** calcul : En vertu d'une clause de « sommes convenues », la partie qui réclame le montant forfaitaire convenu est dispensée de prouver l'étendue du préjudice réel (tant qu'elle ne demande pas une réduction ou une augmentation du montant forfaitaire), et n'a donc qu'à prouver une violation fautive par le débiteur et un lien de causalité entre la violation et le préjudice. En revanche, la pénalité contractuelle est déclenchée par la simple violation du contrat, indépendamment de l'existence d'une faute, d'un dommage réel ou d'un lien de causalité.

3. **Réduction par le juge** : En cas de pénalité contractuelle, le créancier conserve le droit de réclamer plus que la simple pénalité s'il peut prouver que son dommage réel dépasse la pénalité (art. 161(2) CO). En revanche, en cas de clause de sommes convenues, le juge n'a en principe pas la possibilité d'intervenir en réduisant ou en modifiant l'accord des parties, sauf dans des circonstances très limitées, comme dans le cas de la *clause rebus sic stantibus*. Dans la pratique, cependant, lorsque la somme convenue est bien supérieure

au dommage effectif, à tel point qu'elle déploie un effet punitif, une clause de somme convenue peut être considérée comme étant, en substance, une clause pénale et donc être soumise à la possibilité de réduction de l'art. 161(2) CO. Cela dépendra toutefois de l'interprétation de la clause de somme convenue conformément aux principes généraux d'interprétation des contrats (art. 18 CO).

C. Autres limitations

Les limitations de la responsabilité elle-même et des dommages-intérêts ne sont pas les seuls moyens de limiter l'étendue de la responsabilité d'une partie. 17

Par exemple : 18

- Les parties peuvent convenir de raccourcir les délais de préavis légaux ou les délais de prescription.
- Les parties peuvent prévoir des exigences supplémentaires ou plus strictes pour engager la responsabilité, telles que l'exigence que certains avis soient faits sous une certaine forme, non requise par la loi.
- Les parties peuvent déroger à la présomption de faute établie par l'art. 97(1) CO et exiger que la partie qui invoque la violation supporte également la charge de prouver l'existence d'une faute de la part du débiteur.

Toutes ces limitations sont soumises à l'art. 100(1) CO et ne sont donc valables que si le dommage n'a pas été causé par une négligence grave ou un comportement intentionnel. 19

III. APPLICATION ÉTENDUE AU DROIT DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE

Bien que partiellement controversées, il est largement admis que les limitations de responsabilité contractuelle ne s'appliquent pas seulement aux dommages résultant de violations de contrat, mais s'étendent également aux dommages causés par un délit civil, à condition que le comportement délictueux se soit produit en rapport avec l'exécution du contrat. 20

IV. CONSÉQUENCES DES LIMITATIONS EXCESSIVES DE RESPONSABILITÉ

21 En principe, toute limitation excédant la limite fixée à l'art. 100 CO est nulle et non avenue. La question est alors de savoir si la nullité s'applique uniquement à la partie excessive de la limitation (« invalidité partielle »), ou si elle a pour effet d'invalider la limitation dans son ensemble (« invalidité totale »).

22 D'une manière générale, dans les transactions commerciales, les tribunaux suisses suivent la première approche, c'est-à-dire celle de la nullité partielle, et se contentent de ramener la portée d'une limitation excessive à ce qui est admissible. En ce qui concerne les transactions de consommation, la situation est moins claire et certains tribunaux ont opté pour une invalidation totale.

V. EXCEPTIONS / CAS PARTICULIERS

A. Cas particuliers (art. 100(2) et 100(3) CO)

23 L'art. 100 al. 2 CO apporte une exception au principe de l'art. 100 al. 1 CO et prévoit qu'une limitation de responsabilité peut être invalidée même en cas de négligence légère. Cette exception s'applique à des relations spécifiques, où une partie est au service de l'autre, ou dans le cas d'activités soumises à des autorisations réglementaires.

24 Les exemples les plus courants de telles relations sont les relations de travail, les relations bancaires, les entreprises de transport telles que les chemins de fer ou les téléphériques, les centrales hydrauliques, électriques ou nucléaires, le commerce du sel ou de l'alcool, les agences d'assurance, les loteries et les jeux d'argent.

25 En ce qui concerne les contrats d'assurance, l'article 100(3) CO prévoit que les dispositions régissant les polices d'assurance ne sont pas affectées. Il s'agit d'une référence implicite aux articles 14 et 98 de la loi suisse sur le contrat d'assurance (LCA). Ces dispositions établissent que, bien qu'une assurance puisse réduire l'étendue de la couverture d'un dommage assuré lorsque ce dommage a été causé en partie par une intention délibérée ou une négligence grave de la personne assurée, l'assurance ne peut pas exclure ou réduire le paiement de l'assurance en cas de négligence légère de la personne assurée.

Techniquement parlant, l'art. 14 de la LIC ne constitue pas une limitation de responsabilité. Il définit plutôt la portée d'une obligation contractuelle, c'est-à-dire l'étendue de la couverture d'assurance. Cependant, les mêmes principes que ceux énoncés à l'art. 100(2) s'appliquent. 26

B. Limitations de responsabilité dans les conditions générales

Il est très courant dans la pratique d'inclure des clauses de limitation de responsabilité dans les conditions générales (« CG »). 27

Par rapport au droit de l'UE, le droit suisse adopte une position plutôt libérale à l'égard des CG et l'inclusion de clauses de limitation de responsabilité n'y est soumise qu'aux restrictions suivantes : 28

1. Art. 100 CO ;

2. La doctrine des « clauses inhabituelles » (*Ungewöhnlichkeitsregel* | *clauses insolites*). Selon une jurisprudence bien établie du Tribunal fédéral suisse, l'acceptation générale des conditions générales ne couvre pas les clauses dites « inhabituelles », qui sont atypiques dans le secteur concerné et/ou par rapport aux pratiques commerciales habituelles et que le partenaire contractuel ne pouvait donc pas raisonnablement s'attendre à voir incluses dans les conditions générales. Ces clauses doivent être spécifiquement portées à l'attention du partenaire contractuel, sinon elles ne sont pas exécutoires. Bien que les clauses de limitation de responsabilité soient aujourd'hui courantes et ne puissent donc, en principe, être qualifiées d'« inhabituelles » dans le cadre de transactions commerciales ordinaires entre parties de même rang, la question doit être évaluée au cas par cas. Une clause qui est habituelle dans un secteur particulier de l'économie peut être inhabituelle pour quelqu'un qui n'opère pas dans ce secteur. En outre, le degré d'incidence de la clause sur la situation juridique d'une partie par rapport à l'autre est également pertinent. Plus une clause affecte la situation juridique de l'une des parties au contrat, plus elle est susceptible d'être considérée comme inhabituelle.

3. L'article 8 de la loi suisse sur la concurrence déloyale (LCD) en ce qui concerne les contrats de consommation. L'article 8 LCD interdit les pratiques commerciales déloyales qui créent un déséquilibre considérable et injustifié entre les droits et les obligations contractuels au détriment des consommateurs. Ainsi, en fonction de l'étendue de la limitation de

responsabilité, de la nature de la transaction et de l'équilibre des droits et obligations entre le consommateur et l'entreprise, certaines limitations de responsabilité peuvent être considérées comme « abusives » au sens de l'art. 8 de la LCD et donc être invalidées.

C. Limitations de responsabilité dans le contrat de vente (art. 199 CO)

29 L'art. 199 CO, applicable aux contrats de vente de marchandises, prévoit que « *toute convention qui exclut ou limite la garantie est nulle si le vendeur a frauduleusement caché à l'acheteur* le défaut de conformité ». Cette disposition vise la situation où un vendeur, qui a connaissance de certains défauts affectant la marchandise à vendre, les dissimule volontairement à l'acheteur, de manière à amener ce dernier à conclure la vente. Dans ce cas, toute exclusion ou limitation des obligations de garantie par le vendeur sera nulle et non avenue.

30 La question de la relation entre l'art. 199 CO et l'art. 100 CO est controversée. Certains auteurs considèrent que l'art. 199 CO est une *lex specialis* par rapport à l'art. 100 CO et qu'il prévaut donc sur lui. D'autres considèrent que les deux dispositions se complètent, l'art. 199 CO visant simplement à réglementer les effets d'une dissimulation des défauts par le vendeur sur le régime de garantie, et l'art. 100 CO empêchant plus largement le vendeur de limiter sa responsabilité. Le Tribunal fédéral suisse ne s'est pas encore prononcé sur cette controverse.

D. Autres exceptions légales

31 Il existe d'autres dispositions impératives excluant une clause de dommages-intérêts dans des contrats spécifiques (par exemple art. 267(2) et 299(4) en cas de contrat de location, art. 842(2) CO en cas de sortie d'un associé d'une société coopérative, art. 404 CO en cas de résiliation intempestive du mandat). Nous renvoyons, pour plus de détails, au commentaire de ces dispositions.

BIBLIOGRAPHIE

Couchepin Gaspard, La Forfaitisation du Dommage, SJ 2009 II, p. 1 (cit. "SJ 2009").

Couchepin Gaspard, La clause pénale : étude générale de l'institution et de quelques applications pratiques en droit de la construction, Diss. Université de Fribourg 2007.

Emmenegger Susan, Kommentierung zu Art. 97 OR in: Weber Rolf/Emmenegger Susan (eds.), Berner Kommentar, Obligationenrecht Allgemeine Bestimmungen, Die Folgen der Nichterfüllung, Art. 97-109 OR, 2nd Ed., Bern 2020.

Emmenegger Susan/Jegher Nicola/Graf Seraina, Für Hilfspersonen wird nicht gehaftet – oder doch?, Art. 101 Abs. 2 OR im Lichte der Ungewöhnlichkeitsregel, in: Emmenegger Susan/Hrubesch-Millauer Stéphanie/Krauskopf Frédéric/Wolf Stephan (eds.), Brücken bauen, Festschrift für Thomas Koller, Bern 2018, pp. 177-194.

Emmenegger Susan, Kommentierung zu Art. 100 OR in: Weber Rolf/Emmenegger Susan (eds.), Berner Kommentar, Obligationenrecht Allgemeine Bestimmungen, Die Folgen der Nichterfüllung, Art. 97-109 OR, 2nd Ed., Bern 2020.

Gauch Peter/Schluep Walter/Emmenegger Susan, OR AT, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band II, 11th Ed., Zurich et al. 2020.

Huguenin Claire, Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, 3rd Ed., Zurich et al. 2019.

Koller Alfred, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band I, 5th Ed., Bern 2023.

Probst Thoman Kommentierung zu Art. 8 UWG, in Jung Peter, Bundes-gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), 3rd Ed. Bern 2023.

Schwenzer Ingeborg/Fountoulakis Christiana, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 8th Ed., Bern 2020.

Tercier Pierre/Pichonnaz Pascal, Le Droit des Obligations, 7th Ed., Geneva/Zurich 2024.

Tercier Pierre/Bieri Laurent/Carron Blaise, Les contrats spéciaux, 5th Ed., Zurich/Geneva/Basel 2016.

Thouvenin Florent, Kommentierung zu Art. 8 UWG, in: Hilty Reto M./Arpagaus Reto, Basler Kommentar, Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Basel 2013 (cit. BK/UWG-author).

Tolou Alborz, La forfaitisation du dommage, Diss. Université de Fribourg, 2017 = AISUF 372.

Widmer Lüchinger Corinne/Wiegand Wolfgang, Kommentierung zu Art. 100 OR, in: Widmer Lüchinger Corinne/Oser David (eds.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7th Ed., Basel 2020.

Widmer Markus/Costantini Renato/Ehrat Felix R., Kommentierung zu Art. 160 OR, in: Widmer Lüchinger Corinne/Oser David (eds.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7th Ed., Basel 2020.

ATTENTION : Cette version du commentaire est une traduction automatique de l'original. Le commentaire original est en anglais. La traduction a été faite avec www.deepl.com. Seule la version originale fait foi. La version traduite du commentaire ne peut pas être citée.

COMMENTAIRE

Art. 143 CO

Un commentaire de Jean-Pascal Stoll

PROPOSITION DE CITATION

Jean-Pascal Stoll, Kommentierung zu Art. 143 OR, in: Christoph Hurni / Mirjam Eggen (Hrsg.), Onlinekommentar zum Obligationenrecht

Citation abrégée: OK-Stoll, N XXX zu Art. 143 OR.

Art. 143 CO

[1] Il y a solidarité entre plusieurs débiteurs lorsqu'ils déclarent s'obliger de manière qu'à l'égard du créancier chacun d'eux soit tenu pour le tout.

[2] À défaut d'une semblable déclaration, la solidarité n'existe que dans les cas prévus par la loi.

TABLE DES MATIÈRES

I. Définition de l'obligation solidaire 109
II. Différenciation 110
III. Origine 111
A. Par déclaration de volonté 111
B. La loi 111
IV. Conséquences 112
Bibliographie 113

I. DÉFINITION DE L'OBLIGATION SOLIDAIRE

Une obligation solidaire comprend au moins deux débiteurs solidaires du côté des débiteurs. Le créancier peut demander non seulement l'exécution partielle d'une obligation mais aussi l'exécution intégrale de la dette de chaque débiteur solidaire (art. 144 al. 1 CO). Tous les débiteurs restent soumis à l'obligation jusqu'à ce que la totalité de la créance ait été remboursée (art. 144 al. 2 CO). Le créancier peut choisir librement contre quel débiteur et dans quelle mesure il souhaite faire valoir sa créance. La compensation interne entre les débiteurs solidaires n'a pas d'incidence sur la créance du créancier. Toutefois, le créancier ne peut pas être satisfait à plus que l'exécution intégrale au total. La satisfaction totale ou partielle du créancier par un débiteur solidaire libère les autres dans la même mesure (art. 147 CO). 1

Le créancier peut réclamer simultanément l'exécution intégrale à chaque débiteur solidaire. Il existe donc plusieurs créances individuelles contre chaque débiteur. En raison du principe précité selon lequel le créancier ne peut être satisfait qu'à hauteur de l'exécution intégrale, les créances sont en concurrence les unes avec les autres ("concurrence des créances"). Malgré la multitude de créances, elles ne représentent qu'un seul poste dans le patrimoine du créancier. Cette concurrence entre les créances n'empêche pas le créancier de disposer individuellement de chaque créance contre chaque débiteur solidaire. Le créancier peut, à son gré, céder une créance, remettre la dette ou accorder un sursis à un seul débiteur solidaire. Le rappel de paiement et le défaut de paiement ne concernent que le débiteur solidaire adressé. Chaque créance a son propre sort juridique. 2

En ce qui concerne la différenciation de la responsabilité solidaire parfaite et imparfaite par le Tribunal fédéral, les art. 143 et ss. CO régissent uniquement la responsabilité solidaire parfaite dans laquelle deux ou plusieurs personnes ont causé collectivement un dommage et sont par conséquent solidairement responsables (art. 50 CO). Par analogie, la plupart des dispositions des art. 143 ss. CO sont également applicables aux cas où plusieurs débiteurs sont responsables du même dommage, mais sur des bases juridiques différentes (responsabilité solidaire imparfaite, art. 51 CO). 3

II. DIFFÉRENCIATION

4 Il est nécessaire de distinguer l'obligation solidaire des autres rapports juridiques à débiteurs multiples.

5 Dans un groupe de débiteurs partiels, seule une exécution partielle peut être demandée à chaque débiteur. Contrairement à l'obligation solidaire, le créancier ne peut pas exiger l'exécution totale d'un seul débiteur partiel, mais seulement l'exécution partielle qui lui est due individuellement.

6 Dans le contrat de cautionnement (art. 492 ss CO), le créancier a affaire à un débiteur principal et à une caution. Alors que le débiteur principal s'engage à exécuter son obligation, la caution n'est responsable que si le débiteur principal est déclaré en faillite, obtient un sursis concordataire ou fait l'objet d'une procédure d'exécution forcée par le créancier ayant abouti à la délivrance d'un certificat de perte définitif (cautionnement simple, art. 495 CO). Avec la formule "solidaire" ou une formule équivalente, une personne peut conclure un cautionnement solidaire. Le créancier peut déjà recourir à la caution avant que le débiteur principal ne soit déclaré en faillite. La caution est tenue à l'exécution intégrale si le débiteur principal est en retard dans le paiement de sa dette et a reçu des rappels de paiement (art. 496 CO). Contrairement à l'obligation solidaire, le cautionnement n'est donc que subsidiaire à l'obligation principale. Une autre différence réside dans l'accessoriété du cautionnement. Toute suppression de l'obligation principale, comme un acquittement, supprime également le cautionnement.

7 Si quelqu'un garantit l'exécution d'une prestation par un tiers, il est responsable de l'inexécution de cette prestation par ce tiers (art. 111 CO). Contrairement au contrat de cautionnement, la garantie n'est pas l'accessoire de la dette principale. Contrairement à l'obligation solidaire, l'inexécution du débiteur principal n'entraîne que la demande de dommages-intérêts du créancier contre la garantie et non une demande d'exécution intégrale de l'obligation initiale.

III. ORIGINE

A. Par déclaration de volonté

Une obligation solidaire peut naître par une déclaration de volonté. A cet égard, chaque débiteur promet au créancier d'exécuter individuellement la totalité de la dette (art. 143 al. 1 CO). La déclaration de volonté peut être déclarée explicitement en indiquant que chaque débiteur est tenu à l'exécution intégrale (p. ex. "débiteurs solidaires", "débiteurs pour le tout" ou "einer für alle, alle für einen"). Elle n'est pas soumise à une forme particulière (cf. art. 11 al. 1 CO). 8

Dans certaines circonstances, un comportement impliquant une telle déclaration de volonté peut également former une obligation solidaire en vertu du principe de la confiance. Le seul fait qu'un groupe de débiteurs ait conclu collectivement un contrat n'entraîne pas en soi une obligation solidaire. Toutefois, en pratique, la signature conjointe d'un contrat est un indice considérable. En cas de doute, une obligation partielle est assumée à la place. Ainsi, la charge de la preuve incombe au créancier s'il réclame l'exécution intégrale d'un prétendu débiteur solidaire (cf. art. 8 CC). Parmi les exemples jurisprudentiels où la responsabilité conjointe et solidaire a été présumée par le tribunal, on peut citer la vente simultanée et conjointe d'un bloc d'actions indéterminé par plusieurs actionnaires, l'achat conjoint d'un bien immobilier en copropriété lors d'une vente aux enchères ou la signature sans réserve d'un contrat de bail par trois personnes en tant que locataires. 9

Enfin, une obligation solidaire peut également être créée rétroactivement par une prise en charge cumulative d'une dette. Un second débiteur s'oblige envers le créancier en prenant un engagement supplémentaire et indépendant qui naît à côté de l'engagement initial du premier débiteur principal. 10

B. La loi

Les cas dans lesquels la loi prévoit une responsabilité solidaire sont multiples. Les fondements de ces spécifications légales se trouvent notamment dans le droit des contrats, le droit de la responsabilité civile, le droit des sociétés, le droit des sûretés, le Code civil ou le Code de procédure civile. 11

Le Code des obligations énonce diverses circonstances dans lesquelles les obligations solidaires par déclaration de volonté sont soit présumées par la loi 12

(p. ex. art. 70 al. 2, art. 544 al. 3 CO), soit même stipulées (p. ex. art. 308, art. 403, art. 478 CO). Dans de telles circonstances, lorsqu'une disposition légale impose une obligation solidaire entre les parties au contrat, il s'agit néanmoins d'une créance contractuelle du créancier. Cela est pertinent pour la détermination de l'indemnité selon la cascade de recours de l'art. 51 al. 2 CO.

13 Les obligations conjointes et solidaires fondées sur le droit de la responsabilité peuvent être formées principalement par les art. 50 ss. CO. Diverses lois spéciales, comme l'art. 60 al. 1, l'art. 61 al. 3 et l'art. 75 al. 1 de la loi sur la circulation routière ou l'art. 7 de la loi sur la responsabilité du fait des produits prévoit explicitement une obligation solidaire.

14 Le Code civil prévoit notamment que les héritiers sont solidairement responsables des dettes du défunt (art. 603 al. 1 CC). D'autres exemples se trouvent aux art. 121 al. 2, l'art. 342 al. 2 ou l'art. 639 CC. En cas de pluralité de personnes participant à la procédure d'un procès civil, le tribunal peut tenir les parties solidairement responsables des frais de procédure (art. 106 al. 3 CPC).

15 Enfin, les obligations conjointes et solidaires se retrouvent également en droit public. En particulier, la loi fédérale sur l'impôt fédéral direct prescrit à l'art. 13 l'obligation solidaire des couples mariés pour leur dette fiscale. Les art. 143 et ss. CO sont utilisés par analogie dans les situations où le droit public fédéral ne règle pas lui-même les spécifications du recours interne entre les débiteurs solidaires.

IV. CONSÉQUENCES

16 Les conséquences juridiques d'une dette solidaire résultant d'une déclaration d'intention ou d'une disposition légale sont réglées aux art. 144 ss. CO. Les relations extérieures entre le créancier et le débiteur solidaire sont régies par les art. 144 À 147 CO. Les rapports internes entre les débiteurs solidaires sont régis par les articles 148 et 149 CO. 148 - 149 CO. Les dispositions des art. 144 à 149 CO ne sont pas juridiquement contraignantes. Des conditions différentes peuvent être convenues par voie contractuelle.

BIBLIOGRAPHIE

Bucher Eugen, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2nd ed., Zurich 1988.

Gauch Peter / Schluep Walter R. / Emmenegger Susan, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band II, 11th ed., Zurich / Basel / Geneva 2020.

Gautschi Alain, Solidarschuld und Ausgleich, diss., Zurich / St. Gallen 2009.

Graber Christoph K., in: Widmer Lüchinger Corinne / Oser David (eds.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7th ed., Basel 2020.

Huguenin Claire, Obligationenrecht Allgemeiner und Besonderer Teil, 3rd ed., Zurich / Basel / Geneva 2019.

Jung Peter, in: Honsell Heinrich (ed.), Kurzkommentar OR, Basel 2014.

Kratz Brigitta, Berner Kommentar, Solidarität, Art. 143-150 OR, Bern 2015.

Krauskopf Frédéric, Zürcher Kommentar, Die Solidarität, Art. 143-150 OR, 3rd ed., Zurich / Basel / Geneva 2016.

Perritaz Vincent, Le concours d'actions et la solidarité, diss., Zurich / Basel / Geneva 2017.

Pestalozzi Christoph M., in: Widmer Lüchinger Corinne / Oser David (eds.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7th ed., Basel 2020.

Romy Isabelle, in: Thévenoz Luc / Werro Franz (eds.), Commentaire romand, Code des obligations I, 3rd ed., Basel 2021.

Schwenzer Ingeborg / Fountoulakis Christiana, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 8th ed., Bern 2020.

Tercier Pierre / Pichonnaz Pascal, Le droit des obligations, 6th ed., Zurich / Basel / Geneva 2019.

von Tuhr Andreas / Escher Arnold, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band II, 3rd ed., Zurich 1974.

Weiss Andreas W., Solidarität nach Art. 143-149 des Schweizerischen Obligationenrechts unter besonderer Berücksichtigung der Verjährung, diss., Zurich 2011.

Zahnd Bernard, Pluralité de responsables et solidarité, diss., Lausanne 1980.

ATTENTION : Cette version du commentaire est une traduction automatique de l'original. Le commentaire original est en anglais. La traduction a été faite avec www.deepl.com. Seule la version originale fait foi. La version traduite du commentaire ne peut pas être citée.

COMMENTAIRE

Art. 144 CO

Un commentaire de Jean-Pascal Stoll

PROPOSITION DE CITATION

Jean-Pascal Stoll, Kommentierung zu Art. 144 OR, in: Christoph Hurni / Mirjam Eggen (Hrsg.), Onlinekommentar zum Obligationenrecht

Citation abrégée: OK-Stoll, N. XXX zu Art. 144 OR.

Art. 144 CO

[1] Le créancier peut, à son choix, exiger de tous les débiteurs solidaires ou de l'un d'eux l'exécution intégrale ou partielle de l'obligation.

[2] Les débiteurs demeurent tous obligés jusqu'à l'extinction totale de la dette.

TABLE DES MATIÈRES

I. Obligation de chaque débiteur solidaire 117
A. Remarques générales 117
B. La responsabilité partielle du débiteur solidaire 117
II. La procédure civile et l'exécution de la dette 118
A. La procédure civile 118
B. L'exécution forcée et la faillite 119
III. Durée de l'obligation 119
Bibliographie 120

I. OBLIGATION DE CHAQUE DÉBITEUR SOLIDAIRE

A. REMARQUES GÉNÉRALES

Le créancier se trouve dans une position confortable pour réclamer l'exécution partielle ou totale de chacun des débiteurs solidaires (art. 144 al. 1 CO). Le créancier est libre de choisir le débiteur contre lequel il souhaite agir. Le fait qu'un groupe de débiteurs soit solidairement responsable n'affecte pas le devoir d'exécution du débiteur unique. En général, le créancier poursuit le débiteur le plus solvable ou celui contre lequel la poursuite demande le moins d'efforts. Ni la compensation interne entre les débiteurs solidaires, ni la solvabilité des débiteurs individuels n'affectent en rien la créance du créancier. 1

Cependant, il existe certaines restrictions au droit du créancier de choisir contre qui il veut poursuivre. Outre les accords contractuels qui peuvent restreindre le choix du créancier, certaines dispositions légales imposent à qui le créancier doit réclamer en premier. Si la dette d'un débiteur solidaire n'est pas encore exigible, le créancier doit se tourner vers un débiteur dont la dette est exigible. Les associés solidaires ne sont responsables que subsidiairement par rapport à la société en nom collectif elle-même (art. 568 al. 3 CO). Le créancier d'une prestation indivisible ne peut naturellement pas réclamer l'exécution partielle d'un débiteur solidaire (cf. art. 70 al. 2 CO). 2

B. La responsabilité partielle du débiteur solidaire

En règle générale, chaque débiteur solidaire est responsable pour le même montant. En raison d'un accord contractuel ou de motifs individuels de réduction, le montant accordé individuellement à chaque débiteur solidaire peut différer. 3

La demande d'exécution intégrale contre un débiteur est limitée à son obligation individuelle envers le créancier. Par la suite, l'obligation solidaire n'est constituée qu'à hauteur du montant individuel du débiteur réclamé. C'est ce qu'on appelle l'obligation solidaire partielle. Les débiteurs ne sont que solidairement responsables de la dette commune. Dans ce cas, le débiteur solidaire d'un montant inférieur ne peut être réclamé qu'à concurrence du montant qu'il doit. Il n'est pas responsable d'une obligation plus élevée d'un 4

autre débiteur solidaire. Toutefois, le débiteur réclamé n'est pas libéré de son obligation si un autre débiteur n'a pas encore entièrement exécuté son obligation due (cf. art. 85 al. 2 CO par analogie). Tant que le créancier n'a pas reçu l'exécution intégrale individuelle d'un débiteur solidaire, il peut poursuivre n'importe quel débiteur solidaire jusqu'à concurrence du montant dû. En définitive, la responsabilité solidaire vise à renforcer la position du créancier sous quelque forme que ce soit.

5 Exemple : La prestation totale s'élève à 200. Les débiteurs solidaires sont A, B et C. A doit le montant total de 200, tandis que B et C ne doivent que 150 et 100, respectivement. Le créancier ne peut être satisfait à plus de 200 et la responsabilité solidaire partielle entre les débiteurs est limitée à 100. Si A exécute 180, il paie en premier lieu le montant de 50 qui dépasse individuellement et qui n'est pas couvert par la dette de 150 de B par rapport à la dette de 200 de A. Ensuite, les 130 restants sont comptabilisés dans l'obligation solidaire de B et C. L'obligation de 150 de B est réduite de 130. Par conséquent, B doit encore 20. C est complètement libéré du fait que l'obligation solidaire partielle n'est que de 100.

6 Il est important de distinguer la responsabilité solidaire partielle de la compensation interne entre les débiteurs solidaires. La première concerne le montant que le créancier peut réclamer à tous les débiteurs indépendamment de leur compensation interne. La seconde régit le montant de la créance de recours du débiteur qui a payé plus que sa juste part.

II. LA PROCÉDURE CIVILE ET L'EXÉCUTION DE LA DETTE

A. La procédure civile

7 Si un créancier peut réclamer l'exécution intégrale d'un débiteur solidaire, il peut aussi répartir l'exécution entre les débiteurs et poursuivre simultanément ou consécutivement tous les débiteurs. Dans les deux cas, le défendeur peut recourir à une action en tierce opposition pour évaluer les droits de recours internes entre les débiteurs solidaires dans la même procédure si les conditions de l'art. 81 CPC sont remplies. Il convient de noter que la décision du tribunal ne lie que les débiteurs parties à la procédure. La décision ne s'étend pas aux débiteurs solidaires contre lesquels le créancier n'a pas intenté de procès. Enfin, le créancier peut poursuivre tous les débiteurs solidaires collectivement dans un seul procès (jonction volontaire, art. 71 CPC).

B. L'exécution forcée et la faillite

Le créancier peut également faire valoir sa créance au moyen de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite (LPFD). Comme dans le cas de la procédure civile, le créancier peut poursuivre tous les débiteurs solidaires simultanément ou consécutivement pour le montant total. Si le créancier est déjà entièrement ou partiellement satisfait, le débiteur peut soulever l'objection correspondante dans la procédure d'autorisation de procéder à la poursuite (art. 81 al. 1 et art. 82 al. 2 LPF). Sur la même base, le débiteur peut déposer une requête de révocation ou de suspension de la procédure de poursuite selon les art. 85 et ss. LPPR. 8

Si plusieurs débiteurs solidaires sont déclarés en faillite, le créancier peut demander la totalité du montant dans chaque procédure de faillite (art. 216 al. 1 LDF). Si les attributions des différentes masses de la faillite dépassent le montant de la totalité de la créance du créancier, l'excédent est reversé aux masses selon les droits de recours existant entre les débiteurs solidaires (art. 216 al. 2 LDF). En outre, si un seul débiteur solidaire est soumis à la faillite, le créancier peut réclamer la totalité de la créance, même si un paiement partiel a déjà été effectué (art. 217 al. 1 LBVM). Néanmoins, le créancier est tenu de déclarer le paiement partiel déjà reçu, ce qui a pour effet que le créancier ne peut pas être satisfait à plus que l'exécution intégrale selon l'art. 147 al. 1 CO. L'excédent éventuel revient aux débiteurs solidaires restants à titre de recours (art. 217 al. 3 LDF). 9

III. DURÉE DE L'OBLIGATION

L'art. 144 al. 2 CO prévoit que tous les débiteurs restent tenus de l'obligation jusqu'à ce que la totalité de la créance ait été remboursée. L'exécution partielle par un débiteur réduit dans la même mesure la dette solidaire (art. 147 al. 1 CO). Toutefois, l'exécution partielle par un débiteur n'empêche pas le créancier de poursuivre à nouveau le même débiteur. Cela vaut même si la prestation du débiteur atteint ou dépasse le montant de la compensation interne entre les débiteurs solidaires. 10

Seuls les paiements effectifs ou les prestations de substitution entraînent la libération selon l'art. 147 al. 1 CO. Une décision judiciaire obligeant uniquement un débiteur solidaire à payer ou l'autorisation de procéder à 11

l'exécution forcée de la dette par un tribunal (art. 80 et s. LBVM) ne libèrent pas les autres débiteurs solidaires.

12 Si l'exécution est rendue impossible par des circonstances non imputables à l'un des débiteurs solidaires, l'obligation est réputée éteinte (art. 119, al. 1, CO).

BIBLIOGRAPHIE

Bucher Eugen, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2nd ed., Zurich 1988.

Dispatch of the Swiss Civil Procedure Code (CPC) of 28 June 2006, Federal Gazette 2006, p. 7221 et seq.

Gauch Peter / Schluep Walter R. / Emmenegger Susan, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band II, 11th ed., Zurich / Basel / Geneva 2020.

Gautschi Alain, Solidarschuld und Ausgleich, diss., Zurich / St. Gallen 2009.

Geissbühler Grégoire, Le droit des obligations, Volume 1: partie générale, Geneva / Zurich / Basel 2020.

Graber Christoph K., in: Widmer Lüchinger Corinne / Oser David (eds.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7th ed., Basel 2020.

Huguenin Claire, Obligationenrecht Allgemeiner und Besonderer Teil, 3rd ed., Zurich / Basel / Geneva 2019.

Jung Peter, in: Honsell Heinrich (ed.), Kurzkommentar OR, Basel 2014.

Krauskopf Frédéric, Zürcher Kommentar, Die Solidarität, Art. 143-150 OR, 3rd ed., Zurich / Basel / Geneva 2016.

Kratz Brigitta, Berner Kommentar, Solidarität, Art. 143-150 OR, Bern 2015.

Mazan Stephan, in: Furrer Andreas / Schnyder Anton K. (eds.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht Allgemeine Bestimmungen, 3rd ed., Zurich / Basel / Geneva 2016.

Müller Thomas, in: Kren Kostkiewicz Jolanta / Wolf Stephan / Amstutz Marc / Fankhauser Roland (eds.), OR Kommentar, 3rd ed., Zurich 2016.

Perritaz Vincent, Le concours d'actions et la solidarité, diss., Zurich / Basel / Geneva 2017.

Romy Isabelle, in: Thévenoz Luc / Werro Franz (eds.), Commentaire romand, Code des obligations I, 3rd ed., Basel 2021.

Tercier Pierre / Pichonnaz Pascal, Le droit des obligations, 6th ed., Geneva / Zurich / Basel 2019.

von Tuhr Andreas / Escher Arnold, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band II, 3rd ed., Zurich 1974.

ATTENTION : Cette version du commentaire est une traduction automatique de l'original. Le commentaire original est en anglais. La traduction a été faite avec www.deepl.com. Seule la version originale fait foi. La version traduite du commentaire ne peut pas être citée.

COMMENTAIRE

Art. 145 CO

Un commentaire de Jean-Pascal Stoll

PROPOSITION DE CITATION

Jean-Pascal Stoll, Kommentierung zu Art. 145 OR, in: Christoph Hurni / Mirjam Eggen (Hrsg.), Onlinekommentar zum Obligationenrecht

Citation abrégée: OK-Stoll, N. XXX zu Art. 145 OR.

Art. 145 CO

[1] Un débiteur solidaire ne peut opposer au créancier d'autres exceptions que celles qui résultent, soit de ses rapports personnels avec lui, soit de la cause ou de l'objet de l'obligation solidaire.

[2] Il est responsable envers ses coobligés s'il ne fait pas valoir les exceptions qui leur sont communes à tous.

TABLE DES MATIÈRES

I. Le terme de l'objection de l'art. 145 CO 125
II. Les objections personnelles 125
A. Remarques générales 125
B. Les causes individuelles de réduction 125
C. La responsabilité en droit des sociétés 126
III. Les objections collectives 126
A. En principe 126
B. Responsabilité en cas d'omission de l'objection 127
Bibliographie 127

I. LE TERME DE L'OBJECTION DE L'ART. 145 CO

Le terme "objection" de l'art. 145 CO comprend les objections au sens technique du terme qui empêchent de manière permanente ou temporaire l'exercice d'un droit (p. ex. prescription, sursis). En outre, il couvre également les moyens de défense, c'est-à-dire les faits invoqués qui s'opposent à l'existence du droit maintenu par le créancier (p. ex. compensation, nullité du contrat, erreur). 1

II. LES OBJECTIONS PERSONNELLES

A. Remarques générales

Le débiteur solidaire ne peut opposer au créancier que les objections qui découlent de sa relation personnelle avec le créancier (art. 145 al. 1 CO). Comme les relations entre le créancier et les différents débiteurs solidaires peuvent être différentes, un débiteur solidaire peut également avoir droit à des oppositions personnelles qui ne sont pas communiquées aux autres. Par exemple, un créancier peut reporter ou même renoncer à sa créance contre un seul débiteur solidaire. L'objection correspondante de sursis ou d'acquittement n'est donc ouverte qu'au débiteur en question et non aux autres. D'autres objections personnelles possibles sont le manque de capacité d'agir du débiteur ou l'existence d'un vice du consentement. 2

La levée des exceptions dont dispose un débiteur solidaire à l'encontre d'un de ses codébiteurs n'est pas possible dans la relation externe. 3

B. Les causes individuelles de réduction

Si l'obligation solidaire est une demande de dommages-intérêts, la question se pose de savoir si un débiteur solidaire peut invoquer les motifs individuels de réduction prévus à l'art. 43 al. 1 et de l'art. 44, al. 2, CO. Le juge peut réduire l'obligation de réparer en cas de faible degré de culpabilité ou de difficultés financières de l'auteur du délit. Ces motifs de réduction sont toutefois contredits par la prémisse de l'art. 144 al. 1 CO selon lequel le créancier peut généralement exiger la totalité de tout débiteur solidaire. 4

5 Le Tribunal fédéral est extrêmement prudent dans l'application des motifs individuels de réduction dans les situations de débiteurs solidaires. En cas de responsabilité solidaire parfaite, le caractère unique de l'obligation solidaire interdit d'affaiblir la position du créancier en limitant sa créance. L'application des art. 43 et ss. CO n'est possible - avec beaucoup de retenue - que dans les cas de responsabilité solidaire imparfaite dans lesquels l'enchaînement de la causalité entre l'action de l'auteur présumé est rompue par l'action d'un autre auteur. Le Tribunal fédéral se contente toutefois de qualifier cette éventualité de théorique.

6 La doctrine majoritaire est d'avis que les motifs individuels de réduction doivent être admis comme objections dans le rapport externe.

C. La responsabilité en droit des sociétés

7 Les art. 752 et ss. CO règlent la responsabilité des personnes envers la société anonyme. Selon l'art. 759 al. 1 CO, en cas de pluralité de personnes solidairement responsables, chaque personne n'est tenue de réparer le dommage que dans la mesure où celui-ci lui est personnellement imputable en raison de sa propre faute et des circonstances (dite "responsabilité solidaire différenciée"). Dans le cadre de la relation externe, la personne individuelle ne doit pas être tenue de payer plus que ce qu'elle aurait à supporter en tant que seul responsable, simplement parce que plusieurs personnes sont responsables. La loi admet donc explicitement des motifs individuels de réduction dans le rapport externe selon l'art. 43 al. 1 et l'art. 44 al. 2 CO.

III. LES OBJECTIONS COLLECTIVES

A. En principe

8 Le débiteur solidaire peut soulever toutes les objections qui découlent de la nature ou de la raison collective de l'obligation solidaire (art. 145 al. 1 CO). Il s'agit donc d'objections auxquelles tous les débiteurs solidaires ont droit. Il s'agit notamment des vices de forme ou de fond du contrat (art. 12 ss. ou art. 19 ss. CO), des conditions préalables manquantes fondées sur la créance (p. ex. absence de dommage), des circonstances imputables au créancier (art. 44 al. 1 CO) ou de la prestation déjà exécutée par un débiteur solidaire (art. 508 al. 2 par analogie ; cf. art. 147 al. 1 CO).

Si un débiteur solidaire a déjà fait valoir sans succès une opposition collective à l'encontre du créancier dans le cadre d'un procès, la même opposition reste ouverte aux autres débiteurs solidaires. La décision et donc aussi l'évaluation par le tribunal de l'objection soulevée ne lie que les parties à la procédure et non un débiteur solidaire qui n'a pas participé à la procédure. Le risque que des décisions contradictoires puissent être rendues est explicitement accepté. Par ailleurs, un débiteur solidaire peut également soulever les mêmes objections collectives à l'encontre du débiteur solidaire recourant dans la procédure de recours. 9

B. Responsabilité en cas d'omission de l'objection

Si un débiteur solidaire réclamé par le créancier ne fait pas opposition alors que celle-ci aurait été ouverte à tous les débiteurs collectivement, il est responsable envers les autres débiteurs solidaires (art. 145 al. 2 CO). La conséquence est une perte totale ou partielle du droit de recours. L'étendue de la perte est déterminée par la partie de la créance que le débiteur solidaire aurait pu refuser au créancier si l'opposition avait été soulevée. 10

Par analogie avec l'art. 502 al. 3 CO, il faut que le débiteur en question ait au moins fait preuve de négligence en omettant de soulever l'opposition collective. L'ignorance d'une objection collective sans qu'il y ait faute du débiteur ne porte pas préjudice dans le cadre de la demande d'indemnisation. 11

En définitive, un débiteur solidaire peut être tenu responsable s'il satisfait le créancier en tout ou en partie et qu'il omet ensuite d'informer ses codébiteurs. S'il paie à nouveau le créancier et que ce dernier reçoit finalement plus que ce à quoi il a droit, le droit de recours du débiteur solidaire primitif s'éteint (art. 508 al. 2 CO par analogie). 12

BIBLIOGRAPHIE

Böckli Peter, Schweizer Aktienrecht, 4th ed., Zurich / Basel / Geneva 2009.

Bucher Eugen, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2nd ed., Zurich 1988.

Casanova Gion Christian, Ausgleichsanspruch und Ausgleichsordnung, diss., Zurich 2010.

Gauch Peter / Schluep Walter R. / Emmenegger Susan, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band II, 11th ed., Zurich / Basel / Geneva 2020.

Gautschi Alain, Solidarschuld und Ausgleich, diss., Zurich / St. Gallen 2009.

Geissbühler Grégoire, Le droit des obligations, Volume 1: partie générale, Geneva / Zurich / Basel 2020.

Graber Christoph K., in: Widmer Lüchinger Corinne / Oser David (eds.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7th ed., Basel 2020.

Hablützel Oliver, Solidarität in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, diss., Zurich / St. Gallen 2009.

Huguenin Claire, Obligationenrecht Allgemeiner und Besonderer Teil, 3rd ed., Zurich / Basel / Geneva 2019.

Jung Peter, in: Honsell Heinrich (ed.), Kurzkommentar OR, Basel 2014.

Körner Alexandra, Haftung der Solidarschuldner im Aussenverhältnis, diss., Zurich / Basel / Geneva 2011.

Kratz Brigitta, Berner Kommentar, Solidarität, Art. 143-150 OR, Bern 2015.

Krauskopf Frédéric, Zürcher Kommentar, Die Solidarität, Art. 143-150 OR, 3rd ed., Zurich / Basel / Geneva 2016.

Mazan Stephan, in: Furrer Andreas / Schnyder Anton K. (eds.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht Allgemeine Bestimmungen, 3rd ed., Zurich / Basel / Geneva 2016.

Perritaz Vincent, Le concours d'actions et la solidarité, diss., Zurich / Basel / Geneva 2017.

Romy Isabelle, in: Thévenoz Luc / Werro Franz (eds.), Commentaire romand, Code des obligations I, 3rd ed., Basel 2021.

Schwenzer Ingeborg / Fountoulakis Christiana, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 8th ed., Bern 2020.

Tercier Pierre / Pichonnaz Pascal, Le droit des obligations, 6th ed., Geneva / Zurich / Basel 2019.

von Tuhr Andreas / Escher Arnold, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band II, 3rd ed., Zurich 1974.

ATTENTION : Cette version du commentaire est une traduction automatique de l'original. Le commentaire original est en anglais. La traduction a été faite avec www.deepl.com. Seule la version originale fait foi. La version traduite du commentaire ne peut pas être citée.

COMMENTAIRE

Art. 146 CO

Un commentaire de Jean-Pascal Stoll

PROPOSITION DE CITATION

Jean-Pascal Stoll, Kommentierung zu Art. 146 OR, in: Christoph Hurni / Mirjam Eggen (Hrsg.), Onlinekommentar zum Obligationenrecht

Citation abrégée: OK-Stoll, N. XXX zu Art. 146 OR.

Art. 146 CO

Sauf stipulation contraire, l'un des débiteurs solidaires ne peut aggraver par son fait personnel la position des autres.

TABLE DES MATIÈRES

I. Principe de l'effet individuel 133
II. Exceptions 134
Bibliographie 134

I. PRINCIPE DE L'EFFET INDIVIDUEL

En vertu de l'art. 146 CO, les actes individuels d'un débiteur solidaire ne peuvent pas porter atteinte à la situation des autres débiteurs solidaires. En conséquence, cela signifie que les actes d'un débiteur solidaire n'affectent généralement qu'eux-mêmes. Il est le seul à devoir répondre au créancier. 1

En tant qu'acte individuel qui n'affecte que le débiteur solidaire concerné, la défaillance du débiteur (art. 102 CO) entre d'abord en considération. Si un débiteur solidaire ne s'exécute pas malgré l'échéance et qu'il est rappelé formellement par le créancier, il est seul en défaut. Par conséquent, les conséquences de la demeure lui sont exclusivement applicables, comme la responsabilité pour les dommages accidentels, les intérêts moratoires et les dommages-intérêts excessifs (cf. art. 103 ss CO). A l'inverse, le créancier doit également rappeler formellement tous les débiteurs solidaires individuellement s'il veut mettre tous les débiteurs en demeure. Enfin, le créancier ne dispose que du droit de retrait selon les art. 107 et ss. CO que si tous les débiteurs solidaires sont en demeure. 2

Le principe de l'effet individuel s'applique également à une violation positive du contrat sous la forme d'une mauvaise exécution, d'une violation d'une obligation accessoire ou d'une violation d'un devoir d'abstention. Seul le débiteur solidaire qui est responsable de la mauvaise exécution répond du dommage qui en résulte. Les autres restent tenus de s'exécuter, si la prestation est encore due. Si l'exécution est impossible par la faute d'un débiteur solidaire, celui-ci répond exclusivement de l'art. 97 CO exclusivement. Les autres débiteurs solidaires qui ne sont pas responsables de l'impossibilité sont libérés conformément à l'art. 119 CO. 3

Si l'obligation solidaire est une obligation continue qui peut être dissoute par résiliation, la résiliation par le créancier ne concerne que le débiteur solidaire requis. De même, la résiliation par un débiteur solidaire individuel ne concerne que sa propre relation avec le créancier. 4

Le débiteur solidaire peut interrompre le délai de prescription en ne reconnaissant la créance du créancier que pour lui-même (art. 136 al. 1 CO e contrario) et la renonciation à l'exception de prescription ne concerne également que lui (art. 141 al. 2 CO). 5

6 Selon l'art. 146 CO, les accords contractuels individuels entre le créancier et un débiteur solidaire ne lient pas les débiteurs solidaires non impliqués. Il s'agit par exemple d'une extension de la responsabilité ou de la stipulation d'une clause pénale.

II. EXCEPTIONS

7 Comme l'indique explicitement l'art. 146 CO l'indique explicitement, il existe également des exceptions au principe de l'effet individuel. Tout d'abord, l'art. 146 CO est de nature dispositive. Cela signifie qu'il peut être convenu contractuellement que chaque débiteur solidaire répond de la faute des autres.

8 Deuxièmement, en plus d'une aggravation de responsabilité stipulée, un débiteur solidaire peut également être considéré comme un auxiliaire d'exécution de l'autre en vertu de l'art. 101 CO, à condition que les débiteurs solidaires soient tenus conjointement sur la base d'une obligation contractuelle commune. La faute d'un débiteur solidaire agissant comme auxiliaire d'exécution est ainsi imputée au débiteur solidaire qui l'a impliqué. Cette implication implicite d'un débiteur solidaire en tant qu'auxiliaire d'exécution doit être assumée en particulier dans les cas où de simples partenaires ont contracté conjointement en vertu de l'art. 544 al. 3 CO.

BIBLIOGRAPHIE

Bucher Eugen, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2nd ed., Zurich 1988.

Gauch Peter / Schluep Walter R. / Emmenegger Susan, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band II, 11th ed., Zurich / Basel / Geneva 2020.

Graber Christoph K., in: Widmer Lüchinger Corinne / Oser David (eds.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7th ed., Basel 2020.

Huguenin Claire, Obligationenrecht Allgemeiner und Besonderer Teil, 3rd ed., Zurich / Basel / Geneva 2019.

Jung Peter, in: Honsell Heinrich (ed.), Kurzkommentar OR, Basel 2014.

Kratz Brigitta, Berner Kommentar, Solidarität, Art. 143-150 OR, Bern 2015.

Krauskopf Frédéric, Zürcher Kommentar, Die Solidarität, Art. 143-150 OR, 3rd ed., Zurich / Basel / Geneva 2016.

Mazan Stephan, in: Furrer Andreas / Schnyder Anton K. (eds.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht Allgemeine Bestimmungen, 3rd ed., Zurich / Basel / Geneva 2016.

Perritaz Vincent, Le concours d'actions et la solidarité, diss., Zurich / Basel / Geneva 2017.

Romy Isabelle, in: Thévenoz Luc / Werro Franz (eds.), Commentaire romand, Code des obligations I, 3rd ed., Basel 2021.

Schwenzer Ingeborg / Fountoulakis Christiana, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 8th ed., Bern 2020.

Tercier Pierre / Pichonnaz Pascal, Le droit des obligations, 6th ed., Geneva / Zurich / Basel 2019.

von Tuhr Andreas / Escher Arnold, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band II, 3rd ed., Zurich 1974.

Weiss Andreas W., Solidarität nach Art. 143-149 des Schweizerischen Obligationenrechts unter besonderer Berücksichtigung der Verjährung, diss., Zurich 2011.

ATTENTION : Cette version du commentaire est une traduction automatique de l'original. Le commentaire original est en anglais. La traduction a été faite avec www.deepl.com. Seule la version originale fait foi. La version traduite du commentaire ne peut pas être citée.

COMMENTAIRE

Art. 147 CO

Un commentaire de Jean-Pascal Stoll

PROPOSITION DE CITATION

Jean-Pascal Stoll, Kommentierung zu Art. 147 OR, in: Christoph Hurni / Mirjam Eggen (Hrsg.), Onlinekommentar zum Obligationenrecht

Citation abrégée: OK-Stoll, N. XXX zu Art. 147 OR.

Art. 147 CO

[1] Celui des débiteurs solidaires dont le paiement ou la compensation éteint la dette en totalité ou en partie libère les autres jusqu'à concurrence de la portion éteinte.

[2] Si l'un des débiteurs solidaires est libéré sans que la dette ait été payée, sa libération ne profite aux autres que dans la mesure indiquée par les circonstances ou la nature de l'obligation.

TABLE DES MATIÈRES

I. Effet du désintéressement du créancier 139
II. Décharge sans satisfaction du créancier 139
A. La libération par les actes juridiques 140
B. Libération sans actes juridiques 140
Bibliographie 141

I. EFFET DU DÉSINTÉRESSEMENT DU CRÉANCIER

Lorsqu'un débiteur solidaire désintéresse le créancier en tout ou en partie, les autres débiteurs solidaires sont libérés dans la même mesure, conformément à l'art. 147 al. 1 CO (effet global de la libération du débiteur). La loi cite expressément le paiement (monétaire) et la compensation comme des actes libératoires. La fourniture de biens ou de services par un débiteur solidaire n'est pas explicitement mentionnée, mais a néanmoins le même effet. En définitive, tout dépend de la prestation contractuelle qui est due. 1

D'autres possibilités de rachat qui aboutissent à la satisfaction du créancier représentent des prestations de substitution. Dans ce cas, le débiteur solidaire n'exécute pas l'obligation due, mais un substitut équivalent. Comme déjà mentionné, la loi prévoit notamment la compensation (art. 120 ss CO). Il est indifférent que ce soit le débiteur solidaire ou le créancier qui déclare la compensation. Les créances contestées peuvent également faire l'objet d'une compensation. Toutefois, il n'est pas possible pour un débiteur solidaire de déclarer une compensation par rapport à une créance à laquelle un autre débiteur solidaire a droit. En outre, l'exécution en lieu et place ou la consignation sont des exécutions de substitution possibles. 2

En cas de désintéressement partiel d'un débiteur solidaire, la créance du créancier est réduite dans la mesure correspondante. 3

L'art. 147 al. 1 CO ne règle que les rapports externes entre le créancier et les débiteurs solidaires. Les droits de recours éventuels entre les débiteurs solidaires restent inchangés. La créance du créancier n'est pas véritablement éteinte mais passe au débiteur exécutant dans le cadre de la subrogation selon l'art. 149 CO. 4

II. DÉCHARGE SANS SATISFACTION DU CRÉANCIER

Selon l'art. 147 al. 2 CO, la libération d'un débiteur solidaire sans satisfaction du créancier n'affecte les autres débiteurs solidaires que si les circonstances ou la nature de l'obligation le justifient. Contrairement à l'al. 1, l'al. 2 régit le principe de la libération individuelle. La charge de la preuve concernant l'effet global de la libération d'un débiteur solidaire individuel incombe au débiteur solidaire qui l'invoque. 5

A. La libération par les actes juridiques

6 Les actes juridiques ne concernent généralement que le créancier et le débiteur solidaire concernés. Il s'agit de l'acquittement (art. 115 CO), de la transaction et de la novation (art. 116 CO).

7 L'acquittement ou la transaction ne libère que le débiteur solidaire concerné et uniquement dans les rapports externes avec le créancier. Dans les rapports internes, les autres débiteurs solidaires peuvent encore exercer un recours contre le débiteur libéré. Si le créancier souhaite que le débiteur solidaire bénéficie de l'acquittement ou de la transaction dans la même mesure dans la relation interne, il doit accorder l'acquittement ou conclure la transaction avec effet libératoire pour tous les débiteurs solidaires ensemble.

8 Sur la base d'un accord explicite ou implicite, l'effet peut être étendu aux autres débiteurs solidaires. La présomption dans un cas individuel dépend de l'intention des parties et de l'interprétation du contrat. Un effet global est indiqué si le créancier reçoit un avantage du règlement, s'il émet un reçu ou s'il retourne la note de l'emprunteur. Un autre aspect pris en compte est de savoir si le créancier sait que les autres débiteurs solidaires peuvent se retourner contre le débiteur concerné par la transaction. Le règlement conclu en faveur du débiteur solidaire contractant deviendrait illusoire si le débiteur devait être soumis à la compensation intégrale dans la relation interne.

9 Il est soutenu qu'une libération partielle ou totale du débiteur par le créancier doit être interprétée comme un devoir du créancier de traiter la dette solidaire comme une simple dette partielle à partir de là. Le créancier ne peut réclamer les autres débiteurs solidaires que jusqu'à concurrence de leurs quotes-parts internes. Cela supprimerait tout recours entre les débiteurs.

10 Enfin, si l'ancienne dette est éteinte par la création d'une nouvelle dette (novation ; art. 116 CO), seul le débiteur solidaire qui consent à la novation est libéré. Toute volonté différente du débiteur solidaire concerné et du créancier est réservée.

B. Libération sans actes juridiques

11 Si le créancier cède au même débiteur une créance contre l'un des débiteurs solidaires, l'obligation est réputée éteinte par fusion, le débiteur ayant acquis une créance contre lui-même (art. 118 CO).

L'impossibilité d'exécution par des circonstances non imputables aux débiteurs libère tous les débiteurs solidaires dans le rapport externe, car ils ne peuvent plus s'exécuter (cf. art. 119 CO). Toutefois, si d'autres débiteurs solidaires sont encore en mesure de s'exécuter en leur qualité, ils ne sont pas libérés, mais doivent encore remplir leur obligation d'exécution. Par conséquent, il existe toujours un droit à réparation dans les rapports internes. 12

Si le créancier refuse sans motif valable d'accepter la prestation d'un débiteur solidaire, il est en défaut de créancier (art. 91 CO). Les effets de la défaillance du créancier selon les art. 92 et ss. CO profitent à tous les débiteurs solidaires. En particulier, le débiteur solidaire déposant libère les autres débiteurs de manière égale. 13

La prescription ainsi que la déchéance d'une créance n'ont d'effet qu'à l'égard du débiteur concerné, car ces délais courent séparément pour chaque débiteur solidaire. Les créances du créancier à l'égard des autres débiteurs solidaires ne sont pas affectées. En revanche, l'interruption du délai de prescription - si elle est due à un acte du créancier - affecte tous les débiteurs solidaires (art. 136 al. 1 CO). 14

BIBLIOGRAPHIE

Bucher Eugen, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2nd ed., Zurich 1988.

Bugnon Hubert, L'action récursoire en matière de concours de responsabilités civiles, diss., Entlebuch 1982.

Gauch Peter / Schluep Walter R. / Emmenegger Susan, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band II, 11th ed., Zurich / Basel / Geneva 2020.

Gautschi Alain, Solidarschuld und Ausgleich, diss., Zurich / St. Gallen 2009.

Geissbühler Grégoire, Le droit des obligations, Volume 1: partie générale, Geneva / Zurich / Basel 2020.

Graber Christoph K., in: Widmer Lüchinger Corinne / Oser David (eds.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7th ed., Basel 2020.

Huguenin Claire, Obligationenrecht Allgemeiner und Besonderer Teil, 3rd ed., Zurich / Basel / Geneva 2019.

Jung Peter, in: Honsell Heinrich (ed.), Kurzkommentar OR, Basel 2014.

Kratz Brigitta, Berner Kommentar, Solidarität, Art. 143-150 OR, Bern 2015.

Krauskopf Frédéric, Zürcher Kommentar, Die Solidarität, Art. 143-150 OR, 3rd ed., Zurich / Basel / Geneva 2016.

Mazan Stephan, in: Furrer Andreas / Schnyder Anton K. (eds.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht Allgemeine Bestimmungen, 3rd ed., Zurich / Basel / Geneva 2016.

Perritaz Vincent, Le concours d'actions et la solidarité, diss., Zurich / Basel / Geneva 2017.

Romy Isabelle, in: Thévenoz Luc / Werro Franz (eds.), Commentaire romand, Code des obligations I, 3rd ed., Basel 2021.

Schwenzer Ingeborg / Fountoulakis Christiana, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 8th ed., Bern 2020.

Stuber Jonas, Einreden und Einwendungen in der passiven Solidarität, diss., Bern 2021.

Tercier Pierre / Pichonnaz Pascal, Le droit des obligations, 6th ed., Geneva / Zurich / Basel 2019.

von Tuhr Andreas / Escher Arnold, Allgemeiner Teil des Schweizerischer Obligationenrechts, Band II, 3rd ed., Zurich 1974.

ATTENTION : Cette version du commentaire est une traduction automatique de l'original. Le commentaire original est en anglais. La traduction a été faite avec www.deepl.com. Seule la version originale fait foi. La version traduite du commentaire ne peut pas être citée.

COMMENTAIRE

Art. 148 CO

Un commentaire de Jean-Pascal Stoll

PROPOSITION DE CITATION

Jean-Pascal Stoll, Kommentierung zu Art. 148 OR, in: Christoph Hurni / Mirjam Eggen (Hrsg.), Onlinekommentar zum Obligationenrecht

Citation abrégée: OK-Stoll, N. XXX zu Art. 148 OR.

Art. 148 CO

[1] Si le contraire ne résulte de leurs obligations, chacun des débiteurs solidaires doit prendre à sa charge une part égale du paiement fait au créancier.

[2] Celui qui paie au-delà de sa part a, pour l'excédent, un recours contre les autres.

[3] Ce qui ne peut être récupéré de l'un d'eux se répartit par portions égales entre tous les autres.

TABLE DES MATIÈRES

I. Remarques générales 145
II. La quote-part de responsabilité interne du débiteur solidaire 145
A. Principe de la répartition égale 145
B. Exceptions 145
III. Le recours 146
A. Conditions et étendue 146
B. Intérêts et frais de justice 147
C. Prescription 147
IV. Créance récursoire irrécouvrable 148
Bibliographie 148

I. REMARQUES GÉNÉRALES

L'art. 148 et l'art. 149 CO règlent le rapport interne de la responsabilité solidaire. La conséquence juridique dans le rapport interne - le droit de recours - se produit si le débiteur solidaire réclamé par le créancier a supporté plus dans le rapport externe que sa part de responsabilité dans le rapport interne (art. 148 al. 2 CO). Les droits du créancier sont également transférés au débiteur solidaire dans le cadre de la subrogation selon l'art. 149 CO. 1

II. LA QUOTE-PART DE RESPONSABILITÉ INTERNE DU DÉBITEUR SOLIDAIRE

A. Principe de la répartition égale

L'art. 148 al. 1 CO présume que tous les débiteurs solidaires doivent supporter la dette en quotes-parts égales. Il existe donc un droit de recours réciproque pour le débiteur solidaire qui a payé plus que le montant de la dette solidaire divisé par le nombre de codébiteurs. 2

Celui qui veut s'écarter du principe légal de l'égalité de répartition et en tirer des droits en conséquence doit le prouver conformément à la répartition générale du fardeau de la preuve de l'art. 8 CC. 3

B. Exceptions

Le législateur était conscient qu'il peut exister des rapports juridiques qui imposent de s'écarter du principe de la quote-part égale. En réalité, les quotes-parts de responsabilité inégales sont plus fréquentes qu'une répartition égale. Un accord contractuel entre les débiteurs solidaires, par exemple, permet de convenir de quotes-parts de responsabilité internes divergentes (p. ex. dans le cas d'une société simple selon l'art. 533 CO). 4

Outre les clauses contractuelles, la loi prévoit une exception à la quote-part égale en de nombreux endroits. En premier lieu, les art. 50 et ss. CO. La question de savoir si et, le cas échéant, dans quelle mesure un auteur d'un délit peut se retourner contre les autres personnes impliquées est laissée à l'appréciation du juge (art. 50 al. 1 CO). Si plusieurs auteurs sont responsables 5

pour des motifs juridiques différents, la responsabilité est déterminée par la cascade de responsabilité selon l'art. 51 al. 2 CO.

6 D'autres dérogations à la loi se trouvent à l'art. 759 al. 3 CO sur la responsabilité en droit des sociétés, à l'art. 640 al. 3 CC sur le recours aux cohéritiers pour les dettes du défunt et à l'art. 649 CC sur la répartition des frais et des dépenses entre les copropriétaires.

7 Enfin, on peut imaginer des constellations dans lesquelles une déviation du principe légal doit également être invoquée en raison des circonstances concrètes. Si deux époux contractent ensemble un emprunt pour financer le hobby du mari, il convient d'accorder à l'épouse un droit de recours complet contre son mari.

III. LE RECOURS

A. Conditions et étendue

8 Le droit de recours du débiteur solidaire présuppose que le débiteur s'est effectivement exécuté envers le créancier. Une simple décision judiciaire obligeant à l'exécution n'est pas suffisante. En outre, le débiteur doit avoir exécuté plus que sa quote-part interne. Ces deux conditions doivent être prouvées par le débiteur solidaire recourant.

9 Par conséquent, l'art. 148 al. 2 CO donne naissance à un droit de recours autonome qui existe indépendamment du rapport juridique entre les débiteurs solidaires. Le débiteur solidaire qui a été poursuivi par le créancier peut exercer un recours contre les autres débiteurs solidaires pour le montant qui dépasse leur part équitable. Ce droit de recours concerne toujours une dette monétaire. Cela signifie qu'une prestation en nature ou un service doit être converti en un montant monétaire, si nécessaire.

10 Enfin, la responsabilité solidaire entre les débiteurs ne comprend que la relation externe avec le créancier. Les débiteurs ne sont pas solidairement responsables les uns envers les autres lorsqu'ils font face à une demande de recours d'un de leurs codébiteurs. Chaque débiteur n'est responsable que de sa part interne. Un acquittement accordé par le créancier à un seul des débiteurs n'affecte pas le droit de recours dans la relation interne.

B. Intérêts et frais de justice

La créance de recours devient exigible lorsque le débiteur solidaire poursuivi a payé plus que sa juste part au créancier (cf. art. 75 CO). Des intérêts sont dus sur la créance récursoire ; sauf disposition contraire, le taux d'intérêt est de 5 % par an (art. 73, al. 1, CO). 11

Si un débiteur solidaire se défend dans un procès contre la prétention du créancier, il peut recourir aux autres débiteurs solidaires pour les frais judiciaires encourus. Il faut pour cela qu'une victoire dans l'action civile ait conduit à la libération de tous les débiteurs solidaires et que la contestation de la créance n'ait pas été jugée sans issue. 12

C. Prescription

Le délai de prescription relatif de la créance récursoire dure trois ans. Elle commence dès que le débiteur solidaire contre lequel le recours est exercé s'est exécuté auprès du créancier et a eu connaissance des autres débiteurs solidaires (art. 139 CO). Cela suppose cumulativement que le débiteur solidaire ayant droit au recours ait une connaissance concrète des codébiteurs et qu'il ait également connaissance de tous les faits qui établissent la responsabilité de l'autre partie et permettent ainsi d'agir contre elle. 13

Même si l'art. 139 CO ne prévoit pas de délai de prescription absolu explicite, il convient de partir d'un délai absolu de dix ans par analogie avec l'art. 60 al. 1, l'art. 67 al. 1 et de l'art. 127 al. 1 CO. Une partie de la doctrine rejette toutefois un délai de prescription absolu. La critique porte principalement sur le fait que si l'on affirme un délai absolu à partir du moment du fait dommageable, le droit de recours pourrait être prescrit avant même de naître. Toutefois, si le début du délai de prescription doit être fixé au moment de la prestation du débiteur au créancier - comme cela est préconisé ici - la préoccupation susmentionnée est sans raison et l'application d'un délai de prescription absolu peut être approuvée. 14

L'art. 139 CO est applicable aux cas de responsabilité solidaire tant parfaite qu'imparfaite. La loi prévoit ensuite des règles de prescription propres pour de nombreuses dispositions de responsabilité de droit spécial qui doivent être respectées. Ces dispositions priment sur la règle générale de l'art. 139 CO. 15

IV. CRÉANCE RÉCURSOIRE IRRÉCOUVRABLE

16 Si la quote-part interne d'un débiteur solidaire ne peut plus être obtenue dans son intégralité, le manque à gagner est supporté à parts égales par tous les débiteurs solidaires (art. 148 al. 3 CO). C'est le cas lorsque le débiteur en question est insolvable, que les frais de la procédure de recours seraient disproportionnés par rapport à la quote-part interne ou que le codébiteur est à un domicile inconnu.

17 S'il devait y avoir une formule de répartition qui s'écarte du principe énoncé à l'art. 148 al. 1 CO sur la base d'un accord contractuel ou de la loi, le déficit d'un débiteur solidaire est également supporté en fonction de cette répartition inégale. Sinon, la répartition se fait selon les têtes.

18 La loi prévoit à l'art. 51 CO une cascade qui détermine la responsabilité entre débiteurs solidaires imparfaits. Dans ce cas, la prise en charge du déficit est également déterminée en fonction de cette cascade. Il n'y a donc pas de répartition si les débiteurs solidaires se trouvent à des niveaux différents de la cascade.

BIBLIOGRAPHIE

Bucher Eugen, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2nd ed., Zurich 1988.

Bugnon Hubert, L'action récursoire en matière de concours de responsabilités civiles, diss., Entlebuch 1982.

Däppen Robert K., in: Widmer Lüchinger Corinne / Oser David (eds.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7th ed., Basel 2020.

Fellmann Walter, Das neue Verjährungsrecht, ZBJV 156/2020, p. 201 et seq.

Gauch Peter / Schluep Walter R. / Emmenegger Susan, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band II, 11th ed., Zurich / Basel / Geneva 2020.

Gautschi Alain, Solidarschuld und Ausgleich, diss., Zurich / St. Gallen 2009.

Graber Christoph K., in: Widmer Lüchinger Corinne / Oser David (eds.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7th ed., Basel 2020.

Geissbühler Grégoire, Le droit des obligations, Volume 1: partie générale, Geneva / Zurich / Basel 2020.

Huguenin Claire, Obligationenrecht Allgemeiner und Besonderer Teil, 3rd ed., Zurich / Basel / Geneva 2019.

Jung Peter, in: Honsell Heinrich (ed.), Kurzkommentar OR, Basel 2014.

Kratz Brigitta, Berner Kommentar, Solidarität, Art. 143-150 OR, Bern 2015.

Krauskopf Frédéric, Zürcher Kommentar, Die Solidarität, Art. 143-150 OR, 3rd ed., Zurich / Basel / Geneva 2016.

Mazan Stephan, in: Furrer Andreas / Schnyder Anton K. (eds.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht Allgemeine Bestimmungen, 3rd ed., Zurich / Basel / Geneva 2016.

Perritaz Vincent, Le concours d'actions et la solidarité, diss., Zurich / Basel / Geneva 2017.

Pichonnaz Pascal, in: Thévenoz Luc / Werro Franz (eds.), Commentaire romand, Code des obligations I, 3rd ed., Basel 2021.

Romy Isabelle, in: Thévenoz Luc / Werro Franz (eds.), Commentaire romand, Code des obligations I, 3rd ed., Basel 2021.

Rothenberger Adrian, Die Verjährung des Regressanspruchs, in: Fellmann Walter (ed.), Das neue Verjährungsrecht, Symposium of 29 October 2019 in Lucerne, Bern 2019, p. 73 et seq.

Schwenzer Ingeborg / Fountoulakis Christiana, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 8th ed., Bern 2020.

Tercier Pierre / Pichonnaz Pascal, Le droit des obligations, 6th ed., Geneva / Zurich / Basel 2019.

von Tuhr Andreas / Escher Arnold, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band II, 3rd ed., Zurich 1974.

Werro Franz, Le recours du responsable civil (art. 51 al. 2 CO), celui de l'assureur privé (art. 95c al. 2 LCA) et la prescription de l'action récoursoire (art. 139 CO), ZSR 140 (2021) I, p. 3 et seq.

ATTENTION : Cette version du commentaire est une traduction automatique de l'original. Le commentaire original est en anglais. La traduction a été faite avec www.deepl.com. Seule la version originale fait foi. La version traduite du commentaire ne peut pas être citée.

COMMENTAIRE

Art. 149 CO

Un commentaire de Jean-Pascal Stoll

PROPOSITION DE CITATION

Jean-Pascal Stoll, Kommentierung zu Art. 149 OR, in: Christoph Hurni / Mirjam Eggen (Hrsg.), Onlinekommentar zum Obligationenrecht

Citation abrégée: OK-Stoll, N. XXX zu Art. 149 OR.

Art. 149 CO

[1] Le débiteur solidaire qui jouit d'un recours est subrogé aux droits du créancier jusqu'à concurrence de ce qu'il lui a payé.

[2] Si le créancier améliore la condition de l'un des débiteurs solidaires au détriment des autres, il supporte personnellement les conséquences de son fait.

TABLE DES MATIÈRES

I. La subrogation 153
A. Le transfert automatique des droits du créancier 153
B. Effet de la subrogation 153
II. La responsabilité du créancier 154
Bibliographie 154

I. LA SUBROGATION

A. Le transfert automatique des droits du créancier

Conformément à l'art. 149 al. 1 CO, les droits du créancier passent automatiquement du créancier au débiteur de plein droit dans la mesure où le débiteur a satisfait le créancier. Il s'agit d'une cession de plein droit selon l'art. 166 CO. La subrogation présuppose que le débiteur dispose d'un droit de recours indépendant selon l'art. 148 al. 2 CO. Par conséquent, le débiteur ayant droit de recours dispose de deux voies de droit parallèles qui se font concurrence : le droit de recours selon l'art. 148 al. 2 CO et les droits du créancier subrogé selon l'art. 149 CO. La créance subrogée sert à faciliter et à garantir le recours. La créance du débiteur solidaire contre son codébiteur résultant de la subrogation n'existe que dans la mesure du droit de recours selon l'art. 148 CO, c'est-à-dire le montant qui dépasse leur quote-part de responsabilité interne. 1

Le cas échéant, il est nécessaire de convertir la créance subrogée en une créance pécuniaire si le débiteur a fourni une prestation en nature ou un service au créancier. 2

La subrogation selon l'art. 149 CO ne s'applique qu'en cas de responsabilité solidaire parfaite, et non en cas de responsabilité solidaire imparfaite. 3

B. Effet de la subrogation

La différence par rapport au droit de recours indépendant de l'art. 148 al. 2 CO est que, d'une part, tous les droits accessoires sont transférés au débiteur subrogé en plus de la créance principale (cf. art. 170 CO). Le débiteur solidaire peut désormais bénéficier de toutes les sûretés telles que les privilèges ou les garanties, car elles lui sont également transmises. 4

En revanche, la créance est transférée avec toutes les oppositions contre le créancier. En d'autres termes, les autres débiteurs solidaires peuvent alors faire valoir dans le rapport interne toutes les objections qui leur auraient également été ouvertes contre le créancier, à savoir des acquittements individuels de la part du créancier (art. 507 al. 3 CO par analogie). Le délai de prescription en cours est également poursuivi sans interruption. Il peut en résulter que le droit de subrogation se prescrit avant le droit de recours ou - si 5

le débiteur paie au créancier une dette déjà prescrite - que le droit de subrogation continue à être prescrit et reste donc inopposable.

6 Les autres codébiteurs ne sont pas solidairement responsables envers le débiteur ayant droit. Ils ne sont responsables que de leur quote-part individuelle dans leur relation interne.

II. LA RESPONSABILITÉ DU CRÉANCIER

7 Bien que le créancier soit en principe libre de choisir le montant qu'il réclame à tel ou tel codébiteur, il a néanmoins le devoir de ne pas améliorer la situation juridique d'un débiteur solidaire au détriment des autres (art. 149 al. 2 CO). Si ce devoir n'est pas rempli, il est responsable du dommage causé en conséquence.

8 Des cas d'application se présentent lorsque le créancier libère des sûretés telles qu'un droit de gage et que le débiteur solidaire auquel est transféré le droit de subrogation est défaillant parce qu'il n'a pas été suffisamment satisfait dans le rapport interne (en l'absence de droit de gage réalisable). Il en va de même si le créancier ne remet pas la lettre à ordre ou d'autres preuves relatives à la dette (cf. art. 170 al. 2 CO).

9 Un acquittement unilatéral du créancier en faveur d'un débiteur solidaire n'est pas un cas d'application de ce traitement favorable au sens de l'art. 149 al. 2 CO. Le débiteur solidaire recourant a toujours droit au recours non diminué selon l'art. 148 al. 2 CO contre ses codébiteurs, car l'acquittement n'a en général aucun effet dans les rapports internes.

10 La conséquence juridique de cette violation de l'obligation est une demande de dommages-intérêts selon l'art. 149 al. 2 CO par le débiteur contre le créancier. Celle-ci peut être exercée à l'encontre du créancier soit par voie d'opposition, soit par voie de poursuite.

BIBLIOGRAPHIE

Bucher Eugen, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2nd ed., Zurich 1988.

Bugnon Hubert, L'action récursoire en matière de concours de responsabilités civiles, diss., Entlebuch 1982.

Gauch Peter / Schluep Walter R. / Emmenegger Susan, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band II, 11th ed., Zurich / Basel / Geneva 2020.

Gautschi Alain, Solidarschuld und Ausgleich, diss., Zurich / St. Gallen 2009.

Graber Christoph K., in: Widmer Lüchinger Corinne / Oser David (eds.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7th ed., Basel 2020.

Jung Peter, in: Honsell Heinrich (ed.), Kurzkommentar OR, Basel 2014.

Huguenin Claire, Obligationenrecht Allgemeiner und Besonderer Teil, 3rd ed., Zurich / Basel / Geneva 2019.

Krauskopf Frédéric, Zürcher Kommentar, Die Solidarität, Art. 143-150 OR, 3rd ed., Zurich / Basel / Geneva 2016.

Kratz Brigitta, Berner Kommentar, Solidarität, Art. 143-150 OR, Bern 2015.

Mazan Stephan, in: Furrer Andreas / Schnyder Anton K. (eds.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht Allgemeine Bestimmungen, 3rd ed., Zurich / Basel / Geneva 2016.

Perritaz Vincent, Le concours d'actions et la solidarité, diss., Zurich / Basel / Geneva 2017.

Romy Isabelle, in: Thévenoz Luc / Werro Franz (eds.), Commentaire romand, Code des obligations I, 3rd ed., Basel 2021.

Schwenzer Ingeborg / Fountoulakis Christiana, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 8th ed., Bern 2020.

Tercier Pierre / Pichonnaz Pascal, Le droit des obligations, 6th ed., Geneva / Zurich / Basel 2019.

von Tuhr Andreas / Escher Arnold, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band II, 3rd ed., Zurich 1974.

ATTENTION : Cette version du commentaire est une traduction automatique de l'original. Le commentaire original est en anglais. La traduction a été faite avec www.deepl.com. Seule la version originale fait foi. La version traduite du commentaire ne peut pas être citée.

COMMENTAIRE

Art. 150 CO

Un commentaire de Jean-Pascal Stoll

PROPOSITION DE CITATION

Jean-Pascal Stoll, Kommentierung zu Art. 150 OR, in: Christoph Hurni / Mirjam Eggen (Hrsg.), Onlinekommentar zum Obligationenrecht

Citation abrégée: OK-Stoll, N. XXX zu Art. 150 OR.

Art. 150 CO

[1] Il y a solidarité entre plusieurs créanciers, lorsque le débiteur déclare conférer à chacun d'eux le droit de demander le paiement intégral de la créance, et lorsque cette solidarité est prévue par la loi.

[2] Le paiement fait à l'un des créanciers solidaires libère le débiteur envers tous.

[3] Le débiteur a le choix de payer à l'un ou à l'autre, tant qu'il n'a pas été prévenu par les poursuites de l'un d'eux.

TABLE DES MATIÈRES

I. Définition et différenciation 159
II. Origine 159
A. Par déclaration d'intention 159
B. Le droit 160
III. Relations extérieures 160
IV. Relation interne 161
Bibliographie 162

I. DÉFINITION ET DIFFÉRENCIATION

Dans le cas de créanciers solidaires, plusieurs créanciers s'opposent à un seul débiteur. Chaque créancier a une prétention indépendante à l'exécution de l'ensemble de la prestation. Par conséquent, il y a plusieurs droits sur une seule prestation due. C'est l'inversion de l'obligation conjointe et solidaire. Le débiteur est à son tour entièrement libéré vis-à-vis des autres créanciers par l'exécution intégrale à un seul créancier solidaire (art. 150 al. 2 CO). 1

La créance solidaire doit être distinguée d'autres constellations dans lesquelles un débiteur fait face à plusieurs créanciers. Dans le cas de créanciers collectifs, les créanciers ont droit à la totalité de la créance de manière indivise. Ils ne peuvent faire valoir la créance que collectivement. En même temps, le débiteur ne peut se libérer qu'en s'exécutant collectivement envers tous les créanciers. Dans le cas d'une créance partielle, chaque créancier peut agir seul mais ne peut réclamer que la partie de la créance à laquelle il a droit. Les créances partielles forment finalement le tout dû. Dans le cas du cumul de créanciers, le débiteur doit la même prestation à plusieurs créanciers. Les créanciers peuvent être complètement indépendants les uns des autres. Le fait que le créancier puisse satisfaire tous les créanciers par une seule prestation dépend de la nature du contrat. Le type de créance dans le cas individuel dépend de l'accord contractuel avec le débiteur. 2

II. ORIGINE

A. Par déclaration d'intention

Comme le prévoit l'art. 150 al. 1 CO, la créance solidaire peut naître si le débiteur déclare qu'il entend donner droit à chaque créancier à la totalité de sa créance. Sans une telle déclaration, seule une créance partielle s'applique entre les créanciers, pour autant que la prestation soit divisible. Toutefois, la seule circonstance que plusieurs personnes concluent un contrat ensemble n'établit pas en soi la créance solidaire. La déclaration de volonté peut être exprimée explicitement ou implicitement. Elle n'est pas soumise à une forme particulière (cf. art. 11 al. 1 CO). 3

4 Des exemples pratiques de pluralité de créanciers sont le compte-joint avec plusieurs signataires individuels, le dépôt conjoint ou le contrat de bail commun entre époux.

B. Le droit

5 Même si le droit civil suisse ne prévoit pas explicitement la solidarité des créanciers, il existe quelques dispositions légales individuelles qui le font implicitement. Ainsi, en cas de majorité de donateurs, chacun d'entre eux peut exiger du bénéficiaire l'accomplissement d'une clause de réserve (art. 246 al. 1 CO), le propriétaire et le locataire peuvent tous deux exiger du sous-locataire qu'il n'utilise pas le bien immobilier d'une manière différente de celle autorisée au locataire lui-même (art. 262 al. 3 CO ; par analogie en cas de bail usufruitier, art. 291 al. 3 CO). En outre, le mandant peut faire valoir les prétentions du mandataire à l'encontre d'un substitut directement auprès de ce dernier (art. 399 al. 3 CO). L'art. 70 al. 1 CO prévoit une créance solidaire en cas de prestation indivisible due à plusieurs créanciers. La prestation peut être réclamée par chaque créancier seul. Selon l'art. 482 al. 1 CC, tout intéressé peut exiger l'exécution des charges et des conditions d'une disposition testamentaire.

III. RELATIONS EXTÉRIEURES

6 Si le débiteur s'exécute envers un créancier solidaire, il est également libéré à l'égard des autres créanciers (art. 150 al. 2 CO). Les prestations de substitution - y compris le dépôt ou la compensation - sont équivalentes à une prestation effective. Comme déjà mentionné, chaque créancier individuel peut également exiger l'exécution dans son ensemble ou en disposer à son gré. Les actes de disposition n'affectent que la créance du créancier individuel contre le débiteur. L'acquittement, l'ajournement, la cession, l'exécution de la dette ou les poursuites judiciaires par un créancier n'ont aucune influence sur les créances des autres créanciers. Ainsi, le débiteur ne peut également soulever contre un créancier que les objections qui concernent la relation entre eux deux. Enfin, chaque créance peut également avoir sa propre date d'échéance et une mise en demeure n'affecte également que la relation entre le débiteur et le créancier solidaire agissant.

7 Un créancier ne peut aggraver la situation des autres créanciers solidaires par ses actes personnels (art. 146 CO par analogie). Une acceptation en lieu et

place de l'exécution, une novation ou l'acceptation d'un changement de débiteur ne libère pas le débiteur à l'égard des autres créanciers solidaires. Toutefois, si un créancier solidaire est en défaut d'acceptation, les cocréanciers en sont également affectés. Le débiteur n'est pas limité par la défaillance d'un créancier dans son droit de choisir à quel créancier il veut s'exécuter. Si nécessaire, il peut recourir à un dépôt selon l'art. 92 CO (cf. art. 150, al. 3, CO).

En principe, le débiteur est libre de choisir à quel créancier il veut s'exécuter. 8
Toutefois, ce droit de choix est suspendu si le débiteur a déjà fait l'objet d'une procédure judiciaire de la part d'un créancier solidaire (art. 150 al. 3 CO). Dans ce cas, le débiteur ne peut payer avec effet libératoire que le créancier qui a fait valoir une poursuite ou une action en justice. Une simple demande de paiement écrite ou un ordre de virement en cas de compte joint ne suffit pas à donner effet à l'art. 150 al. 3 CO. Le droit d'option du débiteur est rétabli si la poursuite du seul créancier poursuivant est rejetée. Si le débiteur fait l'objet d'une poursuite par un créancier solidaire, le droit d'option du débiteur est rétabli à partir du moment où le débiteur a fait opposition selon l'art. 74 LPPR. Si le créancier engage par la suite une procédure d'autorisation, le droit de choisir du débiteur est à nouveau restreint.

IV. RELATION INTERNE

La loi ne précise pas comment sont réglés les rapports internes entre les 9
créanciers solidaires lorsqu'un créancier solidaire a reçu plus que ce à quoi il a droit. Les droits de recours entre les créanciers solidaires sont donc régis par la relation sous-jacente selon laquelle la créance solidaire a été établie. La nature de la relation juridique entre les créanciers solidaires ou la division interne de la créance ne peuvent être déduites de la créance solidaire. En particulier en cas de prestation indivisible, le créancier satisfait est tenu d'indemniser les autres créanciers solidaires. S'il n'est pas possible de déterminer des quotes-parts précises en l'absence de convention, ou si les circonstances le justifient, on procède à une répartition égale (art. 148 al. 1 CO par analogie).

Si un dommage survient en raison d'un défaut d'acceptation dont un créancier 10
solidaire est responsable, ce dommage est indemnisé à l'interne.

BIBLIOGRAPHIE

Baumgartner Hannes, Depot- und Compte-joint unter besonderer Berücksichtigung des Innenverhältnisses, diss., Zürich 1977.

Bron René, Le compte-joint en droit suisse, diss., Lausanne 1958.

Bucher Eugen, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2nd ed., Zurich 1988.

Gauch Peter / Schluep Walter R. / Emmenegger Susan, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band II, 11th ed., Zurich / Basel / Geneva 2020.

Geissbühler Grégoire, Le droit des obligations, Volume 1: partie générale, Geneva / Zurich / Basel 2020.

Graber Christoph K., in: Widmer Lüchinger Corinne / Oser David (eds.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7th ed., Basel 2020.

Huguenin Claire, Obligationenrecht Allgemeiner und Besonderer Teil, 3rd ed., Zurich / Basel / Geneva 2019.

Jung Peter, in: Honsell Heinrich (ed.), Kurzkommentar OR, Basel 2014.

Kratz Brigitta, Berner Kommentar, Solidarität, Art. 143-150 OR, Bern 2015.

Krauskopf Frédéric, Zürcher Kommentar, Die Solidarität, Art. 143-150 OR, 3rd ed., Zurich / Basel / Geneva 2016.

Mazan Stephan, in: Furrer Andreas / Schnyder Anton K. (eds.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht Allgemeine Bestimmungen, 3rd ed., Zurich / Basel / Geneva 2016.

Romy Isabelle, in: Thévenoz Luc / Werro Franz (eds.), Commentaire romand, Code des obligations I, 3rd ed., Basel 2021.

Schwenzer Ingeborg / Fountoulakis Christiana, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 8th ed., Bern 2020.

Tercier Pierre / Pichonnaz Pascal, Le droit des obligations, 6th ed., Geneva / Zurich / Basel 2019.

von Tuhr Andreas / Escher Arnold, Allgemeiner Teil des Schweizerischer Obligationenrechts, Band II, 3rd ed., Zurich 1974.

ATTENTION : Cette version du commentaire est une traduction automatique de l'original. Le commentaire original est en allemand. La traduction a été faite avec www.deepl.com. Seule la version originale fait foi. La version traduite du commentaire ne peut pas être citée.

COMMENTAIRE

Art. 633 CO

Un commentaire de Tamara Teves / David Meirich

PROPOSITION DE CITATION

Tamara Teves/David Meirich, Commentaire de l'art. 633 CO, in: Lukas Müller (édit.), Commentaire en ligne du Code des obligations

Citation abrégée: OK-Teves/Meirich, art. 633 CO N. XXX.

2. Libération des apports

a. En espèces

Art. 633

[1] Les apports en espèces doivent être déposés auprès d'une banque au sens de l'art. 1, al. 1, de la loi du 8 novembre 1934 sur les banques et être tenus à la disposition exclusive de la société.

[2] La banque ne libère cette somme qu'après l'inscription de la société au registre du commerce.

[3] Ont qualité d'apports en espèces les versements effectués dans la monnaie dans laquelle le capital-actions est libellé, ainsi que les versements effectués dans une monnaie librement convertible autre que celle dans laquelle est fixé le capital-actions.

TABLE DES MATIÈRES

I. Introduction 165
A. Généralités 165
B. Révision du droit de la société anonyme 165
II. Versement de l'apport (en espèces) 166
A. Versement 166
1. Montant du capital à déposer 166
2. Apports ne constituant pas des apports en numéraire 167
3. Dépôt 168
a. Banques et établissements fintech 168
b. Banques ou établissements fintech agréés par la FINMA 170
c. Modèles tarifaires 171
B. Validation du versement 172
1. Contenu (minimal) de la confirmation de versement 172
2. Pratique 172
3. Remboursement du capital déposé en cas de non-réalisation de la fondation ou de l'augmentation de capital 173
C. Versement en devises étrangères 174
1. Codification de la pratique 174
2. Respect de la contre-valeur minimale de 100 000 CHF 175
3. Les cryptomonnaies ne sont pas des devises étrangères 175
D. Inscription au registre du commerce 176
Bibliographie 176
Matériaux 178

I. INTRODUCTION

A. Généralités

Le présent art. 633 CO traite de l'apport, dans la mesure où celui-ci est effectué **en espèces**, et en particulier de son versement. L'art. 633 CO revêt une importance pratique dans le cas de la « **libération partielle ou totale en espèces** du capital-actions lors de **la constitution** et, conformément à la référence faite à l'art. 652*c* CO, également lors d'une **augmentation ordinaire et autorisée du capital** ». 1

« L'objectif est de garantir que les fondateurs respectent effectivement leurs promesses de paiement. » L'un des principes les plus importants du droit des sociétés anonymes est la **protection du capital**, « qui se traduit notamment lors de la constitution et de l'augmentation du capital par le fait que le capital propre de la société, tel qu'il est annoncé aux acteurs économiques dans les statuts et dans le registre du commerce, est effectivement mis à leur disposition dans son intégralité ». 2

B. Révision du droit de la société anonyme

La disposition de l'art. 633, al. 1 et 2, CO a été modifiée dans le cadre de la **révision du droit de la société anonyme au 1er janvier 2023**, dans la mesure où la terminologie a été adaptée à celle de la loi sur les banques (LB ; RS 952.0). Dans cette dernière, le terme général utilisé n'est pas « établissement », mais « banque ». Cette modification ne devrait toutefois pas avoir d'incidence matérielle. 3

Depuis la révision du droit des sociétés anonymes du 1er janvier 2023, l'art. 633, al. 3, CO contient différents aspects relatifs à la constitution et à la libération en espèces : selon la première partie de la phrase, sont considérés comme apports en espèces les versements effectués dans la monnaie dans laquelle le capital-actions est libellé, par exemple la libération d'un capital-actions en euros avec cette monnaie. Selon la deuxième partie de la phrase, les versements effectués dans d'autres monnaies **librement convertibles en capital-actions sont également considérés comme des apports en numéraire**. C'est par exemple le cas lorsqu'un capital-actions en francs suisses est libéré en dollars américains et en euros. Cela correspond à la 4

pratique des autorités du registre du commerce depuis 1999 en ce qui concerne le rapport entre les monnaies étrangères et le capital-actions en francs suisses.

5 L'avant-projet contenait une phrase supplémentaire stipulant que les apports en numéraire devaient couvrir le montant d'émission au moment de la décision de constatation. Il n'est pas nécessaire de répéter cette indication. Dans le cadre de l'**acte constitutif**, les fondateurs doivent constater, conformément à l'art. 629, al. 2, ch. 3, CO, que les exigences statutaires et légales relatives aux apports effectués sont remplies au moment de l'acte constitutif. Ils doivent donc, en cas d'apports dans une monnaie autre que celle dans laquelle le capital-actions est libellé, constater que ceux-ci couvrent au moins le montant des apports à effectuer, compte tenu du taux de conversion actuel. La libération en monnaie étrangère doit être distinguée de la nouvelle possibilité de libérer le capital-actions en monnaie étrangère.

II. VERSEMENT DE L'APPORT (EN ESPÈCES)

A. Versement

1. Montant du capital à déposer

6 La doctrine débat depuis longtemps pour savoir si l'obligation de dépôt s'applique uniquement à la valeur nominale des actions souscrites ou à la totalité du montant d'émission (capital nominal plus agio) :

7 Selon la doctrine la plus stricte et le Tribunal fédéral, le libellé de l'art. 633, al. 1, CO se réfère à tous les apports en numéraire et **non pas uniquement aux apports sur la valeur nominale**. L'objet du versement est donc à la fois la valeur nominale et l'agio, et la confirmation du versement du capital doit se référer en conséquence au montant total de l'émission.

8 La doctrine dominante et la pratique du registre du commerce considèrent en revanche que le dépôt de la valeur nominale est suffisant. Cela semble plus approprié, car seul le montant nominal est publié au registre du commerce et la pratique du registre du commerce veut que seul le dépôt de la valeur nominale soit vérifié lors de l'inscription. En fin de compte, le dépôt sert à protéger les tiers qui ne s'attendent pas à des versements supérieurs au capital nominal inscrit au registre du commerce. Le fait qu'il soit plus avantageux

pour la société de disposer directement d'argent plutôt que d'une créance qui pourrait ne pas être entièrement recouvrable n'y change rien, car il s'agit d'un problème lié à l'échéance différée de l'agio et non au versement sur un compte bloqué.

Il est possible de déclarer dans l'acte constitutif authentifié que l'agio est exigible à une date ultérieure. Dans ce cas, il ne doit être versé qu'à l'échéance. Selon une partie de la doctrine, toutefois, l'agio versé a posteriori doit également être déposé sur un compte bloqué auprès d'une banque, laquelle doit délivrer une attestation de versement de capital pour le montant de l'agio versé a posteriori. Tant que l'agio n'est pas entièrement libéré, les dispositions relatives aux actions partiellement libérées doivent être respectées. 9

2. Apports ne constituant pas des apports en numéraire

Les cryptomonnaies ou jetons de paiement tels que le bitcoin (BTC) ou l'ether (ETH) ou les stablecoins tels que l'USD Coin (USDC) ne sont pas considérés comme des moyens de paiement légaux ou des monnaies légales en Suisse. Par conséquent, une libération en cryptomonnaies ou en stablecoins sous forme d'apport en numéraire est exclue. En conséquence, même en vertu du droit actuel, une société anonyme ne peut pas constituer un capital-actions libellé en cryptomonnaies (jetons de paiement) ou en stablecoins. 10

Il est toutefois possible de libérer le capital-actions au moyen de **cryptomonnaies** ou de **jetons de paiement** tels que les **stablecoins en tant qu'apport en nature**, pour autant que les conditions requises dans chaque cas particulier soient remplies. 11

En 2018, en raison de la forte augmentation des demandes d'assujettissement liées aux Initial Coin Offerings (« ICO »), la FINMA a déclaré qu'elle suivait une approche fondée sur la fonction économique **pour la catégorisation des jetons**. Selon la FINMA, la « catégorie **« jetons de paiement »** (synonyme de **« cryptomonnaies »** pures) » comprend « les jetons qui sont effectivement ou, selon l'intention de l'organisateur, destinés à être acceptés comme moyen de paiement pour l'acquisition de biens ou de services ou à servir au transfert d'argent et de valeurs ». Les **exemples les plus connus** de jetons de paiement ou de cryptomonnaies sont le **bitcoin** (BTC) et l'**ether** (ETH). 12

13 La FINMA s'est déjà exprimée à plusieurs reprises sur la classification juridique et, en particulier, sur les risques et les exigences liés aux **stablecoins**. Les stablecoins se distinguent des autres jetons par le fait qu'ils utilisent un «**mécanisme de stabilisation sous la forme d'un lien avec un ou plusieurs actifs sous-jacents, tels que des monnaies** nationales». Lorsqu'elles sont utilisées comme moyen de paiement courant dans la pratique,
les stablecoins sont considérées comme des jetons de paiement. Les **exemples** les plus connus de stablecoins libellées en dollars américains sont **Tether** (USDT) et **USD Coin** (USDC).

3. Dépôt

a. Banques et établissements fintech

14 Même avant la révision du droit des sociétés anonymes du 1er janvier 2023, l'opinion majoritaire selon laquelle l'apport devait être déposé auprès d'un établissement disposant d'une autorisation bancaire conformément à la loi sur les banques était relativement incontestée. En effet, le libellé en vigueur depuis le 1er janvier 2019 jusqu'à la révision du droit des sociétés anonymes de 2023 englobait, outre les banques, les **personnes visées à l'art. 1*b* de la loi sur les banques** (appelées **établissements fintech**). Jusqu'au 31 décembre 2022, le libellé de l'art. 633 aOR, qui faisait référence à « un **établissement** soumis à la loi sur les banques du 8 novembre 1934 », aurait également autorisé les confirmations de versement de capital des établissements Fintech au sens de l'art. 1*b* LB. La doctrine majoritaire (continuait) de considérer que le versement des apports ne pouvait être effectué que sur un compte bancaire ; la pratique du registre du commerce à cet égard était hétérogène.

15 La révision du droit des sociétés anonymes du 1er janvier 2023 avait encore renforcé cette opinion (majoritaire) en modifiant l'art. 633, al. 1, CO, dont la nouvelle formulation était la suivante : « auprès d'une banque au sens de l'art. 1, al. 1, de la loi du 8 novembre 1934 sur les banques ». Selon le message, cette modification du libellé antérieur, qui parlait des « établissements soumis à la loi sur les banques du 8 novembre 1934 », ne devait **avoir aucune incidence matérielle**. D'après une interprétation grammaticale, les entreprises fintech au sens de l'art. 1*b* LB ne sont pas des banques et ne peuvent donc pas être subsumées sous l'art. 633, al. 1, CO.

Le message relatif à la modification de la loi sur les banques du 6 septembre 2023 vise à garantir une plus grande sécurité juridique en vue de l'introduction d'une garantie de liquidité publique dans ce domaine et propose une modification de l'art. 633, al. 1, CO et de l'art. 653e, al. 2, CO. Selon l'art. 633, al. 1, CO, les apports en capital doivent pouvoir être déposés auprès d'une « banque au sens de l'art. 1*a* de la loi du 8 novembre 1934 sur les banques (LB) ou auprès d'une personne au sens de l'art. 1*b* LB ». Étant donné qu'une **personne au sens de l'art. 1*b* LB** peut déjà fournir des services bancaires à des entreprises et qu'il n'existe aucune restriction matérielle à l'acceptation de dépôts au sens de l'art. 633 CO, il convient de préciser, afin d'éviter toute ambiguïté, que cette tâche peut être accomplie non seulement par une banque au sens strict, mais aussi par des personnes au sens de l'art. 1*b* LB. Selon la même logique, il convient d'ajouter à l'art. 653e, al. 2, CO une référence à ces personnes en relation avec la réalisation de dépôts en cas d'augmentation du capital conditionnel. 16

Dans sa communication pratique du 30 novembre 2023, l'Office fédéral du registre du commerce (« OFRC ») a confirmé, avant même la modification législative susmentionnée, que « les confirmations de versement de capital **des établissements fintech doivent être acceptées par les autorités du registre du commerce** ». 17

Il n'est par exemple pas suffisant de déposer l'apport en numéraire auprès d'un organe de la société en cours de constitution, sur un compte client d'un notaire ou sur le compte d'une banque à l'étranger qui ne dispose pas d'une autorisation de la FINMA. 18

Le 22 octobre 2025, le Conseil fédéral a annoncé que les modifications de LEFin visaient à renforcer les conditions-cadres pour les technologies financières innovantes, en particulier dans le domaine des cryptomonnaies, des stablecoins et des services de paiement, tout en garantissant la protection des clients, des investisseurs et du marché. L'« autorisation Fintech » prévue à l'art. 1*b* LB est ainsi transférée dans le LEFin et remplacée par la catégorie d'autorisation « **établissement de paiement** ». Il est en outre précisé que, dans ce contexte, il devrait être justifié de **pouvoir** déposer des fonds conformément aux art. 633 et 653e CO non seulement auprès des banques, **mais aussi auprès des établissements de paiement**. Le projet fait partie de la consultation qui se déroule jusqu'au **6 février 2026**. 19

20 Est considéré comme un établissement de paiement au sens de l'art. 2, al. 1, let. f, AP-LEFin en relation avec l'**art. 51*a* al. 1 AP-LEFin**, est considérée comme « toute personne qui, sans disposer d'une autorisation en tant que banque au sens de la LB, exerce principalement des activités dans le domaine financier et accepte à titre professionnel des fonds de clients ou se recommande publiquement à cette fin, mais ne rémunère pas ces fonds et ne les place que de la manière prévue à l'art. 51i ».

b. Banques ou établissements fintech agréés par la FINMA

21 La référence à l'art. 633, al. 1, CO, selon laquelle le versement sur un compte de libération du capital doit être effectué auprès d'une banque (ou d'un établissement fintech) conformément à la loi sur les banques, implique l'obligation de déposer les fonds auprès d'un **établissement domicilié en Suisse au sens de la LB**. Cela inclut également les « banques étrangères en Suisse » au sens de l'ordonnance de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers sur les banques étrangères en Suisse (ordonnance de la FINMA sur les banques étrangères ; RS 952.111), pour autant qu'elles disposent d'une autorisation de la FINMA en tant que succursale au sens de l'art. 4 OB-FINMA.

22 En résumé, le dépôt de capital est possible auprès :

- soit d'une banque **établie et agréée en Suisse**, soit d'un établissement Fintech **établi et agréé en Suisse** ; soit
- d'une banque étrangère ayant son siège à l'étranger, par l'intermédiaire de sa **succursale** établie en Suisse et agréée par la FINMA.

23 Les conditions de l'art. 633 CO **ne sont pas remplies** pour les apports de capital effectués auprès :

- de banques étrangères ;
- de représentations suisses de banques étrangères ; ou
- d'autres établissements financiers suisses soumis à des lois sur les marchés financiers autres que la LB.

Pour vérifier dans la pratique si un établissement remplit les exigences de l'art. 633, al. 1, CO, il est possible de consulter les **listes publiques de la FINMA** : 24

- Liste de la FINMA « Banques et maisons de titres autorisées », qui comprend également les succursales de banques étrangères (les représentations au sens de l'art. 14 OB-FINMA ne sont en revanche pas mentionnées) ;
- Liste des personnes autorisées par la FINMA conformément à l'art. 1*b* LB (autorisation dite « Fintech »).

Les deux **listes officielles de la FINMA** – « Banques et maisons de titres autorisées » et « Personnes autorisées par la FINMA au sens de l'art. 1*b* LB (autorisation Fintech) » – sont mises à jour en permanence par la FINMA, chaque fois que cela est nécessaire et en cas de modification du statut d'autorisation. Dans la pratique, le moyen le plus simple de consulter ces listes est d'utiliser la **fonction de recherche du site Internet de la FINMA** en saisissant les termes « Liste des banques » ou « Liste Fintech ». Les deux listes sont accessibles **au public** au format PDF et Excel et peuvent être consultées et téléchargées. 25

Il n'est **pas nécessaire** que le dépôt soit effectué auprès d'une banque ou d'un établissement Fintech dont le siège ou la succursale se trouve au même endroit ou dans le même canton que le siège de la société à créer. Pour des raisons pratiques, les entreprises nouvellement créées choisissent généralement, pour le versement du capital, un établissement auprès duquel elles souhaitent ensuite effectuer leurs opérations de paiement ou obtenir d'autres services bancaires qui leur sont utiles. Il n'existe **aucune obligation ni restriction** à cet égard. Cela présente toutefois l'avantage de ne devoir passer par le processus d'ouverture de compte qu'auprès d'un seul établissement et non de deux. 26

c. Modèles tarifaires

Dans la pratique, on observe chez les banques et les établissements Fintech la tendance suivante à des **modèles tarifaires** différents en matière de comptes de dépôt de capital : 27

- **Les banques** ont (du moins actuellement) tendance à appliquer des frais proportionnels de 0,1 à 0,5 % du capital versé, avec des frais minimaux de

200 à 300 CHF et des frais maximaux de 2 000 à 5 000 CHF (à l'exception de certaines banques qui proposent des comptes de dépôt de capital gratuits) ;

- **Les établissements Fintech** qui proposent des comptes de dépôt de capital ont tendance à appliquer des approches différentes, les offres allant de frais fixes de 249 CHF à des offres gratuites (lors de la clôture d'autres comptes).

B. Validation du versement

1. Contenu (minimal) de la confirmation de versement

28 Après le dépôt du versement, la banque ou l'établissement Fintech délivre une attestation formelle, appelée confirmation de versement. Afin de protéger le capital, cette confirmation de versement doit comporter les informations (minimales) suivantes :

- « la société à créer doit être **clairement identifiée** ;
- le **montant déposé** doit être indiqué (en cas de libération en devises étrangères, avec la contre-valeur en francs suisses) ; et
- il doit être expressément précisé que le montant est déposé sur un **compte bloqué au profit de la société**. »

2. Pratique

29 « L'art. 633, al. 2, CO stipule que le montant versé ne peut être libéré que lorsque la société est **inscrite au** registre du commerce. Il en va de même pour l'augmentation de capital. »

30 Dans la pratique, la **libération** du montant conformément à l'art. 633, al. 2, CO intervient généralement avant la publication de l'inscription dans la Feuille officielle suisse du commerce (FOSC), dès la présentation de l'**extrait du registre journalier** disponible auprès de l'office cantonal du registre du commerce et après confirmation par l'OFRC qu'il n'y a pas d'obstacle à l'inscription. Sur demande, l'office cantonal du registre du commerce informe les personnes qui ont déposé la demande dès que l'enregistrement a été approuvé par l'OFRC.

La plupart des banques acceptent également les extraits du registre quotidiens certifiés par l'office cantonal du registre du commerce avant leur publication dans la FOSC et leur reprise dans le registre principal. Il s'agit d'informations qui, conformément à l'art. 34 ORC, sont communiquées sur demande aux personnes qui ont déposé la demande d'inscription au registre du commerce dès que l'OFRC a approuvé l'inscription. Conformément à l'art. 11, al. 2, ORC, ces extraits du registre journalier portent la mention « Approbation OFRC » et sont également envoyés par e-mail sous forme de scan PDF par les offices du registre du commerce compétents, moyennant une taxe supplémentaire. 31

3. Remboursement du capital déposé en cas de non-réalisation de la fondation ou de l'augmentation de capital

Il n'existe aucune disposition légale pour le cas où, après le dépôt du versement à la disposition exclusive de la société, la constitution n'est pas réalisée. Dans la pratique, la banque ou l'établissement Fintech doit restituer les montants aux versants dès qu'elle a reçu une déclaration de l'officier public mandaté confirmant l'**échec de la constitution**. 32

Toutefois, l'officier public ne peut délivrer une telle déclaration à la banque ou à l'établissement Fintech que s'il dispose effectivement de l'original de la confirmation de versement du capital. Si le versant dispose d'un original supplémentaire, la banque ou l'établissement Fintech supporte, en cas de remboursement, le risque qu'une constitution ait été obtenue frauduleusement entre-temps. Pour contrer ce risque, une banque ou un établissement Fintech délivre généralement l'attestation de versement en un seul exemplaire original et en indiquant une durée de validité. 33

Il n'existe pas non plus de pratique notariale uniforme selon laquelle seules les attestations de versement de capital datant de moins de trois mois, par exemple, sont acceptées. La banque ou l'établissement Fintech peut donc bloquer les fonds pendant une période plus longue, c'est-à-dire jusqu'à ce que le risque de remboursement puisse être considéré comme acceptable sur la base des déclarations du déposant. 34

C. Versement en devises étrangères

1. Codification de la pratique

35 La nouvelle disposition de l'art. 633, al. 3, CO codifie la pratique actuelle de l'OFRC, selon laquelle sont considérés comme apports en numéraire non seulement les versements dans la monnaie dans laquelle le capital-actions est libellé, mais aussi les monnaies **librement convertibles** dans le capital-actions. Le versement ne doit donc pas nécessairement être effectué dans une monnaie essentielle à l'activité commerciale ni dans une monnaie autorisée par le Conseil fédéral pour le capital nominal conformément à l'art. 621, al. 2, CO. La libération en monnaies étrangères est une pratique établie depuis 2004. Selon le message relatif à la révision du droit des sociétés anonymes du 1er janvier 2023, cette pratique serait déjà en vigueur depuis 1999 auprès des autorités du registre du commerce.

36 Les monnaies pouvant être utilisées comme **capital-actions** sont énumérées à l'annexe 3 de l'ordonnance sur le registre du commerce. Il s'agit actuellement des monnaies suivantes :

- Livre sterling / GBP ;
- Euro / EUR ;
- dollar américain / USD ;
- yen japonais / JPY.

37 Les devises suivantes sont généralement considérées comme **entièrement convertibles** :

- dollar américain / USD ;
- euro / EUR ;
- franc suisse / CHF ;
- livre sterling / GBP ;
- yen japonais / JPY ;
- dollar canadien / CAD ;
- dollar australien / AUD ;
- le dollar néo-zélandais / NZD ;

- la couronne norvégienne / NOK ;
- la couronne suédoise / SEK ;
- la couronne danoise / DKK ;
- le dollar singapourien / SGD ;
- le dollar de Hong Kong / HKD ;
- le won sud-coréen / KRW.

2. Respect de la contre-valeur minimale de 100 000 CHF

L'avant-projet du message contenait une autre phrase stipulant que les apports en numéraire devaient couvrir le montant des dépenses **au moment de la décision de constatation**. Il n'est pas nécessaire de répéter cette indication. Le message précise en outre que, dans le cadre de l'acte constitutif, les fondateurs doivent constater, conformément à l'art. 629, al. 2, ch. 3, CO, que les exigences statutaires et légales relatives aux apports effectués sont remplies **au moment de l'acte constitutif**. Ils doivent donc, en cas d'apports dans une monnaie autre que celle dans laquelle le capital-actions est libellé, constater que ceux-ci couvrent au moins le montant des apports à effectuer, compte tenu du taux de conversion actuel. 38

Dans la pratique, il peut arriver que, lors de versements en monnaies étrangères, la « correction du taux de change par la marge de sécurité » entraîne le versement sur le compte de dépôt de capital d'un montant supérieur au montant de l'émission. Il en va de même si la monnaie étrangère continue à s'apprécier jusqu'au moment de l'inscription. Selon la doctrine ancienne, « l'excédent » doit être versé dans les réserves latentes sous forme d'agio et rester dans la société. Selon la pratique récente, en revanche, l'excédent doit être affecté à la réserve légale. 39

3. Les cryptomonnaies ne sont pas des devises étrangères

Les cryptomonnaies ne sont pas considérées comme des apports en numéraire ou en espèces, mais peuvent être apportées sous forme d'**apports en nature**. 40

D. Inscription au registre du commerce

41 Lors de l'inscription d'une création au registre du commerce, de nombreux justificatifs doivent être fournis. La confirmation ou l'attestation de versement de l'établissement bancaire est considérée comme un tel justificatif. Celle-ci ne doit toutefois pas être fournie si l'établissement bancaire est mentionné dans l'acte constitutif.

Remerciements

Nous remercions tout particulièrement Gilles Quetting pour son précieux soutien dans la recherche pour cet article.

Cette publication reflète exclusivement l'opinion personnelle des auteurs et n'engage pas la FINMA.

BIBLIOGRAPHIE

Bärtschi Harald, Kommentierung zu Art. 43 HRegV, in: Harald Bärtschi (Hrsg.), Onlinekommentar zur Handelsregisterverordnung – Version: 22.3.2024: https://onlinekommentar.ch/de/kommentare/hregv43, besucht am 22.9.2025.

Blatter Manuel/Waldburger Martin, Personengesellschaften und Aktiengesellschaft Art. 530–771 OR, in: Roberto Vito/Trüeb Hans Rudolf, CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 4. Aufl., 2023.

Böckli Peter, Schweizer Aktienrecht, 5. Aufl., Zürich 2022.

Clemetson Caroline/Scerri Manuela, Commentaire romand Code des obligations II, Art. 633 CO, in: Tercier Pierre, Trigo Trindade Rita/Canapa Damiano (Hrsg.), Code des obligations II, 3. Aufl., 2024.

Cramer Conradin, Kommentierung zu Art. 633 OR, in: Handschin Lukas (Hrsg.), Zürcher Kommentar, Die Aktiengesellschaft, Allgemeine Bestimmungen, Art. 620-659*b* OR, 2. Aufl., Zürich 2016.

Forstmoser Peter/Küchler Marcel, Schweizerisches Aktienrecht 2020, Das neue Recht der AG, der GmbH und der Genossenschaft und die damit verbundenen weiteren Gesetzesänderungen, Bern 2021.

Forstmoser Peter/Meier-Hayoz Arthur/Nobel Peter, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996.

Glanzmann Lukas, Fallstricke bei Gründung und Kapitalerhöhung, Bern 2011.

Jung Peter, in: Handschin Lukas (Hrsg.), Zürcher Kommentar, Die Aktiengesellschaft, Allgemeine Bestimmungen, Art. 620-659b OR, 2. Aufl., Zürich 2016.

Jutzi Thomas/Martina Herzog, Kommentierung zu Art. 620-647 OR, in: Nobel Peter/Müller Christoph, Berner Kommentar, Bern 2023.

La Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel Tribunal cantonal, Recueil de jurisprudence neuchâteloise (RJN) 2018, S. 321-331.

Meisterhans Clemens/Gwelessiani Michael, Praxiskommentar zur Handelsregisterverordnung, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2021.

Meyer Manuel, Die Sacheinlage im Aktienrecht, Zürich/St. Gallen 2015.

Müller Wolfgang, Kommentierung zu Art. 652*c* OR, in: Roberto Vito/Trüeb Hans Rudolf, Personengesellschaften und Aktiengesellschaft Art. 530–771 OR CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 4. Aufl., Zürich 2023.

Müller Lukas/Stoltz Thomas/Kallenbach Tobias, Liberierung des Aktienkapitals mittels Kryptowährung, AJP/PJA 11 (2017), S. 1318-1332.

Lombardini Carlo/Clemetson Caroline, Kommentierung zu Art. 633 OR, in: Tercier Pierre/Trigo Trindade Rita/Canapa Damiano (Hrsg.), Code des obligations II, 3. Aufl., 2024.

Oesch Vanessa, Ausgewählte Aspekte der Aktienrechtsrevision aus der Perspektive des Handelsregisters, REPRAX 4 (2019), S. 161 -184.

Schärli Kilian/Schütte Jonas, Kryptowährungen als Sacheinlage bei Gründungen und Kapitalerhöhungen, Anwaltsrevue de L'avocat 5 (2022), S. 199-202.

Schenker Franz/Meyer Manuel, Kommentierung zu Art. 633 OR, in: Watter Rolf/Vogt Hans-Ueli (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 6. Aufl., Basel 2024.

Schenker Urs/Schenker Olivier, Praxisleitfaden zum revidierten Aktienrecht, S. 1-21, 2023.

Semi Melda/Müller Lukas, Das neue Aktienrecht vom 19. Juni 2020 aus Sicht des Beurkundungsrechts, ZBGR 103 (2022), S. 329-351.

Siffert Rino/Tagmann Adrian, Kommentierung zu Art. 43 HRegV, Stämpflis Handkommentar, Handelsregisterverordnung, 1. Aufl., Bern 2013.

Thalmann Paul/Benninger Nora, Bares ist Wahres, Zur Liberierung in Fremdwährungen nach schweizerischem Aktienrecht, REPRAX 5 (2003), S. 19 ff.

Von der Crone Hans Caspar, Aktienrecht, 2. Aufl., Bern 2020.

Zindel/Isler, Kommentierung zu Art. 652*c* OR, Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 6. Aufl., Basel 2024.

Zürcher Wolfgang/Berweger Martin, Kommentierung zu Art. 633 OR, in: Kostkiewicz Jolanta Kren/Wolf Stephan/Amstutz Marc/Fankhauser Roland (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht, 4. Aufl., 2023.

MATÉRIAUX

Botschaft vom 23.11.2016 zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht), BBl 2017 399, abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2017/112/de, besucht am 28.10.2025.

Botschaft vom 6.9.2023 zur Änderung des Bankengesetzes, BBl 2023 2165, abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2023/2165/de, besucht am 28.10.2025.

Eidgenössisches Amt für das Handelsregister (EHRA), Praxismitteilung EHRA 3/23 vom 30.11.2023, Kapitaleinzahlungsbestätigung gemäss Art. 633 Abs. 1 OR durch Personen nach Art. 1*b* BankG (Fintech-Unternehmen), abrufbar unter https://www.bj.admin.ch/dam/bj/de/data/wirtschaft/handelsregister/praxismitteilungen/praxismitteilung-2023-03.pdf.download.pdf/praxismitteilung-2023-03-d.pdf, besucht am 28.10.2025.

Eidgenössisches Amt für das Handelsregister (EHRA), Praxismitteilung EHRA 4/20 vom 10.12.2020, Änderungen des Handelsregisterrechts per 1.1.2021, abrufbar unter https://www.bj.admin.ch/dam/bj/de/data/wirtschaft/handelsregister/praxismitteilungen/

praxismitteilung-2020-04.pdf.download.pdf/praxismitteilung-2020-04-d.pdf, besucht am 28.10.2025.

Eidgenössisches Finanzdepartement (EFD), Änderung des Finanzinstitutsgesetzes (Zahlungsmittelinstitute und Krypto-Institute), Erläuternder Bericht zur Eröffnung des Vernehmlassungsverfahrens vom 22.10.2025, abrufbar unter https://cms.news.admin.ch/dam/de/der-schweizerische-bundesrat/bqoaKNhbpGcb/finig-erlaeuternder-bericht-de.pdf, besucht am 28.10.2025.

Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (FINMA), FINMA-Aufsichtsmitteilung 6/2024 vom 26.7.2024, Stablecoins: Risiken und Anforderungen für Stablecoin-Herausgebende und garantiestellende Banken, abrufbar unter https://www.finma.ch/de/news/2024/07/20240726-m-am-06-24-stablecoins/, besucht am 28.10.2025.

Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (FINMA), Ergänzung der Wegleitung vom 11.9.2019 für Unterstellungsanfragen betreffend Initial Coin Offerings (ICOs), abrufbar unter https://www.finma.ch/~/media/finma/dokumente/dokumentencenter/myfinma/1bewilligung/fintech/wegleitung-stable-coins.pdf, besucht am 28.10.2025.

Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (FINMA), Wegleitung vom 16.2.2018 für Unterstellungsanfragen betreffend Initial Coin Offerings (ICOs), abrufbar unter https://www.finma.ch/de/~/media/finma/dokumente/dokumentencenter/myfinma/1bewilligung/fintech/wegleitung-ico.pdf?sc_lang=de&hash=95F3DDE91518C2D0D736C6C885DB8F64, besucht am 28.10.2025.

ATTENTION : Cette version du commentaire est une traduction automatique de l'original. Le commentaire original est en allemand. La traduction a été faite avec www.deepl.com. Seule la version originale fait foi. La version traduite du commentaire ne peut pas être citée.

COMMENTAIRE

Art. 701 CO

Un commentaire de Daniel Brugger

PROPOSITION DE CITATION

Daniel Brugger, Kommentierung zu Art. 701 OR, Onlinekommentar zum Obligationenrecht

Citation abrégée: OK-Brugger, N XXX zu Art. 701 OR.

3. Réunion de tous les actionnaires

Art. 701

[1] Les propriétaires ou les représentants de la totalité des actions peuvent, s'il n'y a pas d'opposition, tenir une assemblée générale sans observer les formes prévues pour sa convocation.

[2] Aussi longtemps qu'ils sont présents, cette assemblée a le droit de délibérer et de statuer valablement sur tous les objets qui sont du ressort de l'assemblée générale.

TABLE DES MATIÈRES

I. Introduction 183
A. Notion d'assemblée universelle 183
B. But de l'assemblée universelle 184
C. Importance pratique de l'assemblée universelle 184
II. Conditions d'une assemblée universelle 185
A. Présence ou représentation de toutes les actions 185
1. Présence continue de toutes les actions 185
2. Quitter l'assemblée 186
3. Consentement écrit ? 186
4. Présence du conseil d'administration ? 187
B. Pas d'opposition 187
1. Forme de l'opposition 187
2. Contenu de l'opposition 187
3. Moment de l'opposition 188
III. Conséquences 188
A. Renonciation aux formalités de convocation 188
B. Réparation des vices de convocation 189
IV. Conditions non remplies 190
A. Nullité 190
B. Conversion en assemblée générale ordinaire 190
V. Procès-verbal et direction des débats 191
VI. Perspectives pour le droit révisé de la société anonyme 191
Bibliographie 192

I. INTRODUCTION

A. Notion d'assemblée universelle

En principe, les actionnaires doivent être formellement convoqués à l'assemblée générale d'une société anonyme, en respectant un délai et en indiquant obligatoirement les points à l'ordre du jour (à ce sujet, art. 700 CO). Ces formalités de convocation visent à protéger les actionnaires et à faire en sorte qu'ils aient la possibilité d'exercer leurs droits de participation à l'assemblée générale. Elles permettent entre autres de garantir que les actionnaires ne soient pas pris au dépourvu lors de l'assemblée par des sujets de discussion inattendus et qu'ils ne soient pas incités à prendre des décisions irréfléchies. 1

La loi prévoit à l'article 701 CO une exception selon laquelle une assemblée générale peut être tenue sans respecter les prescriptions prescrites pour la convocation. Le marginal qualifie cette assemblée générale d'"assemblée universelle". L'assemblée est universelle dans la mesure où tous les actionnaires des associés ou leurs représentants sont présents à l'assemblée. Il s'agit donc d'une assemblée générale des actionnaires (ou de leurs représentants). Dans la note marginale en français et en italien, l'assemblée universelle est désignée en conséquence comme "réunion de tous les actionnaires" et "riunione di tutti gli azionisti". Le fait que toutes les actions de la société soient présentes ou représentées ne suffit cependant pas pour que l'assemblée soit "universelle" au sens de l'art. 701 CO. L'art. 701 CO exige en outre que les actionnaires ou leurs représentants soient présents sans contradiction (pour les conditions en détail, voir n. 11 ss.). Une assemblée universelle est donc une assemblée générale à laquelle tous les actionnaires de la société (ou leurs représentants) sont présents sans opposition. 2

Si tel est le cas, l'assemblée générale peut être tenue sans les prescriptions prescrites pour sa convocation (art. 701 al. 1 CO ; à ce sujet, n. 28 ci-dessous). L'assemblée universelle peut valablement délibérer et prendre des décisions sur tous les objets relevant du domaine d'activité de l'assemblée générale (art. 701 al. 2 CO). L'assemblée universelle dispose donc de toutes les compétences d'une assemblée générale (art. 698 al. 2 ch. 1 - 6 CO). Tant l'assemblée générale ordinaire que l'assemblée générale extraordinaire peuvent être organisées en tant qu'assemblée universelle. 3

B. But de l'assemblée universelle

4 Le but de l'assemblée universelle est "pratique" : l'assemblée universelle doit permettre aux actionnaires de tenir une assemblée générale à court terme et sans grandes complications organisationnelles concernant la convocation. La convocation de l'assemblée générale est ainsi simplifiée et la tenue des assemblées générales facilitée.

5 Si tous les actionnaires (ou leurs représentants) sont présents sans objection, c'est-à-dire s'ils sont d'accord pour que l'assemblée générale se tienne sans respecter les formalités de convocation, il n'est pas non plus judicieux d'insister sur les prescriptions en matière de convocation. Au contraire, il serait choquant et contraire à l'obligation d'agir selon les règles de la bonne foi (art. 2, al. 1, CC) qu'un actionnaire (ou un représentant) présent sans retenue soit en mesure de remettre en question après coup la validité des décisions de l'assemblée générale en raison d'erreurs de convocation.

6 Lors de l'assemblée universelle, la protection de l'actionnaire est plutôt assurée d'une autre manière : L'actionnaire ou son représentant doit se protéger lui-même d'une éventuelle surprise (à ce sujet, n. 1 ci-dessus). S'il n'est pas d'accord avec le déroulement de l'assemblée générale ou s'il a besoin de plus de temps pour préparer un point à l'ordre du jour, il peut ne pas participer à l'assemblée, la quitter à tout moment ou s'opposer au traitement de certains points de l'ordre du jour (voir n. 15 ss. et n. 20 ss. ci-dessous). Chaque actionnaire dispose ainsi d'un droit de veto contre la tenue de l'assemblée générale en tant qu'assemblée universelle.

7 En raison de ce droit de veto, la tenue d'une assemblée universelle n'est pas recommandée si des décisions doivent y être prises sur des sujets qui suscitent une opposition fondamentale de la part de certains actionnaires. De même, une assemblée universelle n'est pas recommandée si l'actionnariat est divisé ou si l'on peut s'attendre à des manœuvres de perturbation ou de retardement.

C. Importance pratique de l'assemblée universelle

8 Dans la pratique, les sociétés unipersonnelles, les sociétés avec un petit actionnariat ainsi que les sous-sociétés de groupe avec une participation de 100 % tiennent en général leur assemblée générale sous forme d'assemblée universelle.

En revanche, dans les sociétés dont l'actionnariat est très dispersé, il n'est généralement pas possible de réunir toutes les actions en une seule assemblée. Il est donc pratiquement exclu d'organiser une assemblée universelle pour de telles sociétés. 9

De même, la tenue d'une assemblée universelle n'est généralement pas possible lorsque la société a émis un capital-participation, en raison des dispositions légales de protection des participants. 10

II. CONDITIONS D'UNE ASSEMBLÉE UNIVERSELLE

Selon l'art. 701 al. 1 CO, deux conditions sont nécessaires pour que l'assemblée universelle soit valable : 11

- Tous les actionnaires de la société sont présents en permanence ou valablement représentés.
- Aucun actionnaire ou représentant ne s'oppose à la tenue de l'assemblée universelle.

A. Présence ou représentation de toutes les actions

1. Présence continue de toutes les actions

Pour que l'assemblée universelle soit juridiquement valable, il faut tout d'abord que tous les actionnaires soient présents ou valablement représentés de manière continue. L'assemblée universelle n'est donc valable que si toutes les actions sont représentées. Une exception est faite pour les actions propres, car le droit de vote est suspendu pour ces actions (art. 659a al. 1 CO). 12

Si toutes les actions sont représentées dans les mains d'un actionnaire, il suffit, dans le cas extrême, qu'un seul actionnaire ou représentant soit présent et tienne l'assemblée pour qu'elle soit universelle. 13

Seule la présence de l'actionnaire ou de son représentant est requise. La participation active à l'assemblée, par exemple par l'exercice du droit de vote, n'est pas requise pour que l'assemblée universelle soit valable. En d'autres termes, l'abstention est autorisée lors de l'assemblée universelle. 14

2. Quitter l'assemblée

15 La présence de toutes les actions est requise pendant toute la durée de l'assemblée universelle. Si un actionnaire ou son représentant quitte l'assemblée, l'assemblée universelle prend fin immédiatement. En revanche, le départ d'un actionnaire n'a pas d'effet rétroactif sur les décisions déjà prises. Les décisions prises précédemment restent en principe valables. Exceptionnellement, elles peuvent être invalidées s'il est évident que, sans les décisions prévues ultérieurement, elles n'auraient jamais été prises ou n'auraient aucun sens.

16 Après le départ, il est certes possible de continuer à délibérer sans engagement lors de la réunion des actionnaires restants. Mais les décisions de l'assemblée générale ne peuvent plus être valablement prises (sur les conséquences, voir n. 33 ss.).

17 Si toutes les actions ne sont pas représentées au début de l'assemblée (ou si un actionnaire quitte l'assemblée), l'assemblée peut (à nouveau) être tenue en tant qu'assemblée universelle après l'arrivée ou le retour du dernier actionnaire. Du fait que toutes les actions sont (à nouveau) représentées à l'assemblée, les décisions suivantes peuvent être prises en assemblée universelle. En revanche, les décisions prises précédemment lorsque l'actionnariat n'était pas complet ne sont pas annulées. En revanche, si les actionnaires (ou leurs représentants) sont au complet, la prise de décision sur les points de l'ordre du jour déjà adoptés peut être répétée.

3. Consentement écrit ?

18 Un actionnaire absent ne peut pas approuver par écrit, à l'avance ou a posteriori, les décisions prises lors d'une assemblée universelle, bien que cela soit régulièrement tenté dans la pratique. Un tel consentement n'est pas valable, sauf s'il peut être interprété comme un pouvoir de représentation des actions. Si l'actionnaire ne souhaite pas participer à l'assemblée, mais ne veut pas pour autant empêcher la tenue de l'assemblée universelle, il est judicieux qu'il désigne au préalable un représentant qui pourra représenter ses actions à l'assemblée.

4. Présence du conseil d'administration ?

Seule la présence de tous les actionnaires (ou de leurs représentants) est nécessaire à la validité de l'assemblée universelle, mais pas celle des membres du conseil d'administration, même s'ils ont le droit de participer à l'assemblée et de faire des propositions en vertu de l'art. 702a CO. Les membres du conseil d'administration ne peuvent pas non plus empêcher la tenue de l'assemblée universelle en s'y opposant. Dans le droit révisé des sociétés anonymes, une rationalisation de la formulation de l'art. 702a CO permet de préciser que ni les membres du conseil d'administration ni les membres de la direction n'ont un droit de participation juridiquement exécutoire. 19

B. Pas d'opposition

Lors de l'assemblée universelle, les actionnaires renoncent à l'observation des formalités de convocation. Aucun actionnaire ne doit cependant accepter qu'une assemblée générale soit organisée sous la forme d'une assemblée universelle (ce que l'on appelle le droit de veto de l'actionnaire ; cf. supra n. 6). Deuxièmement, pour que l'assemblée universelle soit valable, il faut que tous les actionnaires (ou leurs représentants) acceptent expressément ou tacitement que l'assemblée générale soit organisée en tant qu'assemblée universelle. Inversement, il faut qu'aucun actionnaire (ou son représentant) ne s'oppose à l'assemblée universelle. 20

1. Forme de l'opposition

L'opposition de l'actionnaire ou de son représentant n'est soumise à aucune forme. L'actionnaire (ou son représentant) doit toutefois exprimer son opposition de manière claire et non équivoque. L'opposition doit notamment se distinguer de la simple abstention admise lors de l'assemblée universelle (cf. supra n. 14). 21

2. Contenu de l'opposition

L'opposition de l'actionnaire (ou de son représentant) peut être dirigée contre la tenue de l'assemblée universelle ou contre la prise de décision sur un point précis de l'ordre du jour. Ce dernier point s'explique déjà par le fait qu'un actionnaire (ou son représentant) peut légitimement considérer que différentes affaires sont prêtes à être décidées de différentes manières. En outre, les actionnaires pourraient interrompre une première assemblée 22

universelle et se réunir immédiatement après pour une nouvelle assemblée universelle sans le point litigieux à l'ordre du jour. Il n'est donc pas judicieux d'interrompre l'assemblée universelle uniquement parce qu'un actionnaire (ou son représentant) s'oppose à un point de l'ordre du jour. Au contraire, l'assemblée universelle se tiendra sans le point litigieux à l'ordre du jour.

23 En revanche, une opposition à des propositions individuelles concernant un point de l'ordre du jour n'est pas recevable. En cas de doute, une telle opposition doit être interprétée comme une opposition à l'ensemble du point de l'ordre du jour (cf. n. 40 ci-dessous).

24 Il n'est pas non plus admissible de déclarer une opposition conditionnelle. Ainsi, un actionnaire ne peut pas faire dépendre sa renonciation à l'opposition à un point de l'ordre du jour du résultat du vote.

3. Moment de l'opposition

25 L'opposition de l'actionnaire (ou du représentant) peut avoir lieu avant ou pendant l'assemblée.

26 Si l'opposition a été formulée avant l'assemblée, mais que l'actionnaire ou son représentant participe à l'assemblée, il doit réitérer son opposition. Dans le cas contraire, la participation sans retenue de l'actionnaire doit en principe être considérée comme une renonciation à l'opposition.

27 Pendant l'assemblée, l'actionnaire ou son représentant peut consigner son opposition au procès-verbal. Si l'actionnaire (ou son représentant) ne fait opposition qu'après le début de l'assemblée, celle-ci ne peut porter que sur des décisions à prendre. Il n'est pas possible de s'opposer à ce qui a déjà été décidé et les décisions prises jusqu'alors restent valables (voir ci-dessus, n. 15). L'opposition n'a donc pas d'effet rétroactif, mais uniquement pour l'avenir.

III. CONSÉQUENCES

A. Renonciation aux formalités de convocation

28 Si les deux conditions susmentionnées pour la tenue de l'assemblée universelle sont remplies, l'assemblée générale peut être tenue sans les prescriptions prescrites pour sa convocation (art. 701 al. 1 CO). Les allégements formels de l'assemblée universelle se limitent toutefois aux

prescriptions légales et statutaires en matière de convocation. Par exemple, dans le cas d'une assemblée universelle, aucune convocation proprement dite n'est nécessaire et l'ordre du jour peut être modifié à volonté.

Par ailleurs, les prescriptions légales et statutaires applicables à l'assemblée générale doivent également être respectées sans restriction pour l'assemblée universelle. En particulier, les quorums légaux et statutaires (art. 703 et suivants CO) doivent être respectés. En conséquence, l'unanimité n'est pas requise lors de l'assemblée universelle, mais c'est en général la majorité des voix attribuées aux actions qui décide (art. 703 CO). La disposition relative à l'établissement du procès-verbal de l'assemblée (art. 702 al. 2 CO) s'applique également sans restriction à l'assemblée universelle (cf. n. 38 ss. ci-après). 29

Si les conditions légales de l'art. 701 al. 1 CO sont remplies, toute réunion des actionnaires (ou de leurs représentants) peut en principe être déclarée assemblée générale. Ainsi, une réunion commune de tous les actionnaires peut être transformée en assemblée universelle et les décisions réservées à l'assemblée générale peuvent être prises lors de cette réunion. 30

Mais toute réunion informelle de tous les actionnaires de la société ne constitue pas nécessairement une assemblée universelle. Par exemple, dans une société familiale, un repas informel pris en commun à la table de midi ne constitue généralement pas une assemblée générale, bien que tous les actionnaires soient représentés à l'assemblée. Pour que l'assemblée universelle soit valable, les actionnaires doivent être conscients qu'ils constituent une assemblée générale capable de prendre des décisions et ils doivent le vouloir. En outre, il convient de rappeler que (hormis les formalités de convocation) les autres exigences relatives à une assemblée générale doivent être respectées, notamment la tenue d'un procès-verbal (à ce sujet, n. 29 ci-dessus). 31

B. Réparation des vices de convocation

Si une assemblée générale "ordinaire" a été convoquée, mais que la convocation était erronée, par exemple parce que le délai de convocation n'a pas été respecté ou que l'ordre du jour n'a pas été indiqué de manière juridiquement correcte, la tenue d'une assemblée universelle permet de remédier aux vices de convocation. 32

IV. CONDITIONS NON REMPLIES

A. Nullité

33 Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, les décisions prises lors d'une "assemblée universelle", alors que toutes les actions n'étaient pas présentes ou représentées à l'assemblée, souffrent d'un grave vice de forme et sont nulles (art. 706b ch. 1 CO). Il importe peu que l'actionnaire non présent ait pu empêcher la décision par son pouvoir de vote.

34 La nullité d'une décision doit être constatée d'office par le tribunal à tout moment. Cela signifie également que toute personne (donc également les non-actionnaires, comme les créanciers) peut en principe invoquer à tout moment une décision nulle de l'assemblée générale. Il est néanmoins exigé qu'il existe un intérêt digne de protection à la constatation de la nullité de la décision de l'assemblée générale (art. 59 al. 2 let. a CPC).

35 La nullité peut également être constatée en procédure de recours, notamment par le Tribunal fédéral. Le Tribunal fédéral ne statue toutefois sur la nullité d'une décision d'assemblée générale en tant qu'acte juridique de droit privé que dans la mesure où la nullité peut être fondée sur les faits constatés en première instance ou qu'un complément d'état de fait suffisant en droit est exigé.

B. Conversion en assemblée générale ordinaire

36 Si un actionnaire ou son représentant quitte l'assemblée, celle-ci peut être convertie en une assemblée générale "ordinaire". Toutefois, une telle conversion échouera généralement parce que les règles de convocation n'ont pas été respectées. En revanche, si les règles de convocation ont été respectées, l'assemblée peut se poursuivre en tant qu'assemblée générale "ordinaire" après le départ d'un actionnaire.

37 Le passage d'une assemblée universelle à une assemblée générale "ordinaire" doit être consigné dans le procès-verbal de l'assemblée. Si l'assemblée est maintenue en tant qu'assemblée générale "ordinaire", les documents de convocation habituels s'appliquent. En particulier, le nombre d'objets sur lesquels l'assemblée générale peut prendre des décisions se limite à ceux mentionnés dans la convocation.

V. PROCÈS-VERBAL ET DIRECTION DES DÉBATS

Le fait que tous les actionnaires ou leurs représentants sont présents et que personne ne s'y oppose doit être consigné dans le procès-verbal de l'assemblée universelle. Dans certaines circonstances, il peut également être utile de consigner dans le procès-verbal que tous les actionnaires ou leurs représentants étaient présents jusqu'à la fin de l'assemblée et de faire signer le procès-verbal par toutes les personnes présentes. 38

Si des objections ont été formulées contre l'assemblée universelle dans son ensemble ou contre certains points de l'ordre du jour, elles doivent être consignées dans le procès-verbal. Il est recommandé au président de l'assemblée universelle de clarifier les éventuelles ambiguïtés concernant l'opposition et de veiller à la clarté juridique. Si la déclaration de l'actionnaire n'est pas claire, le président devrait demander à l'actionnaire ou à son représentant s'il fait opposition et, si oui, à quoi exactement (à l'assemblée universelle dans son ensemble ou à quel point précis de l'ordre du jour). 39

Si un actionnaire s'oppose de manière inadmissible à une proposition (voir ci-dessus n. 23), il incombe également au président de séance d'informer l'actionnaire et de lui demander si l'opposition porte sur l'ensemble du point de l'ordre du jour. Si tel est le cas, l'audience doit se tenir sans le point litigieux de l'ordre du jour (cf. ci-dessus n. 22). Si l'actionnaire retire son opposition, l'assemblée universelle doit se poursuivre sans autre. En revanche, si l'actionnaire ou le représentant maintient (de manière inadmissible) son opposition à une proposition particulière, sa déclaration doit être interprétée comme une opposition à l'ensemble du point de l'ordre du jour. En conséquence, l'audience doit se dérouler sans ce point. Dans une telle situation, il est recommandé de consigner (littéralement) les déclarations individuelles au procès-verbal. 40

VI. PERSPECTIVES POUR LE DROIT RÉVISÉ DE LA SOCIÉTÉ ANONYME

Le droit révisé des sociétés anonymes 2020 ne modifie pas le contenu de la norme actuelle de l'art. 701 al. 1 et 2 CO. L'alinéa 1 de l'art. 701 CO révisé procède uniquement à une clarification conceptuelle en remplaçant la notion de "prescriptions de forme" par celle de "prescriptions". En effet, l'assemblée universelle permet de déroger non seulement aux prescriptions de forme, 41

mais aussi à d'autres prescriptions, comme celles relatives aux délais de convocation. L'art. 701 al. 2 CO est adapté à la possibilité nouvellement prévue d'utiliser des moyens électroniques. "Être présent" est donc remplacé par le terme "participer". Il est ainsi exprimé qu'une présence physique de l'actionnaire ou de son représentant n'est pas obligatoire.

42 L'alinéa 3 de l'art. 701 CO est en revanche nouveau. Sous le droit en vigueur, il n'est pas possible de tenir une assemblée générale en l'absence des actionnaires, les décisions par voie de circulaire sont interdites. Le nouveau droit des sociétés anonymes accorde une plus grande marge de manœuvre. L'art. 701 al. 3 CO révisé prévoit que les décisions de l'assemblée générale peuvent également être prises par écrit (sur papier) ou par voie électronique. Pour ce type de prise de décision, tous les actionnaires ou représentants doivent donner leur accord.

BIBLIOGRAPHIE

Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) vom 23. November 2016, BBl 2017 S. 399 ff., abrufbar unter https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2017/399.pdf.

Böckli Peter, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich / Basel / Genf 2009.

Bürgi F. Wolfhart, Zürcher Kommentar, Band V/5b/2, Zürich 1969.

Dubs Dieter / Truffer Roland, in: Honsell Heinrich / Vogt Nedim Peter / Watter Rolf (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 5. Aufl., Basel 2016.

Forstmoser Peter / Meier-Hayoz Arthur / Nobel Peter, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996.

Frick Bruno / Stäheli Thomas, in: Wibmer Jeannette K. (Hrsg.), Aktienrecht – Kommentar, Zürich 2016.

Meier-Hayoz Arthur / Forstmoser Peter / Sethe Rolf, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 12. Aufl., Bern 2018.

Peter Henry / Cavadini Francesca, in: Tercier Pierre / Amstutz Marc / Trigo Trindade Rita (Hrsg.), Commentaire Romand, Code des Obligations II, 2. Aufl., Basel 2017.

Studer Christoph D., Die Einberufung der Generalversammlung der Aktiengesellschaft, Diss., Bern 1995.

Tanner Brigitte, in: Handschin Lukas (Hrsg.), Zürcher Kommentar, Art. 698 – 726 und Art. 731b OR, 3. Aufl., Zürich / Basel / Genf 2018 (zitiert: ZK-Tanner).

dieselbe, in: Roberto Vito / Trüeb Hans Rudolf, Handkommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Personengesellschaften und Aktiengesellschaft / Vergütungsverordnung, 3. Aufl., Zürich / Basel / Genf 2016 (zitiert: CHK-Tanner).

Von der Crone Hans Caspar, Aktienrecht, 2. Aufl., Bern 2020, ebenfalls abrufbar unter: https://www.aktienrechtweb.ch.

Von Steiger Fritz, Die sog. Universalversammlung der Aktionäre, SAG 12 (1939/1940), S. 193 ff.

ATTENTION : Cette version du commentaire est une traduction automatique de l'original. Le commentaire original est en allemand. La traduction a été faite avec www.deepl.com. Seule la version originale fait foi. La version traduite du commentaire ne peut pas être citée.

COMMENTAIRE

Art. 713 CO

Un commentaire de Roman Aus der Au / Tina Hediger

PROPOSITION DE CITATION

Roman Aus der Au/Tina Hediger, Commentaire de l'art. 713 CO, in: Lukas Müller (édit.), Commentaire en ligne du droit des obligations

Citation abrégée: OK-Aus der Au/Hediger, art. 713 CO N. XXX.

2. Décisions

Art. 713

[1] Les décisions du conseil d'administration sont prises à la majorité des voix émises. Le président a voix prépondérante, sauf disposition contraire des statuts.

[2] Le conseil d'administration peut prendre ses décisions:

dans le cadre d'une séance avec lieu de réunion;
sous une forme électronique par analogie avec les art. 701*c* à 701*e*;
par écrit sur papier ou sous forme électronique, à moins qu'une discussion ne soit requise par l'un des membres du conseil d'administration. En cas de décision par voie électronique, aucune signature n'est nécessaire; les décisions écrites divergentes du conseil d'administration sont réservées.

[3] Les délibérations et les décisions du conseil d'administration sont consignées dans un procès-verbal; celui-ci est signé par le président et par la personne qui l'a rédigé.

TABLE DES MATIÈRES

I. Généralités 198
II. Quorum (al. 1) 199
A. Quorum de décision 199
B. Quorum de présence 199
III. Mode de prise de décision (al. 2) 200
A. Lors d'une séance avec lieu de réunion (ch. 1) 200
B. Par voie électronique (ch. 2) 201
C. Par voie écrite (ch. 3) 202
IV. Procès-verbal (al. 3) 205
V. Remarques complémentaires 206
Bibliographie 207
Matériaux 211

I. GÉNÉRALITÉS

1 L'article 713 CO régit la prise et la documentation des décisions du conseil d'administration (« CA »). Il normalise ainsi le processus décisionnel du CA, considéré comme un organe de la société. Lorsque le CA a constitué des comités, les dispositions de l'article 713 CO s'y appliquent souvent par analogie.

2 Dans le cadre de la **révision du droit des sociétés anonymes du 19 juin 2020** (en vigueur depuis le 1er janvier 2023), l'alinéa 2 concernant les modes de prise de décision possibles a notamment été remanié. L'utilisation de moyens de communication électroniques pour la tenue de la séance ainsi que la prise de décision sans délibération orale, par voie écrite sous forme électronique – voire sans signature – sont désormais explicitement autorisées. Par ailleurs, l'alinéa 3 a été adapté à la suppression, opérée par la révision du droit des sociétés anonymes, de la fonction formelle de secrétaire du conseil d'administration, en parlant désormais de « secrétaire de séance ». Il appartient toutefois au conseil d'administration de décider s'il souhaite mettre en place un secrétariat.

3 La consignation d'une décision du conseil d'administration dans un procès-verbal n'est **pas une condition de validité**, raison pour laquelle l'absence d'un procès-verbal correct n'entraîne pas a priori la nullité de la décision. Toutefois, le conseil d'administration qui ne consigne pas ses décisions dans un procès-verbal commet un manquement à ses obligations, avec les conséquences en matière de responsabilité civile que cela implique pour les dommages qui en résultent. Même le **conseil d'administration composé d'une seule personne** doit donc consigner ses décisions dans un procès-verbal.

4 Le procès-verbal du conseil d'administration doit être rédigé dans la **langue** dans laquelle la séance s'est tenue ; les décisions prises par voie de circulation peuvent être rédigées dans des langues que tous les membres du conseil d'administration maîtrisent. Il convient de noter que les procès-verbaux rédigés en langue étrangère et destinés à servir de pièces justificatives pour le registre du commerce doivent, le cas échéant, être traduits dans la langue faisant foi pour le registre du commerce cantonal compétent.

II. QUORUM (AL. 1)

A. Quorum de décision

Le conseil d'administration prend ses décisions en tant qu'organe par décision majoritaire (ce que l'on appelle le quorum de décision). Chaque membre du conseil d'administration dispose d'une voix et, sous réserve de dispositions statutaires ou réglementaires contraires, la **majorité des voix exprimées décide**. Les voix des membres du conseil d'administration qui s'abstiennent (par obligation ou par choix) ne sont pas prises en compte dans le calcul du quorum de décision. Un quorum de décision qualifié, analogue à celui de l'assemblée générale (« AG »), n'est pas prévu, mais peut l'être sur la base des statuts ou du règlement d'organisation. 5

Le président de la séance du conseil d'administration concernée dispose de la **voix prépondérante**, sauf disposition contraire des statuts. En vertu de ce privilège, le président peut, en cas d'égalité des voix, décider que le conseil d'administration prend une décision, même si celle-ci n'a pas obtenu la majorité des voix parmi les membres du conseil d'administration en raison de l'impasse. Le législateur facilite ainsi l'adoption de décisions par rapport à un principe de majorité stricte, selon lequel une décision ne peut être prise que si la majorité des membres du conseil d'administration vote en faveur d'une décision et selon lequel une impasse ne constitue justement pas une décision. On rencontre régulièrement des statuts qui attribuent la voix prépondérante à la présidente (ou au coprésident) du conseil d'administration. Cela peut prêter à confusion si le président du conseil d'administration ne préside pas une séance du conseil. 6

B. Quorum de présence

Il est possible, mais pas obligatoire, de stipuler dans les statuts ou dans le règlement d'organisation que le conseil d'administration ne peut valablement délibérer que si un certain nombre de membres participent à la prise de décision (ce qu'on appelle le quorum de présence). Dans de tels cas, la validité de la décision requiert la **participation** du nombre requis de membres. Si un quorum de présence doit être prévu, il est recommandé de définir explicitement la procédure à suivre avec les membres du conseil d'administration qui se récusent lors d'une prise de décision. 7

8 En ce qui concerne les **constatations** du conseil d'administration relatives aux augmentations ou aux réductions de capital qui nécessitent une authentification publique, il semble judicieux que les statuts ou le règlement d'organisation prévoient que la présence d'un seul membre du conseil d'administration suffit.

9 La **représentation** au sein du conseil d'administration – même par un autre membre du conseil – est considérée comme inadmissible selon la doctrine dominante, car les obligations liées à la fonction sont réputées strictement personnelles et incessibles. Les décisions du conseil d'administration qui ne sont prises que grâce à une représentation pourraient donc être jugées nulles. Néanmoins, de nombreux auteurs se prononcent en faveur d'une admissibilité de la représentation strictement limitée. Compte tenu des possibilités désormais simples de prise de décision par voie électronique (cf. à ce sujet N. 21 ci-dessous), la question se pose de savoir si une représentation est encore nécessaire. Une solution possible serait qu'une séance du conseil d'administration se tienne dans un premier temps sans la participation du membre « représenté », mais que la prise de décision formelle ait lieu a posteriori par voie de circulaire. La discussion menée lors de la séance du conseil d'administration pourrait alors être mise à la disposition de tous les membres du conseil sous forme de procès-verbal et d'annexe à la décision par voie de circulaire à adopter.

III. MODE DE PRISE DE DÉCISION (AL. 2)

10 La prise de décision au sein du conseil d'administration peut avoir lieu lors de séances physiques et/ou virtuelles (c'est-à-dire tenues à l'aide de moyens électroniques) ainsi que par voie de circulation sur papier ou sous forme électronique. Ces **modes de prise de décision** sont équivalents. Il est d'usage que les grandes sociétés régissent plus en détail le mode de prise de décision du conseil d'administration dans leur règlement d'organisation.

A. Lors d'une séance avec lieu de réunion (ch. 1)

11 Dans le cas classique d'une séance physique à laquelle les membres du conseil d'administration participent en personne, la délibération orale des affaires est suivie du vote. Certes, ce mode de prise de décision offre moins de flexibilité géographique aux membres du conseil d'administration. La **présence physique** des participants à la séance présente toutefois des avantages, car

elle permet un échange d'opinions immédiat pendant la séance ainsi que des contacts directs avant et après celle-ci, ce qui peut notamment faciliter la recherche d'un consensus sur des affaires délicates. Dans cette variante, il n'est pas permis à un membre du conseil d'administration absent de soumettre son vote par écrit à l'avance ou de se faire représenter à la séance. Le principe d'immédiateté s'applique.

B. Par voie électronique (ch. 2)

12 Les réunions du conseil d'administration par voie électronique, qui sont d'usage depuis longtemps, notamment dans les sociétés actives à l'international, sont désormais explicitement prévues par la loi. Le nouvel art. 713, al. 2, CO se réfère à cet égard aux dispositions relatives à l'utilisation de moyens électroniques lors de l'assemblée générale figurant aux art. 701c à 701e CO, qui s'appliquent par analogie. Sont ainsi possibles tant les **séances hybrides**, auxquelles participent à la fois des personnes présentes sur place et des participants connectés par voie électronique, que les **séances tenues de manière purement virtuelle**. La loi est formulée de manière neutre sur le plan technologique, de sorte que différentes plateformes peuvent être utilisées, telles que Zoom, Microsoft Teams ou les appels de groupe via WhatsApp ou Threema. Il est conseillé de mentionner les moyens électroniques utilisés dans le procès-verbal. Il est essentiel que la prise de décision s'inscrive dans le cadre d'une délibération orale directe. Dans cette variante également, il n'est pas permis à un membre du conseil d'administration de soumettre son vote par écrit à l'avance ou de se faire représenter (l'immédiateté *numérique* doit être garantie ; cf. à ce sujet N. 11 ci-dessus).

13 Il ressort de la référence à l'art. 701c CO qu'une **décision du conseil d'administration concernant** la **recevabilité** de ce type de séance est nécessaire, que ce soit de manière ad hoc avant la tenue de la séance, dans un règlement d'organisation ou dans un autre règlement.

14 Comme pour l'assemblée générale, il convient également, lors d'une séance du conseil d'administration utilisant des moyens électroniques, de **protéger** la formation de la volonté et la **prise de décision** conformément à l'art. 701e, al. 2, CO. Ainsi, l'identité des membres du conseil d'administration participants doit être vérifiée, l'identification étant toutefois plus aisée ici qu'en cas d'assemblée générale virtuelle en raison du nombre réduit de participants et

du cercle connu des participants. En outre, les interventions doivent être retransmises en direct et il convient de veiller à ce que chaque membre puisse présenter des motions et participer à la discussion. À cette fin, il est également exigé que chaque membre dispose des documents de séance éventuellement fournis et puisse suivre les présentations des participants à la séance. Enfin, il convient de s'assurer que le résultat du vote ne puisse pas être faussé.

15 Si des **problèmes techniques** surviennent (dysfonctionnements ou défaillance des moyens électroniques) au cours d'une séance du conseil d'administration tenue en mode virtuel ou hybride, de sorte que la séance ne peut plus se dérouler conformément aux règles, celle-ci doit être interrompue ou annulée. La partie affectée par la panne technique doit être répétée. Les décisions qui ont été dûment inscrites à l'ordre du jour, débattues et adoptées avant la panne technique restent valables. Par rapport à l'assemblée générale virtuelle, les exigences relatives à un « problème technique » sont moins strictes lors d'une réunion virtuelle du conseil d'administration (par exemple, le fait qu'il doive relever de la responsabilité de la société ou la question du nombre d'actionnaires concernés). Selon la doctrine, il y a déjà un problème technique pertinent lors des réunions du conseil d'administration dès lors qu'un membre du conseil d'administration est empêché de participer, quelle que soit la personne responsable du problème. Cela ne peut toutefois pas être interprété comme un blanc-seing permettant d'interrompre délibérément une réunion du conseil d'administration indésirable, par exemple en coupant intentionnellement la connexion Internet. Un tel comportement est contraire au devoir de loyauté des membres du conseil d'administration et, en tant qu'abus de droit manifeste, ne bénéficie d'aucune protection juridique. Dans les situations ambiguës, il peut être utile que les membres du conseil d'administration restants prennent une décision quant à savoir si le membre qui ne participe plus doit être considéré comme s'étant délibérément abstenu de participer à la séance et si celle-ci doit se poursuivre.

C. Par voie écrite (ch. 3)

16 Ch. 3, régit la prise de décision du conseil d'administration par voie écrite (ce qu'on appelle une **décision par voie de circulation**). Ce mode de prise de décision est équivalent à la prise de décision lors d'une séance (physique, virtuelle ou hybride). Sous réserve de dispositions contraires dans les statuts ou le règlement d'organisation, les quorums de présence et de décision

habituels s'appliquent à la prise de décision par écrit (cf. toutefois ci-après concernant le droit à une délibération orale).

La particularité de ce type de prise de décision réside dans le fait qu'aucune délibération n'est prévue dans le cadre d'une séance. La proposition adressée aux membres du conseil d'administration doit donc être formulée de manière à pouvoir être tranchée par un simple « oui », « non » ou « abstention ». Dans la pratique, la décision est généralement formulée de manière affirmative et tous les membres du conseil d'administration la signent. Chaque membre du conseil d'administration dispose toutefois impérativement du **droit** d'exiger une **délibération orale**, sans avoir à en indiquer les motifs. En revanche, une demande expresse est nécessaire. De facto, il existe une exigence d'unanimité ou un droit de veto concernant le mode de prise de décision (à ne pas confondre avec un éventuel quorum de décision). L'obligation de diligence de chaque membre du conseil d'administration peut toutefois, dans certaines circonstances, donner lieu à l'obligation de demander une délibération orale pour les affaires complexes ayant des conséquences importantes, dans la mesure où des informations plus détaillées ou un échange plus approfondi sont nécessaires à la formation de la volonté. 17

La prise de décision est déclenchée par l'**envoi** de la **proposition** correspondante aux membres du conseil d'administration, généralement par le président du conseil d'administration. Les membres du conseil d'administration sont tenus de donner leur réponse à deux égards : 1. accord sur le mode de prise de décision (ou demande d'une délibération orale) et 2. accord, refus ou abstention quant au contenu de la décision. Il est recommandé de fixer un délai de réponse aux membres du conseil d'administration. Il est judicieux de définir ce délai de manière générale dans un règlement d'organisation, tout en autorisant des dérogations adaptées aux cas particuliers. Pour les affaires non urgentes, cinq jours ouvrables devraient suffire. En l'absence d'un tel délai, l'art. 5, al. 1, CO s'applique. 18

La question se pose de savoir comment procéder lorsqu'un **membre du conseil d'administration ne réagit pas** à la proposition. Si une proposition a été notifiée de manière vérifiable à un membre du conseil d'administration par un canal habituel et que ce membre ne se prononce pas dans le délai fixé, cela peut être interprété comme un consentement tacite à la forme de la prise de décision, car la loi prévoit qu'une délibération orale doit être *exigée*. En ce qui concerne le contenu de la décision, l'absence de réponse vaut abstention 19

(avec les conséquences qui en découlent en matière de quorums de présence et de décision normalement applicables). Il est judicieux de le prévoir dès la proposition. Même après avoir atteint la majorité requise, la décision prise par voie de circulation reste sous condition suspensive jusqu'à l'expiration du délai, car un membre peut toujours exiger une délibération orale. Si un membre ne se prononce pas, une constatation formelle de la décision par le président du conseil d'administration ou par le membre du conseil d'administration qui a envoyé la proposition semble nécessaire. Böckli conseille ensuite de soumettre les décisions prises par voie de circulation à l'approbation lors de la séance suivante.

20 Il est recommandé de régler la procédure et les modalités de la prise de décision par écrit, de manière pratique et concrète, dans un **règlement d'organisation**.

21 Dans le cadre de la révision du droit des sociétés anonymes, les décisions par voie de circulation sous forme électronique ont été explicitement déclarées admissibles. Sont considérés comme **électroniques**, par exemple, l'échange d'e-mails ou l'utilisation de portails électroniques destinés aux conseils d'administration.

22 Les déclarations via des services de messagerie tels que WhatsApp ou Threema peuvent également suffire à cet effet, pour autant que l'expression de la volonté soit claire et sans ambiguïté et que les expéditeurs soient clairement identifiés. La signature du membre du conseil d'administration sur la décision prise par voie de circulation n'est donc pas nécessaire, sauf si le conseil d'administration l'a prévu par écrit. Il est également possible de se passer d'une signature électronique qualifiée ou d'une copie PDF de la proposition signée. Il est encore courant que chaque membre du conseil d'administration appose sa signature sur le document de la décision par voie de circulation, le numérise et le renvoie. Il n'y a toutefois toujours rien à redire à cela. En ce qui concerne les décisions par voie de circulation par écrit, en particulier sous forme électronique, il convient de respecter les exigences du droit du registre du commerce prévues à l'art. 23 ORC. Ainsi, pour une décision du conseil d'administration prise par voie électronique, il convient, aux fins du registre du commerce, d'établir un « procès-verbal de certification » qui doit être signé par au moins un membre du conseil d'administration habilité à représenter la société. Ce document doit

raisonnablement contenir le déroulement de la prise de décision par écrit ainsi que le résultat du vote.

Concernant la **combinaison** non autorisée d'une prise de décision lors d'une séance et d'une décision par voie de circulation, voir ci-dessus N. 11. 22

IV. PROCÈS-VERBAL (AL. 3)

Contrairement à l'assemblée générale, le procès-verbal du conseil d'administration doit être rédigé sous la forme d'un **procès-verbal de délibération** (également appelé procès-verbal de délibération ou de discussion). Une transcription sous **forme écrite** est exigée. Les enregistrements vidéo ou audio ne peuvent pas être considérés comme un procès-verbal. Si le procès-verbal renvoie directement à des documents complémentaires ou à des diapositives présentées, il convient de les joindre en annexe au procès-verbal. Toutefois, dans le cas de décisions faisant l'objet d'un acte authentique, seules les décisions font l'objet de l'authentification. 23

Le procès-verbal de la séance doit rendre compte, sous **forme synthétique**, des **décisions** prises (y compris les résultats des votes, sauf en cas d'unanimité) ainsi que des principaux arguments et positions exprimés lors de la séance. Les membres du conseil d'administration peuvent toutefois exiger que certaines de leurs déclarations soient consignées mot pour mot dans le procès-verbal. La rédaction du procès-verbal des séances du conseil d'administration est donc très exigeante. Dans la pratique, il est recommandé d'adopter la structure suivante : *1. Situation initiale*, *2. Délibération et 3. Décision*. Il est en outre conseillé de formuler clairement les décisions en tant que telles et de les mettre en évidence graphiquement, de même que l'attribution claire des points en suspens. 24

Par ailleurs, la loi ne mentionne aucune exigence claire concernant le **contenu général du procès-verbal**, indépendant de l'affaire traitée. On peut se référer à cet égard aux modèles de certains offices du registre du commerce (par exemple celui du canton de Zurich) ou à la littérature spécialisée. Outre les délibérations et les décisions, il est essentiel de mentionner la raison sociale, le mode ou le lieu, la date, l'heure (début et fin) ainsi que les participants et les invités à la séance. 25

Le procès-verbal doit enfin être **signé** par le **président** et le **secrétaire** de la séance concernée (à l'encre ou par voie électronique qualifiée) dès qu'ils se 26

sont mis d'accord sur son contenu. Une approbation a posteriori du procès-verbal par le conseil d'administration, telle qu'elle est souvent prévue, n'est pas juridiquement nécessaire, mais recommandée, car elle renforce la présomption d'exactitude. Par ailleurs, il convient de noter que la rédaction du procès-verbal est une obligation du conseil d'administration en tant qu'organe.

27 Le secrétaire est libre d'utiliser des **outils techniques** de reconnaissance vocale ou de synthèse automatisée par intelligence artificielle, mais il reste responsable du contenu, y compris sur le plan pénal.

V. REMARQUES COMPLÉMENTAIRES

28 Si une décision du conseil d'administration donne lieu à un fait qui doit être inscrit au **registre du commerce**, le procès-verbal du conseil d'administration, ou un extrait de celui-ci, ou encore une décision prise par voie de circulaire, doit être remis en original à l'office du registre du commerce à titre de pièce justificative. Si une décision est soumise à l'obligation d'authentification, l'acte authentique doit être remis à titre de pièce justificative.

29 La loi détermine quand une décision du conseil d'administration doit être prise par **acte authentique** (par exemple, en cas de modification des statuts conformément à l'art. 647 CO). Les décisions du conseil d'administration prises lors d'une séance virtuelle ou hybride peuvent être authentifiées s'il existe une transmission vidéo et audio en continu entre l'officier public et le président de séance. Dans la pratique, il est souvent exigé que l'officier public se trouve dans la même pièce que le président. Les décisions prises par voie de circulation peuvent être authentifiées par acte authentique si l'officier public participe personnellement au dépouillement des votes reçus et vérifie l'organisation de la procédure de circulation. Le résultat du vote et la déclaration attestant que la décision a été prise sont alors consignés dans l'acte authentique (appelé « procès-verbal de constatation »). Lors de réunions virtuelles du conseil d'administration, la confirmation requise par l'officier public, dans le cadre de l'augmentation de capital, selon laquelle certains documents ont été présentés aux membres du conseil d'administration, ne devrait pas poser de problèmes majeurs : soit les pièces justificatives sont établies en double exemplaire, soit des copies certifiées conformes en sont faites. Tandis que l'officier public a les originaux sous les yeux, les membres

du conseil d'administration disposent soit d'autres originaux, soit de copies certifiées conformes, et les présentent à la caméra pour attester de leur existence. Si, en revanche, la décision est prise par voie de circulation, l'exigence n'est probablement remplie que si la présence d'un membre du conseil d'administration est jugée suffisante pour les décisions du conseil d'administration devant être authentifiées dans le cadre d'une augmentation de capital ; dans le cas contraire, il n'est pas possible de renoncer à une séance (physique ou virtuelle) du conseil d'administration.

Si une décision devant être authentifiée est prise lors d'une**réunion à l'étranger**, une surcertification ou une apostille de l'acte est d'abord nécessaire pour que celui-ci puisse être produit au registre du commerce. En outre, l'office du registre du commerce peut exiger la preuve que la procédure d'authentification étrangère est équivalente à la procédure d'authentification publique en Suisse et, à cette fin, demander une expertise et désigner l'expert. 30

Les procès-verbaux du conseil d'administration peuvent, dans certaines circonstances, être qualifiés de **déclarations de volonté** des membres du conseil d'administration présents. 31

En particulier dans le cadre de **procédures en responsabilité ou en restitution** à l'encontre de membres du conseil d'administration, il convient de souligner que les procès-verbaux du conseil d'administration constituent des **moyens de preuve** valables (acte au sens de l'art. 177 CPC, ou acte authentique au sens de l'art. 9 CC et de l'art. 179 CPC). Ils permettent de prouver le respect du devoir de diligence. En conséquence, les membres du conseil d'administration ont tout intérêt à se faire remettre des copies des procès-verbaux. 32

Il n'existe pas de disposition analogue concernant la tenue des procès-verbaux dans la gestion d'une **Sàrl**, mais celle-ci est néanmoins recommandée. Dans le cas d'une **coopérative**, l'administration est chargée de veiller à la tenue de ses procès-verbaux. La doctrine, mais pas la loi, renvoie à l'art. 713 CO relatif au droit des sociétés anonymes. 33

BIBLIOGRAPHIE

Aus der Au Roman/Brand Patric/Heller Jan, Kommentierung zu den Übergangsbestimmungen zur Aktienrechtsrevision vom 19. Juni 2020, in: Müller Lukas (Hrsg.), Onlinekommentar zum Obligationenrecht – Version:

01.09.2023: https://onlinekommentar.ch/de/kommentare/or-uebest-aktienrecht (besucht am 14.1.2026), DOI: 10.17176/20230901-085735-0.

Bainbridge Stephen M., The Board of Directors, in: The Oxford Handbook of Corporate Law and Governance, Gordon Jeffrey N./Ringe Wolf-Georg (Hrsg.), Oxford 2018.

Ballmer David/Fischer Joel, Die hybride und virtuelle Generalversammlung, Kommentierung ausgewählter Streit- und Anwendungsfragen, GesKR 2 (2023), S. 172–189.

Bärtschi Harald, Kommentierung zu Art. 43 HRegV, in: Bärtschi Harald (Hrsg.), Onlinekommentar zur Handelsregisterverordnung – Version: 29.02.2024: https://onlinekommentar.ch/de/kommentare/hregv43 (besucht am 13.2.2026), DOI: 10.17176/20240322-084550-0.

Böckli Peter, Schweizer Aktienrecht, 5. Aufl., Zürich et al. 2022.

Bühler Christoph B., Kommentierung zu Art. 713 OR, in: Handschin Lukas (Hrsg.), Die Aktiengesellschaft, Generalversammlung und Verwaltungsrat. Mängel in der Organisation, Art. 698–726 und 731b OR, Zürcher Kommentar, 3. Aufl., Zürich 2018.

Carron Blaise/Chabloz Isabelle, Kommentierung zu Art. 902 OR, in: Tercier Pierre/Trigo Trindade Rita/Canapa Damiano (Hrsg.), Commentaire Romand, Code des obligations II, Art. 530–1186 CO, Art. 120–141 LIMF, Introductions à la LFus et la LTI, 3. Aufl., Basel 2024.

economiesuisse, Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance, 2023, https://backend-api.economiesuisse.ch/sites/default/files/2025-12/SwissCode_DE_RZ.pdf, besucht am 2.2.2026.

Ernst Wolfgang, Beschlussfassung im schriftlichen Verfahren, recht 3 (2020), S. 168–172.

Forstmoser Peter/Küchler Marcel, Schweizerisches Aktienrecht 2020, Bern 2021.

Forstmoser Peter, Organisation und Organisationsreglement der Aktiengesellschaft, Zürich 2011.

Galli Dario/Vischer Markus, In Verwaltungsratsprotokollen enthaltene Willenserklärungen zum Abschluss eines Vertrags, recht 4 (2024), S. 229–240.

Häusermann Daniel/Anceschi Fabio, Kommentierung zu Art. 701f OR, in: Wildhaber Isabelle/Häusermann Daniel/Honsell Heinrich (Hrsg.), Kurzkommentar zum Obligationenrecht, 2. Aufl., Basel 2026.

Jutzi Thomas/Meier Quirin, Übersicht über die Neuerungen im Aktienrecht, in: Wolf Stephan (Hrsg.), Das neue Aktienrecht – insbesondere Aspekte aus der notariellen Praxis, Schriften INR, Bern 2023, S. 1–83.

Mahler Bruno, Die öffentliche Beurkundung im Aktienrecht unter besonderer Berücksichtigung der Aktienrechtsrevision 2020, Zürich 2025, DOI: 10.36862/6GTK-6DSH.

Milano Umberto/Aus der Au Roman, Documenting Shareholder Resolutions. Selected Questions on Minutes and Circular Resolutions after the Corporate Law Reform, in: swisNot/Neri-Castracane Giulia/Frésard Philippe (Hrsg.), Festschrift. Beiträge zum neuen Aktienrecht. Eine fünfundzwanzigjährige notarielle Zusammenarbeit im interkantonalen Bereich, Zürich/Genf 2025, S. 51–66.

Müller Lukas, Virtuelle und hybride Versammlungen, in: Franz Beat/Mooser Michel (Hrsg.), Gesellschaftsrecht – Aktualitäten und ausgewählte Fragen, Beiträge der Weiterbildungsseminare der Stiftung Schweizerisches Notariat vom 22. August 2025 in Zürich und vom 11. September 2025 in Lausanne, Zürich/Genf 2025, S. 223–272 (zit. Müller L., S. x).

Müller Lukas/Kaiser Philippe J.A./Benz Diego, Die öffentliche Beurkundung bei elektronischen und virtuellen Generalversammlungen sowie Zirkularbeschlüssen, Praxiserfahrungen und Ausblick auf das neue Aktienrecht sowie beurkundungsrechtliche Aspekte, REPRAX 3 (2020), S. 217–269.

Müller Roland, Protokollführung und Protokollauswertung bei Sitzungen und Versammlungen, 4. Aufl., Zürich/St. Gallen 2025 (zit. Müller R., S. x).

Müller Roland/Lipp Lorenz/Plüss Adrian, Der Verwaltungsrat – Band I, 5. Aufl., Zürich 2021.

Müller Roland/Thalmann Philipp, Stellvertretung und Rechtsvertretung im Verwaltungsrat, REPRAX 2 (2011), S. 1–19.

Peter Henry/Birchler Francesca, Kommentierung zu Art. 713 OR, in: Tercier Pierre/Trigo Trindade Rita/Canapa Damiano (Hrsg.), Commentaire Romand,

Code des obligations II, Art. 530–1186 CO, Art. 120–141 LIMF, Introductions à la LFus et la LTI, 3. Aufl., Basel 2024.

Plüss Adrian, Der Verwaltungsrat, in: Nobel Peter/Müller Christoph (Hrsg.), Berner Kommentar, Das Aktienrecht der ersten Stunde, Bern 2023.

Plüss Adrian/Facincani Nicolas, Kommentierung zu Art. 713 OR, in: Roberto Vito/Trüeb Hans Rudolf (Hrsg.), CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personengesellschaften und Aktiengesellschaft, Art. 530–771 OR, 4. Aufl., Zürich 2023.

Reiser Nina/Egli Viviane, Digitale Generalversammlungen und Verwaltungsratssitzungen: erste Erfahrungen und Empfehlungen, SZW/RSDA 2 (2025), S. 120–134.

Rüesch Adrian/Forster Matthias, § 39, Durchführung der Verwaltungsratssitzungen, in: Handbuch Schweizer Aktienrecht, Theus Simoni Fabiana/Hauser Isabel/Bärtschi Harald (Hrsg.), 2. Aufl., Basel 2022.

Schenker Urs/Schenker Olivier, Praxisleitfaden zum revidierten Aktienrecht, Bern 2023.

Semi Melda/Müller Lukas, Das neue Aktienrecht vom 19. Juni 2020 aus Sicht des Beurkundungsrechts, Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht 6/2022, S. 329–351.

Stach Patrick, Kommentierung zu Art. 713 OR, in: Kren Kostkiewicz Jolanta/Amstutz Marc/Wolf Stephan/Fankhauser Roland (Hrsg.), OR Kommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht, 4. Aufl., Zürich 2023

Sunaric Predrag/Catelli Cinzia, Kommentierung zu Art. 713 OR, in: Wildhaber Isabelle/Häusermann Daniel/Honsell Heinrich (Hrsg.), Kurzkommentar zum Obligationenrecht, 2. Aufl., Basel 2026.

Vischer Markus, Protokollierung von GV- und VR-Beschlüssen als Gültigkeitsform, SZW/RSDA 5 (2022), S. 416–429.

Vogel Alexander, Orell Füssli Kommentar HRegV, Kommentar zur Handelsregisterverordnung, 2. Aufl., Zürich 2023.

Vogel Alexander, Kommentierung zu Art. 809 OR, in: Wildhaber Isabelle/Häusermann Daniel/Honsell Heinrich (Hrsg.), Kurzkommentar zum Obligationenrecht, 2. Aufl., Basel 2026.

von der Crone Hans Caspar, Aktienrecht, 2. Aufl., Bern 2020.

Watter Rolf, Kommentierung zu Art. 902 OR, in: Watter Rolf/Vogt Hans-Ueli (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 6. Aufl., Basel 2024.

Watter Rolf/Flückiger Sebastian, Beschlussfassung unter abwesenden VR-Mitgliedern (inkl. durch Zirkularbeschluss), GesKR 3 (2015), S. 410–416.

Watter Rolf/Pöschel Ines, Neinsager und Nichtstimmer: ihre aktienrechtliche Verantwortlichkeit, GesKR 1 (2011), S. 14–19.

Watter Rolf/Roth Pellanda Katja, Kommentierung zu Art. 809 OR, in: Watter Rolf/Vogt Hans-Ueli (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 6. Aufl., Basel 2024.

Wernli Martin, Kommentierung zu Art. 713 OR, in: Watter Rolf/Vogt Hans-Ueli (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 6. Aufl., Basel 2024.

Zindel Gaudenz G./Isler Peter R., Kommentierung zu Art. 652g OR, in: Watter Rolf/Vogt Hans-Ueli (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 6. Aufl., Basel 2024.

MATÉRIAUX

Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) vom 23.11.2016, BBl 2017 399 ff., abrufbar unter https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2017/399.pdf, besucht am 7.2.2026.

ATTENTION : Cette version du commentaire est une traduction automatique de l'original. Le commentaire original est en allemand. La traduction a été faite avec www.deepl.com. Seule la version originale fait foi. La version traduite du commentaire ne peut pas être citée.

COMMENTAIRE

Art. 715 CO

Un commentaire de Nicolas Facincani / Lukas Gayler

PROPOSITION DE CITATION

Nicolas Facincani/Lukas Gayler, Commentaire de l'art. 715 CO, in: Lukas Müller (édit.), Commentaire en ligne du droit des obligations

Citation abrégée: OK-Facincani/Gayler, art. 715 CO N. XXX.

4. Droit à la convocation

Art. 715

Chaque membre du conseil d'administration peut exiger du président, en indiquant les motifs, la convocation immédiate du conseil d'administration à une séance.

TABLE DES MATIÈRES

I. Introduction 215
A. Généralités 215
B. Révisions du droit de la société anonyme 215
C. Réglementation légale et modifications 215
II. La demande de convocation d'une réunion du conseil d'administration 217
A. Conditions de forme 217
B. Obligation de motiver la demande 218
C. Destinataire 218
III. Convocation de la réunion du conseil d'administration 218
A. Compétence de convocation 218
B. Forme de la convocation et date de la réunion 219
IV. L'exécution judiciaire 219
A. Recevabilité d'une action en exécution 219
B. Légitimation active et passive 219
Bibliographie 220

I. INTRODUCTION

A. Généralités

Le code des obligations ne prévoit aucune règle concernant le moment et le lieu où les réunions du conseil d'administration doivent être convoquées et si des délais doivent être respectés dans ce contexte. En principe, le conseil d'administration dans son ensemble serait compétent pour décider de se réunir à un jour, une heure et un lieu donnés, puisque la loi ne contient aucune autre disposition. Selon la doctrine et l'usage, le président du conseil d'administration dispose toutefois d'un pouvoir d'appréciation autonome pour décider de l'organisation de la convocation. 1

L'article 715 CO consacre le droit individuel de l'administrateur de convoquer sans délai une réunion du conseil d'administration. Ce droit individuel est directement lié au devoir individuel de diligence et de fidélité selon l'art. 717 CO et à la responsabilité d'une gestion conforme aux obligations selon l'art. 754 CO. Avec la réglementation rudimentaire de l'art. 715 CO, le législateur a toutefois laissé à la pratique et au juge le soin de définir concrètement ce droit individuel. L'art. 715 CO ne confère en revanche aucun droit au membre du conseil d'administration de mettre en œuvre une procédure de décision par voie de circulation. 2

B. Révisions du droit de la société anonyme

La disposition de l'art. 715 CO a été modifiée par la réforme du droit de la société anonyme de 1991, dans la mesure où l'exigence de la forme écrite a été abandonnée. En outre, il a été précisé que la convocation d'une réunion devait se faire immédiatement sur demande. En outre, le Conseil des États a introduit l'obligation d'indiquer les motifs. 3

La disposition de l'art. 715 CO n'a pas été discutée dans le cadre de la réforme du droit de la société anonyme de 2020 et est donc restée inchangée. 4

C. Réglementation légale et modifications

Le droit de demander la convocation d'une réunion du conseil d'administration appartient à chaque membre individuel du conseil d'administration. Ce droit individuel ne peut être ni retiré ni limité. Le 5

président du conseil d'administration ne peut rejeter une demande que si celle-ci constitue un abus de droit ou si elle est faite dans une intention clairement quérulente.

6 L'art. 715 CO ne confère aucun droit individuel de convoquer directement le conseil d'administration. Un tel droit n'existe que s'il est prévu dans les statuts ou dans le règlement d'organisation de la société anonyme.

7 Le droit de convoquer une réunion du conseil d'administration est de nature impérative. Il ne peut donc pas être limité ou exclu dans les statuts ou le règlement d'organisation d'une société anonyme.

8 Les dispositions dérogeant à l'art. 715 CO doivent être fixées dans le règlement d'organisation, car le droit de convocation est un droit individuel inaliénable du conseil d'administration, qui relève de la compétence centrale du conseil d'administration selon l'art. 716a al. 1 ch. 2 CO (détermination de l'organisation). Cette compétence inaliénable et intransmissible du conseil d'administration est soustraite à l'influence de l'assemblée générale.

9 Les dispositions statutaires qui retirent ou limitent le pouvoir de convoquer une séance du conseil d'administration selon l'art. 715 CO sont nulles au sens de l'art. 706b CO. Sont nulles au sens de l'art. 714 CO en relation avec l'art. 706b CO les éventuelles dispositions réglementaires.

10 En revanche, les modalités d'exercice du droit de convoquer une réunion du conseil d'administration sont de nature dispositive. Il s'agit notamment des modalités mentionnées ci-après :

- La forme dans laquelle la demande doit être introduite ;
- Le délai à respecter en vue de la convocation de la réunion ;
- La personne à laquelle la demande doit être adressée.
- Il est par exemple possible de prescrire la forme écrite de la demande ou de concrétiser le délai dans le cadre de la notion de "promptitude", par exemple dans les trois jours suivant la réception de la demande.

En outre, des réglementations au niveau du règlement d'organisation, qui élargissent le droit de convocation, sont autorisées. Des exemples de telles dispositions sont présentés ci-dessous : 11

- une disposition qui donne à chaque membre du conseil d'administration le droit de convoquer directement une réunion du conseil d'administration ;
- une disposition permettant à un membre du conseil d'administration d'adresser directement sa demande de convocation d'une réunion du conseil d'administration au membre responsable de la convocation conformément à l'ordre social ;
- une extension de la compétence de convocation à d'autres personnes (par exemple au secrétaire du conseil d'administration) ;
- une disposition selon laquelle une demande de convocation d'une réunion du conseil d'administration est également recevable sans indication de motifs.

II. LA DEMANDE DE CONVOCATION D'UNE RÉUNION DU CONSEIL D'ADMINISTRATION

A. Conditions de forme

La demande de convocation d'une réunion du conseil d'administration n'est soumise à aucune condition de forme particulière. La réforme du droit des sociétés anonymes de 1991 a renoncé à l'exigence de la forme écrite. 12

La demande de convocation d'une réunion du conseil d'administration peut être déposée oralement, par téléphone ou par des moyens de communication électroniques. Une soumission écrite est bien entendu également possible. 13

Le règlement d'organisation peut prévoir que la demande doit être présentée sous forme écrite. Une telle disposition est de toute façon recommandée, d'une part pour des raisons de preuve, mais aussi pour que les autres membres du conseil d'administration puissent suivre la demande. 14

B. Obligation de motiver la demande

15 La demande est soumise à une obligation générale de motivation. Cela découle du texte de la loi et s'applique indépendamment de la forme sous laquelle la demande est présentée ou déposée.

16 L'obligation de motiver ne doit pas être soumise à des exigences élevées. Ainsi, il n'est pas nécessaire de la formuler dans un ou plusieurs points de l'ordre du jour, ni de faire des propositions en vue d'un ou plusieurs points de l'ordre du jour.

17 La demande de convocation doit en principe décrire le sujet qui doit être traité, afin que le président du conseil d'administration puisse convoquer la réunion et que les autres membres du conseil d'administration puissent se préparer à la réunion. Il ne faut toutefois pas déduire de l'obligation de motivation que le droit de demander la convocation d'une réunion du conseil d'administration n'existe que dans des cas justifiés.

C. Destinataire

18 Il ressort du texte de loi que la demande doit être adressée au président du conseil d'administration. Cette exigence reste valable même si le règlement d'organisation attribue la compétence de convoquer une réunion du conseil d'administration à une autre personne.

III. CONVOCATION DE LA RÉUNION DU CONSEIL D'ADMINISTRATION

A. Compétence de convocation

19 En principe, la convocation d'une réunion du conseil d'administration relève de la compétence du président du conseil d'administration. Si cette compétence est attribuée à une autre personne (par exemple à l'administrateur délégué), le président doit, le cas échéant, veiller à ce que cette personne exerce ses fonctions. S'il ressort des statuts ou du règlement d'organisation qu'un autre membre est compétent pour la convocation, celui-ci doit en référer au président.

B. Forme de la convocation et date de la réunion

Sous réserve de dispositions statutaires ou réglementaires, la convocation de la réunion du conseil d'administration peut se faire sans forme particulière, en indiquant au moins l'heure et le lieu. Pour des raisons de preuve, il est toutefois recommandé d'envoyer une convocation écrite, car les décisions prises lors de séances auxquelles tous les membres du conseil d'administration n'ont pas été invités sont nulles au sens de l'art. 714 CO. La réunion du conseil d'administration doit être fixée de manière à ce que les membres du conseil d'administration puissent y participer avec la bonne volonté nécessaire. 20

IV. L'EXÉCUTION JUDICIAIRE

A. Recevabilité d'une action en exécution

L'article 715 CO ne précise pas qu'en cas de refus, le juge peut, sur requête, ordonner la convocation d'une réunion du conseil d'administration. Ceci est contraire au droit de l'actionnaire de convoquer une assemblée générale selon l'art. 699 CO. L'alinéa 5 de cet article stipule expressément que l'actionnaire peut faire appel au juge. Pour autant que l'on puisse voir, la doctrine part toutefois presque unanimement du principe que le requérant a également le droit d'intenter une action en exécution correspondante sur la base de l'art. 715 CO, comme le Tribunal fédéral vient de le décider dans l'ATF 144 III 100 consid. 5.2.2 en relation avec le droit d'accès des membres du conseil d'administration. Sur la base d'une telle action, le juge peut ordonner la convocation d'une séance du conseil d'administration ou la convoquer lui-même. 21

B. Légitimation active et passive

Le membre du conseil d'administration dont la demande de convocation d'une réunion du conseil d'administration a été rejetée ou dont la demande n'a pas été acceptée a la qualité pour agir. 22

La société n'a pas la légitimation active. 23

La question de la légitimation passive est moins claire. En principe, la société ou le président du conseil d'administration entrent en ligne de compte comme 24

défendeurs. Contrairement à l'art. 699 CO, l'art. 715 CO ne charge pas le conseil d'administration dans son ensemble, mais le président du conseil d'administration directement de convoquer une séance du conseil d'administration. Par conséquent, la question d'une éventuelle légitimation passive de tous les membres du conseil d'administration est superflue.

25 En ce qui concerne l'art. 715 CO, il convient de noter que c'est en fin de compte la société qui est titulaire de l'obligation de convoquer les réunions du conseil d'administration. Seul l'exercice de cette obligation est effectué par ses organes. Sur cette base, la légitimation passive de la société doit être affirmée.

26 La question de savoir si le président du conseil d'administration a également la légitimation passive est controversée dans la doctrine. A notre avis, il existe un argument fort en faveur d'une telle légitimation passive, qui découle directement du texte de loi. Ainsi, l'art. 715 CO attribue expressément cette obligation à un organe déterminé, à savoir le président du conseil d'administration. La question correspondante n'a toutefois pas été tranchée par l'instance suprême.

27 La valeur litigieuse de l'action en exécution d'une décision de convoquer une réunion du conseil d'administration n'est pas facile à déterminer et peut être déterminée ou estimée sur la base des décisions qui devraient être prises lors de la réunion ou des démarches qu'elles pourraient entraîner.

BIBLIOGRAPHIE

Blanc Mathieu, Renforcement du droit à l'information de l'administrateur, in: Bulletin CEDIDAC Nr. 74, 2018.

Böckli Peter, Schweizer Aktienrecht, 5. Aufl., Zürich, 2022.

Bühler Christoph B., Kommentierung zu Art. 715 OR, in: Handschin Lukas (Hrsg.), Zürcher Kommentar, Die Aktiengesellschaft, Generalversammlung und Verwaltungsrat. Mängel in der Organisation, Art. 698-726 und 731b OR, 3. Aufl., Zürich 2018.

Erb Catrina, Die richterliche Einberufung von Verwaltungsratssitzungen, in: Gaudenz G. Zindel/Patrik R. Peyer/Betrand Schott, Wirtschaftsrecht in Bewegung, Zürich/St. Gallen 2008.

Facincani Nicolas/Gayler Lukas/Wissler Seline, Kommentierung zu Art. 715a OR, in: Lukas Müller (Hrsg.), Onlinekommentar zum Obligationenrecht.

Facincani Nicolas/Sutter Reto, Verwaltungsratssitzung, in: Trex 2023, S. 264 ff.

Forstmoser Peter, Organisation und Organisationsreglement der Aktiengesellschaft, Zürich 2011.

Forstmoser Peter/Küchler Marcel, Schweizerisches Aktienrecht 2020. Mit neuem Recht der GmbH und der Genossenschaft und den weiteren Gesetzesänderungen, Bern 2022.

Forstmoser Peter/Meyer-Hayoz Arthur/Nobel Peter, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996.

Krneta Georg, Praxiskommentar Verwaltungsrat. Art. 707-726 OR und Spezialgesetze. Ein Handbuch für Verwaltungsräte, 2. Aufl., Bern 2005.

Kunz Peter V., Der Minderheitenschutz im schweizerischen Aktienrecht, Bern 2001.

Müller Roland, VR-Sitzung: Vorbereitung, Einberufung, Durchführung, Beschlussfassung, Protokollierung, SJZ 107 (2011), S. 45 ff.

Müller Roland/Lipp Lorenz/Plüss Adrian, Der Verwaltungsrat. Ein Handbuch für Theorie und Praxis, 5. Aufl., Zürich 2021.

Peter Henry/Cavadini Francesca, in: Amstutz Marc/Tercier Pierre/Trigo Trindade Rita (Hrsg.), Commentaire Romand, Code des Obligations II, Code des obligations art. 530-1186, Loi sur les bourses art. 22-33, Avec une introduction à la Loi sur les fusion, Basel 2008.

Plüss Adrian, Der Verwaltungsrat Art. 707-722, 726 OR, in: Nobel Peter/Müller Christoph, Das Aktienrecht - Kommentar der ersten Stunde, Bern 2023.

Plüss Adrian/Facincani Nicolas, in: Roberto Vito/Trüeb Hans Rudolf (Hrsg.), CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personengesellschaften und Aktiengesellschaft , Art. 530-771 OR, 4. Aufl., Zürich 2023.

Oulevey Xavier/Levrat Jérôme, La société anonyme, Zürich 2023.

Stach Patrick, Kommentierung zu Art. 715 OR, in: Kren Kostkiewicz Jolanta/Wolf Stephan/Amstutz Marc/Fankhauser Roland (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar, 4. Aufl., 2023.

Vischer Markus/Endrass Yves, Die Einberufung einer Sitzung des Verwaltungsrates, AJP 18 (2009), S. 405 ff.

Von der Crone Hans Caspar, Aktienrecht, 2. Aufl., Bern 2020.

Wernli Martin, Kommentierung zu Art. 715 OR, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Watter Rolf (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 6. Aufl., Basel 2023.

ATTENTION : Cette version du commentaire est une traduction automatique de l'original. Le commentaire original est en allemand. La traduction a été faite avec www.deepl.com. Seule la version originale fait foi. La version traduite du commentaire ne peut pas être citée.

COMMENTAIRE

Art. 715a CO

Un commentaire de Nicolas Facincani / Lukas Gayler / Seline Wissler

PROPOSITION DE CITATION

Nicolas Facincani/Lukas Gayler/Seline Wissler, Kommentierung zu Art. 715a OR, in: Lukas Müller (Hrsg.), Onlinekommentar zum Obligationenrecht

Citation abrégée: OK-Facincani/Gayler/Wissler, N. XXX zu Art. 715a OR.

5. Droit aux renseignements et à la consultation

Art. 715a

[1] Chaque membre du conseil d'administration a le droit d'obtenir des renseignements sur toutes les affaires de la société.

[2] Pendant les séances, chaque membre du conseil d'administration peut exiger des renseignements des autres membres ainsi que des personnes chargées de la gestion.

[3] En dehors des séances, chaque membre du conseil d'administration peut exiger des personnes chargées de la gestion des renseignements sur la marche de l'entreprise et, avec l'autorisation du président, sur des affaires déterminées.

[4] Dans la mesure où cela est nécessaire à l'accomplissement de ses tâches, chaque membre du conseil d'administration peut demander au président la production des livres ou des dossiers.

[5] Si le président rejette une demande de renseignement, d'audition ou de consultation, le conseil d'administration tranche.

[6] Les réglementations ou décisions du conseil d'administration, qui élargissent le droit aux renseignements et à la consultation des documents des membres du conseil d'administration, sont réservées.

TABLE DES MATIÈRES

I. Introduction 226
II. Le cercle des personnes soumises à l'obligation de renseigner 227
III. L'exercice du droit d'information et de consultation : les "voies de recours" 227
IV. L'étendue du droit à l'information 229
A. Le droit d'accès étendu pendant les réunions du conseil d'administration 229
B. Le droit d'accès illimité aux informations sur la marche des affaires en dehors des réunions du conseil d'administration 230
C. Le droit à la remise de documents complets et en temps utile avant la réunion du conseil d'administration 230
V. Le droit de consulter les livres et les dossiers 231
VI. L'aspect temporel du droit à l'information selon l'art. 715a CO 232
VII. La mise en œuvre judiciaire du droit d'information et de consultation 233
Bibliographie 234

I. INTRODUCTION

1 Depuis la révision du droit de la société anonyme de 1991, le droit des membres du conseil d'administration à l'information et à la consultation fait l'objet d'une disposition spécifique à l'art. 715a CO. Cette disposition est restée inchangée dans le cadre de la réforme du droit de la société anonyme 2020, bien que la réglementation des droits à l'information de l'actionnaire ait été modifiée.

2 L'art. 715a al. 1 CO énonce le principe du droit illimité à l'information. L'alinéa 2 précise quant à lui les demandes d'information pendant les séances du conseil d'administration. Pour les demandes de renseignements en dehors des séances du conseil d'administration, l'alinéa 3 limite partiellement le droit d'accès. Le droit de consulter les livres et les dossiers est réglé à l'alinéa 4. L'alinéa 5 contient une disposition de procédure lorsque le président du conseil d'administration rejette une demande d'information, d'audition ou de consultation. Enfin, l'alinéa 6 précise que les règles et décisions du conseil d'administration qui étendent le droit d'information ou de consultation des membres du conseil d'administration sont autorisées. Ainsi, les droits contenus dans les alinéas 1 à 4 peuvent être qualifiés d'inaliénables ou de standards minimaux impératifs. D'un autre côté, les restrictions établies aux al. 3 et 4 peuvent aussi être entièrement supprimées ou le cercle des personnes soumises à l'obligation de renseigner peut être étendu.

3 Les membres du conseil d'administration peuvent, pendant les séances du conseil d'administration, demander des informations aux autres membres du conseil d'administration et, le cas échéant, aux autres personnes chargées de la gestion qui sont présentes. En dehors des séances du conseil d'administration, un membre du conseil d'administration ne peut demander des renseignements sur des affaires particulières qu'avec l'autorisation du président. De même, l'autorisation du président du conseil d'administration est en principe nécessaire pour la consultation des livres et des dossiers.

4 Le droit de regard et d'information se trouve dans un champ de tension entre les besoins d'information du conseil d'administration et leur utilisation abusive. La responsabilité du conseil d'administration en cas de manquement à ses obligations présuppose un niveau de connaissance élevé et, par conséquent, un accès approprié aux informations. En revanche, la société a

un besoin urgent de prévenir d'éventuels abus de la part de certains membres du conseil d'administration.

Il peut y avoir abus, d'une part, lorsque des informations sont utilisées dans l'intérêt propre d'un membre du conseil d'administration, à condition que cet intérêt propre soit contraire à l'intérêt de la société et que le membre du conseil d'administration doive donc se récuser. D'autre part, les éléments constitutifs d'un abus peuvent également exister lors de la transmission de secrets d'affaires. En conséquence, la question de savoir si l'intérêt de la société à garder le secret s'oppose aux besoins d'information du membre du conseil d'administration ou peut les limiter est controversée dans la doctrine. 5

II. LE CERCLE DES PERSONNES SOUMISES À L'OBLIGATION DE RENSEIGNER

Il ressort déjà du texte de la loi que les membres du conseil d'administration et les personnes chargées de la gestion sont tenus de fournir des renseignements (art. 715a al. 2 CO). En conséquence, l'obligation de renseigner s'étend également aux délégués, directeurs, fondés de pouvoir, mandataires et employés qui, sous la surveillance de la direction, assument des tâches de gestion de manière autonome et dans leur propre domaine de compétence. Par conséquent, les membres tacites et de fait du conseil d'administration ainsi que les suppléants sont également soumis à l'obligation de renseigner. Seuls les employés et les auxiliaires non autorisés à signer sont donc exemptés de l'obligation de renseigner. 6

III. L'EXERCICE DU DROIT D'INFORMATION ET DE CONSULTATION : LES "VOIES DE RECOURS"

Les "instances" pour l'exercice du droit d'accès et de consultation sont organisées comme suit : 7

- Les demandes d'information doivent en principe être adressées au président du conseil d'administration.
- Pendant les séances du conseil d'administration, les demandes peuvent être adressées directement à toutes les personnes soumises à l'obligation

de renseigner (cf. n. 3). Dans ce cadre, aucune autorisation du président ou de l'ensemble du conseil d'administration n'est requise.

- En dehors des réunions du conseil d'administration, les "voies de recours" ordinaires doivent être respectées, sauf disposition contraire dans un règlement d'organisation. Cela est important dans la mesure où il faut garantir une information égale de tous les membres du conseil d'administration. Le président du conseil d'administration doit donc être informé de la demande d'information et de sa réponse, afin de pouvoir informer les autres membres du conseil d'administration si nécessaire. Lorsque le président doit statuer sur une demande d'information ou de consultation, il doit prendre sa décision en faisant preuve de discernement et en pesant les intérêts en jeu. Le président doit motiver le rejet d'une demande au sens de l'art. 715a al. 3 et 4 CO. Si le président rejette la demande, le membre du conseil d'administration concerné peut s'adresser au conseil d'administration dans son ensemble, dont la décision est définitive, sous réserve d'un contrôle judiciaire (cf. n. 23 ss.). Celui-ci doit décider selon les mêmes critères que le président. A notre avis, le membre requérant doit se récuser dans le cadre de la décision de l'ensemble du conseil d'administration, car il est susceptible de se trouver dans un conflit d'intérêts.

8 Les demandes concernant la marche des affaires sont exclues de la procédure d'instance. Le rapport sur la marche des affaires doit porter à la connaissance de chaque membre du conseil d'administration la réalisation ou la non-réalisation des perspectives commerciales au cours de la dernière période ainsi que les événements particuliers.

9 Si le conseil d'administration a constitué des comités qui ne sont pas dirigés par le président du conseil d'administration, il en résulte une autre "voie d'instance". Ainsi, les membres du conseil d'administration qui ne font pas partie de ces comités doivent se renseigner directement auprès du président du comité. Par ailleurs, dans le cadre de son travail, le comité doit également pouvoir se procurer des informations directement auprès des membres de la direction.

IV. L'ÉTENDUE DU DROIT À L'INFORMATION

A. Le droit d'accès étendu pendant les réunions du conseil d'administration

Selon l'art. 715a al. 1 et 2 CO, le droit d'être informé dans le cadre des séances du conseil d'administration est étendu. Complète signifie que le conseil d'administration a le droit d'être informé sur toutes les affaires concernant la société. Cela comprend aussi bien un droit à l'information sur la marche générale des affaires qu'un droit à des informations détaillées sur des affaires spécifiques. La seule condition est qu'il existe un certain lien entre le mandat du conseil d'administration et l'information. Même si le droit à l'information se limite en premier lieu aux processus au sein de l'entreprise elle-même, le droit à l'information d'un membre du conseil d'administration d'une société mère s'étend également aux processus concernant la filiale. Sont exclus du droit d'accès les renseignements concernant les affaires privées des collaborateurs ou ceux qui servent à satisfaire les intérêts privés des membres du conseil d'administration. 10

Tous les membres du conseil d'administration et les personnes chargées de la gestion sont soumis à une obligation de renseigner illimitée. Cela signifie plus que la simple réponse aux questions posées. Au contraire, les personnes désignées sont également tenues de leur propre chef de rendre compte spontanément des affaires qui sont importantes pour le conseil d'administration. Enfin, seul un conseil d'administration informé peut poser les bonnes questions. 11

Le président doit s'assurer que les questions peuvent être posées et que la personne compétente peut y répondre. Dans ce contexte, il doit soit inviter les personnes compétentes sur le sujet à la réunion, soit rassembler des documents écrits. On ne peut toutefois pas exiger des personnes soumises à l'obligation de renseigner qu'elles soient toujours disponibles pour répondre à des questions spontanées. Dans un tel cas, les informations doivent être fournies dès que possible. 12

B. Le droit d'accès illimité aux informations sur la marche des affaires en dehors des réunions du conseil d'administration

13 En corollaire à la responsabilité personnelle du conseil d'administration, celui-ci dispose d'un droit d'information illimité sur la marche des affaires, même en dehors des réunions du conseil d'administration. Avec l'autorisation du président, il peut en outre demander des informations sur des affaires particulières. L'autorisation doit en principe être accordée par le président du conseil d'administration. L'autorisation ne peut être refusée que dans les limites déjà décrites (cf. en particulier les cas d'abus mentionnés au point 5), le principe de proportionnalité devant toujours être respecté. Le principe de proportionnalité peut également conduire à n'accorder que partiellement une demande de renseignements.

C. Le droit à la remise de documents complets et en temps utile avant la réunion du conseil d'administration

14 Le droit d'accès comprend le droit des membres du conseil d'administration à recevoir des documents complets et en temps utile avant la réunion. L'étendue de la documentation dépend des thèmes inscrits à l'ordre du jour et à traiter. En d'autres termes, il existe un droit à une information complète avant une réunion du conseil d'administration. La loi ne règle pas spécifiquement les informations à fournir pour la préparation d'une réunion du conseil d'administration. Le président du conseil d'administration est responsable de la préparation et de la direction de la réunion. Selon le Code suisse de bonne pratique 2023, le président du conseil d'administration est le garant de l'information. En collaboration avec la direction, il doit veiller à ce que les membres du conseil d'administration soient informés à temps de tous les aspects de la société qui sont importants pour la formation de la volonté et la surveillance. En ce qui concerne le droit à la remise de documents complets et en temps utile avant la réunion du conseil d'administration, le Code suisse parle de "documents clairs et compréhensibles" qui doivent être mis à la disposition des membres du conseil d'administration. A notre avis, cette formulation est convaincante sur le plan matériel, raison pour laquelle le Code suisse peut être utilisé comme aide à l'interprétation dans la pratique.

15 Les membres du conseil d'administration devraient, dans la mesure du possible, recevoir les documents clairement présentés avant la réunion,

l'envoi pouvant se faire aussi bien par voie postale qu'électronique, indépendamment du fait que la réunion se déroule par la suite physiquement, électroniquement ou virtuellement. Dans le cas contraire, le président fait mettre les documents à disposition pour étude avant la réunion, en prévoyant un délai suffisant. Cela permet de garantir que tous les membres du conseil d'administration puissent se faire une opinion fondée en vue de prendre des décisions.

Les documents pour une réunion du conseil d'administration doivent être disponibles à temps. Si ce n'est pas le cas, les membres du conseil d'administration doivent agir. Le cas échéant, ils doivent proposer lors de la réunion de rejeter ou d'ajourner l'affaire. Le délai encore considéré comme raisonnable doit être évalué au cas par cas. 16

V. LE DROIT DE CONSULTER LES LIVRES ET LES DOSSIERS

Les membres du conseil d'administration ont un droit de regard individuel sur les livres et les dossiers, aussi bien pendant qu'en dehors des réunions du conseil d'administration. Ces termes doivent être interprétés de manière extensive et englobent tous les dossiers de la société saisis sur des supports de données écrits ou électroniques et auxquels la société a accès. Les membres ont notamment droit au procès-verbal de séance et à la documentation correspondante, sauf en cas d'abus (cf. n. 5). Cela vaut également pour les membres qui se sont récusés. 17

La notion de "livres" comprend les livres de comptes proprement dits au sens des art. 957 ss. CO ainsi que la correspondance. En revanche, le registre des actions n'en fait pas partie, car chaque membre du conseil d'administration dispose d'un droit de regard illimité à cet égard, puisqu'il en partage la responsabilité. Enfin, chaque membre du conseil d'administration a également libre accès aux dossiers du conseil d'administration, de ses comités et en particulier du comité présidentiel. La notion de "dossiers" englobe en principe tous les documents ayant un rapport avec l'activité de la société, notamment toutes les données informatiques pertinentes. 18

Le droit de consultation ne comprend pas le droit inconditionnel de faire des copies des documents et de les emporter. Toutefois, le président peut, dans l'intérêt de la société, autoriser la copie de parties pertinentes de la documentation interne. Le droit de regard doit être exercé personnellement, 19

le membre du conseil d'administration qui consulte pouvant demander au président de se faire accompagner d'un expert compétent.

20 Le droit de regard selon l'art. 715a al. 4 CO est le plus limité par la loi. Ainsi, les livres et les dossiers ne peuvent être consultés que "dans la mesure où cela est nécessaire à l'accomplissement d'une tâche". La question de savoir si cette condition est remplie dépend donc avant tout de l'organisation de la société anonyme concernée. Le membre du conseil d'administration qui demande à consulter les documents doit indiquer au président du conseil d'administration dans quelle mesure la consultation est pertinente pour l'accomplissement de ses tâches. La question de savoir si la demande de consultation (ou la demande d'information) adressée au président du conseil d'administration doit être faite par écrit est controversée dans la doctrine. Pour des raisons de preuve, la forme écrite peut s'imposer pour la demande (et éventuellement la réponse à celle-ci). A notre avis, la forme écrite peut être exigée et découle du droit et de l'obligation du conseil d'administration de s'organiser lui-même. Mais dans tous les cas, les exigences de forme ne doivent pas être trop élevées : Une demande de consultation par e-mail devrait dans tous les cas être considérée comme suffisante, même si le règlement d'organisation exige la forme écrite. C'est le président qui décide si le membre du conseil d'administration a le droit de consulter les documents.

VI. L'ASPECT TEMPOREL DU DROIT À L'INFORMATION SELON L'ART. 715A CO

21 Le droit à l'information commence avec l'élection en tant que membre du conseil d'administration et prend fin avec le départ de ce dernier par la fin du mandat, la démission ou la révocation. Après le départ d'un membre du conseil d'administration, celui-ci devient soit un actionnaire ordinaire, soit un tiers extérieur qui n'a pas droit à des informations supplémentaires. Cela vaut en principe aussi lorsque la demande d'information concerne des circonstances ou des documents qui remontent à la période d'activité du conseil d'administration. Cette règle est justifiée par l'absence d'intérêt d'un ancien membre du conseil d'administration à faire valoir son droit à l'information et à la consultation. Si un conseil d'administration est menacé de destitution, par exemple parce que sa destitution est à l'ordre du jour de la prochaine assemblée générale, il est en principe envisageable de demander des mesures provisoires (même superprovisoires) au tribunal compétent.

Toutefois, de telles mesures ne sont accordées que si les exigences sont nettement plus élevées.

Ce n'est que si un ancien membre du conseil d'administration a besoin, en raison d'un litige - notamment en matière de responsabilité ou d'honoraires -, d'avoir accès aux informations nécessaires durant son mandat précédent, qu'il peut encore faire valoir un droit correspondant à l'encontre de la société après son départ. 22

VII. LA MISE EN ŒUVRE JUDICIAIRE DU DROIT D'INFORMATION ET DE CONSULTATION

Dans la doctrine, la question de l'applicabilité judiciaire du droit à l'information des membres du conseil d'administration selon l'art. 715a CO par le biais d'une action en exécution a longtemps été très controversée. Une possibilité d'action n'est pas explicitement statuée dans la loi. En 2018, le Tribunal fédéral a tranché la question en faveur de la recevabilité d'une action en paiement. Selon cette décision, le droit à l'information peut donc également être exercé en justice en dehors des réunions du conseil d'administration. Après un examen approfondi de la doctrine et une interprétation de la disposition correspondante, le Tribunal fédéral est arrivé à la conclusion que l'art. 715a CO avait pour but de garantir que le conseil d'administration puisse assumer de manière efficace et efficiente ses tâches en tant qu'organe de direction et de surveillance. Si le législateur part donc du principe que les droits à l'information protégés par l'art. 715a CO sont nécessaires à l'accomplissement efficace des tâches mentionnées, c'est avant tout cet objectif qui plaide en faveur de la possibilité d'agir en justice. En outre, le fait de savoir que les droits à l'information ne peuvent pas faire l'objet d'une action en justice pourrait encourager à tort un refus d'information de la part du conseil d'administration. A cet égard, l'action en nullité de la décision du conseil d'administration n'apporterait pas de solution si elle n'avait pas pour conséquence l'octroi d'informations. Le tribunal doit cependant toujours examiner au cas par cas si les informations demandées sont nécessaires à l'accomplissement du mandat du conseil d'administration ou si des intérêts prépondérants de la société s'opposent à la consultation. 23

La décision du Tribunal fédéral peut être approuvée dans la mesure où les droits d'information et de consultation des membres du conseil 24

d'administration prévus à l'art. 715a CO constituent une condition fondamentale pour l'accomplissement de leurs tâches conformément à l'art. 717 CO. Une telle action en prestation relève de la procédure sommaire.

25 La prétention selon l'art. 715a CO est de nature personnelle et ne peut pas être cédée. Comme l'action en paiement doit permettre d'obtenir des informations qui doivent servir à l'exercice des tâches légales, seule la personne qui est encore membre du conseil d'administration non seulement au moment de l'introduction de l'action, mais aussi au moment du jugement, a en principe la légitimité active. Une exception s'applique à l'exemple mentionné de l'ancien membre du conseil d'administration qui a besoin d'informations dans le cadre d'un litige (cf. n. 22). La légitimation passive ne concerne pas le président du conseil d'administration ou le conseil d'administration dans son ensemble, mais la société.

BIBLIOGRAPHIE

Bächtold Thomas C., Die Information des Verwaltungsrates, Bern 1997.

Böckli Peter, Schweizer Aktienrecht, 5. Aufl., Zürich 2022.

Bühler Christoph B., Kommentierung zur Art. 715a OR, in: Handschin Lukas (Hrsg.), Zürcher Kommentar, Die Aktiengesellschaft, Generalversammlung und Verwaltungsrat. Mängel in der Organisation, Art. 698–726 und 731b OR, 3. Aufl., Zürich 2018 (zit. ZK-Bühler).

Forstmoser Peter, Organisation und Organisationsreglement der Aktiengesellschaft, Zürich 2011.

Forstmoser Peter/Küchler Marcel, Schweizerisches Aktienrecht 2020. Mit neuem Recht der GmbH und der Genossenschaft und den weiteren Gesetzesänderungen, Zürich 2021.

Forstmoser Peter/Meyer-Hayoz Arthur/Nobel Peter, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996.

Killias Laurent, Gerichtliche Durchsetzung von Informationsrechten durch den einzelnen Verwaltungsrat, in: Notter Markus/Weber Rolf H./Heinemann Andreas/Baumgartner Tobias (Hrsg.), Europäische Idee und Integration – mittendrin und nicht dabei? Liber amicorum für Andreas Kellerhals, Zürich 2018, S. 337–349.

Krneta Georg, Praxiskommentar Verwaltungsrat. Art. 707–726 OR und Spezialgesetze. Ein Handbuch für Verwaltungsräte, 2. Aufl., Bern 2005.

Meyer-Hayoz Arthur/Forstmoser Peter/Sethe Rolf, Schweizerisches Gesellschaftsrecht. Mit neuem Firmen- und künftigem Handelsregisterrecht und unter Einbezug der Aktienrechtsreform, 12. Aufl., Bern 2018.

Moschen Corina/von der Crone Hans Caspar, Gerichtliche Durchsetzung der Informationsrechte nach Art. 715a OR, SZW 2018, S. 304–313.

Müller Lukas/David P. Henry, Transaktionen mit nahestehenden Personen im Unternehmensalltag – Eine praxisorientierte Perspektive und Empfehlungen, in: Müller Matthias P.A./Forrer Lucas/Zuur Floris (Hrsg.), Das Aktienrecht im Wandel – Zum 50. Geburtstag von Hans-Ueli Vogt, Zürich et al. 2020, S. 45–70.

Müller Roland/Lipp Lorenz/Plüss Adrian, Der Verwaltungsrat. Ein Handbuch für Theorie und Praxis, 5. Aufl., Zürich 2021.

Naef Monika/Rieger Sebastian, Zur Durchsetzung von Informationsrechten nach Art. 715a OR, AJP 5/2018, S. 600–608.

Plüss Adrian/Facincani-Kunz Dominique, Kommentierung zu Art. 715a OR, in: Roberto Vito/Trüeb Hans Rudolf (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personengesellschaften und Aktiengesellschaft – Vergütungsverordnung, Art. 530–771 OR – VegüV, 3. Aufl., Zürich 2016 (zit. CHK-Plüss/Facincani-Kunz).

Roth Pellanda Katja, Organisation des Verwaltungsrats, Zürich 2007.

von der Crone Hans Caspar, Aktienrecht, 2. Aufl., Bern 2020.

Wernli Martin/Rizzi Marco A., Kommentierung zu Art. 715a OR, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Watter Rolf (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 5. Aufl., Basel 2016 (zit. BSK-Wernli/Rizzi).

ATTENTION : Cette version du commentaire est une traduction automatique de l'original. Le commentaire original est en allemand. La traduction a été faite avec www.deepl.com. Seule la version originale fait foi. La version traduite du commentaire ne peut pas être citée.

COMMENTAIRE

Art. 734f CO

Un commentaire de Lucas Forrer / Matthias Müller

PROPOSITION DE CITATION

Lucas Forrer / Matthias Müller, Kommentierung zu Art. 734f OR, in: Lukas Müller (Hrsg.), Onlinekommentar zum Obligationenrecht

Citation abrégée: OK-Forrer / Müller, N XXX zu Art. 734f OR.

VII. Représentation des sexes au sein du conseil d'administration et de la direction

Art. 734f

À moins que la représentation de chaque sexe n'atteigne au minimum 30 % au sein du conseil d'administration et 20 % au sein de la direction, le rapport de rémunération des sociétés qui dépassent les valeurs fixées à l'art. 727, al. 1, ch. 2, doit mentionner:

les raisons pour lesquelles la représentation de chaque sexe n'atteint pas le minimum prévu;
les mesures de promotion du sexe le moins représenté.

TABLE DES MATIÈRES

I. Introduction 240
A. Aperçu du contenu et du contexte de la disposition 240
B. But de la norme 241
C. Situation de départ en termes de droit et de fait; comparaison avec l'étranger . 241
D. Situation de départ en droit constitutionnel 242
II. Historique 243
A. Situation juridique avant la révision du droit des sociétés anonymes en 2020 .. 243
1. Loi 243
a. Au niveau du conseil d'administration 243
b. Au niveau de la direction 244
2. Autorégulation 244
B. Déroulement des travaux législatifs 244
C. Entrée en vigueur 245
III. Systématique juridique et nature du droit 246
A. Position systématique dans la loi 246
B. Caractère général de la norme 246
1. Norme impérative 246
2. Lex specialis 247
3. Norme atypique de comply-or-explain 247
a. Classification selon la théorie des normes ; normes typiques et atypiques 247
b. Critique du concept comply-or-explain 249
IV. État de fait 250
A. Champ d'application personnel 250
1. Champ d'application personnel et territorial 250
a. Incorporation en Suisse ; cotation en bourse ; double seuil 250
b. "Opt-in" 251
2. Champ d'application personnel et matériel 252
3. Destinataires de la norme 252
B. Montant et calcul des valeurs de référence 253
1. Montant 253
2. Base de calcul ; calcul 253
3. Mise en œuvre pratique 254
C. Champ d'application temporel (période de transition) 255
V. Conséquences juridiques 255
A. Comply or explain 255
B. Obligation d'établir un rapport 256
1. Le rapport: le rapport de rémunération 256
2. Contenu et densité du rapport 256
3. Contrôle par l'organe de révision 258

VI. Application du droit 260
A. Instruments de l'actionnaire 260
1. Aperçu général 260
2. Droit à l'information et à la consultation 261
3. Responsabilité en droit des sociétés anonymes 262
B. Droit à "l'embauche" ? 263
Matériaux 263
Bibliographie 264

I. INTRODUCTION

A. Aperçu du contenu et du contexte de la disposition

1 L'art. 734f CO ancre pour la première fois des valeurs indicatives contraignantes pour les sexes dans le droit suisse des sociétés anonymes. Selon cette disposition, les sociétés visées par la norme doivent, lorsque les valeurs indicatives légales ne sont pas atteintes, rendre compte des raisons de cette sous-représentation et des mesures prises pour promouvoir le sexe sous-représenté. Dans la vie politique de tous les jours, la notion de valeurs indicatives pour les sexes est également accompagnée du slogan accrocheur, mais peu précis, de "quotas de femmes". Un simple coup d'œil sur ce mécanisme légal révèle en effet qu'il ne s'agit pas d'un véritable quota, mais seulement (mais tout de même) d'une valeur indicative ayant un caractère obligatoire "de moindre importance". Nous reviendrons en détail sur cette particularité. Contrairement à de nombreux équivalents étrangers, l'art. 734f CO se caractérise par la fameuse tendance helvétique ("amicale-confédérée") au compromis et à la modération.

2 L'art. 734f CO est une disposition motivée par des considérations de politique sociale (et donc de politique juridique). Elle est l'expression du mouvement de notre époque, dans lequel le privé et le public s'entremêlent de plus en plus. La "promotion des femmes" n'est plus seulement l'affaire de l'État (du public), mais aussi des entreprises privées. Il n'est donc pas étonnant que l'amendement du droit des sociétés anonymes de 2020 ait menacé d'échouer en raison de cette seule disposition, qui n'est guère décisive au regard de l'ensemble - tant elle a pu échauffer les esprits politiques ! En tout état de cause, la littérature sur le droit des sociétés anonymes a émis à juste titre des réserves quant au fait que le droit des sociétés anonymes, en dépit de son importance capitale pour la vie économique, n'est pas le lieu approprié pour la réalisation des desiderata de la politique sociale. L'égalité des sexes est un thème qui concerne l'ensemble de la société et de l'économie ; un lien interne, étroit et exclusif avec le droit de la société anonyme lui est étranger. L'objectif du droit de la société anonyme (du droit des sociétés en général) est plutôt de garantir le bon fonctionnement de l'organisation du droit des sociétés dans l'intérêt des "propriétaires" économiques de la société (donc, dans le cas de la société anonyme, des actionnaires) ; les sociétés anonymes,

même celles cotées en bourse, ne font pas partie du domaine public (politique), mais sont des sujets de l'ordre juridique privé au service de leurs propriétaires (actionnaires). Dans sa plénitude de pouvoir, le législateur n'a bien sûr pas à se soucier de telles considérations systématiques et théoriques de principe.

B. But de la norme

Le but de l'art. 734f CO est de réaliser le mandat constitutionnel confié au législateur en matière d'égalité effective entre hommes et femmes au travail (art. 8, al. 3, 2e phrase, Cst.). Bien que la disposition ne fasse pas référence à un sexe particulier et soit formulée de manière neutre, il ressort sans aucun doute de la situation juridique de départ et de la genèse de la disposition que celle-ci vise à augmenter la proportion de femmes dans la gestion. Selon le message du Conseil fédéral, la disposition doit donner un signal clair à l'économie pour qu'elle "intensifie ses efforts en vue de promouvoir activement et globalement les femmes en tant que cadres, le sexe encore nettement sous-représenté parmi les cadres supérieurs". La disposition n'a toutefois pas pour but d'imposer par la force un certain rapport entre les sexes au sein de la direction ; elle veut seulement y inciter par le biais d'une obligation de rapport. 3

C. Situation de départ en termes de droit et de fait; comparaison avec l'étranger

Il est empiriquement établi que les femmes sont moins représentées que les hommes dans les instances dirigeantes des grandes entreprises (le plus souvent cotées en bourse) en Suisse. On constate toutefois depuis longtemps une évolution vers une représentation équilibrée des deux sexes, tant dans les conseils d'administration que dans les directions de ces entreprises. Il n'y a pas que les médias qui déclarent vouloir augmenter sensiblement la part des femmes dans les postes de direction les plus importants au cours des prochaines années. Depuis 2012, on constate même une nette préférence des investisseurs pour les femmes dans les conseils d'administration - bien que les valeurs indicatives de genre n'aient été officiellement intégrées que fin 2014 dans la révision du droit des sociétés anonymes. Selon le rapport Schilling 2022, la part des femmes dans les conseils d'administration des 100 principales entreprises suisses s'élève désormais à 26% (2010 : 10%) et à 17% 4

dans les directions (2005 : 4%). Dans les entreprises cotées au SMI, la part des femmes est un peu plus élevée : 30 pour cent dans les conseils d'administration (2010 : 11 pour cent), 19 pour cent dans les directions (2010 : 5 pour cent). En comparaison européenne, ces valeurs placent la Suisse en queue de peloton : selon le réseau European Women on Boards, la Suisse occupe la 15e place sur 19 pour la proportion de femmes dans les conseils d'administration et la 14e place pour les directions. Le retard (actuel) par rapport aux pays européens s'explique sans doute par le fait que ces derniers s'efforcent depuis des années d'augmenter sensiblement la part des femmes dans les instances dirigeantes, notamment par le biais de quotas de genre obligatoires.

D. Situation de départ en droit constitutionnel

5 Les questions de droit constitutionnel liées à l'introduction de valeurs indicatives de genre ne peuvent et ne doivent pas être abordées en détail ici. L'article 734f CO porte atteinte à la liberté économique protégée par les droits fondamentaux, qui comprend notamment le droit des hommes à accéder librement aux activités lucratives et commerciales de l'économie privée ainsi que le droit des sociétés privées à choisir librement leurs relations de travail et à concevoir librement leur organisation (liberté de déterminer elles-mêmes la composition de leurs propres organes de direction).

6 En se référant à l'art. 8, al. 3, deuxième phrase, Cst., la doctrine en question estime toutefois que les valeurs indicatives pour les sexes et l'approche "comply or explain" choisie sont des mesures relativement "douces" qui s'inscrivent dans le cadre des prescriptions légales ; elles constituent en fin de compte des atteintes proportionnées et constitutionnelles aux droits fondamentaux concernés. Dans son message sur le nouveau droit des sociétés anonymes, le Conseil fédéral a également constaté que la restriction de la liberté économique était proportionnée, compte tenu de l'obligation de simplement déclarer le non-respect des valeurs indicatives de genre. L'article 8, alinéa 3, phrase 2 de la Constitution fédérale, selon lequel la loi doit pourvoir à l'égalité de droit et de fait entre l'homme et la femme, notamment dans le domaine du travail, sert de justification à l'intervention de l'État ; cela comprend également des mesures visant à compenser la sous-représentation des femmes dans les organes de direction des entreprises privées ou la fixation d'objectifs chiffrés.

Cette justification du Conseil fédéral et de la doctrine a été critiquée à juste titre dans la littérature : En effet, la sous-représentation des femmes dans les organes de direction, constatée empiriquement, ne permet pas de conclure sans autre à une absence d'égalité (discrimination). Le Tribunal fédéral a clairement rejeté l'égalité des résultats dans ce sens. En dépit de cela, il ne devrait pas y avoir d'objections de droit constitutionnel qui rendraient les valeurs indicatives pour les sexes absolument inconstitutionnelles. Il est vrai qu'avec ou malgré l'affirmation de l'admissibilité constitutionnelle des valeurs indicatives de genre, la question politico-juridique de la pertinence de leur introduction dans l'économie privée reste sans réponse. Le fait de se concentrer uniquement sur la représentation équilibrée des deux sexes au sein des cadres supérieurs des grandes entreprises suisses pourrait détourner l'attention des véritables défis en matière d'égalité des sexes, qui se situent par exemple dans le domaine de la création de conditions permettant de mieux concilier vie familiale et vie professionnelle. 7

II. HISTORIQUE

A. Situation juridique avant la révision du droit des sociétés anonymes en 2020

1. Loi

a. Au niveau du conseil d'administration

Jusqu'à présent, le droit suisse des sociétés anonymes était étranger aux quotas ou aux valeurs indicatives légalement obligatoires en matière de représentation des sexes. Avant l'entrée en vigueur de l'art. 734f CO au 1er janvier 2021, l'assemblée générale était libre d'introduire, avec effet pour le conseil d'administration, une condition d'éligibilité statutaire visant à garantir une certaine représentation minimale (en pourcentage) des sexes. La question de l'admissibilité d'une condition d'éligibilité axée sur le sexe n'a jusqu'à présent été discutée que de manière cursive dans la littérature juridique. La protection de la personnalité et le principe d'égalité de traitement ont notamment été invoqués pour s'opposer à l'admissibilité d'une disposition statutaire relative à la représentation des sexes. On ne peut toutefois pas se rallier à cette opinion. En effet, on ne voit pas pourquoi la prise en compte d'autres caractéristiques personnelles telles que l'âge ou la nationalité serait 8

autorisée dans les statuts, alors que le sexe ne le serait pas. L'assemblée générale (d'une société cotée en bourse) avait donc déjà la possibilité, sous l'empire de l'ancien droit, d'adopter une réglementation sur le genre au niveau du conseil d'administration.

b. Au niveau de la direction

9 L'assemblée générale peut limiter la compétence de délégation du conseil d'administration par le biais d'une disposition statutaire (art. 627, ch. 12, CO ou, à l'avenir, art. 716b, al. 1, CO révisé). Ainsi, tant avant qu'après l'entrée en vigueur de l'art. 734f CO, non seulement les dispositions statutaires relatives à la représentation appropriée des sexes, mais aussi les quotas en pourcentage au sein de la direction, devaient être considérés comme admissibles.

2. Autorégulation

10 Pendant longtemps, le Code suisse de bonne pratique pour le gouvernement d'entreprise (Code suisse) ne contenait aucune disposition concernant la représentation des sexes dans les organes de direction. Dans le contexte du débat politique sur l'exigence d'une plus grande représentation des femmes dans les organes de direction, le Code suisse, dans sa version révisée de 2014, recommande au chiffre 12 ("Composition du conseil d'administration et de la direction") que le conseil d'administration comprenne aussi bien des membres masculins que féminins, avec l'obligation de "comply or explain". Dans le même temps, il est toutefois souligné que les candidats des deux sexes doivent posséder les capacités nécessaires à la formation d'une volonté autonome, afin de garantir un échange d'idées critique avec la direction.

B. Déroulement des travaux législatifs

11 Ni l'avant-projet de 2005 ni le projet de 2007 relatif au nouveau droit de la société anonyme ne prévoyaient de dispositions sur la composition du conseil d'administration ou de la direction. De même, ils n'incluaient pas de dispositions sur la transparence en matière de diversité des genres dans la gestion des entreprises. Ce n'est que dans l'avant-projet du 28 novembre 2014 que le Conseil fédéral a soumis une proposition de disposition légale concernant la diversité des genres, qui était presque identique à la réglementation actuelle de l'art. 734f CO ("Valeurs indicatives pour la

représentation des deux sexes au conseil d'administration et à la direction" des grandes sociétés cotées en bourse).

Dans le cadre de la procédure de consultation, l'objectif d'une meilleure représentation des femmes au sein du conseil d'administration et de la direction des sociétés cotées en bourse a certes été considéré comme généralement souhaitable. Toutefois, les prises de position concernant la mise en œuvre concrète ont été controversées. Les associations économiques et les partis bourgeois ont exigé que l'on renonce à une norme légale. Une position diamétralement opposée a été adoptée par diverses organisations de défense des droits des femmes et par des partis appartenant à l'éventail social-démocrate, qui ont salué la réglementation et ont parfois exigé des mécanismes de contrôle plus efficaces ainsi que des sanctions plus sévères. 12

Malgré cette situation initiale, le Conseil fédéral a maintenu dans le projet de 2016 sa proposition initiale de 2014, à la différence des 30 % de femmes dans les directions d'entreprises exigés dans l'avant-projet de 2014, qui ne devaient plus être que 20 %, et ce après une période transitoire plus longue de dix ans au lieu de cinq. Pour les conseils d'administration, la proposition de l'avant-projet de 2014 a été maintenue. 13

Lors de la session d'été 2018, le Conseil national a approuvé la réglementation proposée par le Conseil fédéral dans le projet de 2016 après des discussions houleuses - à une voix de majorité. Le 19 juin 2019, le Conseil des Etats s'est rallié au Conseil national par 27 voix contre 13. 14

C. Entrée en vigueur

La révision du droit de la société anonyme a été adoptée le 16 juin 2020. Contrairement aux autres adaptations, l'introduction des valeurs indicatives de genre ne nécessitait pas de dispositions d'exécution. Lors de sa séance du 11 septembre 2020, le Conseil fédéral a donc fixé l'entrée en vigueur des dispositions correspondantes relatives aux valeurs indicatives de genre au 1er janvier 2021. 15

III. SYSTÉMATIQUE JURIDIQUE ET NATURE DU DROIT

A. Position systématique dans la loi

16 L'art. 734f CO se trouvera à l'avenir dans la quatrième section relative aux indemnités versées par les sociétés anonymes cotées en bourse (art. 732 ss. CO révisé), qui a été introduite dans le cadre de la révision du droit de la société anonyme de l'été 2020 en vue de transposer l'ORAb dans le CO et qui entrera en vigueur in globo avec effet au 1er janvier 2023, et sera désormais classé, comme l'indique sa note marginale, dans les dispositions relatives au rapport de rémunération (art. 734 ss. CO révisé). Il n'existe toutefois aucun lien dogmatique ou même thématique entre les dispositions régissant la rémunération des dirigeants et celles régissant les valeurs indicatives de genre. Le seul point commun réside dans le fait qu'elles servent toutes deux à la réalisation d'objectifs sociopolitiques : là à empêcher le "racket" par le management, ici à instaurer l'"égalité" au sein du management. Le Conseil fédéral a justifié le rattachement systématique au rapport de rémunération par le fait qu'il permet d'éviter l'introduction d'un nouvel instrument dans le droit de la société anonyme. Bien qu'il eût été préférable, pour des raisons de "pureté" dogmatique et systématique, de placer les prescriptions relatives aux valeurs indicatives de genre dans les dispositions sur la composition du conseil d'administration (art. 707 ss CO), l'argumentation pragmatique du Conseil fédéral correspond sans doute tout à fait au penchant helvétique pour la praticabilité.

B. Caractère général de la norme

1. Norme impérative

17 L'art. 734f CO est un droit impératif. Cela ne découle certes pas facilement du texte de la norme, mais l'interprétation, notamment au regard du but de la norme, ne permet pas raisonnablement de tirer une autre conclusion. Si la société pouvait déroger aux dispositions relatives aux valeurs indicatives en matière de genre, par exemple dans ses statuts, l'intention du législateur serait pour ainsi dire réduite à l'absurde. Les demandes politico-juridiques de toute nature doivent en règle générale être de nature contraignante. Le "degré de contrainte" de l'art. 734f CO est toutefois réduit en raison de la nature juridique particulière de cette norme.

2. Lex specialis

L'art. 734f CO est une lex specialis. Cette caractérisation est certes peu pertinente tant qu'il n'est pas démontré dans quelle mesure le champ d'application de cette lex specialis s'étend et quel est son rapport avec la lex generalis. La règle "lex specialis derogat legi generali" est une règle purement formelle et donc peu productive, qui n'acquiert de la pertinence qu'en interprétant la lex specialis, la téléologie jouant notamment un rôle important. En ce qui concerne l'art. 734f CO, on peut dire ce qui suit : si tous les éléments constitutifs de cette norme sont réunis, elle supplante (déroge) à l'art. 698 al. 2 ch. 2 CO concernant le libre droit de l'assemblée générale d'élire les membres du conseil d'administration et à l'art. 716b al. 1 CO concernant la compétence du conseil d'administration de choisir librement les personnes auxquelles il entend confier la direction de l'entreprise. La dérogation n'intervient bien sûr que dans la mesure du champ d'application de l'art. 734f CO et des conséquences juridiques ordonnées par cette norme. Concrètement, étant donné que la conséquence juridique de l'art. 734f CO - à savoir l'obligation de motiver - n'est pas en conflit irréconciliable avec les conséquences juridiques de l'art. 698 al. 2 ch. 2 CO ou de l'art. 716b al. 1 CO - à savoir la validité juridique de l'acte de nomination ou de transfert -, ces conséquences juridiques ne sont pas supplantées par cette conséquence juridique. L'art. 734f CO est certes une lex specialis par rapport à ces deux dispositions, mais d'une part son champ d'application est limité et d'autre part sa conséquence juridique ne s'ajoute qu'à celles qui sont ordonnées par ces leges generales, sans les supplanter (derogieren). 18

3. Norme atypique de comply-or-explain

a. Classification selon la théorie des normes ; normes typiques et atypiques

Si une entreprise ne remplit pas les valeurs indicatives selon l'art. 734f CO, elle doit exposer dans le rapport de rémunération les raisons pour lesquelles le sexe n'est pas représenté dans la proportion prévue par cette disposition au sein du conseil d'administration ou de la direction et les mesures qu'elle entend prendre pour promouvoir ce sexe. Contrairement à d'autres pays - comme l'Allemagne ou la Norvège -, il n'existe pas en Suisse de quota obligatoire dont la violation aurait entraîné des sanctions juridiques 19

"sévères" (comme la nullité de l'acte électoral ou même une amende). La conséquence juridique est plutôt l'obligation de justifier un comportement "contraire à la norme". Cette méthode de technique juridique est appelée "comply or explain". En raison de cette obligation de motivation, l'art. 734f CO n'est pas une lex imperfecta (une norme dont la violation ne prévoit pas de conséquence juridique) ; il ne devrait pas non plus s'agir d'une véritable lex minus quam perfecta (une norme dont la violation n'entraîne certes pas la nullité de l'acte juridique, mais tout de même une sanction). En fin de compte, l'art. 734f CO se situe quelque part entre les deux.

20 La technique "comply or explain" est issue de l'espace juridique anglo-saxon. En Suisse, elle est surtout utilisée dans l'autorégulation (voir par exemple l'art. 7 RLCG ainsi que le préambule du Code suisse) ; elle était en revanche étrangère au Code des obligations - du moins jusqu'à l'entrée en vigueur de l'art. 734f CO. Une disposition comply-or-explain se caractérise par une diminution de sa force normative (de son degré d'obligation, de son "degré de contrainte") par rapport aux normes "ordinaires". Elle permet au destinataire de la norme de se soustraire à l'"ordre" de la loi en justifiant son non-respect. Cette technique de réglementation crée ainsi une marge de manœuvre pour la saisie objectivement appropriée de cas particuliers (pouvoir d'appréciation) et augmente ainsi - ce qui ne doit pas être négligé, en particulier pour des dispositions aussi fortement motivées par la politique sociale que l'art. 734f CO - l'acceptation (politique) de la disposition.

21 A la lumière de ces considérations, l'art. 734f CO s'avère être une forme atypique de disposition de comply or explain. Dans sa forme typique et "pure", une norme de comply-or-explain établit d'abord une obligation dans son état de fait ("si") et détermine ensuite dans sa conséquence juridique ("alors") comment la violation de cette obligation doit être justifiée. L'art. 734f CO s'écarte de ce schéma dans la mesure où, à y regarder de plus près, il manque une obligation dans les faits : En effet, il n'existe a priori aucune obligation au sens d'un quota minimum pour une certaine proportion de femmes et d'hommes (le texte ne parle même pas de "valeur indicative", bien que le message du Conseil fédéral utilise ce terme à plusieurs reprises). Par conséquent, en cas de "non-compliance", la loi n'exige pas non plus une disculpation de la part de la société, mais seulement une justification de la sous-représentation du sexe. L'opinion exprimée dans la doctrine selon laquelle "explain" ne peut pas remplacer "comply" compte tenu du but de l'art.

734f CO et qu'il s'agit donc d'une véritable obligation de respecter la valeur de référence ancrée dans la loi, méconnaît, selon le point de vue défendu ici, le caractère atypique de cette norme. S'il est sans aucun doute vrai que le législateur a voulu promouvoir l'égalité des sexes avec l'art. 734f CO, il a toutefois opté en toute connaissance de cause (également dans le sens d'un compromis politique) pour la variante atypique de la technique comply or explain. Ce choix fondamental du législateur ne doit pas être écarté par une simple référence au but (supposé) de la norme.

b. Critique du concept comply-or-explain

En l'absence de menace de sanctions "sévères" (civiles, a fortiori pénales), l'effet du concept comply or explain a été mis en doute à plusieurs reprises dans la doctrine. Il est vrai que les sociétés sont libres de respecter ou non les valeurs indicatives prévues à l'art. 734f CO ; il ne s'agit pas de "quotas obligatoires". Mais la contrainte existe bel et bien en ce qui concerne l'obligation d'établir des rapports. La conclusion qui en découle (et qui est en substance exacte), à savoir que l'art. 734f CO est au mieux une disposition de transparence, doit toutefois être tempérée. Pour des raisons de réputation et de "political correctness", il est probable qu'une contrainte de fait ou sociale ou économique à respecter "volontairement" les valeurs indicatives de genre apparaîtra. Le législateur a laissé au pouvoir d'autorégulation des marchés des capitaux le soin d'exercer un effet disciplinaire, voire de sanction, sur les sociétés concernées. Cet effet ne pourra toutefois se produire que si l'art. 734f CO est accepté par les participants au marché des capitaux et peut donc s'imposer - ce que l'on peut supposer au vu de la tendance ESG omniprésente, en tout cas chez les investisseurs institutionnels déterminants. En outre, l'art. 734f CO devrait également exercer un effet d'autodiscipline sur les conseils d'administration des sociétés cotées en bourse, puisque ceux-ci sont tenus, en vertu de la loi, de se pencher de manière récurrente sur le contenu de la "politique de genre". "Loin des yeux, loin du cœur - cela ne sera plus possible à l'avenir". Compte tenu de ces considérations, l'art. 734f CO devrait s'avérer être un instrument tout à fait approprié pour promouvoir la cause de l'égalité des sexes, sans pour autant restreindre de manière excessive la marge de manœuvre nécessaire aux entreprises dans la pratique économique. 22

IV. ÉTAT DE FAIT

A. Champ d'application personnel

1. Champ d'application personnel et territorial

a. Incorporation en Suisse ; cotation en bourse ; double seuil

23 En raison du principe d'incorporation, l'art. 734f CO ne s'applique tout d'abord qu'aux sociétés ayant leur siège en Suisse (cf. art. 154 al. 1 LDIP, ainsi que l'art. 640 CO). Ensuite, le champ d'application personnel de l'art. 734f CO est limité d'une part par l'art. 732 al. 1 CO révisé, d'autre part - en vertu du renvoi de l'art. 734f CO - par l'art. 727 al. 1 ch. 2 CO. L'art. 732 al. 1 CO révisé dispose que les dispositions de la section 4 (dont fait partie l'art. 734f CO) s'appliquent aux sociétés dont les actions sont (au moins partiellement) cotées en bourse. L'art. 727 al. 1 ch. 2 CO fixe trois seuils différents (a. total du bilan de CHF 20 millions ; b. chiffre d'affaires de CHF 40 millions ; c. moyenne annuelle de 250 emplois à plein temps) et exige que deux de ces seuils au moins soient dépassés au cours de deux exercices successifs pour que la société soit tenue de procéder à un contrôle ordinaire. L'art. 734f CO ne s'applique donc que si ces conditions sont remplies. En résumé, l'art. 734f CO ne s'applique donc qu'aux sociétés anonymes suisses cotées en bourse ayant une certaine importance économique. La norme ne s'applique pas aux sociétés constituées conformément à l'art. 763 CO (sociétés et établissements créés par des lois cantonales spéciales et administrés avec le concours d'autorités publiques) ou qui n'ont fait coter en bourse que des bons de participation, des bons de jouissance ou des obligations d'emprunt (voir aussi l'art. 732, al. 1, CO révisé a contrario). En revanche, il importe peu que la société suisse ait fait coter ses actions en Suisse ou à l'étranger, que ses actions soient assorties de restrictions de transfert ou qu'il s'agisse d'actions au porteur ou nominatives.

24 Le législateur a limité le champ d'application personnel de l'art. 734f CO par rapport au champ d'application général des art. 732 ss CO. CO, en se basant sur le critère supplémentaire de l'importance économique. Le Conseil fédéral a motivé sa décision par le fait que les petites sociétés cotées en bourse, notamment celles qui ne sont pas cotées au Main Standard de la SIX Exchange, ne devraient pas tomber dans le champ d'application de l'art. 734f

CO. Dans la doctrine, cette limitation est considérée comme judicieuse. Les propriétaires et les collaborateurs de ces petites et moyennes entreprises (PME) sont souvent liés par des relations personnelles et familiales. Les valeurs indicatives de genre ne seraient pas toujours compatibles avec les structures personnalistes de ces entreprises.

La doctrine a toutefois critiqué le fait que l'article 734f CO ne s'applique qu'aux sociétés anonymes cotées en bourse. Alors que l'importance économique de la société, déterminée sur la base des seuils de l'art. 727 al. 1 ch. 2 CO, est un critère objectif dans l'intérêt de la protection des PME, on peut se demander, compte tenu du principe "substance over form", pourquoi les sociétés non cotées sont exemptées du champ d'application de l'art. 734f CO, d'autant plus que la très grande majorité des sociétés de ce pays ne sont pas cotées. La forme juridique d'une entreprise ne devrait pas être déterminante ; seule l'importance économique d'une société devrait l'être, indépendamment de sa forme juridique. Bien que cette critique ne soit pas dénuée d'une certaine justification, les critères de la forme juridique de la société anonyme et de la cotation en bourse permettent au moins de garantir que seules les très grandes sociétés suisses sont concernées par l'art. 734f CO. La norme est donc délibérément très ciblée. 25

b. "Opt-in"

Bien que les sociétés anonymes non cotées n'entrent pas dans le champ d'application de l'art. 734f CO, elles peuvent, en vertu de l'art. 732, al. 2, CO révisé, déclarer les dispositions de la section 4 applicables en partie ou en totalité en les inscrivant dans leurs statuts ("opt-in"). Ces sociétés peuvent donc notamment déclarer l'art. 734f CO applicable pour elles-mêmes. L'opt-in nécessite, selon une disposition légale expresse, une base statutaire ; d'un point de vue dogmatique, cet opt-in est donc ce que l'on appelle un contenu statutaire conditionnel nécessaire. Il s'agit de dispositions qui, pour être contraignantes, doivent être inscrites dans les statuts (cf. art. 627 CO). Une société anonyme non cotée peut donc déclarer l'art. 734f CO applicable. Elle peut également modifier le contenu de cette disposition, même si cela ne ressort pas directement de l'art. 732, al. 2, CO révisé. On pourrait objecter à cela que "partiellement ou totalement" ne peut signifier qu'une société déclare applicables certaines ou toutes les normes de la section 4 et qu'elle n'a pas le droit de "choisir", mais l'argumentum a fortiori parle contre cette conception : 26

Au lieu d'emprunter la voie de l'opt-in, les sociétés pourraient tout simplement inclure dans leurs statuts des clauses librement rédigées sur les valeurs indicatives de genre concernant le conseil d'administration, comme le permettait l'ancien droit et comme cela est toujours autorisé - bien que dans une mesure limitée pour les sociétés cotées en bourse.

2. Champ d'application personnel et matériel

27 L'article 734f CO ne s'applique, d'après son libellé ("[s]ofern"), qu'aux sociétés qui n'atteignent pas les valeurs indicatives de genre qui y sont prévues. En d'autres termes, toutes les sociétés qui atteignent ces valeurs indicatives ne sont pas tenues d'inclure dans leur rapport de rémunération les informations qui y sont exigées (justification et mesures d'encouragement) ; la loi ne leur impose même pas d'y mentionner qu'elles atteignent les valeurs indicatives en matière de genre. L'art. 734f CO ne s'applique tout simplement pas à ces sociétés. Ces sociétés sont toutefois libres de s'exprimer sur ce sujet, par exemple pour des raisons de promotion de leur réputation.

3. Destinataires de la norme

28 La question des destinataires de la norme de l'art. 734f CO doit être distinguée du champ d'application personnel. Le texte de la disposition répond clairement à cette question : il s'agit du conseil d'administration et de la direction des sociétés qui entrent dans le champ d'application personnel de l'art. 734f CO. Le conseil d'administration est l'organe exécutif supérieur prévu aux art. 707 ss. CO, l'organe exécutif suprême de la société. La direction se compose des tiers auxquels le conseil d'administration a délégué tout ou partie de la gestion conformément à l'art. 716b al. 1 CO. Ces "tiers" sont également appelés directeurs (cf. art. 718 al. 2 CO), et plusieurs d'entre eux forment ensemble la "direction". L'inclusion de la direction dans le cercle des destinataires de l'art. 734f CO va au-delà du "consensus international" et constitue à cet égard une spécificité helvétique ("Swiss finish"). Cela s'explique sans doute par le fait que la proportion de femmes dans les directions est en général encore bien plus faible que dans les conseils d'administration.

B. Montant et calcul des valeurs de référence

1. Montant

La valeur indicative pour le conseil d'administration est de 30 pour cent, celle pour la direction - à la différence de l'avant-projet 2014 - de 20 pour cent seulement. Selon le Conseil fédéral, la raison de cette différence entre les valeurs indicatives réside dans le fait que, d'une part, des connaissances techniques et sectorielles spécifiques particulières sont nécessaires au sein de la direction et que, d'autre part, les (futurs) membres de la direction sont souvent promus au sein de l'entreprise et n'accèdent à cette position qu'après environ 13 ans en moyenne. Une différenciation entre le conseil d'administration et la direction, qui se reflète également dans les différents délais de transition, est donc justifiée. Associée au délai de transition de dix ans, la valeur indicative plus basse de 20 pour cent doit garantir la flexibilité de la politique du personnel de l'entreprise et sa diversité (connaissances de la branche, expérience professionnelle, contexte international, etc. Enfin, comme l'appartenance à la direction - contrairement au conseil d'administration - est généralement une profession à plein temps, la disponibilité des candidats joue également un rôle. 29

2. Base de calcul ; calcul

L'art. 734f CO ne définit pas la notion de sexe. Mais implicitement, la disposition part sans aucun doute de la dualité des sexes (hommes et femmes) qui est à la base du droit en vigueur. Un jeu d'esprit logique corrobore cette hypothèse : si l'on partait d'un nombre de sexes supérieur à 3 ou 5, des pourcentages de 30 ou 20 rendraient impossible le respect des valeurs indicatives (pour quatre ou six sexes différents, la somme serait de 120 pour cent - une chose mathématiquement impossible). Si le nombre de sexes ne doit pas dépasser 3 ou 5, il serait arbitraire et donc arbitraire et dépourvu de toute logique de supposer un nombre inférieur (mais supérieur à 2). L'esprit du temps va cependant dans une autre direction et exige en tout cas qu'une personne puisse se déclarer d'un troisième sexe. Deux postulats adoptés par le Conseil national vont également dans ce sens. Le rapport du Conseil fédéral à ce sujet est encore attendu. Si une modification de l'ordre juridique allant dans ce sens devait intervenir à l'avenir, l'art. 734f CO devrait également être modifié - peut-être même avant l'expiration des délais transitoires ! 30

31 Il faut donc retenir ceci : De lege lata, l'art. 734f CO part du principe de la dualité des sexes. Le sexe inscrit au registre de l'état civil est déterminant pour l'attribution au sexe masculin ou féminin (cf. art. 8 let. d OEC). Fin 2019, le Conseil fédéral a soumis au Parlement un projet de modification du CC qui a été élevé au rang de loi par les Chambres fédérales dans leurs décisions du 18 décembre 2020. La disposition est entrée en vigueur le 1er janvier 2022. Selon l'art. 30b al. 1 CC, toute personne peut déclarer à l'officier de l'état civil qu'elle souhaite faire modifier l'inscription dans le registre de l'état civil concernant son sexe. Cette nouvelle disposition ne modifie toutefois pas la dualité des sexes ou l'unicité de l'attribution à l'un des deux sexes à l'état civil ; elle a uniquement pour effet de simplifier juridiquement le changement de sexe.

32 Enfin, la question de l'arrondi lors du calcul des valeurs indicatives de genre mérite d'être expliquée. Si, par exemple, le conseil d'administration d'une société se compose de sept membres, la valeur indicative selon l'art. 734f CO exige que 2,1 membres soient de sexe masculin et 2,1 de sexe féminin. D'un point de vue mathématique, l'idée d'arrondir ce quota à 2 n'est pas loin. C'est ainsi que le droit allemand prévoit un arrondi selon des règles mathématiques (arrondir jusqu'à la quatrième décimale incluse, arrondir à partir de la cinquième décimale) (voir § 96, alinéa 2, phrase 5 AktG concernant le conseil de surveillance). Une telle solution doit toutefois être rejetée pour le droit en question. Il ressort du terme "au moins" de l'art. 734f CO que la valeur indicative en pourcentage doit être atteinte dans tous les cas ; en d'autres termes, il faut toujours arrondir au nombre entier de personnes le plus proche (1, 2, 3, etc.) au sens de "valeurs minimales". Dans l'exemple ci-dessus, la valeur indicative ne serait donc atteinte que si et dès que le conseil d'administration compte trois femmes.

3. Mise en œuvre pratique

33 Enfin, la question se pose de savoir comment l'art. 734f CO doit être mis en œuvre dans la pratique. En principe, deux possibilités s'offrent à la société : Elle peut soit augmenter le nombre de membres de ses conseils d'administration et de ses directions (ce qui, dans le premier cas, nécessiterait en général une modification des statuts) et pourvoir les nouveaux postes créés par des membres du sexe sous-représenté (donc, en règle générale, par des femmes), soit remplacer les membres sortants (le plus souvent des hommes) par des membres (femmes) sans augmenter le nombre des membres des

organes. Il convient toutefois de rappeler ici que la société n'est pas tenue de respecter les valeurs indicatives de l'art. 734f CO (il n'y a aucune obligation de "comply") ; elle peut au contraire décider d'emprunter la voie du rapport ("explain").

C. Champ d'application temporel (période de transition)

L'art. 4 Cst. CO prévoit des délais transitoires pour l'application de l'art. 734f CO. L'obligation d'établir des rapports s'applique, en ce qui concerne le conseil d'administration, au plus tard à partir de l'exercice qui commence cinq ans après l'entrée en vigueur du nouveau droit de la société anonyme (al. 1) et, en ce qui concerne la direction, au plus tard à partir de l'exercice qui commence dix ans après (al. 2). L'art. 734f CO et l'art. 4 Cst. CO sont entrés en vigueur avec effet au 1er janvier 2021 (contrairement à la plupart des autres nouvelles dispositions du droit de la société anonyme). Le délai de transition plus long pour la direction a pour but de donner suffisamment de temps au recrutement de talents au sein de l'entreprise (dont ses membres sont souvent issus). 34

En règle générale, l'exercice comptable coïncide avec l'année civile (ce n'est toutefois pas obligatoire). Pour la plupart des sociétés, l'art. 734f CO devrait donc être applicable à partir du 1er janvier 2026 en ce qui concerne le conseil d'administration et à partir du 1er janvier 2031 en ce qui concerne la direction. Le terme "au plus tard" de l'art. 4 Cst. CO s'avère ambigu : la loi ordonne qu'une norme soit applicable ou non applicable. Il faut comprendre le mot "au plus tard" comme signifiant que le législateur a voulu laisser aux sociétés la liberté de se conformer plus tôt à l'obligation d'établir des rapports. 35

V. CONSÉQUENCES JURIDIQUES

A. Comply or explain

Alors que l'art. 734f CO est une norme juridique tout à fait ordinaire en ce qui concerne les faits, on constate un écart par rapport à la structure normative habituelle en ce qui concerne les conséquences juridiques. Il a déjà été expliqué et il convient de rappeler ici que la réalisation des éléments constitutifs de l'art. 734f CO n'entraîne pas la nullité d'un acte de vote ou une autre sanction "sévère" (par exemple une amende) (comme c'est le cas pour la plupart des normes juridiques), mais a pour seul effet que la société doit 36

rendre compte de certains éléments. Ce type inhabituel de conséquence juridique est désigné, dans l'esprit du temps, par l'expression anglaise "comply or explain".

B. Obligation d'établir un rapport

1. Le rapport: le rapport de rémunération

37 Bien que cela soit discutable d'un point de vue dogmatique et systématique, le législateur a choisi, pour des raisons pragmatiques, le rapport de rémunération comme "récipient" pour le rapport exigé par l'art. 734f CO. Le rapport de rémunération est établi par le conseil d'administration conformément à l'art. 13, al. 1, ORAb (au 1er janvier 2023 : art. 734, al. 1, CO révisé) ; il s'agit d'une obligation intransmissible et inaliénable du conseil d'administration (art. 13, al. 1, ORAb ; au 1er janvier 2023 : art. 716a, al. 1, ch. 8, CO révisé). Le conseil d'administration ne peut pas déléguer cette tâche à l'un de ses membres, ni à un comité en son sein, ni à la direction, ni à quiconque. Il peut toutefois tout à fait déléguer la préparation, l'exécution et la surveillance de l'établissement du rapport à certains de ses membres ou à un comité ; le conseil d'administration in corpore doit cependant impérativement conserver dans tous les cas la compétence d'adopter le rapport.

2. Contenu et densité du rapport

38 Conformément à l'art. 734f CO, le rapport de rémunération doit renseigner (contenu du rapport) sur les raisons pour lesquelles les deux sexes ne sont pas représentés dans la proportion prévue par cette disposition au sein du conseil d'administration ou de la direction (ch. 1) et sur les mesures prises pour encourager le sexe le moins représenté (ch. 2). Les raisons concrètes de la sous-représentation peuvent varier considérablement d'une branche à l'autre et d'une entreprise à l'autre, et il n'est pas rare que le conseil d'administration lui-même ait du mal à identifier clairement ces raisons. En ce qui concerne les mesures d'encouragement, la loi ne donne aucune directive au conseil d'administration quant au contenu (quoi ?), à la manière (comment ?) et à l'ampleur (combien ?), et l'objectif légal (encouragement) n'a pas non plus de caractère obligatoire, car la loi n'exige pas que le conseil d'administration prenne effectivement des mesures d'encouragement - elle lui demande simplement de faire savoir s'il veut prendre des mesures et lesquelles. Le

conseil d'administration doit donc disposer d'une marge d'appréciation considérable et presque illimitée sur ces deux aspects.

L'art. 734f CO ne précise pas le contenu de la justification et des mesures d'encouragement auxquelles le rapport de rémunération doit satisfaire (densité du rapport). Lors de la consultation sur l'avant-projet de 2014, la crainte a été exprimée que les justifications exigées des entreprises en vertu de l'art. 734f CO soient très standardisées ("boilerplate") et donc (en tout cas dans une large mesure) dépourvues de toute pertinence. Ces doutes ne sont en effet pas à écarter d'un revers de main. A la recherche de points de repère appropriés pour déterminer la densité du rapport requise, on pourra se référer avec profit à la directive SIX concernant les informations relatives au gouvernement d'entreprise, d'autant plus que cette directive, comme le montre son préambule, se déclare favorable au concept "comply or explain". Selon l'art. 5 al. 1 de cette directive, les informations clés doivent respecter les principes de l'importance relative et de la clarté ; elles doivent se limiter à ce qui est essentiel pour les investisseurs et être appropriées et compréhensibles. Ces notions sont certes trop vagues pour que l'on puisse en tirer des "instructions" concrètes sur le contenu, d'autant plus que la directive, en tant qu'acte d'autorégulation privé, est dépourvue de toute obligation juridique générale. Néanmoins, l'aspect extérieur et formel du rapport devra satisfaire à ces principes : Le contenu du rapport doit être formulé de manière à ce que l'intervenant moyen sur le marché des capitaux soit en mesure de le comprendre (clarté) et le rapport ne doit en outre pas être "submergé" par une telle quantité d'informations que cet intervenant ne verrait plus "l'arbre qui cache la forêt" (importance relative). Le rapport de rémunération, dont ce rapport fait partie intégrante, doit être rédigé dans l'une des langues nationales suisses (allemand, français, italien ou romanche) ou en anglais, en application par analogie de l'art. 958d al. 4. 39

En ce qui concerne la largeur et la profondeur du détail, l'art. 734f CO laisse au conseil d'administration une grande liberté dans la présentation du rapport, et ne s'oppose pas non plus à des déclarations standardisées. Une entreprise exemplaire, intrinsèquement attachée à l'objectif de l'art. 734f CO (ou simplement opportuniste pour des raisons de réputation) pourrait donner des informations détaillées sur les processus de recrutement et les candidats retenus, ainsi que sur les mesures déjà prises et celles qui sont prévues pour promouvoir le sexe sous-représenté. Dans la pratique économique, les 40

déclarations standardisées déjà mentionnées semblent toutefois beaucoup plus probables que cet idéal : une entreprise pourrait aussi s'opposer fondamentalement à l'objectif qui sous-tend l'art. 734f CO et déclarer simplement dans le rapport, par exemple, que ses actionnaires s'opposent à la participation d'un sexe dans sa gestion et que l'entreprise ne prendra donc aucune mesure de promotion en faveur de ce sexe. Seul le silence total de l'entreprise est interdit par l'art. 734f CO. En d'autres termes, l'art. 734f CO ordonne aux entreprises de s'exprimer, mais ne leur impose aucune directive sur le fond. De même, l'exigence (formelle) de l'importance relative ne doit être comprise que dans un sens négatif, à savoir que le rapport de rémunération ne doit pas contenir un excès d'informations.

41 Il convient de rejeter l'avis exprimé dans la littérature selon lequel les déclarations générales et globales ne sont pas compatibles avec l'art. 734f CO. Tout d'abord, la loi n'exige pas que les entreprises (ou leurs actionnaires et leur direction) partagent en leur for intérieur les objectifs du législateur. La loi les oblige uniquement à les respecter, sans tenir compte de leurs motivations subjectives. Une opposition de principe à l'objectif législatif est donc autorisée, tant que l'obligation légale de rendre compte est respectée. De plus, la loi ne donne aucune indication aux entreprises quant au contenu de ce rapport. Il appartient uniquement au conseil d'administration de décider comment et dans quelle mesure il souhaite déterminer les raisons de la sous-représentation d'un sexe et les exprimer dans le rapport, et il est également de sa seule compétence de définir la politique commerciale en matière de "gender diversity". Enfin, l'idée selon laquelle des déclarations générales ou globales sont inadmissibles ne tient pas compte de la réalité économique, dont la tendance naturelle est d'augmenter l'efficacité et dans laquelle on ne peut donc pas éviter de se tourner vers des déclarations standardisées.

3. Contrôle par l'organe de révision

42 L'art. 17 ORAb (au 1er janvier 2023 : art. 728a, al. 1, ch. 4, CORév.) prévoit que le rapport de rémunération des sociétés dont les actions sont cotées en bourse doit être vérifié par l'organe de révision. Par conséquent, toutes les sociétés qui sont tenues d'établir un rapport conformément à l'art. 734f CO entrent dans le champ d'application de l'art. 17 ORAb ou de l'art. 728a, al. 1, ch. 4, CORév. L'introduction de cette dernière disposition a permis de transférer l'art. 17 OEng dans la loi sans modification matérielle, raison pour

laquelle il est possible de se référer à la littérature relative à l'art. 17 OEng pour l'interpréter. Conformément à l'art. 728a, al. 1, ch. 4, CO révisé, la loi et les statuts de la société serviront de critères d'examen. La question se pose alors de savoir si et dans quelle mesure l'organe de révision doit soumettre le rapport de rémunération à une vérification du respect de l'art. 734f CO. Le problème évident est le contenu extrêmement limité du "diversity report" prévu par la loi, la marge d'appréciation considérable qui en résulte pour le conseil d'administration et la question de l'aptitude de l'organe de révision à vérifier ce rapport.

Pour que les dispositions légales puissent servir de référence à la révision, elles doivent, conformément à la nature de la révision, avoir un rapport avec la présentation des comptes (comptabilité, comptes annuels, proposition d'affectation du bénéfice) ou avec la rémunération du conseil d'administration, de la direction et du comité consultatif. En d'autres termes, il s'agit de "données chiffrées". En revanche, la révision n'est pas un "contrôle général de la légalité". L'art. 734f CO n'a aucun lien de fond avec la rémunération des dirigeants, même si la disposition, discutable d'un point de vue systématique et dogmatique, est classée dans les dispositions légales sur la rémunération. La politique du personnel n'est en outre pas une affaire de comptabilité ou de rémunération, mais de gestion, que l'art. 728a al. 3 CO soustrait expressément au contrôle de l'organe de révision. Par conséquent, dans la mesure où il s'agit de la nomination de la direction par le conseil d'administration, l'art. 728a al. 3 CO s'oppose également à la vérification du rapport de rémunération par l'organe de révision en ce qui concerne l'art. 734f CO. Cela doit d'autant plus s'appliquer a fortiori à l'élection du conseil d'administration par l'assemblée générale - qui est tout de même l'organe suprême de la société (art. 698 al. 1 CO). 43

Il convient donc de retenir ceci : Lorsque l'organe de révision s'apprête à soumettre le rapport de rémunération à un examen, il doit s'imposer la plus grande retenue. La Chambre suisse des experts-comptables et fiscaux, c'est-à-dire l'association professionnelle des personnes qui s'occupent de la révision, était déjà parvenue à cette conclusion lors de la consultation sur l'avant-projet de 2014. L'avis contraire exprimé dans la littérature ne trouve aucun appui dans la loi et doit donc être rejeté. L'organe de révision peut certes ne pas partager le raisonnement du conseil d'administration, mais il ne lui appartient pas de substituer son appréciation à celle du conseil d'administration. Une 44

intervention de l'organe de révision n'est envisageable et juridiquement défendable que dans un seul cas (même s'il semble défendable de ne pas être d'accord sur ce point) : lorsque le conseil d'administration ne s'exprime pas du tout sur l'art. 734f CO dans le rapport de rémunération, alors que l'entreprise ne respecte pas les valeurs indicatives prévues par cet article (ce qu'elle n'est d'ailleurs pas obligée de faire, il convient de le rappeler). L'organe de révision doit également signaler les violations manifestes de la loi lorsqu'elles se situent en dehors de son mandat de contrôle. Une telle violation de la loi pourrait se produire si le conseil d'administration d'une société qui n'atteint pas les valeurs indicatives fixées à l'art. 734f CO se tait complètement dans le rapport de rémunération ; la "mesure" de l'organe de révision devrait toutefois se limiter à une simple indication dans le rapport d'audit relatif au rapport de rémunération ; une recommandation de l'organe de révision adressée à l'assemblée générale n'est pas nécessaire, puisque le rapport de rémunération n'est pas soumis à son approbation. Enfin, il est concevable qu'un silence total du conseil d'administration déclenche l'obligation d'avis de l'organe de révision selon l'art. 728c CO, notamment vis-à-vis de l'assemblée générale (al. 2) - elle n'aura guère d'importance vis-à-vis du conseil d'administration (al. 1), puisque celui-ci est lui-même l'auteur de la violation de la loi. Cela devrait toutefois rester une considération plutôt théorique.

VI. APPLICATION DU DROIT

A. Instruments de l'actionnaire

1. Aperçu général

45 Si l'organe de révision n'est ni apte ni autorisé à veiller au respect de l'obligation de rapport du conseil d'administration, cette tâche ne peut incomber qu'aux actionnaires de la société. Cette "surveillance" peut se faire de deux manières : d'une part par la collecte d'informations, d'autre part par la responsabilité. Dans ce contexte, l'instrument du droit à l'information et à la consultation (n. 46 s.) et celui de la responsabilité selon le droit de la société anonyme (n. 48 ss.) seront examinés ci-après, les explications se limitant aux conditions essentielles eu égard à l'intérêt des connaissances. Il convient tout d'abord de souligner que le premier instrument cité a subi quelques modifications dans le cadre de la révision du droit de la société anonyme de 2020 ; contrairement à l'ancien droit, il n'existe plus de lege lata de différence

entre le droit d'information et le droit de consultation en ce qui concerne les conditions matérielles.

2. Droit à l'information et à la consultation

Les art. 697 al. 4 et 697a al. 3 CO révisé fixent une double limite au droit de l'actionnaire à l'information et à la consultation : D'une part, l'information ou la consultation doit être nécessaire à l'exercice des droits de l'actionnaire ; il doit donc exister un lien matériel entre les informations sur lesquelles porte la demande d'information ou de consultation et l'exercice des droits de membre de l'actionnaire. Un tel lien existe généralement lorsque l'information est nécessaire à l'exercice du droit de vote lors des élections. La politique du personnel de l'entreprise peut faire l'objet d'une requête. Un actionnaire qui souhaite une représentation des deux sexes au conseil d'administration et à la direction de "son" entreprise dans les proportions prévues par l'art. 734f CO a intérêt à être informé sur les processus de recrutement au sein de l'entreprise, sur les critères de sélection des candidats ainsi que sur les mesures de promotion prévues ou déjà prises par le conseil d'administration. Soit il veut, en connaissance de ces informations, élire ou ne pas élire certains membres du conseil d'administration lors de l'assemblée générale, soit il veut, par cette élection ou cette non-élection, influencer indirectement la composition de la direction. Le lien matériel exigé par la loi devrait donc en règle générale être donné. 46

D'autre part, l'information ou la consultation ne doit pas mettre en danger des secrets d'affaires ou d'autres intérêts dignes de protection de la société. La raison de ce risque est le manque de loyauté des actionnaires envers la société. C'est pourquoi il est nécessaire de mettre en balance l'intérêt de la société à garder le secret et l'intérêt de l'actionnaire à être informé au cas par cas. En revanche, les obligations de confidentialité imposées à la société par contrat échappent d'emblée à cette mise en balance. Etant donné que les processus de recrutement concernent toujours des personnes individuelles qui sont "passées au crible" de manière approfondie dans le cadre de ces processus, en particulier pour les postes de direction, le droit général de la personnalité (art. 28 CC) devrait en outre fixer une limite. Les candidats pourraient en outre vouloir se protéger par contrat contre la divulgation d'informations les concernant. Même en dehors de ces cas, l'évaluation des cadres supérieurs peut être d'une importance telle qu'elle justifie un refus de 47

la demande, même en tenant compte de l'intérêt de l'actionnaire à être informé. Une solution pourrait consister à rendre les informations anonymes, mais on pourrait alors se demander quelle valeur leur serait encore attribuée. En conclusion, il faut donc retenir que la société ne pourra pas éviter de peser soigneusement les intérêts contradictoires en tenant compte du cas concret. Toujours est-il que l'intérêt de l'actionnaire devrait en règle générale prévaloir dans la mesure où il s'agit d'informations générales (ne se rapportant donc pas à des personnes spécifiques), par exemple en ce qui concerne la "politique de genre" de l'entreprise et les mesures de promotion de celle-ci.

3. Responsabilité en droit des sociétés anonymes

48 La responsabilité du conseil d'administration au titre du droit de la société anonyme (art. 754 al. 1 CO) présuppose tout d'abord une violation des obligations. Le devoir de diligence (art. 717 al. 1 CO) exige des membres du conseil d'administration qu'ils respectent la loi, en particulier les normes impératives. L'art. 734f CO est un droit impératif. Si le conseil d'administration garde le silence sur l'art. 734f CO, il commet une violation de ses obligations. Il y a également violation des obligations lorsque le contenu du rapport de rémunération ne correspond pas à la vérité ; le mensonge actif n'est pas compatible avec le devoir de diligence. En revanche, en l'absence d'exigences quant au contenu, une violation du devoir est exclue si le conseil d'administration se contente d'utiliser des déclarations générales ou standardisées dans le rapport de rémunération, voire d'exprimer son opposition de principe aux valeurs indicatives en matière de genre,

49 La responsabilité en vertu du droit de la société anonyme requiert ensuite un dommage. Si la violation du devoir est rendue publique et que le cours de l'action en bourse baisse en raison de l'atteinte à la réputation, on pourrait y voir un dommage. Toutefois, en l'absence d'effet négatif sur le patrimoine de la société, il ne s'agit pas d'un dommage (direct) pour celle-ci, et les actionnaires n'ont pas non plus droit à des dommages-intérêts, car ils n'ont pas droit à un cours de bourse élevé et l'art. 717 al. 1 CO n'a pas de caractère de norme protectrice à cet égard. Un dommage direct pour l'actionnaire est tout de même envisageable si sa décision d'investir repose sur une indication erronée concernant les valeurs indicatives de genre dans le rapport de rémunération et que l'actionnaire revend ses actions acquises suite à la violation des obligations du conseil d'administration à un prix inférieur. Dans

ce cas, l'actionnaire devrait avoir un droit à l'encontre des membres du conseil d'administration en vertu de l'art. 41 CO. En relation avec l'art. 717 al. 1 CO, l'art. 734f CO déploie à cet égard un effet de norme protectrice..,

Il doit exister un lien de causalité naturel et adéquat entre le manquement aux 50
obligations et le dommage. L'actionnaire (directement lésé) doit réussir à prouver que sa décision d'investissement est liée à l'indication mensongère du conseil d'administration sur les valeurs indicatives de genre dans le rapport de rémunération. L'hypothèse selon laquelle la "politique de genre" au sein de la direction d'une entreprise ne devrait pas être essentielle pour la formation de la volonté de la plupart des investisseurs (contrairement à l'expérience professionnelle, par exemple) n'est pas loin, de sorte que cette preuve ne sera que rarement couronnée de succès. Elle n'est toutefois pas exclue, d'autant plus qu'à l'époque des ESG, les questions de "diversité" prennent de plus en plus d'importance,

B. Droit à "l'embauche" ?

Il serait pour le moins concevable qu'un candidat qui n'a pas été pris en 51
compte lors de la nomination du conseil d'administration ou de la direction puisse prétendre à une "embauche" par voie d'action en justice (plus précisément : à la création d'une relation d'organe par voie d'action en justice). Un tel droit doit être rejeté. Il passerait totalement à côté de l'objet et du but de l'art. 734f CO. Cette norme est portée par l'idée de transparence et ne prévoit pas de conséquences juridiques "dures" en cas de réalisation de ses éléments constitutifs, mais uniquement une obligation de motiver. A fortiori, il serait tout à fait absurde de vouloir construire sur cette base un droit exécutable par voie d'action tel que décrit. Même l'art. 5, al. 2 LEg exclut, en cas de refus d'embauche ou de résiliation d'un rapport de travail selon le code des obligations, un droit à l'embauche de la personne discriminée et ne lui accorde qu'un droit à une indemnité en argent.

MATÉRIAUX

Bericht zur Vernehmlassung zum Vorentwurf vom 28. November 2014 zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht), Bern, 17. September 2015 (zit. Bericht Vernehmlassung VE-OR 2014).

Bertschinger Urs, Vernehmlassung zur «Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht)», Vorentwurf vom 28. November 2014, 14. März 2015 (zit. Vernehmlassung).

Botschaft des Bundesrates vom 23. November 2016 zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht), BBl 2017 399 ff. (zit. Botschaft 2016).

Botschaft des Bundesrates zur Änderung des Obligationenrechts (Revisionspflicht im Gesellschaftsrecht) sowie zum Bundesgesetz über die Zulassung und Beaufsichtigung der Revisorinnen und Revisoren vom 23. Juni 2004, BBl 2004 3969 ff. (zit. Botschaft Revisionspflicht 2004).

Botschaft des Bundesrates zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs (Änderung des Geschlechts im Personenstandsregister) vom 6. Dezember 2019, BBl 2020 799 ff. (zit. Botschaft Personenstandsregister 2014).

Erläuternder Bericht des Bundesrates zum Vorentwurf 2014 (zit. Bericht VE-OR 2014).

European Women on Boards (Hrsg.), Gender Diversity Index 2021, https://europeanwomenonboards.eu/wp-content/uploads/2022/01/2021-Gender-Diversity-Index.pdf, besucht am 4.3.2022 (zit. Gender Diversity Index 2021).

guido schilling ag, schillingreport 2022, Medienmitteilung vom 4. März 2022, https://www.schillingreport.ch/content/uploads/sites/2/2022/02/Medienmitteilung_2022.pdf, besucht am 4.3.2022 (zit. Medienmitteilung Schilling-Report 2022).

Schweizerische Kammer der Wirtschaftsprüfer und Steuerexperten, Vernehmlassung zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) vom 13. März 2015.

von der Crone Hans Caspar, Vernehmlassungseingabe zur Revision des Aktienrechts, 13. März 2015 (zit. Vernehmlassung).

BIBLIOGRAPHIE

Bertschinger Urs, Delegation der Geschäftsführung bei der Aktiengesellschaft und Kompetenzen der Generalversammlung, GesKR 2/2012, S. 294 ff. (zit. Delegation).

Böckli Peter, Eine Blütenlese der Neuerungen im Vorentwurf zur Aktienrechtsrevision, GesKR 1/2015, S. 1 ff. (zit. Blütenlese).

Böckli Peter, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2009 (zit. Aktienrecht).

Bühler Christoph B., «Business Judgment Rule»: Massstab für die richterliche Beurteilung unternehmerischen Ermessens im Aktienrecht, in: Müller Matthias P. A./Forrer Lucas/Zuur Floris (Hrsg.), Das Aktienrecht im Wandel, Zum 50. Geburtstag von Hans-Ueli Vogt, Zürich/St. Gallen 2020, S. 29 ff.

Bühler Christoph B., Ausserrechtliche Regulierungstendenzen in der Corporate Governance, Empfehlungen der Stimmrechtsberater, Best Practice und Vorwirkung der Aktienrechtsrevision, EF 1-2/2016, S. 12 ff.

Bühler Christoph B., Entwicklung der Corporate Governance nach der Umsetzung der Minder-Initiative, SJZ 2015, S. 349 ff. (zit. Corporate Governance).

Bühler Christoph B., Zürcher Kommentar, Art. 698-726 und 731b OR, Die Aktiengesellschaft. Generalversammlung und Verwaltungsrat. Mängel in der Organisation, 3. Aufl., Zürich 2018.

Burg Benedict / von der Crone Hans Caspar, Ablehnung von Traktandierungsbegehren und Beschränkung der Delegationsermächtigung, SZW 1/2012, S. 59 ff.

Bürgi Friedrich Wolfhart, Zürcher Kommentar, Obligationenrecht, Art. 698–738 OR, Die Aktiengesellschaft, Zürich 1969.

Chaudet François, Responsabilité civile et principaux devoirs des réviseurs, La responsabilité de l'organe de révision dans la SA (1ère partie), ST 4/2000, S. 306 ff.

Dekker Stephan, in: Wibmer Jeannette K. (Hrsg.), Aktienrecht Kommentar (Orell Füssli), Aktiengesellschaft, Rechnungslegungsrecht, VegüV, GeBüV, VASR, Zürich 2016.

Druey Jean Nicolas/ Druey Just Eva / Glanzmann Lukas, Gesellschafts- und Handelsrecht, 12. Aufl., Zürich 2021.

Dubs Dieter / Truffer Roland, in: Honsell Heinrich / Vogt Nedim Peter / Watter Rolf (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 5. Aufl., Basel 2016.

Duc Nicolas, Nouvel (?) avant-projet de révision du droit de la société anonyme, Jusletter vom 19. Oktober 2015.

Forstmoser Peter / Kleibold Thorsten, Berichterstattung des Abschlussprüfers über wichtige Prüfungssachverhalte, EF 9/2016, S. 614 ff.

Forstmoser Peter / Küchler Marcel, Schweizerisches Aktienrecht 2020. Mit neuem Recht der GmbH und der Genossenschaft und den weiteren Gesetzesänderungen, Bern 2022.

Forstmoser Peter / Meier-Hayoz Arthur / Nobel Peter, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996.

Frei Nula, Gleichheits- und Repräsentationsverständnisse im verfassungsrechtlichen Diskurs um "Frauenquoten", ZSR 139/2020, S. 173 ff.

Fried Jesse M., Will Nasdaq's Diversity Rules Harm Investors? 12 Harvard Business Law Review, art. 1, 2021, S. 1 ff.

Gerhard Frank, in: Oser David / Müller Andreas (Hrsg.), Praxiskommentar zur Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften, 2. Aufl., Zürich 2018.

Friederici Katharina, Die neue Quotenregelung im schweizerischen Aktienrecht: Unsinn oder Zeitgeist?, GesKR 1/2022, S. 92 ff.

Giger Gion, Corporate Governance als neues Element im schweizerischen Aktienrecht, Grundlagen sowie Anpassungsbedarf in den Bereichen Aktionärsrechte und Unternehmensleitung bei Publikumsgesellschaften, Diss., Zürich 2003.

Grosz Mirina, Frauenquoten im Aktienrecht?, Die Verfassungsmässigkeit der Vorgabe zur Geschlechtervertretung im Verwaltungsrat und in der Geschäftsleitung gemäss Vorentwurf zur Aktienrechtsrevision, ZBl 116/2015, S. 511 ff.

Habersack Mathias, in: Goette Wulf / Habersack Mathias / Kalss Susanne (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, Bd. 2, §§ 76–117, MitbestG, DrittelbG, 5. Aufl., München 2019.

Hofstetter Karl, Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance 2014, ST 2015, S. 171 ff. (zit. Swiss Code).

Hofstetter Karl, Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance 2014, Grundlagenbericht zur Revision, Zürich 2014 (zit. Grundlagenbericht).

Homburger Eric, in: Peter Gauch/Jörg Schmid (Hrsg.), Zürcher Kommentar, Obligationenrecht, Art. 707–726 OR, Der Verwaltungsrat, 2. Aufl., Zürich 1997.

Junod Valérie, «Comply or explain»: la solution au dilemma des quotas?, SZW 5/2015, S. 478 ff. (zit. dilemma).

Junod Valérie, Quotas féminins dans le CO: Que penser de la volte-face du Conseil fédéral?, GesKR 3/2015, S. 381 ff. (zit. quotas).

Knobloch Stefan, in: Watter Rolf / Vogt Hans-Ueli, Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften (VegüV), 1. Aufl., Basel 2015.

Kunz Peter V., Schweizer Wirtschaftsrecht im 21. Jahrhundert: Ausblick(e) zwischen Hoffen und Bangen, AJP 3/2015, S. 411 ff.

Lütolf Daniel, Das Kollisionsrecht der internationalen Unternehmensübername, Diss. Zürich 2020.

Meier-Hayoz Arthur /Forstmoser Peter /Sethe Rolf, Schweizerisches Gesellschaftsrecht. Mit neuem Firmen- und künftigem Handelsregisterrecht und unter Einbezug der Aktienrechtsreform, 12. Aufl., Bern 2018.

Müller Andreas / Oser David, in: Oser David / Müller Andreas (Hrsg.), Praxiskommentar zur Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften, 2. Aufl., Zürich 2018.

Müller Lukas, in: Kren Kostkiewicz Jolanta et al. (Hrsg.), OR Kommentar (Orell Füssli), Schweizerisches Obligationenrecht, 4. Aufl., Zürich 2023.

Müller Matthias P. A., Informationsrechte des Aktionärs: Würdigung des Entwurfs für ein neues Aktienrecht, ex ante 2019, S. 27 ff.

Müller Matthias P. A. / Forrer Lucas, Geschlechterrichtwerte im Entwurf für ein neues Aktienrecht, AJP 2019, S. 1015 ff. (zit. Geschlechterrichtwerte).

Müller Matthias P. A. / Forrer Lucas, Keine Frauenquote, aber Erklärungspflicht, NZZ vom 29. Juni 2020, S. 11 (zit. Frauenquote).

Müller Roland / Lipp Lorenz / Plüss Adrian, Der Verwaltungsrat, Ein Handbuch für Theorie und Praxis, Band I, 5. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2021.

Nay Martin / Rüfenacht Beat / Steiner Andreas, Erfahrungen mit der neuen Berichterstattung über Key Audit Matters, EF 10/2017, S. 694 ff.

Painter Richard W., Board Diversity: A Response to Professor Fried, Stanford Journal of Law, Business & Finance, Vol. 27:1, S. 174 ff.

Pfiffner Daniel, Revisionsstelle und Corporate Governance: Stellung, Aufgaben, Haftung und Qualitätsmerkmale des Abschlussprüfers in der Schweiz, in Deutschland, in der Europäischen Union und in den Vereinigten Staaten, Diss., Zürich/St. Gallen 2008.

Poggio Karin / Zihler Florian, Weiterer Meilenstein in der Aktienrechtsrevision, EF 1–2/2016, S. 79 ff.

Rioult Christian, Gender Diversity in der Unternehmensführung, Diss., Zürich/St. Gallen 2016 (zit. Diversity).

Rioult Christian, Geschlechterrichtwerte für Verwaltungsrat und Geschäftsleitung, Erläuterung und Analyse des bundesrätlichen Vorschlags im Rahmen der aktuellen Aktienrechtsrevision, Jusletter vom 12. März 2018 (zit. Geschlechterrichtwerte).

Ruprecht Roland / Gwerder Ruth, Key Audit Matters und erweiterte Berichterstattung, EF 12/2017, S. 950 ff.

Schärer Heinz, in: Oser David / Müller Andreas (Hrsg.), Praxiskommentar zur Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften, 2. Aufl., Zürich 2018.

Schenker Urs, Gleichstellung – Ein aktienrechtliches Thema, SZW 5/2015, S. 469 ff.

Schneider Roman / Wagner Alexander F. / Wenk Bernasconi Christoph, Der Verwaltungsrat zwischen Regulierung und Marktdisziplin, EF 9/2016, S. 670 ff.

Sethe Rolf / Andreotti Fabio, Compliance und Verantwortlichkeit, in: Peter R. Isler/Rolf Sethe (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht VIII, Zürich 2016, S. 87 ff.

Stojanovic Jasna, Die Zersplitterung der Gläsernen Decke? Die Gleichstellung der Geschlechter durch gesetzliche Massnahmen, Die vorgesehene Quotenregelung für börsenkotierte Grossunternehmen in der aktuellen Aktienrechtsrevision: Erwartungen – Auswirkungen – Kritik, in: Canapa Damiano / Landolt Robin / Müller Nicola (Hrsg.), Sein und Schein von Gesetzgebung, Erwartungen – Auswirkungen – Kritik, Zürich/St. Gallen 2018, S. 165 ff.

Trigo Trindade Rita, in: Tercier Pierre / Amstutz Marc / Trigo Trindade Rita (Hrsg.), Code des obligations II – Commentaire romand, 2. Aufl., Basel 2017.

Ueberschlag Jakob, Geschlechtsspezifische Quotenregelung im Rahmen der geplanten Aktienrechtsrevision, AJP 6/2015, S. 907 ff.

Vogt Hans-Ueli / Bänziger Michael, Das Bundesgericht anerkennt die Business Judgment Rule als Grundsatz des schweizerischen Aktienrechts, Ein Beitrag zur Einordnung der Business Judgment Rule in die Dogmatik der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, aus Anlass des Bundesgerichtsurteils 4A_74/2012 vom 18. Juni 2012, GesKR 4/2012, S. 607 ff.

Vogt Hans-Ueli, Freiheit und Zwang im Aktienrecht, NZZ vom 20. Januar 2015, S. 21.

von der Crone Hans Caspar / Angstmann Luca, Kernfragen der Aktienrechtsrevision, SZW 1/2017, S. 2 ff.

von der Crone Hans Caspar / Brugger Daniel, Salärgovernance, SZW 3/2014, S. 241 ff.

von der Crone Hans Caspar / Daeniker Daniel, Aktienrecht und Finanzmarktregulierung – wohin geht die Reise?, SJZ 20/2016, S. 457 ff.

von der Crone Hans Caspar, Aktienrecht, 2. Aufl., Bern 2020.

Watter Rolf / Maizar Karim, in: Watter Rolf / Vogt Hans-Ueli (Hrsg.), Basler Kommentar, Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften (VegüV), 1. Aufl., Basel 2015.

ATTENTION : Cette version du commentaire est une traduction automatique de l'original. Le commentaire original est en allemand. La traduction a été faite avec www.deepl.com. Seule la version originale fait foi. La version traduite du commentaire ne peut pas être citée.

COMMENTAIRE

Art. 785 CO

Un commentaire de Anne Mirjam Schneuwly

PROPOSITION DE CITATION

Anne Mirjam Schneuwly, Kommentierung zu Art. 785 OR, in: Lukas Müller (Hrsg.), Onlinekommentar zum Obligationenrecht

Citation abrégée: OK-Schneuwly, N XXX zu Art. 785 OR.

II. Transfert

1. Cession

a. Forme

Art. 785

[1] La cession de parts sociales et l'obligation de céder des parts sociales doivent revêtir la forme écrite.

[2] Le contrat de cession doit contenir les mêmes renvois aux droits et obligations statutaires que l'acte de souscription des parts sociales, à moins que l'acquéreur ne soit déjà un associé.

TABLE DES MATIÈRES

I. Cession 273
A. Forme 273
B. Contenu 274
C. Effet 274
II. Mention des droits et obligations statutaires dans le contrat de cession 275
Documents types 275
Matériaux 276
Bibliographie 276

I. CESSION

La cession de parts sociales est généralement établie par l'achat, l'échange, la donation ou la reprise du commerce ou de la Sàrl - à l'exception de l'acquisition par succession, partage successoral, régime matrimonial ou exécution forcée, qui est traitée séparément à l'art. 788 CO. La cession présuppose que la personne qui vend détient en principe le pouvoir de disposition. 1

Lors de la cession selon l'art. 785 al. 1 CO, une distinction est faite entre l'acte d'engagement et l'acte de disposition, même si les deux coïncident généralement dans le temps et sont rédigés dans le même document. Les contrats de cession selon les articles 164 et suivants du CO et l'obligation de conclure un contrat de cession sont considérés comme des actes de disposition. Dans le cas de transferts de parts sociales, l'acte d'engagement est souvent conclu séparément du contrat de cession (acte de disposition) afin de préserver la discrétion sur le prix d'achat et d'éviter par exemple l'effet de publicité. La raison en est que le contrat de vente doit être présenté lors de l'inscription au registre du commerce et que ce document peut ensuite être consulté publiquement. Par conséquent, si le prix d'achat n'est pas convenu séparément, il peut être consulté au registre du commerce sans aucune preuve d'intérêt. 2

A. Forme

Une part sociale sous forme de titre nominatif est certes un papier-valeur (art. 965 ss. CO), mais une déclaration de cession écrite est requise en cas de cession (art. 967 CO en relation avec l'art. 164 ss. CO). Un contrat de cession valable nécessite l'engagement de céder (acte d'obligation) ainsi que la cession qui en découle (acte de disposition). Contrairement à la cession de créances (art. 165 CO), la forme écrite (art. 12 ss. CO) est exigée tant pour l'acte d'engagement que pour l'acte de disposition et les deux parties contractantes doivent signer le contrat de cession de leur propre main, car la personne qui acquiert des droits ne reprend pas seulement des droits, mais aussi des obligations. 3

4 Avant la révision du droit de la Sàrl, entrée en vigueur le 1er janvier 2008, le transfert de parts sociales nécessitait un acte authentique. L'exigence de l'acte authentique est devenue caduque après la révision de la loi susmentionnée.

5 La conséquence d'un défaut de forme des actes d'engagement et de disposition est la nullité ou l'invalidité de la cession. Si l'acte d'engagement et l'acte de disposition sont séparés dans le temps et que seul l'acte d'engagement présente un vice de forme - p. ex. en raison d'une conclusion orale -, le vice peut être corrigé par un acte de disposition écrit. Cette guérison est au moins valable si des éléments complets et essentiels de l'acte générateur d'obligation ont été consignés par écrit dans l'acte de disposition.

B. Contenu

6 Le contrat de cession doit contenir, outre la volonté claire de transfert, des informations sur le prix d'achat, les parts sociales et les parties contractantes. Dans la pratique, le prix d'achat n'est toutefois souvent pas chiffré, mais il est renvoyé au fait qu'il est consigné dans un acte séparé, respectivement qu'il fait l'objet d'une autre convention - ceci notamment pour protéger les parties de l'effet de publicité. Afin de garantir la protection des transactions, il est en outre décisif que la personne qui acquiert la société soit informée des éventuelles interdictions de faire concurrence aux associés, des obligations de versements supplémentaires et des obligations accessoires (art. 785, al. 2, en relation avec 777a, al. 2, CO), qui peuvent avoir des conséquences radicales pour les associés.

C. Effet

7 Pour obtenir les droits d'associé, l'acquéreur ou l'aliénateur doit communiquer la cession des parts sociales à la société. La cession prend effet juridiquement après l'approbation de l'assemblée des associés (art. 786 al. 1 CO) - à moins que les statuts n'aient supprimé l'obligation d'approbation lors de la cession (art. 786 al. 2 ch. 1 CO) - ou si aucun refus n'intervient six mois après la réception de la demande (art. 787 CO). Dans l'intervalle, les effets de la cession restent en suspens.

8 La gérance doit ensuite inscrire le nouvel associé au registre des parts sociales de la Sàrl en indiquant son nom, son domicile et son lieu d'origine ainsi que le nombre et la valeur nominale de ses parts sociales (art. 790 al. 1 et 2 CO) et

requérir l'inscription non constitutive du transfert des parts sociales au registre du commerce (art. 791 CO, art. 82 ORC). Le préposé au registre du commerce examine le contrat de cession dans le cadre de l'inscription de la personne qui acquiert la société en tant qu'associé (art. 82 ORC). Si les exigences ne sont pas remplies, l'inscription est refusée - sauf si le transfert de parts sociales a été acquis par succession, partage successoral, régime matrimonial ou exécution forcée (art. 788 CO).

II. MENTION DES DROITS ET OBLIGATIONS STATUTAIRES DANS LE CONTRAT DE CESSION

La personne qui acquiert des parts sociales devrait, dans la mesure du possible, être informée des obligations statutaires auxquelles elle est soumise en tant qu'associée. L'art. 785 al. 2 CO - tout comme l'art. 784 al. 2 CO - présuppose que les indications relatives aux droits et obligations statutaires des associés, énumérées à l'art. 777a al. 2 CO, soient reprises dans le contrat de cession (obligations de versements supplémentaires et obligations accessoires, éventuelles prohibitions de faire concurrence aux associés, droits de préemption ou peines conventionnelles). 9

Si ces exigences légales minimales ne sont pas remplies, le contrat de cession n'est pas valable selon une partie de la doctrine et il s'ensuit la nullité (art. 20 CO), car cette norme est de nature impérative. Selon Keller/Jegher/Vasella ainsi que Küng/Camp, seule une prescription d'ordre est violée et seul un vice de consentement est présumé. 10

Une mention particulière des droits et obligations statutaires n'est pas nécessaire si la personne qui acquiert la société est déjà associée de la Sàrl - car elle devrait déjà être informée du contenu statutaire - ou si les parts sociales ont été transférées par des modes d'acquisition particuliers (art. 788 CO). 11

DOCUMENTS TYPES

Voir à ce sujet la version originale allemande du commentaire.

MATÉRIAUX

Botschaft zur Revision des Obligationenrechts (GmbH-Recht sowie Anpassungen im Aktien-, Genossenschafts-, Handelsregister- und Firmenrecht) vom 19. Dezember 2001, BBl 2002 S. 3148 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2002/443/de besucht am 24. Juni 2022 (zit. Botschaft GmbH 2002).

BIBLIOGRAPHIE

Chappuis Fernand / Jaccard Michel, in: Tercier Pierre / Amstutz Marc / Trigo Trindade Rita (Hrsg.), Commentaire Romand, Code des Obligations II, 2. Aufl., 2017 Basel (zit. CR).

Druey Jean Nicolas / Druey Just Eva / Glanzmann Lukas, Gesellschafts- und Handelsrecht, 12. Aufl., Zürich 2021.

du Pasquier Shelby / Wolf Matthias / Oertle Matthias, in: Honsell Heinrich / Vogt Nedim Peter / Watter Rolf (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 5. Aufl., 2016 Basel (zit. BSK).

Girsberger Daniel / Hermann Johannes Lukas, in: Widmer Lüchinger Corinne / Oser David (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7. Aufl., 2020 Basel (zit. BSK).

Handschin Lukas / Truniger Christof, Die GmbH, Zürich 2019.

Keller Alwin / Jegher Gion / Vasella David, in: Honsell Heinrich (Hrsg.), Kurzkommentar Obligationenrecht, Art. 1–1186 OR, Basel 214 (zit. KuKo).

Küng Manfred / Camp Raphael, Orell Füssli Kommentar, GmbH-Recht – Das revidierte Recht zur Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Zürich 2006 (zit. OFK).

Meisterhans Clemens / Gwelessiani Michael, Praxiskommentar zur Handelsregisterverordnung, 4. Aufl., Zürich 2021.

Minnig Yannick, Grundfragen mehrfacher Verpflichtungsgeschäfte, Doppelverkauf – Doppelvermietung – Doppelarbeitsverhältnis, Diss. Bern 2017.

Olejarova Veronika, Urteil des Veraltungsgerichts des Kantons Zürich vom 26. Februar 2019 betreffend Verletzung des Eintragungspflicht (Art. 152 HRegV), REPRAX 3/2019, S. 99-104.

Scheidegger Markus, in: Nussbaum Martin F. / Sanwald Reto / Scheidegger Markus (Hrsg.), Kurzkommentar zum neuen GmbH-Recht, Bern 2007 (zit. Kurzkommentar GmbH).

Schenker Franz, in: Honsel Heinrich / Vogt Nedim Peter / Watter Rolf (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 5. Aufl., 2016 Basel (zit. BSK).

Siffert Rino, in: Baker & McKenzie (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar, Handelsregisterverordnung, Zürich 2013 (zit. SHK).

Siffert Rino, Stolpersteine bei der Übertragung von Stammanteilen bei einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung, REPRAX 2/2008, S. 76-88 (zit. REPRAX).

Siffert Rino / Fischer Marc Pascal / Petrin Martin, in: Baker & McKenzie (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar, GmbH-Recht, Zürich 2008 (zit. SHK).

Trigo Trindade Rita, in: Handschin Lukas / Jung Peter (Hrsg.), Zürcher Kommentar – Die Aktiengesellschaft, Rechte und Pflichten der Aktionäre, Art. 660–697m OR, 2. Aufl., Zürich 2021 (zit. ZK).

Trüeb Hans Rudolf, in: Roberto Vito / Trüeb Hans Rudolf (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. Aufl., 2016 Zürich (zit. CHK).

Vogel Alexander, Orell Füssli Kommentar, Handelsregisterverordnung, Zürich 2020 (zit. OFK).

ATTENTION : Cette version du commentaire est une traduction automatique de l'original. Le commentaire original est en allemand. La traduction a été faite avec www.deepl.com. Seule la version originale fait foi. La version traduite du commentaire ne peut pas être citée.

COMMENTAIRE

Art. 786 CO

Un commentaire de Anne Mirjam Schneuwly

PROPOSITION DE CITATION

Anne Mirjam Schneuwly, Kommentierung zu Art. 786 OR, in: Lukas Müller (Hrsg.), Onlinekommentar zum Obligationenrecht

Citation abrégée: OK-Schneuwly, N XXX zu Art. 786 OR.

b. Exigences relatives à l'approbation

Art. 786

[1] La cession de parts sociales requiert l'approbation de l'assemblée des associés. Cette dernière peut refuser son approbation sans en indiquer les motifs.

[2] Les statuts peuvent déroger à cette réglementation:

en renonçant à exiger l'approbation de la cession;
en déterminant les motifs pour lesquels l'approbation de la cession peut être refusée;
en prévoyant que l'approbation peut être refusée si la société propose à l'aliénateur de lui reprendre ses parts sociales à leur valeur réelle;
en excluant la cession de parts sociales;
en prévoyant que l'approbation peut être refusée lorsque l'exécution d'une obligation d'effectuer des versements supplémentaires ou de

fournir des prestations accessoires est douteuse et que les sûretés exigées par la société n'ont pas été fournies.

[3] Lorsque les statuts excluent la cession de parts sociales ou que l'assemblée des associés refuse de l'approuver, le droit de sortir de la société pour de justes motifs est réservé.

TABLE DES MATIÈRES

I. Approbation 282
A. Restriction légale de transfert 282
B. Communication 282
C. Compétence 282
D. Décision d'approbation 283
E. Remarque pratique 283
II. Dérogations statutaires 284
A. Suppression de l'exigence d'approbation (ch. 1) 284
B. Dérogations (ch. 2) 285
C. Reprise à la valeur réelle (ch. 3) 285
D. Interdiction de transfert (ch. 4) 285
E. Doutes sur la liquidité du cessionnaire (ch. 5) 286
III. Conséquences juridiques du refus de consentement 286
Documents types 287
Matériaux 287
Bibliographie 287

I. APPROBATION

A. Restriction légale de transfert

1 Contrairement à la société anonyme, qui suit le principe de la libre transmissibilité - sauf restrictions statutaires - le transfert des parts sociales d'une Sàrl est soumis à une restriction légale. L'art. 786 al. 1 CO exige l'approbation de l'assemblée des associés pour le transfert des parts sociales. L'approbation peut être refusée sans indication de motifs, sans qu'il soit nécessaire de la préciser dans les statuts.

2 La restriction de la transmissibilité permet d'influencer la composition du cercle des associés ; l'élément personnel de la Sàrl est ainsi pris en compte. Les acquéreurs de parts sociales indésirables peuvent être tenus à l'écart dans l'intérêt de la société.

B. Communication

3 Pour que la cession des parts sociales puisse être approuvée, la société (c.-à-d. la direction) doit être informée de la cession. Tant l'aliénateur que l'acquéreur peuvent communiquer la cession des parts sociales à la société sans la participation de l'autre - pour autant que les statuts ne précisent pas qui doit procéder à la communication.

4 Si l'acquéreur communique la cession et demande à la société d'approuver ladite cession, il ou elle doit joindre à sa demande le contrat de cession afin que la validité juridique de la cession puisse être vérifiée. Si l'aliénateur présente la demande à la société, il n'est pas exigé que le contrat de cession soit joint.

C. Compétence

5 Si la demande d'approbation de la cession a été soumise ou notifiée à la société, la gérance doit convoquer une assemblée des associés. Les gérants ne sont ni obligés ni autorisés à mettre l'approbation à l'ordre du jour si aucune demande n'a été reçue.

6 L'approbation de la cession des parts sociales revient à l'assemblée des associés et non à la direction ; en d'autres termes, cette compétence ne peut

pas être déléguée (art. 804 CO). Par conséquent, une assemblée des associés ordinaire ou extraordinaire doit être convoquée par la direction (art. 805 al. 1 et 2 CO) et l'approbation de la cession doit être inscrite à l'ordre du jour - sous réserve qu'il s'agisse d'une assemblée universelle (art. 805 al. 3, dernière phrase CO).

D. Décision d'approbation

L'approbation de la cession de parts sociales ou la reconnaissance en tant qu'associé ayant le droit de vote requiert une majorité qualifiée des deux tiers des voix représentées ainsi que la majorité absolue de l'ensemble du capital social (art. 808b al. 1 ch. 4 CO). La décision ne peut pas être déléguée à la direction (art. 804, al. 2, ch. 8, CO), car elle est considérée comme une compétence intransmissible de l'assemblée des associés. En ce qui concerne l'art. 808b al. 2 CO, il convient de noter que statutairement, les exigences relatives à la prise de décision peuvent être augmentées, mais pas abaissées ; en d'autres termes, le quorum ne peut pas être réduit à la majorité simple. 7

La loi ne s'exprime pas sur les exigences formelles relatives à la décision d'approbation ou de refus de l'assemblée des associés. La décision peut être prise par écrit, pour autant qu'aucune délibération orale n'ait été demandée par l'associé ou les associés (art. 805 al. 4 CO). En règle générale, elle est consignée par écrit dans le cadre de la tenue ordinaire du procès-verbal. Si l'associé(e) - comme cela était nécessaire avant la révision du droit de la Sàrl en 2008 - figure avec son nom dans les statuts, il faut également procéder à une modification des statuts en cas de transfert des parts sociales, ce qui implique la passation d'un acte authentique. 8

L'approbation est généralement décidée dans le cadre d'une assemblée des associés ; au lieu de la prise de décision lors de l'assemblée des associés, l'approbation peut également être donnée par voie de circulaire - pour autant que cette forme de décision n'ait pas été exclue par les statuts (art. 805 al. 4 CO). 9

E. Remarque pratique

La personne qui aliène les parts sociales peut participer à l'assemblée des associés et voter en faveur de la cession (art. 806a CO). Elle ne peut toutefois 10

pas prendre de dispositions pour rendre le transfert plus difficile ou l'empêcher.

11 La personne qui acquiert la société ne peut participer à l'assemblée des associés ou prendre la place de la personne qui vend la société (la personne cédante) qu'après que la décision de cession a été positive. Siffert/Fischer/Petrin soutiennent la possibilité pour la personne cédante de se faire représenter par la personne acquérante à l'assemblée des associés et de voter en faveur du transfert. Cela présuppose toutefois que les statuts autorisent la représentation des associés par des tiers. Si toutes les parts sociales sont détenues par une personne et également vendues à une seule personne, l'approbation par l'assemblée des associés est certes formellement requise ; la reconnaissance peut toutefois être décidée en même temps que le transfert par l'assemblée universelle (art. 805 al. 3 CO).

II. DÉROGATIONS STATUTAIRES

12 Il est possible de déroger à l'exigence d'approbation de l'art. 786 al. 1 CO par une disposition statutaire. Conformément à l'art. 786 al. 2 CO, les statuts peuvent également prévoir un régime dérogatoire, l'énumération des possibilités étant exhaustive ; une combinaison des différentes variantes est possible. Les dispositions statutaires peuvent aller au-delà de la restriction de transfert légale et rendre le transfert plus difficile, voire impossible (art. 786 al. 2 ch. 4 CO).

A. Suppression de l'exigence d'approbation (ch. 1)

13 Les associés ont la possibilité de supprimer statutairement la restriction légale de la transmissibilité (art. 786, al. 2, ch. 1, CO) et de prévoir ainsi la libre transmissibilité des parts sociales. Dans la pratique, cette réglementation est choisie pour les sociétés comptant de nombreux associés ou lorsque la composition du cercle des associés n'est pas particulièrement importante. En conséquence, on accorde plus d'importance à l'élément capitaliste qu'à l'élément personnel du sociétariat de la Sàrl.

14 Il est possible de prévoir dans les statuts que l'approbation ne peut être refusée que pour des motifs importants et d'introduire ainsi une quasi-suppression de l'exigence d'approbation.

B. Dérogations (ch. 2)

Selon l'art. 786 al. 2 ch. 2 CO, les statuts peuvent eux-mêmes indiquer les motifs qui justifient le refus du consentement à la cession de parts sociales. Des motifs importants peuvent être mentionnés, mais des motifs triviaux peuvent également être fixés dans les statuts s'ils sont en rapport avec la composition du cercle des associés, comme la clause familiale. 15

16 Les difficultés de transfert selon le ch. 2 ne s'appliquent alors pas seulement en cas de transfert à un nouvel associé, mais également vis-à-vis des associés existants, car les rapports de force peuvent alors changer.

C. Reprise à la valeur réelle (ch. 3)

L'assemblée des associés peut refuser d'approuver la cession si les statuts prévoient que la société offre à l'aliénateur la reprise à la valeur réelle (art. 786, al. 2, ch. 3, CO). La valeur réelle n'est pas définie par la loi et doit être déterminée en tant que valeur globale aux valeurs de continuation en tenant compte de la valeur substantielle et de la valeur de rendement. Il est en outre approprié de déterminer l'évaluation en tenant compte des flux financiers (en particulier la méthode du "discounted cash-flow"), de la détermination des contributions à la création de valeur ou des valeurs résiduelles du bénéfice (p. ex. la méthode de la "valeur économique ajoutée"). Dans tous les cas, il est judicieux d'utiliser une combinaison de différentes méthodes d'évaluation. Dans ce contexte, il est également judicieux de déterminer la valeur en se basant sur l'expertise d'un expert indépendant. 17

Cette règle (en anglais escape clause) garantit à l'associé qui souhaite vendre un droit de sortie et se recoupe avec la règle applicable aux actions nominatives non cotées en bourse dans la société anonyme (art. 685b al. 1 CO). Les parts sociales peuvent être acquises soit pour le compte de la société (acquisition de ses propres parts sociales, art. 783 et 806a al. 2 CO), soit pour le compte des différents associés ou de tiers. 18

D. Interdiction de transfert (ch. 4)

Les statuts peuvent prévoir une interdiction de transfert. Cette réglementation est très proche de la transmissibilité des droits de sociétariat dans les sociétés de personnes. L'interdiction de transfert est généralement utilisée dans les 19

corporate joint ventures, car le but de la société ne peut être atteint que par les qualités personnelles des associés.

20 L'interdiction de transfert implique un droit de sortie pour justes motifs pour l'associé (art. 786 al. 3 en relation avec l'art. 822 CO). L'interdiction de transfert exclut également la constitution d'un usufruit ou d'un droit de gage sur les parts sociales (art. 789a al. 2 et art. 789b al. 2 CO).

E. Doutes sur la liquidité du cessionnaire (ch. 5)

21 En dernier recours, l'assemblée des associés peut adapter les exigences statutaires en matière d'approbation selon le chiffre 5, si l'exécution des obligations statutaires de versements supplémentaires (art. 795 CO) ou de prestations accessoires (art. 796 CO) est douteuse et si une garantie exigée par la société n'est pas fournie. La restriction dite de la solvabilité n'est valable que si les deux conditions sont remplies de manière cumulative. Elle correspond à la restriction de transfert pour les actions nominatives non entièrement libérées (art. 685 CO).

22 La société ne peut exiger une garantie que si la solvabilité de l'acquéreur ne peut pas être rendue vraisemblable. La garantie demandée peut toutefois être fournie par la personne qui vend, par la personne qui acquiert ou par des tiers, et sa forme (sûretés réelles et personnelles) ne peut pas être imposée par la société. Le montant de la sûreté est déterminé en fonction de la partie non couverte des obligations de versements supplémentaires ou de prestations accessoires.

23 Cette règle est en contradiction avec le principe selon lequel l'assemblée des associés peut refuser son approbation sans indication de motif. En effet, le chiffre 5 n'a de sens que si la restriction légale dispositive de l'art. 786 al. 1 CO a été exclue au préalable.

III. CONSÉQUENCES JURIDIQUES DU REFUS DE CONSENTEMENT

24 Si, lors du vote sur l'approbation, la majorité requise n'est pas atteinte à l'assemblée des associés, l'approbation est considérée comme refusée. Si l'assemblée des associés refuse de donner son consentement au transfert, la cession de l'opération de transfert reste sans effet et une annulation de la

transaction doit avoir lieu. La personne qui vend reste associée - sauf si la société reprend les parts sociales à leur valeur réelle (art. 786 al. 2 ch. 3 CO).

La restriction de la transmissibilité permet à la société de se protéger contre des acquéreurs indésirables ; mais elle peut aussi nuire aux intérêts des associés qui souhaitent se retirer. Afin de contrecarrer les conséquences radicales d'une difficulté à changer de sociétariat, l'art. 786 al. 3 CO prévoit qu'en cas d'interdiction statutaire de transfert et de refus de consentir à la cession d'une part sociale, le droit de sortie pour justes motifs (art. 822 CO) est réservé. 25

Une interdiction statutaire de transfert constitue un juste motif de sortie, mais il reste à vérifier si, dans le cas particulier, la poursuite des rapports de société est intolérable. Si la société refuse son consentement sans raison valable et agit donc de manière abusive, la sortie pour justes motifs, voire la dissolution pour justes motifs (art. 821 al. 3 CO), peut être justifiée. 26

La question de savoir si le droit de sortie peut également être exercé en cas de refus non abusif du consentement n'est pas entièrement clarifiée, mais il ne semble pas que l'intention du législateur ait été de protéger aussi largement les associés désireux d'aliéner. 27

DOCUMENTS TYPES

Voir à ce sujet la version originale allemande du commentaire.

MATÉRIAUX

Botschaft zur Revision des Obligationenrechts (GmbH-Recht sowie Anpassungen im Aktien-, Genossenschafts-, Handelsregister- und Firmenrecht) vom 19. Dezember 2001, BBl 2002 S. 3148 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2002/443/de besucht am 24. Juni 2022 (zit. Botschaft GmbH 2002).

BIBLIOGRAPHIE

Böckli Peter, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich 2009.

Chappuis Fernand / Jaccard Michel, in: Tercier Pierre / Amstutz Marc / Trigo Trindade Rita (Hrsg.), Commentaire Romand, Code des Obligations II, 2. Aufl., Basel 2017 (zit. CR).

Dalla Corte Philippine / Meyer Manuel / Trautmann Matthias D., in: Theus Simoni Fabiana / Hauser Isabel / Bärtschi Harald (Hrsg.), Handbuch Schweizer GmbH-Recht, Basel 2019.

Druey Jean Nicolas / Druey Just Eva / Glanzmann Lukas, Gesellschafts- und Handelsrecht, 12. Aufl., Zürich 2021.

du Pasquier Shelby / Wolf Matthias / Oertle Matthias, in: Honsell Heinrich / Vogt Nedim Peter / Watter Rolf (Hrsg), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 5. Aufl., Basel 2016 (zit. BSK).

Forstmoser Peter / Küchler Marcel, Schweizerisches Aktienrecht 2020, Mit neuem Recht der GmbH und der Genossenschaft und den Weiteren Gesetzesänderungen, Bern 2022.

Handschin Lukas / Truniger Christof, Die GmbH, Zürich 2019.

Jentsch Valentin, Ausübung eines vertraglichen Kaufrechts durch die übrigen Gesellschafter beim Ausscheiden eines Gesellschafters aus der GmbH, Urteilsbesprechung 4A_60/2018, GesKR 2019, S. 132-140.

Keller Alwin / Jegher Gion / Vasella David, in: Honsell Heinrich (Hrsg.), Kurzkommentar Obligationenrecht, Art. 1–1186 OR, Basel 2014 (zit. KuKo).

Küng Manfred / Camp Raphael, Orell Füssli Kommentar, GmbH-Recht – Das revidierte Recht zur Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Zürich 2006 (zit. OFK).

Küng Manfred / Hauser Isabel, GmbH – Gründung und Führung der Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Basel 2005.

Meier-Hayoz Arthur / Forstmoser Peter / Sethe Rolf, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 12. Aufl., Bern 2018.

Meisterhans Clemens / Gwelessiani Michael, Praxiskommentar zur Handelsregisterverordnung, 4. Aufl., Zürich 2021.

Müller Lukas, in: Kren Kostkiewicz Jolanta / Wolf Stephan / Amstutz Marc / Frankenhauser Roland (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar, Schweizerisches Obligationen Recht, 3. Aufl., Zürich 2016 (zit. OFK).

Scheidegger Markus, in: Nussbaum Martin F. / Sanwald Reto / Scheidegger Markus (Hrsg.), Kurzkommentar zum neuen GmbH-Recht, Bern 2007 (zit. Kurzkommentar GmbH).

Schmid Christoph, in: Roberto Vito / Trüeb Hans Rudolf (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. Aufl., Zürich 2016 (zit. CHK).

Siffert Rino, in: Baker & McKenzie (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar, Handelsregisterverordnung, Zürich 2013 (zit. SHK).

Siffert Rino / Fischer Marc Pascal / Petrin Martin, in: Baker & McKenzie (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar, GmbH-Recht, Zürich 2008 (zit. SHK).

Trigo Trindade Rita, in: Tercier Pierre / Amstutz Marc / Trigo Trindade Rita (Hrsg.), Commentaire Romand, Code des Obligations II, 2. Aufl., Basel 2017 (zit. CR).

Trigo Trindade Rita, in: Handschin Lukas / Jung Peter (Hrsg.), Zürcher Kommentar – Die Aktiengesellscahft, Rechte und Pflichten der Aktionäre, Art. 660–697m OR, 2. Aufl., Zürich 2021 (zit. ZK).

Trüeb Hans Rudolf, in: Roberto Vito / Trüeb Hans Rudolf (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. Aufl., Zürich 2016 (zit. CHK).

Wibmer Jeannette K., in: Kren Kostkiewicz Jolanta / Wolf Stephan / Amstutz Marc / Frankhauser Roland (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar, Schweizerisches Obligationenrecht, 3. Aufl., Zürich 2016 (zit. OFK).

Vogel Alexander, Orell Füssli Kommentar, Handelsregisterverordnung, Zürich 2020 (zit. OFK).

ATTENTION : Cette version du commentaire est une traduction automatique de l'original. Le commentaire original est en allemand. La traduction a été faite avec www.deepl.com. Seule la version originale fait foi. La version traduite du commentaire ne peut pas être citée.

COMMENTAIRE

Art. 787 CO

Un commentaire de Anne Mirjam Schneuwly

PROPOSITION DE CITATION

Anne Mirjam Schneuwly, Kommentierung zu Art. 787 OR, in: Lukas Müller (Hrsg.), Onlinekommentar zum Obligationenrecht

Citation abrégée: OK-Schneuwly, N XXX zu Art. 787 OR.

c. Moment du transfert

Art. 787

[1] Lorsque l'assemblée des associés doit approuver la cession de parts sociales, celle-ci ne déploie ses effets qu'une fois l'approbation donnée.

[2] L'approbation est réputée accordée si l'assemblée des associés ne la refuse pas dans les six mois qui suivent la réception de la requête.

TABLE DES MATIÈRES

I. Moment du transfert des droits 293
II. Délai pour l'octroi de l'approbation 293
A. Calcul des délais 294
B. Effets à l'expiration du délai 294
C. Prise de connaissance de la décision 294
Documents types 295
Matériaux 295
Bibliographie 295

I. MOMENT DU TRANSFERT DES DROITS

Si les conditions d'acquisition des parts sociales sont remplies (art. 785 CO), les droits et obligations ne sont pas transférés à l'acquéreur au moment du transfert, mais seulement après que l'assemblée des associés a donné son approbation - à condition que cette exigence n'ait pas été supprimée par les statuts (art. 786 al. 2 ch. 1 CO). Le transfert est par conséquent soumis à une condition suspensive (art. 151 ss. CO) et reste en suspens jusqu'à l'approbation de l'assemblée des associés. La cession de parts sociales se comporte en conséquence comme le transfert d'actions nominatives avec restriction de transmissibilité non cotées en bourse (art. 685c CO). 1

Ce n'est qu'avec l'approbation que la personne qui acquiert les parts sociales se voit attribuer la totalité des droits de membre (droit de vote, droit de veto, etc.) et des obligations en tant qu'associé. Jusque-là, la personne qui vend reste seule habilitée à exercer les droits de sociétariat ; il est toutefois possible que la personne qui acquiert puisse voter à l'assemblée des associés par le biais d'une procuration de la personne qui vend. 2

Si la cession est approuvée, les effets juridiques ne se produisent pas rétroactivement au moment de l'acquisition, mais ex nunc avec la prise de décision. De même, ce n'est pas seulement l'inscription au registre du commerce qui est constitutive, mais le moment de la décision. Si l'exigence d'un consentement a été exclue par l'assemblée des associés dans les statuts (art. 786 al. 2 ch. 1 CO), les droits et obligations sont transférés à la personne qui acquiert la société au moment du transfert. 3

Si l'approbation de la cession est refusée, le transfert n'est pas valable et devient caduc ex tunc. Si les certificats de parts sociales ont déjà été remis à l'acquéreur, une annulation (art. 109 CO) du contrat de vente ou de donation doit avoir lieu. 4

II. DÉLAI POUR L'OCTROI DE L'APPROBATION

L'assemblée des associés dispose d'un délai de six mois pour approuver la cession des parts sociales (art. 787 al. 2 CO). Même si le délai de six mois est explicitement prévu pour l'approbation, il s'agit en pratique d'un délai dans lequel l'assemblée des associés doit agir si elle ne veut pas accepter la 5

personne qui acquiert les parts sociales en tant qu'associé. Si l'assemblée des associés ne refuse pas dans ce délai, l'accord est considéré comme donné au sens d'une fiction.

6 Durant ces six mois, les associés peuvent procéder à des clarifications concernant la personne qui acquiert la société. A cet égard, la solvabilité de celle-ci peut être examinée si, dans le cadre d'une réglementation statutaire selon l'art. 786 al. 2 ch. 5 CO, le consentement à la cession peut être refusé, si l'exécution d'obligations statutaires de versements supplémentaires ou de prestations accessoires est douteuse et si une sûreté exigée par la société n'est pas fournie.

A. Calcul des délais

7 Le délai commence à courir le jour suivant celui où la société a reçu ou est entrée en possession de la demande d'approbation de la cession de parts sociales. Le délai de six mois peut être réduit par les statuts, mais il ne peut pas être prolongé pour protéger les intérêts des acquéreurs.

B. Effets à l'expiration du délai

8 Si la société omet de rejeter la demande d'approbation de la cession ou, plus généralement, de prendre une décision dans le délai imparti, l'approbation est présumée de manière irréfragable. Un refus tardif de l'assemblée des associés reste sans effet.

9 Si la demande a été rejetée de manière injustifiée - par exemple si l'acquéreur remplit les conditions de la restriction de transfert statutaire selon l'art. 786 al. 2 ch. 2 CO ou de la restriction de solvabilité selon l'art. 786 al. 2 ch. 5 CO et que l'approbation lui est malgré tout refusée - et que la décision est contestée en justice, l'approbation a lieu à la date d'entrée en force du jugement déclaratoire.

C. Prise de connaissance de la décision

10 La décision de refus n'a pas à être motivée (cf. art. 786 al. 1 CO) - sauf si une obligation de motivation a été inscrite dans les statuts. Le requérant doit toutefois être informé de la décision de l'assemblée des associés. S'il n'est pas présent à l'assemblée des associés, par exemple en tant que représentant du

cédant, et que la société refuse la cession des parts sociales, la décision doit parvenir au requérant avant l'expiration du délai de six mois.

La loi ne précise pas sous quelle forme la communication doit être faite. Les statuts de la société doivent régler cette forme (art. 776 ch. 4 CO). Si la communication est envoyée par écrit, par courrier postal ou électronique, la date de réception fait foi et il n'est pas nécessaire que le requérant ait effectivement pris connaissance du refus de la société. Ainsi, la prudence est de mise lorsque l'assemblée des associés est prévue le dernier jour du délai de six mois et que la décision de refus doit encore être communiquée. 11

DOCUMENTS TYPES

Voir à ce sujet la version originale allemande du commentaire.

MATÉRIAUX

Botschaft zur Revision des Obligationenrechts (GmbH-Recht sowie Anpassungen im Aktien-, Genossenschafts-, Handelsregister- und Firmenrecht) vom 19. Dezember 2001, BBl 2002 S. 3148 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2002/443/de besucht am 24. Juni 2022 (zit. Botschaft GmbH 2002).

BIBLIOGRAPHIE

Chappuis Fernand / Jaccard Michel, in: Tercier Pierre / Amstutz Marc / Trigo Trindade Rita (Hrsg.), Commentaire Romand, Code des Obligations II, 2. Aufl., Basel 2017 (zit. CR).

du Pasquier Shelby / Wolf Matthias / Oertle Matthias, in: Honsell Heinrich / Vogt Nedim Peter / Watter Rolf (Hrsg), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 5. Aufl., Basel 2016 (zit. BSK).

Handschin Lukas / Truniger Christof, Die GmbH, Zürich 2019.

Keller Alwin / Jegher Gion / Vasella David, in: Honsell Heinrich (Hrsg.), Kurzkommentar Obligationenrecht, Art. 1-1186 OR, Basel 214 (zit. KuKo).

Küng Manfred / Camp Raphael, Orell Füssli Kommentar, GmbH-Recht – Das revidierte Recht zur Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Zürich 2006 (zit. OFK).

Scheidegger Markus, in: Nussbaum Martin F. / Sanwald Reto / Scheidegger Markus (Hrsg.), Kurzkommentar zum neuen GmbH-Recht, Bern 2007 (zit. Kurzkommentar GmbH).

Siffert Rino, in: Baker & McKenzie (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar, Handelsregisterverordnung, Zürich 2013 (zit. SHK).

Siffert Rino / Fischer Marc Pascal / Petrin Martin, in: Baker & McKenzie (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar, GmbH-Recht, Zürich 2008 (zit. SHK).

Trüeb Hans Rudolf, in: Roberto Vito / Trüeb Hans Rudolf (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. Aufl., Zürich 2016 (zit. CHK).

Zellweger-Gutknecht Corinne, in: Widmer Lüchinger Corinne / Oser David (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7. Aufl., 2020 Basel (zit. BSK).

ATTENTION : Cette version du commentaire est une traduction automatique de l'original. Le commentaire original est en allemand. La traduction a été faite avec www.deepl.com. Seule la version originale fait foi. La version traduite du commentaire ne peut pas être citée.

COMMENTAIRE

Art. 788 CO

Un commentaire de Anne Mirjam Schneuwly

PROPOSITION DE CITATION

Anne Mirjam Schneuwly, Kommentierung zu Art. 788 OR, in: Lukas Müller (Hrsg.), Onlinekommentar zum Obligationenrecht

Citation abrégée: OK-Schneuwly, N XXX zu Art. 788 OR.

2. Modes particuliers d'acquisition

Art. 788

[1] Lorsque des parts sociales sont acquises par succession, par partage successoral, en vertu du régime matrimonial ou dans une procédure d'exécution forcée, l'ensemble des droits et obligations qui y sont attachés passent à l'acquéreur sans l'approbation de l'assemblée des associés.

[2] Pour pouvoir exercer son droit de vote et les droits qui y sont attachés, l'acquéreur doit toutefois être reconnu en tant qu'associé avec droit de vote par l'assemblée des associés.

[3] L'assemblée des associés ne peut lui refuser la reconnaissance que si la société lui propose de lui reprendre ses parts sociales à leur valeur réelle au moment de la requête. L'offre peut être faite pour le propre compte de la société, pour le compte d'autres associés ou pour celui de

tiers. Si l'acquéreur ne rejette pas l'offre de reprise de la société dans le délai d'un mois après qu'il a eu connaissance de la valeur réelle, l'offre est réputée acceptée.

[4] La reconnaissance est réputée accordée si l'assemblée des associés ne la refuse pas dans les six mois suivant le dépôt de la demande.

[5] Les statuts peuvent renoncer à l'exigence de la reconnaissance.

TABLE DES MATIÈRES

I. Transfert des droits et obligations 300
A. Formes du transfert 300
B. Effets 300
II. Reconnaissance de l'assemblée des associés 301
A. Demande de reconnaissance 301
B. Décision de reconnaissance 301
C. Situation juridique de la personne acquéreuse jusqu'à la décision 302
D. Délai 302
III. Reprise des parts sociales à leur valeur réelle 303
IV. Conséquences juridiques du refus de l'approbation 303
V. Renonciation à l'exigence de reconnaissance 304
Documents types 304
Matériaux 304
Bibliographie 304

I. TRANSFERT DES DROITS ET OBLIGATIONS

A. Formes du transfert

1 Lorsque des parts sociales sont acquises par succession (art. 537 ss CC), partage successoral (art. 602 ss CC), régime matrimonial (art. 181 ss CC) ou exécution forcée (selon la LP), les droits et obligations sont immédiatement transférés à l'acquéreur et la réglementation générale des exigences en matière de consentement (art. 786 CO) et de transfert des droits (art. 787 CO) ne s'applique pas.

2 L'énumération des modes d'acquisition a été conçue par le législateur comme exhaustive, mais l'art. 788 CO s'applique par analogie à des modes d'acquisition similaires, pour autant que les circonstances et les intérêts en jeu correspondent aux cas énumérés à l'al. 1. Ainsi, d'autres formes de succession universelle sont reconnues, comme par exemple l'acquisition de parts sociales par une société reprenante dans le cadre d'une fusion ou d'une scission. Dans ce cas, les parts sociales sont transférées à la date d'inscription au registre du commerce (art. 22, 52 et 73 LFus), indépendamment de l'art. 788 CO.

B. Effets

3 Indépendamment d'une éventuelle restriction de transfert, tous les droits et obligations liés aux parts sociales sont transférés à l'acquéreur lors de l'acquisition des parts sociales selon l'une des modalités mentionnées, sans l'approbation de l'assemblée des associés. Le transfert de droit en tant que tel ne nécessite jamais l'approbation de l'assemblée des associés. Cela permet d'assurer la succession juridique de l'associé qui s'est retiré et d'éviter que les droits et obligations liés aux parts sociales ne tombent en déshérence.

4 Toutefois, le droit de vote et les droits qui y sont liés sont suspendus jusqu'à la reconnaissance par l'assemblée des associés (art. 788 al. 2 CO). L'effet de la restriction légale de transfert se limite à la reconnaissance en tant qu'associé disposant du droit de vote. En d'autres termes, la décision de l'assemblée des associés agit comme une condition suspensive à l'exercice des droits de vote. L'assemblée des associés n'a donc pas la possibilité de refuser l'admission d'un nouvel associé, mais elle peut au moins empêcher qu'un acquéreur indésirable participe à la formation de la volonté de la société.

II. RECONNAISSANCE DE L'ASSEMBLÉE DES ASSOCIÉS

A. Demande de reconnaissance

L'acquéreur doit demander à la société d'être reconnu en tant qu'associé ayant le droit de vote. La loi n'a pas fixé de délai pour la demande et autorise donc les parts sociales sans droit de vote pour les personnes acquérant des parts sociales selon l'art. 788 al. 1 CO. 5

B. Décision de reconnaissance

Comme pour le transfert par acte juridique, l'art. 788 al. 2 CO prévoit que l'assemblée des associés est compétente pour la reconnaissance du droit de vote. Les conditions de la prise de décision sont donc les mêmes que pour l'art. 786 CO. Pour être reconnu comme associé disposant du droit de vote, il faut une majorité qualifiée des deux tiers des voix représentées ainsi que la majorité absolue de l'ensemble du capital social (art. 808b al. 1 ch. 4 CO). La décision ne peut pas être déléguée à la direction (art. 804, al. 2, ch. 8, CO), car elle est considérée comme une compétence intransmissible de l'assemblée des associés. En ce qui concerne l'art. 808 al. 2 CO, il faut noter que statutairement, les exigences relatives à la prise de décision peuvent être augmentées, mais pas abaissées ; en d'autres termes, le quorum ne peut pas être réduit à la majorité simple. 6

La loi ne s'exprime pas sur les exigences formelles de la décision de reconnaissance. La décision peut être prise par écrit, pour autant que les associés n'aient pas demandé de délibération orale (art. 805 al. 4 CO). En règle générale, elle est consignée par écrit dans le cadre de la tenue ordinaire du procès-verbal. Si les noms des associés figurent dans les statuts, il faut également procéder à une modification des statuts en cas de transfert des parts sociales, ce qui nécessite la forme authentique. Au lieu de la prise de décision lors de l'assemblée des associés, l'approbation peut également être donnée par voie de circulaire - pour autant que cette forme de décision n'ait pas été exclue par les statuts (art. 805 al. 4 CO). 7

Que le nouvel associé soit reconnu ou non comme ayant le droit de vote, il doit être inscrit au registre du commerce (art. 82, al. 1, ORC). Tout transfert d'une part sociale ainsi que toute autre modification de faits (p. ex. changement de nom, de domicile, de lieu d'origine, de nombre et de valeur 8

nominale) doivent être inscrits dans le registre des parts sociales (art. 791, al. 1, CO). Les associés qui n'ont pas le droit de vote tant que la société n'a pas donné son accord à l'acquisition doivent également être inscrits. Un tel cas peut par exemple se présenter lorsqu'une part sociale a été acquise sur la base de l'art. 788 CO (succession, partage successoral, régime matrimonial ou exécution forcée). Il convient également de noter qu'une preuve de la qualité d'héritier doit être remise à l'office du registre du commerce, sous forme d'original ou de copie certifiée conforme, les documents étrangers devant être traduits en conséquence et munis des légalisations nécessaires (apostille ; surlégalisation). Si une communauté d'héritiers a hérité de parts sociales et que seule une partie des héritiers est inscrite ultérieurement en tant qu'associés, le contrat de cession doit être rédigé en conséquence. La preuve d'un éventuel pouvoir de représentation légal des mineurs ne doit pas être soumise à des exigences trop élevées.

C. Situation juridique de la personne acquéreuse jusqu'à la décision

9 Jusqu'à la reconnaissance définitive de l'acquéreur comme associé ayant le droit de vote, il lui est interdit d'exercer le droit de vote et les droits qui y sont liés, comme par exemple le droit de faire des propositions (art. 805 al. 5 ch. 2 et art. 699 al. 3 CO) ou le droit d'obtenir des renseignements ou de consulter des documents (art. 802 CO). On peut donc dire qu'une scission des droits est prévue et que ceux-ci sont en suspens jusqu'à leur reconnaissance par l'assemblée des associés - sauf s'il a été renoncé statutairement à la reconnaissance par l'assemblée des associés (art. 788 al. 5 CO).

D. Délai

10 Si l'assemblée des associés ne refuse pas la reconnaissance dans un délai de six mois à compter de la réception de la demande, la reconnaissance est réputée accordée (art. 788 al. 4 CO). Le délai commence à courir le jour suivant la réception de la demande d'approbation de la cession de parts sociales par la société ou sa mise à disposition. Le délai de six mois peut être raccourci par les statuts, mais il ne peut pas être prolongé pour protéger les intérêts de la personne qui acquiert la société.

11 Si la société omet de rejeter la demande d'approbation de la cession ou, plus généralement, de prendre une décision dans le délai imparti, l'approbation est

présumée de manière irréfragable. Un refus tardif de l'assemblée des associés reste sans effet.

III. REPRISE DES PARTS SOCIALES À LEUR VALEUR RÉELLE

L'assemblée des associés ne peut en fait pas décider librement de la reconnaissance, car elle ne peut la refuser que si elle propose à l'acquéreur de reprendre les parts sociales à leur valeur réelle (art. 789 CO). Comme les parts sociales ont déjà été valablement transférées, l'assemblée des associés décide uniquement si elle veut racheter le successeur en droit et lui soumettre une offre de reprise. Cette réglementation se recoupe avec l'escape clause pour les actions nominatives non cotées en bourse dans le cas de la société anonyme (art. 685b al. 1 CO). Les parts sociales peuvent être acquises soit pour le compte de la société (acquisition de ses propres parts sociales, art. 783 et 806a al. 2 CO), soit pour le compte de l'associé individuel, soit pour le compte de tiers. 12

La société communique à la personne qui acquiert les parts sociales que l'assemblée des associés a refusé la reconnaissance et qu'elle souhaite reprendre les parts sociales à leur valeur réelle. La personne acquéreuse est libre de refuser la reprise à la valeur réelle et de rester associée sans droit de vote. Dans ce cas, la personne acquérante dispose d'un délai d'un mois pour refuser l'offre de reprise, faute de quoi l'offre est considérée comme acceptée. Si la personne acquérante conteste la valeur des parts sociales calculée par la société, le délai de refus d'un mois ne court qu'à partir de la date de l'accord entre les parties sur le montant de la valeur réelle ou à partir de la date d'entrée en vigueur du jugement du tribunal. 13

IV. CONSÉQUENCES JURIDIQUES DU REFUS DE L'APPROBATION

Si l'assemblée des associés refuse de reconnaître l'acquéreur comme associé avec droit de vote, il reste autorisé à être inscrit dans le registre des parts sociales comme associé sans droit de vote (art. 791 al. 3 CO) et à exercer les droits patrimoniaux attachés aux parts sociales. 14

Si la personne qui acquiert les parts sociales n'est pas informée dans le délai de six mois que l'assemblée des associés a refusé la reconnaissance et qu'elle 15

souhaite reprendre les parts sociales à leur valeur réelle, la reconnaissance est présumée de manière irréfragable (art. 788 al. 3 CO).

V. RENONCIATION À L'EXIGENCE DE RECONNAISSANCE

16 Les associés ont la possibilité de supprimer statutairement l'exigence légale de reconnaissance de l'acquéreur en tant qu'associé disposant du droit de vote (art. 788 al. 5 CO). Il est également possible de prévoir dans les statuts que seuls certains types d'acquisition sont soumis à l'exigence de reconnaissance.

17 Si les statuts ont renoncé à l'exigence d'approbation en cas de cession patrimoniale (art. 786 al. 2 ch. 1 CO), la restriction de la transmissibilité pour des types d'acquisition particuliers selon l'art. 788 CO est également considérée comme supprimée.

DOCUMENTS TYPES

Voir à ce sujet la version originale allemande du commentaire.

MATÉRIAUX

Botschaft zur Revision des Obligationenrechts (GmbH-Recht sowie Anpassungen im Aktien-, Genossenschafts-, Handelsregister- und Firmenrecht) vom 19. Dezember 2001, BBl 2002 S. 3148 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2002/443/de besucht am 24. Juni 2022 (zit. Botschaft GmbH 2002).

BIBLIOGRAPHIE

Böckli Peter, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich 2009.

Buchser Michael, in: Theus Simoni Fabiana / Hauser Isabel / Bärtschi Harald (Hrsg.), Handbuch Schweizer GmbH-Recht, Basel 2019.

Chappuis Fernand / Jaccard Michel, in: Tercier Pierre / Amstutz Marc / Trigo Trindade Rita (Hrsg.), Commentaire Romand, Code des Obligations II, 2. Aufl., 2017 Basel (zit. CR).

Druey Jean Nicolas / Druey Just Eva / Glanzmann Lukas, Gesellschafts- und Handelsrecht, 12. Aufl., Zürich 2021.

du Pasquier Shelby / Wolf Matthias / Oertle Matthias, in: Honsell Heinrich / Vogt Nedim Peter / Watter Rolf (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 5. Aufl., 2016 Basel (zit. BSK).

Handschin Lukas / Truniger Christof, Die GmbH, Zürich 2019.

Keller Alwin / Jegher Gion / Vasella David, in: Honsell Heinrich (Hrsg.), Kurzkommentar Obligationenrecht, Art. 1–1186 OR, Basel 2014 (zit. KuKo).

Küng Manfred / Camp Raphael, Orell Füssli Kommentar, GmbH-Recht – Das revidierte Recht zur Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Zürich 2006 (zit. OFK).

Meisterhans Clemens / Gwelessiani Michael, Praxiskommentar zur Handelsregisterverordnung, 4. Aufl., Zürich 2021.

Müller Lukas, in: Kren Kostkiewicz Jolanta / Wolf Stephan / Amstutz Marc / Frankhauser Roland (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar, Schweizerisches Obligationenrecht, 3. Aufl., Zürich 2016 (zit. OFK).

Müller Lukas / Kaiser Philippe J.A. / Benz Diego, Die öffentliche Beurkundung bei elektronischen und virtuellen Generalversammlungen sowie Zirkularbeschlüssen, REPRAX 3/2022, S. 217-269, abrufbar unter https://www.alexandria.unisg.ch/260742/.

Scheidegger Markus, in: Nussbaum Martin F. / Sanwald Reto / Scheidegger Markus (Hrsg.), Kurzkommentar zum neuen GmbH-Recht, Bern 2007 (zit. Kurzkommentar GmbH).

Siffert Rino, in: Baker & McKenzie (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar, Handelsregisterverordnung, Zürich 2013 (zit. SHK).

Siffert Rino / Fischer Marc Pascal / Petrin Martin, in: Baker & McKenzie (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar, GmbH-Recht, Zürich 2008 (zit. SHK).

Trüeb Hans Rudolf, in: RobertoVito / Trüeb Hans Rudolf (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. Aufl., 2016 Zürich (zit. CHK).

Wibmer Jeannette K., in: Kren Kostkiewicz Jolanta / Wolf Stephan / Amstutz Marc / Frankhauser Roland (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar, Schweizerisches Obligationenrecht, 3. Aufl., Zürich 2016 (zit. OFK).

Vogel Alexander, Orell Füssli Kommentar, Handelsregisterverordnung, Zürich 2020 (zit. OFK).

ATTENTION : Cette version du commentaire est une traduction automatique de l'original. Le commentaire original est en allemand. La traduction a été faite avec www.deepl.com. Seule la version originale fait foi. La version traduite du commentaire ne peut pas être citée.

COMMENTAIRE

Art. 808c CO

Un commentaire de Jan Heller

PROPOSITION DE CITATION

Jan Heller, Commentaire de l' art. 808c CO, in: Lukas Müller (édit.), Commentaire en ligne de Code des obligations

Citation abrégée: OK-Heller, Art. 808c OR N. XXX.

VI. Contestation des décisions de l'assemblée des associés

Art. 808*c*

Les dispositions du droit de la société anonyme concernant la contestation des décisions de l'assemblée générale s'appliquent par analogie à la contestation des décisions de l'assemblée des associés.

TABLE DES MATIÈRES

I. Introduction 311
II. Décision de l'assemblée des associés et résolutions 312
A. Notion de résolution et terminologie relative aux résolutions 312
1. Annulable vs. Nul 313
2. Valable ou non valable 313
3. Défectueux vs. sans défaut 314
4. En suspens vs. définitif 314
B. Résolution 315
III. Action en annulation 315
A. Légitimation active 315
1. Les associés 316
2. Gestion des affaires 318
3. Intérêt à contester 318
B. Légitimation passive 320
C. Objet de la contestation 320
D. Motifs de contestation 321
1. Motifs de contestation formels (vices de procédure) 322
a. Défauts formels lors de la convocation de l'assemblée des associés 324
b. Défauts formels dans la tenue de l'assemblée des associés 326
c. Vices de forme liés au vote 328
2. Motifs matériels de contestation (vices de fond) 329
a. Limitation ou retrait des droits des associés en violation de la loi ou des statuts 330
b. Limitation ou retrait des droits des associés de manière non objective 330
c. Inégalité de traitement injustifiée ou désavantage des associés 331
d. Suppression de la recherche du profit 332
E. Nature juridique de l'action 332
F. Délai de contestation/déchéance 332
G. Conséquences du jugement de contestation 334
1. Rejet de l'action en annulation 334
2. Admission de l'action en annulation 335
a. Effet du jugement du point de vue matériel 335
b. Effet du jugement dans le temps 336
c. Effet du jugement du point de vue personnel 336
IV. Action en nullité 336
A. Légitimation active 337
B. Légitimation passive 337
C. Causes de nullité 338
1. Motifs de nullité formels (vices de procédure) 338
a. Défauts formels lors de la convocation de l'assemblée des associés 339

b. Défauts formels dans la tenue de l'assemblée des associés ... 340
2. Causes de nullité matérielle (vices de fond) ... 343
a. Droit de participer à l'assemblée des associés et droit de vote minimum ... 343
b. Droits d'action et autres droits impératifs accordés aux associés ... 343
c. Droits de contrôle des associés ... 344
d. Structures de base de la Sàrl ... 344
e. Dispositions relatives à la protection du capital ... 344
D. Nature juridique de l'action ... 345
E. Limitation dans le temps ... 345
F. Effets du jugement de nullité ... 345
V. Délimitation et rapport avec d'autres actions relevant du droit des sociétés ... 346
A. Action en responsabilité (art. 827 en relation avec les art. 753 à 760 CO) ... 346
B. Action en restitution (art. 800 en relation avec l'art. 678 CO) ... 346
C. Action en dissolution ... 347
D. Contestation selon les art. 106 s. LFus ... 347
VI. Procédure ... 348
A. Compétence ... 348
1. Compétence territoriale ... 348
2. Compétence matérielle ... 348
B. Procédure de conciliation ... 349
C. Représentation de la Sàrl ... 350
1. Gestion de la société ... 350
2. Représentation au sens de l'art. 706a al. 2 CO ... 351
D. Maximes de procédure ... 352
1. Maxime des débats ou maxime inquisitoire ? ... 352
2. Maxime de disposition ou maxime d'office ? ... 353
E. Droit à la preuve ... 354
F. Reconnaissance de la demande et transaction ... 356
G. Intervention accessoire ... 357
H. Frais de justice ... 358
I. Recours ... 359
J. Mesures provisoires ... 359
1. Conditions générales de l'ordonnance ... 360
a. Droit à une décision (prévision de l'affaire principale) ... 361
b. Motif de la décision (prévision du préjudice) ... 361
c. Urgence ... 361
d. Proportionnalité ... 362
2. Blocage judiciaire du registre du commerce ... 362
3. Interdiction ... 363
4. Recours contre les décisions relatives aux mesures ... 364
K. Arbitrage ... 364

VII. Annulation des conclusions 365
VIII. Annulabilité et nullité dans le contexte de la pandémie Covid-19 368
Bibliographie et Matériaux 369

I. INTRODUCTION

L'art. 808c CO renvoie aux dispositions du droit de la société anonyme pour la contestation des décisions de l'assemblée des associés d'une Sàrl. Contrairement à son libellé étroit, le renvoi de l'art. 808c CO englobe non seulement les dispositions du droit de la société anonyme relatives à l'action en nullité, mais aussi celles relatives à la nullité. L'art. 808c CO renvoie aux art. 689f, 691 al. 3, 706-706b et 731 al. 3 CO. Pour des raisons de lisibilité, le présent commentaire n'ajoute pas "art. 808c en relation avec" devant chacune de ces normes. est ajouté. 1

Les décisions de la direction ne peuvent pas être contestées. Il est possible que leurs décisions soient nulles. En ce qui concerne la nullité des décisions de la direction, l'art. 816 CO renvoie - comme son pendant en droit de la société anonyme (art. 714 CO) - à l'art. 706b CO.

Les normes du droit de la société anonyme sont applicables "par analogie". Il convient de tenir compte des particularités de la forme juridique de la Sàrl. Dans la mesure où aucune divergence ne résulte de ces particularités, la doctrine et la jurisprudence des normes du droit de la société anonyme peuvent en principe être prises en compte. Dans ce commentaire, la littérature et la jurisprudence du droit de la société anonyme sont utilisées sans qu'il soit indiqué qu'il ne s'agit pas de littérature ou de jurisprudence concernant la Sàrl. 2

Il existait une controverse dans la doctrine sur la nature statique ou dynamique des renvois aux dispositions du droit de la société anonyme dans le droit de la Sàrl. Dans les travaux préparatoires de la révision partielle du droit de la Sàrl, entrée en vigueur le 1er janvier 2008, le législateur a précisé qu'il s'agissait à chaque fois de renvois dynamiques. Dans le cadre de la révision du droit de la société anonyme, le législateur a réaffirmé le maintien des renvois dynamiques. Ainsi, ce sont les dispositions en vigueur du droit de la société anonyme qui s'appliquent. 3

Bien que l'action en annulation et l'action en nullité se distinguent par leur structure juridique (n. 83 s. et n. 130 ci-dessous), dans la pratique, ces deux actions ont pour but de garantir judiciairement qu'une décision de l'assemblée des associés n'est pas ou n'est plus mise en œuvre. Avant d'aborder l'action en annulation et l'action en nullité, un chapitre explique la décision de 4

l'assemblée des associés ainsi que ses conséquences (n. 5 ss. ci-dessous). Suivent les chapitres consacrés à l'action en annulation (infra, n. 19 ss) et à l'action en nullité (infra, n. 99 ss). Ensuite, un chapitre traite du rapport entre les actions en annulation et en nullité et d'autres actions relevant du droit des sociétés (infra, n. 136 ss). Les aspects procéduraux sont expliqués ci-dessous aux n. 143 ss. Enfin, des chapitres plus petits sont consacrés à l'annulation des résolutions (infra n. 200 ss.) et à la pandémie Covid-19 (infra n. 205).

II. DÉCISION DE L'ASSEMBLÉE DES ASSOCIÉS ET RÉSOLUTIONS

A. Notion de résolution et terminologie relative aux résolutions

5 Les résolutions sont, selon une partie de la doctrine, des actes juridiques sui generis et, selon une autre opinion, des actes juridiques multipartites. Comme la décision requiert généralement plus d'une déclaration de volonté, elle fait partie des actes juridiques plurilatéraux selon l'opinion défendue ici. Si l'assemblée des associés n'est composée que d'une seule personne, on parle également de résolution.

6 La décision est prise par la proclamation du président ou du président de l'assemblée des associés. La proclamation du résultat du vote est à mon avis constitutive pour des raisons de sécurité juridique. Le processus de vote ne doit être pris en compte que s'il n'y a pas de proclamation. Conformément à l'art. 805, al. 5, ch. 5 en relation avec l'art. art. 701 al. 3 CO, les décisions peuvent être prises par écrit, à moins qu'un associé ne demande une délibération orale (dite votation générale). En cas de vote par correspondance, le président ou la présidente doit prendre une décision formelle après avoir reçu les votes des associés.

7 Divers termes sont utilisés de manière non uniforme dans le cadre des résolutions de l'assemblée des associés. Certains de ces termes, qui seront également utilisés dans la suite du commentaire, sont présentés ici sous forme de paires d'opposés.

Les notions de décision fictive et de non-décision ne sont pas abordées plus en détail (également n. 100 ci-dessous).

1. Annulable vs. Nul

Une décision de l'assemblée des associés est nulle en cas de vices graves (cf. art. 706b CO ; à ce sujet, n. 106 ss. ci-dessous). Les autres vices entraînent l'annulabilité de la décision et doivent être invoqués par une action en annulation dans les deux mois suivant l'assemblée (cf. art. 706a al. 1 CO ; n. 85 ss. ci-dessous). En revanche, les simples infractions à l'ordre public ne sont pas pertinentes sur le plan juridique. En fait partie, par exemple, le respect du délai de six mois pour la tenue de l'assemblée ordinaire des associés selon l'art. 805 al. 2 CO. 8

En ce qui concerne la validité juridique des décisions, Dubs se penche sur la figure de pensée des conditions de décision. Les véritables conditions de décision sont des éléments de fait liés au contenu, qui constituent des conditions pour la validité juridique d'une décision. Alors que les véritables conditions de décision qualifiées doivent déjà être réunies au moment de la prise de décision, les véritables conditions de décision simples peuvent également n'être réunies qu'après la prise de décision. Les fausses conditions de décision ne font en revanche pas partie des faits juridiques de la décision et n'ont donc pas d'effet sur la validité juridique de la décision. Selon Dubs, les vraies conditions de décision sont une question d'existence préalable à la contestation et à la nullité. Si une condition de décision authentique n'est pas remplie, il n'y a pas de décision du tout. La conséquence juridique de la violation de fausses conditions de décision doit être déterminée au cas par cas en fonction du caractère de la norme violée. Il peut s'agir, dans certains cas, de l'annulabilité. 9

Selon le point de vue défendu ici, une question d'existence préalable n'est pas nécessaire. L'absence de véritables conditions de décision peut être directement liée à la nullité. En cas de violation de fausses conditions de décision, l'annulabilité peut être donnée selon la norme violée.

2. Valable ou non valable

La décision qui peut servir d'objet de contestation doit être valable au départ. Ce n'est que par l'annulation de la décision à la suite d'une action en annulation acceptée qu'il y a transformation rétroactive de la décision valable en décision non valable (cf. n. 96 ci-dessous). 10

11 Une décision nulle est invalide ab initio. Pour cette raison, aucune action en annulation n'est nécessaire. La nullité doit être invoquée au moyen d'une action en constatation ou par voie d'exception (ci-après n. 99 ss). La nullité d'une décision doit être observée d'office.

12 Une décision valable, contrairement à une décision nulle, doit être respectée par la société. Cela signifie que la direction doit en principe exécuter la décision prise (cf. art. 810 al. 1 ch. 6 CO ; également n. 179 et n. 203 ci-dessous).

13 L'office du registre du commerce doit tenir compte d'office de la nullité dans le cadre de sa cognition. Par conséquent, une décision clairement nulle ne doit pas être inscrite. Les autres décisions (entre autres celles qui peuvent être contestées) doivent toutefois être inscrites - sous réserve d'un blocage judiciaire du registre du commerce (ci-dessous N. 188 ss.).

3. Défectueux vs. sans défaut

14 Une décision est entachée de vices lorsqu'elle viole la loi et/ou les statuts (cf. art. 706 al. 1 CO). Les décisions exemptes de vices sont valables (du moins au début) (voir toutefois n. 160 s. ci-dessous). Les décisions défectueuses peuvent être valables ou non. Si une décision entachée de vices est valable au début, elle est annulable. Dans les autres cas, il s'agit d'une décision nulle et non avenue.

15 Une distinction peut être faite entre les vices de forme et les vices de fond. Les vices formels (vices de procédure) concernent des erreurs dans la procédure de prise de décision (concernant l'annulabilité, voir N. 47 ss ; concernant la nullité, voir N. 109 ss). Il y a vices matériels (vices de fond) lorsque la décision est contraire à la loi et/ou aux statuts (concernant l'annulabilité, voir ci-dessous n. 77 ss ; concernant la nullité, voir ci-dessous n. 122 ss).

4. En suspens vs. définitif

16 Les décisions nulles sont déjà définitivement invalidées dès le début. La nullité est toujours définitive, car une décision nulle ne peut pas être validée. Les résolutions annulables sont valables de manière flottante. Ce n'est que lorsque l'action en annulation est acceptée (formellement avec force de chose jugée) que la décision est définitivement invalidée (voir ci-dessus n. 10). Avant

cela, il y a une période de suspension. Celui-ci dure au moins deux mois (cf. art. 706a al. 1 CO) et se prolonge en cas d'introduction d'une action en annulation. Pendant cette période de suspension, la décision de l'assemblée des associés est valable sous condition résolutoire. Le jugement d'annulation qui l'approuve constitue la condition résolutoire. Si le délai de contestation de deux mois s'écoule sans avoir été utilisé, un éventuel vice est corrigé et la décision devient définitivement valable.

B. Résolution

La décision de l'assemblée des associés constitue la base juridique (causa) des décisions ultérieures. Ce sont surtout les résolutions qui sont importantes pour les associés. Une action en justice relevant du droit des sociétés en rapport avec une décision de l'assemblée des associés a en général pour objectif principal que certaines décisions ne soient pas prises. Il s'agit par exemple d'empêcher l'augmentation du capital social ou la participation d'un(e) gérant(e) élu(e) à la gestion de la SARL concernée. 17

Si la résolution de l'assemblée des associés est nulle, il n'existe ab initio aucune base juridique pour les résolutions correspondantes. Les résolutions contestables constituent au départ la base juridique de l'entrée en vigueur des résolutions. Toutefois, si l'action en annulation est admise, la décision devient caduque avec effet ex tunc (cf. n. 96 ci-dessous). Il n'existait donc dès le départ aucune base juridique valable pour les décisions correspondantes (sur l'annulation des décisions, voir n. 200 ss.). 18

III. ACTION EN ANNULATION

A. Légitimation active

Tout associé a la légitimation active (n. 20 ss) et la direction in corpore (n. 28 ss ci-dessous). L'organe de révision n'a pas la légitimation active. Une limitation ou une extension statutaire du cercle des personnes légitimées activement n'est pas possible. Les tiers comme les créanciers n'ont donc pas le droit de contester, même s'ils ont un intérêt correspondant. 19

1. Les associés

20 En principe, chaque associé est légitimé à contester une décision de l'assemblée des associés. Même les associés qui n'étaient pas présents à l'assemblée des associés ou qui se sont abstenus lors de la prise de décision ont la légitimation active. Une exception à ce principe est faite pour les associés qui ont approuvé la décision. Dans le sens d'une contre-exception, ces associés ont également la possibilité d'intenter une action en annulation s'ils ont été victimes d'un vice de consentement. Ce n'est pas le délai d'un an à compter de la connaissance du vice de la volonté selon l'art. 31 al. 1 CO qui est déterminant pour faire valoir ce droit, mais le délai de péremption de deux mois prévu par le droit des sociétés à compter de la date de la décision (art. 706a al. 1 CO ; concernant le délai, voir n. 85 ss.).

21 Le transfert en bonne et due forme de la part sociale (art. 785 CO) et, si la société concernée le requiert, la reconnaissance de l'acquéreur par l'assemblée des associés (cf. art. 786 CO) sont importants pour l'appréciation de la qualité d'associé et peuvent se poser comme questions préalables dans la procédure de contestation. En revanche, l'inscription dans le registre des parts sociales et dans le registre du commerce n'a qu'une valeur déclarative.

22 La légitimation active doit exister au moment de l'introduction de l'action et au moment du jugement. Les associés nouvellement arrivés lors d'une augmentation de capital de la société ne peuvent pas contester la décision d'augmentation de capital. Ils peuvent toutefois contester les décisions ultérieures lors de l'adoption desquelles ils ont le droit de vote.

23 Après la vente des parts sociales, l'acquéreur ou l'acheteuse a le droit d'intenter une action en annulation ou de poursuivre le procès (art. 83 al. 1 CPC). En tant que partie intervenante, l'acquéreur est responsable de l'ensemble des frais de procédure (art. 83 al. 2 CPC). Si l'approbation de l'assemblée des associés est requise, la cession des parts sociales n'aura d'effet juridique qu'avec l'approbation de l'assemblée des associés (art. 787 al. 1 CO). A mon avis, le droit de contestation ne fait pas partie des droits liés au droit de vote au sens de l'art. 788 al. 2 CO. C'est la raison pour laquelle le droit d'action passe à l'acquéreur - sans l'approbation de l'assemblée des associés - dans les cas particuliers d'acquisition (succession, partage successoral, régime matrimonial, exécution forcée, acquisition des parts sociales par la société reprenante lors d'une fusion et autres situations selon la LFus) (art. 788 al. 1

CO). Cela s'impose notamment parce que, dans le cas contraire, la décision (négative) de l'assemblée des associés concernant la reconnaissance en tant que membre ayant le droit de vote ne pourrait pas être contestée par ce dernier, ce qui conduirait à une lacune injustifiée en matière de protection juridique.

Si plusieurs personnes ont droit à une part sociale (cf. art. 792 CO), elles forment une consorité nécessaire pour contester la décision (cf. art. 70 CPC). Il est également possible d'introduire une action en annulation par une représentation désignée en commun (cf. art. 792 ch. 1 CO). En revanche, il n'est pas possible de saisir les autres ayants droit communs en tant que défendeurs. Une exception pourrait tout au plus être accordée en cas d'urgence temporelle. Dans ce cas, les autres ayants droit devraient approuver ultérieurement l'action en annulation et se joindre à la procédure. 24

Les ayants droit actifs indépendants les uns des autres peuvent mener la procédure de contestation en tant que simples consorts (cf. art. 71 CPC).

En cas d'usufruit d'une part sociale, le droit de vote et les droits qui y sont liés reviennent à l'usufruitier ou à l'usufruitière (art. 806b al. 1 CO). La question de savoir dans quelle mesure un usufruit a une incidence sur la légitimation active est controversée. Une partie de la doctrine n'accorde pas de droit d'action à l'usufruitier. Comme les intérêts de l'associé(e) et de l'usufruitier(ère) ne coïncident pas toujours, d'autres voix de la doctrine estiment à juste titre que les deux ont la légitimation active. 25

Selon une partie de la doctrine, les titulaires de bons de jouissance (art. 774a en relation avec l'art. 657 CO) n'ont le droit de contester que si les statuts le leur accordent. Selon une autre opinion, les titulaires de bons de jouissance ont également la légitimation active s'ils sont concernés par la décision en tant que participants à la société. Comme la protection juridique ne doit pas non plus être refusée aux détenteurs de bons de jouissance, il faut se rallier à cette dernière opinion. 26

Les créanciers gagistes de parts sociales mises en gage n'ont pas la légitimation active (cf. art. 905 al. 2 CC). 27

2. Gestion des affaires

28 En tant qu'organe exécutif, la direction a également la légitimation active. Par conséquent, les gérants individuels qui ne sont pas associés ne peuvent pas agir en justice personnellement. Bien que la direction ne soit pas mentionnée à l'art. 691 al. 3 CO, elle a également la légitimation active dans ces cas. L'introduction de l'action suppose une décision correspondante des gérants. Tant qu'il n'y a qu'un seul gérant ou une seule gérante, celui-ci ou celle-ci décide seul(e) du dépôt de la plainte. Sauf disposition contraire dans les statuts, les gérants décident à la majorité des voix exprimées (art. 809 al. 4 CO). Cette décision ne peut pas être soumise à la réserve d'approbation au sens de l'art. 811 CO, car sinon la même majorité qui a obtenu la décision de l'assemblée des associés à contester pourrait faire échouer la contestation de cette même décision. Une réserve d'approbation rendrait en outre plus difficile le dépôt d'une action dans les délais (concernant le délai, voir n. 85 ss.).

29 La direction peut en principe laisser aux associés perdants le soin de contester la décision de l'assemblée des associés. Si une décision de l'assemblée des associés empêche la direction de fonctionner ou d'assumer ses tâches essentielles ou si elle viole gravement le droit public ou le droit pénal, une obligation de contester peut être déduite des art. 810 al. 2 ch. 6 et 812 al. 1 CO.

30 L'assemblée des associés peut révoquer en tout temps les gérants qu'elle a élus (art. 805 al. 1 CO). La majorité peut donc révoquer les gérants au sein de l'assemblée des associés et élire des gérants qui retirent une action en contestation. Pour cette raison, les associés doivent envisager de porter plainte eux-mêmes, avec les risques que cela comporte.

3. Intérêt à contester

31 L'action en annulation présuppose un intérêt digne de protection (art. 59 al. 2 let. a CPC). La forme concrète de cet intérêt à contester est controversée. Dans un arrêt publié officiellement, le Tribunal fédéral a estimé que - sous réserve de l'interdiction de l'abus de droit - l'intention de défendre les intérêts de la société était suffisante. Il est en outre nécessaire que la position juridique de l'associé ou de l'actionnaire qui conteste soit touchée par un jugement favorable. Dans une jurisprudence non publiée, le Tribunal fédéral

est allé encore plus loin et a exigé que la position juridique du demandeur ou de la demanderesse soit effectivement modifiée par un jugement favorable ("effectivement modifié") et que ce jugement lui soit personnellement utile ("doit lui être utile"). Dans un arrêt ultérieur du Tribunal fédéral publié officiellement, on ne peut retenir que l'affirmation de principe selon laquelle l'admission de l'action en annulation doit avoir un effet positif sur la situation juridique du demandeur ou de la demanderesse. En outre, cet arrêt stipule que l'évaluation de l'intérêt à agir doit partir de l'hypothèse que l'exposé des faits et la position juridique du demandeur ou de la demanderesse sont corrects. La doctrine dominante est en revanche plus généreuse et admet l'intérêt à contester si l'action en justice permet de défendre les intérêts de la société.

La régularité des décisions de l'assemblée des associés est dans l'intérêt de la société. Si la direction soulève l'action en annulation (cf. n. 28 ss. ci-dessus), elle défend également les intérêts d'autrui. Chaque associé devrait donc avoir la possibilité de contester une décision de l'assemblée des associés, indépendamment du fait que sa situation juridique soit touchée ou non. Dans le cas contraire, il est possible qu'un associé ne puisse pas imposer une prise de décision conforme à la loi et aux statuts.

L'intérêt à la protection juridique disparaît en général ultérieurement si la société prend une deuxième fois la même décision, parce que la première décision était entachée d'un vice formel. En règle générale, la décision ne prend effet qu'à partir de la deuxième décision (effet ex nunc). Une annulation par voie d'action avec effet ex tunc est encore possible dans le délai de contestation de deux mois (voir N. 85). Pour cela, il faut qu'il y ait un intérêt digne de protection à ce que la décision soit annulée avec effet ex tunc. 32

Il n'y a pas d'intérêt à contester en cas d'abus de l'action en annulation. Il y a abus lorsque l'objectif du demandeur ou de la demanderesse est uniquement de nuire à la société ou lorsqu'il ou elle veut se faire acheter le droit de contestation. 33

Pour l'exigence de causalité en tant que partie de l'intérêt digne de protection : voir n. 48 s. ci-dessous. 34

B. Légitimation passive

35 La légitimation passive revient toujours à la société qui prend la décision (art. 706 al. 1 CO : "contre la société"). Celle-ci est en général représentée par la direction (cf. art. 706a al. 2 CO ; pour la représentation dans le procès, voir n. 153 ss).

36 Si la société a été radiée du registre du commerce, elle doit être réinscrite pour le procès (cf. art. 935 al. 2 ch. 2 CO). Parallèlement à une procédure de réinscription, l'action en annulation doit être introduite pour respecter le délai de péremption (ci-après n. 85 ss). La procédure d'annulation doit être suspendue en vue de l'issue de la procédure de réinscription (cf. art. 126 al. 1 CPC).

37 Si la société est en faillite, l'art. 207 LP s'applique à la procédure de contestation. Selon cet article, les procès civils dans lesquels le débiteur est partie et qui touchent à la masse en faillite sont suspendus (art. 207 al. 1 LP), sauf en cas d'urgence. Une suspension est donc envisageable si le patrimoine de la société est concerné (p. ex. en cas d'annulation d'une décision de dividende). Il est également possible qu'il n'y ait plus d'intérêt à contester l'annulation de la décision en raison de l'absence de continuation de la société (en ce qui concerne l'intérêt à contester en général, voir n. 31 ss. ci-dessus).

C. Objet de la contestation

38 Seules les décisions de l'assemblée des associés entrent en ligne de compte comme objet de la contestation. Tant une décision positive (acceptation d'une proposition) qu'une décision négative (rejet d'une proposition) peuvent faire l'objet d'une action en nullité. Pour la contestation d'une décision négative, il n'y a en général qu'un intérêt à contester (ci-dessus N. 31 ss.), si la décision devient une décision positive suite à l'acceptation de l'action en contestation (pour l'action en constatation de décision positive, voir N. 71 s. et N. 95). En revanche, les décisions de la direction ne peuvent être que nulles (art. 816 en relation avec l'art. 706b CO) et une action en nullité est exclue. Même si la décision a été déclarée inattaquable par l'assemblée des associés, cela n'exclut pas l'action en nullité.

39 Sauf disposition statutaire contraire, les associés exercent la gestion en commun (art. 809 al. 1 CO). Si le concept d'auto-organisation prévu par la loi a été maintenu, il peut être difficile de savoir dans quelle fonction les associés

ont agi. La question de savoir si les associés agissent en tant qu'assemblée des associés ou en tant que direction est importante, par exemple pour le vote et pour la question de savoir si la décision correspondante peut être contestée (ci-dessus n. 1). L'assemblée des associés prend les décisions ordinaires à la majorité absolue des voix représentées, à moins que la loi ou les statuts n'en disposent autrement (cf. art. 808 et art. 808b CO). Normalement, le droit de vote se calcule en fonction de la valeur nominale des parts sociales d'un associé ou d'une associée (art. 806 al. 1 CO). En revanche, sauf disposition statutaire contraire, la direction prend ses décisions à la majorité des voix exprimées (art. 809 al. 4 CO).

Il y a décision de l'assemblée des associés si la décision relève des compétences intransmissibles de l'assemblée des associés au sens de l'art. 804 al. 2 CO. Selon l'art. 810 al. 1 CO, les gérants sont compétents pour toutes les décisions que la loi ou les statuts n'ont pas attribuées à l'assemblée des associés. Dans ce contexte, il est également important de savoir si les associés sont conscients qu'ils prennent une décision en tant qu'assemblée des associés. Dans le cas d'une assemblée universelle, les associés doivent être expressément ou tacitement d'accord avec la tenue d'une assemblée des associés. 40

D. Motifs de contestation

Dans le sens d'une clause générale, l'art. 706 al. 1 CO stipule que la décision peut être contestée en cas de violation de la loi ou des statuts. La loi comprend en premier lieu le droit des sociétés. En font également partie les règles non écrites comme le principe de l'exercice du droit avec ménagement et le principe de proportionnalité. 41

Dans l'art. 706 al. 2 CO, le législateur cite explicitement quelques faits. Cette liste n'est pas exhaustive. L'art. 706 al. 2 ch. 1 CO (retrait ou limitation des droits des associés par violation de la loi ou des statuts) est déjà contenu dans la clause générale et n'a donc pas de signification propre. Les autres chiffres de l'art. 706 al. 2 CO codifient des principes qui sont également valables dans la Sàrl et précisent ainsi l'art. 706 al. 1 CO. 42

Une décision de l'assemblée des associés qui contredit des dispositions statutaires est annulable - pour autant que le lien de causalité correspondant existe pour les motifs d'annulation formels (voir N. 48 s. ci-dessous) - si cette 43

décision n'a pas elle-même pour objet une modification de la disposition statutaire. Un exemple d'une telle décision est l'élection d'un directeur ou d'une directrice qui ne remplit pas une condition d'éligibilité clairement formulée dans les statuts.

Les décisions qui enfreignent les règlements de la société sont également contestables. Selon Schott, les règlements ou les règles de procédure concernant la préparation et la tenue de l'assemblée des associés n'en font pas partie.

Une violation de l'observance (droit coutumier interne à l'association) peut également conduire à une annulation.

Une décision d'introduire une disposition statutaire qui pourrait éventuellement être interprétée de manière abusive (violation virtuelle des statuts) n'est pas contestable.

44 L'action en nullité ne sert pas à évaluer le pouvoir d'appréciation de la majorité des associés. L'adéquation ou l'opportunité d'une décision de l'assemblée des associés ne peut pas être examinée en justice par le biais de l'action en annulation.

45 Si une décision de l'assemblée des associés ne respecte pas les dispositions d'un pacte d'associés - comme les engagements de vote -, cette décision ne peut pas être contestée en raison de l'effet purement contractuel du pacte d'associés.

46 Ci-après, une section est consacrée aux motifs de contestation formels (n. 47 ss.) et une section aux motifs de contestation matériels (n. 77 ss.).

1. Motifs de contestation formels (vices de procédure)

47 Les motifs de contestation formels existent en cas de vices dans la procédure de décision. Un motif formel de contestation peut résulter d'une violation de la loi et/ou des statuts (art. 706 al. 1 CO). L'art. 706 al. 2 CO ne mentionne pas les vices formels.

48 En cas de contestation de vices formels, l'exigence de causalité doit être respectée. Le Tribunal fédéral exige qu'un vice formel ait également eu des répercussions sur la prise de décision. L'exigence de causalité peut être déduite de l'art. 691 al. 3 CO, qui s'applique également à la Sàrl (voir ci-dessus

n. 1). En tant que sous-cas de l'action révocatoire, l'art. 691 al. 3 CO prévoit qu'une décision est annulable en cas de participation de personnes non autorisées (action révocatoire), à moins que la société ne prouve que cette participation n'a eu aucune influence. Il est reconnu qu'une telle action est également possible si une personne autorisée a été exclue à tort de l'assemblée des associés (action positive en matière de droit de vote). Conformément à l'art. 691 al. 3 CO, le fardeau de la preuve de l'absence de causalité incombe à la société défenderesse. Selon l'opinion dominante, l'exigence de causalité est une partie de l'intérêt digne de protection (sur l'intérêt à contester, voir n. 31 ss.).

Le champ d'application ou l'application concrète de l'exigence de causalité est controversée. Dans le cadre d'une constatation erronée de la décision (p. ex. par l'application d'un quorum erroné ou par un décompte erroné des voix), la causalité effective du résultat s'applique. La décision de l'assemblée des associés n'est contestable que si le résultat de la décision aurait été différent sans le vice en question. En présence de vices qui entravent la formation de la volonté des associés (violation des droits de participation, de collaboration et d'information), l'annulabilité devrait être admise s'il existe un lien entre ces vices et le comportement de vote d'un associé ou d'une associée qui porte un jugement objectif (causalité normative). Une telle compréhension de la causalité ne livrerait pas les associés minoritaires à l'arbitraire de la majorité et préviendrait en même temps les actions en annulation qui n'invoquent que des vices de peu d'importance. Schenker rejette l'extension de l'exigence de causalité à d'autres règles de procédure. L'opinion radicale de Schenker ne doit pas être approuvée. La compréhension de la causalité qui vient d'être exposée (et qui a été forgée par Schott) permet de tenir suffisamment compte des associés minoritaires. 49

Dans le contexte de la contestation, la question de savoir s'il existe une obligation de réclamation à la charge de l'associé(e) contestant(e), selon laquelle celui-ci/celle-ci doit dénoncer les vices formels déjà lors de l'assemblée des associés, est rarement abordée. Dans le cadre d'une action en annulation relevant du droit des associations, le Tribunal fédéral a retenu que le principe selon lequel les vices formels doivent être signalés avant la prise de décision, pour autant qu'ils soient reconnaissables à temps et qu'il soit encore possible d'y remédier, s'appliquait sur la base de l'art. 2, al. 2, CC, faute de quoi le droit d'annulation est perdu. Le Tribunal fédéral s'est référé à Riemer, 50

qui ne fait pas de différence entre les différentes collectivités en droit suisse en ce qui concerne l'obligation de réclamation. La doctrine du droit des sociétés anonymes déterminante pour la Sàrl (cf. n. 2 ci-dessus) rejette majoritairement une telle obligation de dénoncer - sous réserve de comportements abusifs. En l'absence de base légale pour une obligation de dénoncer, cette opinion est à mon avis pertinente.

51 Les vices formels sont présentés ci-après à titre d'exemple. Dans le cadre de ce commentaire, il n'est pas possible d'aborder tous les vices formels. A cet égard, nous renvoyons à la littérature spécialisée ainsi qu'aux commentaires des normes respectives violées.

La présentation suivante se fait sur la base de trois sections qui s'orientent sur le déroulement chronologique (vices lors de la convocation [n. 52 ss], du déroulement [n. 61 ss] et du vote [n. 71 ss] de l'assemblée des associés). Ce n'est qu'en cas de vices liés au vote que la causalité effective du résultat devrait s'appliquer (cf. n. 49 ci-dessus). Selon le point de vue défendu ici, la causalité normative s'applique aux défauts liés à la convocation et au déroulement de l'assemblée des associés (cf. ci-dessus n. 49).

a. Défauts formels lors de la convocation de l'assemblée des associés

52 La violation de prescriptions formelles lors de la convocation de l'assemblée des associés entraîne en règle générale l'annulabilité des décisions prises par la suite. Ces vices sont sans importance si les conditions d'une assemblée universelle sont remplies (cf. art. 805 al. 5 ch. 5 en relation avec l'art. 701 al. 1 et al. 2 CO).

53 L'assemblée des associés doit être fixée au plus tard vingt jours avant le jour de l'assemblée, une réduction statutaire jusqu'à dix jours étant possible (art. 805 al. 3 CO). Le non-respect involontaire et mineur de ce délai entraîne à mon avis uniquement l'annulabilité (concernant la nullité, voir N. 114 ci-dessous).

54 La convocation doit indiquer les objets de discussion (ordre du jour) (art. 805 al. 5 ch. 3 en relation avec l'art. 700 al. 2 ch. 2 CO). Hormis certaines exceptions, aucune décision ne peut être prise sur des propositions concernant des objets qui n'ont pas été dûment annoncés (art. 805 al. 5 ch. 3 en relation avec l'art. 704b CO). La violation de cette règle entraîne l'annulabilité. La formulation excessivement étroite d'un point de l'ordre du

jour conduit également à l'annulabilité, car elle viole le droit de proposition individuel des associés lors de l'assemblée des associés.

Les propositions de la direction et des associés doivent également figurer dans la convocation (art. 805 al. 5 ch. 4 en relation avec l'art. 700 al. 2 ch. 3 et ch. 4 CO). Si un objet de délibération est publié dans la convocation sans proposition correspondante, il y a également annulabilité. 55

En principe, aucun associé ne doit être empêché d'exercer ses droits en relation avec l'assemblée des associés de manière non objective par la fixation du lieu de réunion (art. 805 al. 5 ch. 2bis en relation avec l'art. 701a al. 2 CO). En règle générale, une violation de cette disposition entraîne l'annulabilité. Selon l'opinion défendue ici, la causalité normative est présupposée pour ce défaut (cf. ci-dessus n. 49). 56

Une contestation est également possible si le principe de l'unité de la matière est violé (art. 805 al. 5 ch. 2 en relation avec l'art. 700 al. 3 CO). Ce principe est violé si des éléments de différents objets de décisions clés sont liés. Cela permet d'éviter que les associés approuvent une proposition alors qu'ils ne sont que partiellement d'accord avec elle. Ce serait par exemple le cas si plusieurs gérants ne pouvaient être élus qu'en même temps, bien qu'un(e) associé(e) demande des élections individuelles. Pour que le principe de l'unité de la matière soit appliqué, il faut, selon Müller, qu'un(e) associé(e) intervienne à l'assemblée pour faire respecter le principe de l'unité de la matière en demandant un vote séparé. En l'absence de base légale, il n'y a à mon avis aucune raison de faire une exception au principe selon lequel il n'y a pas d'obligation de réclamation en cas de vices formels (cf. ci-dessus n. 50). 57

Au plus tard en même temps que la convocation à l'assemblée ordinaire des associés, la direction doit remettre aux associés le rapport de gestion et, s'il n'y a pas d'opting-out, le rapport de révision (art. 801a al. 1 CO). Si cela est fait tardivement, il y a contestabilité. Dans les cas graves, la nullité est également envisageable. 58

Si l'assemblée des associés est convoquée dans la forme prescrite par les statuts, les décisions ne sont pas annulables si un associé ne prend pas connaissance de la convocation sans qu'il y ait eu faute de sa part. 59

Pour la nullité en cas de vices de forme lors de la convocation de l'assemblée des associés : ci-dessous N. 109 ss. 60

b. Défauts formels dans la tenue de l'assemblée des associés

61 Chaque associé a le droit de faire des propositions dans le cadre des objets portés à l'ordre du jour (art. 805 al. 5 ch. 4 en relation avec l'art. 699b al. 5 CO). Si le président passe outre ou n'admet pas une proposition d'un associé concernant un point de l'ordre du jour, la décision de l'assemblée des associés concernant ce point est annulable.

62 Les statuts peuvent prévoir des quotas de présence à l'assemblée des associés. Si un tel quorum de présence n'est pas respecté, il y a à mon avis annulabilité, car seule une disposition statutaire est violée (cf. ci-dessus n. 43).

63 Est annulable une décision à laquelle ont participé des personnes qui n'ont pas le droit de participer à l'assemblée des associés. La simple présence ne suffit pas. Il faut que le participant non autorisé ait influencé les débats, par exemple en votant. Le droit de contestation au sens de l'art. 691 al. 3 CO ne présuppose pas d'opposition au sens de l'art. 691 al. 2 CO lors de l'assemblée des associés.

64 En ce qui concerne la représentation des associés à l'assemblée des associés, les dispositions correspondantes du droit de la société anonyme s'appliquent (art. 805 al. 5 ch. 8 CO). En ce qui concerne la représentation des droits de vote, l'art. 689f CO prévoit l'annulabilité dans deux cas. Si les représentants indépendants, les représentants des organes et les représentants dépositaires ne communiquent pas à la société le nombre, la valeur nominale et la catégorie des parts sociales qu'ils représentent, les décisions de l'assemblée des associés sont annulables dans les mêmes conditions que si la participation à l'assemblée des associés n'est pas autorisée au sens de l'art. 691, al. 3, CO (art. 689f, al. 1, CO). Les décisions de l'assemblée des associés sont également annulables si le président omet de communiquer à l'assemblée des associés les données globales pour chaque mode de représentation, bien qu'un associé l'ait demandé (art. 689f al. 2 CO). Il est frappant de constater que seul l'art. 689f al. 1 CO renvoie à l'art. 691 CO. Selon l'opinion dominante, la causalité doit également être prise en compte en cas de contestation sur la base de l'art. 689f al. 2 CO.

65 Si une représentation indépendante des droits de vote aurait dû être désignée pour une assemblée virtuelle des associés (cf. art. 805 al. 5 ch. 2bis en relation avec l'art. 701d CO), l'absence de représentation indépendante des droits de

vote entraîne l'annulabilité des décisions prises lors de cette assemblée virtuelle des associés.

De même, l'absence de base statutaire pour la tenue d'une assemblée virtuelle des associés entraîne, à mon avis, l'annulabilité des décisions (art. 805, al. 5, ch. 2bis en relation avec l'art. 701d, al. 1 CO). Le non-respect des conditions statutaires pour la tenue d'une assemblée des associés virtuelle entraîne également l'annulabilité.

Selon l'opinion défendue ici, même des problèmes techniques entraînent uniquement l'annulabilité des décisions (voir à ce sujet N. 119 ci-dessous).

66 En cas d'assemblée des associés hybride et virtuelle, la direction constate l'identité des participants (art. 805 al. 5 ch. 2bis en relation avec l'art. 701e al. 2 ch. 1 CO). Si des participants non autorisés se glissent dans l'assemblée des associés hybride ou virtuelle, une contestation est possible sur la base de l'art. 691 al. 3 CO (cf. n. 63 ci-dessus et n. 72 et n. 95 ci-dessous).

67 L'assemblée des associés ne peut avoir lieu à un lieu de réunion à l'étranger sans représentation indépendante des droits de vote que si tous les associés y consentent (art. 701b al. 2 CO). Si cette disposition n'est pas respectée, une éventuelle décision de l'assemblée des associés est annulable. A mon avis, l'annulation est également possible s'il n'existe pas de base statutaire pour la tenue de l'assemblée des associés à un lieu de réunion à l'étranger (cf. art. 701b al. 1 CO).

68 Les décisions relatives à l'approbation des comptes annuels et des comptes de groupe ainsi qu'à l'emploi du bénéfice résultant du bilan sont également annulables si l'organe de révision est irrégulièrement absent (art. 731 al. 3 CO). L'organe de révision est tenu par la loi d'être présent si un contrôle ordinaire a été effectué (art. 731 al. 2 en relation avec l'art. 818 al. 1 CO). Les Sàrl ne sont généralement pas assez grandes pour être soumises à un contrôle ordinaire (cf. art. 727 al. 1 en relation avec l'art. 818 al. 1 CO). Un contrôle ordinaire doit être effectué si des associés représentant 10 % du capital social l'exigent (art. 727 al. 2 en relation avec l'art. 818 al. 1 CO). Un(e) associé(e) soumis(e) à une obligation de faire des versements supplémentaires a également le droit d'exiger un contrôle ordinaire (art. 818 al. 2 CO). L'associé qui a quitté la société peut également exiger un contrôle ordinaire tant que son indemnité de départ n'a pas été entièrement versée (art. 825a al. 4 CO). La question est

de savoir si la société peut apporter la preuve contraire de l'absence de causalité au sens de l'art. 691 al. 3 CO.

69 Si un associé a participé à la votation générale au sens de l'art. 805 al. 5 ch. 5 en relation avec l'art. 7 al. 2 CO, l'assemblée générale peut décider de ne pas voter. Art. 701 al. 3 CO, une décision prise lors de la votation générale peut être contestée. Von der Crone plaide au contraire pour la nullité.

70 Selon l'opinion dominante, il n'y a pas de décision défectueuse en cas de procès-verbal erroné ou d'absence totale de procès-verbal. Le procès-verbal est important en relation avec la réquisition auprès de l'office du registre du commerce (cf. art. 23 ORC) et l'administration des preuves (cf. ci-dessous n. 168). Si les statuts prévoient l'établissement d'un procès-verbal ou des prescriptions spécifiques en la matière, leur violation - pour autant qu'il n'y ait pas d'autres indications dans les statuts - ne constitue qu'une infraction administrative juridiquement non pertinente (cf. également n. 8 ci-dessus).

c. Vices de forme liés au vote

71 Le résultat de la décision peut être faussé et donc contesté en cas de décompte erroné des voix, d'application incorrecte du quorum de décision (cf. art. 808 et art. 808b CO) ou de proclamation erronée de la décision par le président ou la présidente. Dans ces cas, l'action positive en constatation de décision permet de remplacer la décision erronée par la décision correcte (voir n. 95 ci-dessous).

72 Des vices dans le vote peuvent être causés par la participation d'une personne non autorisée (art. 691 al. 3 CO). Les associés qui n'ont pas rempli leur obligation de déclarer selon l'art. 790a CO sont également considérés comme des participants non autorisés (cf. art. 790a al. 5 en relation avec l'art. 697m al. 1 CO). Si, comme le prévoit l'art. 808 CO, la prise de décision se fonde sur les voix représentées, un participant non autorisé collabore déjà du fait qu'il est représenté à l'assemblée des associés avec un certain nombre de voix présumées. A cet égard également, la décision erronée peut être remplacée par la décision correcte au moyen de l'action positive en constatation de décision (infra n. 95).

73 Lors de décisions concernant la décharge des gérants, les personnes qui ont participé d'une manière ou d'une autre à la gestion de l'entreprise n'ont pas le

droit de vote (art. 806a al. 1 CO). Si elles participent malgré tout au vote, il y a en principe contestabilité.

Si tous les associés participent à la gestion, une décision de décharge est d'emblée exclue. Si, dans de telles situations, on partait uniquement de l'annulabilité, la décision serait définitivement valable après l'expiration du délai de péremption de deux mois au sens de l'art. 706a al. 1 CO. Cela devrait être le cas en règle générale, car les associés qui participent à la gestion ont un intérêt à cette décision de décharge. En cas de faillite, la décision de décharge ne peut pas être opposée à la prétention de la collectivité des créanciers. Comme il n'y a donc pas de créanciers qui ont un intérêt à la nullité, je pense que l'annulabilité de la décision est également la conséquence juridique correspondante dans cette constellation.

Une Sàrl peut acquérir ses propres parts sociales dans des limites étroites (art. 783 CO). Le droit de vote et les droits liés à ces parts sociales sont suspendus (art. 783 al. 4 en relation avec l'art. 659a al. 1 CO). Une décision prise en violation de cette règle peut être contestée (cf. art. 783 al. 4 en relation avec l'art. 659a al. 3 en relation avec l'art. 691 al. 3 CO). L'associé qui cède ses parts sociales à la société n'a pas le droit de vote lors des décisions concernant l'acquisition de ses propres parts sociales (cf. art. 804 al. 2 ch. 11 CO) (art. 806a al. 2 CO). Le non-respect de cette règle entraîne également l'annulabilité. 74

Lors de décisions concernant l'approbation d'activités des associés qui contreviennent au devoir de fidélité ou à la prohibition de faire concurrence (cf. art. 804, al. 2, ch. 13, CO), l'associé(e) concerné(e) n'a pas le droit de vote (art. 806a, al. 3, CO). Une décision prise en violation de cette disposition est annulable. 75

Selon l'opinion dominante, le vote contraire aux instructions de la représentation et le vote contraire au contrat des associés liés par un contrat de vote n'ont pas d'importance dans le contexte de l'action en annulation. Une partie de la doctrine ne reconnaît toutefois pas l'effet de la représentation si la société a connaissance du comportement contraire aux instructions. 76

2. Motifs matériels de contestation (vices de fond)

Les motifs matériels de contestation se rapportent au contenu de la décision. Ci-après, quelques cas de contestation sont expliqués à l'aide des chiffres indiqués à l'art. 706 al. 2 CO. Cette présentation n'est pas exhaustive. Pour 77

certains cas particuliers, il est recommandé de consulter la littérature spécialisée sur le sujet concerné ainsi que les commentaires des normes correspondantes.

a. Limitation ou retrait des droits des associés en violation de la loi ou des statuts

78 Les décisions qui limitent ou retirent des droits aux associés en violation de la loi ou des statuts sont annulables (art. 706 al. 2 ch. 1 CO). Dans le contexte de l'art. 706 al. 2 ch. 1 CO, il s'agit régulièrement de restrictions au cas par cas. L'adoption de règles générales et abstraites dans les statuts devrait en règle générale conduire à la nullité (cf. ci-dessous n. 124 s.). Ainsi, une disposition statutaire permettant de convoquer des assemblées d'associés en moins de dix jours serait nulle (cf. art. 805 al. 3 CO).

b. Limitation ou retrait des droits des associés de manière non objective

79 Les décisions de l'assemblée des associés sont également annulables lorsqu'elles limitent ou retirent des droits des associés de manière non objective (art. 706 al. 2 ch. 2 CO). Il est difficile de distinguer ce cas de figure de l'examen inadmissible de l'adéquation et de l'opportunité d'une décision (ci-dessus n. 44). Il s'applique lorsqu'aucune disposition spécifique de la loi ou des statuts n'est violée, mais que la restriction est faite de manière non objective. Il y a manque d'objectivité notamment lorsqu'une décision n'a pas pour but de promouvoir l'intérêt de la société. Il convient également de respecter le principe de proportionnalité ou le principe de l'exercice du droit avec ménagement (cf. ci-dessus n. 41). La minorité ne doit pas être inutilement lésée dans ses intérêts par rapport aux intérêts de la société. Les décisions ne sont que rarement qualifiées de non conformes aux intérêts de la société.

80 Une décision majoritaire est abusive lorsqu'elle ne peut pas être justifiée par des motifs économiques raisonnables, qu'elle porte manifestement atteinte aux intérêts de la minorité et qu'elle privilégie sans raison les intérêts particuliers de la majorité. Une décision est contestable lorsque les droits des associés sont limités ou retirés pour poursuivre des objectifs personnels de la majorité. Il convient notamment d'accorder une attention particulière à l'éviction d'associés minoritaires indésirables de la société. Cela peut

notamment être le cas si la majorité ne fait pas distribuer de dividendes et que cela ne peut pas être justifié par des raisons économiques, car les fonds retenus ne seraient ni investis ni nécessaires comme garantie pour l'avenir. La contestation n'entraîne toutefois que l'annulation de la décision et non l'attribution d'un dividende approprié.

c. Inégalité de traitement injustifiée ou désavantage des associés

Selon l'art. 706 al. 2 ch. 3 CO, une décision qui entraîne une inégalité de traitement ou une discrimination des associés non justifiée par le but de la société est annulable. Le but de la société au sens de l'art. 706 al. 2 ch. 3 CO signifie les intérêts de la société. Une égalité de traitement relative est nécessaire. Une différenciation en fonction de la part de capital est possible (cf. art. 798 en relation avec l'art. 661, art. 806 al. 1 et art. 826 al. 1 CO). En revanche, l'égalité de traitement absolue s'applique généralement aux droits d'information. 81

Une partie de la doctrine autorise plus généreusement les inégalités de traitement - sans citer d'exemples concrets - en raison des structures personnalisées de la Sàrl que de la société anonyme. Selon l'art. 808c CO, les dispositions relatives à la société anonyme sont applicables "par analogie" (cf. ci-dessus n. 2). Ainsi, les particularités de la Sàrl doivent être prises en compte lors de l'application de l'interdiction de traiter différemment ou de désavantager de manière injustifiée les associés au sens de l'art. 706 al. 2 ch. 3 CO. Cela vaut par exemple pour l'approbation par l'assemblée des associés d'une activité déterminée qui viole le devoir de fidélité ou l'interdiction de faire concurrence (cf. art. 808b al. 1 ch. 7 CO). Si la société refuse à un associé l'autorisation d'exercer une telle activité, mais l'accorde à un autre, une contestation ne devrait être possible que dans des cas d'abus manifestes. A cet égard, il convient de noter qu'en raison de la nature cassatoire du jugement d'annulation, seul l'octroi du consentement peut en principe être annulé, et non le refus qui peut être transformé en consentement (infra n. 94). Néanmoins, l'art. 706 al. 2 ch. 3 CO est en principe également applicable à la Sàrl. La mesure dans laquelle les particularités de la Sàrl peuvent être prises en compte dépend du cas d'espèce.

d. Suppression de la recherche du profit

82 Le but lucratif ne peut être supprimé qu'avec l'accord de tous les associés et pas seulement des associés représentés (art. 706 al. 2 ch. 4 CO). Dans le cas contraire, la décision de l'assemblée des associés peut être contestée. Cette disposition concerne la définition d'un but d'utilité publique. La décision annuelle concernant l'affectation du bénéfice n'est pas couverte par cette disposition. Cette disposition ne s'applique pas si seule une augmentation du capital social, qui serait nécessaire à la réalisation d'un bénéfice, est refusée.

E. Nature juridique de l'action

83 L'action en annulation est une action formatrice (article 87 du code de procédure civile). L'action en annulation modifie la situation juridique en annulant la décision prise par l'assemblée des associés. L'action positive en constatation de décision (cf. art. 691, al. 3, CO ; cf. ci-dessous n. 95) est également une action formatrice, malgré sa dénomination ambiguë.

84 La contestation d'une décision de l'assemblée des associés ne peut pas être invoquée par voie d'exception. Il est possible, si le délai de deux mois n'est pas encore écoulé, de faire valoir la contestation par voie d'action reconventionnelle.

F. Délai de contestation/déchéance

85 L'action en annulation est périmée si elle n'est pas introduite dans les deux mois suivant la tenue de l'assemblée des associés ou du vote par correspondance (en cas de vote par correspondance) (art. 706a al. 1 CO). Le tribunal examine d'office le respect de ce délai de péremption. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, les motifs de contestation doivent également être présentés dans ce délai. Le Tribunal fédéral admet que la délimitation des motifs de contestation peut être difficile dans certains cas. Il existe en tout cas deux motifs de contestation différents lorsque ceux-ci ne reposent pas seulement sur une argumentation juridique différente, mais aussi sur des faits différents. La prudence est également de mise en ce qui concerne l'approbation des comptes annuels (cf. art. 804 al. 2 ch. 5 CO ; cf. ci-dessus n. 68). A cet égard, selon le Tribunal fédéral, il n'est pas possible de fonder la contestation sur l'inexactitude d'une position du bilan qui résultait déjà de

décisions d'approbation antérieures non contestées de l'assemblée des associés.

Indépendamment de la participation à l'assemblée, le délai commence à courir le lendemain de l'assemblée des associés. L'art. 77 et l'art. 78 al. 1 CO sont déterminants pour le calcul du délai. En application de l'art. 77 al. 1 ch. 3 CO, l'action doit être introduite au plus tard le jour du deuxième mois qui porte le même chiffre que le jour de l'assemblée des associés et, si ce jour fait défaut dans ce mois, au dernier jour de ce mois. Conformément à l'art. 78 al. 1 CO, le délai est prolongé jusqu'au premier jour ouvrable suivant si son dernier jour tombe un samedi, un dimanche ou un jour férié reconnu par l'Etat (au lieu du tribunal compétent). 86

En cas de votation générale, le délai commence à courir à partir de la publication du résultat. La question de savoir si, en cas de communication du résultat aux associés par lettre, le jour suivant l'envoi postal constitue le premier jour du délai ou si le délai ne commence à courir qu'à partir de la connaissance effective de l'associé est controversée. Sauf en droit des associations, on se base régulièrement sur un moment objectif pour calculer le délai (art. 706a al. 1 et art. 891 al. 2 CO). Dans le droit des associations, on se base sur la possibilité d'en prendre connaissance. Afin que tous les associés puissent savoir à partir de quand la décision est définitivement valable (cf. ci-dessus n. 16), il faut se ranger à la première opinion. Les associés de la Sàrl sont responsables de prendre connaissance de la décision à temps. 87

Le respect du délai s'effectue conformément à l'art. 64 al. 2 en relation avec l'art. art. 62 al. 1 CPC avec le dépôt par la poste de la requête de conciliation ou de l'action en cas de renonciation à la procédure de conciliation (cf. art. 199 al. 1 ; à ce sujet n. 151 ci-dessous) ainsi qu'en cas de compétence matérielle du tribunal de commerce (cf. art. 198 let. f CPC ; à ce sujet n. 147 ss ci-dessous). 88

Une partie de la doctrine admet que le demandeur d'une action en annulation peut bénéficier d'une prolongation de délai dans certaines situations. Une telle situation est envisageable si la société laisse entrevoir la révocation de la décision ou si le demandeur a été trompé sur la possibilité de contester la décision, par exemple par une déclaration d'inopposabilité. Prolonger la période de suspension en raison de telles circonstances ne se justifie à mon avis, pour des raisons de sécurité juridique, que dans des cas isolés extrêmes. 89

Après l'expiration du délai de deux mois, la décision doit en général être définitivement validée en l'absence de contestation (voir ci-dessus n. 16). Par précaution, il convient donc de déposer une demande de conciliation ou une plainte dans les deux mois.

La question de savoir si le délai de péremption de deux mois doit également être respecté lors de l'invocation de vices de consentement est controversée. Sur la base de l'art. 31 al. 1 CO, une partie de la doctrine est d'avis qu'un associé peut, pendant une année après l'assemblée des associés, annuler son vote par simple déclaration à la société ou le faire valoir par une action en nullité. Même en cas d'allégation de vices de consentement, le délai de péremption de deux mois doit être strictement respecté dans l'intérêt de la sécurité juridique. Le délai de deux mois doit être considéré comme une lex specialis par rapport au délai d'un an prévu à l'art. 31 al. 1 CO. Même en cas de vice de la volonté, l'intérêt des rapports juridiques à savoir si une décision est valable ou non prévaut. Par conséquent, un délai de contestation plus long ne se justifie pas. Une déclaration à la société ne suffit pas. Une action en annulation dans les délais est nécessaire. Pour que la contestation aboutisse, il faut que la décision aurait été différente sans ce défaut (sur la causalité effective du résultat, voir n. 49). Les voix correspondantes sont considérées comme non exprimées ou non représentées, selon le quorum de décision applicable (cf. art. 808 et art. 808b CO).

90 Si l'assemblée des associés refuse de manière injustifiée de donner des renseignements ou de consulter les documents, le tribunal peut fournir ces renseignements (art. 802 al. 4 CO). Cette action, qui est également dirigée, du moins indirectement, contre une décision de l'assemblée des associés, n'est soumise à aucun délai. La procédure sommaire s'applique (art. 250 let. c ch. 7 CPC).

G. Conséquences du jugement de contestation

1. Rejet de l'action en annulation

91 Le rejet de l'action en annulation n'a d'effet qu'inter partes et n'a donc aucun effet sur les actions en annulation d'autres associés demandeurs. Le jugement d'une action en annulation rejetée est un jugement déclaratoire, car il ne modifie pas la situation juridique. Dans la motivation du jugement, il est

constaté que la décision est exempte de vices, ce dont découle le rejet de l'action (ci-dessus n. 14).

2. Admission de l'action en annulation

En cas d'admission d'une action en annulation, un jugement formateur de droit matériel est rendu. L'annulation de la décision de l'assemblée des associés constitue l'effet formateur. Pour qu'il se produise, la décision doit entrer en force formelle. 92

Les effets d'un jugement d'annulation positif sont brièvement présentés ci-après du point de vue matériel (n. 94 s.), temporel (n. 96) et personnel (n. 97 s.). 93

a. Effet du jugement du point de vue matériel

Un jugement favorable annule la décision (cf. art. 706 al. 5 CO). En règle générale, le jugement en question a exclusivement un effet cassatoire. Le tribunal ne peut en principe pas modifier ou remplacer la décision de l'assemblée des associés - à l'exception de l'action positive en constatation de la décision (infra n. 95). Si seules certaines parties de la décision sont défectueuses, le tribunal peut n'admettre que partiellement l'action en annulation (art. 20 al. 2 CO par analogie). 94

Après que la doctrine dominante a reconnu l'action positive en constatation de décision, le Tribunal fédéral lui a récemment emboîté le pas. Selon le Tribunal fédéral, une action positive en constatation de décision est recevable lorsque, en raison du comptage de voix non autorisées, une proposition de décision a été considérée comme rejetée alors qu'elle aurait dû être considérée comme adoptée. L'action positive en constatation de décision permet donc au tribunal de remplacer le résultat erroné par le résultat correct. Sans action positive en constatation de décision, il y aurait un déficit de protection juridique. Le plaignant ou la plaignante pourrait uniquement obtenir l'annulation d'une décision rejetant à tort une demande, ce qui ne lui serait d'aucune utilité. Selon le Tribunal fédéral, cela équivaut à un empêchement du droit de vote. Cette opinion doit être approuvée. 95

b. Effet du jugement dans le temps

96 Selon la doctrine et la jurisprudence unanimes, la décision de l'assemblée des associés est caduque avec effet ex tunc. Ainsi, la nullité de la décision se rapporte à la décision prise par l'assemblée des associés. Cela vaut également pour l'action positive en constatation de la décision (ci-dessus n. 95).

c. Effet du jugement du point de vue personnel

97 Conformément à l'art. 706 al. 5 CO, le jugement a des effets pour et contre tous les associés. La question de savoir si l'on entend par là l'effet formateur et/ou l'autorité de chose jugée matérielle est discutable et peu discutée. Selon l'opinion défendue ici, les associés sont concernés non seulement par l'effet formateur, mais aussi par l'entrée en force matérielle. Sans prise en compte de la force de chose jugée matérielle, le jugement d'annulation positif ne serait pas contraignant pour les autres associés dans un procès ultérieur. Cela pourrait conduire à une scission des conséquences juridiques pour les différents associés, ce qui poserait des problèmes difficiles à résoudre en cas de (non-)mise en œuvre simultanée de la décision.

En cas d'annulation de la décision relative au dividende, le droit au paiement du dividende est supprimé. Un éventuel paiement devrait être effectué sur la base de l'art. 800 en relation avec l'art. 699. art. 678 al. 1 CO (n. 138 s. ci-dessous). Si l'associé(e) n'est pas touché(e) par l'entrée en force matérielle, il/elle pourrait objecter en justice que l'annulation de la décision dans le jugement de contestation a été effectuée à tort. Dans le pire des cas, l'associé qui conteste avec succès serait finalement le seul à devoir restituer le dividende perçu, ce qui ne peut pas être considéré comme un objectif souhaitable.

98 Les tiers sont également concernés par le jugement d'annulation positif - du moins par l'effet formateur. En principe, le jugement a pour conséquence que la situation de tous les participants est la même que si la décision n'avait jamais été prise.

IV. ACTION EN NULLITÉ

99 Les décisions de l'assemblée des associés présentant des vices graves sont nulles dès le départ et ne sont pas annulées seulement par une action en annulation acceptée avec effet ex tunc (cf. n. 10 et n. 96 ci-dessus). L'action en

nullité en tant qu'action en constatation permet toutefois de demander la constatation judiciaire de la nullité d'une décision de l'assemblée des associés.

Dans la doctrine, on distingue parfois des décisions nulles les décisions fictives et les décisions non fictives (cf. ci-dessus n. 7). Comme la conséquence juridique des pseudo-décisions et des non-décisions est également la nullité, le présent commentaire renonce à cette distinction. 100

A. Légitimation active

Toute personne ayant un intérêt digne de protection à la constatation de la nullité d'une décision de l'assemblée des associés a la légitimation active. Contrairement à l'action en annulation, des tiers - tels que les créanciers - peuvent donc également avoir la légitimation active. La direction a également la légitimation active. Contrairement à l'action révocatoire, chaque gérant a également la légitimation active s'il existe un intérêt digne de protection (cf. ci-dessus n. 28). 101

Un intérêt suffisant à la constatation est requis. Celui-ci doit être actuel et pratique. Un tel intérêt peut exister, entre autres, si une personne concernée est directement atteinte dans sa position juridique ou dans ses intérêts ou si les limites de la moralité ou de l'ordre public ont été violées. L'intention de défendre les intérêts de la société suffit à cet égard. Pour les créanciers, un tel intérêt existe notamment lorsque l'interdiction de restituer les dépôts a été violée (cf. art. 793 al. 2 CO). 102

Comme il s'agit d'une action en constatation, il est présupposé qu'il existe pour le demandeur ou la demanderesse une incertitude sur sa situation juridique dont la persistance ne peut être raisonnablement exigée et qui ne peut être levée d'une autre manière, notamment par une action immédiate en exécution ou en formation (subsidiarité ; voir les exemples ci-dessous N. 137 et N. 139).

B. Légitimation passive

La société a la légitimation passive. 103

Pour la représentation en justice, voir ci-dessous : N 153 ss. 104

Concernant la société radiée du registre du commerce, voir ci-dessus : N. 36. 105

C. Causes de nullité

10 6 Pour qu'une décision soit nulle, il doit exister un vice qualifié. La liste de tels vices figurant à l'art. 706b CO n'est pas exhaustive. Il convient toutefois de faire preuve de retenue dans l'hypothèse de la nullité. La nullité représente un danger pour les relations juridiques. Le principe de subsidiarité de la nullité s'applique. Il s'agit de l'exception, par opposition à l'annulabilité en tant que règle. Par conséquent, une décision n'est nulle que si l'annulabilité ne constitue pas une conséquence juridique suffisante. La violation d'une disposition statutaire, qui ne constitue pas en même temps une infraction à la loi, entraîne uniquement l'annulabilité.

10 7 L'art. 706b CO n'est pas une norme spéciale exclusive. Cela signifie qu'une décision dont le contenu est impossible ou immoral est nulle en vertu de l'art. 20 al. 1 CO (cf. art. 7 CC). Les décisions qui entraînent un engagement excessif des membres sont soumises aux conséquences juridiques de l'art. 27, al. 2 CC. A mon avis, la renonciation à dissoudre la société pour une durée indéterminée en fait partie.

10 8 Les motifs de nullité peuvent être répartis en motifs formels (n. 109 ss.) et matériels (n. 122 ss.). Il convient de noter que la délimitation est en partie floue. Toutefois, étant donné que la nullité des motifs formels ne dépend pas d'une exigence de causalité comme c'est le cas pour l'annulation (cf. n. 109 ci-dessous), la classification en motifs de nullité formels ou matériels n'a qu'une importance théorique. L'art. 706b CO mentionne expressément en premier lieu les motifs matériels de nullité.

1. Motifs de nullité formels (vices de procédure)

10 9 Les vices formels qui entraînent la nullité d'une décision de l'assemblée des associés peuvent apparaître dans la procédure de décision. Un vice formel grave et manifeste est nécessaire. La question de savoir s'il existe également une exigence de causalité pour les décisions nulles de l'assemblée des associés est controversée (cf. sur la causalité en cas d'annulation, n. 48 s.). Le Tribunal fédéral a refusé d'admettre l'existence d'une exigence de causalité en cas de non-convocation à une assemblée. En revanche, il a admis l'exigence de causalité en relation avec la représentation commune au sens de l'art. 690 CO, en considérant qu'en cas de vices concernant la représentation commune, il est décisif de savoir si ceux-ci ont eu un effet sur le résultat de la

décision. Une procédure formellement incorrecte dans ces constellations - sans influence sur le résultat de la décision - lors du calcul des voix n'est donc pas déterminante. Plus tard, le Tribunal fédéral a considéré que la décision concernant la non-convocation à une assemblée était un cas particulier. Sinon, l'exigence de causalité devrait également être remplie pour les motifs de nullité formels.

Une partie de la doctrine est favorable à une exigence de causalité (en partie en se référant à la jurisprudence qui vient d'être citée). D'autres voix rejettent à juste titre l'exigence de causalité. En cas de défaut grave, une décharge correspondante de la société n'est pas justifiée.

En ce qui concerne la représentation commune, il s'agit d'un problème en amont de l'exercice des droits de vote sur les actions ou les parts sociales des ayants droit communs et non d'un défaut direct lors de l'assemblée des associés. Le Tribunal fédéral a seulement considéré que l'utilisation erronée des droits de vote en tant que personne habilitée collectivement ne devait être prise en compte que si le résultat de la décision en était également affecté. Par conséquent, il ne faut pas déduire obligatoirement de la jurisprudence citée ci-dessus qu'une exigence de causalité est nécessaire. Dans le TF 4A_141/2020 du 4 septembre 2020 consid. 3.2, le Tribunal fédéral, statuant à trois, ne s'est en outre exprimé que brièvement.

Ces vices formels sont présentés ci-après à titre d'exemple. Dans le cadre de ce commentaire, il n'est pas possible d'aborder tous les cas de figure. A cet égard, nous renvoyons à la littérature spécialisée ainsi qu'aux commentaires des normes violées. 110

La présentation suivante se fait sur la base de deux paragraphes qui s'orientent sur le déroulement chronologique (vices lors de la convocation [n. 111 ss] et du déroulement [n. 117 ss] de l'assemblée des associés).

a. Défauts formels lors de la convocation de l'assemblée des associés

Il y a nullité des décisions de l'assemblée des associés, entre autres, lorsqu'on ne peut pas parler de convocation. Un tel cas se présente par exemple lorsqu'un organe incompétent a convoqué l'assemblée des associés. Cela inclut également la convocation arbitraire d'une assemblée des associés par un seul gérant sans décision correspondante de la direction. 111

11 2 Si une partie des associés n'a pas été convoquée, il y a en principe nullité. La doctrine limite partiellement ce principe. Riemer exige que la non-convocation de certains associés soit fautive. Schott postule la nullité uniquement dans les cas où la société le savait ou aurait dû le savoir. Il n'est pas encore tout à fait clair dans quelle mesure le Tribunal fédéral autorise de telles restrictions.

11 3 Une convocation sur laquelle le lieu, l'heure ou les objets de discussion font défaut entraîne également la nullité des décisions ultérieures de l'assemblée des associés.

11 4 Il existe une controverse dans la doctrine sur la question de savoir dans quels cas le non-respect du délai de convocation selon l'art. 805 al. 3 CO entraîne la nullité (cf. ci-dessus n. 53 concernant l'annulabilité). Une partie de la doctrine est favorable à la conséquence de la nullité si le délai a été manqué de plusieurs jours. Pour Handschin/Truniger, il y a nullité en cas de non-respect manifeste. Une autre opinion plaide pour la nullité uniquement si les gérants ont manifestement et intentionnellement violé le délai de convocation. A mon avis, la nullité devrait être limitée aux cas flagrants. En ce qui concerne le non-respect du délai de convocation, la complexité de l'affaire inscrite à l'ordre du jour devrait également être prise en compte. Plus l'affaire est complexe, plus le non-respect du délai de convocation est grave.

11 5 La forme de la convocation résulte des statuts (art. 805 al. 5 ch. 1 en relation avec l'art. 626 al. 1 ch. 7 CO). Si la convocation a lieu sous une autre forme et que, pour cette raison, une partie des associés n'en a pas connaissance, il y a nullité.

11 6 En cas de convocation erronée ou défectueuse, l'assemblée universelle ("sans respecter les formes prescrites pour la convocation" ; art. 805 al. 5 ch. 5 en relation avec l'art. 799 al. 2 CO) demeure bien entendu réservée. art. 701 al. 1 et al. 2 CO).

b. Défauts formels dans la tenue de l'assemblée des associés

11 7 La non-admission consciente ou fautive d'associés ayant le droit de participer à l'assemblée des associés est un vice grave qui entraîne la nullité.

Les décisions des assemblées universelles (art. 805 al. 5 ch. 5 CO en relation avec l'art. 701 al. 1 et al. 2) auxquelles tous les associés n'étaient pas présents ou qu'ils ont quittées avant la fin sont nulles. 11 8

Selon une partie encore majoritaire de la doctrine, les problèmes techniques pendant l'assemblée des associés, de sorte que celle-ci ne peut pas se dérouler correctement, sont prévus comme motif formel de nullité (art. 805 al. 5 ch. 2bis en relation avec l'art. 701f al. 1 CO). En principe, seuls les dysfonctionnements techniques du côté de la société et non des associés sont concernés. Cela ne s'applique toutefois pas à une assemblée universelle virtuelle, car dans ce cas, tous les associés ou leurs représentants n'y participent plus (cf. art. 805 al. 5 ch. 5 en relation avec l'art. 701 al. 2 CO). Une exception existe par exemple en cas de défaillance d'une entreprise de télécommunication importante. Jutzi/Yousef avancent toutefois à juste titre que dans un tel cas, seule l'annulabilité existe. Ces auteurs argumentent entre autres sur le fait que l'annulabilité est la règle en cas d'irrégularités lors de l'assemblée des associés. L'acceptation de la nullité compromettrait trop fortement la sécurité juridique et les associés seraient suffisamment protégés par l'annulation. Une partie de la doctrine souhaite déterminer, sur la base des circonstances concrètes, si l'on est en présence d'une annulabilité ou d'une nullité. 11 9

Selon l'opinion défendue ici, il n'y a pas d'exigence de causalité, indépendamment de la question de savoir s'il y a nullité ou annulabilité. Une partie de la doctrine est favorable à une exigence de causalité, car sinon le risque de voir se répéter une assemblée virtuelle des associés est trop important. Les associés ont cependant un droit légal à une exécution propre. L'interdiction de l'abus de droit permet de remédier aux situations extrêmes dans lesquelles une répétition serait un pur exercice à vide (art. 2, al. 2, CC).

Dans ces cas, le législateur prévoit une répétition de l'assemblée des associés. Le droit à la répétition peut être cumulé avec la demande d'annulation ou de nullité au sens de l'art. 90 CPC. Les décisions prises par l'assemblée des associés avant l'apparition des problèmes techniques restent valables (art. 805 al. 5 ch. 2bis en relation avec l'art. 701f al. 2 CO). D'autres motifs de nullité ou de contestation demeurent bien entendu réservés.

Si l'ordre du jour n'est pas complété, la répétition peut avoir lieu sans respecter le délai de convocation, si la majorité des associés n'est pas exclue d'emblée de la participation.

120 Selon l'art. 731 al. 3 CO, les décisions relatives à l'approbation des comptes annuels et à l'emploi du bénéfice résultant du bilan qui ne sont pas accompagnées du rapport de révision requis sont nulles. Si un opting-out a été effectué, aucun rapport de révision ne doit être établi pour ces décisions (cf. art. 818 al. 1 en relation avec l'art. 727a al. 2 CO). En cas de rapport de révision lacunaire, tous les défauts n'entraînent pas la nullité des décisions. Il y a nullité lorsque seul un contrôle restreint a été effectué au lieu d'un contrôle ordinaire. Si aucun contrôle n'a été effectué, il faut également partir du principe qu'il y a nullité. Il y a également nullité lorsqu'un rapport de révision n'est pas remis aux associés au plus tard avec la convocation à l'assemblée ordinaire des associés (cf. art. 801a al. 1 CO). Une décision nulle de l'assemblée des associés ne peut pas être corrigée par un rapport de révision envoyé ultérieurement.

121 Certaines décisions de l'assemblée des associés doivent, de par la loi, faire l'objet d'un acte authentique (p. ex. les modifications des statuts [art. 780 CO], la décision d'augmenter le capital [art. 781, al. 5, ch. 1 en relation avec l'art. 650, al. 2, CO et l'art. 75, al. 1, ORC], la décision de réduire le capital [art. 782, al. 4 en relation avec l'art. 653n CO] et la décision de dissoudre la société [art. 821, al. 2, CO]). Pour cela, il faut que l'officier public soit présent à l'assemblée des associés. En outre, il faut que la date soit correcte, c'est-à-dire qu'elle ne soit ni antérieure ni postérieure, et que le lieu soit correctement indiqué. Si l'authentification n'est pas effectuée en bonne et due forme, les décisions sont nulles et donc juridiquement inexistantes (cf. également art. 11 al. 2 CO). Selon Haefliger, seule l'annulabilité existe si l'authentification n'est exigée que par les statuts. Compte tenu de l'art. 16, al. 1, CO, selon lequel les parties ne veulent pas être liées au préalable par une réserve de forme convenue, il est possible de justifier la nullité d'une telle décision (cf. art. 7 CC). La base statutaire constitue alors la réserve de forme. Etant donné que la violation des statuts entraîne uniquement l'annulabilité, il convient également de partir du principe que l'acte authentique exigé par les statuts est uniquement annulable (en général, concernant la violation des statuts, cf. n. 43).

2. Causes de nullité matérielle (vices de fond)

En général, il existe un motif matériel de nullité lorsque des dispositions statutaires introduisent des règles générales et abstraites qui sont contraires au droit impératif. La conséquence juridique de la nullité empêche ainsi que les associés puissent ancrer des dispositions illégales dans les statuts en omettant de les contester. En cas de violations isolées, il y a généralement contestation. En fait partie, par exemple, une décision qui refuse de manière abusive une distribution de dividendes en faveur des associés (cf. ci-dessus n. 80). 12 2

Les cas mentionnés à l'art. 706b CO, qui n'est pas exhaustif, sont brièvement expliqués ci-après (cf. ci-dessus n. 106). 12 3

a. Droit de participer à l'assemblée des associés et droit de vote minimum

Selon l'art. 706b ch. 1 CO, sont nulles, entre autres, les décisions qui limitent de manière générale le droit de participer à l'assemblée des associés. La suppression du droit de vote minimum selon l'art. 806 al. 1 phrase 2 CO constitue un motif de nullité. La suppression du droit de représentation en fait également partie (cf. art. 805, al. 5, ch. 8 en relation avec l'art. 689b ss. CO). L'introduction d'une disposition statutaire selon laquelle l'assemblée des associés ne peut prendre une décision que sur proposition de la direction ou ne peut augmenter le capital social que dans la mesure proposée par la direction serait également nulle. D'autres restrictions générales du droit de proposition des associés seraient également nulles. 12 4

b. Droits d'action et autres droits impératifs accordés aux associés

L'assemblée des associés ne peut pas non plus limiter ou retirer de manière générale et durable les droits d'action et autres droits impérativement accordés aux associés (art. 706b ch. 1 CO). Une décision qui exclurait pour toujours la responsabilité personnelle de la direction serait nulle (cf. art. 827 en relation avec l'art. 753 ss. CO). En ce qui concerne les droits personnels et inaliénables des associés selon l'art. 706b ch. 1 CO in fine, il s'agit d'une clause générale pour d'autres cas non explicitement mentionnés dans la loi. 12 5

c. Droits de contrôle des associés

12 6 Les décisions qui introduisent des dispositions statutaires limitant les droits de contrôle des associés sont nulles (art. 706b ch. 2 CO). Font partie des droits de contrôle le droit à la communication du rapport de gestion et du rapport de révision (art. 801a CO) et le droit à l'information et à la consultation (art. 802 CO).

d. Structures de base de la Sàrl

12 7 La notion de "structures de base" est illustrée dans la doctrine par des exemples. En général, il s'agit des caractéristiques constitutives de la Sàrl en tant qu'institution juridique. Une décision transférant la gestion à l'assemblée des associés serait nulle (cf. art. 810 al. 2 CO : "tâches intransmissibles et inaliénables"). Il n'est pas non plus possible d'introduire des parts sociales sans valeur nominale (cf. art. 774, al. 1, CO). La création d'une part sociale sans droit au dividende et à la part de liquidation serait également nulle.

e. Dispositions relatives à la protection du capital

12 8 La protection du capital mentionnée à l'art. 706b ch. 3 CO est un exemple d'une structure de base importante de la Sàrl en tant que société de capitaux (cf. art. 772 al. 1 CO). Il s'agit par exemple de l'émission de parts sociales en dessous du pair (cf. art. 774 al. 2 CO). En fait également partie une décision qui prévoit la rémunération des parts sociales (cf. art. 798 en relation avec l'art. 675 al. 1 CO). Les décisions qui violent les dispositions relatives à la protection du capital dans un cas particulier sont également nulles. Il s'agit par exemple d'une décision sur la restitution (partielle) du capital social (cf. art. 793 al. 2 CO). Sont également nulles les décisions qui prévoient des remboursements de capital en violation de la procédure de réduction du capital prescrite à cet effet (art. 782 en relation avec les art. 653j ss. CO). Les distributions de bénéfices qui violent les quotas de blocage (capital social et réserves liées par la loi) sont nulles (cf. art. 798 en relation avec les art. 675 ss. et art. 801 en relation avec les art. 671 ss. CO).

12 9 Concernant l'organe de révision et le rapport de révision, voir ci-dessus : n. 58, n. 68 et n. 120.

D. Nature juridique de l'action

La nullité d'une décision de l'assemblée des associés est invoquée au moyen d'une action en constatation. Il est également possible de faire valoir la nullité par voie d'exception ou de demande reconventionnelle. 130

Concernant l'intérêt à constater, voir ci-dessus : N. 101 s. 131

E. Limitation dans le temps

Contrairement à l'action en annulation, il n'existe pas de délai de péremption pour l'action en nullité (supra n. 85 ss). Comme il est souvent difficile d'estimer si un vice entraîne la nullité ou seulement l'annulabilité d'une décision, il est recommandé d'introduire l'action en nullité dans un délai de deux mois et d'invoquer éventuellement l'annulabilité de la décision (cf. infra N. 163). 132

La limite de l'abus de droit peut toutefois conduire, dans certains cas, à une limitation dans le temps (cf.) Un tel cas se présente notamment lorsque, malgré l'exécution de la décision nulle, on a attendu plus longtemps avant d'intenter une action. 133

F. Effets du jugement de nullité

Un jugement d'annulation positif a - en raison d'une application analogique de l'art. 706 al. 5 CO - des effets erga omnes à l'égard de tous les associés (sur la contestation, voir N. 97 s.). Les tiers sont également concernés par cet effet. Dans son jugement, le tribunal constate que la décision de l'assemblée des associés est nulle ex tunc en raison de la nullité. Le tribunal peut également déclarer la nullité d'une partie seulement de la décision (art. 20 al. 2 CO par analogie ; pour la contestation, voir ci-dessus n. 94). 134

Un jugement de rejet n'a d'effet qu'entre les parties. 135

V. DÉLIMITATION ET RAPPORT AVEC D'AUTRES ACTIONS RELEVANT DU DROIT DES SOCIÉTÉS

A. Action en responsabilité (art. 827 en relation avec les art. 753 à 760 CO)

13 6 Le Tribunal fédéral s'est déjà penché à plusieurs reprises sur le rapport entre l'action révocatoire et l'action en responsabilité. Dans des arrêts plus anciens, le Tribunal fédéral a considéré que l'action en annulation était irrecevable si elle se fondait sur des faits pouvant faire l'objet d'une action en responsabilité contre les organes de la société. Des décisions récentes laissent ouverte la poursuite de cette jurisprudence. La théorie de la subsidiarité défendue par le Tribunal fédéral (du moins dans l'ancienne jurisprudence) ne devrait plus être maintenue. L'action en responsabilité se distingue fondamentalement de l'action en contestation. L'action en responsabilité est dirigée contre un membre fautif d'un organe et demande des dommages et intérêts. L'action en annulation est dirigée contre la société et demande l'annulation rétroactive d'une décision de l'assemblée des associés (voir ci-dessus n. 35 et n. 10 ainsi que n. 96). L'action en annulation et l'action en responsabilité devraient être possibles simultanément, si les conditions respectives sont remplies.

13 7 L'action en constatation d'un créancier ou d'une créancière en nullité d'une décision de l'assemblée des associés est disponible parallèlement à l'action en responsabilité et peut être exercée parallèlement à cette dernière. Si l'action en nullité ne vise qu'à simplifier une action en responsabilité ultérieure, il n'y a pas lieu d'entrer en matière, faute d'intérêt à la constatation (cf. ci-dessus n. 101 s.).

B. Action en restitution (art. 800 en relation avec l'art. 678 CO)

13 8 Si une prestation injustifiée repose sur une décision contestable de l'assemblée des associés, celle-ci doit d'abord être contestée dans un délai de deux mois (cf. art. 706a al. 1 CO ; n. 85 ss. ci-dessus). Ce n'est qu'après une contestation réussie que la restitution peut être exigée. Comme l'action en restitution se prescrit, le cas échéant, trois ans après que l'actionnaire ou la société en a eu connaissance (cf. art. 678a, al. 1, CO), elle doit déjà être engagée si la procédure de contestation s'éternise. Le cas échéant, cette procédure peut être suspendue (cf. art. 126, al. 1, CPC).

Si la décision correspondante de l'assemblée des associés est toutefois nulle, l'action en restitution peut être introduite directement. On est en présence d'une décision nulle, entre autres, lorsque des blocages de distribution obligatoires n'ont pas été respectés (cf. ci-dessus n. 128). Dans de tels cas, l'intérêt à la constatation devrait souvent faire défaut, car l'action en restitution peut être introduite en tant qu'action en exécution (cf. ci-dessus n. 101 s.). 139

C. Action en dissolution

Selon l'art. 821 al. 3 CO, tout associé peut demander au juge la dissolution de la société pour de justes motifs. Comme l'action en dissolution est subsidiaire à d'autres moyens de droit moins incisifs, l'action en annulation et l'action en nullité priment en principe. Pour cela, l'action en annulation ou en nullité doit toutefois pouvoir remédier durablement à l'irrégularité. 140

D. Contestation selon les art. 106 s. LFus

Le droit de la restructuration permet à la Sàrl de participer à des fusions, des scissions, des transformations et des transferts de patrimoine (cf. art. 2 let. c, art. 4 al. 1, art. 30, art. 54 al. 1 et art. 69 al. 1 LFus). En cas de violation des dispositions de la LFus, les associés (cf. art. 2 let. f LFus) des sujets participant à la fusion qui n'ont pas approuvé la décision peuvent contester celle-ci (art. 106 al. 1 LFus). La direction est habilitée à contester les décisions selon les art. 106 f. LFus n'a pas la légitimation active (art. 106 al. 1 LFus e contrario). La question de savoir si une contestation est possible en cas de transfert de patrimoine est controversée dans la doctrine. Selon la doctrine dominante, l'action révocatoire selon les art. 106 f. LFus prime sur l'action révocatoire ordinaire en tant que lex specialis. Ce que la LFus autorise ne peut pas être un motif d'annulation selon l'art. 808c en relation avec l'art. 706 CO. l'art. 706 CO. 141

Il convient de noter que le délai de deux mois de l'action révocatoire ordinaire court en général à partir de la prise de décision (art. 706a al. 1 CO ; pour plus de détails, n. 85 ss. ci-dessus), alors que l'action révocatoire selon les art. 106 f. LFus ne doit être soulevée que deux mois après la publication dans la FOSC (art. 106 al. 1 LFus). Si aucune publication dans la FOSC n'est nécessaire, le délai commence à courir au moment de la prise de décision (art. 106, al. 1, dernière phrase LFus). 142

VI. PROCÉDURE

A. Compétence

1. Compétence territoriale

14 3 Le tribunal du siège de la Sàrl est compétent aussi bien pour l'action en annulation que pour l'action en nullité (art. 10 al. 1 let. b CPC). Le siège de la Sàrl résulte des statuts et de l'inscription au registre du commerce (art. 776 ch. 1 CO et art. 73 al. 1 let. c ORC). Comme l'inscription du transfert de siège a un effet constitutif, c'est le siège inscrit au registre du commerce (au moment du dépôt de la requête ou de l'action) qui est déterminant.

14 4 Le for du siège n'est pas obligatoire. Une convention de for dans les statuts lie en premier lieu les membres fondateurs et la société. Les nouveaux associés sont liés par la convention de for statutaire par la signature des statuts ou par une déclaration d'adhésion reconnaissant expressément les statuts. L'art. 17 al. 2 CPC prévoit comme exigence de forme la forme écrite ou une autre forme permettant de prouver par un texte.

14 5 Un changement de siège de la société - pendant le délai de contestation en cours - peut constituer un abus de droit et ne déploierait donc aucun effet en ce qui concerne la contestation. Un transfert de siège après l'entrée en litispendance de l'action en annulation n'affecte pas la compétence territoriale (art. 64 al. 1 let. b CPC ; perpetuatio fori).

2. Compétence matérielle

14 6 En vertu de l'art. 6, al. 4, let. b, CPC, les cantons peuvent déclarer le tribunal de commerce compétent pour connaître des litiges relevant du droit des sociétés commerciales et des sociétés coopératives. Tous les cantons dotés d'un tribunal de commerce ont fait usage de cette possibilité. Dans les cantons d'Argovie et de Saint-Gall, les actions en contestation et en nullité d'une décision de l'assemblée des associés doivent être introduites auprès du tribunal de commerce, indépendamment de la valeur litigieuse (§ 12 al. 1 let. a EG ZPO AG et art. 11 al. 1 let. b EG ZPO SG). Dans les cantons de Berne et de Zurich, le tribunal de commerce est compétent si la valeur litigieuse déterminante dépasse CHF 30'000 (art. 7 al. 2 EG ZSJ BE et § 44 let. b GOG ZH ; concernant la valeur litigieuse, voir n. 174 ci-dessous).

Selon le Tribunal fédéral, une inscription des parties au registre du commerce n'est pas pertinente pour la compétence du tribunal de commerce selon l'art. 6, al. 4, let. b, CPC. La compétence matérielle fondée sur l'art. 6, al. 4, CPC est impérative et, par conséquent, une limitation cantonale du champ d'application conformément à l'art. 6, al. 2 et al. 3, CPC n'est pas autorisée. Par conséquent, le droit d'option du demandeur au sens de l'art. 6 al. 3 CPC, adapté à l'absence d'inscription du demandeur au registre du commerce, ne s'applique pas non plus. L'attribution de l'action en annulation au tribunal de commerce est donc impérative - hormis l'introduction admissible d'une limite de valeur litigieuse (supra n. 146). 147

Le tribunal de commerce est également compétent pour prendre des mesures provisoires avant et après la litispendance (cf. art. 6, al. 5, CPC). Concernant les mesures provisoires, cf : N. 179 ss. 148

Dans les autres cantons, ce sont d'abord les tribunaux de première instance qui traitent les actions en annulation et en nullité. Ensuite, il y a, le cas échéant, une procédure de recours cantonale (cf. ci-dessous n. 178). 149

B. Procédure de conciliation

Si le tribunal de commerce est compétent, la procédure de conciliation n'est pas nécessaire en vertu de l'art. 198, let. f, CPC (cf. ci-dessus n. 146 ss). En outre, une procédure de conciliation n'est pas nécessaire si un délai de prosequir a été fixé (cf. ci-dessous N. 180). Le délai de péremption de l'action révocatoire n'est pas un tel délai (cf. ci-dessus n. 85 ss). Dans les autres cas, une procédure de conciliation est en principe nécessaire (cf. art. 197 CPC). Une reconnaissance de la demande et une transaction ne sont toutefois admissibles que de manière limitée (cf. n. 170 ss infra). En revanche, la liquidation de la procédure de contestation par un retrait de la demande est admise. 150

Selon l'art. 199 al. 1 CPC, les parties peuvent renoncer conjointement à la procédure de conciliation si la valeur litigieuse est d'au moins 100 000 CHF. Si l'assemblée des associés n'est pas disposée à approuver une reconnaissance de la demande ou une transaction, il convient - afin d'éviter un temps mort inutile et de clarifier plus rapidement la validité définitive de la décision - de renoncer à la procédure de conciliation. En outre, il convient d'envisager la possibilité d'une action directe, avec l'accord du défendeur, devant le tribunal 151

supérieur du canton concerné, conformément à l'article 8 du CPC. Cela permet également de clarifier plus rapidement la validité définitive d'une décision de l'assemblée des associés (cf. ci-dessus n. 16).

15 2 Si aucun accord n'est trouvé, l'autorité de conciliation délivre au demandeur en nullité ou en annulation l'autorisation d'agir (art. 209 al. 1 let. b CPC). Par la suite, le demandeur ou la demanderesse dispose de trois mois pour déposer une plainte (art. 209 al. 3 CPC). Le délai de deux mois au sens de l'art. 706a al. 1 CO ne s'applique pas. Ce délai est suspendu pendant les vacances judiciaires (art. 145 al. 1 CPC).

C. Représentation de la Sàrl

1. Gestion de la société

15 3 En cas d'action en annulation et/ou en nullité, la société est représentée en tant que défenderesse par la gérance (cf. art. 706a al. 2 CO e contrario). Si seuls certains membres de la direction, en tant qu'associés, contestent la décision, la société est représentée par le reste de la direction. Les associés plaignants doivent se récuser.

15 4 Dans certains cas, la question s'est posée de savoir comment procéder lorsque l'objet de la procédure est la validité d'une résolution électorale. L'associé(e) demandeur(se) fait valoir que le membre de la direction qui représente la société dans la procédure civile n'a pas été valablement (ré)élu. La question est de savoir si le membre de la gérance de la SARL défenderesse, qui a été valablement (ré)élu, peut valablement représenter la société ou autoriser un avocat à le faire. Dans une telle situation, l'associé(e) demandeur(se) pourrait notamment objecter que la réponse à la demande et une éventuelle duplique de la société ne peuvent pas être prises en compte.

La capacité d'ester en justice est le corollaire, en droit de la procédure, de l'exercice des droits civils (art. 67, al. 1, CPC). Les personnes morales ont l'exercice des droits civils et donc la capacité d'ester en justice dès que les organes indispensables à cet effet selon la loi et les statuts ont été désignés (art. 54 CC). Dans le cas d'une action en contestation et/ou en nullité concernant la validité d'une ou de plusieurs décisions électorales, la question de la capacité d'ester en justice ne peut donc pas être résolue sans l'appréciation du droit matériel.

Le tribunal de commerce du canton de Berne a résolu une telle situation en recourant au concept des faits doublement pertinents. Les faits doublement pertinents sont ceux qui sont pertinents à la fois pour la recevabilité et pour le bien-fondé matériel d'une action. Si de tels faits sont contestés, ils doivent être considérés comme vrais pour l'évaluation de la recevabilité de la demande. Ils ne sont examinés qu'au moment de l'examen au fond de la plainte et les objections de la partie adverse à cet égard ne sont pas prises en compte dans le cadre de l'examen de la recevabilité. S'il existe des faits doublement pertinents en rapport avec la capacité d'ester en justice, la capacité d'ester en justice doit être présumée dans la procédure. Pour cette raison, le tribunal peut, lors de l'examen de la recevabilité, renoncer à examiner la validité de la décision d'élection de la société défenderesse. Il n'est donc pas non plus nécessaire de désigner un représentant pour la société en application analogique de l'art. 706a al. 2 CO. Dans le cadre d'une procédure pour défaut d'organisation, la Cour suprême du canton de Zoug a soutenu le raisonnement de l'instance précédente selon lequel, jusqu'à l'examen matériel du défaut d'organisation de l'absence d'un organe prescrit (conseil d'administration) au sens de l'art. 731b al. 1 ch. 1 CO, il fallait partir du principe que la personne morale défenderesse avait la capacité d'ester en justice, au sens d'un fait doublement pertinent.

2. Représentation au sens de l'art. 706a al. 2 CO

Si la direction agit en justice en tant qu'organe exécutif (ci-dessus n. 28 ss. et n. 101), le tribunal doit désigner un représentant de la société défenderesse conformément à l'art. 706a al. 2 CO. Si tous les membres de la direction agissent en justice en leur qualité d'associés, une représentation doit également être désignée (sur la récusation des associés plaignants, voir ci-dessus n. 153). 15 5

Conformément à l'art. 250 let. c ch. 10 CPC, la représentation est désignée en procédure sommaire. Il s'agit à mon avis d'une décision incidente qui a une influence sur la procédure. Selon une autre opinion, il s'agit d'une affaire de la juridiction gracieuse. Selon cette approche, le tribunal du siège de la société est obligatoirement compétent en vertu de l'art. 19 CPC. Etant donné que le for de l'action en annulation et en nullité n'est pas obligatoire (supra n. 144) et que la compétence pour la désignation du représentant doit se situer au lieu 15 6

de la cause principale, une qualification en tant qu'affaire de juridiction gracieuse est impraticable.

157 Selon Schenker, la représentation est désignée par le tribunal de première instance après réception de la demande. Selon Hüsser, la direction de la société concernée doit déposer une requête. Si un tribunal de commerce est compétent, cette décision relève de sa compétence.

Comme une représentation peut, dans certaines circonstances, montrer que l'action serait vouée à l'échec, il est souhaitable que la société soit représentée dès la procédure de conciliation au sens de l'art. 706a al. 2 CO. Dans ces cas, la direction doit s'adresser au tribunal, car la procédure de conciliation n'est pas nécessaire dans la procédure sommaire (cf. art. 198 let. a CPC). L'autorité de conciliation n'est à mon avis pas légitimée à désigner un représentant selon l'art. 706a al. 2 CO. La pratique judiciaire a transmis les demandes de conciliation de l'organe exécutif concernant des actions en contestation au tribunal de première instance pour des raisons de compétence.

158 La tâche de la représentation est de défendre les intérêts de la société. La représentation doit être indépendante des organes de la société. La direction n'a pas le droit de donner des instructions à la représentation. A mon avis, le représentant entretient une relation sui generis avec la société en tant qu'organe et répond donc, le cas échéant, des dommages causés à la société.

159 Selon la doctrine, la direction de la société doit fournir au représentant les documents et informations souhaités. Cette obligation de remise trouve ses racines dans le droit matériel. Pour cette raison, il suffit que la représentation rende vraisemblable qu'elle a besoin des informations et des documents pour défendre correctement la société en tant que défenderesse. L'obligation de remise peut être imposée par voie judiciaire. Le tribunal peut également obliger la société à verser une avance raisonnable à la représentation. A mon avis, la procédure sommaire devrait s'appliquer dans les deux cas (art. 250, let. c, ch. 10 CPC par analogie).

D. Maximes de procédure

1. Maxime des débats ou maxime inquisitoire ?

160 Dans un arrêt plus ancien, le Tribunal fédéral s'est penché sur la question de savoir si, dans la procédure de contestation, les faits devaient être établis

d'office. Le Tribunal fédéral a considéré que les faits ne devaient pas être établis d'office afin que la direction ne se comporte pas en faveur de l'associé ou de l'actionnaire contestant. Certes, le Tribunal fédéral considère que la maxime inquisitoire est en fait justifiée en raison des intérêts des personnes concernées qui ne sont pas parties au procès. Mais la loi ne prévoit pas une telle obligation (cf. aussi art. 55 al. 2 CPC). Les autres associés doivent, le cas échéant, se défendre au moyen d'une intervention accessoire (voir ci-dessous n. 171 ss). La maxime des débats s'applique donc. En conséquence de la maxime des négociations, il est concevable que la direction, en tant que représentante de la société, ne conteste pas les affirmations du demandeur ou de la demanderesse en annulation et les reconnaisse ainsi implicitement. Le tribunal peut alors être amené à considérer que la décision de l'assemblée des associés est entachée d'un vice, bien qu'elle soit en réalité exempte de tout vice (cf. art. 222, al. 2, CPC). Selon l'avis antérieur de Böckli, le tribunal a la possibilité et le devoir de s'écarter de la maxime des débats dans des cas particuliers, lorsqu'il s'agit manifestement de faire échouer un jugement matériellement approprié. Selon moi, une telle dérogation n'est possible que dans le cadre de l'administration d'office des preuves au sens de l'art. 153 al. 2 CPC. Dernièrement, Böckli rejette ce point de vue, car le CPC ne prévoit aucune disposition légale selon laquelle la maxime inquisitoire devrait s'appliquer (cf. également art. 55 al. 2 CPC). Von der Crone souligne à cet égard le risque de responsabilité si des membres du conseil d'administration interviennent de manière abusive dans le procès.

La maxime des débats s'applique également à l'action en nullité. Les circonstances qui fondent la nullité doivent être alléguées par le demandeur ou la demanderesse et, si elles sont contestées, prouvées (cf. art. 150, al. 1, et art. 221, al. 1, let. d, CPC ; sur la charge de la preuve, voir n. 167 ci-dessous). 161

2. Maxime de disposition ou maxime d'office ?

Comme il n'existe aucune disposition légale selon laquelle le tribunal n'est pas lié par les conclusions des parties, c'est la maxime de disposition qui s'applique dans les procédures d'annulation et de nullité (cf. art. 58, al. 2, CPC). 162

Le demandeur ou la demanderesse doit donc désigner dans ses conclusions les décisions qu'il/elle conteste (cf. art. 58, al. 1, CPC). Comme il est difficile de faire la distinction avec la nullité, il est recommandé de combiner la demande 163

principale et la demande éventuelle. La nullité d'une décision peut toutefois aussi être constatée d'office si la décision correspondante de l'assemblée des associés fait l'objet de la procédure et si les faits correspondants ont été introduits dans la procédure. Cela est important, par exemple, si le délai de contestation n'a pas été respecté.

16 4 Concernant la reconnaissance de l'action et la transaction : voir ci-dessous n. 170.

E. Droit à la preuve

16 5 En l'absence d'une autre réglementation, l'art. 8 CC s'applique en ce qui concerne le fardeau de la preuve. Le demandeur ou la demanderesse en annulation supporte le fardeau de la preuve de la légitimation active (ci-dessus n. 19 ss.), de la violation de la loi et/ou des statuts (ci-dessus n. 41 ss.) ainsi que du respect du délai de péremption (ci-dessus n. 85 ss.). Le demandeur supporte également la charge de la preuve d'un éventuel vice de consentement (cf. n. 20 et n. 89 ci-dessus). Le consentement du demandeur ou de la demanderesse en annulation, qui exclut une éventuelle légitimation active, doit être prouvé par la société défenderesse en tant que fait empêchant l'exercice du droit (cf. ci-dessus n. 20).

Si le demandeur ou la demanderesse en annulation prouve une inégalité de traitement, c'est à la société qu'il incombe de prouver le motif justificatif. La direction doit donc prouver que l'inégalité de traitement est dans l'intérêt de la société. La décision peut également être contestée si le demandeur ou la demanderesse parvient à prouver que les intérêts de la société auraient pu être atteints par une décision respectant l'égalité de traitement.

16 6 L'absence de causalité effective du résultat (ci-dessus n. 49 et n. 51). doit être prouvée par la société défenderesse (art. 691 al. 3 CO). En revanche, la causalité normative (supra n. 49 et n. 51) doit être prouvée par le demandeur ou la demanderesse.

16 7 Le demandeur d'une action en nullité supporte en principe le fardeau de la preuve des faits conduisant à la nullité. En principe, il existe une présomption selon laquelle les décisions défectueuses de l'assemblée des associés ne peuvent être que contestées. Il incombe également au demandeur ou à la demanderesse de prouver son intérêt à obtenir une décision.

En ce qui concerne le fardeau de la preuve, le procès-verbal de l'assemblée des associés peut être d'une grande importance (art. 805 al. 5 ch. 7 en relation avec l'art. 702 CO). Si le procès-verbal est correctement rédigé, il mentionne entre autres les problèmes techniques pertinents (cf. art. 702 al. 2 ch. 6 CO). En cas de procès-verbal non établi correctement, le Tribunal fédéral rejette l'hypothèse d'un manque de preuves et la réduction du degré de preuve qui en découle. 16 8

Les associés peuvent exiger que le procès-verbal leur soit communiqué dans les trente jours suivant l'assemblée des associés (art. 805 al. 5 ch. 7 en relation avec l'art. 702 al. 4 CO). Il n'existe toutefois pas de droit à une copie du procès-verbal. Un associé peut prendre connaissance du contenu du procès-verbal soit dans le cadre de la procédure probatoire relative à l'action en annulation au moyen d'une édition de documents, soit en tant que requête subsidiaire dans le cadre d'une action échelonnée.

Dans la procédure probatoire relative à l'action en annulation, le procès-verbal doit être remis par la société défenderesse et pas seulement rendu accessible au sens de l'art. 702 al. 4 CO (cf. art. 160 al. 1 let. b CPC), si des demandes de preuve correspondantes sont faites et acceptées par le tribunal. Une telle demande de preuve en matière de procédure civile pour l'édition du procès-verbal présuppose toutefois en principe des allégations sur les faits que le procès-verbal en question doit prouver (cf. art. 221 al. 1 let. d et let. e CPC). Si le défendeur refuse l'édition, il en sera tenu compte dans le cadre de l'appréciation des preuves (cf. art. 164 CPC). Si le demandeur ou la demanderesse n'a pas participé à l'assemblée des associés ou n'a pas pu y participer, par exemple parce qu'il a refusé d'y assister, il ne lui est pas possible d'indiquer précisément ses conclusions. Dans cette constellation, il est justifié d'admettre initialement une action formatrice indéterminée. Ce n'est qu'après avoir pris connaissance du procès-verbal que le demandeur ou la demanderesse doit indiquer les décisions qui font l'objet de l'action en contestation.

L'action progressive est un cumul objectif d'actions au sens de l'article 90 du Code de procédure civile. Il faut entre autres que le type de procédure soit le même (cf. art. 90, let. b, CPC). Les actions en annulation et en nullité ont lieu soit en procédure ordinaire, soit en procédure simplifiée (cf. art. 219 et art. 243 al. 1 CPC). On peut se demander si le droit de regard est invoqué en procédure sommaire. Dans le canton de Zurich, une procédure sommaire a

été menée dans un tel cas. D'une part, l'énumération non exhaustive de l'art. 250 CPC ("en particulier") parle en faveur de ce type de procédure et, d'autre part, même les droits à l'information plus étendus comme l'art. 802 CO sont attribués à la procédure sommaire selon l'art. 250 al. c chiffre 7 CPC (argumentum a maiore ad minus). En raison de la liste étendue et non exhaustive et des nombreux cas de figure imaginables, l'absence de l'art. 702 al. 4 CO dans l'énumération de l'art. 250 CPC ne permet pas de conclure à un silence qualifié du législateur. Pour cette raison, il est recommandé de faire valoir le droit de regard dans le cadre de la procédure probatoire, comme expliqué dans le paragraphe précédent, à titre de sécurité. Sinon, il faudrait engager une procédure sommaire parallèle, en tenant compte du délai de péremption de deux mois en ce qui concerne l'action en contestation (art. 706a al. 1 CO ; n. 85 ss. ci-dessus).

Il convient également de noter que, selon le Tribunal fédéral, les motifs de contestation doivent également être présentés dans le délai de péremption de deux mois (n. 85 ci-dessus). Si ces motifs ne peuvent être indiqués qu'avec le procès-verbal de l'assemblée des associés, il convient d'accorder une exception à cette jurisprudence, selon laquelle l'introduction de l'action en annulation est suffisante dans un premier temps.

16 9 Si l'assemblée des associés a fait l'objet d'un acte authentique, celui-ci apporte la preuve complète des faits qu'il atteste tant que l'inexactitude de son contenu n'est pas prouvée (art. 9, al. 1, CC et art. 179 CPC). Par ailleurs, le notaire est un témoin impartial des faits authentifiés. Les parties au procès peuvent faire interroger le notaire en tant que témoin. Les parties peuvent délier l'officier public de son obligation de garder le secret ou l'autorité de surveillance peut lever cette obligation. Dans ce cas, le notaire est en principe tenu de témoigner. L'officier public ne peut pas se prévaloir d'un droit de refus de témoigner étendu en vertu du droit professionnel, comme c'est le cas pour les avocat(e)s (art. 166 al. 1 let. b CPC et art. 13 al. 1 LLCA).

F. Reconnaissance de la demande et transaction

17 0 Selon l'art. 241, al. 2, CPC, une reconnaissance de la demande ou une transaction a le même effet qu'une décision entrée en force. Pour la société, une telle procédure peut être utile, par exemple dans des situations sans issue, afin d'éviter des frais supplémentaires. La question est de savoir dans quelle mesure une action en annulation peut être reconnue par la société en tant que

partie défenderesse. Il est clair que la société, représentée par la direction (art. 706a al. 2 CO), n'est pas habilitée à reconnaître l'action en annulation sans autre forme de procès. La direction n'a pas le droit de disposer de l'objet du litige. Toutefois, une reconnaissance de l'action ou une transaction approuvée par l'assemblée des associés serait possible selon l'opinion défendue ici. Cette approbation permet de résoudre le problème de compétence selon lequel la direction n'est pas compétente dans les affaires relevant de l'assemblée des associés (cf. art. 804 al. 2 CO). Pour obtenir l'approbation de l'assemblée des associés, la procédure peut être suspendue (cf. art. 126, al. 1, CPC).

G. Intervention accessoire

Quiconque rend vraisemblable un intérêt juridique à ce qu'une procédure en cours soit tranchée en faveur d'une partie peut intervenir en tout temps en tant que partie accessoire (art. 74 CPC). Un associé a un tel intérêt juridique, car il serait également concerné par le jugement d'admission (n. 97 et n. 134 ci-dessus). 17 1

Les actes de procédure de l'intervenant qui sont en contradiction avec ceux de la partie principale ne sont en principe pas pris en compte dans le procès (art. 76 al. 2 CPC). Selon le Tribunal fédéral, cela ne vaut pas dans le cas d'une intervention subsidiaire litigieuse. On est en présence d'une telle intervention lorsque le droit matériel déploie des effets directs non seulement entre les parties principales, mais aussi à l'égard des intervenant-e-s secondaires. Le cas jugé par le Tribunal fédéral concernait une procédure pour défaut d'organisation au sens de l'art. 731b CO. Cette norme est également applicable à la Sàrl en vertu de l'art. 819 CO. Comme le Tribunal fédéral mentionne également l'action en annulation, on peut partir du principe que les associés ne sont pas non plus limités par l'art. 76 al. 2 CPC dans de telles procédures en tant qu'intervenants. Si, par exemple, la direction ne conteste pas ou de manière insuffisante l'exposé des faits du demandeur ou de la demanderesse en annulation, d'autres associés peuvent présenter des allégations de fait à sa place dans le procès et contester les allégations de fait du demandeur ou de la demanderesse en annulation (voir également n. 160 s. ci-dessus). 17 2

On peut se demander si les autres associés doivent être informés du procès par le tribunal ou par la société. Une base légale explicite fait défaut. Une partie de la doctrine déduit du droit d'être entendu (cf. art. 29, al. 2, Cst. et art. 6, ch. 1, CEDH) un devoir d'information du tribunal. Pour une autre partie de 17 3

la doctrine, un tel droit à l'information n'existe pas. En droit allemand et autrichien, le conseil d'administration de la société défenderesse a l'obligation d'informer, le tribunal devant également veiller au respect du droit d'être entendu, selon la Cour fédérale de justice allemande.

Dans la procédure pour vice d'organisation - dont la décision déploie également des effets pour les autres associés - le Tribunal fédéral estime qu'il n'est pas nécessaire d'accorder d'office aux autres associés la qualité de partie ou le droit d'être entendu. On peut en déduire que le Tribunal fédéral n'accorderait pas non plus un tel droit à l'information dans le cadre d'une action en annulation ou en nullité.

Le nouveau droit de la société anonyme exige d'une société, si un tribunal arbitral est prévu pour les litiges relevant du droit des sociétés, que les statuts garantissent que les personnes directement concernées par les effets juridiques de la sentence arbitrale soient informées de l'introduction et de la fin de la procédure et qu'elles puissent participer à la procédure en tant qu'intervenant(e)s lors de la constitution du tribunal arbitral (art. 797a en relation avec l'art. 697n al. 3 CO). Les garanties de procédure de l'Etat de droit doivent ainsi être assurées. Comme ces garanties s'appliquent également à la juridiction étatique, le nouveau droit de la société anonyme plaide à mon avis d'autant plus en faveur d'une communication aux autres associés. Une base légale n'a toutefois pas été introduite.

H. Frais de justice

17 4 La valeur litigieuse revêt une grande importance pour la détermination des frais de justice et du type de procédure. La valeur litigieuse d'une action en annulation est déterminée par l'intérêt global de la société. Dans le cas d'une augmentation de capital, il s'agit du montant de l'augmentation de capital. Pour de nombreux associés minoritaires, la valeur litigieuse dépasse donc l'importance de leur participation, ce qui fait qu'il est souvent trop risqué pour eux de recourir à la voie judiciaire.

17 5 Sur la base de l'art. 107 al. 1 let. f CPC, le tribunal peut mettre une partie des frais à la charge de la société si celle-ci obtient gain de cause et s'il existe des circonstances particulières qui font apparaître une répartition inéquitable au vu de l'issue de la procédure. Les tribunaux n'utilisent toutefois guère cette

possibilité. Une dérogation est également possible si un associé a été incité de bonne foi à mener le procès (art. 107 al. 1 let. b CPC).

Une action en annulation peut également être soulevée si un associé a succombé à un vice de la volonté (cf. n. 20, n. 89 et n. 165 ci-dessus). En droit des contrats, l'art. 26 al. 1 CO prévoit que la personne qui a commis une erreur, qui n'accepte pas que le contrat lui soit opposable et qui doit attribuer l'erreur à sa propre négligence, est tenue de réparer le dommage résultant de la non-exécution du contrat. A mon avis, cette idée doit être appliquée par analogie à l'action en annulation dans la mesure où l'associé qui a commis une erreur par négligence doit également supporter les frais qui en découlent (cf. art. 107, al. 1, let. f, CPC). 176

Selon l'art. 108 CPC, les frais inutiles doivent être payés par celui qui les a occasionnés. Sur la base de cette disposition, des frais peuvent également être mis à la charge de tiers qui ne sont pas parties à la procédure. Une personne extérieure à la société qui convoque une assemblée des associés peut être condamnée aux frais de la procédure qui s'ensuit. Le tribunal de commerce du canton de Zurich a mis les frais à la charge de deux membres du conseil d'administration qui, en violation de l'art. 695 CO, ne se sont pas abstenus lors du vote sur la décharge, bien que la partie plaignante l'ait signalé. 177

I. Recours

Les décisions du tribunal de commerce peuvent faire l'objet d'un recours en matière civile devant le Tribunal fédéral. Dans les autres cas, il est possible de faire appel de la décision de première instance à partir d'une valeur litigieuse de 10 000 CHF (cf. art. 308, al. 2, CPC). Dans les rares cas où la valeur litigieuse est inférieure à CHF 10'000, seul un recours auprès du tribunal cantonal supérieur est possible (cf. art. 319 let. a CPC). La décision de la deuxième instance peut ensuite être contestée dans les conditions des art. 72 ss. LTF, un recours en matière civile est possible auprès du Tribunal fédéral. 178

J. Mesures provisoires

Les décisions de l'assemblée des associés peuvent déjà déployer des effets avant d'être contestées. Au moyen de mesures provisionnelles, le demandeur peut empêcher l'exécution d'une décision de l'assemblée des associés par la direction (cf. art. 810 al. 2 ch. 6 CO ; cf. n. 12 ci-dessus et n. 203 ci-dessous). 179

Afin qu'un demandeur ou une demanderesse en annulation ne soit pas mis devant le fait accompli, il devrait, dans la plupart des cas, essayer d'obtenir des mesures provisionnelles (concernant l'annulation des décisions, voir N. 200 ss. ci-après).

1810 En règle générale, une demande de mesures n'a pas d'effet sur l'expiration du délai de péremption de deux mois au sens de l'art. 706a al. 1 CO (cf. ci-dessus n. 85 ss). Si l'action au fond n'est pas encore pendante, le tribunal devrait tenir compte du délai de péremption selon l'art. 706a al. 1 CO lorsqu'il fixe le délai de mise en état selon l'art. 263 CPC, car sinon l'action n'a de toute façon aucune chance d'aboutir. L'action en contestation doit en tout cas être abandonnée avant l'expiration du délai de péremption. Si les conclusions de la procédure de contestation ainsi que les motifs de contestation sont déjà contenus dans la demande de mesures, il serait envisageable de respecter le délai de péremption. Cela impliquerait une invalidation provisoire de la décision.

En revanche, il n'existe en principe pas de délai pour l'action en nullité (supra n. 132 s.). Afin d'obtenir rapidement des éclaircissements sur la validité de la décision, le tribunal doit toutefois fixer un délai de validation pas trop long, même dans le cas de l'action en nullité.

La fixation d'un tel délai de séquestration entraîne en outre la suppression de la procédure de conciliation (art. 198, let. h, CPC ; sur la procédure de conciliation, voir N. 150 ss. ci-dessus).

1811 Selon l'art. 264, al. 2, CPC, le demandeur répond du dommage résultant d'une mesure provisionnelle injustifiée. Si le demandeur prouve que la demande a été déposée de bonne foi, le tribunal peut réduire l'obligation de réparation ou l'exonérer totalement (art. 264, al. 2, CPC). Le requérant ou la requérante est donc exposé(e) à un risque important en matière de frais. Si, par exemple, la réalisation d'une augmentation du capital social est empêchée, le demandeur est redevable de dommages-intérêts pour le préjudice qui peut résulter, par exemple, de l'obtention de capitaux étrangers.

1. Conditions générales de l'ordonnance

1812 Selon l'art. 261 al. 1 CPC, il faut, d'une part, que l'action en annulation soit susceptible d'aboutir (let. a ; droit à l'injonction ; n. 183) et, d'autre part, que la mise en œuvre de la décision attaquée ne puisse pas être annulée sans autre

(let. b ; motif de l'injonction ; n. 184). En outre, l'ordonnance suppose que l'urgence (n. 185 s.) ainsi que la proportionnalité (n. 187) soient remplies. Le requérant ou la requérante doit rendre ces conditions vraisemblables (cf. art. 261 al. 1 CPC).

a. Droit à une décision (prévision de l'affaire principale)

Le requérant ou la requérante doit pouvoir rendre vraisemblable que la décision est entachée d'un vice qui entraîne son annulation par le biais d'une action en annulation ou que la décision est même nulle. Il convient de noter que les termes "non objectif" et "non justifié" de l'art. 706, al. 2, ch. 2 et ch. 3, doivent être interprétés par le tribunal dans la procédure principale et qu'il existe une certaine marge d'appréciation (judiciaire). Il suffit donc qu'un motif de contestation paraisse plausible. 183

b. Motif de la décision (prévision du préjudice)

Pour que le tribunal accepte la demande de mesure, le requérant doit être menacé d'un préjudice difficilement réparable si la mesure provisionnelle n'est pas ordonnée. C'est toujours le cas lorsqu'une décision ayant un effet constitutif doit être inscrite au registre du commerce. Une inscription déclaratoire au registre du commerce entraîne les effets prévus à l'art. 936b CO et peut donc également être importante. 184

c. Urgence

En outre, l'ordonnance d'une mesure provisionnelle suppose qu'il y ait urgence. Il y a urgence, par exemple, lorsqu'une décision ayant un effet constitutif doit être inscrite au registre du commerce. L'urgence fait défaut si le même objectif peut être atteint par la décision dans le procès principal. 185

En cas d'urgence particulière, notamment en cas de risque d'échec, le tribunal peut ordonner la mesure immédiatement et sans entendre la partie adverse (art. 265, al. 1, CPC). Le requérant ou la requérante doit demander explicitement une mesure superprovisoire. Si l'on attend plusieurs jours, l'urgence particulière peut généralement être niée. 186

d. Proportionnalité

18 7 La proportionnalité est une autre condition qui découle implicitement de l'art. 262 CPC ("approprié"). Une mesure est proportionnée si elle est appropriée et nécessaire et si une pesée des intérêts en jeu plaide en faveur de son adoption.

2. Blocage judiciaire du registre du commerce

18 8 Le blocage judiciaire du registre du commerce (art. 262, let. c, CPC) est une mesure préventive d'une importance capitale. Le blocage du registre du commerce, qui pouvait être obtenu directement par opposition écrite auprès de l'office du registre du commerce, n'existe plus depuis le 1er janvier 2021 (cf. art. 162 s. aRéglementation du commerce). Il s'agit d'une mesure provisionnelle (superprovisoire) pour l'instruction d'une autorité de registre au sens de l'art. 262 let. c CPC. Etant donné que l'OFRC (sur la base de l'approbation des réquisitions inscrites au registre journalier cantonal) et le SECO (sur la base de la publication dans la FOSC) sont également impliqués dans le processus d'inscription au registre du commerce, il est recommandé de requérir une instruction correspondante à ces autorités. Un blocage judiciaire du registre du commerce a pour but que la décision contestée de l'assemblée des associés ne soit pas inscrite au registre du commerce à titre préventif et qu'elle ne soit donc pas publiée dans la FOSC. Le blocage du registre du commerce garantit le statu quo. Un blocage judiciaire du registre du commerce est possible aussi bien pour les inscriptions ayant un effet constitutif que pour les inscriptions ayant un effet déclaratif.

18 9 Comme la réquisition et l'inscription d'une décision de l'assemblée des associés peuvent être rapides si elles sont préparées en amont, il est recommandé de requérir le blocage du registre du commerce à titre superprovisoire (cf. art. 265, al. 1, CPC ; également N. 186 ci-dessus). Dans le cas d'une inscription ayant un effet constitutif, cette urgence est donnée en soi. Pour les inscriptions à caractère déclaratif, il convient en outre de justifier l'urgence particulière. Lors de l'inscription d'un nouveau membre de la direction, il n'y a par exemple pas d'inconvénient à ce qu'un autre membre de la direction disposant de la signature individuelle puisse de toute façon donner en tout temps une procuration spéciale au nouveau membre de la direction.

Afin qu'une réquisition ne soit pas inscrite par l'office du registre du commerce, il est recommandé que le requérant et/ou le tribunal informe l'office du registre du commerce de la demande de mesures superprovisionnelles par téléphone ou par e-mail dès réception de la demande. Outre la requête (déposée par voie électronique), le requérant devrait également informer le tribunal, par e-mail ou par téléphone, du blocage judiciaire du registre du commerce demandé à titre superprovisoire, afin que celui-ci engage la procédure avec l'urgence qui s'impose. Le tribunal devrait préalablement communiquer sa décision de mesure à l'office cantonal du registre du commerce, à l'OFRC et, le cas échéant, au SECO par téléphone ou par e-mail. 190

Un blocage du registre du commerce peut être ennuyeux pour la société. Une société peut se défendre préventivement contre un blocage du registre du commerce si elle dépose un mémoire de protection auprès du tribunal (cf. art. 270 CPC). 191

En ce qui concerne l'inscription au registre du commerce, Müller propose le "Schutzschrift" dans la procédure devant l'office du registre du commerce. Cet auteur explique qu'il est possible de déposer un mémoire de protection ou une prise de position préventive auprès de l'office cantonal du registre du commerce afin d'influencer la procédure unipartite d'inscription au registre du commerce. Ce mémoire doit exposer les faits ou le point de vue d'un associé afin d'empêcher l'inscription potentielle au registre du commerce. Il s'agit ainsi d'éviter qu'une inscription soit effectuée sur la base d'un état de fait matériellement inexact (cf. art. 929, al. 1, CO). Comme les personnes qui déposent un mémoire préventif auprès de l'office du registre du commerce ne peuvent pas compter sur le fait que le mémoire préventif ou une prise de position préventive empêchera une inscription au registre du commerce, il est recommandé d'engager également en parallèle une procédure pour obtenir l'interdiction judiciaire de registre du commerce qui vient d'être exposée. 192

3. Interdiction

Une autre mesure préventive envisageable est l'interdiction (art. 262, let. a, CPC). On pourrait par exemple imaginer une interdiction selon laquelle une décision contestée ne peut pas être exécutée par la société. Une interdiction peut être liée à la menace d'une peine selon l'art. 292 CP. Comme la société en tant que personne morale n'est pas concernée par l'art. 292 CP, 193

l'interdiction doit être dirigée contre les organes. Pour qu'une peine puisse être prononcée en cas de violation de l'interdiction, les personnes concernées doivent être informées de l'interdiction.

4. Recours contre les décisions relatives aux mesures

19 4 Les décisions de première instance relatives aux mesures provisoires peuvent faire l'objet d'un appel si la valeur litigieuse dépasse 10 000 CHF (art. 308, al. 1, let. b, et al. 2, CPC). Dans le cas contraire, un recours est possible. Dans les deux cas, le délai de recours est de dix jours (art. 314 al. 1 et art. 321 al. 2 CPC). Un recours n'a pas d'effet suspensif tant que l'instance de recours ne l'accorde pas (art. 315 al. 4 let. b et al. 5 et art. 325 CPC).

19 5 Le recours en matière civile au Tribunal fédéral contre les décisions relatives aux mesures provisionnelles d'un tribunal de commerce ou les décisions sur recours du tribunal cantonal supérieur n'est recevable que si la décision peut entraîner un préjudice difficilement réparable au sens de l'art. 93 al. 1 let. a LTF. Ce préjudice doit être exposé dans l'acte de recours. Seule la violation des droits constitutionnels peut être invoquée dans le recours (art. 98 LTF).

K. Arbitrage

19 6 Depuis l'entrée en vigueur de la révision du droit de la société anonyme le 1er janvier 2023, l'art. 797a CO renvoie à l'art. 697n CO en ce qui concerne les clauses d'arbitrage statutaires. Selon cette disposition, un tribunal arbitral ayant son siège en Suisse peut être prévu par les statuts pour les actions en nullité et en annulation (art. 697n al. 1 CO). L'introduction d'une clause d'arbitrage statutaire est soumise à un quorum de décision qualifié (art. 808b al. 1 ch. 10bis CO). L'art. 697n al. 2 CO renvoie aux art. 353 ss. CPC et l'applicabilité des art. 176 ss. LDIP sont exclues.

19 7 Le tribunal arbitral saisi de l'action révocatoire peut également désigner la représentation en justice au sens de l'art. 706a al. 2 CO (cf. ci-dessus n. 155 ss). Lors de la formulation de la clause arbitrale dans les statuts, il est recommandé d'inclure explicitement les questions de juridiction gracieuse, comme par exemple la désignation d'un représentant en justice.

19 8 Le tribunal arbitral est également habilité à prendre des mesures provisoires (art. 374 al. 1 CPC), sous réserve d'un accord différent des parties. Bien que l'art. 374 CPC ne le mentionne pas explicitement, un tribunal arbitral peut

également prendre des mesures superprovisionnelles. A mon avis, le blocage judiciaire du registre du commerce peut également être ordonné par le tribunal arbitral, si le temps le permet (p. ex. par un emergency arbitrator). Si une personne concernée ne se soumet pas volontairement à une mesure ordonnée par le tribunal arbitral, le tribunal étatique doit prendre les mesures nécessaires à la demande du tribunal arbitral ou d'une partie (art. 374, al. 2, CPC).

Selon l'art. 697n al. 3 CO, les statuts doivent garantir que les personnes qui peuvent être concernées par les effets juridiques de la sentence arbitrale (cf. art. 706 al. 5 CO ; voir ci-dessus N. 97 s. et N. 134 ainsi que sur l'intervention accessoire ci-dessus N. 171 ss) soient informées de l'introduction et de la fin de la procédure et puissent participer à la procédure lors de la constitution du tribunal arbitral et en tant qu'intervenants. 1999

VII. ANNULATION DES CONCLUSIONS

Le traitement des résolutions dont la base juridique n'a jamais existé (en cas de nullité d'une décision de l'assemblée des associés ; n. 11 et n. 134 ci-dessus) ou dont la base juridique a disparu ultérieurement ex tunc (en cas de contestation réussie d'une décision de l'assemblée des associés ; n. 10 et n. 96 ci-dessus) est discutable. Une telle situation peut par exemple se produire si de nouvelles parts sociales ont été souscrites sur la base d'une décision d'augmentation de capital nulle ou annulable et qu'une inscription correspondante a été effectuée au registre du commerce. Cette problématique peut également se poser en cas de décisions de nomination de membres de la direction nulles ou contestables. Afin de ne pas dépasser le cadre de ce commentaire, ce paragraphe ne présente que quelques points de repère sur cette thématique. 2000

En cas de succès de la contestation, un jugement formateur est rendu, qui annule rétroactivement la décision de l'assemblée des associés, ce qui rend cette décision nulle ex tunc (n. 10 et n. 96 ci-dessus). En cas d'admission d'une action en nullité, le tribunal déclare la décision nulle ex tunc dans le jugement déclaratoire (ci-dessus n. 11 et n. 134). Tant les jugements formateurs que les jugements déclaratoires ne sont pas accessibles à l'exécution. Après le jugement, il peut toutefois être nécessaire de procéder à des actes consécutifs qui n'ont pas de caractère exécutoire. L'annulation des différentes décisions en fait partie (cf. ci-dessus n. 17 s.). La décision elle-même n'a pas besoin 2001

d'être annulée. Si le demandeur ou la demanderesse parvient, par des mesures préventives, à empêcher la survenance de certaines conséquences de la décision, l'annulation peut être évitée.

20 2 Une distinction peut être faite entre la résolution au sens strict et la résolution au sens large. L'annulation au sens strict a pour effet de rétablir la situation qui aurait prévalu si la décision de l'assemblée des associés n'avait jamais été prise. Dans la plupart des situations, il existe cependant une barrière qui empêche une annulation au sens strict. Le jugement formateur d'une action en annulation acceptée et le jugement déclaratoire d'une action en nullité acceptée ont également des effets à l'égard des associés qui ne participent pas à la procédure ainsi que des tiers (n. 97 s. et n. 134 ss. ci-dessus). Leur confiance dans la validité de la décision de l'assemblée des associés est souvent protégée par l'ordre juridique (p. ex. effet curatif de l'inscription au registre du commerce [art. 779 al. 2 CO par analogie] et foi publique du registre du commerce [art. 936b al. 3 CO]). De telles barrières empêchent qu'une annulation au sens strict soit possible. Dans ces cas, seule une annulation au sens large peut avoir lieu. Dans ce cas, les décisions sont simplement annulées avec effet ex nunc. Ce type d'annulation s'effectue au moyen de mesures symétriques (contrarius actus). Une augmentation de capital devrait donc être annulée au moyen d'une réduction de capital. Si la société n'est pas disposée à procéder à l'annulation, les associés devraient avoir la possibilité d'intenter une action en annulation (dite action en annulation). Le jugement d'une action en révocation devrait également pouvoir contenir certaines instructions à l'intention de l'office du registre du commerce (cf. également n. 204 ci-dessous).

20 3 Selon l'art. 810 al. 2 ch. 6 CO, la direction doit exécuter les décisions de l'assemblée des associés. La doctrine déduit de cette compétence que la direction est également compétente pour rétablir la situation qui aurait existé si la nullité de la décision avait été respectée dès le début. Pour ce faire, la direction est liée par les motifs juridiques du jugement. La direction doit donc également déterminer si une annulation au sens strict est possible. Si une annulation au sens strict n'est pas possible, la direction doit convoquer une assemblée des associés pour une mesure analogue, telle qu'une réduction de capital (concernant l'annulation au sens large, voir N. 202 ci-dessus).

20 4 En principe, on peut se demander dans quelle mesure les tribunaux et les offices du registre du commerce sont impliqués dans la liquidation en ce qui

concerne les effets sur le registre du commerce. Il n'est pas clair, par exemple, si le tribunal doit transmettre au registre du commerce un jugement qui approuve l'action en annulation ou en nullité ou si certaines instructions peuvent être données au registre du commerce. Selon l'art. 240 CPC, le jugement est communiqué aux autorités et aux tiers concernés s'il existe une base légale ou si la communication sert à l'exécution. Il n'existe pas de base légale. Les jugements formateurs et déclaratifs ne nécessitent en outre pas d'exécution (cf. ci-dessus n. 201). Ainsi, selon le commentateur, une instruction à l'office cantonal du registre du commerce n'est pas possible. Le tribunal de commerce du canton de Berne a communiqué un jugement correspondant à l'office bernois du registre du commerce - sans donner d'instructions précises - et a mentionné que cela aurait le même effet qu'une instruction formelle. Le tribunal de commerce du canton de Zurich explique que l'action en annulation produit directement des effets juridiques et qu'il n'est donc pas nécessaire de donner des instructions à l'office du registre du commerce. Il suffit donc de communiquer le jugement. Dans un autre cas, le tribunal de commerce du canton de Zurich a mentionné que le dispositif du jugement correspondant est communiqué à l'office du registre du commerce après l'expiration du délai de recours, sous réserve d'un effet suspensif du recours au Tribunal fédéral (art. 103 al. 2 let. a ou al. 3 LTF) en raison d'un blocage du registre du commerce. Ces jugements sont en principe en contradiction avec l'art. 19, al. 1, ORC, selon lequel le tribunal remet un jugement à l'office du registre du commerce s'il ordonne l'inscription de certains faits. Il est problématique que la jurisprudence laisse à l'office du registre du commerce le soin de régler les conséquences en matière de registre du commerce et ne prévoie pas d'ordonnance judiciaire. En outre, il convient de noter que les offices du registre du commerce sont des autorités exécutives. Ils ne peuvent inscrire que les actes juridiques qui sont documentés de manière claire et précise. Prétendre le contraire irait à l'encontre de la fonction du registre du commerce, qui consiste précisément à permettre à toute personne, sans avoir à justifier d'un intérêt particulier, de consulter les inscriptions et les pièces justificatives correspondantes auprès du bureau du registre du commerce (art. 936 CO et art. 11, al. 1 et art. 12 ORC). Enfin, il faut tenir compte du fait que si un acte juridique doit enfin être pris en compte dans le registre du commerce - seulement quelques années plus tard - avec la résolution définitive d'un litige, d'autres décisions pourraient entre-temps avoir rendu obsolète le litige antérieur.

En vertu de la maxime de disposition (n. 162 s. ci-dessus), le demandeur ou la demanderesse devrait, si une communication à l'office du registre du commerce est autorisée - comme dans l'arrêt précité - formuler une requête correspondante. Selon l'opinion défendue ici, le demandeur devrait lui-même communiquer le jugement à l'office du registre du commerce, car une communication par le tribunal n'est pas possible. Dans le cas d'une telle communication, le jugement ne contient aucune instruction concrète à l'attention de l'office du registre du commerce. L'office du registre du commerce se trouve dans une situation inconfortable (entre autres pour des raisons de responsabilité de l'Etat), car les associés en conflit peuvent ne pas être d'accord sur les conséquences du jugement au registre du commerce. De lege ferenda, le législateur devrait apporter des précisions à ce sujet.

L'office du registre du commerce doit tenir compte d'office de la nullité dans le cadre de son pouvoir de cognition (cf. ci-dessus n. 13). Par conséquent, l'office du registre du commerce ne peut intervenir que dans les cas où des dispositions légales impératives, établies dans l'intérêt public ou pour la protection de tiers, doivent être respectées. L'interprétation de la loi doit en principe être laissée au tribunal. L'office du registre du commerce n'intervient donc d'office que dans des cas exceptionnels.

VIII. ANNULABILITÉ ET NULLITÉ DANS LE CONTEXTE DE LA PANDÉMIE COVID-19

20 Les règles spéciales relatives aux assemblées dans le droit des sociétés en
5 raison de la pandémie Covid-19 étaient en vigueur jusqu'au 31 décembre 2022. Les normes correspondantes doivent être respectées dans les procédures qui s'appuient sur des décisions prises par des assemblées d'associés durant cette période (cf. art. 1, al. 1, Titre final du Code civil). Conformément à l'art. 8 de la loi aCovid-19, le Conseil fédéral pouvait, pour l'exercice des droits dans les assemblées de sociétés, édicter si nécessaire des dispositions dérogatoires concernant l'exercice des droits par écrit ou sous forme électronique (let. a) ou par une représentation indépendante des droits de vote (let. b). Dans l'art. 27, al. 1, de l'ordonnance aCovid-19 3, le Conseil fédéral a prévu que l'organisateur ou l'organisatrice pouvait prévoir, lors des assemblées d'associés et quel que soit le nombre probable de participants, que les associés puissent exercer leurs droits par écrit ou par voie électronique (let. a) ou par l'intermédiaire d'un représentant indépendant

désigné par l'organisateur ou l'organisatrice (let. b). Cette disposition devait être communiquée par écrit ou publiée par voie électronique au plus tard quatre jours avant l'assemblée des associés (art. 27 al. 2 aCovid-19-Ordonnance 3). La date déterminante est celle de l'envoi postal, comme pour le délai de convocation ordinaire (cf. ci-dessus n. 87). Ce jour, tout comme celui de l'assemblée des associés, ne doit pas être compté (voir ci-dessus N. 87). Une limitation du droit de participation des associés était donc temporairement admissible. L'accès à une assemblée virtuelle des associés ne pouvait toutefois pas être refusé ou rendu excessivement difficile. Selon le degré de gravité, il y avait nullité ou annulabilité. En ce qui concerne le délai de communication de quatre jours, un manquement involontaire d'un jour à ce délai ne devrait à mon avis conduire qu'à l'annulabilité (cf. n. 53 et n. 114 ci-dessus concernant le délai de convocation). Selon le Tribunal fédéral, le refus d'admettre une proposition lors de la tenue d'une assemblée générale écrite peut être contesté. En ce qui concerne les motifs formels de contestation, la causalité normative est présupposée dans ce contexte (supra n. 48 s.).

BIBLIOGRAPHIE ET MATÉRIAUX

Amstutz Marc/Vito Roberto/Trüeb Hans Rudolf (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Wirtschaftsrechtliche Nebenerlasse: KKG, FusG, UWG und PauRG, 3. Aufl., Zürich 2016 (zit. CHK FusG-Bearbeiter/in, Art. x N. y).

Ballmer David/Fischer Joel, Die hybride und virtuelle Generalversammlung, Kommentierung ausgewählter Streit- und Anwendungsfragen, GesKR 2 (2023), S. 172-189.

Baumann Wey Sabine, Die unbezifferte Forderungsklage nach Art. 85 ZPO, Diss. Luzern, Zürich 2013 (= LBR 75).

Bloch André, Schutzrechte des Aktionärs, in: Theus Simoni Fabiana/Hauser Isabel/Bärtschi Harald (Hrsg.), Handbuch Schweizer Aktienrecht, Musterdokumente, Checklisten und Übersichten für die Praxis, 2. Aufl., Basel 2022.

Böckli Peter, Schweizer Aktienrecht, 5. Aufl., Zürich 2022.

Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) vom 23.11.2016, BBl 2017 399 ff. (zit. Botschaft Aktienrecht 2016).

Botschaft zur Revision des Obligationenrechts (GmbH-Recht sowie Anpassungen im Aktien-, Genossenschafts-, Handelsregister- und Firmenrecht) vom 19.12.2001, BBl 2002 3148 ff. (zit. Botschaft GmbH 2001).

Bühler Simon/von der Crone Hans Caspar, Positive Beschlussfeststellungsklage, SZW 5 (2014), S. 564-572.

Bürgi Wolfhart F., Zürcher Kommentar, Aktiengesellschaft: Art. 698-738 OR, Zürich 1969 (zit. ZK OR-Bürgi, Art. x N. y).

Courvoisier Matthias/Schnyder Marion, § 34: Klage auf Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen, in: Fischer Willi/Theus Simoni Fabiana/Gessler Dieter (Hrsg.), Kommentierte Musterklagen, Zum Gesellschaftsrecht und zum Geistigen Eigentum, Zürich 2016.

Courvoisier Matthias/Schnyder Marion, § 35: Vorsorgliche Massnahmen bei der Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen, in: Fischer Willi/Theus Simoni Fabiana/Gessler Dieter (Hrsg.), Kommentierte Musterklagen, Zum Gesellschaftsrecht und zum Geistigen Eigentum, Zürich 2016.

Druey Jean Nicolas, Mängel des GV-Beschlusses, in: Jean Nicolas Druey/Peter Forstmoser (Hrsg.), Rechtsfragen rund um die Generalversammlung, Zürich 1997, S. 131-162.

Dubs Dieter, Beschlussvoraussetzungen und deren Abgrenzung von anderen Bedingungen für die Rechtswirksamkeit von Aktionärsbeschlüssen, in: Kramer Ernst A./Nobel Peter/Waldburger Robert (Hrsg.), Festschrift für Peter Böckli zum 70. Geburtstag, Zürich 2006, S. 445-469.

Enz Benjamin V./Hochstrasser Michael, Technische Probleme bei der virtuellen Generalversammlung (Art. 701f revOR) – Teil 1, SJZ 14 (2021), S. 719-728 (zit. Enz/Hochstrasser, Teil 1).

Enz Benjamin V./Hochstrasser Michael, Technische Probleme bei der virtuellen Generalversammlung (Art. 701f revOR) – Teil 2, SJZ 15 (2021), S. 778- 785 (zit. Enz/Hochstrasser, Teil 2).

Facincani Nicolas/Wyss Dominic, Anfechtung von GV-Beschlüssen und Wirkungen des Entlastungsbeschlusses, GesKR 3 (2013), S. 416-424.

Feuz Christoph, Das mitgliedschaftliche Treuepflichtregime der GmbH, Diss. Bern, Zürich 2017 (= SSHW 340).

Forstmoser Peter/Meier-Hayoz Arthur/Nobel Peter, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996.

Frey Harold/Christen Severin, Besonderheiten bei spezifischen Streitigkeiten, Aktienrechtliche Anfechtungsklage, in: Haas Ulrich/Marghitola Reto (Hrsg.), Fachhandbuch Zivilprozessrecht, Zürich 2020.

Gaberthüel Tino/Wille Alex, Stamm- und Kapitalschutz, in: Theus Simoni Fabiana/Hauser Isabella/Bärtschi Harald (Hrsg.), Handbuch Schweizer GmbH-Recht, Basel 2019.

Geiser Thomas/Fountoulakis Christiana (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, 7. Aufl., Basel 2022 (zit. BSK ZGB I-Bearbeiter/in, Art. x N. y).

Guidoum Sammy, Dividenden und Rückzahlungen der gesetzlichen Kapitalreserve bei der Aktiengesellschaft, Konzeptionelle Aspekte, Voraussetzungen und Verletzungsfolgen, Diss. St.Gallen, Zürich 2023 (= SSHW 360).

Haefliger Peter, Die Durchführung der Generalversammlung bei der Aktiengesellschaft, Diss. Bern 1977, Bern 1978 (= ASR 455).

Handschin Lukas (Hrsg.), Zürcher Kommentar, Obligationenrecht, Die Aktiengesellschaft, Generalversammlung und Verwaltungsrat, Mängel in der Organisation der Gesellschaft, Art. 698-726 und Art. 731b OR, 3. Aufl., Zürich 2018 (zit. ZK OR-Bearbeiter/in, Art. x N. y).

Heller Jan, Die Auswirkungen der Anfechtungsklage auf den Beschluss der Generalversammlung und dessen Beschlussfolgen, in: Magister, Editions Weblaw, Bern 2020.

Hess Beat, Die mangelhafte Kapitalerhöhung bei der Aktiengesellschaft, Diss. Fribourg, Zürich 1977 (= SSHW 24).

Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Watter Rolf (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 5. Aufl., Basel 2016 (zit. BSK OR II-Bearbeiter/in, Art. x N. y).

Honsell Heinrich (Hrsg.), Kurzkommentar OR, Basel 2014 (zit. KuKo OR-Bearbeiter/in, Art. x N. y).

Huguenin Claire/Mahler Bruno, Anfechtbarkeit und Nichtigkeit als Folgen mangelhafter Generalversammlungsbeschlüsse, in: Rolf H. Weber/Walter A. Stoffel/Jean-Luc Chenaux/Rolf Sethe (Hrsg.), Aktuelle Herausforderungen des Gesellschafts- und Finanzmarktrechts, Festschrift für Hans Caspar von der Crone zum 60. Geburtstag, Zürich 2017, S. 131-151.

Hüsser Manuel, Die gerichtlichen Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, Diss. Zürich 2012 (= ZStP 247).

Jutzi Thomas, Vergleiche über GmbH- und aktienrechtliche Ansprüche, GesKR 4 (2014), S. 500-512.

Jutzi Thomas/Yousef Luca, Die Wiederholung hybrider und virtueller Generalversammlungen nach Art. 701f OR, GesKR 3 (2023), S. 292-302.

Knobloch Stefan, Das System zur Durchsetzung von Aktionärsrechten, Habil. Zürich 2011.

Koller Alfred, Die aktienrechtliche Anfechtungsklage, recht 2 (1988), S. 51-58.

Kren Kostkiewicz Jolanta/Wolf Stephan/Amstutz Marc/Fankhauser Roland (Hrsg.), OFK Kommentar OR, 4. Aufl., Zürich 2023 (zit. OFK OR-Bearbeiter/in, Art. x N. y).

Küng Manfred/Camp Raphaël, GmbH-Recht, Das revidierte Recht zur Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Zürich 2006 (zit. Küng/Camp, Art. x N. y).

Kunz Peter V., Erfolgreiche Anfechtungen von Wahlen in den Verwaltungsrat: Gibt es eine reflexive Rückwirkung?, Jusletter vom 29.6.2015.

Lehmann Peter, Missbrauch der aktienrechtlichen Anfechtungsklage, Diss. Zürich 2000 (= SSHW 198).

Meier Valentina, Schiedsklauseln in Statuten schweizerischer Aktiengesellschaften, Diss. Zürich 2016, Zürich 2017 (= SSHW 338).

Messer Rémy, Rückwirkung im Gesellschaftsrecht, Eine Untersuchung der Rückwirkung von Rechtsfolgen am Beispiel der Aktiengesellschaft unter Ausschluss von Aspekten des intertemporalen Rechts, Diss. Bern 2013 (= ASR 792).

Mezger Nick, Die Handelsregistersperre nach Art. 261 ff. ZPO, Diss. Basel 2022, Zürich 2023 (= SSZ 43).

Montavon Pascal, Droit Suisse de la SARL, Lausanne 2008.

Müller Kevin J., Die Einheit der Materie bei Generalversammlungsbeschlüssen, Diss. St. Gallen 2020, Zürich 2021 (= SGFM 19).

Müller Lukas, Die (Un-)Zulässigkeit von Schutzschriften im handelsregisterrechtlichen Eintragungsverfahren, Gedanken anlässlich der Abschaffung der Handelsregistersperre per 1.1.2021, SSZP 3 (2022), S. 281-296 (zit. Müller, Schutzschrift).

Müller Lukas, AK 2019 4: Fehlverhalten des Anwalts und Notars bei der öffentlichen Beurkundung und unsorgfältiges Verhalten gegenüber Dritten; § 10b BeurkG/ZG, AJP 8 (2020), S. 1075-1082 (zit. Müller, Fehlverhalten).

Müller Lukas/Alig Jennifer, AK 2018 11: Fehlverhalten einer Urkundsperson bei öffentlicher Beurkundung von GV-Beschlüssen einer AG, Aufsichtskommission über die Rechtsanwälte des Kantons Zug, AK 2018 11 vom 18.2.2019, § 10 BeurkG/ZG, Öffentliche Beurkundung von Generalversammlungsbeschlüssen einer Aktiengesellschaft, AJP 7 (2020), S. 947-953.

Müller Lukas/Fancelli Alina, Handelsregistersperre nach Schweizerischer Zivilprozessordnung, REPRAX 1 (2021), S. 1-30.

Müller Lukas/Kaiser Philippe J.A./Benz Diego, Die öffentliche Beurkundung bei elektronischen und virtuellen Generalversammlungen sowie Zirkularbeschlüssen, Praxiserfahrungen und Ausblick auf das neue Aktienrecht sowie beurkundungsrechtliche Aspekte, REPRAX 3 (2020), S. 217-269.

Müller Lukas/Rizzi Natascha, Die Handelsregistersperre in der Praxis – ausgewählte Aspekte zum einstweiligen Rechtsschutz, REPRAX 4 (2018), S. 179-201.

Müller Roland/Akeret Fabian, Die Generalversammlung nach revidiertem Aktienrecht, SJZ 1 (2021), S. 7-21.

Nater Christoph, Die Willensbildung in der GmbH, Diss. Basel 2009, Zürich 2010.

Nussbaum Martin F./Sanwald Reto/Scheidegger Markus, Kurzkommentar zum neuen GmbH-Recht, Bern 20017 (zit. Nussbaum/Sanwald/Scheidegger, Art. x N. y).

Nussbaumer Annemarie, Die Anfechtung von Umstrukturierungsbeschlüssen nach Art. 106 und 107 Fusionsgesetz am Beispiel der Aktiengesellschaft, Diss. Zürich 2012 (= ZStP 249).

Oberhammer Paul/Domej Tanja/Haas Ulrich (Hrsg.), Kurzkommentar ZPO, 3. Aufl., Basel 2021 (zit. KuKo ZPO-Bearbeiter/in, Art. x N. y).

Okur Yigit Tahsin, L'action en annulation des décisions de l'assemblée générale des actionnaires dans la société anonyme, Diss. Genf, Neuenburg 1965.

Ramer Paul, Die prozessualen Gestaltungsklagen des schweizerischen Rechts in rechtsvergleichender Darstellung mit dem deutschen Recht, Diss. Zürich 1973.

Reiser Nina, Neuerungen bei der Durchführung von Generalversammlungen, GesKR 2 (2020), S. 229-244.

Riemer Hans Michael, Anfechtungs- und Nichtigkeitsklage im schweizerischen Gesellschaftsrecht, Eine materiell- und prozessrechtliche Darstellung, Bern 1998.

Rohrer Kuno Walter, Aktienrechtliche Anfechtungsklage, Diss. Bern, Zürich 1979.

Rouiller Nicolas/Bauen Marc/Bernet Robert/Lasserre Rouiller Colette, La société anonyme suisse, 3. Aufl., Genf 2022.

Schenker Urs, Die Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen bei der Aktiengesellschaft, in: Peter V. Kunz/Oliver Arter/Florian S. Jörg (Hrsg.), Entwicklungen im Gesellschaftsrecht X, Bern 2015, S. 17-48.

Schmidt Patrick/Müller Matthias P.A., Beschlussmängel bei der virtuellen Generalversammlung, in: Alexandra Dal Molin-Kränzlin/Anne Mirjam Schneuwly/Jasna Stojanovic (Hrsg.), APARIUZ – Analysen und Perspektiven

von Assistierenden des Rechtswissenschaftlichen Instituts der Universität Zürich, Digitalisierung – Gesellschaft – Recht, Zürich 2019, S. 261-281.

Schott Bertrand G., Aktienrechtliche Anfechtbarkeit und Nichtigkeit von Generalversammlungsbeschlüssen wegen Verfahrensmängeln, Diss. Zürich 2009 (= SSHW 285).

Schucany Emil, Kommentar zum schweizerischen Aktienrecht, Schweizerisches Obligationenrecht, 26. und 27. Titel: Die Aktiengesellschaft und Kommanditaktiengesellschaft, 2. Aufl., Zürich 1960 (zit. Schucany, Art. x N. y).

Schwander Ivo/Dubs Dieter, Die positive Beschlussfeststellungsklage im Aktienrecht – Gegenstand, Verhältnis zur Anfechtungsklage und prozessuale Fragen, in: Roland von Büren (Hrsg.), Aktienrecht 1992-1997: Versuch einer Bilanz, Zum 70. Geburtstag von Rolf Bär, Bern 1998, S. 343-361.

Schwenzer Ingeborg/Fountoulakis Christiana, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl., Bern 2020.

Senn Daniel, Die Beteiligung wirkungsbetroffener Dritter im Zivilprozess, dargestellt am Beispiel der Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen gemäss Art. 706 f. OR, Zürich 2018.

Siffert Rino/Fischer Marc Pascal/Petrin Martin, GmbH-Recht, Revidiertes Recht der Gesellschaft mit beschränkter Haftung (Art. 772-827 OR), Bern 2008 (zit. SHK GmbH-Recht-Siffert/Fischer/Petrin, Art. x N. y).

Sogo Miguel, Gestaltungsklagen und Gestaltungsurteile des materiellen Rechts und ihre Auswirkungen auf das Verfahren, Diss. Zürich 2007 (= ZStV 152).

Spörri Beat, Die aktienrechtliche Rückerstattungspflicht, Diss. Zürich 1996 (= SSHW 171).

Spühler Karl/Tenchio Luca/Infanger Dominik (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2017 (zit. BSK ZPO-Bearbeiter/in, Art. x N. y).

Stoll Jean-Pascal, Das neue schweizerische Recht der virtuellen Generalversammlung im Lichte anderer Rechtsordnungen, recht 1 (2021), S. 28-39.

Strub Armin, Die Ungültigkeit von Generalversammlungsbeschlüssen der Aktiengesellschaft, Diss. Zürich, Bern 1963.

Sutter-Somm Thomas/Hasenböhler Franz/Leuenberger Christoph, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. Aufl., Zürich 2016 (zit. ZK ZPO-Bearbeiter/in, Art. x N. y).

Tercier Pierre/Amstutz Marc/Trigo Trindade Rita (Hrsg.), Commentaire romand, Code des obligations II, 2. Aufl., Basel 2017 (zit. CR CO II-Bearbeiter/in, Art. x N. y).

Vischer Frank (Hrsg.), Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz, 2. Aufl., Zürich 2012 (zit. ZK FusG-Bearbeiter/in, Art. x N. y).

Vischer Markus/Galli Dario, Nicht-Aktionäre an der Generalversammlung, SJZ 1 (2019), S. 5-14.

Vischer Markus/Hofmann Dieter, Vorsorgliche Massnahmen im Zusammenhang mit Generalversammlungen im Lichte der Rechtsprechung, SZW 5 (2016), S. 503-511.

Vito Roberto/Trüeb Hans Rudolf (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Art. 530-771 OR, 3. Aufl., Zürich 2016 (zit. CHK OR-Bearbeiter/in, Art. x N. y).

Vito Roberto/ Trüeb Hans Rudolf (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Art. 772-1186 OR und BEG, 3. Aufl., Zürich 2016 (zit. CHK OR-Bearbeiter/in, Art. x N. y).

Vock Dominik, Prozessuale Fragen bei der Durchsetzung von Aktionärsrechten, Eine Darstellung nach Züricherischer Zivilprozessordnung, Diss. Zürich 2000 (= ZStV 114).

Von Büren Roland/Bähler Thomas, Gründe für die gesteigerte Attraktivität der GmbH, recht 1 (1996), S. 17-28.

Von der Crone Hans Caspar, Aktienrecht, 2. Aufl., Bern 2020 (ebenfalls abrufbar unter: https://www.aktienrechtweb.ch.).

Von Steiger Werner, Zürcher Kommentar, Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Teilband V5c, Art. 772-827 OR, Zürich 1965 (zit. ZK OR-von Steiger, Art. x N. y).

Voser Peter, Notarielle Pflichten bei gesellschaftsrechtlichen Beurkundungen, in: Schmid Jürg (Hrsg.), Gesellschaftsrecht und Notar, La société au fil du temps, Zürich/Basel/Genf 2016.

Wipf Olivia/von der Crone Hans Caspar, Aktien im Gesamteigentum, Bundesgerichtsurteil 4A_516/2016 vom 28.8.2017, SZW 1 (2018), S. 83-95.

Wohlmann Herbert, GmbH-Recht, Basel 1997.

Wyss Christian/Jenal Florian, Vorbereitung und Einladung zur Beschlussfassung, in: Theus Simoni Fabiana/Hauser Isabella/Bärtschi Harald (Hrsg.), Handbuch Schweizer GmbH-Recht, Basel 2019.

ATTENTION : Cette version du commentaire est une traduction automatique de l'original. Le commentaire original est en allemand. La traduction a été faite avec www.deepl.com. Seule la version originale fait foi. La version traduite du commentaire ne peut pas être citée.

COMMENTAIRE

Dispositions transitoires relatives à la révision du droit de la société anonyme du 19 juin 2020

Un commentaire de Roman Aus der Au / Patric Brand / Jan Heller

PROPOSITION DE CITATION

Roman Aus der Au/Patric Brand/Jan Heller, Kommentierung zu den Übergangsbestimmungen zur Aktienrechtsrevision vom 19. Juni 2020, in: Lukas Müller (Hrsg.), Onlinekommentar zum Obligationenrecht

Citation abrégée: OK-Aus der Au/Brand/Heller, N. XXX zu Übest Aktienrechtsrevision vom 19. Juni 2020.

Dispositions transitoires de la modification du 19 juin 2020

A. Règle générale

Art. 1

[1] Les art. 1 à 4 du titre final du code civilsont applicables à la modification du 19 juin 2020, sous réserve des dispositions suivantes.

[2] Les dispositions du nouveau droit s'appliquent dès son entrée en vigueur à toutes les sociétés existantes.

B. Adaptation des statuts et des règlements

Art. 2

[1] Les sociétés qui, au moment de l'entrée en vigueur du nouveau droit, sont inscrites au registre du commerce mais dont les statuts ou les règlements ne sont pas conformes aux nouvelles dispositions, sont tenues de les adapter dans un délai de deux ans.

[2] Les dispositions statutaires et réglementaires qui ne sont pas conformes au nouveau droit restent en vigueur jusqu'à leur adaptation, mais pendant deux ans au plus tard après l'entrée en vigueur du nouveau droit.

C. Augmentation autorisée et augmentation du capital-actions au moyen d'un capital conditionnel

Art. 3

Les augmentations autorisées et les augmentations du capital-actions au moyen d'un capital conditionnel décidées avant l'entrée en vigueur de la présente loi restent régies par l'ancien droit. Les décisions de l'assemblée générale ne peuvent être prorogées ou modifiées.

D. Représentation des sexes

Art. 4

[1] L'obligation de fournir dans le rapport de rémunération les informations prévues à l'art. 734*f* concernant le conseil d'administration

doit être respectée au plus tard à compter de l'exercice débutant cinq ans après l'entrée en vigueur du nouveau droit.

[2] L'obligation de fournir dans le rapport de rémunération les informations prévues à l'art. 734*f* concernant la direction doit être respectée au plus tard à compter de l'exercice débutant dix ans après l'entrée en vigueur du nouveau droit.

E. Ajournement de la faillite

Art. 5

Les ajournements de faillites ordonnés avant l'entrée en vigueur du nouveau droit restent régis par l'ancien droit jusqu'à leur terme.

F. Adaptation des contrats soumis à l'ancien droit

Art. 6

Les contrats existant au moment de l'entrée en vigueur du nouveau droit doivent être adaptés dans un délai de deux ans à compter de l'entrée en vigueur du nouveau droit. Passé ce délai, les dispositions du nouveau droit sont applicables à tous les contrats.

G. Transparence dans les entreprises de matières premières

Art. 7

Les art. 964*d* à 964*h* sont applicables à compter de l'exercice qui commence une année après l'entrée en vigueur du nouveau droit.

Disposition transitoire de la modification du 19 juin 2020

Les dispositions des chapitres VI et VIII du titre trente-deuxième sont applicables à compter de l'exercice qui commence une année après l'entrée en vigueur de la modification du 19 juin 2020.

TABLE DES MATIÈRES

I. Introduction 384
II. Historique de l'Übest 384
III. Règles de base générales de l'Übest en matière de droit transitoire (art. 1 Übest) 385
A. Signification des art. 1 à 4 Titre final du CC (art. 1 al. 1 Übest) 386
1. Principe de la non-rétroactivité (art. 1 Titre final du CC) 387
2. Les exceptions au principe de la non-rétroactivité au sens de l'art. 1 Titre final du CC selon les art. 2 à 4 Titre final du CC 388
a. Rétroactivité en faveur de l'ordre public et de la moralité publique (ordre public ; art. 2 Titre final du CC) 388
b. Protection de certaines positions de confiance (art. 3 et art. 4 Titre final du Code civil) 388
B. Application aux sociétés existantes (art. 1 al. 2 Übest) 389
IV. Les différentes dispositions transitoires de la révision du droit de la société anonyme 390
A. Adaptation des statuts et des règlements (art. 2 Übest) 390
1. Situation initiale et rétrospective 390
2. Champ d'application de l'article 2 Übest 393
a. Champ d'application personnel 393
b. Champ d'application matériel 393
3. Période de transition 393
a. Mécanisme de base 393
b. Reproduction statutaire de dispositions (impératives) de l'ancien droit 394
4. Les statuts 398
a. Besoin d'adaptation 398
b. Déroulement des adaptations des statuts 401
5. Règlements 406
a. Besoin d'adaptation 406
b. Déroulement de l'adaptation du règlement 408
B. Augmentation autorisée du capital et augmentation du capital conditionnel (art. 3 Übest) 408
1. Augmentation de capital autorisée 408
2. Augmentation conditionnelle du capital 410
C. Représentation des sexes (art. 4 Übest) 410
D. Ajournement de la faillite (art. 5 Übest) 411
E. Adaptation des contrats conclus sous l'ancien droit (art. 6 Übest) 412
F. Transparence des entreprises de matières premières (art. 7 Übest) 413
G. Disposition transitoire concernant la transparence sur les questions non financières et le devoir de diligence et la transparence concernant les minéraux et

métaux provenant de zones de conflit et le travail des enfants (contre-projet indirect à l'initiative sur la responsabilité des multinationales) ... 414
V. Questions de droit transitoire non explicitement légiférées ... 416
A. Création et modification des statuts d'une société coopérative ... 416
B. Reprises de biens ... 418
C. Capital-actions en monnaie étrangère ... 418
D. Publicité ultérieure des statuts ... 419
E. Transactions sur le capital ... 419
1. Augmentation du capital ... 420
2. Réduction du capital ... 421
F. Droit à la rémunération ... 422
1. Rapport de rémunération ... 422
2. Vote prospectif sur les rémunérations variables ... 423
3. Montant supplémentaire ... 424
4. Durée des contrats relatifs aux indemnités ... 424
G. Droit d'information et de consultation et enquête spéciale ... 425
H. Lieu de réunion à l'étranger ... 425
I. Vote décisif à l'assemblée générale ... 426
J. Bouclement intermédiaire ... 427
K. Constitution de réserves et dividendes ... 428
L. Droit d'assainissement ... 429
1. Menace d'insolvabilité ... 429
2. Perte de capital ... 429
3. Surendettement ... 430
M. Actions en droit de la société anonyme ... 431
1. Action en restitution ... 432
2. Action en responsabilité ... 436
3. Action en annulation et en nullité ... 438
4. Action en dissolution ... 438
N. Arbitrage ... 439
Bibliographie ... 442
Matériaux ... 449

I. INTRODUCTION

1 La plupart des dispositions du nouveau droit de la société anonyme sont entrées en vigueur le 1er janvier 2023. Certaines dispositions sont déjà entrées en vigueur le 1er janvier 2021 (n. 88 et n. 101 ci-dessous). En ce qui concerne le passage de l'ancien au nouveau droit de la société anonyme, les "dispositions transitoires relatives à la modification du 19 juin 2020" sont d'une importance capitale. Ces dispositions sont également pertinentes pour d'autres formes de sociétés telles que la Sàrl et la société coopérative. En tant que droit dit intertemporel, elles se consacrent à la délimitation de régimes de droit de la société anonyme qui se succèdent dans le temps. Le terme de droit transitoire est utilisé comme synonyme. Le droit intertemporel détermine si l'ancien ou le nouveau droit de la société anonyme s'applique à une situation donnée.

2 Dans le présent commentaire, "art. x Übest" est utilisé pour renvoyer aux normes correspondantes du droit transitoire commenté ici. Pour les renvois au droit de la société anonyme antérieur au 1er janvier 2023, on utilise "art. x aCO". Le nouveau droit de la société anonyme est référencé par "art. x nCO" (de même que les dispositions qui ont été modifiées dans d'autres lois). Il est fait référence à une norme du CO non précédée d'un "a" ou d'un "n" si l'ancien et le nouveau droit sont tous deux concernés.

3 S'il n'est pas fait référence aux particularités de la Sàrl ou de la société coopérative, les normes du droit de la société anonyme sont indiquées sans mentionner leurs équivalents dans le droit de la Sàrl et de la société coopérative.

II. HISTORIQUE DE L'ÜBEST

4 En règle générale, les dispositions transitoires d'un projet de loi n'attirent ni l'attention du Parlement ni celle du public. Il en a été de même pour la révision du droit de la société anonyme du 19 juin 2020. Le Parlement n'a adapté les dispositions transitoires prévues dans le projet de loi que de manière minimale à deux égards : D'une part, l'art. 3 Übest parle d'"augmentation de capital à partir du capital conditionnel" alors que le projet parlait d'"augmentation de capital conditionnel" (cf. art. 3 E-Übest). D'autre part, le Parlement a étendu l'art. 6 P-CFB de "adaptation des contrats de

travail conclus sous l'ancien droit" à "adaptation des contrats conclus sous l'ancien droit" (cf. art. 6 P-CFB). Cette intervention est bienvenue, car la norme couvre ainsi également d'autres relations contractuelles telles que le mandat ou la subordination (cf. n. 97 et n. 99 ci-dessous). En ce qui concerne l'art. 4 Übest, des modifications du projet de loi ont été discutées (délais transitoires plus courts ; abrogation automatique après dix ans [clause sunset]).

La fondation d'une coopérative ainsi que la modification de ses statuts requièrent désormais - comme pour la SA et la Sàrl - un acte authentique (art. 830 et art. 838a nCO ; "level playing field"). La possibilité d'une création facilitée n'a pas pu s'imposer au Parlement. Pour cette raison, le Parlement a également supprimé l'art. 7 P-CE, qui prévoyait pendant deux ans une modification facilitée (simple) des statuts par écrit pour les sociétés coopératives. Le Parlement a ainsi renoncé à un allègement du droit transitoire. 5

III. RÈGLES DE BASE GÉNÉRALES DE L'ÜBEST EN MATIÈRE DE DROIT TRANSITOIRE (ART. 1 ÜBEST)

Les effets d'un nouveau droit ou d'un droit révisé sur des positions juridiques existantes constituent un aspect essentiel des dispositions transitoires. Les dispositions transitoires de la révision du droit de la société anonyme du 19 juin 2020 visent les sociétés issues d'un ancien ordre juridique, c'est-à-dire celles qui ont été fondées avant le 1er janvier 2023. Elles visent d'une part à ce que celles-ci s'adaptent dans un délai raisonnable au nouvel ordre juridique, de sorte que celui-ci s'applique sans restriction. D'autre part, il s'agit de ménager les relations juridiques établies sous un ancien ordre juridique et de les transférer de bonne foi dans le nouvel ordre juridique. Pour que le législateur atteigne ses objectifs législatifs de la manière la plus efficace possible, il est décisif de s'orienter vers les effets sur les personnes soumises au droit. Les effets secondaires indésirables doivent être minimisés. Le législateur peut donc être amené à légiférer sur des dispositions transitoires appropriées - même si, en vertu de l'art. 190 Cst., les lois fédérales contraires à ces principes restent applicables. Si plusieurs interprétations des dispositions transitoires sont possibles, il convient de choisir celle qui correspond le mieux aux exigences constitutionnelles. Toutefois, une telle interprétation est limitée par le libellé clair d'une disposition transitoire. 6

7 Le droit transitoire relatif au nouveau droit de la société anonyme est introduit par une règle de base. Selon l'art. 1 al. 1 Übest, les art. 1 à 4 Titre final du Code civil sont en principe applicables. Ces règles s'appliquent dans la mesure où les autres Übest "ne prévoient rien d'autre" (à ce sujet, n. 24 ss. ci-dessous). Il s'agit ici de la partie générale du droit intertemporel suisse (note marginale à l'art. 1 Titre final du CC : "Dispositions générales"). En droit intertemporel, les articles 1 à 4 du Titre final du CC constituent la partie générale. Ils sont utilisés en l'absence de dispositions spéciales de droit intertemporel (utilisation pour combler les lacunes) ou en cas de dispositions spéciales de droit intertemporel peu claires (utilisation pour l'interprétation). Même sans cette référence légale, les articles 1 à 4 du Titre final du CC s'appliqueraient en l'absence de dispositions spéciales de droit intertemporel. Le renvoi de l'art. 1 al. 1 Übest est donc de nature déclaratoire. Les art. 2 à 7 Übest priment sur les art. 1 à 4 SchlT ZGB en tant que dispositions spéciales. En tant que droit transitoire particulier, elles doivent toutefois être interprétées à l'aide des art. 1 à 4 Titre final du CC.

8 Celui qui se réfère à l'ancien droit supporte le fardeau de la preuve pour les faits ou les allégations de faits y afférents. La présomption d'exclusivité du nouveau droit s'applique.

9 Selon l'opinion correcte, le droit intertemporel est - sauf exception légale - un droit impératif. Il n'est donc pas possible de choisir un droit intertemporel. Il est toutefois possible de procéder à des modifications statutaires à terme ou conditionnelles, qui sont également souvent discutées en relation avec l'élection de droit intertemporelle (voir ci-dessous N. 59). Étant donné que l'effet du nouveau droit ne peut se déployer de par la loi qu'à partir du 1er janvier 2023, les modifications statutaires à terme ou conditionnelles ne constituent pas un choix de droit intertemporel. Le nouveau droit ne pouvait pas être appliqué par l'assemblée générale avant le 1er janvier 2023.

A. Signification des art. 1 à 4 Titre final du CC (art. 1 al. 1 Übest)

10 L'art. 1 du Titre final du CC établit la règle de la non-rétroactivité dans sa version objective. Il s'agit d'une formule rigide qui ne tient pas compte de certaines appréciations. Des valeurs sont toutefois ajoutées par les articles 2 à 4 du Titre final du CC, qui constituent la règle de non-rétroactivité dans la version subjective. Les articles 2 à 4 du Titre final du CC règlent les

exceptions au principe de base de la non-rétroactivité au sens de l'article 1 du Titre final du CC.

1. Principe de la non-rétroactivité (art. 1 Titre final du CC)

Le principe de non-rétroactivité contenu dans l'art. 1 Titre final du CC prévoit en général que les nouvelles dispositions ne s'appliquent pas aux faits qui se sont produits avant leur entrée en vigueur. L'art. 1 al. 1 Titre final du CC stipule, en ce qui concerne les faits relevant de l'ancien droit, que ceux-ci doivent continuer à être jugés selon l'ancien droit après l'entrée en vigueur du nouveau droit. Le principe "ancien fait - ancien droit" s'applique. 11

La notion de "fait" est controversée. La doctrine dominante entend par "fait" tout processus qui entraîne un effet juridique. Un effet juridique signifie la création, la modification ou l'annulation d'un rapport juridique. Une autre opinion regroupe sous le terme de "fait" toutes les données du monde des sens. Les "faits" ainsi compris peuvent être classés en faits de droit ancien ou nouveau. 12

Le principe de non-rétroactivité ne s'applique qu'aux faits achevés. Les faits qui commencent sous l'ancien droit et se poursuivent sous le nouveau droit ne sont pas concernés par ce principe (ce que l'on appelle les faits permanents). De tels cas se présentent notamment dans l'organisation d'une société ainsi que dans le statut juridique des personnes qui y participent. Dans ce cas, le nouveau droit s'applique en principe à partir de la date d'entrée en vigueur (voir également l'art. 3 Titre final du CC). 13

Par actes au sens de l'art. 1 al. 2 Titre final du CC, il faut entendre les faits qui dépendent de la volonté d'une personne. Il s'agit d'une sous-catégorie de faits. Les faits qui se réalisent indépendamment de la volonté humaine sont appelés événements. A cet égard, l'art. 1 al. 2 Titre final du Code civil ne fait que répéter explicitement l'énoncé de l'art. 1 al. 1 Titre final du Code civil pour les actes relevant de l'ancien droit (cf. ci-dessus n. 11). 14

L'art. 1 al. 3 Titre final CC fixe le principe selon lequel les faits de droit nouveau sont jugés selon le droit nouveau (lex posterior derogat legi priori). Les exceptions sont réservées. En font partie les leges speciales ainsi que les cas de l'art. 1 al. 1 et al. 2 Titre final du CC. Un fait de droit nouveau qui n'est que le fondement d'un fait de modification ou de disparition dépendant de l'ancien droit est également soumis à l'ancien droit. Selon le Tribunal fédéral, 15

l'exercice d'un droit d'emption selon l'ancien droit après l'entrée en vigueur du nouveau droit en fait partie. Selon le Tribunal fédéral, ce cas a été jugé selon l'ancien droit.

2. Les exceptions au principe de la non-rétroactivité au sens de l'art. 1 Titre final du CC selon les art. 2 à 4 Titre final du CC.

16 Le principe de non-rétroactivité qui vient d'être exposé n'a pas d'effet si l'une des exceptions présentées aux art. 2 à 4 Titre final du CC existe. L'art. 2 Titre final du CC concerne des faits relevant de l'ordre public et de la moralité publique (infra n. 17 s.). Les art. 3 s. Titre final CC concernent la protection de certaines positions de confiance. Ces faits sont soit indépendants (art. 3 Tit. fin. CC), soit dépendants de la volonté des parties (art. 4 Tit. fin. CC). Les art. 3 et 4 Titre final du CC constituent un concept unique, raison pour laquelle ils sont traités ensemble ci-dessous (n. 19 ss.).

a. Rétroactivité en faveur de l'ordre public et de la moralité publique (ordre public ; art. 2 Titre final du CC)

17 L'art. 2 Titre final du CC confère un statut particulier aux dispositions établies au nom de l'ordre public et de la moralité publique. Une rétroactivité est autorisée dans ces domaines en vertu de l'art. 2 Titre final du CC. Savoir s'il s'agit d'une telle norme est une question d'interprétation des motifs politico-juridiques qui ont conduit à la révision de la loi. Le seul fait qu'une nouvelle disposition constitue un droit impératif ne suffit pas.

18 La révision du droit de la société anonyme visait principalement à moderniser l'institution de la société anonyme (ou, en partie, de la Sàrl et de la société coopérative) et à l'adapter aux besoins économiques. Le message ne contient aucune indication selon laquelle les nouvelles règles auraient été édictées sur la base de l'ordre public et de la moralité. Si le nouveau droit ne fait que codifier une pratique du Tribunal fédéral, celle-ci est (toujours) directement applicable.

b. Protection de certaines positions de confiance (art. 3 et art. 4 Titre final du Code civil)

19 Les art. 3 et 4 Titre final du CC protègent certaines positions de confiance. L'art. 3 Titre final du CC s'applique lorsque le rapport juridique ne dépend pas

de la volonté des parties. En revanche, l'application de l'art. 4 Titre final du CC est déterminée par la volonté des parties.

Si le contenu d'un rapport juridique est défini par la loi, celui-ci ne dépend pas de la volonté des parties. Conformément à l'art. 3 Titre final du CC, l'appréciation se fait sur la base du nouveau droit. La règle de la non-rétroactivité s'applique uniquement à l'acquisition ou à la création de rapports juridiques. Le contenu de ces droits est toutefois soumis au droit futur, dans la mesure où le droit impératif est en cause. Les sociétés, entre autres, sont concernées par cette règle. Le droit impératif des sociétés s'applique - sauf disposition contraire - dès son entrée en vigueur. Ainsi, à partir du 1er janvier 2023, les relations entre l'actionnaire et la société seront en principe régies par le nouveau droit impératif, même si la qualité d'actionnaire a été créée avant le 1er janvier 2023 (déjà n. 13 ci-dessus ; voir aussi art. 1 al. 2 Übest). Demeurent réservées les dispositions spéciales des CPD, dont font par exemple partie les règles des art. 2 et 6 CPD concernant le maintien en vigueur pendant deux ans des statuts, règlements ou contrats de l'ancien droit (concernant les statuts et les règlements, n. 25 ss. infra et concernant les contrats, n. 97 ss. infra). 20

L'art. 4 Titre final du CC prévoit que les droits non acquis ne doivent pas être protégés en cas de changement de droit. Si des faits survenus sous l'ancien droit n'ont pas encore créé de positions juridiques subjectives, leurs effets s'apprécient selon le nouveau droit. Inversement, cette disposition signifie que les droits acquis sont protégés contre la rétroactivité. 21

B. Application aux sociétés existantes (art. 1 al. 2 Übest)

L'art. 1 al. 2 Übest stipule que les dispositions du nouveau droit s'appliqueront aux sociétés existantes le 1er janvier 2023. Les statuts et les règlements de ces dernières contiennent souvent certaines dispositions de l'ancien droit. Une exception s'applique toutefois à cet égard en vertu de l'art. 2 Übest (voir ci-dessous n. 25 ss.). Les sociétés existantes sont celles qui ont acquis la personnalité juridique, c'est-à-dire qui ont été inscrites au registre du commerce, au plus tard le 31 décembre 2022 (cf. art. 643 al. 1, art. 779 al. 1 et art. 838 al. 1 CO). 22

Ce qui est mentionné à l'art. 1 al. 2 Übest, selon lequel le nouveau droit s'applique aux sociétés existantes à partir du 1er janvier 2023, s'applique déjà 23

en vertu des dispositions générales du droit transitoire. En ce qui concerne l'organisation de la société ainsi que le statut juridique des personnes qui y participent, il s'agit d'un état de fait permanent pour lequel la règle de la non-rétroactivité ne s'applique pas (cf. ci-dessus n. 13). En outre, l'art. 3 Titre final du Code civil prescrit que le contenu des rapports juridiques, qui est décrit par la loi indépendamment de la volonté des participants, doit être évalué par le nouveau droit après l'entrée en vigueur (cf. ci-dessus n. 20). Pour les personnes morales, cela découle plus concrètement de l'art. 6b al. 3 Titre final du CC, qui constitue un cas d'application de l'art. 3 Titre final du CC, rédigé en termes généraux.

IV. LES DIFFÉRENTES DISPOSITIONS TRANSITOIRES DE LA RÉVISION DU DROIT DE LA SOCIÉTÉ ANONYME

24 Ce chapitre traite des domaines thématiques explicitement réglementés par les Übest.

A. Adaptation des statuts et des règlements (art. 2 Übest)

1. Situation initiale et rétrospective

25 L'art. 2 Übest est un classique des révisions du droit des sociétés. Comme le montre l'ordre chronologique ci-après, diverses normes intertemporelles issues de révisions antérieures contenaient déjà des dispositions similaires à l'art. 2 Übest. Il est frappant de constater que les dispositions transitoires les plus récentes se situent plus haut dans la systématique du CO que les deux premières, ce qui ne correspond pas à l'ordre chronologique des dispositions transitoires dans le CO.

Dispositions finales et transitoires relatives aux titres XXIV-XXXIII

B. Adaptation des anciennes sociétés au nouveau droit I. En général

Art. 2

[1] Les sociétés anonymes, les sociétés en commandite par actions et les sociétés coopératives qui, au moment de l'entrée en vigueur de la présente loi, sont inscrites au registre du commerce mais ne sont pas conformes aux dispositions légales, doivent adapter leurs statuts aux nouvelles dispositions dans un délai de cinq ans.

[2] Pendant ce délai, elles sont soumises à l'ancien droit, dans la mesure où leurs statuts sont contraires aux nouvelles dispositions.

[3] Si les sociétés ne se conforment pas à cette prescription, elles doivent être déclarées dissoutes d'office par le préposé au registre du commerce à l'expiration du délai.

[4] (...)

Dispositions finales du titre XXVI

B. Adaptation au nouveau droit I. En général

Art. 2

[1] Les sociétés anonymes et les sociétés en commandite par actions qui, au moment de l'entrée en vigueur de la présente loi, sont inscrites au registre du commerce mais ne sont pas conformes aux nouvelles dispositions légales, doivent adapter leurs statuts aux nouvelles dispositions dans un délai de cinq ans.

[2] (...)

[3] Les autres dispositions statutaires incompatibles avec le nouveau droit restent en vigueur jusqu'à leur adaptation, mais au plus tard pendant cinq ans.

Dispositions transitoires de la modification du 16 décembre 2005

B. Délai d'adaptation

Art. 2

[1] Les sociétés à responsabilité limitée qui sont inscrites au registre du commerce au moment de l'entrée en vigueur de la présente loi, mais qui ne sont pas conformes aux nouvelles dispositions, doivent adapter leurs statuts et leurs règlements aux nouvelles dispositions dans un délai de deux ans.

[2] Les dispositions des statuts et des règlements qui ne sont pas compatibles avec le nouveau droit restent en vigueur jusqu'à leur adaptation, mais au plus tard pendant deux ans.

[3] (...)

[4] (...)

Disposition transitoire de la modification du 12 décembre 2014

B. Adaptation des statuts et des règlements

Art. 2

[1] Les sociétés qui sont inscrites au registre du commerce au moment de l'entrée en vigueur de la modification du 12 décembre 2014 mais qui ne sont pas conformes aux nouvelles dispositions doivent adapter leurs statuts et leurs règlements aux nouvelles dispositions dans un délai de deux ans.

[2] Les dispositions des statuts et des règlements qui ne sont pas compatibles avec le nouveau droit restent en vigueur jusqu'à leur adaptation, mais au plus tard pendant deux ans.

26 Alors que les deux premières révisions prévoyaient des délais de transition de cinq ans, un délai de transition de deux ans correspond à la meilleure pratique actuelle en matière de droit des sociétés. Le nouveau droit comptable et l'art. 28 ORAb prévoyaient également un délai transitoire de deux ans. Selon Forstmoser/Küchler, le délai transitoire de cinq ans de la révision du 4 octobre 1991, entrée en vigueur le 1er juillet 1992, s'est révélé inutilement long. Il faut en outre tenir compte du fait que l'on observe une cadence croissante de modifications législatives dans le droit de la société anonyme, ce qui serait rendu plus compliqué par des délais transitoires trop longs. Par ailleurs, les délais transitoires plus longs sont plus vite oubliés.

27 Malgré cela, un délai transitoire de dix ans a également été discuté lors de la dernière révision du droit de la société anonyme. C'est ce que prévoyait Romano dans sa proposition infructueuse d'adaptation des termes français et italien pour la société anonyme. Afin de préserver la place financière, il a demandé la suppression de la partie indiquant l'anonymisation (de "société anonyme" à "société par actions" et de "società anonima" à "società per azioni"). L'abréviation serait restée "SA".

28 En raison de la similitude (fonctionnelle) de la présente disposition avec l'art. 2 OBest des dernières révisions, il est également possible de tenir compte de la littérature publiée à l'époque pour l'art. 2 OBest dans le présent cas. Le mécanisme est le même ; le libellé diffère en partie de manière minime : ainsi, les dispositions transitoires antérieures parlaient encore d'"incompatible", tandis que les nouvelles dispositions transitoires parlent d'"incompatible".

2. Champ d'application de l'article 2 Übest

a. Champ d'application personnel

L'art. 2 Übest s'applique aux sociétés inscrites au registre du commerce au 1er janvier 2023. Il s'agit des sociétés existantes au sens de l'art. 1 al. 2 Übest (cf. ci-dessus n. 22). Dans d'autres dispositions transitoires déjà, l'art. 1 al. 2 parlait de sociétés existantes et l'art. 2 al. 1 de sociétés inscrites au registre du commerce au moment de l'entrée en vigueur. Rien n'indique qu'il s'agit là d'une différenciation par rapport aux sociétés existantes au sens de l'art. 1 al. 2 Übest. 29

Il ressort de l'art. 2 Übest e contrario que seul le nouveau droit de la société anonyme s'applique aux sociétés fondées après le 1er janvier 2023. L'inscription au registre journalier du commerce est déterminante, même si l'acte authentique a été passé avant. Il en va de même de l'art. 1 al. 1 Übest en relation avec l'art. 4 de la loi sur les sociétés anonymes. de l'art. 4 Titre final du CC. Si aucune société anonyme n'existait avant le 1er janvier 2023, l'ancien droit ne peut pas s'appliquer (cf. ci-dessus n. 21). 30

b. Champ d'application matériel

Il ressort déjà de la note marginale que l'art. 2 OBest se réfère aux statuts et aux règlements. Les statuts fixent les normes qui régissent la société en plus des dispositions légales. Les statuts sont accessibles sans frais sur Internet en tant que pièces justificatives (cf. art. 936, al. 1 et al. 2 CO ainsi que art. 22, al. 3 et art. 43, al. 2, let. b ORC). Les règlements comprennent notamment le règlement d'organisation, très répandu. Par ailleurs, d'autres règlements, tels que les règlements de rémunération ou d'inscription, peuvent également être concernés par des modifications. De tels règlements existent généralement dans les sociétés cotées en bourse, alors que dans les PME, seul un règlement d'organisation est souvent édicté, si tant est qu'il en existe un. 31

3. Période de transition

a. Mécanisme de base

L'art. 2 al. 1 Übest prévoit que les sociétés inscrites au registre du commerce au 1er janvier 2023, mais qui ne sont pas conformes aux nouvelles dispositions, doivent adapter leurs statuts et leurs règlements aux nouvelles 32

dispositions dans un délai de deux ans. Cette disposition est formulée comme une instruction ou un ordre clair. Selon l'art. 2 al. 2 Übest, les statuts et les règlements qui ne sont pas compatibles avec le nouveau droit restent en vigueur jusqu'à leur adaptation, mais au plus tard jusqu'au 31 décembre 2024. Le 1er janvier 2025, les dispositions contraires au nouveau droit cessent automatiquement d'être en vigueur. Les dispositions contraires au nouveau droit sont donc considérées comme non écrites. Il s'agit d'une nullité partielle analogue à l'art. 20 al. 2 CO. Cet automatisme a pour conséquence que les sociétés ne sont en principe pas contraintes de modifier leurs statuts. Le libellé de l'art. 2 al. 1 Übest est donc trop impératif. Par conséquent, les sociétés n'ont généralement pas besoin de procéder à des adaptations obligatoires (pour plus de détails, voir n. 48 ss.). Néanmoins, il devrait être indiqué dans de nombreux cas d'adapter les statuts au nouveau droit, soit pour faire usage des nouvelles possibilités offertes par le droit révisé (p. ex. assemblée générale virtuelle, valeur nominale inférieure à un centime ou bande de capital), soit tout simplement pour ne pas contredire le droit en vigueur et ne pas créer d'insécurité juridique inutile dans l'utilisation quotidienne des documents relevant du droit des sociétés.

33 En ce qui concerne les modifications des statuts et des règlements, le législateur prévoit une "voie à sens unique". Seules les modifications du nouveau droit sont autorisées, et ce avant l'expiration du délai de transition de deux ans. L'introduction d'une nouvelle réglementation autorisée par l'ancien droit n'est pas autorisée après le 1er janvier 2023, indépendamment du délai de transition.

b. Reproduction statutaire de dispositions (impératives) de l'ancien droit

34 Les statuts de nombreuses sociétés reproduisent à l'identique certaines dispositions légales. Il s'agit en l'occurrence de contenus statutaires facultatifs. Ainsi, les compétences de l'assemblée générale au sens de l'art. 698, al. 2, aCO et du conseil d'administration au sens de l'art. 716a, al. 1, aCO sont souvent reproduites dans un catalogue semblable à la loi. Les seuils de convocation et d'inscription à l'ordre du jour de l'assemblée générale selon l'art. 699 al. 3 aCO sont également régulièrement fixés dans les statuts, de même qu'un catalogue des décisions pour lesquelles le quorum qualifié au sens de l'art. 704 al. 1 aCO est obligatoirement prévu. Cette représentation statutaire est justement

appréciée par les investisseurs internationaux qui ne sont pas familiarisés avec le droit suisse (cf. cependant n. 38 et n. 50 ci-dessous concernant l'exemple de l'art. 699 al. 3 aCO, selon lequel on ne peut pas obligatoirement se fier aux statuts).

Les compétences intransmissibles au sens de l'art. 698 al. 2 et de l'art. 716a al. 1 CO sont des compétences obligatoires auxquelles une société ne peut pas déroger dans ses statuts. Les conditions du droit de convocation et d'inscription à l'ordre du jour ne peuvent être que facilitées par les statuts, mais pas rendues plus difficiles. 35

Dans ce contexte, on peut se demander si les reproductions statutaires de l'ancien droit impératif, qui contredisent le nouveau droit impératif, restent en vigueur pendant deux ans, c'est-à-dire jusqu'au 31 décembre 2024, comme le prévoit le mécanisme de base de l'art. 2 al. 2 Übest, ou si elles sont contredites par le nouveau droit impératif. Différents points de vue sont représentés dans ce contexte ou dans un contexte similaire. Comme des questions similaires se sont déjà posées lors de précédentes révisions du droit des sociétés, la doctrine de l'époque peut également être prise en compte (cf. supra n. 25). 36

Certains estiment que les dispositions statutaires reflétant l'ancien régime resteront en vigueur au plus tard jusqu'au 31 décembre 2024. Les nouveaux seuils et quorums ne seraient donc applicables que si l'on réagit par une modification (anticipée) des statuts. Selon le message, l'applicabilité immédiate des normes révisées est soumise à la réserve du droit transitoire, dont l'art. 2 al. 2 Übest peut être considéré comme lex specialis. E contrario, on peut donc argumenter que les dispositions statutaires restent en vigueur et donc applicables pendant la période transitoire de deux ans. Ce point de vue se fonde sur le libellé de l'art. 2 al. 2 Übest. D'un point de vue pratique, il est probable que les actionnaires se fient aux dispositions statutaires correspondantes. Ainsi, les statuts sont notamment examinés avant l'achat d'actions dans le cadre de la "legal due diligence". 37

Une telle confiance éventuellement suscitée peut toutefois être ébranlée, comme le montre l'exemple suivant : Le Tribunal fédéral a retenu, en accord avec la doctrine dominante, que les actionnaires détenant une part d'au moins 10 % du capital-actions ont également un droit d'inscription à l'ordre du jour. En outre, une partie de la doctrine constate que les actionnaires détenant des actions d'une valeur nominale de CHF 1 million ont également le droit de 38

convoquer l'assemblée générale. Les seuils s'appliqueraient donc alternativement dans les deux sens - contrairement au libellé trop restrictif de l'art. 699 al. 3 aCO.

39 Dans la révision du droit de la société anonyme du 4 octobre 1991, entrée en vigueur le 1er juillet 1992, l'art. 6 des dispositions transitoires y afférentes prévoyait qu'une société qui, par la simple reproduction de dispositions de l'ancien droit, avait repris dans ses statuts, pour certaines décisions, des prescriptions relatives aux majorités qualifiées, pouvait, dans un délai d'un an à compter de l'entrée en vigueur, décider de s'adapter au nouveau droit à la majorité absolue de toutes les voix attribuées aux actions représentées à une assemblée générale. Cette disposition s'appliquait également aux quorums de présence inscrits dans la loi à l'époque. Sans cette disposition, les dispositions statutaires correspondantes continueraient à s'appliquer sans changement en tant que droit statutaire, même après la révision du droit de la société anonyme à l'époque. Pour les grandes sociétés, il aurait été difficile de s'adapter au nouveau droit, car il aurait fallu sinon respecter le quorum à éliminer. Il s'agissait en l'occurrence de dispositions relatives au quorum qui étaient accessibles aux dispositions statutaires (cf. art. 627, ch. 11, aCO ; voir sur l'accessibilité statutaire, n. 41 ci-dessous).

40 Lors de révisions antérieures, Jäggi et Rapp ont défendu le point de vue selon lequel les dispositions statutaires qui ne font que reproduire le texte de loi actuel sont automatiquement caduques s'il peut être prouvé que l'on était d'avis, lors de leur adoption, de reproduire le texte de loi en question. Jäggi exigeait que les fondateurs aient pris en compte cette situation. Selon lui, la simple reprise du texte de la loi ne suffisait pas. Si de nouveaux actionnaires s'ajoutaient, l'ancien droit s'appliquait en vertu du principe de confiance, selon Jäggi. Capitaine partait du principe qu'en l'absence de preuve d'une volonté contraire, une disposition statutaire qui ne faisait que reprendre le texte de l'ancien droit n'était pas valable. Tous ces points de vue semblent difficilement praticables.

41 Böckli, Forstmoser, Stauffer et Vischer se sont exprimés sur les révisions précédentes en disant que les dispositions impératives du nouveau droit de la société anonyme prévalaient si les statuts ne faisaient que reproduire les règles impératives de l'ancien droit. Les statuts ne devraient donc pas avoir la priorité sur les questions qu'ils n'ont pas à régler. Selon cette conception, le nouveau droit s'appliquait immédiatement lorsque le motif de validité ne se

trouvait pas dans les statuts, mais dans la loi (par exemple pour l'art. 698 al. 2 et l'art. 716a al. 1 CO [voir ci-dessus n. 35]). Hürlimann a critiqué l'avis de Stauffer sur la révision du 18 décembre 1936, entrée en vigueur le 1er juillet 1937. D'une part, il estimait qu'il était difficile de déterminer les domaines dont la raison d'être se trouvait dans la loi. On peut objecter à cela qu'il est en général clair (du moins de nos jours) si une norme du droit des sociétés est impérative ou dispositive. D'autre part, Hürlimann a critiqué l'absence de base légale pour cette différenciation. On peut lui rétorquer que la base légale résulte de l'interprétation téléologique de la disposition transitoire.

La question centrale est donc de savoir si, lors de l'interprétation de l'art. 2 al. 2 OBest, l'élément grammatical domine et si l'on parvient à la conclusion que le délai de deux ans s'applique également à la reproduction statutaire du droit légal impératif ou si, au contraire, les arguments téléologiques l'emportent et si l'on admet que le droit légal impératif est applicable immédiatement, c'est-à-dire à partir du 1er janvier 2023. 42

Les arguments suivants plaident en faveur d'une justification plus solide de la deuxième opinion. Il a déjà été démontré dans le cadre de la première opinion que les actionnaires ne peuvent pas se fier entièrement aux dispositions statutaires correspondantes ou à leur libellé, notamment en raison de la jurisprudence (cf. ci-dessus n. 38). En outre, les statuts ne peuvent pas créer un ordre que le législateur se réserve. De plus, ce point de vue est en accord avec l'idée de base de l'art. 3 Titre final du Code civil, qui doit être utilisé pour l'interprétation (voir le renvoi toutefois déclaratoire de l'art. 1 al. 1 Übest [cf. ci-dessus n. 7]). L'art. 3 Titre final CC prévoit que les dispositions impératives du nouveau droit concernant le contenu d'un rapport juridique sont immédiatement applicables dès leur entrée en vigueur. Cela vaut entre autres aussi pour les sociétés (cf. aussi art. 6b al. 3 Titre final du CC et n. 20 et n. 23 ci-dessus). 43

Le Tribunal fédéral a décidé, concernant le contrôle spécial introduit dans la révision du 4 octobre 1991 et entré en vigueur le 1er juillet 1992, qu'il s'appliquait à l'examen de faits antérieurs à son entrée en vigueur. Comme il s'agissait d'un droit à l'information garanti par la loi, celui-ci échappait aux restrictions ou aux réglementations dérogatoires prévues par les statuts. Pour cette raison, le Tribunal fédéral n'a pas retenu l'objection selon laquelle la disposition transitoire relative aux dispositions statutaires s'applique. L'appréciation juridique des faits est toutefois soumise à l'ancien droit en 44

raison du principe de non-rétroactivité. Cette décision du Tribunal fédéral plaide également en faveur de la deuxième opinion.

45 La disposition transitoire de cinq ans de la révision du 4 octobre 1991, qui est entrée en vigueur le 1er juillet 1992, s'appliquait, selon Forstmoser, au contenu statutaire absolument et conditionnellement nécessaire. De tels contenus selon l'ancien droit résultent des art. 626 s. aCO. L'art. 626 aCO énumérait de manière exhaustive le contenu minimal des statuts. La liste de l'art. 627 aCO n'était pas exhaustive. Les domaines thématiques du contenu nécessaire des statuts qui ne sont pas couverts par l'art. 627 aCO sont également concernés par le délai transitoire de deux ans. L'art. 627 aCO a été abrogé parce qu'il était incomplet et qu'il semblait trop fastidieux de le compléter. Comme dans l'ancien droit, le contenu conditionnel des statuts est déterminé par les dispositions légales applicables.

46 Si les statuts renvoient à la loi, on peut partir du principe que le simple renvoi d'une disposition statutaire à la loi est considéré comme un renvoi à l'ordre juridique en vigueur (renvoi dit dynamique). cet égard, il n'existe a priori aucune confiance dans l'existence d'un ordre juridique déterminé en matière de droit des sociétés. A cet égard, il est recommandé, pour des raisons de transparence, de renvoyer à l'avenir directement au droit des sociétés dans les statuts au lieu de le recopier (du moins en ce qui concerne le contenu) à l'identique.

47 On peut en outre argumenter que l'ancrage statutaire des art. 698, 704 et 716a aCO n'est pas exhaustif et peut être complété en tout temps par un nouveau droit.

4. Les statuts

a. Besoin d'adaptation

48 Comme nous l'avons déjà mentionné plus haut, la révision du droit de la société anonyme ne doit pas entraîner d'obligation de modifier les statuts (cf. ci-dessus n. 32). C'est surtout un soulagement pour les PME ou les sociétés de groupe, car une modification des statuts nécessite, outre une décision de l'assemblée générale, un acte authentique (cf. art. 647 et art. 698, al. 2, ch. 1, CO). Pour des raisons de sécurité juridique et de clarté, il est toutefois généralement recommandé de procéder à une adaptation. Pour ce faire, on peut s'inspirer des différents modèles proposés par les offices cantonaux du

registre du commerce. Il existe toutefois les exceptions suivantes au principe de l'absence de contrainte dans l'adaptation des statuts :

L'art. 626 al. 2 ch. 1 nCO prescrit que les statuts des sociétés cotées prévoient des dispositions sur le nombre d'activités que les membres du conseil d'administration, de la direction et du conseil consultatif peuvent exercer dans des fonctions comparables auprès d'autres entreprises à but économique ("mandats de tiers"). Désormais, les mandats dans la direction d'autres entreprises sont également pris en compte (cf. encore art. 12, al. 1, ch. 1 ORAb : "dans les organes supérieurs de direction ou d'administration"). En revanche, les mandats sont limités à ceux qui ont un "but économique" (art. 626, al. 2, ch. 1, nCO). A notre avis, les dispositions de l'art. 626, al. 2, ch. 1, nCO doivent impérativement être adaptées dans le cadre du délai transitoire de deux ans prévu à l'art. 2 Übest, c'est-à-dire d'ici au 1er janvier 2025. Par ailleurs, celui qui, en tant que membre du conseil d'administration, empêche que les statuts contiennent des dispositions correspondantes au sens de l'art. 626 al. 2 ch. 1 CO est punissable (art. 154 al. 2 let. c nCP). L'intention directe est requise ; le dol éventuel ne suffit pas (cf. art. 154 al. 3 nCP). Comme l'intention directe est rarement remplie dans ce cas, il reste à voir si cette infraction n'est pas restée lettre morte. 49

Selon les art. 10 et 26 du RC SIX et les ch. 4.1 et 19.1 du RC BX, une cotation à la SIX Swiss Exchange ou à la BX Swiss ainsi que son maintien présupposent que, entre autres, les statuts des sociétés cotées en bourse soient conformes au droit national auquel l'émetteur est soumis. Le droit de cotation des bourses en Suisse a notamment pour objectif la transparence en ce qui concerne la qualité de l'émetteur (art. 1 RC SIX et ch. 1.1 RC BX). Pour cette raison, il faut à notre avis exiger des sociétés cotées en bourse que leurs statuts ne contiennent pas de dispositions non valables. Il devrait en aller de même pour les sociétés surveillées d'une autre manière, par exemple par la FINMA. Cela permet notamment de protéger les investisseurs étrangers qui ne connaissent pas bien le droit suisse des sociétés anonymes. L'esprit de la révision du droit de la société anonyme - selon lequel les sociétés ne sont pas contraintes de modifier leurs statuts (cf. ci-dessus n. 32) - ne change rien à cette conception, car le droit de cotation poursuit ses propres objectifs. Une mise à jour des statuts est donc nécessaire. La jurisprudence et la doctrine susmentionnées relatives à l'art. 699 al. 3 aCO n'ont pas été reproduites dans les statuts de diverses sociétés cotées en bourse (cf. ci-dessus n. 38). Cela 50

pourrait indiquer que les bourses ne vérifieront pas systématiquement si les statuts sont conformes au nouveau droit. A notre avis, il faut s'attendre à ce que la plupart des sociétés cotées en bourse adaptent leurs statuts lors de l'assemblée générale ordinaire de 2023 ou 2024. Pour certaines sociétés, il est important de disposer de statuts conformes au nouveau droit dès 2023. D'autres sociétés attendent d'abord de voir ce que font les autres sociétés.

51 En outre, une modification des statuts s'impose tant pour les sociétés non cotées que pour les sociétés cotées si l'on veut faire usage d'une possibilité offerte par le nouveau droit et qu'une base statutaire est nécessaire à cet effet. Le délai transitoire de deux ans ne s'applique pas dans ce cas, car le nouveau droit sera en principe applicable à partir du 1er janvier 2023 et il s'agit de nouvelles possibilités - sans base dans le droit actuel (cf. aussi art. 1 al. 2 Übest).

52 Parmi les possibilités offertes par le nouveau droit, on trouve notamment :

- Réduction de la valeur nominale minimale en dessous d'un centime (art. 622 al. 4 nCO) ;
- Capital-actions dans une monnaie étrangère (art. 621, al. 2, et art. 626, al. 1, ch. 3, nCO) ;
- Introduction d'une marge de fluctuation du capital (art. 653s al. 1 nCO) ;
- Introduction d'une clause d'arbitrage statutaire (art. 697n nCO) ;
- Lieu de réunion à l'étranger pour une assemblée générale (art. 701b, al. 1, nCO) ;
- Assemblée générale virtuelle (le cas échéant sans représentation indépendante des droits de vote ; art. 701d CO).

53 Il se peut que le nouveau droit exige également une intervention immédiate. Selon l'art. 716b, al. 1, nCO, le conseil d'administration peut - sauf disposition contraire des statuts - déléguer tout ou partie de la gestion à des membres individuels ou à des tiers, conformément à un règlement d'organisation (art. 716b, al. 1, nCO). En revanche, auparavant, la délégation de la gestion nécessitait une base statutaire (art. 716b, al. 1, aCO). Le droit dispositif a donc été inversé. Si un transfert de la gestion n'est pas souhaité à partir du 1er janvier 2023, une disposition statutaire prohibitive correspondante doit être adoptée de manière proactive.

L'ancien droit de la société anonyme n'autorisait la représentation à l'assemblée générale par d'autres actionnaires exclusivement qu'en présence d'une disposition statutaire correspondante (cf. art. 627, ch. 10, et art. 689, al. 2, aCO). En cas de réglementation de ce type dans les statuts d'une société non cotée, il est désormais exigé que le conseil d'administration désigne un représentant indépendant ou un représentant des organes à la demande d'un actionnaire (art. 689d, al. 2, nCO). Les détails sont réglés dans les statuts (art. 689d al. 3 nCO in fine). Par conséquent, le nouveau droit exige une adaptation correspondante des statuts. Comme il ne s'agit pas du remplacement de l'ancien droit par un nouveau droit impératif, mais d'une nouvelle réglementation que l'ancien droit ne prévoyait pas, le délai transitoire de deux ans au sens de l'art. 2, al. 2, OBest s'applique à cet égard (cf. ci-dessus n. 32 ss.). 54

A partir du 1er janvier 2023, certaines indemnités seront interdites sans base statutaire, car le catalogue des indemnités interdites de l'art. 735c nCO comprendra désormais aussi certaines indemnités versées à d'anciens membres du conseil d'administration ou de la direction ainsi qu'à des personnes qui leur sont proches (cf. sur le droit des indemnités également n. 127 ss.). Une adaptation des statuts peut s'avérer nécessaire à cet égard. 55

Une augmentation autorisée du capital-actions au sens des art. 651 ss. aCO n'est possible après le 1er janvier 2023 que si la décision correspondante de modification des statuts a été prise avant le 1er janvier 2023 (cf. art. 3 Übest ; voir ci-dessous N. 81). 56

Concernant les clauses d'arbitrage contenues dans les statuts avant le 1er janvier 2023, voir ci-dessous N. 194. 57

b. Déroulement des adaptations des statuts

Si la société ou son conseil d'administration identifie un besoin d'adaptation, l'adaptation des statuts se fait par décision de l'assemblée générale (cf. art. 698 al. 2 let. a CO). Le conseil d'administration élaborera alors le projet et convoquera l'assemblée générale correspondante (cf. art. 699 al. 1 et art. 716a al. 1 ch. 6 CO). La décision de l'assemblée générale doit faire l'objet d'un acte authentique et la nouvelle date des statuts doit être inscrite au registre du commerce (cf. art. 647 CO et art. 22 al. 1 let. b ORC ; concernant les statuts comme justificatifs, voir ci-dessus n. 31). Dans ce contexte, l'assemblée 58

générale, si elle a lieu après le 1er janvier 2023, est soumise au nouveau droit en tant que fait nouveau (art. 1 al. 3 Titre final du Code civil ; cf. ci-dessus n. 15). Les dispositions légales impératives relatives à l'assemblée générale ne peuvent pas être ignorées en raison de dispositions statutaires contenant l'ancien droit impératif (cf. n. 34 ss. ci-dessus). Une convocation avant le 1er janvier 2023 pour une assemblée générale après le 1er janvier 2023 est régie, à notre avis, par l'art. 700 aCO. Les convocations des sociétés cotées en bourse ne doivent donc pas contenir une brève motivation des propositions du conseil d'administration (cf. art. 700 al. 2 ch. 3 nCO).

59 L'OFRC a publié un communiqué de pratique concernant les modifications des statuts en vue de l'entrée en vigueur de la révision du droit des sociétés anonymes. Celle-ci traite de la question de savoir dans quelle mesure des modifications de statuts pouvaient être décidées et inscrites au registre du commerce avant le 1er janvier 2023 en vue de l'application du nouveau droit. Une distinction est faite entre les modifications statutaires à terme et les modifications statutaires conditionnelles. Dans la mesure où il s'agit de faits qui ne doivent pas être publiés, ceux-ci pouvaient être décidés à terme. De telles dispositions statutaires pouvaient être annoncées à l'office du registre du commerce en vue de leur inscription au registre du commerce depuis l'adoption du texte définitif de la nRéglementation sur le commerce, c'est-à-dire depuis le 2 février 2022. Pour les sociétés anonymes, les faits soumis à l'obligation de publication découlent de l'art. 45 nHRegV. Parmi les modifications statutaires à échéance, on trouve notamment une disposition relative à l'assemblée générale virtuelle (cf. art. 701d nCO) ainsi que, pour les sociétés non cotées, certaines dispositions du droit de la rémunération aux art. 732 ss. nCO (cf. art. 732 al. 2 nCO). Les statuts doivent indiquer clairement quelle réglementation s'applique et à quel moment. En revanche, les modifications statutaires soumises à publication ne pouvaient pas être annoncées à l'office du registre du commerce avant le 1er janvier 2023. Avant le 1er janvier 2023, une décision conditionnelle de modification des statuts était toutefois possible sous la condition suspensive de l'entrée en vigueur de la révision du droit de la société anonyme. La date des statuts est celle de la prise de décision et non celle de l'entrée en vigueur du nouveau droit, c'est-à-dire le 1er janvier 2023, ou celle de la réquisition d'inscription au registre du

commerce (cf. art. 22, al. 1, let. b, ORC). Les modifications statutaires suivantes en font partie :

- Réduction de la valeur nominale en dessous d'un centime, la valeur nominale devant être supérieure à zéro (art. 622, al. 4, nCO et art. 45, al. 1, let. h, nORC) ;
- Capital en monnaie étrangère (art. 621 al. 2 et al. 3, art. 629 al. 3 et art. 632 al. 2 nCO et art. 45 al. 1 let. h nHRegV) ;
- Introduction d'un capital-participation coté en bourse conformément aux dispositions révisées (art. 656b al. 1 nCO et art. 45 al. 1 let. j nHRegV) ;
- Bande de capital (art. 653s ss. COn et art. 59a al. 2 ORCN) ;
- Clause d'arbitrage (art. 697n nCO et art. 45 al. 1 let. u nHRegV).

60 Pour l'adaptation de la valeur nominale, on peut se référer à l'adaptation de la loi du 1er mai 2001, selon laquelle la valeur nominale d'une action doit être supérieure à un centime (art. 622 al. 4 aCO). A cet égard, il était également possible, avant le 1er mai 2001, de prendre une décision conditionnelle de modification des statuts concernant la réduction de la valeur nominale. Une décision inconditionnelle était nulle selon l'EHRA, car elle aurait été contraire au droit en vigueur à l'époque. La réalisation de la condition, c'est-à-dire l'entrée en vigueur de la modification de la loi, est considérée comme étant de notoriété publique en raison de sa publication dans le Recueil officiel et ne doit donc pas être constatée par un acte authentique. Les réflexions de l'OFRC de l'époque concernant la nullité et l'acte authentique peuvent être transposées telles quelles à la communication pratique OFRC 1/22.

61 En ce qui concerne la convocation de l'assemblée générale, le conseil d'administration doit s'assurer que les objets portés à l'ordre du jour respectent l'unité de la matière (art. 700 al. 3 nCO). Ce principe, également connu en droit constitutionnel, était déjà en vigueur dans l'ancien droit de la société anonyme. Le principe de l'unité de la matière doit être respecté en particulier lors de l'adaptation des statuts. Selon Müller, il est violé si des éléments de différents objets de décisions clés sont liés. Cela permet d'éviter que les actionnaires approuvent une proposition alors qu'ils ne sont que partiellement d'accord avec elle. Les actionnaires doivent pouvoir former et transmettre leur volonté librement et sans distorsion. Il est donc supposé que les différents éléments d'un point de l'ordre du jour présentent un lien

matériel ou étroit. L'unité de la matière s'applique également aux propositions. Il n'est donc pas permis d'imposer aux actionnaires d'approuver une partie de la proposition contre leur gré, uniquement pour qu'ils puissent accepter la deuxième partie de la proposition.

62 Une distinction est faite entre la révision partielle et la révision totale des statuts. En cas de révision totale, les offices du registre du commerce exigent que toutes les dispositions soient conformes au nouveau droit. En revanche, lors d'une révision partielle, seules les dispositions statutaires modifiées ou nouvellement ajoutées sont examinées. Lors d'une révision partielle des statuts, il est possible de constituer des blocs thématiques pour une discussion et un vote, qui peuvent éventuellement dépendre les uns des autres sur le plan du contenu. Chacun de ces blocs thématiques doit faire l'objet d'une délibération et d'un vote séparés, conformément au principe de l'unité de la matière. Le conseil d'administration dispose d'une certaine marge d'appréciation dans la composition des blocs thématiques. L'exigence d'unité de la matière ne doit pas être interprétée de manière trop restrictive. Le législateur n'a pas l'intention de fragmenter l'ordre du jour de manière inappropriée.

63 Les blocs de thèmes suivants sont envisageables :

- Dispositions relatives à la rémunération (cf. art. 626, al. 2, nCO) ;
- Dispositions relatives à une bande de capital (cf. art. 653s ss. CO) ;
- Dispositions relatives à l'assemblée générale ;
- Dispositions relatives au conseil d'administration ;
- Dispositions relatives à l'organe de révision.

64 Les décisions de principe telles que la limitation du droit de vote ou de la transmissibilité des actions nominatives (restriction de la transmissibilité ; art. 685a ss. CO) devraient être prises séparément. L'adaptation ou l'épuration des dispositions statutaires qui ne font que reproduire le droit impératif peut être conçue comme un bloc thématique unique, car les actionnaires ne peuvent de toute façon pas déroger à la loi par le biais des statuts (cf. ci-dessus n. 41 ss.). Ainsi, il n'est pas nécessaire de voter séparément sur chaque épuration. Il leur incombe uniquement de décider si les statuts reflètent ou non le droit impératif "incorrect" (cf. n. 34 ss. ci-dessus). Comme la révision du droit de la société anonyme ne doit pas conduire à des modifications obligatoires des

statuts (cf. ci-dessus n. 32), les offices du registre du commerce ne peuvent pas, à notre avis, exiger en plus, lors de certaines modifications des statuts, qu'une mise à jour formelle soit effectuée de manière générale.

Le principe de l'unité de la matière n'exige cependant pas que chaque disposition soit votée séparément lors d'une révision totale des statuts. Avec le principe de l'unité de la matière, le législateur n'entend pas introduire un "bazar sur chaque disposition statutaire". Il va de soi qu'un(e) actionnaire est libre de rejeter la proposition dans son ensemble. De plus, les actionnaires peuvent faire des propositions sur chaque disposition (art. 700 al. 4 aCO ou art. 699b al. 5 nCO). En cas de sujets controversés, il peut être judicieux de les voter séparément et de soumettre ensuite le résultat à un vote global. 65

Le principe de l'unité de la matière ne doit pas être contourné par le fait qu'une révision partielle est effectuée au titre de la révision totale. Dans ce contexte, on peut parler de révision totale formelle et de révision totale matérielle. Il y a révision totale formelle lorsque l'ancienne version des statuts est entièrement remplacée par une nouvelle version. Si un nombre important de dispositions statutaires ont été modifiées matériellement, il s'agit également d'une révision totale matérielle. Selon Müller, la limite de l'importance se situe entre cinq et dix votes individuels, la limite augmentant en fonction du volume des statuts. Hubacher/Sieber/Vogel/Baumberger indiquent également dix modifications comme "règle du pouce". 66

La question de savoir si un sujet doit faire l'objet d'une décision en un seul vote ou si plusieurs sujets doivent être regroupés en un seul bloc dépend de différentes considérations. D'une part, les thèmes doivent être regroupés de manière à ce que la volonté de l'assemblée générale puisse être exprimée le plus fidèlement possible. Cela signifie qu'un sujet potentiellement controversé ne doit pas être voté en même temps que des sujets non contestés. Dans le cas contraire, il y a un risque que l'ensemble des sujets soit rejeté. D'autre part, il faut tenir compte du quorum requis pour la prise de décision. Un vote unique est recommandé si un quorum qualifié est prévu pour une décision. Dans le cas contraire, le quorum qualifié s'applique à l'ensemble du bloc thématique, même si seule une partie du bloc thématique y est soumise. 67

Si l'unité de la matière n'est pas respectée, la décision correspondante de l'assemblée générale peut être contestée (art. 706 s. CO). Selon Müller, pour que le principe de l'unité de la matière soit appliqué, il faut qu'un actionnaire 68

intervienne à l'assemblée générale pour le faire respecter en demandant un vote séparé. En l'absence de base légale, il n'y a à notre avis aucune raison de faire une exception au principe selon lequel il n'y a pas d'obligation de réclamation en cas de vices formels dans le droit de la société anonyme - sous réserve de comportements abusifs.

69 L'office du registre du commerce doit uniquement inscrire les décisions contestables, également sous réserve d'autres vices. Par conséquent, les décisions concernant les dispositions statutaires qui violent l'unité de la matière doivent être inscrites au registre du commerce. Les mesures provisionnelles qui entraînent un blocage du registre sont réservées (cf. art. 261 ss CPC).

5. Règlements

a. Besoin d'adaptation

70 Le même mécanisme que pour les statuts s'applique aux règlements. Au 1er janvier 2025, les dispositions contraires au nouveau droit deviennent automatiquement caduques, conformément à l'art. 2 al. 2 Übest (cf. N. 32). Bien que le Parlement ne se soit pas prononcé explicitement sur ce point, contrairement aux statuts, on peut supposer que les modifications du règlement ne sont pas non plus obligatoires.

71 Il a été expliqué au n. 50 que les sociétés cotées en bourse doivent adapter leurs statuts sur la base des règlements de cotation. Il n'existe certes pas de dispositions analogues selon lesquelles les règlements doivent être conformes au droit suisse (cf. art. 10 et art. 26 du RC SIX ainsi que ch. 4.1 et ch. 19.1 du RC BX). Toutefois, de nombreuses sociétés cotées publient au minimum le règlement d'organisation en ligne de manière volontaire, raison pour laquelle une adaptation est également recommandée dans ces cas.

72 En premier lieu, il convient d'examiner le règlement d'organisation souvent existant pour voir s'il doit être adapté. Dans ce règlement, le conseil d'administration règle essentiellement la délégation de la gestion du conseil d'administration à une direction (art. 716b al. 1 nCO). En outre, les réunions et les prises de décision du conseil d'administration y sont régulièrement réglées. Le mode de travail et les compétences des éventuels comités du conseil d'administration (committees) y sont également souvent définis, bien que l'on trouve souvent des règlements séparés (committee charters).

Le cas échéant, une modification du règlement peut s'imposer. En premier lieu, lorsque le règlement renvoie à des dispositions statutaires ou légales adaptées. Toutefois, des adaptations indépendantes peuvent également être indiquées, comme le montrent les exemples suivants. 73

Selon l'art. 701e al. 1 nCO, le conseil d'administration règle l'utilisation des moyens électroniques lors de l'assemblée générale. Cela est particulièrement important en cas de tenue d'une assemblée générale virtuelle, hybride ou multilocale. Il est recommandé de régler cette question dans le règlement d'organisation, dans un règlement séparé ou dans une directive séparée. Il est également recommandé d'inclure des dispositions relatives à la prise de décision électronique du conseil d'administration dans le règlement d'organisation. 74

Il est également envisageable que le conseil d'administration se sente obligé de prévoir des dispositions différentes dans le règlement d'organisation en raison d'une norme légale dispositive qui ne lui convient pas. Selon l'art. 713 al. 2 ch. 3 nCO, aucune signature n'est requise pour les décisions par voie de circulaire électronique, à moins que le conseil d'administration n'en décide autrement par écrit. Pour déroger à cette règle, il est nécessaire que le conseil d'administration - s'il n'en dispose pas déjà - inscrive une clause correspondante, par exemple dans le règlement d'organisation. 75

En ce qui concerne les conflits d'intérêts, l'art. 717a nCO entre en vigueur avec la révision du droit de la société anonyme en tant que réglementation rudimentaire. Selon l'art. 717a al. 2 nCO, le conseil d'administration doit prendre des mesures pour sauvegarder les intérêts de la société en cas de conflits d'intérêts. Des règles correspondantes peuvent être prévues dans le règlement d'organisation, si elles n'existent pas déjà. Cela n'est toutefois pas obligatoire. Des mesures au cas par cas suffisent, précisément parce que l'art. 716b, al. 2, ch. 4, P-CO, selon lequel le règlement d'organisation régit la gestion des conflits d'intérêts, n'a pas été repris par le Parlement. 76

Si elles existent, des modifications du règlement d'inscription peuvent également être conseillées. Selon l'art. 685d al. 2 nCO, la société d'actions nominatives cotées en bourse peut refuser des acquéreurs si ceux-ci ne déclarent pas, à leur demande, qu'ils ont acquis les actions en leur propre nom et pour leur propre compte, qu'il n'existe pas d'accord sur le rachat ou la restitution d'actions correspondantes et qu'ils supportent le risque 77

économique lié aux actions. Il s'agit d'une disposition facultative. Il n'est donc pas nécessaire de prévoir une telle disposition. Néanmoins, il peut être conseillé, dans le sens d'une mesure de défense, de refléter cette nouveauté dans le règlement d'inscription, le cas échéant également dans les statuts.

78 Selon l'art. 686 al. 2bis nCO, les sociétés cotées en bourse doivent veiller à ce que les propriétaires ou les usufruitiers puissent présenter leur demande d'inscription au registre des actions par voie électronique. Le règlement d'inscription doit donc être examiné à cet égard.

b. Déroulement de l'adaptation du règlement

79 Si une adaptation est jugée nécessaire, le règlement correspondant doit être modifié. Le conseil d'administration est compétent pour ce faire, car il lui incombe de manière intransmissible et inaliénable de fixer l'organisation de la société (cf. art. 716a al. 1 ch. 2 CO). Par conséquent, l'assemblée générale ne peut et ne doit pas décider d'une adaptation à cet égard.

B. Augmentation autorisée du capital et augmentation du capital conditionnel (art. 3 Übest)

80 L'art. 3 Übest règle le traitement transitoire de l'augmentation autorisée du capital (cf. ci-dessous n. 81 ss) et de l'augmentation de capital à partir d'un capital conditionnel (cf. ci-dessous n. 86 s.).

1. Augmentation de capital autorisée

81 La marge de fluctuation du capital selon les art. 653s ss. nCO remplace l'augmentation autorisée du capital selon les art. 651 ss. aCO en vigueur sous l'ancien droit. L'ancien droit s'applique aux augmentations de capital autorisées décidées avant le 1er janvier 2023 (art. 3 Übest). L'art. 3 Übest se base sur le moment de la décision ("ont été décidés"). Par conséquent, une inscription d'un capital autorisé décidé en janvier 2023 est également envisageable. L'inscription de la décision d'autorisation auprès de l'office du registre du commerce doit être effectuée le plus rapidement possible. Une augmentation autorisée du capital est possible pour une période allant jusqu'à deux ans (art. 651 al. 1 aCO). Ce délai ne commence à courir qu'à partir de l'inscription au registre du commerce. Dans la pratique, une date de fin déterminante a toutefois été régulièrement inscrite dans les statuts.

Les prolongations et les modifications de l'augmentation de capital autorisée après le 1er janvier 2023 ne sont plus possibles (cf. art. 3 Übest in fine ; voir aussi ch. 2.1 annexe RLCG). Tout vestige correspondant de l'augmentation autorisée du capital doit être supprimé des statuts par le conseil d'administration (cf. art. 651a al. 2 aCO). 82

Pour des raisons de praticabilité, il devrait à notre avis être permis, lors d'une révision totale des statuts après le 1er janvier 2023, de déplacer ou de réintroduire dans les statuts la réglementation concernant le capital autorisé. Le numéro d'article peut être modifié ou la réglementation peut être réinscrite dans le même article. La réglementation ne doit cependant être modifiée ni sur la forme ni sur le fond (cf. ci-dessus n. 82). Par sécurité, la procédure correspondante devrait d'abord être discutée avec l'office du registre du commerce compétent. Si cette procédure n'était pas autorisée, une révision partielle importante des statuts devrait être décidée et annoncée à l'office du registre du commerce, ce qui entraînerait une charge administrative nettement plus élevée. 83

Si une bande de capital est décidée, le maintien d'un capital autorisé déjà décidé se fait, selon Forstmoser/Küchler, sous le régime de la bande de capital. En revanche, l'OFRC demande, en accord avec Büchler, von der Crone/Dazio et Gericke/Lambert, que la disposition statutaire concernant le capital autorisé soit formellement abrogée. Une coexistence des deux instruments n'est pas prévue, d'autant plus que la bande de capital remplace l'augmentation autorisée du capital (cf. ci-dessus n. 82). Une abrogation formelle est à notre avis certainement recommandée, ne serait-ce que pour des raisons rédactionnelles. 84

A la Bourse SIX Swiss Exchange, le nouvel art. 14 RLAE s'applique par analogie en cas d'augmentation autorisée du capital (art. 26 al. 2 RLAE). La réglementation reste la même. Un certificat global supplémentaire doit être établi pour le montant dont le capital a été augmenté et remis au dépositaire collectif auprès duquel le certificat global précédent était déposé. Une réglementation similaire en cas d'augmentation autorisée du capital est prévue à l'art. 16a al. 2 RLRMP et à l'art. 24 al. 2 RLVB. 85

2. Augmentation conditionnelle du capital

86 Le contenu de l'augmentation conditionnelle du capital reste en grande partie inchangé. Toutefois, le champ d'application du capital conditionnel a été élargi à l'art. 653 al. 1 nCO en raison des besoins de la pratique. Le conseil d'administration peut également supprimer des statuts les dispositions relatives au capital conditionnel si celui-ci n'a pas été émis (art. 653i al. 1 ch. 2 nCO). Comme rien ou presque n'a changé, l'art. 3 Übest concernant le capital conditionnel n'a que peu d'importance. En tout état de cause, le capital conditionnel existant après le 1er janvier 2023 ne peut être modifié et supprimé qu'aux conditions du nouveau droit. Une décision de l'assemblée générale avant le 1er janvier 2023 avec un capital conditionnel selon le nouveau droit est également possible, pour autant que l'entrée en vigueur de la disposition statutaire soit fixée au 1er janvier 2023 (cf. aussi N. 59 ci-dessus).

87 Pour les règles de la bourse SIX Swiss Exchange, voir les normes correspondantes au n. 85 ci-dessus.

C. Représentation des sexes (art. 4 Übest)

88 734f nCO concernant la représentation des sexes au sein du conseil d'administration et de la direction est déjà entré en vigueur le 1er janvier 2021, en même temps que l'art. 4 OBest. L'art. 734f nCO impose aux sociétés cotées en bourse qui dépassent les valeurs seuils au sens de l'art. 727 al. 1 ch. 2 CO et qui ne respectent pas les valeurs indicatives relatives au genre d'indiquer dans le rapport de rémunération pourquoi chaque sexe n'est pas représenté à hauteur d'au moins 30 % au conseil d'administration et d'au moins 20 % à la direction et de publier des mesures visant à promouvoir le sexe le moins représenté (approche comply or explain).

89 L'art. 4 Übest prévoit de longs délais de transition :

- Un délai de transition de cinq ans est prévu en ce qui concerne la représentation des sexes au sein du conseil d'administration. Ainsi, l'obligation d'établir des rapports s'applique pour la première fois à l'exercice qui commence le 1er janvier 2026 ou après. Les publications correspondantes seront donc effectuées à partir du premier semestre 2027.
- En ce qui concerne la représentation des sexes au sein de la direction, un délai transitoire de dix ans est même prévu. Ainsi, l'obligation d'établir un

rapport s'appliquera pour la première fois à l'exercice qui débute le 1er janvier 2031 ou après. Les publications correspondantes auront donc lieu à partir du premier semestre 2032.

- On observe toutefois que certaines entreprises se conforment volontairement ou sous la pression du marché des capitaux (notamment des proxy advisors) à cette obligation de reporting plus tôt.

Les délais transitoires permettent d'atteindre les valeurs indicatives de genre par le biais des fluctuations naturelles et d'éviter les remplacements précipités. Le délai transitoire pour la direction est deux fois plus long, car le recrutement est plus difficile et les exigences en matière de connaissances de la branche sont souvent plus élevées que pour le conseil d'administration. 90

L'art. 734f nCO se base sur deux sexes, à savoir le masculin et le féminin. Deux postulats déposés au Conseil national demandaient l'introduction d'un troisième sexe, ce que le Conseil fédéral a toutefois refusé. Si la situation juridique devait changer à l'avenir, il serait éventuellement nécessaire d'adapter l'art. 734f nCO et, le cas échéant, l'art. 4 OBest avant l'expiration des délais transitoires prévus à l'art. 4 OBest. 91

Dans la DCG adaptée suite à la révision du droit de la société anonyme, la Bourse SIX Swiss Exchange déclare que les valeurs indicatives de genre ou les obligations de publication dans le rapport de rémunération (approche comply or explain) sont également applicables aux émetteurs étrangers (ch. 3.8 et ch. 4.5 annexe DCG). La DCG tient également compte des dispositions transitoires plus longues de l'art. 4 Übest et crée ainsi des conditions identiques pour les émetteurs suisses et étrangers (level playing field). Conformément à l'art. 11 al. 7 DCG, le ch. 3.8 de l'annexe DCG concernant le conseil d'administration s'applique pour la première fois à la période de référence qui commence le 1er janvier 2026 ou après. Le ch. 4.5 de l'annexe DCG concernant la direction s'applique pour la première fois à la période de référence qui commence le 1er janvier 2031 ou après (art. 11 al. 7 DCG ; cf. ci-dessus n. 89 concernant les mêmes délais pour les émetteurs suisses). 92

D. Ajournement de la faillite (art. 5 Übest)

Selon l'art. 725a al. 1 aCO, le tribunal pouvait, à la demande du conseil d'administration ou d'un créancier, ajourner l'ouverture de la faillite s'il existait des perspectives d'assainissement. Dans ce cas, le tribunal prenait les 93

mesures nécessaires pour préserver le patrimoine. Le tribunal pouvait en outre nommer un commissaire et retirer au conseil d'administration son pouvoir de disposition ou faire dépendre ses décisions de l'accord du commissaire (art. 725a al. 2 aCO). L'ajournement de la faillite ne devait être publié que si la protection des tiers l'exigeait (art. 725a, al. 3, aCO).

94 La révision du droit de la société anonyme a intégré l'ajournement de la faillite dans la procédure concordataire. Les avantages de l'ajournement de la faillite ont été intégrés dans la procédure concordataire selon les art. 293 ss. LP. L'ajournement de la faillite accordé avant le 1er janvier 2023 reste soumis à l'ancien droit jusqu'à sa clôture (grandfathering ; art. 5 Übest). Il est également possible de prolonger l'ajournement de la faillite ou de transformer la procédure pendante en une procédure de sursis concordataire, pour autant que les conditions de cette dernière soient remplies. Il en va de même pour les sursis concordataires (Übest LP zur Änderung vom 19. Juni 2020).

95 Un complément à l'art. 293a al. 2 LP concernant le sursis concordataire provisoire a également été adopté avec la révision du droit de la société anonyme. Dans des cas justifiés, le sursis concordataire provisoire peut être prolongé de quatre mois au maximum à la demande du commissaire ou, si aucun commissaire n'a été nommé, à la demande du débiteur. En raison de la pandémie de Covid 19, cette disposition est entrée en vigueur dès le 20 octobre 2020. L'expérience a montré que les quatre mois de l'ancien droit n'étaient pas toujours suffisants pour un assainissement réussi. Les sursis concordataires provisoires accordés avant le 20 octobre 2020 ont également profité de la nouvelle possibilité de prolongation.

96 Pour d'autres questions relatives au droit de l'assainissement, voir n. 155 ss.

E. Adaptation des contrats conclus sous l'ancien droit (art. 6 Übest)

97 L'art. 6 Übest ressemble à l'art. 28 OBTG, mais concerne tous les contrats (cf. ci-dessus n. 4). En revanche, l'art. 28 OBTG ne concerne que les contrats de travail et donc, entre autres, pas les contrats de mandat et de conseil. Les contrats avec les membres du conseil d'administration, en particulier, ne sont souvent pas des contrats de travail. En revanche, aucun problème ne devrait se poser pour les mandats, car ils peuvent être résiliés à tout moment (cf. art. 404 CO).

L'art. 6 OBest devrait être particulièrement pertinent en ce qui concerne la durée des contrats (ou les délais de résiliation) conclus avec les membres du conseil d'administration ou de la direction au sujet de leurs indemnités selon l'art. 735b nCO, car l'art. 12, al. 1, ch. 2, OBest, transposé dans la loi, est un peu plus détaillé et a été légèrement adapté. Pour les membres du conseil d'administration, la durée maximale du contrat est désormais d'un mandat et non plus d'un an comme dans l'art. 12, al. 1, ch. 2, ORAb (art. 735b, al. 1, nCO). Toutefois, cette norme englobait déjà la période entre deux assemblées générales. Il a été recommandé de clarifier ce point dans les statuts. Après l'expiration du délai de deux ans prévu à l'art. 6 Übest, les clauses illicites sont directement soumises aux dispositions légales. 98

Bien que l'art. 6 Übest ait été créé pour le droit de la rémunération, il peut s'appliquer à d'autres contrats. La convention de subordination en est un exemple (cf. art. 725b, al. 4, ch. 1, nCO). Pendant une période transitoire de deux ans, il est permis que la subordination ne prévoie pas de subordination en ce qui concerne les intérêts. Toutefois, à partir du 1er janvier 2025, le contrat devra également subordonner les intérêts courus à partir de cette date pendant la période de surendettement. Sans l'art. 6 Übest en tant que lex specialis, la subordination aurait dû répondre aux exigences de l'art. 725b al. 4 ch. 1 nOR à partir du 1er janvier 2023 (cf. art. 1 al. 2 Übest). Pour des raisons de risque, les organes de révision peuvent exiger une adaptation de la postposition avant le 1er janvier 2025. C'est pourquoi une partie de la doctrine recommande une adaptation immédiate. 99

Le surendettement est un état de fait permanent qui sera en principe jugé selon le nouveau droit à partir du 1er janvier 2023 (cf. n. 13 ci-dessus et n. 162 ci-dessous). En l'absence d'adaptation, la postposition ne suffira plus pour éviter d'informer le juge, conformément à l'art. 725b al. 4 ch. 1 nCO. 100

F. Transparence des entreprises de matières premières (art. 7 Übest)

Les dispositions relatives à la transparence des entreprises de matières premières figuraient initialement aux art. 964a à 964f nCO et sont entrées en vigueur le 1er janvier 2021 déjà. Avec l'entrée en vigueur du contre-projet indirect à l'initiative sur la responsabilité des multinationales le 1er janvier 2022, les règles correspondantes ont été déplacées aux art. 964d à 964i nCO (cf. ci-dessous n. 102 ss.). Conformément à l'art. 7 Übest, ces règles 101

s'appliquent pour la première fois à l'exercice qui commence le 1er janvier 2022 ou après. Il faut donc s'attendre à ce que les premiers rapports sur les paiements aux organismes publics soient établis au cours du premier semestre 2023 (cf. art. 964g, al. 1, nCO). Les entreprises concernées devaient donc déjà avoir fourni les informations nécessaires pour l'exercice 2022.

G. Disposition transitoire concernant la transparence sur les questions non financières et le devoir de diligence et la transparence concernant les minéraux et métaux provenant de zones de conflit et le travail des enfants (contre-projet indirect à l'initiative sur la responsabilité des multinationales)

10 2 Le contre-projet à l'initiative sur la responsabilité des multinationales introduit un rapport sur les questions non financières ainsi que des obligations de diligence et de reporting concernant les minéraux et métaux provenant de zones de conflit et le travail des enfants (art. 964a ss. nCO). Les obligations de diligence et d'information concernant les minéraux et métaux provenant de zones de conflit ou à haut risque et le travail des enfants (art. 964j à 964l CO) sont concrétisées dans l'ordonnance sur l'obligation de diligence et la transparence concernant les minéraux et métaux provenant de zones de conflit et le travail des enfants (OTrans). Ces dispositions sont entrées en vigueur le 1er janvier 2022. Les rapports sur les questions non financières portent parfois sur des questions environnementales (art. 964b al. 1 nCO). Les questions climatiques constituent un aspect des questions environnementales, qui sont précisées dans l'ordonnance relative au rapport sur les questions climatiques. Cette ordonnance entrera en vigueur le 1er janvier 2024.

10 3 A titre transitoire, il est prévu que ces nouvelles règles de transparence s'appliquent à l'exercice qui commence un an après l'entrée en vigueur, c'est-à-dire l'exercice 2023 (période de reporting). Les premiers rapports sont donc attendus pour le premier semestre 2024. Aucun délai de publication n'est expressément prévu pour le rapport sur les questions non financières, contrairement au rapport sur les paiements aux organismes publics et au rapport sur les minéraux et métaux provenant de zones de conflit et le travail des enfants. Ces rapports doivent être publiés par voie électronique dans les six mois suivant la fin de l'exercice (art. 964g, al. 1, et art. 964l, al. 3, ch. 1, nCO). En revanche, le rapport sur les questions non financières doit être

approuvé par l'assemblée générale (art. 964c al. 1 nCO). Le rapport doit ensuite être publié sans délai par le conseil d'administration (art. 964c al. 2 ch. 1 nCO). Comme l'assemblée générale doit avoir lieu au plus tard six mois après la clôture de l'exercice (art. 699 al. 2 CO), le délai ne devrait être qu'un peu plus long que six mois. Si l'approbation est refusée, il se peut que le délai ne soit pas respecté.

Il faut toutefois s'assurer dès l'exercice 2023 que les informations nécessaires à l'établissement du rapport sont disponibles. Étant donné que le règlement relatif à l'établissement de rapports sur les questions climatiques entrera en vigueur le 1er janvier 2024 - c'est-à-dire après la fin de la première période de rapport -, ce règlement ne doit à notre avis être respecté que pour l'exercice 2024 (période de rapport) et ne s'applique donc qu'au rapport sur les questions climatiques à publier au premier semestre 2025. Comme le rapport sur les questions non financières - y compris le rapport sur les questions climatiques - concernant l'exercice 2023 sera publié dès le premier semestre 2024, on pourrait argumenter que le règlement sur le rapport sur les questions climatiques doit être respecté dès cette date. Si l'on suit cette interprétation, il faut toutefois tenir compte du fait que les données nécessaires pour le rapport sur le climat doivent être collectées dès la période de référence - pour la plupart des sociétés au cours de l'exercice 2023 - donc avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance sur le rapport relatif aux questions climatiques. A notre avis, il ne faut toutefois pas partir du principe que ce règlement a un effet anticipé. Les exigences qui découlent uniquement de l'ordonnance et non directement de la loi ne peuvent déployer leurs effets qu'à partir du 1er janvier 2024 (période de rapport) et donc pour le rapport de 2025. Il n'existe pas de dispositions transitoires à ce sujet. L'art. 4 al. 2 de l'ordonnance sur les rapports relatifs aux changements climatiques prescrit néanmoins que la publication électronique au sens de l'art. 964c al. 2 ch. 1 CO doit être effectuée au moins dans un format électronique lisible par l'homme et dans un format électronique lisible par des machines et diffusé internationalement, et que cette obligation ne doit être remplie qu'un an après l'entrée en vigueur, c'est-à-dire le 1er janvier 2025, conformément à la disposition transitoire de l'art. 5. 10 4

Pour les émetteurs étrangers, dans la mesure où ils n'établissent pas un rapport équivalent selon le droit étranger, la Bourse SIX Swiss Exchange exige également, pour la période de référence qui débute le 1er janvier 2023 ou 10 5

après, un rapport sur les questions non financières analogue à l'art. 964b CO (art. 11 al. 7 et ch. 7a Annexe RLCG). En revanche, la Bourse SIX Swiss Exchange n'exige pas de rapport concernant les paiements effectués à des organismes gouvernementaux pour des entreprises de matières premières et des minéraux et métaux provenant de zones de conflit et du travail des enfants.

10 6 Dans ce domaine, des changements pourraient déjà intervenir à moyen terme. L'Union européenne envisage peut-être d'introduire une responsabilité civile des entreprises. Le 10 mars 2021, le Parlement européen a adopté une résolution concernant un projet de directive sur le devoir de diligence et de responsabilité des entreprises. Par la suite, la Commission européenne a adopté le 23 février 2022 une proposition de directive relative au devoir de diligence des entreprises en matière de développement durable. Son article 22 prévoit une responsabilité civile.

V. QUESTIONS DE DROIT TRANSITOIRE NON EXPLICITEMENT LÉGIFÉRÉES

10 7 Les différentes dispositions transitoires présentées ci-dessus ne règlent pas tous les aspects du droit transitoire. C'est pourquoi d'autres domaines sont examinés ci-après dans une perspective intertemporelle. Pour ce faire, il convient de se référer à la partie générale du droit transitoire, c'est-à-dire aux art. 1 à 4 Titre final du CC (art. 1 al. 1 Übest ; n. 6 ss. ci-dessus). Les questions correspondantes doivent être décryptées au moyen de ces formules ou mécanismes.

A. Création et modification des statuts d'une société coopérative

10 8 Selon l'art. 830 nCO, la constitution d'une société coopérative dans le nouveau droit nécessite un acte authentique. Jusqu'à présent, la forme écrite suffisait (cf. art. 834 al. 1 CO). Toutes les modifications des statuts sont également soumises à la forme authentique (art. 838a nCO). Dans ces domaines, le droit de la coopérative a été harmonisé avec le droit de la société anonyme et de la Sàrl (cf. art. 629 al. 1, art. 647, art. 777 et art. 780 CO). La décision de dissolution d'une société coopérative ne doit toujours pas faire l'objet d'un acte authentique (cf. art. 911, ch. 2, CO), contrairement à la société

anonyme et à la société à responsabilité limitée (art. 736, al. 1, ch. 2, et art. 821, al. 2, CO).

Aucun délai transitoire n'est prévu pour la constitution et les modifications des statuts (cf. également n. 5 ci-dessus). Par conséquent, la question se pose de savoir ce qu'il advient des constitutions et des modifications de statuts décidées avant le 1er janvier 2023 et dont la réquisition ou l'inscription n'intervient qu'après le 1er janvier 2023. 109

Selon l'OFRC, c'est correctement la date de la prise de décision qui est déterminante. Si la décision a été prise avant le 1er janvier 2023, une réquisition ou une inscription après le 1er janvier 2023 n'entraîne pas d'obligation d'authentification ultérieure. L'avis de l'OFRC se justifie par le fait qu'en ce qui concerne les prescriptions de forme, le droit applicable est celui en vigueur au moment de la conclusion de l'acte juridique (tempus regit actum quoad formam). L'art. 50 Titre final du Code civil énonce explicitement ce principe pour les contrats. Cette norme met ainsi en œuvre le principe de non-rétroactivité au sens de l'art. 1 Titre final du CC. Il devrait donc en être de même pour les fondations et les modifications de statuts des coopératives. Cela correspond également à la possibilité de décomposer les différentes étapes d'une transaction, défendue aux n. 118 ss. ci-dessous. 110

Le point de vue inverse suivant serait également envisageable : la société coopérative naît avec l'inscription au registre du commerce (art. 838 al. 1 CO). On se base alors sur la date d'inscription au registre journalier (cf. art. 8 al. 3 let. b ORC). Si les statuts ont été rédigés par écrit avant le 1er janvier 2023, mais que la réquisition intervient à un moment où il n'est plus possible de procéder à une inscription au registre journalier avant le 1er janvier 2023, on ne peut pas se fier au fait que les prescriptions de forme de la fondation ont été respectées. La raison en est que la forme écrite elle-même n'entraîne pas encore la naissance de la coopérative (cf. art. 838 al. 1 CO), c'est-à-dire qu'aucun droit ou rapport juridique n'a encore été acquis - avant l'entrée en vigueur de la révision du droit de la société anonyme le 1er janvier 2023 - (cf. art. 4 Titre final du Code civil). Cette opinion ne correspond toutefois même pas à la conception organique rejetée ici (cf. n. 118 ss. ci-dessous). En cas de rattachement uniforme de l'ensemble des faits, seul l'ancien droit entre en ligne de compte. Dans le cas contraire, le principe de non-rétroactivité serait violé (voir ci-dessous n. 118). A notre avis, il faut donc suivre le premier point de vue, également défendu par l'OFRC (cf. n. 110 ci-dessus). 111

B. Reprises de biens

11 2 Dans le nouveau droit de la société anonyme, les dispositions relatives à la reprise de biens sont supprimées (cf. notamment art. 628, art. 629, al. 2, ch. 4, art. 631, al. 2, ch. 6, art. 635, ch. 1, art. 642, art. 650, al. 2, ch. 5, aCO). La reprise de biens doit toutefois continuer à être indiquée en cas d'apport en nature et de reprise de biens mixtes (cf. art. 634, al. 4, et art. 650, al. 2, ch. 4, nCO : "autre contrepartie éventuelle").

11 3 Pour les faits relevant du droit de la société anonyme qui se sont produits avant le 1er janvier 2023, l'ancien droit continuera de s'appliquer après cette date (principe de la non-rétroactivité). Par conséquent, la violation des dispositions sur les reprises de biens commise sous l'ancien droit ne sera pas réparée par l'entrée en vigueur de la révision du droit de la société anonyme (cf. art. 1, al. 1 Übest en relation avec l'art. 1, al. 2 SchlT ZGB).

11 4 Selon nous, l'assemblée générale ne peut donc abroger les dispositions statutaires relatives à la reprise de biens issues de l'ancien droit qu'après dix ans ou en cas de renonciation définitive à la reprise de biens (art. 628 al. 4 aCO). L'OFRC est en revanche d'avis qu'une radiation suite à l'abrogation de l'art. 628 aCO est possible avant l'expiration d'un délai de dix ans.

C. Capital-actions en monnaie étrangère

11 5 A partir du 1er janvier 2023, un capital-actions dans la monnaie étrangère essentielle à l'activité commerciale sera également autorisé (art. 621 al. 2 nCO). Les monnaies autorisées sont la GBP, l'EUR, l'USD et le JPY (art. 45a et annexe 3 ORC). Après la constitution, l'assemblée générale peut décider d'un changement de monnaie avec un quorum qualifié (art. 621, al. 3, et art. 704, al. 1, ch. 9, nCO). Selon le message, le changement a lieu soit rétroactivement au début de l'exercice en cours, soit de manière prospective au début de l'exercice futur. Si l'exercice ne coïncide pas avec l'année civile, il n'est pas possible, à notre avis, de décider d'un changement de monnaie avec effet rétroactif à une date antérieure au 1er janvier 2023. Le nouveau droit ne s'applique en principe qu'à partir de son entrée en vigueur (cf. art. 1 al. 2 Übest). Le principe de non-rétroactivité interdit en principe d'appliquer le nouveau droit à une date antérieure à son entrée en vigueur. Rien n'indique que l'effet rétroactif mentionné dans le message ait un caractère de droit transitoire.

D. Publicité ultérieure des statuts

Le droit révisé prévoit désormais que les libérations par compensation (debt-equity-swaps) doivent être reproduites dans les statuts (art. 634a al. 3 nCO). Il convient de se demander si cette nouvelle publicité des statuts s'applique également aux faits qui se sont produits avant le 1er janvier 2023. En vertu du principe de non-rétroactivité, il convient de répondre par la négative. Une publicité ultérieure des statuts dans ces cas ne se justifierait pas non plus au regard du risque d'une fausse authentification. 116

De même, les augmentations de capital effectuées avant le 1er janvier 2023 par conversion de fonds propres librement utilisables (appelées augmentation à partir de fonds propres ; art. 652d nCO) ne doivent pas être reproduites ultérieurement dans les statuts. 117

E. Transactions sur le capital

Le capital-actions peut être augmenté ou réduit selon différentes procédures. Ces transactions peuvent être subdivisées en différentes étapes ou décisions. Ces étapes sont notamment les suivantes : les décisions de l'assemblée générale et/ou du conseil d'administration, la souscription d'actions, la libération, le rapport d'augmentation de capital, la confirmation de l'audit, l'établissement d'une clôture intermédiaire, l'appel aux créanciers et la réquisition d'inscription au registre du commerce. Ces étapes peuvent avoir lieu avant ou après le 1er janvier 2023. La question est de savoir s'il faut s'en tenir à l'ancien ou au nouveau droit. On peut également envisager un rattachement au droit transitoire pour chaque étape individuelle. L'ensemble des faits dont la conséquence juridique doit se produire est traditionnellement désigné par le terme d'état de fait. Il est possible de décomposer les faits individuels (conception atomiste). Il est également possible d'envisager un rattachement uniforme de l'ensemble des faits (conception organique). Dans la conception organique, seul un rattachement à l'ancien droit peut avoir lieu, car sinon le principe de non-rétroactivité serait violé. La simplicité et la praticabilité de la conception organique plaident en sa faveur. 118

Comme l'art. 1 al. 1 Titre final du Code civil parle de "faits", cela signifie que le législateur intertemporel autorise la décomposition des différents faits, c'est-à-dire une scission. En principe, le nouveau droit doit s'appliquer dès que possible (art. 1 al. 2 Übest). En effet, le principe de non-rétroactivité ne 119

s'applique pas aux faits durables (cf. ci-dessus n. 13). Ainsi, à notre avis, il n'est pas possible - en l'absence d'une réglementation spéciale de droit intertemporel - de soumettre l'ensemble de la transaction à l'ancien droit, uniquement parce que la première étape a eu lieu avant le 1er janvier 2023.

120 A notre avis, les étapes postérieures au 1er janvier 2023 sont donc en principe soumises au nouveau droit de la société anonyme. Il en résulte donc une scission des transactions en capital en leurs différentes étapes (conception atomiste). La validité des étapes qui ont eu lieu avant le 1er janvier 2023 continue à être évaluée selon l'ancien droit. Il s'agit de faits qui se sont déjà produits avant l'entrée en vigueur du nouveau droit de la société anonyme, c'est-à-dire jusqu'au 31 décembre 2022. Les démarches effectuées à partir du 1er janvier 2023 s'apprécient selon le nouveau droit (cf. art. 1 al. 3 Titre final du Code civil).

1. Augmentation du capital

121 Le nouveau droit de la société anonyme prévoit un délai de six mois pour la réquisition d'inscription de l'augmentation de capital auprès de l'office du registre du commerce (art. 650 al. 3 nCO). L'ancien droit ne prévoyait qu'un délai de trois mois pour annoncer l'augmentation de capital à l'office du registre du commerce (art. 650 al. 3 aCO). Bien que le texte parle d'"inscrire", tout le monde s'accordait à dire que l'annonce à l'office du registre du commerce suffisait. Il s'agit là de délais de péremption. La question se pose donc de savoir quel délai s'applique lorsque la décision de l'assemblée générale a été prise avant le 1er janvier 2023. Comme les dispositions transitoires spéciales ne fournissent pas de réponse, il convient d'appliquer l'art. 49 Titre final du CC.

122 Dans sa forme actuelle, l'art. 49 Titre final du CC est entré en vigueur le 1er janvier 2020 à l'occasion de la révision du droit de la prescription. Bien que le titre marginal de l'art. 49 Titre final CC ne parle que de "prescription", cette norme s'applique également aux problèmes de droit intertemporel des délais de péremption. L'ancien art. 49 al. 2 Titre final du CC mentionne explicitement la "péremption". L'art. 49 Titre final du CC s'applique aux délais lorsqu'il n'existe pas de disposition intertemporelle autonome dans le domaine juridique correspondant. L'art. 49 Titre final du CC est une lex specialis par rapport aux principes généraux des art. 1 à 4 Titre final du CC.

Selon l'art. 49 al. 1 Titre final du CC, le nouveau droit s'applique lorsque son délai est plus long que celui du droit antérieur et que la prescription ou la péremption selon le droit antérieur n'est pas encore intervenue. Ce qui est prescrit ou prescrit par la péremption reste prescrit ou prescrit par la péremption. Le début d'un délai de prescription ou de péremption en cours n'affecte toutefois pas l'entrée en vigueur du nouveau droit (art. 49 al. 3 Titre final du Code civil). En l'espèce, le délai d'annonce de l'augmentation de capital est plus long. Si une augmentation de capital ordinaire a été décidée avant le 1er janvier 2023 et que le délai d'inscription de trois mois n'a pas encore expiré au 1er janvier 2023, le nouveau délai de six mois s'applique à notre avis. Toutefois, le délai de six mois commence à courir au moment de la décision de l'assemblée générale prise avant le 1er janvier 2023 (art. 49 al. 3 Titre final du Code civil). Selon l'EHRA, seul le délai de trois mois s'applique à une augmentation de capital décidée par l'assemblée générale en 2022. 12 3

En ce qui concerne les questions de droit transitoire en rapport avec la reprise de biens, la libération par compensation, le capital-actions en monnaie étrangère et l'augmentation à partir des fonds propres, voir ci-dessus n. 112 ss. 12 4

2. Réduction du capital

L'appel aux créanciers a été modifié dans le nouveau droit de la société anonyme. Il suffit désormais d'un seul appel aux créanciers publié dans la FOSC (art. 653k al. 1 nCO). En revanche, l'ancien droit exigeait un appel aux créanciers à trois reprises (art. 733 aCO). De même, les créanciers doivent désormais exiger la garantie de leurs créances dans les trente jours suivant la publication dans la FOSC (art. 653k al. 2 nCO). Auparavant, ils pouvaient le faire dans les deux mois suivant la troisième publication dans la FOSC. Désormais, le droit d'exiger des sûretés n'existe plus que dans la mesure de la réduction de la couverture actuelle (art. 653k al. 2 nCO). Selon le nouveau droit, la production doit se faire par écrit et indiquer le montant et le fondement juridique de la créance (art. 653k al. 1 nCO). En outre, l'obligation de fournir des sûretés est désormais supprimée si la réduction ne compromet pas l'exécution d'une créance (art. 653k al. 3 nCO). Si l'attestation de vérification est disponible, il est présumé que l'exécution de la créance n'est pas menacée (art. 653k al. 3 nCO). 12 5

12 6 L'appel aux créanciers d'une réduction de capital décidée avant le 1er janvier 2023 est régi, à notre avis, par le droit en vigueur au moment de la publication dans la FOSC. C'est à ce moment-là que le "fait" correspondant se réalise avec des effets de droit transitoire. Les effets juridiques de l'appel aux créanciers se déterminent donc encore selon l'ancien droit de la société anonyme, conformément à l'art. 1 al. 1 Titre final du Code civil. En cas de publication dans la FOSC après le 1er janvier 2023, les modalités de celle-ci seront par contre régies par le nouveau droit de la société anonyme. En revanche, selon l'OFRC, si l'assemblée générale a décidé de réduire le capital en 2022, l'ancien droit s'applique également à l'appel aux créanciers. L'OFRC suit ainsi, sans l'évoquer explicitement, la conception organique (cf. ci-dessus n. 118).

F. Droit à la rémunération

12 7 Hormis l'art. 6 Übest, il n'existe pas de dispositions transitoires spécifiques pour le droit de la rémunération, qui a été repris de l'OBVM avec quelques adaptations. Certaines questions qui n'ont pas été explicitement légiférées se posent également en rapport avec le droit des rémunérations.

12 8 Concernant le besoin d'adaptation dans les statuts, voir ci-dessus n. 48 ss, en particulier n. 49 et n. 55.

12 9 En ce qui concerne l'adaptation des contrats conclus sous l'ancien droit, voir ci-dessus n. 97 ss. concernant l'art. 6 Übest.

1. Rapport de rémunération

13 0 Les statuts des sociétés cotées en bourse doivent contenir des dispositions sur le nombre d'activités que les membres du conseil d'administration, de la direction et du conseil consultatif peuvent exercer dans des fonctions comparables auprès d'autres entreprises ayant un but économique (art. 626 al. 2 ch. 1 nCO ; cf. supra n. 49). Certes, une disposition similaire était déjà prévue à l'art. 12, al. 1, ch. 1, OBE, mais elle se fonde désormais sur le but économique de l'autre entreprise et non plus sur son inscription au registre du commerce.

13 1 La situation concrète de ces activités auprès d'autres entreprises (mandats de tiers) doit être rapportée dans le rapport de rémunération. Le rapport de rémunération doit mentionner les fonctions exercées par les membres du conseil d'administration, de la direction et du conseil consultatif dans d'autres

entreprises conformément à l'art. 626, al. 2, ch. 1, nCO (art. 734e, al. 1, nCO). Les informations doivent comprendre le nom du membre, la désignation de l'entreprise et la fonction exercée (art. 734e al. 2 nCO).

Cette disposition relative à la transparence est nouvelle et ne figurait pas dans l'ORAb. La question intertemporelle se pose donc de savoir si ces indications nouvellement exigées doivent déjà figurer dans le rapport de rémunération, même si l'art. 626, al. 2, ch. 1, nCO n'a pas encore été inscrit dans les statuts sous la forme nouvellement exigée - c'est-à-dire avec une référence au but économique - en raison du délai transitoire de deux ans (cf. ci-dessus n. 49). 13 2

La règle de l'art. 734e al. 1 nCO se réfère directement au contenu des statuts exigé par l'art. 626 al. 2 ch. 1 nCO. Deux argumentations sont donc envisageables. Soit on argumente que le rapport de rémunération ne doit présenter le contenu correspondant que lorsque les statuts ont été adaptés - certes dans le délai transitoire de deux ans (art. 2 Übest ; n. 25 ss. ci-dessus). Ou bien on considère que la disposition sur la transparence est indépendante du contenu effectif des statuts en vertu d'un renvoi direct à la loi. Il convient de privilégier la première argumentation afin d'établir une cohérence entre les statuts et le rapport de rémunération, ainsi que pour des considérations de praticabilité en faveur de la société. 13 3

2. Vote prospectif sur les rémunérations variables

L'art. 735 nCO régit les votes de l'assemblée générale des sociétés cotées en bourse sur les rémunérations. Le contenu de l'art. 18 ORAb a été largement transposé dans le droit légal. L'art. 735, al. 3, ch. 4, nCO est nouveau : il prévoit que si les rémunérations variables sont votées de manière prospective, le rapport de rémunération doit être soumis au vote consultatif de l'assemblée générale l'année suivante. 13 4

Alors que l'art. 31 ORAb prévoyait des dispositions intertemporelles relatives au rapport de rémunération et au vote sur les rémunérations, l'art. 735 nCO ne prévoit rien de tel. Le vote consultatif sur le rapport de rémunération en cas de vote prospectif préalable sur les rémunérations variables est obligatoire et s'applique en tant que droit impératif même sans être inscrit dans les statuts. Cela signifie qu'à partir du 1er janvier 2023, le rapport de rémunération devra obligatoirement être soumis au vote consultatif de l'assemblée générale si le vote sur les rémunérations variables a été effectué de manière prospective (cf. 13 5

art. 1, al. 3, Titre final du Code civil et art. 1, al. 2, Übest). Comme cela correspond à la meilleure pratique actuelle sous l'ORAb, cela ne devrait pas trop changer dans la pratique.

13 6 En tant que successeur légèrement modifié de l'art. 24 al. 2 ch. 3 let. b ORAb, l'art. 154 al. 2 let. c ch. 3 CP prévoit la sanction des membres du conseil d'administration qui empêchent l'assemblée générale de voter sur les rémunérations que le conseil d'administration a fixées pour lui-même, la direction et le conseil consultatif. Le fait d'empêcher le vote consultatif susmentionné est donc désormais également couvert par cette infraction.

3. Montant supplémentaire

13 7 Dans le cas où l'assemblée générale vote de manière prospective sur les rémunérations de la direction, les statuts peuvent prévoir un montant supplémentaire pour les rémunérations des personnes qui sont nouvellement nommées membres de la direction après le vote. Le montant supplémentaire ne peut désormais être utilisé que pour les rémunérations des nouveaux membres de la direction et non plus, comme jusqu'à présent, pour les promotions internes (cf. art. 19, al. 1, ORAb et art. 735a, al. 1, nCO). Les dispositions statutaires correspondantes restent toutefois en vigueur pendant deux ans, c'est-à-dire jusqu'au 31 décembre 2024 (art. 2 al. 2 Übest). Le délai transitoire de deux ans s'applique ici, car il s'agit d'un domaine qui était accessible à une réglementation statutaire avant le 1er janvier 2023 (cf. en détail n. 32 ss. ci-dessus). Par conséquent, à partir du 1er janvier 2025, aucune indemnité ne pourra être versée au titre du montant supplémentaire pour les promotions.

4. Durée des contrats relatifs aux indemnités

13 8 Conformément à l'art. 735b al. 1 nCO, la durée des contrats sur lesquels se fondent les indemnités versées aux membres du conseil d'administration ne doit pas dépasser la durée du mandat - in concreto à chaque fois un an. La durée des contrats à durée déterminée et le délai de résiliation des contrats à durée indéterminée sur lesquels se fondent les rémunérations des membres de la direction et du conseil consultatif ne doivent pas dépasser un an (art. 735b al. 2 nCO). Les contrats avec les membres du conseil d'administration concernant la rémunération ne peuvent donc être valablement conclus que d'une assemblée générale à l'autre, comme la durée du mandat. Chaque

réélection fait courir un nouveau délai. Du point de vue du droit transitoire, cela signifie deux choses. Premièrement, les dispositions statutaires contraires doivent être modifiées dans un délai de deux ans, faute de quoi elles deviennent automatiquement caduques (cf. art. 2 al. 2 Übest ; cf. ci-dessus n. 32). Deuxièmement, les contrats préexistants contraires doivent également être adaptés dans un délai de deux ans à compter de l'entrée en vigueur du nouveau droit. Si l'on souhaite éviter que la société soit liée par des contrats contraires aux statuts, les deux points mentionnés doivent être harmonisés. Passé ce délai de deux ans, les dispositions du nouveau droit s'appliquent à tous les contrats (art. 6 Übest). Cela signifie que les délais mentionnés deviennent un droit impératif qui prime sur les contrats correspondants (cf. art. 20 al. 2 CO). Si l'on souhaite éviter cette intervention dans les contrats, une adaptation préalable des contrats s'impose.

G. Droit d'information et de consultation et enquête spéciale

Des modifications ont également été apportées au droit d'information et de consultation ainsi qu'à l'enquête spéciale (p. ex. nouveaux seuils). La question est de savoir si ces modifications s'appliquent également aux faits qui se sont produits avant le 1er janvier 2023. La réponse est affirmative. L'arrêt du Tribunal fédéral mentionné au n. 44 ci-dessus s'applique, selon lequel le contrôle spécial de l'époque s'appliquait également aux faits qui s'étaient produits avant le 1er juillet 1992. L'appréciation juridique de ces faits est toutefois régie par l'ancien droit en vertu du principe de non-rétroactivité. 139

H. Lieu de réunion à l'étranger

Avant le 1er janvier 2023, une assemblée générale pouvait être organisée à l'étranger sans disposition statutaire - dans les limites de l'interdiction de l'abus de droit. Depuis le 1er janvier 2023, une base statutaire ainsi que la désignation d'un représentant indépendant dans la convocation sont impérativement nécessaires à cet effet (art. 701b al. 1 nCO). L'introduction de cette disposition statutaire requiert un quorum qualifié (art. 704, al. 1, ch. 11, nCO). 140

La question qui se pose ici est de savoir si les sociétés peuvent continuer (en vertu de l'art. 2 al. 2 Übest) à tenir des assemblées générales à l'étranger pendant deux ans sans base statutaire et sans représentation indépendante des droits de vote. Le nouveau droit s'appliquera en principe à partir du 1er 141

janvier 2023 aux sociétés existantes (art. 1 al. 2 Übest ; supra n. 22 s.). L'exception correspondante de l'art. 2 Übest ne s'applique qu'aux statuts et aux règlements (cf. ci-dessus n. 31). Une pratique de la société, fondée sur l'ancien droit, consistant à organiser l'assemblée générale dans un lieu de réunion à l'étranger sans représentation indépendante des droits de vote ne pourra donc plus être maintenue à partir du 1er janvier 2023 - sans base statutaire. Une décision qui ne respecte pas les exigences du nouveau droit est annulable (art. 706 al. 1 CO). Par conséquent, l'office du registre du commerce doit inscrire une décision d'une assemblée générale dont le lieu de réunion est à l'étranger - sous réserve d'un blocage du registre (cf. ci-dessus n. 69).

14 2 La question se pose également de savoir si les dispositions statutaires de l'ancien droit concernant un lieu de réunion à l'étranger, qui ont été introduites avant le 1er janvier 2023 avec un quorum simple, sont suffisantes. En vertu du principe de non-rétroactivité, une telle disposition statutaire suffit à partir du 1er janvier 2023.

I. Vote décisif à l'assemblée générale

14 3 Conformément à l'art. 703 al. 2 nCO, les statuts peuvent prévoir qu'en cas d'égalité des voix, celle du président ou de la présidente est prépondérante. Une disposition statutaire en ce sens doit être introduite avec le quorum qualifié (art. 704, al. 1, ch. 10, nCO). Sous l'ancien droit déjà, le président pouvait en principe disposer d'une voix prépondérante en cas d'égalité des voix. Une disposition statutaire correspondante pouvait - contrairement au nouveau droit - être introduite au moyen d'un quorum simple (art. 704 aCO e contrario).

14 4 En ce qui concerne la voix prépondérante, la question se pose de savoir si les dispositions statutaires introduites avant le 1er janvier 2023 sont valables après le 1er janvier 2023 en ce qui concerne la voix prépondérante si elles n'ont été introduites qu'avec le quorum simple. En vertu du principe de non-rétroactivité, la disposition statutaire reste valable après le 1er janvier 2023 si elle a été adoptée avant cette date avec un quorum simple.

14 5 Dans le nouveau droit également, la voix prépondérante n'est pas possible, comme jusqu'à présent, si le calcul du droit de vote en fonction du capital est obligatoirement déterminant (cf. art. 693 al. 3 et art. 704 CO). Cela résulte notamment de l'introduction de la base légale à l'al. 2 de l'art. 703 CO, qui

régit le quorum simple. L'art. 703 al. 2 nCO n'a été introduit que par le Parlement. Une discussion correspondante sur la relativisation de la voix prépondérante en vue du calcul obligatoire du droit de vote en fonction du capital n'a pas eu lieu aux Chambres.

Dans le cas de la Sàrl, aucun problème de droit transitoire ne se pose dans ce contexte. L'ancien droit autorisait déjà la voix prépondérante dans l'assemblée des associés (art. 808a CO). Comme pour la société anonyme, la voix prépondérante ne s'applique toutefois pas à la détermination obligatoire du droit de vote en fonction du capital (cf. art. 806, al. 3, et art. 808b CO). L'introduction de la voix prépondérante ne requiert pas non plus de quorum qualifié dans le nouveau droit (cf. art. 808b nCO). Cette divergence avec le droit de la société anonyme n'est à notre avis pas justifiée. 146

J. Bouclement intermédiaire

L'art. 960f nCO doit permettre d'obtenir une certaine uniformité pour les comptes intermédiaires en droit des sociétés. Des dispositions spéciales dispersées ont été abrogées dans la foulée (p. ex. art. 11 al. 2, art. 35 al. 2 et art. 58 al. 2 aLFus). La réglementation légale ne peut toutefois pas énumérer toutes les particularités du bouclement intermédiaire qui découlent du motif d'établissement et du but d'utilisation. Dans la pratique, on en tiendra compte au cas par cas. 147

Des comptes intermédiaires peuvent par exemple être nécessaires dans les constellations suivantes : 148

- Réduction de capital (art. 653l nCO) ;
- Versement d'un dividende intermédiaire (art. 675a nCO) ;
- Fusion (art. 11 al. 1, art. 80 et art. 89 LFus) ;
- Scission (art. 35 al. 1 LFus) ;
- transformation (art. 58 al. 1 LFus) ;
- surendettement (art. 725b nCO).

L'art. 960f al. 1 nCO prescrit que les comptes intermédiaires doivent être établis conformément aux prescriptions relatives aux comptes annuels. Des bouclements intermédiaires simples ne sont donc plus possibles - malgré les simplifications et les raccourcis au sens de l'art. 960f al. 2 nCO. 149

150 D'un point de vue temporel, la question se pose de savoir à partir de quand un bouclement intermédiaire doit être établi selon l'art. 960f nCO. Pour les situations qui se produiront après le 1er janvier 2023 et qui nécessitent un bouclement intermédiaire, l'art. 960f nCO s'applique clairement (cf. art. 1, al. 2, OBest). Pour les situations qui ont déjà commencé avant le 1er janvier 2023, ce qui a déjà été dit pour les transactions en capital s'applique également à notre avis, à savoir qu'il est possible de procéder à une décomposition en différentes étapes (conception atomiste ; pour plus de détails, voir n. 118 ss. ci-dessus). La signature du bouclement intermédiaire par le président de l'organe supérieur de direction et d'administration ainsi que par la personne responsable du bouclement intermédiaire au sein de l'entreprise est déterminante à cet égard (cf. art. 960f al. 3 nCO). La vérification du bouclement intermédiaire constitue à nouveau une nouvelle étape qui n'est pas pertinente pour la détermination du droit applicable au bouclement intermédiaire du point de vue du droit transitoire.

151 Un bouclement intermédiaire sous l'ancien droit ou un bouclement intermédiaire qui a été établi ou signé avant le 1er janvier 2023 (ci-dessus n. 150) reste valable. A notre avis, l'office du registre du commerce devrait donc accepter de tels comptes intermédiaires en cas de réduction de capital et de restructuration, même en cas de réquisition ou d'inscription après le 1er janvier 2023.

152 Le surendettement est un état de fait permanent (n. 99 ci-dessus et n. 162 ci-dessous). Le nouveau droit s'applique donc en principe (supra n. 13). Toutefois, en cas de surendettement, il convient d'agir avec la diligence requise (art. 725b, al. 6, nCO). C'est pourquoi il serait impraticable d'exiger un nouveau bouclement intermédiaire selon l'art. 960f nCO, qui devrait encore être vérifié (cf. art. 725b, al. 2, nCO). A notre avis, un bilan intermédiaire établi selon l'ancien droit est donc suffisant.

K. Constitution de réserves et dividendes

153 Les nouvelles dispositions relatives à la constitution de réserves et à la fixation des dividendes s'appliqueront sans restriction à partir du 1er janvier 2023, c'est-à-dire notamment aussi au résultat annuel de 2022 (art. 1, al. 2, OBest ; voir à ce sujet : art. 671 ss, art. 674, art. 675 al. 3 nCO).

Ainsi, une deuxième attribution à la réserve légale n'est plus nécessaire pour le bénéfice réalisé au cours de l'exercice 2022, même si un dividende de 5 % a été distribué à titre de part de bénéfice (cf. art. 671, al. 2, ch. 3, aCO). 154

L. Droit d'assainissement

A partir du 1er janvier 2023, le nouveau droit de l'assainissement selon les art. 725 ss. nCO s'appliquera en principe (cf. art. 1, al. 2, OBest). Ce n'est que pour l'ajournement de la faillite au sens de l'art. 725a aCO qu'il existe, avec l'art. 5 DPA, une norme qui permet à l'ancien droit de s'imposer également après le 1er janvier 2023 (supra n. 93 ss.). 155

1. Menace d'insolvabilité

Tant selon l'ancien que le nouveau droit, le conseil d'administration a l'obligation de planifier, de gérer et de surveiller les liquidités et la solvabilité de la société (cf. art. 716a al. 1 ch. 3 CO/nCO). En revanche, l'état de fait de l'insolvabilité imminente selon l'art. 725 nCO est désormais expressément mentionné dans la loi, ce qui souligne l'importance de la liquidité ou de la solvabilité. Si la société menace de devenir insolvable, le conseil d'administration prend des mesures pour garantir la solvabilité (art. 725 al. 2 nCO). Si nécessaire, il prend d'autres mesures pour assainir la société ou propose de telles mesures à l'assemblée générale dans la mesure où elles relèvent de sa compétence. Si nécessaire, il dépose une demande de sursis concordataire (art. 725 al. 2 nCO). Cette obligation s'applique également lorsque l'insolvabilité imminente résulte de faits qui se sont produits avant le 1er janvier 2023 et qui se poursuivent. La menace d'insolvabilité est un état de fait permanent qui s'apprécie selon le nouveau droit à partir du 1er janvier 2023 (cf. ci-dessus n. 13). 156

2. Perte de capital

La perte en capital est désormais régie par l'art. 725a nCO. Par rapport à l'ancien droit, la base de calcul a été explicitement réduite à la partie non distribuable des réserves légales (cf. art. 725a nCO). Dans l'ancien droit, la doctrine et la pratique dominantes considéraient que l'ensemble de la réserve générale, y compris sa partie distribuable, était déterminante. Certes, le texte de loi se base sur les derniers comptes annuels pour constater la perte de capital, mais l'opinion prévaut que la perte de capital peut également survenir 157

en cours d'exercice ou doit être constatée par le conseil d'administration. Si, avant le 1er janvier 2023, il y avait une perte de capital selon le calcul sur l'ensemble de la réserve générale, c'est-à-dire selon une partie de la doctrine relative à l'art. 725 al. 1 aCO, la nouvelle base de calcul s'appliquera certainement à partir du 1er janvier 2023. S'il n'y a pas de perte de capital avec le nouveau calcul, le conseil d'administration n'aura aucune obligation en raison d'une perte de capital.

158 Le nouveau droit ne prévoit plus la convocation obligatoire d'une assemblée générale (cf. art. 725a, al. 1, nCO). Une assemblée générale ne doit être organisée que si les mesures visant à éliminer la perte de capital relèvent de sa compétence (art. 725a, al. 1, nCO in fine).

159 Si une perte de capital s'est produite peu avant le 1er janvier 2023, il n'est à notre avis pas obligatoire de convoquer une assemblée générale après le 1er janvier 2023. En cas de perte de capital, il s'agit à notre avis d'un état de fait permanent qui s'apprécie selon le nouveau droit à partir du 1er janvier 2023 (cf. ci-dessus n. 13).

160 En présence d'une perte de capital, le nouveau droit exige que, même en cas d'opting-out, les derniers comptes annuels soient soumis à un contrôle restreint par un réviseur agréé avant leur approbation par l'assemblée générale (art. 725a al. 2 nCO). Si le conseil d'administration dépose une demande de sursis concordataire, cette obligation tombe (art. 725a al. 3 nCO). A notre avis, cela vaut également pour les comptes annuels de l'exercice 2022, car la perte de capital constitue, comme mentionné, un fait permanent (cf. ci-dessus N. 159).

3. Surendettement

161 Le nouveau droit règle désormais le surendettement à l'art. 725b nCO. La notion et les faits constitutifs du surendettement restent inchangés. En revanche, l'assainissement tacite est désormais expressément ancré dans la loi à l'art. 725 al. 4 ch. 2 nCO. L'information du tribunal peut être omise tant qu'il existe des chances fondées (i) que le surendettement puisse être éliminé dans un délai raisonnable, mais au plus tard quatre-vingt-dix jours après la présentation des comptes intermédiaires vérifiés, et (ii) que les créances des créanciers ne soient pas davantage menacées.

Le surendettement est un état de fait permanent. Par conséquent, le nouveau droit s'appliquera en principe à partir du 1er janvier 2023 (cf. n. 13 et n. 99 ci-dessus [sur la réglementation spéciale en cas de retrait de rang]). Le délai maximal de quatre-vingt-dix jours s'applique donc également aux cas de surendettement survenus avant le 1er janvier 2023. Les jours de ce délai écoulés avant le 1er janvier 2023 doivent toutefois être pris en compte. Premièrement, il s'agit d'un état de fait qui ne peut pas être décomposé en différentes étapes, raison pour laquelle un rattachement uniforme au nouveau droit est nécessaire d'un point de vue intertemporel (cf. sur la décomposition en différentes étapes N. 118 ss. ci-dessus). Deuxièmement, on parvient à ce résultat par le biais d'un élément d'interprétation téléologique. La protection des créanciers en cas de surendettement de la société impose de ne pas attendre plus longtemps, en ce sens que les jours écoulés avant le 1er janvier 2023 ne sont pas pris en compte dans le calcul du délai maximal de 90 jours au sens de l'art. 725, al. 4, ch. 2, nCO. 16 2

Sous l'ancien droit, la pratique des tribunaux en matière d'octroi d'un délai de tolérance était plus souple et parfois plus généreuse que la réglementation actuelle de l'art. 725 al. 4 ch. 2 nCO, qui prévoit un délai maximal de quatre-vingt-dix jours. Dans un cas complexe, le tribunal de commerce du canton de Zurich a même accordé un délai de tolérance de huit mois. La doctrine considère que le délai maximal de quatre-vingt-dix jours est trop court pour les cas complexes. Dans le contexte du droit transitoire, on peut se demander comment traiter les cas complexes dont le surendettement survient avant le 1er janvier 2023 et se poursuit sous le nouveau droit. Comme il n'existe pas d'exception en droit transitoire, le délai maximal de 90 jours du nouveau droit s'applique en principe. Comme indiqué au n. 162, le surendettement est un état de fait durable dont l'appréciation est régie par le nouveau droit (cf. également n. 13 et n. 99 ci-dessus). 16 3

M. Actions en droit de la société anonyme

Le droit de la société anonyme prévoit diverses actions. Celles-ci servent soit à remédier à des situations illicites, soit à obtenir le remboursement de prestations ou la réparation d'un dommage. Dans la perspective du droit transitoire, ce sont en premier lieu les faits qui se sont réalisés avant le 1er janvier 2023, donc sous l'ancien droit, mais qui ne sont portés en justice 16 4

qu'après cette date, donc sous le nouveau droit, et qui sont donc jugés par les tribunaux, qui sont intéressants.

16 5 Les aspects matériels de ces actions sont présentés ci-après. En l'absence de règles spéciales, il convient de recourir aux règles générales des art. 1 à 4 Titre final du CC pour résoudre les questions de droit transitoire (cf. art. 1 al. 1 DT ; supra n. 7 ss). Ces normes ne s'appliquent toutefois pas au droit de procédure. Dans le droit de procédure civile, les procédures pendantes auprès de l'instance saisie se poursuivent sous l'ancien droit de procédure et le nouveau droit de procédure s'applique dans une éventuelle procédure de recours (cf. art. 404 s. CPC). Les aspects du droit matériel pour lesquels les dispositions transitoires du CPC ne s'appliquent pas sont présentés ci-après. La révision du droit de la société anonyme n'a entraîné que des modifications mineures dans le CPC (cf. art. 5 al. 1 let. g et art. 250 let. c nCPC). Pour cette raison, les dispositions transitoires du CPC ne devraient pas jouer un rôle trop important dans le cas présent.

1. Action en restitution

16 6 La révision du droit de la société anonyme entraîne des modifications dans l'action en restitution, ce qui soulève les questions de droit transitoire suivantes :

16 7 Le champ d'application personnel ou la légitimation passive de l'action en restitution est considérablement élargi. Conformément à l'art. 678 al. 1 nCO, l'action en restitution s'étend désormais aux membres de la direction, du conseil consultatif ainsi qu'aux organes matériels et de fait ("personnes chargées de la direction"). Les remboursements injustifiés de réserves légales de capital et de bénéfice ainsi que de rémunérations illicites sont désormais couverts par le champ d'application matériel de l'action en restitution (cf. art. 678, al. 1, nCO). Le principe de la non-rétroactivité au sens de l'art. 1, al. 1, Tit. fin. CC a pour conséquence que le champ d'application personnel et matériel élargi ne s'applique qu'aux prestations fournies à partir du 1er janvier 2023 (cf. également art. 1, al. 2, Cst.). A notre avis, il n'y a pas non plus d'exception selon l'art. 2 Titre final CC au principe de la non-rétroactivité, car le nouveau droit de la société anonyme ne contient pas de dispositions qui ont été établies dans l'intérêt de l'ordre public et de la moralité (cf. ci-dessus n. 18).

D'un point de vue matériel, le nouveau droit renonce à l'exigence de la mauvaise foi (cf. art. 678, al. 1, aCO). Toutefois, l'art. 678, al. 3, nCO renvoie à l'art. 64 CO. Selon l'art. 64 CO, le défendeur peut opposer à la restitution le fait qu'il n'y avait plus d'enrichissement au moment de la demande de restitution, à moins que la vente n'ait pas été faite de bonne foi ou qu'il ne fallait pas compter sur la restitution. La preuve de l'absence d'enrichissement doit être apportée par la personne potentiellement tenue à restitution (art. 678 al. 3 nCO en relation avec l'art. 645 al. 2 nCO). art. 64 CO : "il est prouvé qu'il n'était plus enrichi au moment de la demande de restitution"). En revanche, la bonne foi de la personne tenue de restituer est présumée (art. 3 al. 1 CC). Dans le nouveau droit, toute personne encore enrichie au moment de la demande de restitution - qu'elle soit de bonne ou de mauvaise foi - est donc tenue de restituer. 168

En outre, la disproportion manifeste avec la situation économique de la société ne constitue plus un élément constitutif de l'infraction (cf. art. 678, al. 2, aCO et art. 678, al. 2, nCO). 169

Pour les prestations reçues avant le 1er janvier 2023, l'ancien droit s'applique en ce qui concerne l'exigence de la mauvaise foi (supra n. 168) et la situation économique de la société (supra n. 169). Cela découle du principe de non-rétroactivité (art. 1 al. 1 Titre final du Code civil ; en général, n. 11 ss. ci-dessus). L'art. 678 CO parle de référence. Du point de vue du droit transitoire, c'est donc la perception de la prestation qui est le fait déterminant et non un éventuel acte générateur d'obligations. En règle générale, l'acte générateur d'obligations n'est de toute façon pas conclu faute de pouvoir de représentation ou serait sinon nul. 170

On pourrait parvenir à une autre conception si l'on qualifiait l'enrichissement qui conduit à la restitution de fait durable. En cas d'état de fait permanent, le nouveau droit s'applique dès son entrée en vigueur (cf. supra n. 13). L'enrichissement est toutefois intervenu au moment de la perception, le fait correspondant s'est donc réalisé ou est terminé à ce moment-là. Il n'y a donc pas, à notre avis, d'état de fait permanent. 171

L'assemblée générale peut décider que la société intente une action en restitution (art. 678, al. 5, première phrase, nCO). Elle peut alors confier la conduite du procès au conseil d'administration ou à un représentant (art. 678, al. 5, 2e phrase, nCO). Un mécanisme procédural comparable peut être vu 172

dans le contrôle spécial. Après l'introduction du contrôle spécial de l'époque, le Tribunal fédéral a décidé que celui-ci s'appliquait également aux faits antérieurs à son entrée en vigueur (ci-dessus n. 44). Par analogie, on peut donc argumenter que l'assemblée générale dispose également de cette compétence pour les actions en restitution concernant des faits qui se sont réalisés avant le 1er janvier 2023. Les conditions de droit matériel de l'action en restitution s'apprécient toutefois selon l'ancien droit en raison du principe de non-rétroactivité (cf. art. 1 al. 1 Titre final du Code civil ; cf. également n. 44 ci-dessus). On pourrait parvenir à un résultat différent en argumentant que les personnes tenues au remboursement avaient confiance dans le fait de ne pouvoir être poursuivies en justice que par la société, si le conseil d'administration le décidait lui-même (cf. art. 678 al. 3 CO). Le Tribunal fédéral n'avait pas protégé une telle confiance dans une constellation similaire. Ainsi, comme nous l'avons déjà mentionné, un état de fait qui s'était produit avant l'entrée en vigueur du contrôle spécial de l'époque pouvait être examiné au moyen d'un contrôle spécial (supra n. 44).

17 3 Le nouveau droit règle désormais la prescription de manière plus complète et en accord avec le nouveau droit de la prescription de l'art. 678a nCO. L'ancien droit prévoyait dans tous les cas un délai de cinq ans à compter de la réception de la prestation (art. 678, al. 4, aCO). Il existe désormais un délai relatif de trois ans à partir de la connaissance. Un délai absolu de dix ans est prévu à partir de la naissance du droit au remboursement (art. 678a, al. 1, nCO). A l'art. 678a, al. 2, nCO, la prescription est coordonnée avec la prescription pénale, comme c'est habituellement le cas en droit de la prescription.

17 4 Pour les questions de droit intertemporel en rapport avec la prescription, l'art. 49 Tit. fin. CC s'applique en tant que lex specialis (cf. supra n. 121 ss). Avec le délai relatif de trois ans, le nouveau droit a introduit un délai plus court que le droit actuel. En revanche, le délai absolu de dix ans est un délai plus long que celui de l'ancien droit. En ce qui concerne le délai de trois ans plus court, c'est le droit actuel qui s'applique (art. 49 al. 2 Titre final du CC). Ainsi, le délai relatif de trois ans ne s'appliquera qu'aux prestations indues perçues à partir du 1er janvier 2023, le délai de cinq ans étant plus long en vertu de l'art. 678, al. 4, aCO. L'art. 49 al. 1 Titre final du Code civil est déterminant pour le délai plus long de dix ans ainsi que, le cas échéant, pour un délai plus long en raison d'un acte punissable. Si le délai de prescription de cinq ans au sens de l'art.

678, al. 4, aCO n'est pas encore entré en vigueur, les délais mentionnés du nouveau droit s'appliquent à cet égard. Par ailleurs, l'entrée en vigueur des nouveaux délais de prescription n'a pas d'influence sur le début de la prescription en cours (cf. art. 49, al. 3, Tit. fin. CC ; cf. également N. 123 ci-dessus).

Le délai de prescription est suspendu pendant la procédure visant à ordonner une enquête spéciale et son exécution (art. 678a al. 1 nCO in fine). Cette suspension n'est pas spécialement réglée par le droit transitoire et n'est pas non plus couverte par l'art. 49 Titre final du Code civil. Selon l'art. 49 al. 4 Titre final du CC, le nouveau droit s'applique à partir de la date d'entrée en vigueur, à moins qu'il ne fasse l'objet d'une réglementation particulière (cf. également art. 1 al. 2 DT ; cf. ci-dessus n. 22 s.). A notre avis, la suspension des délais s'appliquera donc également à partir du 1er janvier 2023 si l'enquête spéciale a été ordonnée ou si son exécution a commencé avant le 1er janvier 2023 (cf. également la constellation similaire pour l'action en responsabilité, n. 181 ci-dessous). En raison du principe de non-rétroactivité, la suspension d'une procédure ou d'une enquête spéciale engagée avant le 1er janvier 2023 n'interviendra certainement pas avant le 1er janvier 2023 (art. 1 al. 1 Titre final du Code civil). En outre, il s'agit ici aussi d'un état de fait permanent, raison pour laquelle le nouveau droit s'appliquera en principe à partir du 1er janvier 2023 et le principe de la non-rétroactivité est sans importance (cf. ci-dessus n. 13). 17 5

En cas de faillite de la société, l'art. 757 CO s'applique par analogie (art. 678, al. 6, nCO). Cette disposition facilite l'acquisition du droit d'action par les créanciers de la société. Une réquisition de cession, une décision de la deuxième assemblée des créanciers et une décision de cession de l'administration de la faillite ne sont pas nécessaires. Le contenu est le même que pour une action fondée sur la cession au sens de l'art. 260 LP. Il est nécessaire que l'administration de la faillite renonce à faire valoir le droit et que la créance du créancier ou de la créancière de la société soit colloquée. En outre, l'art. 678 al. 6 nCO a pour conséquence qu'à l'avenir, les actionnaires pourront également intenter une action en restitution si l'administration de la faillite y renonce. L'art. 678 al. 6 nCO et son renvoi à l'art. 757 CO constituent un mode procédural qui s'appliquera dès le 1er janvier 2023 également aux versements effectués avant le 1er janvier 2023. L'appréciation matérielle se 17 6

fonde sur l'ancien droit en raison du principe de la non-rétroactivité (cf. art. 1 al. 1 Titre final du Code civil ; cf. ci-dessus n. 172).

2. Action en responsabilité

17 7 Du point de vue du droit transitoire, les actions en responsabilité doivent essentiellement être examinées sous l'angle de la prescription. La responsabilité en droit de la société anonyme, notamment la responsabilité pour la constitution (art. 753 CO), la responsabilité pour l'administration, la gestion et la liquidation (art. 754 CO) et la responsabilité pour la révision (art. 755 CO) sont soumises à la disposition commune de l'art. 760 nCO sur la prescription. Cet article a fait l'objet de deux adaptations.

17 8 Le délai de prescription relatif a été réduit de cinq à trois ans. Ainsi, l'action en dommages-intérêts contre les personnes responsables se prescrit par trois ans à compter du jour où la personne lésée a eu connaissance du dommage et de la personne tenue de le réparer (art. 760, al. 1, nCO). Le message explique cette adaptation par des motifs d'uniformisation et de simplification ainsi que par l'adaptation au concept de la révision en cours du droit de la prescription, raison pour laquelle le même délai relatif de prescription dure trois ans, comme pour l'action en restitution (cf. supra n. 173) ainsi que pour les actions en responsabilité en droit des sociétés coopératives (art. 919, al. 1, nCO). Pour la Sàrl, c'est la responsabilité selon le droit de la société anonyme qui s'applique en raison du renvoi de l'art. 827 CO. Il s'agit d'un renvoi dynamique au droit en vigueur.

17 9 En ce qui concerne les délais de prescription, c'est l'art. 49 Titre final du Code civil qui s'applique - en l'absence de disposition spéciale de droit transitoire (cf. déjà n. 121 s. ci-dessus). Si le nouveau droit prévoit un délai plus court, l'ancien droit s'applique conformément à l'art. 49 al. 2 Titre final du Code civil. La révision du droit de la société anonyme a réduit le délai de prescription relatif. Le délai de cinq ans reste donc applicable aux cas relevant de l'ancien droit. A notre avis, on est en présence de cas relevant de l'ancien droit pour des faits qui se sont réalisés avant le 1er janvier 2023. Cela vaut indépendamment du fait que la personne lésée en prenne connaissance avant ou après le 1er janvier 2023. Le principe de la "lex mitior", connu en droit pénal au sens de l'art. 2 al. 2 et de l'art. 389 CP, ne s'applique pas au droit de la responsabilité. Ainsi, l'auteur d'un dommage ne peut pas prétendre bénéficier d'un délai de prescription plus court à partir du 1er janvier 2023.

Le délai de prescription absolu de dix ans à compter du jour où le fait dommageable s'est produit ou a cessé de se produire reste inchangé (art. 760 al. 1 CO). La disposition spéciale relative à la prescription lorsque le comportement dommageable constitue un acte punissable reste également inchangée (art. 760 al. 2 CO). Aucune question de droit transitoire ne se pose donc dans ce contexte. 180

Par ailleurs, une suspension des délais est désormais prévue pendant la procédure visant à ordonner une enquête spéciale et pendant son déroulement (art. 758, al. 2 in fine, et art. 760, al. 1, nCO in fine). Cela vaut tant pour la péremption du droit d'agir en justice après la décision de décharge (décharge) que pour la prescription. Cette suspension des délais ne fait pas l'objet d'une réglementation particulière en droit transitoire. Conformément à l'art. 49 al. 4 Titre final du Code civil, le nouveau droit s'applique à partir de la date d'entrée en vigueur, à moins qu'il ne fasse l'objet d'une réglementation particulière (cf. également art. 1 al. 2 Cst. ; cf. ci-dessus n. 22 s.). A notre avis, la suspension des délais s'appliquera donc également à partir du 1er janvier 2023 si l'enquête spéciale a été ordonnée ou si son exécution a commencé avant le 1er janvier 2023 (cf. également la constellation similaire de l'action en restitution, n. 175 ci-dessus). Par conséquent, la suspension d'une procédure ou d'une enquête spéciale engagée avant le 1er janvier 2023 n'intervient pas avant le 1er janvier 2023 (cf. art. 1 al. 1 Titre final du Code civil). Par ailleurs, l'enquête spéciale est un état de fait permanent auquel le nouveau droit s'appliquera en principe à partir du 1er janvier 2023 et le principe de la non-rétroactivité ne doit pas être respecté (cf. n. 13 ci-dessus). 181

Selon la jurisprudence antérieure du Tribunal fédéral, les désistements de rang ne doivent pas être pris en compte dans le calcul du dommage indirect. Par conséquent, les créances faisant l'objet d'une subordination étaient également incluses dans le dommage social. Suite aux critiques émises à l'encontre de cette jurisprudence, le législateur a adopté l'art. 757 al. 4 nCO, selon lequel les créances des créanciers sociaux qui ont pris rang après tous les autres créanciers ne doivent désormais plus être prises en compte dans le calcul du dommage social. 182

En raison du principe de non-rétroactivité, cette règle ne s'applique toutefois qu'aux subordinations intervenues après le 1er janvier 2023 (cf. art. 1 al. 1 Titre final du Code civil). Par ailleurs, les auteurs de dommages ne peuvent pas non 183

plus se prévaloir ici du principe de droit pénal de la "lex mitior" (cf. ci-dessus n. 179).

3. Action en annulation et en nullité

18 4 Le régime de l'action en annulation et en nullité des décisions de l'assemblée générale ainsi que de la nullité des décisions du conseil d'administration n'a pas été modifié lors de la révision du droit de la société anonyme (cf. art. 706 ss. CO).

18 5 En raison du principe de non-rétroactivité, l'annulabilité ou la nullité des décisions prises avant le 1er janvier 2023 ne peut être établie qu'au moyen de l'ancien droit (cf. art. 1 al. 1 Titre final du Code civil). Après le 1er janvier 2023, l'annulabilité ou la nullité ne peut être fondée sur l'ancien droit que si l'acte est encore soumis à l'ancien droit. Par ailleurs, à notre avis, la violation du droit transitoire peut, le cas échéant, également entraîner l'annulabilité ou la nullité.

18 6 Les questions relatives à l'annulabilité et à la nullité devraient également se poser pour les nouveaux instruments du droit de la société anonyme révisé, tels que la bande de capital et les formes numériques de l'assemblée générale. Il ne s'agit toutefois pas de questions intertemporelles, mais des conséquences juridiques des nouvelles dispositions du droit de la société anonyme.

4. Action en dissolution

18 7 A partir du 1er janvier 2023, la légitimation active pour l'action en dissolution reviendra également aux actionnaires détenant 10% des voix (art. 736 al. 1 ch. 4 nCO). Il n'est plus nécessaire, comme auparavant, que 10% du capital-actions des demandeurs soient représentés dans chaque cas (cf. art. 736, ch. 4, aCO). La légitimation active doit déjà exister au moment de l'introduction de l'action en dissolution. Ainsi, un actionnaire ne pourra pas se prévaloir du nouveau seuil s'il a déposé l'action en dissolution avant le 1er janvier 2023.

18 8 L'art. 659 al. 3 nCO prévoit désormais qu'en cas d'acquisition d'actions propres, la limite maximale est fixée à 20% du capital-actions inscrit au registre du commerce, même en relation avec une action en dissolution. Les actions acquises au-delà de 10% doivent être vendues ou détruites par réduction de capital dans un délai de deux ans (art. 659 al. 3 nCO). Cela augmente la marge de manœuvre du tribunal et du conseil d'administration.

Le motif important qui conduit à l'action en dissolution est, à notre avis, un fait permanent (cf. ci-dessus n. 13). Par conséquent, l'art. 659 al. 3 nCO peut également s'appliquer à une action en dissolution introduite avant le 1er janvier 2023.

N. Arbitrage

Selon l'art. 697n al. 1 nCO, les statuts peuvent prévoir que les litiges relevant du droit des sociétés seront jugés par un tribunal arbitral ayant son siège en Suisse (clause d'arbitrage statutaire). La clause d'arbitrage déploie les mêmes effets juridiques que les autres dispositions statutaires. Cela signifie que tous les actionnaires et organes liés par les statuts sont également concernés par la clause d'arbitrage statutaire. Cela vaut également pour les nouveaux actionnaires. La portée subjective de la clause d'arbitrage statutaire peut toutefois être limitée par les statuts (cf. art. 697n al. 1 phrase 2 nCO). Par ailleurs, des clauses d'arbitrage contractuelles sont possibles (également dans les statuts). Seuls les actionnaires et les membres des organes ayant donné leur accord ainsi que leurs ayants droit sont liés par ces clauses. 189

L'art. 697n nCO s'applique également à la Sàrl (art. 797a nCO). Pour les autres collectivités telles que les associations et les coopératives, une réglementation correspondante fait défaut, car l'arbitrage était déjà considéré comme admissible dans le droit actuel. 190

Une clause d'arbitrage statutaire prend effet au moment de l'inscription au registre du commerce (cf. art. 45, al. 1, let. h et art. 73, al. 1, let. v nRCF). Comme la clause compromissoire statutaire au sens de l'art. 697n nCO est une nouvelle possibilité offerte par la révision du droit de la société anonyme, aucun délai transitoire n'est à respecter. 191

La question se pose de savoir si une clause d'arbitrage statutaire s'applique également au jugement de litiges nés avant l'entrée en vigueur de la clause d'arbitrage (donc en partie aussi avant le 1er janvier 2023). Selon Vogt/Hirsiger-Meier/Hofer, la clause arbitrale statutaire s'applique à tous les litiges relevant du droit des sociétés qui ont été portés en justice après l'entrée en vigueur de la clause arbitrale statutaire (cf. n. 191 ci-dessus). Allemann et Meier limitent l'effet aux litiges futurs. Allemann justifie son point de vue par le libellé de l'art. 697n al. 1 nCO, qui parle de "clause d'arbitrage". Traditionnellement (notamment dans la CA de l'époque), une distinction était 192

faite entre les "conventions d'arbitrage" pour les litiges existants et les "clauses d'arbitrage" pour les litiges futurs. Meier émet des réserves du point de vue de la procédure et de la constitution à l'égard d'une application temporelle aussi large. Selon Meier, un effet pour les litiges nés avant la prise d'effet de la clause d'arbitrage n'est admissible que dans la mesure où la liberté de décision et d'action autonome privée des personnes liées par la clause a été prise en compte. On peut douter que le législateur ait été conscient de la distinction entre les conventions d'arbitrage et les clauses d'arbitrage lors de la création de l'art. 697n nCO. L'expression "clause compromissoire" a été beaucoup plus utilisée parce qu'il s'agit d'une clause dans les statuts et qu'elle est nettement plus fréquente que le terme "contrat d'arbitrage". Le fait que le législateur n'ait pas tenu compte des réserves intertemporelles dans l'article 697n nCO va à l'encontre de l'opinion de Meier. Le législateur a simplement installé le mécanisme de protection du quorum qualifié (art. 704 al. 1 ch. 2 nCO). Le cas échéant, les actionnaires doivent se défendre par une action en annulation ou en nullité (art. 706 ss. CO). Il faut donc partir du principe de la recevabilité pour les litiges déjà existants. Il n'est pas certain que le risque procédural en vaille la peine au vu des avis partagés dans la doctrine.

19 3 On peut se demander si la clause d'arbitrage a également un effet sur une procédure judiciaire étatique déjà en cours avant le 1er janvier 2023. Selon Allemann, une clause d'arbitrage introduite après le 1er janvier 2023 n'entraîne pas la compétence d'un tribunal arbitral. La confiance légitime dans la juridiction étatique en tant que mécanisme de règlement des litiges doit être protégée. Par ailleurs, un tel retrait de la juridiction étatique et le redémarrage ainsi obtenu de l'application du droit constitueraient un abus de droit. L'opinion d'Allemann doit être approuvée. Le principe de non-rétroactivité protège contre un retrait de la juridiction étatique par une clause d'arbitrage nouvellement introduite. A cet égard, l'actionnaire plaignant(e) a une confiance dans le fait que le mécanisme (étatique) de règlement des litiges mis en place s'appliquera. Il s'agit d'une position de confiance déjà acquise, à laquelle l'ancien droit s'applique (art. 4 Titre final du CC e contrario ; n. 19 ss. ci-dessus). L'effet de blocage selon l'art. 64 al. 1 let. a CPC plaide également en faveur de la poursuite de la procédure étatique.

19 4 Du point de vue du droit transitoire, on peut se demander si l'art. 697n nCO s'applique aux clauses arbitrales (statutaires) déjà existantes. Même après le 1er janvier 2023, les clauses d'arbitrage dans les statuts peuvent être qualifiées

de clauses d'arbitrage à caractère contractuel. Cette qualification a pour conséquence que seules les personnes qui y ont consenti (par écrit) sont liées par elles. Toutefois, il est probable que peu de statuts contiennent des clauses d'arbitrage à caractère contractuel, car les offices du registre du commerce ont régulièrement refusé d'inscrire de telles (fausses) dispositions statutaires. Si l'on part du principe que les clauses d'arbitrage sont statutaires, conformément à une grande partie de la doctrine et à l'ancienne jurisprudence du Tribunal fédéral, il peut y avoir une contradiction avec la réglementation actuelle. Cela est dû au fait que la réglementation actuelle exige des conditions spécifiques (quorum qualifié pour l'introduction, application des art. 353 ss. CPC, siège du tribunal arbitral en Suisse, garantie de droits procéduraux particuliers et mention de la clause d'arbitrage dans l'inscription au registre du commerce). Si la disposition statutaire existante ne répond pas à ces exigences, elle doit être adaptée dans un délai de deux ans (art. 2 al. 1 Cst.). Dans le cas contraire, elle devient automatiquement caduque (art. 2 al. 2 Cst. ; en général, n. 32 ss. ci-dessus). Meier fait remarquer que les clauses d'arbitrage qui se trouvaient dans les statuts avant le 1er janvier 2023 ne sont valables que si elles respectent une protection juridique procédurale suffisante, qui ne va pas au-delà des exigences de l'art. 697n P-CO 2016. La question de savoir s'il suffit que le quorum simple de l'époque ait été respecté ou si une confirmation sous quorum qualifié est nécessaire est controversée. Selon Vogt/Hirsiger-Meier/Hofer, le quorum qualifié est une condition fondée sur le droit matériel pour justifier la renonciation à la juridiction étatique ainsi que l'effet corporatif vis-à-vis de tous les actionnaires. Meier argumente en revanche sur la base du principe de non-rétroactivité et considère donc qu'une clause d'arbitrage introduite sous le quorum simple en vigueur à l'époque est en principe valable. La deuxième opinion devrait être la bonne, car elle respecte les principes intertemporels - comme le principe de non-rétroactivité. Afin d'éviter les risques, il est toutefois recommandé de faire confirmer la clause d'arbitrage par l'assemblée générale (avec le quorum qualifié).

Dans le droit de la Sàrl, la clause d'arbitrage aurait déjà été autorisée avant le 1er janvier 2023, car des obligations peuvent être imposées aux associés par les statuts (cf. art. 796 CO). Comme l'art. 797a nCO renvoie au droit de la société anonyme, la clause d'arbitrage devra à l'avenir, c'est-à-dire dans un délai de deux ans (cf. art. 2 DT ; supra n. 32 ss), se conformer au nouveau droit (cf. supra n. 194). 195

BIBLIOGRAPHIE

Allemann Richard G., Statutarische Schiedsklauseln in der Aktienrechtsrevision, GesKR 3 (2018), S. 339–354.

Aus der Au Roman, Die Verrechnungsliberierung bei der AG, Die Leistung der Einlage durch Verrechnung mit einer Forderung nach dem revidierten Aktienrecht, Zürich 2020, Zürich et al. 2021 (= SSHW 354).

Bauer Thomas/Luginbühl Tanja, Kommentierung zu Art. 293*a* SchKG, in: Staehelin Daniel/Bauer Thomas/Lorandi Franco (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 3. Aufl., Basel 2021 (zit. BSK-Bauer/Luginbühl).

Böckli Peter, Schweizer Aktienrecht, 5. Aufl., Zürich et al. 2022 (zit. Böckli, 5. Aufl.).

Böckli Peter, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich 2009 (zit. Böckli, 4. Aufl.).

Böckli Peter, Schweizer Aktienrecht, 2. Aufl., Zürich 1996 (zit. Böckli, 2. Aufl.).

Brändli Gian, Kommentierung zu Art. 1 SchlT ZGB, in: Breitschmid Peter/Jungo Alexandra (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Art. 641–977 ZGB, 3. Aufl., Zürich et al. 2016.

Broggini Gerardo, Intertemporales Privatrecht, in: Gutzwiller Max/Hinderling Hans/Meier-Hayoz Arthur/Merz Hans/Secrétan Roger/von Steiger Werner (Hrsg.), Schweizerisches Privatrecht I, Basel 1969, S. 353–507.

Bühler Christoph B., Kommentierungen zu Art. 716*a* und 716*b* OR, in: Handschin Lukas (Hrsg.), Zürcher Kommentar, Obligationenrecht, Die Aktiengesellschaft, Generalversammlung und Verwaltungsrat, Mängel in der Organisation der Gesellschaft, Art. 698–726 und Art. 731*b* OR, 3. Aufl., Zürich et al. 2018 (zit. ZK-Bühler).

Chabloz Isabelle, Les nouveaux droits des actionnaires en matière de restitution et d'accès à l'information, SZW 6 (2021), S. 575–588.

Däppen Robert K., Kommentierung zu Art. 49 und 50 Schlt ZGB, in: Geiser Thomas/Wolf Stephan (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, 6. Aufl., Basel 2019 (zit. BSK-Däppen).

Druey Jean Nicolas/Druey Just Eva/Glanzmann Lukas, Gesellschafts- und Handelsrecht, 12. Aufl., Zürich et al. 2021.

Dubs Dieter/Truffer Roland, Kommentierungen zu Art. 699 und 706 OR, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Watter Rolf (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 5. Aufl., Basel 2016 (zit. BSK-Dubs/Truffer).

Eisenring Marlen, Kommentierung zu Art. 700 OR, in: Kren Kostkiewicz/Wolf Stephan/Amstutz Marc/Fankhauser Roland (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht, 4. Aufl., Zürich 2023 (OFK-Eisenring).

Fischer Damian, Neues Aktienrecht – Ready for Take-off?, Was Sie über das neue Recht wissen sollten, AJP 1 (2023), S. 3–20 (zit. Fischer D.).

Fischer Joel, Shareholder Value, Corporate Social Responsibility und Gegenvorschlag zur Konzernverantwortungsinitiative, GesKR 1 (2021), S. 1 ff. (zit. Fischer J.).

Forrer Lucas/Müller Matthias, Kommentierung zur Art. 734*f* OR, in: Müller Lukas (Hrsg.), Onlinekommentar zum Obligationenrecht, https://onlinekommentar.ch/de/kommentare/or734f (zit. OK-Forrer/Müller, Art. 734f OR).

Forstmoser Peter, Aktienrechtsreform 2020: Was wurde erreicht? Und was hat man verpasst?, EF 6 (2021), S. 320–323 (zit. Forstmoser, EF).

Forstmoser Peter, Vom alten zum neuen Aktienrecht, SJZ 8 und 9 (1992), S. 137–169 (zit. Forstmoser, SJZ).

Forstmoser Peter/Küchler Marcel, Schweizerisches Aktienrecht 2020, Das neue Recht der AG, der GmbH und der Genossenschaft und die damit verbundenen Gesetzesänderungen, Bern 2021 (zit. Forstmoser/Küchler, Art. x N y).

Forstmoser Peter/Meier-Hayoz Arthur/Nobel Peter, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996.

Glanzmann Lukas, Pflichten des Verwaltungsrats bei drohender Zahlungsunfähigkeit, Kapitalverlust und Überschuldung gemäss neuem Aktienrecht, in: Richard-dit-Bressel Marc Jean/Zollinger David (Hrsg.),

Rechnungswesen und Kapitalschutz im Strafrecht, 12. Schweizerische Tagung zum Wirtschaftsstrafrecht, Tagungsband 2021, Zürich 2022, S. 99–134.

Gericke Dieter/Müller Andreas/Häusermann Daniel/Hagmann Nina, Neues Aktienrecht: Tour d'Horizon, GesKR 3 (2020), S. 323–341.

Gnos Urs P./Hohler Dominik/Kummer Angela/Brazerol Riccardo, Gesellschaftsrecht – Entwicklungen 2020, Bern 2021.

Harisberger Severin, Die Geltendmachung des Rückerstattungsanspruchs nach Art. 678 OR im Konkurs der Gesellschaft – Ein Beitrag insbesondere zur Bedeutung von Art. 678 Abs. 6 E-OR, in: Forrer Lucas/Zuur Floris/Müller Matthias P.A. (Hrsg.), Das Aktienrecht im Wandel, Zum 50. Geburtstag von Hans-Ueli Vogt, Zürich et al. 2020.

Heller Jan, Aktienrechtsrevision – neue Regelungen für börsenkotierte Gesellschaften, iusNet Bank- und Kapitalmarktrecht vom 10.11.2021.

Hirsiger Valentina, Kommentierung zu Art. 697*n* OR, in: Kren Kostkiewicz/Wolf Stephan/Amstutz Marc/Fankhauser Roland (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht, 4. Aufl., Zürich 2023 (OFK-Hirsiger).

Hofer Matthias/Pfäffli Daniel, Organisationsmängel bei Personenhandelsgesellschaften, Materiellrechtliche und zivilprozessuale Aspekte von Art. 581*a* OR, GesKR 3 (2022), S. 339–357.

Hubacher Kevin/Sieber Andrea/Vogel Alexander/Baumberger Marc, FAQ zum revidierten Aktienrecht (nichtbörsenkotierte Gesellschaften): auf den Punkt gebracht und umsetzbar, MLL News Portal vom 16.1.2023.

Hubli Pascal/Weber Martin/Ah Choon Jean Jacques/Houdrouge Tarek, Neues Aktienrecht ante portas – Sofortiges Ende der aktuellen Statuten?, Schellenberg Wittmer, Monthly Newsletter October 2022.

Hürlimann Alexander, Das intertemporale Genossenschaftsrecht, Zürich 1946.

Huguenin Claire/Giampaolo Davide, Kommentierung zu Art. 6b SchlT ZGB, in: Geiser Thomas/Wolf Stephan (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, 6. Aufl., Basel 2019 (zit. BSK-Huguenin/Giampaolo).

Jäggi Peter, Die Stimmrechtsbeschränkung für die Besitzer mehrerer Aktien im intertemporalen Recht, SAG 10 (1947), S. 229–236.

Jutzi Thomas/Meier Quirin, Übersicht über die Neuerungen im Aktienrecht, in: Wolf Stephan (Hrsg.), Das neue Aktienrecht – insbesondere Aspekte aus der notariellen Praxis, Weiterbildungstagung des Verbandes bernischer Notare und des Instituts für Notariatsrecht und Notarielle Praxis an der Universität Bern vom 3./4.5.2023, Bern 2023, S. 1–83.

Kägi Urs, Art. 12 und 27 VegüV, in: Watter Rolf/Vogt Hans-Ueli (Hrsg.), Basler Kommentar, Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften (VegüV), Basel 2015 zit. (BSK-Kägi).

Kläy Hanspeter, Bundesgesetzgebung im Bereich des privaten Wirtschaftsrechts Stand Oktober 1991, SZW 6 (1991), S. 312–317.

Lambert Claude/Müller Andreas, Kommentierung zu Art. 12 VegüV, in: Oser David/Müller Andreas (Hrsg.), Praxiskommentar zur Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften, VegüV, 2. Aufl., Zürich et al. 2018 (zit. PK-Lambert/Müller).

Märki Raphael, in: Fellmann Walter (Hrsg.), Das neue Verjährungsrecht, Tagung vom 29.10.2019 in Luzern, Bern 2019, Das neue Verjährungsrecht – Übergangsrechtliche Regeln, S. 157–174.

Meier Robert, Anpassung der Statuten an das revidierte Aktienrecht, AJP 3 (1992), S. 317–331.

Meier Valentina, Schiedsklauseln in Statuten schweizerischer Aktiengesellschaften, Zürich et al. 2017 (= SSHW 338).

Meier-Hayoz Arthur/Forstmoser Peter/Sethe Rolf, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 12. Aufl., Bern 2018.

Meisterhans Clemens, Aktienrechtsrevision und Handelsregister, SZW 5 (2022), S. 430–439.

Moggi Nicolo, Das neue Sanierungsrecht – Verantwortlichkeit des Verwaltungsrats in Krisensituationen nach neuem Aktienrecht, in: Magister, Editions Weblaw, Bern 2022.

Mönnich Ulrike, in: Brunner Alexander/Schnyder Anton K./Eisner-Kiefer Andrea, Allgemeine Geschäftsbedingungen nach neuem Schweizer Recht, Zürich et al. 2014, AGB und intertemporales Recht, S. 287–299.

Müller Kevin J., Die Einheit der Materie bei Generalversammlungsbeschlüssen, Zürich et al. 2021 (= SGFM 19).

Müller Lukas, Kommentierung zu Art. 734*f* OR, in: Kren Kostkiewicz/Wolf Stephan/Amstutz Marc/Fankhauser Roland (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht, 4. Aufl., Zürich 2023 (OFK-Müller).

Müller Wolfgang, Kommentierung zu Art. 651 OR, in: Roberto Vito/Trüeb Hans Rudolf (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Art. 530–771 OR, VegüV, 3. Aufl., Zürich 2016 (zit. CHK-Müller).

Mutzner Paul, Berner Kommentar zum ZGB, Schlusstitel Art. 1–50, 2. Aufl., Bern 1926 (zit. BK-Mutzner).

Nobel Peter, Aktienrecht heute, Jusletter vom 19.11.2022.

Oser David/Müller Andreas, Kommentierung zu Art. 28 VegüV, in: Oser David/Müller Andreas (Hrsg.), Praxiskommentar zur Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften, VegüV, 2. Aufl., Zürich et al. 2018 (zit. PK-Oser/Müller).

Pfaffinger Monika, Vorb. Art. 1–50 SchlT ZGB und Kommentierungen zu Art. 1 und 4 SchlT ZGB, in: Büchler Andrea/Dominique Jakob (Hrsg.), Kurzkommentar ZGB, 2. Aufl., Basel 2018 (zit. KuKo-Pfaffinger).

Pichonnaz Pascal/Piotet Denis, Kommentierung zu Art. 1–4 SchlT CC, in: Pichonnaz Pascal/Bénédict Foëx/Piotet Denis (Hrsg.), Commentaire Romand, Code Civil II, Basel 2016 (zit. CR-Pichonnaz/Piotet).

Plüss Adrian/Caldoro Stefan, Auswirkungen des Aktienrechts 2020 auf kleine und mittlere Unternehmen, SJZ 16–17 (2022), S. 834–841.

Rapp Jean-Marc, L'application du nouveau droit de la société anonyme aux sociétés fondées avant son entrée en vigueur – problèmes urgents de droit transitoire, SZW 3 (1992), S. 106–112.

Reutter Thomas/Hammer Annina, Lediglich «Punktuelle Anpassungen und Präzisierungen der Bestimmungen zum bedingten Kapital»? Bedingt zutreffend!, SZW 3 (2021), S. 302–307.

Richers Roman, Kommentierung zu Art. 24 VegüV, in: Oser David/Müller Andreas (Hrsg.), Praxiskommentar zur Verordnung gegen übermässige

Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften, VegüV, 2. Aufl., Zürich et al. 2018 (zit. PK-Richers).

Rouiller Nicolas/Bauen Marc/Bernet Robert/Lasserre Rouiller Colette, La société anonyme suisse, 3. Aufl., Genf et al. 2022.

Schenker Franz, Kommentierungen zu Art. 627 und 629 OR, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Watter Rolf (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 5. Aufl., Basel 2016 (zit. BSK-Schenker).

Schenker Urs/Schenker Olivier, Praxisleitfaden zum revidierten Aktienrecht, Bern 2023.

Schott Bertrand G., Aktienrechtliche Anfechtbarkeit und Nichtigkeit von Generalversammlungsbeschlüssen wegen Verfahrensmängeln, Zürich 2009 (= SSHW 285).

Stauffer Wilhelm, Berner Kommentar, Obligationenrecht, Schluss- und Übergangsbestimmungen, Bern 1940.

Stojanovic Jansa, in: Canapa Damiano/Landolt Robin/Müller Nicola (Hrsg.), Sein und Schein von Gesetzgebung, Erwartungen – Auswirkungen – Kritik, Die Zersplitterung der Gläsernen Decke? Die Gleichstellung der Geschlechter durch gesetzliche Massnahmen, S. 165–191.

Tanner Brigitte, Neuerungen für die Beschlussfassung in der Generalversammlung, AJP 6 (1992), S. 765–773.

Tanner Brigitte, Kommentierung zu Art. 699 OR, in: Roberto Vito/Trüeb Hans Rudolf (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Art. 530–771 OR, VegüV, 3. Aufl., Zürich 2016 (zit. CHK-Tanner).

Tanner Brigitte, Kommentierungen zu Art. 698, 699 und 703 OR, in: Handschin Lukas (Hrsg.), Zürcher Kommentar, Obligationenrecht, Die Aktiengesellschaft, Generalversammlung und Verwaltungsrat, Mängel in der Organisation der Gesellschaft, Art. 698–726 und Art. 731*b* OR, 3. Aufl., Zürich et al. 2018 (zit. ZK-Tanner).

Truffer Roland/Dubs Dieter, Kommentierung zu Art. 808*b* OR, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Watter Rolf (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 5. Aufl., Basel 2016 (zit. BSK-Truffer/Dubs).

Tuor Peter/Schnyder Bernhard/Schmid Jörg/Jungo Alexandra, Das schweizerische Zivilgesetzbuch, 14. Aufl., Zürich 2015.

Walter Marc/Joho-Menotti Michèle/Fischer Cedric/Wyss Janica, Aktienrechtsrevision, Eine Darlegung der wichtigsten Anpassungen und Änderungen, Wenger Vieli, Guidelines 11/22.

Vischer Markus, Schafft das neue Aktienrecht die Sachübernahmevorschriften wirklich ab? SJZ 4 (2022), S. 172–184 (zit. Vischer, SJZ).

Vischer Markus, Pflichten des Verwaltungsrats in finanziellen Krisenlagen nach neuem Aktienrecht, iusNet Gesellschaftsrecht vom 26.1.2023 (zit. Vischer, iusNet).

Vischer Markus, Die allgemeinen Bestimmungen des schweizerischen intertemporalen Privatrechts, Zürich 1986 (= ZSP 52) (zit. Vischer, Diss.).

Vischer Markus, Kommentierung zu Art. 2 SchlT AG OR, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Watter Rolf (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 5. Aufl., Basel 2016 (zit. BSK-Vischer).

Vischer Markus, Kommentierung zu Art. 1, 2, 3 und 4 SchlT ZGB, in: in: Geiser Thomas/Wolf Stephan (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, 6. Aufl., Basel 2019 (zit. BSK-Vischer).

Vogt Hans-Ueli, Kommentierung zu Art. 678 OR, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Watter Rolf (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 5. Aufl., Basel 2016 (zit. BSK-Vogt).

Vogt Hans-Ueli/Hirsiger-Meier Valentina/Hofer Thomas, Statutarische Schiedsklauseln nach dem Entwurf für ein neues Aktienrecht, Zürich et al. 2019.

von der Crone Hans Caspar, Aktienrecht, 2. Aufl., Bern 2020.

von der Crone Hans Caspar/Dazio Giovanni, Das Kapitalband im neuen Aktienrecht, SZW 5 (2020), S. 505–518.

von der Crone Hans Caspar/Moschen Corina, Die Rückerstattungsklage nach Art. 678 E-OR im Verhältnis zur Einlagepflicht des Aktionärs, in: Portmann Wolfgang/Heiss Helmut/Isler Peter R./Thouvenin Florent (Hrsg.), Gedenkschrift für Claire Huguenin, Zürich et al. 2020, S. 479–493.

von Steiger Fritz, Die Anpassung der Aktiengesellschaften an das neue Recht, Zürich 1937.

Zindel Gaudenz G./Isler Peter R., Kommentierungen zu Art. 650 und 651 OR, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Watter Rolf (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 5. Aufl., Basel 2016 (zit. BSK-Zindel/Isler).

Zürcher Wolfgang/Berweger Martin, Kommentierung zu Art. 626 OR, in: Kren Kostkiewicz/Wolf Stephan/Amstutz Marc/Fankhauser Roland (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht, 4. Aufl., Zürich 2023 (OFK-Zürcher/Berweger).

MATÉRIAUX

Bericht des Bundesrates in Erfüllung der Postulate 17.4121 Arslan vom 13.12.2017 und 17.4185 Ruiz vom 14.12.2017 Einführung eines dritten Geschlechts oder Verzicht auf den Geschlechtseintrag im Personenstandsregister – Voraussetzungen und Auswirkungen auf die Rechtsordnung, 21.12.2022 (zit. Bericht des Bundesrates zum dritten Geschlecht).

Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) vom 23.11.2016, BBl 2017 S. 399 ff. (zit. Botschaft Aktienrecht 2016).

Eidgenössisches Amt für das Handelsregister, Faktenblätter zum neuen Aktienrecht, REPRAX 4 (2022), S. 151–176 (zit. EHRA, Faktenblätter).

Eidgenössisches Amt für das Handelsregister, Praxismitteilung 1/23 vom 21.3.2023, Fragen im Zusammenhang mit dem Inkrafttreten des neuen Aktienrechts (zit. EHRA, Praxismitteilung 1/23).

Eidgenössisches Amt für das Handelsregister, Praxismitteilung 3/22 vom 19.12.2022, Fragen im Zusammenhang mit dem Inkrafttreten des neuen Aktienrechts (zit. EHRA, Praxismitteilung 3/22).

Eidgenössisches Amt für das Handelsregister, Praxismitteilung 1/22 vom 17.1.2022, Statutenänderungen im Hinblick auf die Revision des Obligationenrechts (Aktienrecht) vom 19.6.2020 (zit. EHRA, Praxismitteilung 1/22).

Eidgenössisches Amt für das Handelsregister, Mitteilung an die kantonalen Handelsregisterbehörden betreffend die Senkung des Nennwerts von Aktien auf einen Rappen vom 22.1.2001 (zit. EHRA, Mitteilung 2001).

Entwurf zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) vom 23.11.2016, BBl 2017 S. 683 ff. (zit. Entwurf Aktienrecht 2016).

ATTENTION : Cette version du commentaire est une traduction automatique de l'original. Le commentaire original est en allemand. La traduction a été faite avec www.deepl.com. Seule la version originale fait foi. La version traduite du commentaire ne peut pas être citée.

COMMENTAIRE

Art. 795 CO

Un commentaire de Anne Mirjam Schneuwly

PROPOSITION DE CITATION

Anne Mirjam Schneuwly, Commentaire de l'art. 795 CO, in: Lukas Müller (édit.), Commentaire en ligne du droit des obligations

Citation abrégée: OK-Schneuwly, art. 795 CO N. XXX.

D. Versements supplémentaires et prestations accessoires

I. Versements supplémentaires

1. Principe et montant

Art. 795

[1] Les statuts peuvent obliger les associés à effectuer des versements supplémentaires.

[2] Lorsque les statuts prévoient une obligation d'effectuer des versements supplémentaires, ils fixent le montant des versements supplémentaires afférents à une part sociale. Ce montant ne peut dépasser le double de la valeur nominale de cette part sociale.

[3] Les associés sont tenus uniquement à l'exécution des versements supplémentaires afférents à leurs parts sociales.

TABLE DES MATIÈRES

I. Généralités et analyse systématique 453
A. Évolution et refonte de l'obligation d'apport supplémentaire dans le droit de la SARL 453
1. L'obligation d'apport supplémentaire en tant qu'instrument d'assainissement 453
2. L'obligation d'apport supplémentaire en tant qu'instrument de financement interne 455
B. Objet de l'obligation d'apport supplémentaire 455
1. Garantie de la base de responsabilité 455
2. Mettre à disposition des moyens pour l'expansion 456
3. Renforcement de la solvabilité et protection indirecte des créanciers 456
C. Délimitations systématiques par rapport à des institutions apparentées 458
1. Délimitation par rapport à l'obligation d'apport supplémentaire en droit des coopératives 458
2. Distinction par rapport à la libération partielle en droit des sociétés anonymes 460
3. Distinction par rapport à la réserve de capital 460
4. Distinction par rapport à l'augmentation de capital et à l'agio 462
5. Distinction par rapport à la réduction de capital avec augmentation simultanée (réduction-augmentation de capital) 463
6. Distinction par rapport aux prestations accessoires 464
II. Base statutaire (al. 1) 465
A. Exigence d'une base statutaire 465
B. Règles relatives à l'exigibilité et affectation statutaire 467
C. Distinction par rapport aux obligations contractuelles de couverture 467
III. Montant de l'obligation d'apport supplémentaire (al. 2) 468
A. Plafond légal 468
B. Lien avec la part sociale 468
C. Publicité et transparence 469
IV. Responsabilité (al. 3) 469
Bibliographie 470
Matériaux 472

I. GÉNÉRALITÉS ET ANALYSE SYSTÉMATIQUE

L'art. 795 CO offre aux sociétés à responsabilité limitée (Sàrl) la possibilité de prévoir dans leurs statuts une obligation d'apport supplémentaire pour les associés. Cette disposition discrétionnaire constitue un élément de financement interne spécifique et reflète la composante structurelle personnalisée de la Sàrl. Conjuguée au devoir de loyauté (art. 803, al. 2, CO) et à la possibilité de prestations accessoires statutaires (art. 796 CO), l'obligation d'apport supplémentaire fait partie intégrante de la coresponsabilité des associés, ancrée dans le droit des sociétés, qui est davantage mise en avant dans le droit de la SARL que dans le droit des sociétés anonymes. 1

Par rapport à la société anonyme, qui, conformément à l'art. 680, al. 1, CO, n'autorise aucune obligation financière allant au-delà de la libération du capital, l'obligation d'apport supplémentaire constitue une caractéristique distinctive de la Sàrl. La SA ne connaît ni obligation d'apport supplémentaire ni obligation de prestations accessoires ayant une fonction de financement, car une telle obligation porterait atteinte au principe structurel de l'immobilisation du capital. 2

A. Évolution et refonte de l'obligation d'apport supplémentaire dans le droit de la SARL

1. L'obligation d'apport supplémentaire en tant qu'instrument d'assainissement

En vertu de la législation en vigueur jusqu'au 31 décembre 2007, l'obligation d'apport supplémentaire était exclusivement conçue comme une mesure d'assainissement. Elle ne pouvait être exigée qu'en cas de perte au bilan (art. 803, al. 1, 2e phrase, aOR). Sa fonction se limitait ainsi uniquement à écarter un risque de faillite imminent. Même après la révision, l'obligation d'apport supplémentaire reste un instrument d'assainissement au sens large : elle s'applique avant l'obligation légale d'assainissement en cas de perte de capital prévue aux articles 820 et 725a CO et permet ainsi un «**assainissement précoce**». Concrètement, l'art. 795a, al. 2, ch. 1, CO autorise l'exigibilité d'apports supplémentaires dès lors que la somme du capital social et des réserves légales n'est plus couverte par le patrimoine de la société. 3

4 Avec la réforme de la Sàrl de 2008, cette fonction d'assainissement a en outre été étendue aux **difficultés de trésorerie** (art. 795a, al. 2, ch. 2, CO). En droit des sociétés anonymes, la loi fédérale du 19 juin 2020 (droit des sociétés anonymes), en vigueur depuis le 1er janvier 2023, a introduit l'art. 725 CO, qui prévoit à la fois une obligation de surveillance et une obligation d'agir en cas de risque d'insolvabilité et les impose au conseil d'administration. En vertu de l'art. 820 CO, ces obligations de surveillance et d'intervention s'appliquent également à la Sàrl. L'art. 795a, al. 2, ch. 2, CO précise ces obligations en mettant à la disposition de la direction un instrument réglementé par la loi permettant d'exiger des versements supplémentaires en cas de risque d'insolvabilité. Il ne s'agit toutefois pas d'un mécanisme automatique : c'est plutôt à la direction, dans le cadre de son pouvoir d'appréciation entrepreneurial et dans le respect de la « business judgement rule », qu'il appartient de décider si et quand elle recourt à cet instrument.

5 Un aspect important de la réforme réside également dans le fait que l'obligation d'apport supplémentaire ne peut pas seulement être utilisée comme instrument de crise en cas de perte au bilan (art. 795a, al. 2, ch. 1, CO) ou de difficultés de trésorerie (art. 795a, al. 2, ch. 2, CO) , mais que les statuts peuvent également prévoir des dispositions plus strictes. Ils peuvent ainsi stipuler que des apports supplémentaires peuvent déjà être exigés lorsque le taux de couverture admissible est défini de manière plus stricte, par exemple en prévoyant que des apports supplémentaires puissent être exigés dès que le capital social et les réserves légales sont inférieurs au double de leur valeur. D'un point de vue dogmatique, une telle clause ne doit pas être considérée comme une modification de l'art. 795a, al. 2, ch. 1, CO – cette disposition s'applique directement en vertu de la loi et ne peut faire l'objet d'un durcissement statutaire –, mais comme un motif d'exigence autonome, défini dans les statuts, au sens du ch. 3. Elle doit donc satisfaire aux exigences de précision qui y sont énoncées. De telles dispositions font office de « système d'alerte précoce », ce qui est dans l'intérêt de la société et de ses créanciers, car la santé financière de la Sàrl doit être rétablie plus rapidement. Cette **intervention anticipée** visant à garantir les liquidités ou à renforcer le capital offre à la société une marge de manœuvre élargie, sans qu'il soit nécessaire de remplir les conditions strictes requises pour une augmentation de capital.

2. L'obligation d'apport supplémentaire en tant qu'instrument de financement interne

La réforme de la Sàrl de 2008 a entraîné un changement de paradigme fondamental : l'obligation d'apport supplémentaire a été étendue sur le plan fonctionnel et constitue depuis lors un **instrument de financement interne** qui sert non seulement à l'assainissement (art. 795a, al. 2, ch. 1 et 2 CO), mais aussi au renforcement actif du capital. Contrairement à une augmentation de capital au sens des articles 781 et suivants CO, l'obligation d'apport supplémentaire n'exige pas d'augmentation du capital social nominal, mais met à la disposition de la société un moyen flexible de solliciter des apports financiers supplémentaires auprès des associés – en plus de la libération du capital social –, pour autant que cela soit prévu dans les statuts. 6

C'est notamment lors de la constitution de la société ou pendant les phases de croissance que l'obligation d'apport supplémentaire permet de faire appel de manière ciblée à certains associés solvables, sans que les autres associés ne soient tenus de contribuer immédiatement dans la même mesure. Le capital social nominal reste inchangé ; toutefois, les apports supplémentaires versés – pour autant qu'ils aient été effectivement exigés et effectués – peuvent contribuer à renforcer les fonds propres économiques, par exemple par la constitution de réserves. L'obligation d'apport supplémentaire offre ainsi la possibilité de réagir de manière ciblée aux **situations financières asymétriques** entre les associés : certains d'entre eux peuvent apporter un capital plus important par le biais d'apports supplémentaires plus élevés, tandis que d'autres sont déchargés de cette obligation – par exemple grâce à des dispositions statutaires, des accords individuels ou l'exclusion de certaines parts sociales de cette obligation. Une telle organisation différenciée permet de tenir compte des possibilités économiques respectives des parties prenantes tout en mobilisant les capitaux dont on a urgemment besoin – que ce soit pour financer des investissements prévus, pour garantir la liquidité ou pour compléter le financement par emprunt. 7

B. Objet de l'obligation d'apport supplémentaire

1. Garantie de la base de responsabilité

L'exigence d'apports supplémentaires conformément à l'art. 795a, al. 2, ch. 1 et 2, CO vise à **préserver la stabilité financière** de la Sàrl en cas de crise. En 8

obligeant les associés à mettre à disposition des fonds supplémentaires, on renforce la **base de responsabilité** de la société.

9 Les apports supplémentaires, exigés en cas de **manque de liquidités imminent ou** de **pertes comptables**, doivent permettre un assainissement précoce et éviter la perte de capital, voire le **surendettement**. L'objectif est d'assurer la **pérennité de la société** et d'empêcher la survenance d'une faillite. En conséquence, l'obligation d'apport supplémentaire contribue à **renforcer substantiellement** le patrimoine social dans les situations critiques et à **atténuer à un stade précoce** le risque d'insolvabilité.

2. Mettre à disposition des moyens pour l'expansion

10 L'obligation d'apport supplémentaire, en tant qu'instrument de financement interne, peut, outre son objectif de garantie du patrimoine de garantie, **servir à des fins d'expansion**. L'art. 795a, al. 2, ch. 3, CO autorise la **demande de fonds propres supplémentaires lors de phases de stabilité économique**, pour autant que cela soit nécessaire à la poursuite de l'objet social décrit dans les statuts. L'objectif d'expansion permet à la société de réagir de manière ciblée à des **besoins d'investissement prévisibles**, par exemple en cas de diversification des marchés ou des produits, de projets de recherche, d'acquisitions de participations ou d'extension ciblée des capacités.

3. Renforcement de la solvabilité et protection indirecte des créanciers

11 L'obligation d'apport supplémentaire n'a **aucun effet direct sur les tiers**, mais s'applique entre la société et ses associés : les créanciers ne peuvent pas en exiger l'exécution directe, car il s'agit d'une **obligation interne** fondée sur les statuts. Elle constitue un instrument statutaire permettant à la société de compenser des pertes imminentes et de stabiliser sa situation financière, de sorte que les créances puissent être honorées. En ce sens, l'obligation d'apport complémentaire a un effet préventif – non pas parce que les créanciers pourraient eux-mêmes avoir accès à ces apports complémentaires, mais parce qu'elle contribue à éviter que les créanciers ne subissent un préjudice.

12 Même si l'obligation d'apport supplémentaire est formellement limitée à la relation interne, elle peut avoir pour les associés **des conséquences économiques comparables à celles d'une responsabilité externe** : Que les fonds soient versés à la société en vue de leur transfert aux créanciers ou

directement aux créanciers eux-mêmes, cela ne fait aucune différence sur le plan économique : dans les deux cas, l'associé supporte la perte de la société sur son patrimoine personnel. À ce titre, l'obligation d'apport complémentaire remplit une **fonction préventive de protection des créanciers**, même si les créanciers eux-mêmes ne sont pas directement habilités à en exiger le versement.

La publicité de cette obligation a également une certaine portée vis-à-vis des tiers : conformément à l'art. 73, al. 1, let. j, ORC, en cas d'obligations d'apport supplémentaire existantes, une référence à leur description détaillée dans les statuts doit être inscrite au registre du commerce. Même si ni le montant concret ni les parts sociales concernées ne ressortent de l'inscription au registre, cette mention indique que la participation est grevée d'un engagement financier supplémentaire – une circonstance qui peut tout à fait peser dans l'évaluation de la solvabilité effectuée par des tiers. En ce sens, on peut faire valoir – au-delà de la doctrine actuelle – que l'obligation statutaire d'apport supplémentaire peut avoir une **incidence indirecte sur la solvabilité**. Outre l'obligation d'inscription au registre du commerce (art. 73, al. 1, let. j, ORC), cette thèse est étayée par le fait que sa levée est soumise à une procédure stricte de protection des créanciers au sens de l'art. 795c CO et qu'elle peut être mise en œuvre en cas de faillite (art. 795a, al. 3, CO). 13

L'art. 795c, al. 1, CO **protège les intérêts des créanciers** en garantissant que la société ne puisse pas supprimer ou réduire unilatéralement les obligations d'apport supplémentaire en cas de perte au bilan. La loi empêche ainsi la société, notamment en période de faiblesse économique, de se défaire de fonds potentiellement disponibles sur lesquels les créanciers sont en droit de compter indirectement. Pour ces mécanismes de protection, le législateur s'est expressément inspiré des règles relatives à la réduction du capital prévues par le droit des sociétés anonymes (art. 795c, al. 2, en relation avec les art. 782, al. 4, et 653j ss CO) : la réduction ou la suppression de l'obligation d'apport supplémentaire présuppose une procédure constitutive. Les créanciers doivent être informés, dans la Feuille officielle suisse du commerce, qu'ils peuvent exiger des garanties lors de la déclaration de leurs créances (art. 653k, al. 1, CO) ; la demande doit être présentée dans les 30 jours suivant la publication (art. 653k, al. 2, CO). À cela s'ajoutent les comptes intermédiaires, l'attestation d'un expert-réviseur agréé confirmant que les créances des créanciers sont intégralement couvertes malgré la réduction (art. 14

653m, al. 1, CO), l'authentification publique de la décision (art. 653n CO) ainsi que son inscription au registre du commerce (art. 81 en relation avec l'art. 77 ORC). La procédure vise à avertir les créanciers suffisamment tôt afin qu'ils puissent exiger des garanties ou réexaminer leurs relations contractuelles avant que la modification des statuts ne prenne effet. Il en va de même pour l'art. 795b CO, qui régit le remboursement des versements supplémentaires déjà effectués : Là encore, il est exigé de manière cumulative que le montant soit couvert par des fonds propres librement disponibles et qu'un expert-réviseur agréé le confirme par écrit. Il apparaît ainsi clairement que l'obligation d'apport supplémentaire, malgré son caractère premier d'obligation interne, peut avoir un **effet indirect de protection des créanciers**.

C. Délimitations systématiques par rapport à des institutions apparentées

1. Délimitation par rapport à l'obligation d'apport supplémentaire en droit des coopératives

15 L'obligation d'apport supplémentaire en droit des coopératives (art. 871 CO) a pour objectif d'écarter un risque de faillite et de garantir la capacité d'assainissement de la coopérative. Elle vise spécifiquement à **couvrir les pertes au bilan**, c'est-à-dire un déficit structurel des fonds propres, et se distingue ainsi, sur le plan fonctionnel, de l'obligation d'apport supplémentaire de la Sàrl, qui, depuis la révision de 2008, peut également être conçue comme un instrument de financement flexible à vocation plus large. Une autre différence, jusqu'à présent peu soulignée dans la doctrine, concerne le moment de l'exigibilité : les apports supplémentaires coopératifs peuvent être exigés à tout moment, notamment en cas de faillite par l'administration de la faillite (art. 871, al. 4, CO). Le droit des SARL lie en revanche cette exigibilité à la liste exhaustive de l'art. 795a, al. 2, CO et la subordonne ainsi à une condition matérielle. L'obligation d'apport supplémentaire dans les coopératives est certes affectée à un but précis – elle ne peut servir qu'à couvrir les pertes au bilan –, mais elle est, quant à sa disponibilité dans le temps, plus souple que son équivalent dans le droit des SARL.

16 Dans une coopérative, l'obligation d'apport supplémentaire – pour autant qu'elle soit prévue par les statuts – peut obliger collectivement tous les

membres à compenser les pertes existantes au bilan. Elle produit principalement un effet interne : c'est la coopérative elle-même qui est créancière des apports supplémentaires, et non les créanciers externes de la société. Néanmoins, elle déploie – tout comme l'obligation d'apport supplémentaire en droit des SARL – un **effet indirect de protection des créanciers**, en renforçant les fonds propres, en assurant la pérennité de la coopérative et, par là même, en garantissant le paiement des créances existantes. Outre cette fonction liée à l'assainissement, l'obligation d'apport supplémentaire dans la coopérative agit également comme un **élément de solvabilité** : elle renforce la confiance dans la solvabilité de la coopérative – à l'instar de la responsabilité personnelle des membres prévue aux art. 869 s. CO –, car elle signale que des fonds supplémentaires peuvent être mobilisés en cas de besoin.

17 Sur le plan structurel, l'obligation d'apport supplémentaire dans une coopérative se distingue par le fait qu'elle peut être conçue de manière tant limitée qu'illimitée. En l'absence de limitation statutaire, c'est la variante illimitée qui s'applique. En revanche, le droit des SARL ne connaît pas d'obligations d'apport supplémentaire illimitées : dans ce cas, le montant maximal des apports supplémentaires doit impérativement être fixé dans les statuts et est limité à l'engagement individuel de chaque associé. Une autre particularité de la coopérative réside dans le caractère collectif de l'obligation d'apport supplémentaire : elle s'applique à tous les membres selon la clé de répartition prévue dans les statuts ; en l'absence de disposition statutaire, la répartition s'effectue en fonction du montant des parts sociales ou, à défaut, par tête (art. 871, al. 3, CO). En revanche, l'article 871 CO n'établit pas de solidarité entre les coopérateurs ; seule la responsabilité personnelle prévue à l'article 869, alinéa 2, CO est solidaire. La SARL ne connaît pas de système de répartition comparable : dans ce cas, l'obligation d'apport supplémentaire est toujours fixée individuellement en fonction des parts sociales. En outre, l'article 871 CO permet de combiner l'obligation d'apport complémentaire avec la responsabilité personnelle prévue aux articles 869 et suivants du CO. Cette double garantie, résultant à la fois de la responsabilité solidaire et de l'obligation collective d'apport complémentaire, est spécifique à la coopérative. En droit des SARL, une telle combinaison est exclue : l'obligation d'apport complémentaire y reste toujours un instrument de financement purement statutaire, défini individuellement.

2. Distinction par rapport à la libération partielle en droit des sociétés anonymes

18 L'obligation d'apport supplémentaire est souvent considérée dans la doctrine comme l'équivalent fonctionnel d'un apport partiellement libéré. Tant dans le cas de l'obligation d'apport supplémentaire que dans celui de la libération ultérieure (art. 634b CO), la décision d'exiger le versement incombe à la direction ou au conseil d'administration. Ces deux instruments permettent en outre de remédier de manière ciblée aux situations financières asymétriques entre les associés. Dans les deux cas, le capital social nominal ou le capital-actions reste inchangé ; les versements supplémentaires effectués peuvent toutefois – pour autant qu'ils soient effectivement exigés et versés – contribuer au renforcement des fonds propres économiques.

19 Malgré ces parallèles fonctionnels, il existe des différences structurelles et juridiques considérables entre ces deux concepts : la libération ultérieure (art. 634b CO) sert à garantir la base de responsabilité en tant qu'instrument de protection des créanciers et constitue une obligation légale que l'actionnaire assume dès l'acquisition de l'action. Elle n'est pas conçue comme une mesure d'assainissement, mais concerne des fonds dus dès le départ, sans qu'il y ait – comme dans le cas des obligations d'apport supplémentaire – injection de nouveaux fonds supplémentaires destinés à couvrir des pertes ou à assurer une trésorerie de transition. Le montant non encore libéré est considéré comme une créance de la société à l'égard de l'actionnaire et doit impérativement être inscrit à l'actif en tant que poste distinct des immobilisations (art. 959a, al. 1, ch. 2, let. e, CO) . En revanche, l'obligation d'apport supplémentaire dans la Sàrl repose uniquement sur les statuts et est discrétionnaire : elle doit être prévue dans les statuts et peut être définie de manière flexible quant à son étendue, ses modalités et les motifs justifiant son exécution.

3. Distinction par rapport à la réserve de capital

20 L'obligation d'apport supplémentaire, en tant qu'instrument de financement interne, s'apparente fortement à l'institution de la réserve de capital au sens d'une augmentation de capital autorisée (art. 653s à 653v CO). Dans les deux cas, l'organe de direction – la direction ou le conseil d'administration – se voit accorder une marge de manœuvre entrepreneuriale pour apporter des fonds supplémentaires à la société dans un cadre défini au préalable dans les

statuts par l'assemblée des associés ou l'assemblée générale. Une telle institution fait défaut pour la SARL : les art. 781 et suivants CO ne prévoient que l'augmentation ordinaire du capital social ; il n'existe ni « capital-bande » ni augmentation de capital autorisée. C'est précisément là que réside l'importance particulière de l'obligation d'apport supplémentaire : elle assume, dans le droit de la SARL, la fonction que remplit la « capital-bande » dans le droit des sociétés anonymes, sans pour autant déclencher les conséquences juridiques ayant une incidence sur le capital.

Dans le cas de la société anonyme, l'assemblée générale doit autoriser 21
explicitement le conseil d'administration à recourir à la fourchette de capital (art. 653s, al. 1 à 3, CO), les limites supérieure et inférieure de cette fourchette, la durée de l'autorisation (cinq ans au maximum) et les autres conditions devant être fixées avec précision dans les statuts. Dans ce cadre, le conseil d'administration dispose d'une marge de manœuvre entrepreneuriale lui permettant de décider avec souplesse de la demande de fonds supplémentaires. En droit des SARL également, l'introduction statutaire d'une obligation d'apport supplémentaire confère à la direction une marge de manœuvre comparable. Elle est habilitée à exiger des associés des fonds supplémentaires dans la limite des montants maximaux et des motifs de sollicitation fixés dans les statuts. Contrairement à la fourchette de capital, cette compétence de la direction n'est toutefois pas limitée dans le temps, mais s'applique de manière permanente tant que l'obligation d'apport supplémentaire est en vigueur conformément aux statuts.

Sur le plan structurel, ces mécanismes présentent toutefois des différences 22
notables : la fourchette de capital modifie le capital-actions nominal pertinent en matière de responsabilité et entraîne donc, après chaque augmentation ou réduction, une modification des statuts devant faire l'objet d'un acte authentique (art. 653u, al. 4, CO). Elle est ainsi soumise à des mécanismes de protection plus stricts en matière de droit des sociétés, notamment au droit de souscription des actionnaires (art. 652b, al. 1, CO), qui peut être limité ou supprimé dans les statuts (art. 653t, al. 1, ch. 7, CO) . À cela s'ajoute une fourchette légale impérative : les limites supérieure et inférieure de la fourchette de capital ne doivent pas dépasser, respectivement, le capital-actions inscrit au registre du commerce de plus de la moitié (art. 653s, al. 2, CO). Il existe là un parallèle remarquable avec l'art. 795, al. 2, CO : ces deux institutions accordent à l'organe de direction une marge de manœuvre

entrepreneuriale, tout en la limitant par un rapport impératif, fixé par la loi, par rapport au capital existant. En revanche, les versements supplémentaires n'augmentent pas le capital social nominal et ne déclenchent pas de tels mécanismes de protection ; ils servent au financement interne ou à l'assainissement.

4. Distinction par rapport à l'augmentation de capital et à l'agio

23 Le versement d'apports complémentaires au sens de l'art. 795 CO ne constitue pas un apport au sens classique du terme et ne saurait non plus être assimilé à une augmentation de capital ou à un agio. Les associés ne reçoivent pas de parts sociales supplémentaires et la valeur nominale de la participation existante n'est pas augmentée. Les versements supplémentaires s'effectuent sans contrepartie au regard du droit des sociétés (apport en capital) et servent exclusivement à doter la société de moyens financiers. D'un point de vue comptable, ils peuvent conduire à la constitution de réserves, ce qui peut s'apparenter fonctionnellement à un agio, mais juridiquement, la distinction reste claire : il s'agit d'une obligation interne statutaire sans augmentation de capital. De même, les versements supplémentaires effectués ne peuvent être imputés aux parts sociales de la personne qui les effectue ni, de ce fait, se traduire par un pouvoir de vote supplémentaire ; cela nécessiterait une augmentation formelle de capital conformément aux articles 781 et suivants du CO. Même dans le champ d'application de l'art. 795a, al. 2, ch. 3, CO – c'est-à-dire en cas d'appel de fonds à d'autres fins prévues par les statuts –, il n'y a toujours pas de contrepartie et la prestation n'a pas d'incidence sur le capital.

24 L'obligation d'effectuer des versements supplémentaires est un instrument de financement interne spécifiquement réservé au droit des Sàrl. Elle permet à la société de recourir à des fonds supplémentaires provenant des associés en dehors d'une augmentation de capital. Ces fonds n'augmentent certes pas le *capital social nominal*, mais ils ont, sur le plan comptable, le même effet que les *fonds propres* et peuvent, par exemple, être comptabilisés comme réserves de capital. La Cour suprême du canton de Zurich l'a confirmé : si les versements supplémentaires laissent certes supposer un besoin d'assainissement ou de financement de la société, ils constituent toutefois une contribution au patrimoine social et revêtent un caractère similaire à celui des fonds propres ; il n'en résulte pas une diminution de la valeur de l'entreprise.

Cela renforce ainsi la *base de responsabilité* dont dispose effectivement la société – c'est-à-dire cette base économique de responsabilité qui dépasse le capital social déclaré (par exemple grâce à des réserves ou à des versements supplémentaires). C'est précisément dans les phases de tension économique que l'obligation d'apport supplémentaire permet ainsi un renforcement flexible du capital, sans qu'il soit nécessaire de passer par une procédure d'augmentation de capital au sens des art. 781 et suivants du CO.

5. Distinction par rapport à la réduction de capital avec augmentation simultanée (réduction-augmentation de capital)

25 Dans les cas d'assainissement, l'exigibilité ou la réduction des versements supplémentaires peut, sur le plan fonctionnel, s'apparenter au modèle de la réduction de capital avec augmentation simultanée – également appelé « harmonica » ou « réduction du capital » – (art. 782 en liaison avec les art. 653q à 653r CO). Dans le cas d'une « coupe de capital », le capital-actions est d'abord ramené à zéro, ce qui entraîne l'extinction des droits sociaux antérieurs et la destruction des actions émises, puis reconstitué par une augmentation de capital simultanée (art. 653r, al. 1, CO). Les actionnaires existants bénéficient, lors de cette reconstitution, d'un droit de souscription qui ne peut leur être retiré (art. 653r, al. 2, CO) – contrairement à la fourchette de capital, où le droit de souscription peut être limité ou supprimé par les statuts.

26 Comme dans le cas de l'obligation d'apport supplémentaire, les associés s'engagent à apporter de nouveaux capitaux afin de réduire les dettes de la société et d'assurer sa pérennité. La réduction de capital est généralement recourue en cas de surendettement grave ou de perte totale des fonds propres et nécessite un plan d'assainissement viable. Celui-ci doit servir l'objectif de l'assainissement ; le simple fait que la société ait besoin d'être assainie ne suffit pas, à lui seul, à faire d'une réduction à zéro suivie d'une augmentation ultérieure une mesure à visée d'assainissement. Ce qui est déterminant, c'est plutôt de savoir si la mesure est de nature à éliminer effectivement le déficit et non pas simplement à l'atténuer. Le Tribunal fédéral s'est prononcé en ce sens au sujet de l'art. 732a, al. 1, aCO ; étant donné que l'art. 653r CO reprend le contenu de la disposition abrogée, il doit s'appliquer en vertu du droit en vigueur. L'obligation d'apport supplémentaire, en revanche, est conçue comme une mesure d'assainissement précoce visant à préserver et à stabiliser

la structure actuelle de l'actionnariat, sans imposer de restructuration au regard du droit des sociétés. De même, avant la mise en œuvre d'une réduction de capital, les obligations d'apport supplémentaire prévues par les statuts doivent être intégralement remplies (art. 782, al. 3, CO).

27 En matière d'obligation d'apport complémentaire, l'obligation des associés découle de la base statutaire qui permet à la direction de faire valoir des fonds supplémentaires lorsque les motifs légaux de mise en demeure sont réunis. Il n'est pas nécessaire de modifier les statuts lors de la mise en demeure relative aux obligations d'apport complémentaire, car le capital social nominal reste inchangé. De même, en cas de réduction de capital accompagnée d'une augmentation simultanée, aucune modification des statuts n'est nécessaire, pour autant que le nombre et la valeur nominale des actions ainsi que le montant des apports effectués sur celles-ci restent inchangés (art. 653q, al. 3, CO). En revanche, la double décision de l'assemblée générale et la déclaration auprès de l'office du registre du commerce restent obligatoires. En revanche, les dispositions relatives à la garantie des créances, aux comptes intermédiaires, à l'attestation de révision et aux constatations du conseil d'administration ne s'appliquent justement pas lorsque le capital-actions est augmenté au moins jusqu'au montant antérieur et que le montant des apports effectués n'est pas réduit (art. 653q, al. 1, CO) ; en dehors de cette configuration – notamment en cas de réduction du capital à zéro –, les dispositions générales des art. 653k et suivants CO s'appliquent. Dans les deux cas, l'apport de capital s'effectue donc sur le plan opérationnel, sans qu'il soit nécessaire d'adapter la structure du capital au regard du droit des sociétés par voie statutaire. Des différences existent en revanche en ce qui concerne la procédure formelle ainsi que les conséquences juridiques pour les droits des associés.

6. Distinction par rapport aux prestations accessoires

28 Bien que les obligations d'apport supplémentaire, tout comme les obligations de prestations accessoires au sens de l'art. 796 CO, nécessitent également une base statutaire, il s'agit de **catégories différentes sur le fond**. Les obligations d'apport supplémentaire au sens de l'art. 795 CO visent **exclusivement la dotation financière** de la société et relèvent **directement du régime des fonds propres**. Elles supposent donc une prestation en espèces ou en autres valeurs patrimoniales **sans contrepartie appropriée** (cf. art. 796, al. 4, CO),

ce qui les distingue clairement des autres contributions dans le cadre d'obligations internes à la société. En revanche, les obligations de prestations accessoires au sens de l'art. 796 CO sont avant tout de **nature non financière** ; elles englobent par exemple le transfert de savoir-faire ou des prestations de travail personnelles et doivent servir l'objet de la société, le maintien de son autonomie ou la préservation de la composition du cercle des associés (art. 796, al. 2, CO), et non son financement. Les apports en numéraire ne sont toutefois pas exclus : les obligations statutaires de verser de l'argent ou de fournir d'autres valeurs patrimoniales ne relèvent du régime des apports supplémentaires que si, cumulativement, aucune contrepartie appropriée n'est prévue et si l'exigence de couverture des besoins en fonds propres de la société est visée (art. 796, al. 4, CO). Si ces deux conditions sont réunies, ces obligations sont considérées, sur le fond, comme des obligations d'apport supplémentaire – indépendamment de leur qualification formelle dans les statuts – et doivent satisfaire aux exigences des art. 795 s. CO

II. BASE STATUTAIRE (AL. 1)

A. Exigence d'une base statutaire

L'introduction d'une obligation d'apport supplémentaire nécessite impérativement une base statutaire (art. 795, al. 1, CO). Les statuts doivent exprimer sans ambiguïté l'existence d'une obligation d'apport supplémentaire et en déterminer clairement l'étendue. L'obligation d'apport supplémentaire ne peut être définie que dans les limites du montant maximal autorisé par la loi conformément à l'art. 795, al. 2, CO. Jusqu'à l'entrée en vigueur de la révision du droit des sociétés anonymes le 1er janvier 2023, l'obligation d'apport supplémentaire était qualifiée de cas de contenu statutaire conditionnellement nécessaire au sens de l'art. 776a, al. 1, ch. 1, CO. La loi fédérale du 19 juin 2020 (droit des sociétés anonymes) a toutefois abrogé sans remplacement l'art. 776a CO a toutefois été abrogé sans être remplacé, car une énumération systématique des éléments statutaires minimaux – à l'instar du droit des sociétés anonymes (art. 626 CO) – n'était plus jugée nécessaire. 29

La décision d'introduire ou de modifier une obligation d'apport supplémentaire doit faire l'objet d'un acte authentique et être inscrite au registre du commerce (art. 780 CO ; art. 73, al. 1, let. j, ORC). En ce qui concerne la prise de décision, il convient de distinguer les cas selon l'art. 797 30

CO : si une obligation d'apport supplémentaire est introduite ou augmentée et qu'elle est imposée à tous les associés, l'unanimité est requise. Ce seuil élevé d'approbation s'applique bien que l'obligation d'apport supplémentaire soit liée **à la part sociale et non à la personne**. Le législateur entend garantir que les associés ne puissent être contraints **a posteriori à des prestations financières supplémentaires** sans avoir donné **leur consentement exprès à un élargissement substantiel de leurs obligations.** Si l'obligation d'apport supplémentaire n'est introduite ou augmentée que pour certaines parts sociales – par exemple lors de la création de nouvelles catégories de parts ou de la modification de catégories existantes –, l'accord des associés concernés suffit. **En outre, une décision de modification des statuts est nécessaire**, qui est soumise à la **règle de majorité prévue à l'art. 808 CO**.

31 Si une obligation d'apport supplémentaire a été introduite par les statuts, un autre aspect doit être pris en compte en cas de cession d'une part sociale concernée : **Conformément à l'art. 785, al. 2, en relation avec l'art. 777a, al. 2, ch. 1, CO, le contrat de cession doit mentionner expressément l'obligation d'apport supplémentaire existante**, faute de quoi le contrat de cession pourrait s'avérer nul. Cette mention n'est superflue que si l'acquéreur est déjà associé (art. 785, al. 2, in fine, CO) ; il en va de même pour le bon de souscription en cas d'augmentation du capital social (art. 781, al. 3, 2e phrase, CO). Par ailleurs, **la société elle-même peut refuser de donner son consentement à la cession** si la capacité de l'acquéreur à s'acquitter de l'obligation d'apport complémentaire **est mise en doute**. Dans ce cas, **l'art. 786, al. 2, ch. 5, CO** autorise une **restriction de cession liée à la solvabilité**, en vertu de laquelle le consentement à la cession peut être refusé si aucune garantie suffisante n'est fournie. La possibilité d'inscrire de telles clauses dans les statuts montre que le législateur **souhaite délibérément garantir la capacité à effectuer des versements supplémentaires même lors de l'acquisition d'une part sociale concernée**. Il est donc recommandé **d'envisager, dès l'introduction d'obligations de versements supplémentaires, l'insertion d'une clause de solvabilité correspondante**, afin de garantir le bon fonctionnement de cet instrument même en cas de changement d'associé.

B. Règles relatives à l'exigibilité et affectation statutaire

Les statuts ne doivent pas nécessairement préciser en détail les conditions dans lesquelles des versements supplémentaires peuvent être exigés. Les cas visés à l'art. 795a, al. 2, ch. 1 (perte de capital) et ch. 2 (problème de liquidités) s'appliquent directement en vertu de la loi et ne nécessitent **aucune description supplémentaire dans les statuts.** Une obligation d'apport supplémentaire formulée de manière générale suffit à cet égard pour déclencher ces motifs d'exigibilité. 32

Il en va autrement de l'art. 795a, al. 2, ch. 3, CO. Cette disposition autorise les versements supplémentaires à d'autres fins décrites dans les statuts. Dans ce cas, la loi exige une **définition claire et précise de la finalité** dans les statuts. Des formulations générales ou vagues telles que « pour assurer le financement de l'entreprise » ou « pour des investissements » ne suffisent pas. Il est nécessaire de fournir une justification précise quant au fond, liée à l'objet social. En l'absence d'une telle base statutaire, une demande fondée sur le ch. 3 est irrecevable. Dans un souci de sécurité juridique et afin de distinguer ces obligations des obligations purement contractuelles, il est recommandé de **définir aussi clairement que possible** le champ d'application dans les statuts, en particulier si le ch. 3 doit également s'appliquer. 33

C. Distinction par rapport aux obligations contractuelles de couverture

Toutes les obligations visant à financer la société ne relèvent pas du droit des sociétés. Les obligations fondées en dehors des statuts – par exemple par une garantie, un cautionnement ou un prêt – ne sont **pas** considérées comme des obligations d'apport supplémentaire au sens des art. 795 et suivants CO. Il s'agit en l'occurrence d'**obligations de prestation relevant du droit des obligations**, qui sont soumises au Code des obligations (par exemple, art. 312 et suivants CO). Sont également admissibles les « apports supplémentaires » convenus de manière purement contractuelle, par exemple dans des pactes d'actionnaires ou des accords complémentaires – **ces obligations ne sont toutefois pas soumises au régime du droit des sociétés prévu aux art. 795 et suivants CO**, en particulier pas aux dispositions relatives à la mise en demeure, au montant ou au remboursement. Les statuts doivent donc 34

indiquer clairement si l'obligation en question est une **obligation d'apport supplémentaire de la société** au sens de la loi. Ce n'est qu'alors que s'appliquent les dispositions du droit des SARL en matière de protection et de structure.

III. MONTANT DE L'OBLIGATION D'APPORT SUPPLÉMENTAIRE (AL. 2)

A. Plafond légal

35 L'art. 795, al. 2, CO stipule que le montant de l'obligation d'apport supplémentaire liée à une part sociale ne doit pas dépasser le **double de la valeur nominale**. La limite prévue par la loi garantit que les obligations statutaires restent prévisibles. Cette limite s'applique **de manière impérative** et vise à garantir que la SARL ne soit pas, de fait, transformée en société à responsabilité illimitée par le biais de dispositions statutaires. Cette limite permet également d'évaluer plus facilement la solvabilité de la société du point de vue des créanciers.

B. Lien avec la part sociale

36 L'obligation d'apport supplémentaire est en principe transférée à l'acquéreur lors de la cession de la part sociale, pour autant que les formalités (art. 785 CO) et les exigences d'autorisation prévues par le droit des sociétés (art. 786 CO) soient respectées. Le contrat de cession doit mentionner l'obligation d'apport supplémentaire (art. 785, al. 2, en liaison avec l'art. 777a, al. 2, ch. 1, CO), car celle-ci peut avoir des conséquences importantes pour l'acquéreur ; cette mention n'est superflue que si celle-ci est déjà associée (art. 785, al. 2, in fine, CO).

37 Le montant de l'obligation d'apport supplémentaire doit être fixé individuellement en fonction des parts sociales – des montants forfaitaires ou des sommes globales ne suffisent pas. Sont admissibles des montants fixes (par ex. 5 000 CHF par part) ou des indications relatives (par ex. 20 % du capital social), toujours limités par le plafond légal (art. 795, al. 2, CO). Il convient de veiller en permanence à ce que la charge individuelle pesant sur une part sociale ne dépasse pas le plafond légal. Les indications forfaitaires, par exemple « obligations d'apport supplémentaire jusqu'à concurrence d'un

montant total de CHF 100'000 », sont interdites si aucune **affectation à des parts sociales concrètes** n'est effectuée. Une telle formulation est contraire au principe de précision et entraîne la nullité de la disposition.

L'obligation d'apport supplémentaire peut être instaurée de manière différenciée pour **des parts sociales individuelles ou certaines catégories de parts sociales**. Les statuts peuvent, par exemple, prévoir des montants d'apport supplémentaire différents pour les parts sociales dotées de droits de vote particuliers ou revêtant une importance économique – pour autant que la disposition reste transparente et déterminable. Ces possibilités de différenciation illustrent la souplesse du droit des SARL, qui permet de tenir compte de la capacité financière individuelle et offre une marge de manœuvre dans un cadre clairement délimité. 38

C. Publicité et transparence

L'étendue concrète de l'obligation d'apport complémentaire n'est pas publiée au registre du commerce. Seule une référence à la description détaillée figurant dans les statuts est inscrite (art. 73, al. 1, let. j, ORC). Le montant et les modalités concrètes – et notamment les parts sociales concernées – ne ressortent que des statuts eux-mêmes. Les créanciers ne disposent donc que d'un **accès indirect à l'information** : ils peuvent constater l'existence d'obligations d'apport supplémentaire, mais pas leur étendue. 39

IV. RESPONSABILITÉ (AL. 3)

L'art. 795, al. 3, CO précise expressément qu'il n'y a **pas de responsabilité solidaire** des associés pour les apports supplémentaires. Chaque associée et chaque associé ne répond que des obligations liées à ses propres parts sociales. L'obligation d'apport supplémentaire fonde ainsi une **responsabilité personnelle, mais liée à l'objet** – comparable à une obligation réelle –, qui est rattachée à la part sociale. Une participation proportionnelle ou solidaire aux apports supplémentaires d'autres associées ou associés est exclue. 40

BIBLIOGRAPHIE

Amstutz Marc/Chappuis Fernand/Gohari Ramin Silvan, in: Watter Rolf/Vogt Hans-Ueli (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 6. Aufl., Basel 2024 (zit. BSK).

Amstutz Marc/Gohari Ramin Silvan, in: Kren Kostkiewicz Jolanta et al. (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar zum schweizerischen Obligationenrecht 4. Aufl., Zürich 2023 (zit. OFK).

Bernadoni Nicola/Catelli Cinzia, in: Wildhaber Isabelle/Häusermann Daniel/Honsell Heinrich (Hrsg.), Kurzkommentar Obligationenrecht, 2. Aufl., Basel 2025 (zit. KuKo).

Bernet Sandro, Das Kapitalband als Instrument der Unternehmensfinanzierung, Diss. Zürich, Zürich 2023 (zit. Bernet, Kapitalband).

Böckli Peter, Das neue schweizerische GmbH-Recht – was ist wirklich neu? Eine Übersicht, in: Böckli Peter/Forstmoser Peter (Hrsg.), Das neue schweizerische GmbH-Recht, Zürich 2006, S. 1-43 (zit. GmbH-Recht).

Böckli Peter, Schweizer Aktienecht – Aktienrecht mit Rechnungslegung, 5. Aufl., Zürich 2022 (zit. Aktienrecht).

Böckli Peter/Forstmoser Peter/Rapp Jean-Marc, Expertenbericht zum Vorentwurf für eine Reform des Rechts der Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Vernehmlassungsunterlagen vom April 1999, Bern.

Candreia Philipp/Zindel Gaudenz G/Isler Peter R., in: Watter Rolf/Vogt Hans-Ueli (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 6. Aufl., Basel 2024 (zit. BSK).

Chabloz Isabelle, in: Tercier Pierre/Trigo Trindade Rita/Canapa Damiano (Hrsg.), Commentaire Romand, Code des Obligations II, 3. Aufl., Basel 2024 (zit. CR).

Chappuis Fernand, Die Erweiterung der Einsatzmöglichkeiten von Nachschüssen im neuen schweizerischen GmbH-Recht, SJZ 103 (2007), S. 85-92 (zit. SJZ).

Chappuis Fernand/Jaccard Michel, in: Tercier Pierre/Trigo Trindade Rita/Canapa Damiano (Hrsg.), Commentaire Romand, Code des Obligations II, 3. Aufl., Basel 2024 (zit. CR).

Dörig Adrian/Glatthaar Matthias, in: Kren Kostkiewicz Jolanta et al. (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar zum schweizerischen Obligationenrecht, 4. Aufl., Zürich 2023 (zit. OFK).

Drenhaus Mark, in: Roberto Vito/Trüeb Hans Rudolf (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 4. Aufl., Zürich 2024 (zit. CHK).

Druey Jean Nicolas/Druey Just Eva/Glanzmann Lukas, Gesellschafts- und Handelsrecht, 12. Aufl., Zürich 2021.

Germann Sandro, Die personalistische AG und GmbH, Diss. Zürich 2015.

Giroud, Roger, Nachschusspflicht des Aktionärs, in: Böhme Anna/Gähwiler Fabian/Theus Simoni Fabiana/Zuberbühler Ivo (Hrsg.), Ohne jegliche Haftung – Festschrift für Willi Fischer, Zürich 2016, S. 181-188.

Handschin Lukas/Truniger Christof, Die GmbH, Zürich 2019.

Jaccard Michel/Baruh Erol, Capital-risque et financement par étape (staged financing). De nouvelle perspectives suite à la révision du droit de la Sàrl ?, GesKR 3/2007, S. 280-287.

Kägi Urs/Zweifel Linus, in: Watter Rolf/Vogt Hans-Ueli (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 6. Aufl., Basel 2024 (zit. BSK).

Keller Raphael, in: Wildhaber Isabelle/Häusermann Daniel/Honsell Heinrich (Hrsg.), Kurzkommentar Obligationenrecht, 2. Aufl. Basel 2025 (zit. KuKo).

Küng Manfred/Aebischer Marcel, in: Watter Rolf/Vogt Hans-Ueli (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 6. Aufl., Basel 2024 (zit. BSK).

Kunz Peter V., Grundpfeiler des Eigenkapitals: Kapitalaufbringung sowie Kapitalerhöhung, GesKR 2014, S. 52-62 (zit. GesKR).

Mayer Eduard, Die Nachschusspflicht im schweizerischen Recht der Handelsgesellschaften und Genossenschaften, Diss. Zürich 1944.

Montavon Pascal/Jabbour Ivan, Nachschüsse und Verpflichtungen in Form von Geld oder anderen Vermögenswerten der GmbH, TREX 2 (2023), S. 236-243 (zit. TREX).

Nigg Hans, in: Watter Rolf/Vogt Hans-Ueli (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 6. Aufl., Basel 2024 (zit. BSK).

Ruggle Peter, in: Wildhaber Isabelle/Häusermann Daniel/Honsell Heinrich (Hrsg.), Kurzkommentar Obligationenrecht, 2. Aufl., Basel 2025 (zit. KuKo).

Seiler Moritz/Sethe Rolf, in: Honsell Heinrich (Hrsg.), Kurzkommentar Obligationenrecht, 1. Aufl., Basel 2014 (zit. KuKo).

Sethe Rolf/Lütolf Daniel, Das Pflichtengefüge im Falle der Unterkapitalisierung einer AG, ZSR 2018, S. 201-222 (zit. ZSR 2018).

Siffert Rino/Fischer Marc Pascal/Petrin Martin, in: Baker & McKenzie (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar, GmbH-Recht, Zürich 2008 (zit. SHK).

Stauber Nathalie V./Talbot Philipp, Die Praxis des Nachlassgerichts Zürich zum revidierten Sanierungsrecht, AJP 2017, S. 874-885.

Sturny Thiemo/Trüeb Hans Rudolf, in: Roberto Vito/Trüeb Hans Rudolf (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 4. Aufl., 2024 Zürich (zit. CHK).

Theus Simoni Fabiana/Hauser Isabel/Bärtschi Harald, Handbuch Schweizer GmbH-Recht, 2019 Zürich.

von der Crone Hans Caspar, Aktienrecht, 2. Aufl., Bern 2020.

MATÉRIAUX

Botschaft zur Revision des Obligationenrechts (GmbH-Recht sowie Anpassungen im Aktien-, Genossenschafts- Handelsregister- und Firmenrecht) vom 19.12.2001, BBl 2002 3148 ff.; abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/filestore/fedlex.data.admin.ch/eli/fga/2002/443/de/pdf-a/fedlex-data-admin-ch-eli-fga-2002-443-de-pdf-a.pdf, besucht am 13.6.2025.

Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) vom 23.11.2016, BBl 2017 399 ff., abrufbar unter https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2017/399.pdf, besucht am 13.6.2025.

ATTENTION : Cette version du commentaire est une traduction automatique de l'original. Le commentaire original est en allemand. La traduction a été faite avec www.deepl.com. Seule la version originale fait foi. La version traduite du commentaire ne peut pas être citée.

COMMENTAIRE

Art. 795a CO

Un commentaire de Anne Mirjam Schneuwly

PROPOSITION DE CITATION

Anne Mirjam Schneuwly, Commentaire de l'art. 795a CO, in: Lukas Müller (édit.), Commentaire en ligne du droit des obligations

Citation abrégée: OK-Schneuwly, art. 795a CO N. XXX.

2. Exigibilité

Art. 795*a*

[1] Les versements supplémentaires sont requis par les gérants.

[2] Ils ne sont exigibles que lorsque:

la somme du capital social et des réserves légales n'est plus couverte;
la société ne peut continuer à gérer ses affaires de manière diligente sans ces moyens additionnels;
la société a besoin de fonds propres pour un motif prévu par les statuts.

[3] L'ouverture de la faillite rend exigibles les versements supplémentaires encore dus.

TABLE DES MATIÈRES

I. Généralités 475
II. Mise en œuvre de l'obligation d'apport supplémentaire (al. 1) 476
A. Compétence et nature juridique de la décision 476
1. Attribution et pouvoir de décision 476
2. Comparaison avec la prise de décision relative à une augmentation de capital dans les limites de la fourchette de capital 477
B. Exigences de fond et modalités 478
C. Exécution, fixation de délais et conséquences juridiques 479
D. Conséquences d'une décision s'opposant à une demande d'apport supplémentaire 481
1. Responsabilité civile liée à la prise de décision 481
2. Conséquences pénales d'une prise de décision 482
III. Conditions (al. 2) 483
A. Perte au bilan (point 1) 483
1. Définition et classification fonctionnelle 483
2. Base comptable et questions d'évaluation 485
3. Rapport avec l'obligation d'assainissement prévue à l'art. 820 en relation avec l'art. 725a CO 485
4. Rapport avec la réduction de capital accompagnée d'une augmentation simultanée 487
B. Détresse de trésorerie (ch. 2) 487
1. Définition et classification fonctionnelle 487
2. Base comptable et questions d'évaluation 488
3. Rapport avec l'obligation de redressement prévue à l'art. 820 en relation avec l'art. 725 CO 489
C. Motifs statutaires de sollicitation (ch. 3) 490
1. Définition et classification fonctionnelle 490
2. Exigences formelles : clarté et finalité 490
3. Rapport avec les ch. 1 et 2 491
IV. Faillite (al. 3) 492
A. Échéance 492
B. Compétence de l'administration de la faillite 493
1. Compétence décisionnelle 494
2. Compétence d'exécution 494
3. Appréciation 495
C. Distinction par rapport à l'art. 871, al. 4, CO 496
D. Affectation à un but déterminé et exigibilité en cas de faillite au ch. 3 497
Bibliographie 498

I. GÉNÉRALITÉS

L'article 795a CO régit la procédure de demande d'apports supplémentaires dont le fondement statutaire découle de l'article 795 CO. Alors que l'art. 795 définit l'« opportunité » et les conditions générales de l'obligation d'apport supplémentaire, l'art. 795a traite du « comment », c'est-à-dire des conditions, des compétences et des effets de cette exigence. Cette disposition s'inscrit à la croisée de l'autonomie financière, des mesures de redressement précoces et de la coresponsabilité personnelle des associés – et reflète ainsi la structure hybride de la Sàrl, à mi-chemin entre la société de capitaux et la société de personnes. L'art. 795a CO précise les trois motifs de sollicitation admissibles : lorsque la somme du capital social et des réserves légales n'est plus couverte, c'est-à-dire en cas de perte au bilan (ch. 1) ; lorsque la société ne peut plus poursuivre ses activités de manière régulière sans ces fonds supplémentaires, c'est-à-dire en cas de risque de manque de liquidités (ch. 2) ; et lorsque la société a besoin de fonds propres pour des raisons décrites dans les statuts, c'est-à-dire en cas de besoin de fonds propres défini statutairement (point 3). Alors que les points 1 et 2 sont prescrits par la loi et répondent à une situation de danger imminent, le point 3 présuppose une base statutaire claire et ciblée. 1

L'obligation d'apport supplémentaire a fait l'objet d'une refonte fondamentale dans le cadre de la réforme de la SARL de 2008. En vertu de la législation en vigueur jusqu'au 31 décembre 2007, elle était conçue **exclusivement comme une mesure d'assainissement** : elle ne pouvait être exigée qu'en cas de perte au bilan (art. 803, al. 1, 2e phrase, aOR) et visait principalement à éviter une faillite imminente. La réforme a brisé ce cadre fonctionnel étroit et a fait de l'obligation d'apport supplémentaire un instrument flexible de financement interne, qui peut être utilisé non seulement en cas de crise, mais aussi pour renforcer activement le capital et garantir la liquidité. La société peut aujourd'hui – en plus de la libération du capital social – exiger des apports supplémentaires de la part des associés sans procéder à une augmentation formelle de capital au sens des art. 781 et suivants CO. 2

C'est notamment pour les **PME axées sur la croissance et à forte intensité capitalistique** que l'obligation statutaire d'apport supplémentaire ouvre de nouvelles marges de manœuvre : elle permet de faire porter la charge de manière ciblée sur certains associés particulièrement performants, sans que tous les participants ne soient tenus de suivre proportionnellement. Le capital 3

social nominal reste inchangé, mais les versements supplémentaires effectivement exigés et effectués renforcent les fonds propres économiques, par exemple par la constitution de réserves. Le législateur a expressément confirmé cette affectation à l'art. 826, al. 1, CO : les apports supplémentaires versés et non remboursés doivent être imputés, pour le calcul de la part de liquidation, aux parts sociales des associés concernés ainsi qu'au capital social, sauf disposition contraire des statuts. En concevant l'obligation d'apport supplémentaire comme l'équivalent fonctionnel d'un apport partiellement libéré, le législateur lui a conféré un caractère similaire à celui des fonds propres, sans pour autant perdre entièrement son caractère d'assainissement : elle reste un moyen important pour écarter un risque de surendettement ou de faillite et pour garantir la stabilité financière à court terme.

II. MISE EN ŒUVRE DE L'OBLIGATION D'APPORT SUPPLÉMENTAIRE (AL. 1)

A. Compétence et nature juridique de la décision

1. Attribution et pouvoir de décision

4 La réforme de la SARL de 2008 a profondément modifié le **système d'exigibilité** : la direction peut faire valoir des versements supplémentaires sans décision préalable de l'assemblée des associés – une rupture délibérée avec le droit en vigueur jusqu'à fin 2007 (art. 803, al. 3, aOR). Ce transfert de compétence renforce la **capacité d'action en situation de crise** et souligne le caractère économique de l'obligation d'apport supplémentaire en tant qu'instrument de financement interne.

5 La demande d'apport supplémentaire constitue un acte de gestion ordinaire et ne relève donc pas des compétences intransmissibles prévues à l'art. 810, al. 2, CO. L'art. 795a, al. 1, CO attribue cette compétence à la direction. **Les statuts peuvent y déroger de deux manières,** qu'il convient de distinguer : d'une part, ils peuvent prévoir que la direction doit soumettre la décision de mise en demeure à l'approbation de l'assemblée générale (art. 811, al. 1, ch. 1, CO) ; dans ce cas, le pouvoir de décision reste entre les mains de la direction, et l'approbation ne limite pas sa responsabilité (art. 811, al. 2, CO). D'autre part, les statuts peuvent attribuer l'ensemble de la compétence à l'assemblée des

associés ; la base juridique n'est pas l'art. 811 CO, mais l'art. 810, al. 1, CO en liaison avec l'art. 804, al. 2, ch. 18, CO. La demande de versement supplémentaire n'étant pas un droit de gestion intransmissible au sens de l'art. 810, al. 2, CO, rien ne s'oppose à une telle attribution.

Si l'obligation d'effectuer des versements supplémentaires n'est pas régie autrement par une disposition statutaire particulière, le principe de la majorité ordinaire prévu à l'art. 809, al. 4, CO s'applique à la prise de décision en matière de gestion. La majorité des voix exprimées est déterminante ; en cas d'égalité des voix, le président ou la présidente dispose d'une voix prépondérante (art. 809, al. 4, 1re et 2e phrases, CO). Au sein de la direction, c'est donc le **principe du vote par tête** qui s'applique ; la participation au capital social n'a aucune incidence. Les statuts peuvent prévoir des règles différentes en matière de prise de décision (art. 809, al. 4, 3e phrase, CO). Si les statuts attribuent la décision de mise en solde à l'assemblée générale, la prise de décision est régie par l'art. 808 CO : la majorité absolue des voix représentées est requise, sauf disposition contraire de la loi ou des statuts. Un quorum qualifié au sens de l'art. 808b CO n'est pas requis ; la décision de mise en demeure donne effet à l'obligation d'apport supplémentaire déjà prévue par les statuts, sans l'introduire ni l'étendre. Pour son introduction ou son extension ultérieure, l'art. 797 CO exige de toute façon l'accord de tous les associés concernés. 6

2. Comparaison avec la prise de décision relative à une augmentation de capital dans les limites de la fourchette de capital

La demande de versements supplémentaires conformément à l'art. 795a CO présente des similitudes fonctionnelles avec la décision du conseil d'administration relative à une augmentation de capital dans le cadre de la fourchette de capital (art. 653s à 653v CO). Tant l'obligation d'effectuer des versements supplémentaires que la fourchette de capital supposent que l'assemblée générale ou l'assemblée des associés crée une base statutaire correspondante (art. 795, al. 1, et art. 653s, al. 1, CO). Dans le cas d'une société anonyme, l'assemblée générale doit autoriser explicitement le conseil d'administration, par une modification des statuts, à recourir à la fourchette de capital (art. 653s, al. 1 à 3, CO), les limites supérieure et inférieure de la fourchette, la durée de l'autorisation (cinq ans au maximum) ainsi que les autres conditions doivent être définies avec précision dans les statuts. Dans ce 7

cadre, l'organe opérationnel – le conseil d'administration ou la direction – dispose d'une marge de manœuvre entrepreneuriale lui permettant de décider avec souplesse de la mobilisation de fonds supplémentaires.

8 Les organes disposent à cet égard d'un pouvoir d'appréciation conforme à leurs obligations pour déterminer s'ils utilisent le montant maximal prévu et dans quelle mesure. Ils ne sont ni tenus de solliciter immédiatement le montant maximal, ni empêchés de procéder à des appels échelonnés ou partiels – leur décision est guidée par des considérations économiques ; le contrôle judiciaire s'appuie sur les principes de la « Business Judgement Rule ». Ce qui est déterminant, c'est de savoir si la décision a été prise sur la base d'informations adéquates, en l'absence de conflits d'intérêts et dans l'intérêt bien compris de la société.

9 Sur le plan structurel, les mécanismes diffèrent toutefois nettement : la réserve de capital modifie le capital-actions nominal pertinent en matière de responsabilité, ce qui suppose notamment une modification des statuts (art. 653u, al. 4, CO) et est donc soumis à des mécanismes de protection plus stricts en droit des sociétés, en particulier les droits de souscription des actionnaires (art. 652b, al. 1, CO), qui sont limités ou supprimés (art. 653t, al. 1, ch. 7, CO). Les versements supplémentaires n'augmentent pas le capital social nominal et ne déclenchent pas de tels mécanismes de protection ; ils servent au financement interne ou à l'assainissement.

B. Exigences de fond et modalités

10 La direction doit adopter une **décision de mise en demeure** précisant son objet. Celle-ci doit au moins mentionner le montant total, la répartition entre les associés, l'échéance ainsi que les modalités de paiement et les éventuelles conséquences juridiques (par exemple, une pénalité contractuelle ou l'exclusion). **Les sanctions telles qu'une pénalité contractuelle ou l'exclusion doivent toutefois être déjà inscrites dans les statuts ; elles ne peuvent pas être créées a posteriori par la décision de mise en demeure.** La conséquence juridique de l'absence de ces éléments n'est pas clairement établie. Une partie de la doctrine penche pour la **nullité**. Une distinction semble toutefois préférable : en l'absence d'un élément constitutif – notamment le montant total ou la clé de répartition –, la décision n'est pas exécutoire faute de déterminabilité de la prestation et ne produit aucun effet. En revanche, en cas de simples vices de forme (par exemple un délai

inapproprié), la décision n'est pas nulle, mais ses effets doivent être corrigés. La nullité des décisions de direction viciées doit être invoquée conformément à l'art. 816 CO, qui renvoie aux motifs de nullité des décisions de l'assemblée générale (art. 706b CO), les motifs de nullité devant être interprétés de manière restrictive.

La répartition suit le critère légal lié à chaque part sociale : selon l'art. 795, al. 2, CO, les statuts fixent le montant de l'obligation d'apport supplémentaire liée à une part sociale, et selon l'art. 795, al. 3, CO, les associés ne répondent que des apports supplémentaires liés à leurs propres parts sociales. Le critère déterminant est donc le nombre de parts sociales détenues, multiplié par le montant de l'obligation d'apport supplémentaire fixé par les statuts pour chaque part sociale. Une répartition selon les quotes-parts de valeur nominale n'en résulte que dans la mesure où toutes les parts sociales ont la même valeur nominale ; en cas de valeurs nominales différentes (cf. art. 774 CO), les deux clés de répartition divergent, car la limite maximale du double de la valeur nominale prévue à l'art. 795, al. 2, 2e phrase, CO a un impact différent selon chaque part sociale. À titre de comparaison : pour la coopérative, l'art. 871, al. 3, CO se réfère à titre subsidiaire au montant des parts sociales et, à défaut, au nombre de membres. Des dérogations à la répartition des versements complémentaires sont autorisées par les statuts, mais sont soumises au **principe d'égalité de traitement** prévu à l'art. 813 CO. 11

La direction peut également exiger des versements supplémentaires **de manière échelonnée ou sélective**, par exemple en les limitant à certaines parts sociales ou catégories de parts, pour autant que cela soit compatible avec les dispositions statutaires et que l'égalité de traitement des associées et associés soit préservée. 12

C. Exécution, fixation de délais et conséquences juridiques

Une fois la décision prise, la direction est tenue de sommer les associés concernés de verser les apports supplémentaires. À cet effet, un **délai raisonnable** doit être fixé, dont la durée dépend des circonstances concrètes et de ce qui est raisonnablement exigible des personnes concernées. À l'expiration du délai fixé, la dette relative à l'apport supplémentaire devient exigible. À partir de ce moment, la société peut intenter une action civile en recouvrement ou engager une procédure de recouvrement. En complément, les **sanctions prévues dans les statuts** peuvent s'appliquer, comme par 13

exemple une pénalité conventionnelle. Leur fondement légal a changé : l'art. 776a CO, qui mentionnait la pénalité conventionnelle comme élément admissible des statuts, a été abrogé par la révision du droit des sociétés anonymes avec effet au 1er janvier 2023 ; l'art. 776 CO limite désormais les éléments obligatoires des statuts à quatre points. La recevabilité d'une pénalité conventionnelle liée aux versements supplémentaires découle donc aujourd'hui de l'autonomie statutaire en liaison avec l'art. 795, al. 1, CO ; son introduction a posteriori nécessite, en vertu de l'art. 797 CO, l'accord de tous les associés concernés. Outre la pénalité conventionnelle, la société dispose de l'exclusion pour motif grave (art. 823 CO) ainsi que – à titre préventif – le refus statutaire de donner son consentement à la cession conformément à l'art. 786, al. 2, ch. 5, CO, lorsque l'exécution de l'obligation d'apport supplémentaire est douteuse et qu'une garantie exigée n'est pas fournie.

14 La forme de la notification relative à la mise en demeure n'est pas régie par la loi. Sauf disposition contraire des statuts, la **notification peut se faire de manière informelle**. Il est admissible d'adapter la mise en demeure à chaque associée ou associé – par exemple par e-mail ou par lettre recommandée. Pour des raisons de preuve, il est toutefois toujours recommandé de recourir à une **notification vérifiable**, en particulier en cas de mises en demeure litigieuses ou passibles de sanctions. Deux questions connexes importantes sur le plan pratique restent en suspens. Cela concerne d'une part la compensation : la loi ne précise pas si l'associé peut compenser sa dette d'apport supplémentaire par une créance qu'il détient à l'encontre de la société. Étant donné que les apports supplémentaires ont un caractère assimilable aux fonds propres (art. 826, al. 1, CO) et que leur remboursement, conformément à l'art. 795b CO, est subordonné à la disponibilité des fonds propres et à une attestation de vérification, une compensation sans condition serait contraire à la protection du capital – en tout cas dans la situation de crise visée à l'art. 795a, al. 2, ch. 1 et 2, CO, dans laquelle l'exigibilité de l'apport sert précisément à injecter des liquidités. D'autre part, cela concerne la prescription : la créance d'apport supplémentaire est une créance relevant du droit des sociétés sans réglementation particulière et se prescrit, selon l'avis défendu ici, dans un délai de dix ans à compter de son échéance (art. 127 CO), c'est-à-dire à compter de l'expiration du délai fixé par la direction.

D. Conséquences d'une décision s'opposant à une demande d'apport supplémentaire

1. Responsabilité civile liée à la prise de décision

La demande d'apports supplémentaires relève du pouvoir d'appréciation de la direction dans le respect de ses obligations. À cet égard, l'art. 812, al. 1, CO est essentiel : les gérants doivent s'acquitter de leurs tâches avec toute la diligence requise et préserver les intérêts de la société en toute bonne foi. Ce devoir de diligence correspond à celui prévu à l'art. 717, al. 1 CO et exige un comportement objectif, conforme aux critères d'une gestion consciencieuse. Conformément à l'art. 827 CO, le droit des Sàrl renvoie, en matière de responsabilité, aux règles du droit des sociétés anonymes (art. 754 CO), de sorte que les gérants répondent des dommages résultant d'un manquement à leurs obligations. 15

En particulier, lorsqu'il existe un motif légal de recouvrement au sens de l'art. 795a, al. 2, ch. 1, CO et que la direction ne décide pas, malgré cette situation, de faire valoir cette obligation, il peut y avoir manquement aux obligations en cas de faillite ultérieure. Certes, il n'existe **aucune obligation de recouvrement expressément prévue par la loi**, mais la **responsabilité de la direction** s'accroît à mesure que le risque économique augmente. En matière financière, une appréciation particulièrement rigoureuse s'impose. Si l'on renonce à faire valoir l'obligation d'apport supplémentaire alors qu'il existe un motif légal, cela peut entraîner une responsabilité au titre de l'art. 827 en liaison avec l'art. 754 CO – par exemple lorsque cette omission contribue à aggraver la situation de crise. Il convient de souligner ici que le motif de mise en demeure visé aux ch. 1 et 2 s'applique avant une crise financière – perte de capital au sens de l'art. 725a, al. 1, CO ou insolvabilité imminente au sens de l'art. 725, al. 2, CO –, ce qui complique l'appréciation de la nécessité réelle de la mise en demeure en tant que mesure d'assainissement « précoce ». En ce qui concerne la responsabilité de la direction, il convient en outre de tenir compte du fait que le critère de responsabilité ne doit pas se fonder rétrospectivement sur une connaissance *ex post*. Ce qui est déterminant, c'est plutôt de savoir si la décision était justifiable d'un point de vue entrepreneurial *ex ante* (Business Judgement Rule). L'appréciation du tribunal ne doit pas se substituer à la liberté d'appréciation et de décision de la direction. Cette conception de la 16

responsabilité correspond au principe selon lequel les décisions entrepreneuriales, lorsqu'elles ont été préparées dans le respect des obligations, doivent en principe être acceptées – même si elles s'avèrent a posteriori inappropriées.

17 **La société elle-même**, représentée par sa direction, est la première à disposer du droit d'action. Dans la pratique, il est rare que la direction décide d'intenter une action contre un ou plusieurs membres de la direction. En vertu du principe d'autogestion dans la Sàrl, tous les associés sont en principe – sauf exceptions prévues par les statuts – également gérants (art. 809, al. 1, CO). En conséquence, il est particulièrement difficile de déterminer la part de responsabilité de l'associé plaignant en cas de manquement à l'obligation de réclamer le versement d'un apport complémentaire. De même, la solution consistant à ce que la décision d'intenter une action contre un ou plusieurs membres de la direction soit prise par l'assemblée des associés plutôt que par la direction n'est pas non plus réaliste. En cas de faillite, les créanciers de la société sont alors également habilités à intenter une action.

18 L'exigence est donc certes formellement facultative, mais elle s'accompagne dans la pratique d'une pression décisionnelle considérable. La direction doit **documenter de manière appropriée** la décision de faire valoir cette obligation. Cela vaut d'autant plus lorsqu'un motif légal de mise en demeure est rempli, mais qu'aucune mise en demeure n'est décidée. La rédaction minutieuse du procès-verbal protège non seulement la société, mais aussi les organes eux-mêmes contre d'éventuelles actions en responsabilité ultérieures. Les situations d'auto-représentation au sens de l'art. 809, al. 1, CO, dans lesquelles les associés gérants sont eux-mêmes tenus d'effectuer des versements supplémentaires. Si l'on renonce à exiger ces versements afin d'éviter des charges financières pour soi-même, il y a conflit d'intérêts. Dans de tels cas, la « business judgement rule » ne s'applique que de manière limitée, car son application présuppose que la décision soit orientée exclusivement vers l'intérêt de la société.

2. Conséquences pénales d'une prise de décision

19 Outre la responsabilité civile, l'obligation de réclamer des apports complémentaires peut également entraîner des implications pénales. En particulier, l'infraction de gestion déficiente au sens de l'article 165 du Code pénal suisse (CP) peut être envisagée lorsque la direction, malgré une

situation de crise manifeste – par exemple en cas de perte au bilan ou d'insolvabilité imminente –, s'abstient, en violation de ses obligations, de procéder à un contrôle ou à une demande de versements supplémentaires et provoque ou aggrave ainsi le surendettement ou l'insolvabilité de la société. Ce n'est pas n'importe quelle négligence qui est pertinente au regard de l'infraction, mais uniquement une faute économique flagrante qui dépasse les limites du risque entrepreneurial acceptable. Le fait de s'abstenir d'exiger des apports complémentaires ne relève en principe pas des articles 163 ou 164 du Code pénal suisse, car ces infractions supposent une diminution active et intentionnelle du patrimoine.

III. CONDITIONS (AL. 2)

Conformément à l'art. 795a, al. 2, CO, l'exigibilité des apports supplémentaires présuppose que l'un des trois motifs d'exigibilité prévus par la loi soit rempli : une perte au bilan (ch. 1), un manque de liquidités (ch. 2) ou un besoin de fonds propres défini dans les statuts (ch. 3). Cette énumération est exhaustive ; d'autres cas de demande d'apports complémentaires ne sont pas admissibles. Alors que les points 1 et 2 concernent des situations de crise typées par la loi et s'appliquent automatiquement en cas d'obligations générales d'apport supplémentaire, le point 3 présuppose une affectation concrètement définie dans les statuts. La direction ne peut pas, de son propre chef, élargir le cadre statutaire lors d'un appel de fonds au titre du point 3 ni définir de nouvelles affectations. 20

A. Perte au bilan (point 1)

1. Définition et classification fonctionnelle

Le motif de demande visé au point 1 est avéré lorsque la somme du capital social et des réserves légales – c'est-à-dire aussi bien les réserves de capital au sens de l'art. 671 CO que les réserves de bénéfices au sens de l'art. 672 CO – n'est plus couverte par le patrimoine de la société. Cette formulation s'inspire de la notion de perte de capital prévue à l'art. 725a CO, mais s'en écarte tant sur le plan terminologique que sur le fond. Contrairement au droit des sociétés anonymes, le droit des sociétés à responsabilité limitée définit, dans le contexte de l'obligation d'apport supplémentaire, un seuil d'intervention spécifique, plus bas. L'art. 725a, al. 1, CO s'applique lorsque les 21

actifs, déduction faite des passifs, ne couvrent plus la moitié de la somme du capital-actions, de la réserve légale de capital non remboursable aux actionnaires et de la réserve légale de bénéfices. L'art. 795a, al. 2, ch. 1, CO intervient en revanche dès qu'il y a **sous-couverture** totale du capital social et des réserves légales, c'est-à-dire nettement plus tôt. Il convient de noter une divergence quant à l'objet de référence : contrairement à l'art. 725a, al. 1, CO, l'art. 795a, al. 2, ch. 1, CO ne limite pas les réserves légales à la partie non remboursable. La question de savoir si cette différence est intentionnelle ou si elle devrait être harmonisée par l'application par analogie du droit des sociétés anonymes conformément à l'art. 820 CO reste en suspens. Le libellé plaide contre un alignement : l'art. 795a CO est une norme propre à la Sàrl et ne fait pas l'objet du renvoi prévu à l'art. 820 CO.

22 La doctrine ne propose pas de terminologie uniforme pour désigner le déficit au sens du ch. 1 : la doctrine dominante parle de **perte au bilan**. Le terme de **perte de capital** est toutefois parfois utilisé, ce qui peut prêter à confusion avec l'art. 725a CO et devrait donc être évité. Le seuil prévu à l'art. 795a, al. 2, ch. 1, CO est nettement inférieur à celui de la perte de capital au sens de l'art. 725a CO, qui n'intervient qu'en cas de couverture inférieure à 50 %. La fourchette comprise entre la couverture intégrale et la perte de capital au sens de l'art. 725a CO est qualifiée par Meier-Hayoz et Forstmoser de **« perte de capital naissante »** – un indicateur précoce de difficultés financières qui ne déclenche pas encore d'obligation légale impérative d'assainissement, mais qui nécessite néanmoins une surveillance et, le cas échéant, une intervention précoce. Il convient par ailleurs de distinguer la notion de perte au bilan en droit des sociétés à responsabilité limitée , il convient en outre de distinguer celle-ci de celle prévue par le droit des coopératives (art. 871, al. 1, CO). Ainsi, Nigg précise que, conformément à l'art. 871, al. 1, CO « une perte au bilan n'est pas seulement constatée en cas de surendettement, mais également en présence d'un sous-bilan ». Cela conduit à la définition du **sous-bilan**, que Crone décrit comme suit : « Il y a sous-bilan lorsque le capital social, composé du capital-actions et du capital de participation, ainsi que les réserves légales, ne sont plus entièrement couverts par les actifs de la société ». En revanche, Meier-Hayoz et Forstmoser donnent une définition plus restrictive du déficit du bilan, à savoir une insuffisance de couverture du capital nominal, à l'exclusion des réserves légales. Cette définition ne correspond **pas** à l'art. 795a, al. 2, ch. 1, CO.

2. Base comptable et questions d'évaluation

L'examen s'effectue sur la base d'un **bilan établi en bonne et due forme**, conforme aux prescriptions comptables applicables (cf. art. 958 ss CO) et approuvé par l'assemblée générale (art. 804, al. 2, ch. 5 CO) . Outre le **bilan annuel**, des **bilans intermédiaires ou d'assainissement** peuvent également servir de base, pour autant qu'ils aient été établis de manière formellement correcte et, le cas échéant, révisés. 23

Dans la pratique, se pose en outre la question de savoir dans quelle mesure il convient de prendre en compte les **réserves latentes** lors de l'évaluation de la perte au bilan. On distingue à cet égard les « réserves obligatoires », constituées sans incidence sur le résultat et qui ne sont pas prises en compte, et les « réserves administratives » ou « réserves discrétionnaires », constituées de manière arbitraire et comptabilisées avec incidence sur le résultat, qui doivent en principe être dissoutes avant de pouvoir exiger des versements supplémentaires. À titre exceptionnel, ces réserves peuvent être maintenues s'il existe une raison objective et concrète de les conserver – par exemple dans le cadre d'une couverture de risques spécifique à l'entreprise ou d'une prévoyance stratégique. Il n'existe donc pas d'obligation générale de dissolution des réserves latentes, mais bien une prise en compte différenciée selon le principe de l'adéquation objective. 24

3. Rapport avec l'obligation d'assainissement prévue à l'art. 820 en relation avec l'art. 725a CO

L'exigibilité d'apports supplémentaires conformément au ch. 1 CO intervient déjà **avant la survenance d'une perte de capital** au sens de l'art. 725a CO – c'est-à-dire **avant le début de l'obligation légale d'assainissement**, et permet ainsi de réagir à un stade précoce aux difficultés financières. Même si l'obligation d'apport complémentaire peut être considérée comme un instrument lié à l'assainissement, elle ne constitue pas, au sens strict, **une mesure d'assainissement au sens de l'art. 820 en liaison avec l'art. 725a CO**. Dans ce contexte, il en résulte une logique d'assainissement par étapes dans le droit des SARL : **(1) dissolution des réserves latentes et apparentes existantes**, (2) **exigibilité des apports supplémentaires statutaires** (art. 795a, al. 2, ch. 1, CO), (3) **mesures d'assainissement obligatoires prévues par la loi** (art. 820 en relation avec l'art. 725a CO), (4) sursis concordataire ou faillite (art. 293 et suivants de la LP). Cet ordre n'est pas 25

juridiquement contraignant, mais il répond à l'impératif économique d'une gestion graduée de la crise.

26 S'il existe une obligation statutaire d'apport supplémentaire, la direction est certes en droit de demander cet apport, mais n'y est pas tenue dans tous les cas. Il lui appartient plutôt, dans le cadre de son pouvoir d'appréciation en tant qu'entrepreneur, d'examiner si une telle demande est appropriée et dans l'intérêt de la société. Si la demande n'est pas formulée alors qu'il existe une perte au bilan au sens de l'art. 795a, al. 2, ch. 1, CO, cela peut – selon les circonstances – constituer une **violation des obligations de diligence ou de loyauté** prévues respectivement aux art. 754 et 812 CO. Si l'obligation d'apport supplémentaire n'a pas été exigée en cas de perte au bilan et qu'il en résulte un déficit de la moitié du capital (perte de capital), l'obligation légale d'assainissement prévue à l'art. 820 en liaison avec l'art. 725a CO s'applique également. La direction est alors tenue de prendre les mesures appropriées pour remédier à la crise – par exemple par des abandons de créances, des subordonnations de créances, une réduction de capital ou l'apport de nouveaux fonds – après avoir préalablement épuisé les obligations statutaires de versements supplémentaires et dissous les réserves existantes.

27 Le motif d'exigibilité visé au ch. 1 est **impératif unilatéralement** : les statuts ne peuvent pas assouplir, au profit des associés, le seuil légal de sollicitation d'apports supplémentaires en cas de perte comptable – par exemple en stipulant qu'une telle sollicitation n'est admissible qu'en cas de perte de capital au sens de l'art. 725a, al. 1, CO. En revanche, des dispositions statutaires plus strictes sont autorisées, par exemple en rendant plus strict le seuil de couverture admissible, notamment en autorisant l'exigence d'apports supplémentaires dès lors que le double de la somme du capital social et des réserves légales n'est plus couvert. De telles dispositions déclenchent plus tôt le signal d'alerte, ce qui est dans l'intérêt des tiers, car la santé financière de la Sàrl doit être rétablie plus rapidement. Cette disposition vise **à garantir la sécurité juridique** et empêche une restriction arbitraire des mesures d'assainissement autorisées. Il est enfin important de noter que de tels durcissements ne sont admissibles que dans le cadre du système prévu au ch. 1 ; des motifs d'exigence autonomes allant au-delà ne peuvent être créés que par une disposition ciblée au titre du ch. 3.

4. Rapport avec la réduction de capital accompagnée d'une augmentation simultanée

28 L'exigence d'apports supplémentaires en cas de perte au bilan peut être considérée comme une mesure d'assainissement précoce, dont le fonctionnement s'apparente à celui de la réduction de capital accompagnée d'une augmentation simultanée (*« harmonica »*) en droit des sociétés anonymes. Dans le cas de l'« harmonica », le capital-actions est réduit à zéro à des fins d'assainissement, puis augmenté simultanément ; les droits sociaux antérieurs s'éteignent avec la réduction, et les actions émises doivent être annulées (art. 653q en liaison avec l'art. 653r, al. 1, CO). Les actionnaires existants bénéficient d'un droit de souscription inaliénable lors de la nouvelle augmentation (art. 653r, al. 2, CO). L'obligation d'effectuer des versements supplémentaires visée au ch. 1 vise en revanche à **stabiliser la structure du capital existante** et ne nécessite ni réduction ni augmentation de capital. C'est là que réside la différence la plus importante sur le plan pratique : alors que l'« harmonica », en tant que modification du capital, nécessite impérativement une modification des statuts et un acte authentique, l'exigence d'apports supplémentaires ne modifie pas le capital social nominal ; une décision de la direction suffit. L'exigence d'apports supplémentaires est donc un instrument nettement plus accessible – elle présuppose toutefois une base statutaire préexistante (art. 795, al. 1, CO). Un « harmonica » ne peut toutefois être mis en œuvre que si toutes les obligations de versements supplémentaires prévues par les statuts ont été préalablement remplies (art. 782, al. 3, CO).

B. Détresse de trésorerie (ch. 2)

1. Définition et classification fonctionnelle

29 L'art. 795a, al. 2, ch. 2, CO autorise la demande d'apports supplémentaires lorsque la société ne peut poursuivre ses activités de manière régulière sans moyens supplémentaires. Dans la doctrine et le message, on utilise le terme de **détresse de trésorerie**, qui n'est pas défini par la loi. Il désigne les situations dans lesquelles des **problèmes de paiement à court terme** surviennent sans qu'il y ait déjà une perte au bilan ou une perte de capital. Si la Sàrl ne parvient pas à surmonter cette détresse de trésorerie, elle risque

l'insolvabilité, ce qui entraîne une obligation d'assainissement conformément à l'art. 725, al. 2, CO.

30 Par cette disposition, le législateur a voulu créer un **instrument préventif** permettant à la société, en cas de risque d'insolvabilité, de **mobiliser rapidement des fonds propres**, afin de maintenir son activité commerciale. L'obligation d'apport supplémentaire ne vise pas **à renforcer structurellement le capital**, mais à **garantir la liquidité opérationnelle** dans le cadre de la planification financière à court terme.

31 La distinction entre les ch. 1 et 2 revêt une importance particulière dans la pratique, car ces deux cas de figure concernent des situations de crise financière. Alors que **le point 1 se réfère à une perte au bilan** – c'est-à-dire à des fonds propres qui ne sont plus couverts –, **le point 2 concerne la solvabilité**, c'est-à-dire la capacité à **honorer les dettes à court terme dans les délais**. Le point 2 s'applique donc **plus tôt que le point 1** : il permet d'intervenir en cas de difficultés purement liées à la trésorerie – par exemple lorsque les lignes de crédit sont épuisées ou que les fournisseurs n'accordent plus de délais de paiement. Il s'agit d'un **critère d'ordre opérationnel**, indépendant de la couverture par les fonds propres. Le motif de recouvrement prévu au point 2 est – tout comme celui du ch. 1 – **impératif unilatéral.**

2. Base comptable et questions d'évaluation

32 La direction doit démontrer concrètement que, sans moyens supplémentaires, une gestion conforme ne serait plus possible. Un besoin général de capitaux ou des prévisions générales pour l'avenir ne suffisent pas. Il faut un manque de liquidités vérifiable, qui ressort par exemple d'une planification de trésorerie négative à court terme. La société doit également démontrer qu'**aucune autre source de financement** n'est plus disponible – par exemple parce que les lignes de crédit sont épuisées, que les actifs ne peuvent être liquidés rapidement ou que les créanciers ne sont pas disposés à accorder des reports de paiement.

33 L'obligation de surveillance de la trésorerie découle de l'art. 810, al. 2, ch. 3, ainsi que de l'art. 820 en relation avec 725, al. 1, CO. La direction doit **identifier à temps toute insolvabilité imminente** et examiner les mesures appropriées. Une **inaction**, alors qu'il existe un motif de réclamation, peut –

notamment en cas de faillite ultérieure – entraîner **des conséquences en matière de responsabilité civile** conformément à l'art. 754 CO. Toutefois, tout besoin financier ne justifie pas nécessairement une réclamation : selon le message relatif à la Sàrl, il est nécessaire de qu'il y ait une insolvabilité imminente, l'incapacité à se procurer de nouveaux moyens de trésorerie ou le refus des créanciers de prolonger les délais de paiement. Ces situations recèlent un conflit d'intérêts : alors que la direction souhaite exiger des apports supplémentaires le plus tôt possible afin de se prémunir contre les risques de responsabilité, les associés n'ont souvent intérêt à effectuer un versement que s'il existe des perspectives réalistes de redressement. Il est donc recommandé de préciser ces critères imprécis dans les statuts afin de clarifier les bases décisionnelles et les attentes.

3. Rapport avec l'obligation de redressement prévue à l'art. 820 en relation avec l'art. 725 CO

L'obligation d'effectuer des versements supplémentaires prévue à l'art. 795a, al. 2, ch. 2, CO remplit fonctionnellement un rôle similaire à celui de l'art. 725, al. 1, CO en droit des sociétés anonymes, qui est conçu comme un «**indicateur précoce**» des crises de liquidités et oblige le conseil d'administration à de surveiller en permanence la solvabilité de la société. En raison du renvoi à la loi sur les sociétés anonymes prévu à l'art. 820 CO, cette obligation de surveillance s'applique également à la SARL. Une différence essentielle réside toutefois dans le fait que l'art. 795a, al. 2, ch. 2, CO prévoit un instrument spécifique, régi par les statuts : la demande d'apports supplémentaires. Alors que l'article 725, alinéa 1, du CO impose à la direction (tout comme au conseil d'administration de la SA) une simple obligation générale de surveillance des liquidités, l'article 795a, alinéa 2, point 2, du CO concrétise cette obligation dans le droit de la SARL, en mettant à la disposition de la société un moyen prévu par la loi. La demande de tels apports supplémentaires n'est toutefois pas automatique, mais relève du pouvoir d'appréciation entrepreneurial de la direction. Celle-ci doit alors mettre en balance différents instruments d'assainissement et évaluer si les apports supplémentaires semblent préférables à d'autres mesures de financement ou de restructuration. 34

Dans ce contexte, on retrouve ici également une logique de gestion de crise progressive dans le droit des Sàrl : (1) surveillance des liquidités et utilisation 35

des ressources internes (y compris les apports supplémentaires au sens de l'art. 795a, al. 2, ch. 2, ainsi que de l'art. 725, al. 1, CO) ; (2) mesures d'assainissement obligatoires prévues par la loi conformément à l'art. 820 en relation avec l'art. 725, al. 2, CO ; (3) sursis concordataire ou faillite (art. 293 et suivants de la LP). Cette gestion échelonnée des crises vise à stabiliser la société à un stade précoce et à réduire le risque d'une transition brutale vers l'insolvabilité.

C. Motifs statutaires de sollicitation (ch. 3)

1. Définition et classification fonctionnelle

36 Au ch. 3, le législateur a systématiquement développé l'obligation d'apport supplémentaire pour en faire un **instrument de financement autonome reposant sur une base statutaire facultative**. Elle peut constituer, en particulier dans les sociétés caractérisées par un **engagement à long terme des associés**, telles que les PME ou les sociétés familiales, une alternative viable à l'augmentation de capital ou au financement externe. Cette disposition permet à la société de réagir de manière ciblée à des **besoins d'investissement prévisibles**, par exemple en cas d'expansion sur le marché, de projets de recherche, d'acquisitions de participations ou de renforcement de domaines clés essentiels à la croissance durable de l'entreprise. La SARL dispose ainsi d'une source de financement autonome qui n'existe pas en droit des sociétés anonymes, en l'absence d'un système statutaire d'obligation d'apport supplémentaire.

2. Exigences formelles : clarté et finalité

37 Une obligation d'apport supplémentaire fondée sur le ch. 3 ne peut être invoquée que si l'objet de la demande est **suffisamment déterminé et décrit de manière concrète** dans les statuts. Des formulations générales ou forfaitaires telles que « pour le financement d'investissements » ou « pour l'acquisition de participations » ne suffisent pas. Une description spécifique et liée à la société est nécessaire, par exemple « pour l'acquisition de participations majoritaires dans des sociétés de distribution » ou « pour la construction d'une usine de production ». En outre, la disposition statutaire doit toujours présenter un lien avec l'objet social, afin de garantir la **pertinence par rapport à l'objet** de l'appel de fonds. Ces exigences visent à garantir la sécurité juridique et la protection des associés. L'objet doit

impérativement être défini dans les statuts eux-mêmes ; un simple renvoi à un règlement n'est pas admissible. Cela découle de la systématique législative : l'art. 804, al. 2, ch. 12, CO autorise expressément une réglementation plus détaillée dans un règlement – mais uniquement pour les obligations de prestations accessoires. Il n'existe pas de norme de délégation correspondante pour les obligations d'apport supplémentaire. Ce silence qualifié doit être interprété comme une exclusion. Ce résultat est confirmé par la publicité du registre du commerce : selon l'art. 73, al. 1, let. j, ORC, en cas d'obligations d'apport supplémentaire, une référence à la description détaillée figurant dans les statuts est inscrite ; ce n'est qu'à travers les statuts, en tant que pièce du registre du commerce, que l'objet de la mise en demeure devient accessible aux tiers. Un transfert vers un règlement contournerait cette publicité.

Même si l'objet statutaire est correctement défini, l'appel de fonds visé au ch. 3 **ne doit pas être effectué de manière arbitraire**. La direction est au contraire tenue de vérifier au préalable s'il n'existe pas **des moyens moins contraignants pour lever des capitaux** (p. ex. souscription d'un crédit, utilisation des réserves). Ce **principe de subsidiarité** non écrit découle du principe de l'**exercice modéré du droit** (art. 2 CC) et a été reconnu à plusieurs reprises dans la jurisprudence du Tribunal fédéral. Ce n'est que si l'objet de l'appel de fonds choisi répond à une urgence objective et qu'aucun autre moyen de financement raisonnable n'est possible que la société peut recourir à l'obligation d'apport supplémentaire. Cela constitue une protection essentielle contre une charge abusive imposée aux associés – en particulier au profit des actionnaires minoritaires. 38

3. Rapport avec les ch. 1 et 2

ch. 3, CO étend les possibilités de solliciter des apports supplémentaires au-delà des scénarios de crise classiques. Alors que le ch. 1 (perte au bilan) et le ch. 2 (problème de liquidités) se réfèrent à des situations d'urgence financière définies par la loi, le ch. 3 permet d'exiger des fonds supplémentaires pour des besoins en fonds propres définis par les statuts, qui peuvent exister indépendamment de situations d'assainissement ou de crise – par exemple pour financer certains investissements, des expansions ou des projets stratégiques. Il est important de noter que le ch. 3 ne sert pas à étendre, à renforcer ou à anticiper les motifs de sollicitation obligatoires prévus par la loi aux ch. 1 ou 2. Au contraire, le ch. 3 ouvre de manière autonome la possibilité 39

de définir dans les statuts des pour un appel au capital, qui peuvent également comporter des conditions moins strictes que les seuils légaux des points 1 et 2 – sans pour autant porter atteinte à leur fonction légale de mécanismes d'assainissement. Le ch. 3 sert ainsi un objectif de financement autonome et ne doit pas être confondu avec une extension ou un durcissement des conditions d'appel de fonds prévues aux ch. 1 et 2.

40 Contrairement aux motifs d'appel de fonds prévus par la loi aux ch. 1 et 2, qui s'appliquent dès lors que les statuts prévoient une obligation générale d'apport supplémentaire, le ch. 3 CO exige impérativement que les statuts contiennent une description de l'objet clairement et concrètement formulée, et objectivement justifiée. Une simple autorisation générale – par exemple « pour le financement d'investissements » – ne suffit pas. Les dispositions statutaires sont admissibles, par exemple, lorsqu'elles décrivent concrètement l'acquisition de biens immobiliers d'exploitation supplémentaires ou l'expansion sur des marchés étrangers définis, en précisant le cas échéant un ratio d'endettement. En l'absence d'une telle base statutaire précise, une demande de versement supplémentaire fondée sur le ch. 3 est irrecevable.

IV. FAILLITE (AL. 3)

A. Échéance

41 L'art. 795a, al. 3, CO prévoit que **les apports supplémentaires dus** deviennent exigibles dès l'ouverture de la faillite de la société. La notion d'« apports supplémentaires dus » englobe tout d'abord les apports supplémentaires que la direction a déjà réclamés et communiqués aux associés dans un délai raisonnable, mais qui n'ont pas encore été versés ; si ce délai n'est pas encore écoulé au moment de l'ouverture de la faillite, l'exigibilité intervient néanmoins dès l'ouverture. Selon l'avis défendu ici (ci-après N. 49 et suivants), la notion s'étend davantage et englobe tous les apports supplémentaires prévus par les statuts et non encore versés, dans la limite du plafond fixé par l'art. 795, al. 2, CO. La norme est constitutive. Elle ne peut notamment pas être rattachée à l'art. 208, al. 1, LP : cette disposition entraîne l'exigibilité de toutes les obligations du débiteur, et donc des passifs de la masse. La créance d'apport supplémentaire est en revanche une créance de la société à l'égard de ses associés et constitue donc un actif qui, en vertu de l'art. 197, al. 1, LP, fait partie de la masse de la faillite. Sans l'art. 795a, al. 3,

CO, l'exigibilité resterait subordonnée à l'expiration du délai fixé par la direction ; le législateur a délibérément supprimé cette subordination en cas de faillite. La norme poursuit ainsi un objectif autonome de protection des créanciers – une constatation qui revêt une importance pour la question de la compétence examinée ci-après.

B. Compétence de l'administration de la faillite

Le message relatif à la révision du droit des Sàrl précise qu'à compter de l'ouverture de la faillite, ce n'est plus la direction qui est compétente pour exiger des versements supplémentaires, mais l'administration de la faillite. Dans la doctrine, cette affirmation fait toutefois l'objet d'interprétations divergentes : alors qu'une partie considère que le **pouvoir de décision** est transféré à l'administration de la faillite dès l'ouverture de la procédure, une autre partie estime que le rôle de l'administration de la faillite se limite à la simple **compétence d'exécution**. 42

Il est incontestable que l'administration de la faillite, en tant qu'organe exécutif institué par la loi conformément à l'art. 240 LP, assume le rôle de la société et de ses organes, comme il ressort également de l'art. 740, al. 5, CO en liaison avec l'art. 821a CO. Elle agit en son propre nom, mais exclusivement dans l'intérêt de la masse de la faillite et des créanciers. De par la loi, elle est habilitée à accomplir tous les actes nécessaires à la liquidation et à la réalisation de la masse – y compris la conduite des procédures judiciaires, le recouvrement des créances et l'exécution judiciaire des droits. 43

La direction ne perd pas son statut d'organe lors de l'ouverture de la faillite. Conformément à l'art. 739, al. 2, CO, les pouvoirs des organes sont au contraire limités aux actes nécessaires à la conduite de la liquidation, mais qui, de par leur nature, ne peuvent être accomplis par les liquidateurs. L'art. 740, al. 5, 2e phrase, CO (en liaison avec l'art. 821a CO) le confirme expressément en matière de faillite : les organes conservent le pouvoir de représentation dans la mesure où leur intervention est encore nécessaire. Sont ainsi exclues non pas toutes les actes des organes, mais ceux qui empiètent sur le droit de gestion et de disposition de l'administration de la faillite. Le droit de disposition et d'administration sur la masse est toutefois entièrement transféré à l'administration de la faillite, qui agit en tant qu'organe exécutif institué par la loi conformément à l'art. 240 LP. Elle est exclusivement compétente pour la liquidation et la réalisation des créances 44

existantes ; elle ne peut en principe pas créer de nouvelles obligations. Ainsi, le rôle de la société et de ses organes en droit de la faillite est strictement séparé de l'administration de la masse (principe de séparation). D'éventuels manquements aux obligations avant l'ouverture de la faillite – par exemple, le fait de ne pas avoir réclamé des versements complémentaires malgré le respect des conditions légales – peuvent avoir des conséquences en matière de droit civil ou pénal. Après la survenance de la faillite, un assainissement autonome de la société n'est toutefois plus possible.

45 L'assemblée générale des associés continue certes d'exister sur le plan formel et peut toujours se réunir pour traiter de questions purement internes à la société – par exemple pour modifier les statuts, élire de nouveaux organes ou préparer une éventuelle poursuite de l'activité de la société après la clôture de la procédure de faillite –, mais ces décisions n'ont aucune incidence sur la masse de la faillite ni sur les créanciers. Elles ne produisent d'effets qu'au sein de la structure interne de la société et ne doivent pas avoir pour conséquence de grever la masse de nouvelles obligations ou d'actes constitutifs.

1. Compétence décisionnelle

46 Selon une partie de la doctrine, l'administration de la faillite est habilitée à exiger des apports supplémentaires même si la direction s'en est abstenue avant l'ouverture de la procédure de faillite. Elle peut donc prendre elle-même la décision d'exiger ces apports. Cette opinion repose sur le raisonnement selon lequel l'obligation statutaire d'apport supplémentaire sert à la **protection des créanciers** et inspire, vis-à-vis des tiers, la confiance dans la stabilité financière de la société. Cette confiance doit également perdurer dans le cadre de la faillite. En conséquence, l'obligation d'apport supplémentaire en cas de faillite correspond fonctionnellement à une **responsabilité subsidiaire des associés**, que l'administration de la faillite est habilitée à faire valoir afin de réaliser le patrimoine de garantie au profit de la masse des créanciers.

2. Compétence d'exécution

47 Selon l'autre courant de la doctrine, l'administration de la faillite ne dispose d'aucune compétence décisionnelle autonome. L'exigibilité des versements supplémentaires dépend exclusivement du fait que la direction ait ou non pris, avant l'ouverture de la faillite, une décision de mise en demeure valable

conformément à l'art. 795a, al. 1, CO. Ce n'est que dans ce cas que l'administration de la faillite est autorisée à **recouvrer le paiement**. La notion d'« apports supplémentaires dus » ne saurait donc – selon cette doctrine – se référer qu'à des apports déjà décidés mais non encore versés, par exemple lorsque le délai de paiement n'était pas encore écoulé.

Selon cette conception, l'administration de la faillite n'a pas la compétence de remplacer ou de rattraper une décision initiale de mise en recouvrement. La « mise en recouvrement » mentionnée dans le message doit être comprise uniquement comme un **acte d'exécution**. L'administration de la faillite ne peut donc recouvrer que ce qui a déjà fait l'objet d'une mise en recouvrement juridiquement valable. En conséquence, l'obligation d'apport supplémentaire prévue par les statuts reste sans effet en cas de faillite, en l'absence de décision de mise en recouvrement – ce qui peut avoir des conséquences préjudiciables pour les intérêts des créanciers. 48

3. Appréciation

L'argument décisif en faveur de l'avis défendu ici est d'ordre systématique et n'a jusqu'à présent pas été pris en compte dans la discussion : En vertu de l'art. 795d, al. 1, CO, l'obligation d'apport complémentaire des associés sortants subsiste pendant trois ans, mais, selon l'art. 795d, al. 2, CO, ils ne sont tenus de s'en acquitter que si la société fait faillite. Cette norme présuppose que l'obligation d'apport complémentaire soit actualisée par la faillite. Si l'on suivait la thèse de la compétence d'exécution, l'article 795d, alinéa 2, du CO serait en grande partie sans objet : un apport supplémentaire déjà valablement réclamé avant le départ serait de toute façon dû et ne nécessiterait aucune réglementation particulière ; dans tous les autres cas, après l'ouverture de la faillite, il n'y aurait plus personne en mesure de prendre la décision requise, ce qui rendrait sans objet la responsabilité subsidiaire de trois ans. 49

À cela s'ajoute la question de la compétence : conformément à l'art. 240 LP, l'administration de la faillite s'occupe de tous les actes relevant de la conservation et de la réalisation de la masse et, en vertu de l'art. 740, al. 5, CO en relation avec l'art. 821a CO, elle se substitue aux organes de liquidation. La mise en recouvrement d'apports supplémentaires constitue la réalisation d'un actif de la masse et donc une opération de réalisation au sens de l'article 240 LP ; elle ne crée pas une nouvelle obligation, mais actualise une obligation déjà prévue par les statuts. Le fait que l'article 739, alinéa 2, CO laisse des 50

compétences résiduelles aux organes n'y fait pas obstacle, car la mise en recouvrement peut, de par sa nature, être effectuée par l'administration de la faillite.

51 L'opinion selon laquelle l'administration de la faillite dispose d'une compétence décisionnelle autonome est donc fondée. Celle-ci est toutefois subordonnée à une finalité précise : l'administration de la faillite ne peut procéder au recouvrement que dans la mesure où cela sert à satisfaire les créanciers et doit, ce faisant, respecter le principe d'égalité de traitement. Le régime général s'applique à la mise en œuvre sur le plan procédural ; si la créance est contestée, elle peut, en vertu de l'art. 260 LP, être cédée à des créanciers individuels afin qu'ils la fassent valoir.

C. Distinction par rapport à l'art. 871, al. 4, CO

52 L'art. 871, al. 4, CO autorise la coopérative à exiger des versements supplémentaires à tout moment, c'est-à-dire aussi bien avant que pendant une procédure de faillite ou de concordat. Avant l'ouverture de la faillite, c'est l'administration de la coopérative qui est compétente : elle constate la perte au bilan et active, le cas échéant, les mécanismes prévus par les statuts pour couvrir cette perte. En cas de faillite, la compétence pour exiger des versements supplémentaires est expressément transférée à l'administration de la faillite. Dans les faits, cette exigibilité sert exclusivement à garantir et à réaliser la masse au profit des créanciers. En cas de faillite, l'obligation d'effectuer des versements supplémentaires perd sa fonction d'assainissement et devient un mécanisme de garantie qui, sur le plan économique, s'apparente à une **responsabilité solidaire des membres**. La loi accorde ici à l'administration de la faillite une **compétence décisionnelle originelle**.

53 Ce transfert clair de compétence à l'administration de la faillite ne figure pas dans le droit des SARL. On pourrait en déduire a contrario que le législateur a expressément réglementé cette compétence dans le droit des coopératives, mais pas dans celui des SARL, bien que ces deux ensembles de règles aient été remaniés lors de la même révision. Cette objection n'est pas convaincante. L'art. 871, al. 4, 2e phrase, CO découle du fait que les versements supplémentaires coopératifs peuvent être exigés à tout moment en vertu de l'art. 871, al. 4, 1re phrase, CO ; la norme devait donc préciser à qui revient ce pouvoir à tout moment en cas de faillite. L'article 795a, alinéa 3, du CO résout le même problème par une autre voie, à savoir par la mise en demeure légale.

On ne saurait donc parler d'un silence qualifié. Cela ne fait toutefois que réfuter le raisonnement a contrario, sans pour autant établir une analogie. Une simple transposition de l'art. 871, al. 4, CO à la Sàrl s'impose : la coopérative est conçue différemment sur le plan structurel – elle se caractérise par le principe de l'entraide, la participation personnelle des membres et une structure organisationnelle décentralisée qui permet une plus grande participation aux décisions. La Sàrl, en revanche, concentre le pouvoir de décision entre les mains de la direction. À cela s'ajoute une différence d'appréciation : l'article 871, alinéa 1, CO limite les versements supplémentaires des coopératives à la couverture des pertes au bilan, tandis que l'article 795a, alinéa 2, CO prévoit trois motifs de mise en demeure. La conclusion défendue ici (ci-dessus N. 49 et suivants) ne repose donc pas sur une analogie avec l'art. 871, al. 4, CO, mais sur la systématique propre à la SARL, telle qu'elle ressort de l'art. 795d, al. 2, CO et de l'art. 240 LP. La comparaison avec le droit des coopératives sert uniquement à réfuter le raisonnement inverse.

D. Affectation à un but déterminé et exigibilité en cas de faillite au ch. 3

L'application de l'art. 795a, al. 3, CO aux versements supplémentaires visés à l'al. 2, ch. 3, soulève des questions d'interprétation particulières. Ces apports supplémentaires sont affectés à un but précis et ne peuvent être exigés que pour un but expressément défini dans les statuts – par exemple pour l'acquisition d'un bien immobilier déterminé, pour le financement d'une expansion à l'étranger ou pour le dépôt d'un brevet. Lors de l'exigibilité de ces apports, pendant la phase d'activité de la société, la direction est liée à ce but statutaire. 54

Si toutefois la faillite est ouverte à l'encontre de la société, la question se pose de savoir si les apports supplémentaires affectés à un usage déterminé peuvent néanmoins être inclus dans la masse. Selon l'opinion dominante, l'art. 795a, al. 3, CO est de nature impérative et ne fait pas de distinction selon les motifs de la demande. Le libellé de la loi plaide en faveur d'une exigibilité générale : Tous les versements supplémentaires exigés avant l'ouverture de la faillite, mais non encore effectués – y compris ceux affectés à un projet spécifique – deviennent exigibles dès l'ouverture de la faillite et sont inclus 55

dans la masse. Le fait que l'affectation initiale ne soit de fait plus réalisable ne s'oppose pas à leur inclusion dans la masse.

56 Selon l'avis défendu ici (ci-dessus, n° 49 et suivants), la question se pose de manière plus précise : L'administration de la faillite peut-elle exiger pour la première fois des versements supplémentaires affectés à un usage déterminé au sens de l'al. 2, ch. 3, même si l'objectif statutaire – par exemple l'acquisition d'un bien immobilier ou une expansion à l'étranger – n'est plus réalisable en raison de l'insolvabilité ? La réponse découle du changement de fonction prévu par l'art. 795a, al. 3, CO : Avec l'ouverture de la faillite, l'objectif statutaire est remplacé par l'objectif légal de désintéressement des créanciers. L'affectation prévue à l'al. 2, ch. 3, limite le pouvoir de la direction d'exiger des versements supplémentaires pendant la phase active de la société ; elle ne constitue pas une condition du droit lui-même, mais une restriction de compétence dans les relations internes. Si la compétence de la direction vient à s'éteindre, son obligation de respecter l'objet statutaire s'éteint également. L'administration de la faillite est donc habilitée à exiger également des versements supplémentaires affectés à un but précis ; son pouvoir reste toutefois limité, en termes de montant, par le plafond statutaire (art. 795, al. 2, CO) et par les besoins de la masse. L'inverse conduirait à une contradiction dans l'appréciation : c'est précisément l'obligation d'apport supplémentaire prévue au ch. 3, souvent considérable en termes de montant, qui resterait inexploitable en cas de faillite, alors que les associés en ont tiré profit pendant la crise.

BIBLIOGRAPHIE

Amstutz Marc/Chappuis Fernand/Gohari Ramin Silvan, in: Watter Rolf/Vogt Hans-Ueli (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 6. Aufl., Basel 2024 (zit. BSK).

Amstutz Marc/Gohari Ramin Silvan, in: Kren Kostkiewicz Jolanta et al. (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar zum schweizerischen Obligationenrecht 4. Aufl., Zürich 2023 (zit. OFK).

Bernadoni Nicola/Catelli Cinzia, in: Wildhaber Isabelle/Häusermann Daniel/Honsell Heinrich (Hrsg.), Kurzkommentar Obligationenrecht, 2. Aufl., Basel 2025 (zit. KuKo).

Bernet Sandro, Das Kapitalband als Instrument der Unternehmensfinanzierung Ermächtigung und Kontrolle des Verwaltungsrats mit besonderem Fokus auf Kapitalmarkttransaktionen, Diss. Zürich 2023.

Böckli Peter, Das neue schweizerische GmbH-Recht – was ist wirklich neu? Eine Übersicht, in: Böckli Peter/Forstmoser Peter (Hrsg.), Das neue schweizerische GmbH-Recht, Zürich 2006, S. 1-43 (zit. GmbH-Recht).

Böckli Peter, Schweizer Aktienecht – Aktienrecht mit Rechnungslegung, 5. Aufl., Zürich 2022 (zit. Aktienrecht).

Böckli Peter/Forstmoser Peter/Rapp Jean-Marc, Expertenbericht zum Vorentwurf für eine Reform des Rechts der Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Vernehmlassungsunterlagen vom April 1999, Bern.

Bürgi Urs, in: Hunkeler Daniel (Hrsg.), Kurzkommentar Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz, 3. Aufl., Basel 2025 (zit. KuKo).

Candreia Philipp/Zindel Gaudenz G./Isler Peter R., in: Watter Rolf/Vogt Hans-Ueli (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 6. Aufl., Basel 2024 (zit. BSK).

Chabloz Isabelle, in: Tercier Pierre/Trigo Trindade Rita/Canapa Damiano (Hrsg.), Commentaire Romand, Code des Obligations II, 3. Aufl., Basel 2024 (zit. CR).

Chappuis Fernand, Die Erweiterung der Einsatzmöglichkeiten von Nachschüssen im neuen schweizerischen GmbH-Recht, SJZ 103 (2007), S. 85-92 (zit. SJZ).

Chappuis Fernand/Jaccard Michel, in: Tercier Pierre/Trigo Trindade Rita/Canapa Damiano (Hrsg.), Commentaire Romand, Code des Obligations II, 3. Aufl., Basel 2024 (zit. CR).

Dörig Adrian/Glatthaar Matthias, in: Kren Kostkiewicz Jolanta et al. (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar zum schweizerischen Obligationenrecht, 4. Aufl., Zürich 2023 (zit. OFK).

Drenhaus Mark, in: Roberto Vito/Trüeb Hans Rudolf (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 4. Aufl., 2024 Zürich (zit. CHK).

Druey Jean Nicolas/Druey Just Eva/Glanzmann Lukas, Gesellschafts- und Handelsrecht, 12. Aufl., Zürich 2021.

Gericke Dieter/Häusermann Daniel /Waller Stefan, in: Watter Rolf/Vogt Hans-Ueli (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 6. Aufl., Basel 2024 (zit. BSK).

Germann Sandro, Die personalistische Ag und GmbH, Diss. Zürich 2015.

Hagenstein Nadine, in: Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht, 4. Aufl., 2019 Basel (zit. BSK).

Handschin Lukas/Truniger Christof, Die GmbH, Zürich 2019.

Jaccard Michel/Baruh Erol, Capital-risque et financement par étape (staged financing). De nouvelle perspectives suite à la révision du droit de la Sàrl ?, GesKR 3 (2007), S. 280-287.

Kägi Urs/Zweifel Linus, in: Watter Rolf/Vogt Hans-Ueli (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 6. Aufl., Basel 2024 (zit. BSK).

Kägi Urs/Zweifel Linus/Wüstner Hanspeter, in: Watter Rolf/Vogt Hans-Ueli (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 6. Aufl., Basel 2024 (zit. BSK).

Keller Raphael, in: Wildhaber Isabelle/Häusermann Daniel/Honsell Heinrich (Hrsg.), Kurzkommentar Obligationenrecht, 2. Aufl. Basel 2025 (zit. KuKo).

Kunz Peter V., Grundpfeiler des Eigenkapitals: Kapitalaufbringung sowie Kapitalerhöhung, GesKR 2014, S. 52-62 (zit. GesKR).

Kren Kostkiewicz Jolanta, in: Kren Kostkiewicz Jolanta (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar zum Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, 20. Aufl., Zürich 2020 (zit. OFK).

Mayer Eduard, Die Nachschusspflicht im schweizerischen Recht der Handelsgesellschaften und Genossenschaften, Diss. Zürich 1944.

Meier-Hayoz Arthur/Forstmoser Peter, Schweizerisches Gesellschaftsrecht: mit neuem Aktien- und Handelsregisterrecht, 13. Aufl., Zürich 2023.

Montavon Pascal/Jabbour Ivan, Nachschüsse und Verpflichtungen in Form von Geld oder anderen Vermögenswerten der GmbH, TREX 2 (2023), S. 236-243 (zit. TREX).

Nigg Hans, in: Watter Rolf/Vogt Hans-Ueli (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 6. Aufl., Basel 2024 (zit. BSK).

Ruggle Peter, in: Wildhaber Isabelle/Häusermann Daniel/Honsell Heinrich (Hrsg.), Kurzkommentar Obligationenrecht, 2. Aufl. Basel 2025 (zit. KuKo).

Russenberger Marc/Wohlgemuth Marc, in: Staehelin Daniel/Bauer Thomas/Lorandi Franco (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 3. Aufl., 2021 Basel (zit. BSK).

Schober Roger/Avdyli-Lüginbühl Monika, in: Kren Kostkiewicz Jolanta/Vock Dominik (Hrsg.), Schulthess Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 4. Aufl., 2017 Basel (zit. SK).

Sethe Rolf/Lütolf Daniel, Das Pflichtengefüge im Falle der Unterkapitalisierung einer AG, ZSR 2018, S. 201-222 (zit. ZSR 2018).

Siffert Rino/Fischer Marc Pascal/Petrin Martin, in: Baker & McKenzie (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar, GmbH-Recht, Zürich 2008 (zit. SHK GmbH).

Stäubli Christoph/Hohler Dominik, in: Watter Rolf/Vogt Hans-Ueli (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 6. Aufl., Basel 2024 (zit. BSK).

Sturny Thiemo/Trüeb Hans Rudolf, in: Roberto Vito/Trüeb Hans Rudolf (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 4. Aufl., 2024 Zürich (zit. CHK).

Theus Simoni Fabiana/Hauser Isabel/Bärtschi Harald, Handbuch Schweizer GmbH-Recht, 2019 Zürich.

Trechsel Stefan/Ogg Marcel, in: Trechsel Stefan/Pieth Mark (Hrsg.), Praxiskommentar Schweizerisches Strafgesetzbuch, 4. Aufl., 2021 Basel (zit. PK).

von der Crone Hans Caspar, Aktienrecht, 2. Aufl., Bern 2020.

Watter Rolf/Roth Pellanda Katja, in: Watter Rolf/Vogt Hans-Ueli (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 6. Aufl., Basel 2024 (zit. BSK).

ATTENTION : Cette version du commentaire est une traduction automatique de l'original. Le commentaire original est en allemand. La traduction a été faite avec www.deepl.com. Seule la version originale fait foi. La version traduite du commentaire ne peut pas être citée.

COMMENTAIRE

Art. 795b CO

Un commentaire de Anne Mirjam Schneuwly

PROPOSITION DE CITATION

Anne Mirjam Schneuwly, Commentaire de l'art. 795b CO, in: Lukas Müller (édit.), Commentaire en ligne du droit des obligations

Citation abrégée: OK-Schneuwly, art. 795b CO N. XXX.

3. Restitution

Art. 795*b*

Les versements supplémentaires effectués ne peuvent être restitués, en tout ou en partie, qu'au moyen de fonds propres dont la société peut librement disposer; un expert-réviseur agréé doit l'attester par écrit.

TABLE DES MATIÈRES

I. Généralités et analyse systématique 505
II. Conditions et procédure de remboursement 506
A. Fonds propres librement disponibles 506
B. Attestation par un expert-réviseur agréé 507
C. Autres questions de procédure 509
D. Distinction par rapport à la réduction du capital 510
E. Portée pratique et risques 511
III. Réactivation de l'obligation d'apport supplémentaire 512
Bibliographie 513

I. GÉNÉRALITÉS ET ANALYSE SYSTÉMATIQUE

Le remboursement des versements supplémentaires effectués constitue une **exception au principe de l'immobilisation du capital**. Alors que le capital social doit rester en permanence à la disposition de la société et ne peut être remboursé que dans le cadre d'une procédure formelle de réduction du capital (art. 782 CO en liaison avec les art. 653j et suivants CO), l'art. 795b CO autorise le remboursement des apports supplémentaires sous certaines conditions. Contrairement à certaines opinions doctrinales, le remboursement des apports supplémentaires **ne** doit pas être assimilé à une réduction de capital. Certes, dans ce cas également, des liquidités sont retirées de la société, mais le remboursement ne concerne pas le capital social nominal inscrit au registre du commerce, mais les fonds que les associés ont apportés en plus de la libération de leurs parts sociales. Les apports supplémentaires ne constituent pas des prestations volontaires : ils découlent d'une obligation statutaire dont le montant doit être fixé dans les statuts et ne peut dépasser le double de la valeur nominale de la part sociale (art. 795, al. 1 et 2, CO) ; ils ne peuvent être exigés que dans les conditions prévues à l'art. 795a, al. 2, CO et deviennent exigibles en cas de faillite (art. 795a, al. 3, CO). Seule la décision de prévoir une obligation d'apport supplémentaire dans les statuts relève du libre arbitre. Le remboursement n'affecte pas le capital social nominal et n'est donc **pas soumis aux dispositions de protection en matière de droit du capital** prévues à l'art. 782 CO en liaison avec les art. 653j et suivants CO. Au contraire, le législateur a créé, à l'art. 795b CO, une solution autonome qui garantit fonctionnellement la protection des créanciers, en ce sens que le remboursement ne peut être effectué **que sur les fonds propres libres** – entendus comme la somme des réserves libres et du bénéfice au bilan. 1

Le législateur a délibérément renoncé à une interdiction de remboursement ou à un délai de carence. L'avant-projet de réforme du droit des SARL, qui a fait l'objet d'une consultation du 28 avril au 31 octobre 1999, réglementait l'obligation d'effectuer des versements supplémentaires aux articles 803 à 803d AP et imposait une limitation dans le temps au remboursement anticipé des versements supplémentaires effectués. Le projet de 2001 a supprimé cette restriction ; l'article 795b CO renonce à tout délai de carence. Le droit suisse se distingue ainsi du droit allemand : le § 30, al. 2, de la loi allemande sur les 2

sociétés à responsabilité limitée (GmbHG) n'autorise certes le remboursement des apports supplémentaires versés que dans la mesure où ceux-ci ne sont pas nécessaires pour couvrir une perte sur le capital social, mais il impose en outre un délai de carence de trois mois à compter de la publication de la décision de remboursement. Du point de vue actuel, un délai de blocage pourrait néanmoins être considéré comme approprié : même si les conditions matérielles du remboursement sont remplies, il existe un risque que des fonds soient à nouveau retirés immédiatement après le versement des apports supplémentaires – alors que la situation financière de la société ne s'est pas encore stabilisée de manière durable. Une brève phase de redressement aurait pu contribuer à stabiliser la situation patrimoniale. D'autre part, l'attestation d'un expert-réviseur agréé constitue un correctif efficace : elle doit être refusée si le remboursement ne semble pas viable au regard des résultats et de la situation des fonds propres. La protection des créanciers est ainsi garantie **sur le fond** : le remboursement n'est autorisé que s'il est intégralement couvert par des fonds propres libres et si les conditions sont attestées par une attestation de vérification.

II. CONDITIONS ET PROCÉDURE DE REMBOURSEMENT

3 Le remboursement des apports supplémentaires effectués n'est autorisé que sous des conditions clairement définies. L'art. 795b CO prévoit un dispositif de protection **en deux volets**, composé d'exigences matérielles (uniquement à partir des fonds propres libres) et formelles (attestation d'audit par des experts-réviseurs). Les sections suivantes expliquent ces conditions en détail.

A. Fonds propres librement disponibles

4 Le remboursement ne peut s'effectuer qu'au débit des **fonds propres librement disponibles**. Ce terme désigne la somme des réserves libres et du bénéfice au bilan – c'est-à-dire les éléments des fonds propres qui ne sont soumis ni à des restrictions légales de distribution ni à des affectations statutaires. Cela garantit que le remboursement ne porte pas atteinte à des éléments de capital liés, tels que le capital social ou les réserves légales. Il convient de clarifier la manière dont les versements supplémentaires effectués doivent eux-mêmes être comptabilisés. En vertu du renvoi de l'art. 801 CO, les dispositions du droit des sociétés anonymes relatives aux réserves s'appliquent ; selon l'art. 671, al. 1, ch. 3, CO, « les autres apports et versements

effectués par les détenteurs de titres de participation » doivent être affectés à la réserve légale de capital. Si l'on s'en tenait strictement à la lettre de la loi, les apports supplémentaires effectués relèveraient donc de la réserve de capital légale et seraient soumis à la restriction de distribution prévue à l'art. 671, al. 2, CO – ce qui, dans la pratique, bloquerait largement leur remboursement. Il convient de privilégier l'interprétation selon laquelle l'art. 795b CO, en tant que lex specialis, prévaut sur cette restriction : Cette disposition régit de manière exhaustive le remboursement des apports supplémentaires effectués et le subordonne uniquement à la couverture par des fonds propres librement disponibles ainsi qu'à l'attestation d'un expert-réviseur agréé. Il en irait autrement, la flexibilité souhaitée par le législateur en matière de financement par apports supplémentaires serait vaine. Il est toutefois recommandé de présenter les apports supplémentaires séparément au sein des fonds propres, afin que la base du remboursement soit documentée de manière compréhensible. L'élément déterminant est que les fonds propres librement disponibles requis soient disponibles au moment du remboursement. Une diminution ultérieure des fonds propres – due par exemple à des pertes ultérieures – ne rend pas le remboursement illégal. On remarque une différence terminologique par rapport à l'art. 825a CO, qui ne mentionne que les « capitaux propres utilisables » pour l'indemnisation des associés sortants, tandis que l'art. 795b CO exige des « capitaux propres librement disponibles ». On ne saurait supposer que le législateur ait voulu établir une distinction de fond : dans les deux cas, il s'agit des éléments des fonds propres dont la société peut disposer sans enfreindre les obligations légales ou statutaires. Le terme « libre » figurant à l'art. 795b CO a donc une valeur clarificatrice et non restrictive. Cela est confirmé par l'art. 783, al. 1, CO, qui subordonne également l'acquisition de parts sociales propres à l'existence d'un « capital propre librement disponible ». Il convient également de noter l'art. 783, al. 3, CO : si les parts sociales à acquérir sont assorties d'une obligation d'apport supplémentaire, celle-ci doit être levée avant l'acquisition. Le législateur opère donc ici aussi une distinction claire entre le simple remboursement des apports supplémentaires versés et la suppression de l'obligation d'apport supplémentaire en tant que telle.

B. Attestation par un expert-réviseur agréé

L'attestation de l'expert-réviseur conformément à l'art. 795b CO remplit une 5
fonction de contrôle essentielle dans le cadre du remboursement des

versements supplémentaires effectués. Elle ne confère aucune protection individuelle aux créanciers – notamment aucun droit d'exiger une garantie de leurs créances –, mais agit indirectement par le biais de l'affectation du capital : elle garantit que le remboursement s'effectue exclusivement à la charge des fonds propres librement disponibles, c'est-à-dire à la charge des éléments des fonds propres qui ne sont soumis ni à des restrictions légales de distribution ni à des restrictions statutaires. Le caractère formel de l'attestation de vérification est analogue à la réglementation applicable aux réductions de capital (art. 782, al. 4, en relation avec les art. 653j et suivants CO). L'expert auquel il convient de faire appel doit être titulaire d'une agrément en tant qu'expert-réviseur au sens de l'art. 4 LSR. L'expert-e en révision n'intervient pas seulement en tant que vérificateur comptable, mais assume également une **fonction de contrôle sur le fond**. En tant que « gardien », il doit empêcher que les associés disposent de fonds qui, du point de vue des intérêts de la société et des créanciers, devraient rester bloqués. L'article 795b CO ne précise pas quel organe statue sur le remboursement. L'article 795a, alinéa 1, CO confie certes aux gérants la tâche de réclamer les versements supplémentaires, mais on ne peut en déduire aucune compétence pour l'*actus contrarius*. La compétence revient plutôt à l'assemblée générale : depuis le 1er janvier 2023, la décision relative au remboursement des réserves de capital fait partie de ses compétences intransmissibles (art. 804, al. 2, ch. 5bis, CO). Si les apports supplémentaires effectués sont qualifiés – comme c'est le cas ici – d'apports en capital des associés, la décision de remboursement est réservée à l'assemblée générale ; la direction la prépare et l'exécute. Par mesure de prudence, il convient de toute façon, dans la pratique, d'obtenir une décision de l'assemblée générale. L'attestation de vérification fait partie intégrante de la procédure de remboursement et doit être établie par écrit, sans réserve et à une date proche de celle de la décision de remboursement. Si elle est obtenue avant même la décision, la condition suspensive est levée ; sa proximité temporelle est toutefois déterminante pour sa pertinence et sa validité juridique.

6 L'attestation d'audit porte sur trois éléments essentiels : (1) la preuve que les apports supplémentaires ont **effectivement été versés** – car sans flux de trésorerie effectif, le remboursement est dépourvu de fondement ; (2) la preuve qu'au moment du remboursement, il existe un **capital propre librement disponible** en quantité suffisante, sans que cela n'entraîne de perte au bilan ; (3) la confirmation d'une **décision de remboursement**

juridiquement valable, qui est idéalement soumise à la condition suspensive d'une attestation d'audit positive. La différence par rapport à l'attestation d'audit prévue à l'art. 653m CO est frappante. Celle-ci doit confirmer, sur la base des comptes annuels et du résultat de l'appel aux créanciers, que les créances des créanciers sont intégralement couvertes malgré la réduction de capital (art. 653m, al. 1, CO) ; elle concerne donc les créanciers et présuppose un appel aux créanciers préalable. L'attestation de vérification prévue à l'art. 795b CO, en revanche, se fonde uniquement sur la situation des fonds propres de la société : elle atteste que le montant à rembourser est couvert par des fonds propres librement disponibles, sans tenir compte des créances individuelles des créanciers. Il ne s'agit donc pas d'un instrument de protection individuel en faveur des créanciers, mais d'une mesure visant à préserver l'intégrité matérielle de la structure financière de la société.

C. Autres questions de procédure

L'art. 795b CO exige l'attestation d'un expert-réviseur agréé, et non celle d'un organe de révision. La société doit donc faire appel à une experte en révision agréée ou à un expert en révision agréé même si elle a renoncé à la révision restreinte (opting-out au sens de l'art. 818, al. 1, en liaison avec l'art. 727a, al. 2, CO) ou si son organe de révision est uniquement agréé en tant que réviseur. Dans ces situations – fréquentes chez les PME –, l'expert-e en révision doit être mandaté(e) *ad hoc*. Il convient en outre de tenir compte de l'art. 818, al. 2, CO : un associé soumis à une obligation d'apport supplémentaire peut exiger une révision ordinaire des comptes annuels. Si ce droit est exercé, les comptes annuels ayant fait l'objet d'un contrôle ordinaire constituent la base évidente de l'attestation de contrôle. 7

L'art. 795b CO autorise le remboursement « en tout ou en partie ». En cas de remboursement partiel, le principe d'égalité de traitement doit être respecté : les gérants doivent traiter les associés de manière égale dans des conditions identiques (art. 813 CO) . L'obligation d'effectuer des versements supplémentaires étant liée à chaque part sociale (art. 795, al. 2 et 3, CO), le remboursement doit s'effectuer proportionnellement aux versements supplémentaires effectivement effectués ; un remboursement sélectif au profit de certains associés nécessite une justification objective. 8

Contrairement à la réduction du capital social, le remboursement des apports supplémentaires versés n'est soumis ni à l'obligation de publication ni à celle 9

d'inscription. Il n'affecte pas les rapports inscrits au registre du commerce, car l'obligation statutaire d'effectuer des apports supplémentaires subsiste en tant que telle.

D. Distinction par rapport à la réduction du capital

10 Contrairement à la réduction formelle du capital prévue à l'art. 782 CO en relation avec les art. 653j et suivants CO, le remboursement des versements supplémentaires ne nécessite pas d'appel aux créanciers. Cela s'explique par le fait que le remboursement ne concerne pas le capital social lié, mais des fonds que les associés ont apportés au-delà de la libération et qui peuvent être réclamés à nouveau après le remboursement. Néanmoins, le remboursement présente en fin de compte un risque similaire pour les créanciers, car il réduit la base de responsabilité de la société. L'architecture de protection en deux volets prévue à l'art. 795b CO revêt donc d'autant plus d'importance : protection matérielle (fonds libres uniquement) et protection formelle (attestation d'un expert-réviseur). Le législateur a délibérément jugé cette combinaison suffisante, de sorte qu'il a été renoncé à des mécanismes de sécurité supplémentaires tels que l'appel aux créanciers. En droit des sociétés anonymes, le conseil d'administration informe les créanciers, par voie de publication dans la Feuille officielle suisse du commerce, qu'ils peuvent exiger des garanties lors de l'inscription de leurs créances ; cette demande doit être formulée dans les 30 jours suivant la publication (art. 653k, al. 1 et 2, CO). Si la date de clôture du bilan remonte à plus de six mois au moment de la décision de réduction, un bilan intermédiaire doit être établi (art. 653l CO). Ces exigences ne s'appliquent toutefois pas sans exception en droit des sociétés anonymes : si le capital est réduit en vue de la résorption partielle ou totale d'un déficit résultant de pertes et qu'un expert-réviseur agréé confirme que le montant de la réduction ne dépasse pas le déficit, la constitution de sûretés, les comptes intermédiaires, l'attestation de révision et les constatations du conseil d'administration ne sont pas requis (art. 653p CO). La suppression de l'appel aux créanciers prévue à l'art. 795b CO ne fait donc pas figure d'exception isolée : la loi assouplit la procédure lorsqu'il n'y a pas de remboursement de capital lié aux participants ou lorsque l'absence de risque est confirmée par un expert-réviseur agréé. Ces exigences plus strictes en matière de préservation du capital ne s'appliquent pas au remboursement des versements supplémentaires. Le législateur a ici explicitement opté pour une solution simple et favorable aux entreprises, qui repose uniquement sur la

couverture matérielle et la confirmation externe par l'expert-e en révision agréé-e. Le contrepoint systématique se trouve à l'art. 795c CO : si l'obligation statutaire d'apport supplémentaire est réduite ou supprimée, les dispositions relatives à la réduction du capital social s'appliquent par analogie (art. 795c, al. 2, CO). Le législateur soumet donc la suppression définitive de la réserve de garantie au régime strict de la réduction du capital, tandis que le simple remboursement des apports supplémentaires effectués relève de la procédure simplifiée prévue à l'art. 795b CO. Cette distinction est cohérente, car l'obligation d'effectuer des apports supplémentaires subsiste après le remboursement et les fonds peuvent à nouveau être réclamés.

E. Portée pratique et risques

11 Dans la pratique, le remboursement des apports supplémentaires constitue un sujet délicat. S'il s'agit certes d'un moyen admissible pour soulager les associés de manière flexible, il comporte toutefois des **risques de responsabilité** considérables si les conditions préalables ne sont pas vérifiées avec précision. Des attestations erronées ou incomplètes, des inscriptions erronées au bilan ou des engagements négligés peuvent engager la responsabilité des gérants ainsi que celle de l'expert-réviseur chargé de l'attestation de vérification (art. 827 en relation avec les art. 754 s. CO). À cela s'ajoute l'obligation de remboursement prévue par le droit des sociétés : si un remboursement a été effectué sans respecter les conditions prévues à l'art. 795b CO, les associés bénéficiaires sont tenus de le restituer en vertu de l'art. 800 en relation avec l'art. 678, al. 1, CO. Depuis la révision du droit des sociétés anonymes, ce droit ne présuppose ni faute ni mauvaise foi de la part des bénéficiaires ; elle revient à la société et à chaque associée ou associé (art. 678, al. 4, CO), se prescrit conformément à l'art. 678a CO et, en cas de faillite de la société, s'applique par analogie à l'art. 757 CO (art. 678, al. 6, CO). Les sociétés et leurs directions ont donc tout intérêt à n'effectuer des remboursements qu'après avoir bénéficié d'un accompagnement juridique et économique rigoureux et à consigner soigneusement tous les documents.

12 Il convient en outre de tenir compte du droit d'action en annulation prévu aux art. 285 et suivants de la LP. Étant donné que le remboursement aux associés s'effectue sans contrepartie équivalente, c'est l'action en annulation pour cause de donation prévue à l'art. 286 de la LP qui prime ; lors d'actes en faveur de personnes proches – parmi lesquelles figurent régulièrement les

associés –, il incombe à la personne bénéficiaire de prouver qu'il n'existe pas de disproportion entre la prestation et la contrepartie (art. 286, al. 3, LP). Par ailleurs, l'action en annulation pour intention frauduleuse prévue à l'art. 288 LP peut également être envisagée. En revanche, l'action en annulation pour surendettement prévue à l'art. 287 LP ne s'applique qu'aux actes juridiques qui y sont énumérés de manière exhaustive et ne couvre généralement pas le remboursement en espèces d'un versement complémentaire. C'est précisément dans le cas de sociétés en situation de fragilité économique que la viabilité de ces remboursements au regard du droit de l'insolvabilité devrait donc toujours être vérifiée, afin d'éviter des annulations ultérieures. Le traitement fiscal des versements supplémentaires reste toutefois inchangé. Dès la procédure de consultation relative à l'avant-projet, une clarification législative de la qualification fiscale avait été demandée ; le législateur y a renoncé. Dans la pratique, la question se pose notamment de savoir si les versements supplémentaires effectués peuvent être qualifiés d'apports au sens du principe de l'apport de capital et si leur remboursement peut donc s'effectuer sans être soumis à l'impôt anticipé. Il est donc recommandé de procéder à une clarification fiscale préalable avant tout remboursement.

III. RÉACTIVATION DE L'OBLIGATION D'APPORT SUPPLÉMENTAIRE

13 Après un remboursement en bonne et due forme, l'**obligation d'apport supplémentaire est en principe réactivée**, pour autant que la base statutaire existe toujours et que les conditions prévues à l'art. 795a CO soient remplies. Le remboursement n'a donc **aucun effet libératoire définitif**, mais seulement un effet d'amortissement temporaire. Un nouveau recours à cette obligation n'est exclu que si l'obligation d'apport supplémentaire est réduite ou supprimée conformément à l'art. 795c CO. Cela suppose que le capital social et les réserves légales soient entièrement couverts (art. 795c, al. 1, CO). Sur le plan procédural, les dispositions relatives à la réduction du capital social s'appliquent par analogie (art. 795c, al. 2, CO), ce qui exige, outre la décision de modification des statuts, notamment une publication d'appel aux créanciers, une attestation de vérification et une inscription au registre du commerce.

BIBLIOGRAPHIE

Amstutz Marc/Chappuis Fernand/Gohari Ramin Silvan, in: Watter Rolf/Vogt Hans-Ueli (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 6. Aufl., Basel 2024 (zit. BSK).

Amstutz Marc/Gohari Ramin Silvan, in: Kren Kostkiewicz Jolanta et al. (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar zum schweizerischen Obligationenrecht, 4. Aufl., Zürich 2023 (zit. OFK).

Bernet Sandro/Schneuwly Anne Mirjam, in: Kren Kostkiewicz Jolanta et al. (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar zum schweizerischen Obligationenrecht, 4. Aufl., Zürich 2023 (zit. OFK).

Böckli Peter/Forstmoser Peter/Rapp Jean-Marc, Expertenbericht zum Vorentwurf für eine Reform des Rechts der Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Vernehmlassungsunterlagen vom April 1999, Bern.

Chappuis Fernand, Die Erweiterung der Einsatzmöglichkeiten von Nachschüssen im neuen schweizerischen GmbH-Recht, SJZ 103 (2007), S. 85-92 (zit. SJZ).

Chappuis Fernand/Jaccard Michel, in: Tercier Pierre/Trigo Trindade Rita/Canapa Damiano (Hrsg.), Commentaire Romand, Code des Obligations II, 3. Aufl., Basel 2024 (zit. CR).

Dörig Adrian/Glatthaar Matthias, in: Kren Kostkiewicz Jolanta et al. (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar zum schweizerischen Obligationenrecht, 4. Aufl., Zürich 2023 (zit. OFK).

Druey Jean Nicolas/Druey Just Eva/Glanzmann Lukas, Gesellschafts- und Handelsrecht, 12. Aufl., Zürich 2021.

Germann Sandro, Die personalistische Ag und GmbH, Diss. Zürich 2015.

Handschin Lukas/Truniger Christof, Die GmbH, Zürich 2019.

Jaccard Michel/Baruh Erol, Capital-risque et financement par étape (staged financing). De nouvelle perspectives suite à la révision du droit de la Sàrl ?, GesKR 3 (2007), S. 280-287.

Kägi Urs/Zweifel Linus/Wüstner Hanspeter, in: Watter Rolf/Vogt Hans-Ueli (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 6. Aufl., Basel 2024 (zit. BSK).

Keller Raphael, in: Wildhaber Isabelle/Häusermann Daniel/Honsell Heinrich (Hrsg.), Kurzkommentar Obligationenrecht, 2. Aufl., Basel 2025 (zit. KuKo).

Küng Manfred/Camp Raphael, GmbH-Recht, Kommentar, Zürich 2006 (zit. Küng/Camp).

Kunz Peter V., Grundpfeiler des Eigenkapitals: Kapitalaufbringung sowie Kapitalerhöhung, GesKR 2014, S. 52-62 (zit. GesKR).

Mayer Eduard, Die Nachschusspflicht im schweizerischen Recht der Handelsgesellschaften und Genossenschaften, Diss. Zürich 1944.

Meier-Hayoz Arthur/Forstmoser Peter, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 13. Aufl., Zürich 2023.

Montavon Pascal/Jabbour Ivan, Nachschüsse und Verpflichtungen in Form von Geld oder anderen Vermögenswerten der GmbH, TREX 2 (2023), S. 236-243 (zit. TREX).

Sethe Rolf/Lütolf Daniel, Das Pflichtengefüge im Falle der Unterkapitalisierung einer AG, ZSR 2018, S. 201-222 (zit. ZSR 2018).

Siffert Rino/Fischer Marc Pascal/Petrin Martin, in: Baker & McKenzie (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar, GmbH-Recht, Zürich 2008 (zit. SHK GmbH).

Staehelin Adrian/Bopp Lukas, in: Staehelin Daniel/Bauer Thomas/Lorandi Franco (Hrsg.), Basler Kommentar Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 3. Aufl., Basel 2021 (zit. BSK)

Sturny Thiemo/Trüeb Hans Rudolf, in: Roberto Vito/Trüeb Hans Rudolf (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 4. Aufl., 2024 Zürich (zit. CHK).

Theus Simoni Fabiana/Hauser Isabel/Bärtschi Harald, Handbuch Schweizer GmbH-Recht, 2019 Zürich.

ATTENTION : Cette version du commentaire est une traduction automatique de l'original. Le commentaire original est en allemand. La traduction a été faite avec www.deepl.com. Seule la version originale fait foi. La version traduite du commentaire ne peut pas être citée.

COMMENTAIRE

Art. 795c CO

Un commentaire de Anne Mirjam Schneuwly

PROPOSITION DE CITATION

Anne Mirjam Schneuwly, Commentaire de l'art. 795c CO, in: Lukas Müller (édit.), Commentaire en ligne du droit des obligations

Citation abrégée: OK-Schneuwly, art. 795c CO N. XXX.

4. Réduction

Art. 795*c*

[1] Une obligation statutaire d'effectuer des versements supplémentaires ne peut être réduite ou supprimée que si le capital social et les réserves légales sont entièrement couverts.

[2] Les dispositions concernant la réduction du capital social sont applicables par analogie.

TABLE DES MATIÈRES

I. Généralités et analyse systématique 517
II. Conditions de la réduction ou de la suppression 518
A. Conditions prévues à l'al. 1 518
1. Conditions relatives aux obligations d'apport complémentaire en vertu de l'art. 795a, al. 2, ch. 2, CO 519
2. Conditions relatives aux obligations d'apport complémentaire au sens de l'art. 795a, al. 2, ch. 3, CO 519
B. Procédure prévue à l'al. 2 520
1. Application par analogie des dispositions relatives à la réduction du capital ... 521
2. Étapes de la procédure 521
a. L'appel aux créanciers en particulier 522
b. L'attestation de vérification en particulier 524
c. L'inscription au registre du commerce en particulier 525
3. Procédure en cas de réduction et de suppression des obligations d'apport complémentaire en vertu de l'art. 795a, al. 2, ch. 2, CO 526
4. Procédure en cas de réduction et de suppression des obligations d'apport supplémentaire au sens de l'art. 795a, al. 2, ch. 3, CO 526
III. Rapport avec la réduction du capital 527
IV. Autres questions d'application 529
A. Champ d'application personnel : associés sortants 529
B. Droit transitoire 529
C. Obligations de versements supplémentaires dissimulées 529
D. Conséquences juridiques des vices de procédure 530
Bibliographie 530

I. GÉNÉRALITÉS ET ANALYSE SYSTÉMATIQUE

L'article 795c CO régit les conditions dans lesquelles une obligation d'apport supplémentaire prévue par les statuts peut être réduite ou supprimée. Cette disposition vise à **protéger les créanciers** et à empêcher que la société ne supprime les obligations d'apport complémentaire précisément lors d'une phase de difficultés financières, alors qu'elles revêtent une importance particulière en tant que substitut des fonds propres s'apparentant à une responsabilité. Les créanciers ne peuvent certes **pas faire valoir de droits directs à l'exigibilité** des apports supplémentaires – cette obligation s'applique exclusivement dans le cadre des relations internes entre la société et ses associés. Néanmoins, une obligation d'apport supplémentaire publiée au registre du commerce (art. 73, al. 1, let. j, ORC) peut **servir indirectement d'indicateur de solvabilité**. Dans la pratique, elle indique que les associés sont prêts à mettre à disposition des fonds supplémentaires en cas de besoin. Cela peut influencer positivement l'évaluation des risques, notamment lors de l'octroi de crédits ou de la conclusion d'engagements à long terme. 1

Dans ce contexte, l'obligation d'apport supplémentaire revêt une certaine **fonction de renforcement de la confiance**. Si elle est levée dans une situation économique critique, cela peut décevoir les créanciers dans leur évaluation de la solidité financière de la société – **bien qu'il n'en découle pour eux aucun droit subjectif au maintien de cette obligation**. Afin de tenir compte de cette tension, l'art. 795c CO subordonne la réduction du capital à la levée d'une restriction matérielle (al. 1) ainsi qu'à une procédure strictement formelle, calquée sur les dispositions relatives à la protection du capital en matière de réduction du capital (al. 2 en liaison avec l'art. 782, al. 4, CO et les art. 653j et suivants CO) . Il ne faut pas partir du principe que les dispositions relatives au marché des capitaux s'appliquent ici : selon la volonté expresse du législateur, la Sàrl n'est pas une forme juridique conçue pour la levée de fonds propres sur le marché des capitaux. 2

II. CONDITIONS DE LA RÉDUCTION OU DE LA SUPPRESSION

A. Conditions prévues à l'al. 1

3 L'art. 795c, al. 1, CO pose **une seule condition matérielle, inconditionnelle** : le capital social et les réserves légales doivent être entièrement couverts au moment de la décision. Selon son libellé, la disposition ne fait pas de distinction quant au motif d'appel de fonds prévu à l'art. 795a, al. 2, CO sur lequel repose l'obligation d'apport complémentaire. Elle s'applique donc de la même manière à toute réduction et à toute suppression – y compris lorsque les statuts subordonnent l'appel de fonds à un besoin de liquidités (ch. 2) ou à un besoin défini en fonds propres (ch. 3). La question de savoir s'il convient en outre de reconnaître des obstacles matériels **supplémentaires** est distincte de celle-ci ; elle sera examinée ci-après. Ce n'est pas un déficit au bilan au sens du droit comptable qui est déterminant, mais la couverture du capital social et des réserves légales. Ces deux éléments sont distincts : une société peut afficher un report de pertes tout en ayant intégralement couvert son capital social et ses réserves légales, pour autant que des réserves libres absorbent la perte. Il ne s'agit pas non plus de la perte de capital au sens de l'art. 725a CO, qui n'intervient qu'en cas de sous-couverture de la moitié du capital ; l'art. 795c, al. 1, CO s'applique nettement plus tôt. Par «réserves légales», il faut entendre la réserve légale de capital (art. 671 CO) et la réserve légale de bénéfices (art. 672 CO), chacune en liaison avec l'art. 801 CO ; les réserves libres ne sont pas prises en compte.

4 Il existe ainsi une symétrie avec l'art. 795a, al. 2, ch. 1, CO, qui se réfère au même seuil : tant que la somme du capital social et des réserves légales n'est plus couverte, des versements supplémentaires peuvent être exigés – par conséquent, l'obligation ne peut être levée précisément dans cette situation. Cette disposition a un effet préventif contre la remise en cause des intérêts des créanciers par des actes constitutifs statutaires en période de crise. La couverture doit être vérifiée sur la base d'un bilan conforme aux exigences des articles 958 et suivants CO et approuvé par l'assemblée générale (art. 804, al. 2, ch. 5, CO). Si la date de clôture du bilan remonte à plus de six mois au moment de la prise de décision, un bilan intermédiaire doit être établi (art. 653l CO par analogie ; art. 960f CO). La dissolution des réserves latentes n'est pas expressément prescrite ; selon l'opinion dominante, les réserves latentes

discrétionnaires doivent toutefois être dissoutes avant la réduction, à moins que des exceptions objectivement justifiées ne justifient leur maintien.

1. Conditions relatives aux obligations d'apport complémentaire en vertu de l'art. 795a, al. 2, ch. 2, CO

La condition de couverture prévue à l'art. 795c, al. 1, CO s'applique ici également sans restriction. Elle ne porte toutefois que sur la situation comptable, et non sur la situation de trésorerie. Selon le libellé, une suppression reste donc admissible même si la société est insolvable alors que son capital social et ses réserves légales sont formellement couverts – c'est-à-dire précisément dans la situation où l'art. 795a, al. 2, ch. 2, CO autoriserait l'exigibilité. Cette lacune d'appréciation constitue le véritable point faible de la norme. 5

La doctrine préconise donc de reconnaître, pour la réduction et la suppression des obligations d'apport complémentaire au sens du ch. 2, une restriction matérielle allant au-delà de celle prévue à l'al. 1. Il convient de suivre cette approche : tant qu'il existe un manque de liquidités significatif et qu'aucun financement alternatif n'est assuré, l'obligation d'apport complémentaire ne peut être supprimée. Dans le cas contraire, les intérêts des créanciers pourraient être compromis et les obligations des organes de la société pourraient être violées. Une réduction ou une suppression illicite peut notamment entraîner une responsabilité pour **faute** au sens de l'art. 827 en relation avec l'art. 754 CO – en particulier si la société reste ou devient insolvable en raison de la suppression de l'obligation d'apport supplémentaire. 6

2. Conditions relatives aux obligations d'apport complémentaire au sens de l'art. 795a, al. 2, ch. 3, CO

En ce qui concerne les obligations d'apport complémentaire au sens de l'art. 795a, al. 2, ch. 3, CO, une définition explicite de l'objet dans les statuts est requise. L'exigence d'apports complémentaires affectés à un objet précis est soumise à des conditions matérielles strictes : elle n'est admissible que si l'objectif défini présente un caractère d'urgence objective et qu'aucun autre moyen de financement raisonnable n'est disponible. Dans le cas contraire, cela risquerait d'entraîner une charge disproportionnée, notamment à la charge des associés minoritaires. Un recours arbitraire ou opportuniste serait contraire au principe de l'exercice modéré du droit (art. 2 CC). 7

8 Si cet objectif est objectivement atteint ou abandonné – par exemple parce qu'une acquisition prévue n'est plus poursuivie –, l'exigibilité disparaît de facto. Néanmoins, une réduction ou une suppression formelle de l'obligation d'apport supplémentaire peut s'avérer nécessaire afin d'assurer la clarté juridique vis-à-vis des associés et des tiers et de maintenir l'exactitude matérielle de l'inscription au registre du commerce. Ici aussi, la condition de couverture prévue à l'art. 795c, al. 1, CO s'applique sans restriction. En revanche, une **barrière** matérielle supplémentaire n'est pas nécessaire – contrairement au point 2. La raison en tient à la fonction de l'obligation d'apport supplémentaire affectée à un but précis : il ne s'agit pas d'une mesure d'assainissement réactive, mais d'une option de financement liée à un projet. Si la finalité statutaire vient à disparaître, il n'existe aucun intérêt digne de protection justifiant son maintien qui aille au-delà de ce que garantissent déjà l'al. 1 et la procédure prévue à l'al. 2.

B. Procédure prévue à l'al. 2

9 La réduction ou la suppression d'une obligation d'apport supplémentaire prévue par les statuts constitue une modification des statuts et doit être décidée par l'assemblée des associés, authentifiée par un acte authentique et inscrite au registre du commerce (art. 780 CO ; art. 73, al. 1, let. j, ORC). La loi ne se prononce pas sur la majorité requise. L'art. 808b, al. 1, CO ne mentionne pas la réduction ou la suppression de l'obligation d'apport supplémentaire – pas plus que la réduction du capital social. C'est donc la majorité absolue des voix représentées qui s'applique (art. 808 CO), sauf disposition contraire des statuts (art. 808b, al. 2, CO). Cette solution nécessite quelques explications, car l'**introduction ou l'extension** a posteriori d'une obligation d'apport supplémentaire au sens de l'art. 797 CO présuppose le consentement de tous les associés concernés. Cette asymétrie se justifie par le fait que la réduction décharge les associés et que la protection des créanciers n'est pas garantie par le quorum de décision, mais par l'al. 1 et la procédure prévue à l'al. 2.

10 Il convient toutefois de respecter le principe d'égalité de traitement (art. 813 CO). Si l'obligation d'effectuer des versements supplémentaires n'est liée qu'à certaines parts sociales ou si elle n'est réduite que partiellement, une exonération inégale doit être justifiée par des motifs objectifs ; dans le cas contraire, la décision est susceptible de contestation (art. 808c CO en relation avec l'art. 706, al. 2, ch. 3, CO).

Conformément à l'art. 795c, al. 2, CO, la procédure s'aligne par analogie sur les dispositions relatives à la réduction du capital (art. 782, al. 4, en liaison avec les art. 653j et suivants CO). La raison pour laquelle une procédure de protection complète est requise réside dans l'**effet indirect de protection des créanciers** de l'obligation d'apport supplémentaire : celle-ci renforce les fonds propres, assure la pérennité de la société et contribue ainsi indirectement au paiement des créances des créanciers. Par conséquent, les dispositions relatives à la simple modification des statuts ne suffisent pas – pas même en cas de réduction partielle, pour laquelle la procédure complète doit également être suivie. 11

1. Application par analogie des dispositions relatives à la réduction du capital

Al. 2, du CO renvoie par analogie aux dispositions relatives à la réduction ordinaire du capital prévues à l'art. 782, al. 4, en liaison avec les art. 653j et suivants du CO. Il convient de noter à cet égard que la réduction ou la suppression de l'obligation d'apport supplémentaire ne constitue pas une réduction de capital au sens technique du terme, mais une modification d'une obligation statutaire des associés envers la société, sans rapport avec le capital nominal. L'application des règles relatives à la réduction de capital s'effectue donc de manière fonctionnelle, et non schématique. L'application par analogie se limite à la réduction ordinaire du capital prévue aux articles 653j à 653o CO. La procédure simplifiée visant à remédier à un déficit de bilan (art. 653p CO) est exclue, car elle présuppose une couverture insuffisante du capital – c'est-à-dire précisément la situation que l'art. 795c, al. 1, CO exclut. L'art. 653q CO (réduction avec augmentation simultanée) n'entre pas non plus en ligne de compte, car l'obligation d'apport supplémentaire ne concerne pas un capital nominal susceptible d'être augmenté à nouveau. La réduction dans la fourchette de capital (art. 653s et suivants CO) n'est pas seulement exclue en vertu d'une application par analogie : en droit en vigueur, la Sàrl ne dispose tout simplement pas de la fourchette de capital ; le renvoi de l'art. 782, al. 4, CO ne s'y applique pas. 12

2. Étapes de la procédure

La procédure est une procédure de protection des créanciers à effet constitutif. Elle comprend notamment : 13

(1) un **bilan intermédiaire**, dans la mesure où la date de clôture du bilan remonte à plus de six mois au moment de la prise de décision (art. 653l CO par analogie) ;

(2) l'**appel aux créanciers** par publication **unique** au FOSC ; les créanciers peuvent, dans un délai de 30 jours à compter de la publication, exiger des garanties lors de la déclaration de leurs créances (art. 653k, al. 1 et 2, CO par analogie) ;

(3) l'attestation de vérification émanant d'une société d'audit soumise à la surveillance de l'État ou d'un expert-réviseur agréé, fondée sur les comptes et le résultat de l'appel aux créanciers (art. 653m, al. 1, CO par analogie ; art. 55, al. 1, let. c, ORC) ;

(4) la décision de l'assemblée générale consignée dans un acte authentique (art. 653n CO par analogie ; art. 780 CO) ;

(5) l'acte de constatation des gérants attestant le respect des règles de procédure, avec désignation détaillée des pièces justificatives sur lesquelles il se fonde (art. 653o, al. 1 et 2, CO par analogie) ;

(6) la demande d'inscription auprès de l'office du registre du commerce, accompagnée des pièces justificatives prévues à l'article 81 en liaison avec les articles 77 et 55, al. 1, de l'ORC, à savoir les deux actes authentiques, l'attestation de vérification et les statuts modifiés.

14 La question reste ouverte de savoir si le délai de forclusion prévu à l'art. 653j, al. 4, CO s'applique par analogie, selon lequel la décision devient caduque si elle n'est pas déclarée en vue de son inscription dans un délai de six mois. Étant donné que le renvoi de l'art. 795c, al. 2, CO couvre la procédure dans son ensemble et que le délai sert à garantir l'actualité de l'attestation de vérification, il convient de répondre par l'affirmative à cette question. Dans la pratique, ce délai doit être respecté jusqu'à ce que la Cour suprême se soit prononcée. Le délai de 30 jours prévu à l'art. 653k, al. 2, de la CO fait foi.

a. L'appel aux créanciers en particulier

15 L'appel aux créanciers prévu par l'art. 795c CO sert à informer les créanciers de la réduction ou de la suppression prévue de l'obligation d'apport supplémentaire et à leur donner la possibilité de faire valoir leurs créances et, le cas échéant, d'exiger des garanties (cf. art. 653k CO par analogie). La

publication a lieu une seule fois dans la FOSC ; le délai pour la déclaration des créances et la demande de garantie est de 30 jours à compter de la publication (art. 653k, al. 2, CO). Une notification directe supplémentaire aux créanciers connus est autorisée, mais n'est pas obligatoire. L'obligation de garantie tombe si la société s'acquitte de la créance ou prouve que son paiement n'est pas compromis ; si l'attestation de vérification est disponible, cela est présumé (art. 653k, al. 3, CO).

16 Amstutz, Chappuis et Gohari remettent à juste titre en question la pertinence de l'appel aux créanciers au sens de l'art. 653k CO en cas de réduction ou de suppression de l'obligation d'apport supplémentaire. Alors que, en droit des sociétés anonymes, l'appel aux créanciers sert à garantir les créances existantes des créanciers, cet objectif est systématiquement manqué dans le cas des obligations d'apport supplémentaire : celles-ci ne constituent pas des créances de créanciers, mais sont des obligations de prestation purement internes à la société qui incombent aux associés. On peut certes faire valoir que, dans certaines circonstances, les obligations d'apport supplémentaire déploient un effet indirect de protection des créanciers, en permettant à la société de compenser ses pertes et de stabiliser sa situation financière – ce qui, à son tour, garantit le paiement des créances. Cet effet protecteur est toutefois déjà assuré par la limite matérielle prévue à l'art. 795c, al. 1, CO. De même, selon l'avis défendu ici, un manque de liquidités persistant s'oppose à une réduction du capital. Dans ce contexte, l'appel aux créanciers semble superflu dans de nombreux cas.

17 Une comparaison systématique avec l'article 795b CO ne contredit toutefois pas cette conclusion, mais l'explique. L'art. 795b CO exige, pour le remboursement des apports supplémentaires effectués, une couverture par des fonds propres librement disponibles et donc un excédent par rapport au capital social et aux réserves légales. L'art. 795c, al. 1, CO se contente en revanche de leur couverture intégrale, c'est-à-dire du seuil zéro. La restriction matérielle prévue à l'art. 795b CO est donc plus stricte, et non pas tout aussi stricte. À cela s'ajoute une différence de fond : l'art. 795b CO concerne une sortie effective de fonds, tandis que l'art. 795c CO concerne l'annulation définitive d'un droit sans sortie de fonds. Le législateur a ainsi procédé à un ajustement réglementaire : là où la limite matérielle est moins stricte, il renforce la protection procédurale, et inversement. On ne saurait donc parler d'incohérence entre les articles 795b et 795c CO. La critique à l'égard de

l'appel aux créanciers doit plutôt se fonder uniquement sur le fait que l'obligation d'apport supplémentaire ne constitue pas une créance au sens de l'art. 653k CO et que l'appel aux créanciers ne peut atteindre son objectif réglementaire – à savoir garantir les créances existantes dont la couverture est réduite par la mesure – dans le cas d'une obligation de prestation purement interne à la société. Cette objection se suffit à elle-même ; de lege ferenda, il conviendrait d'envisager une limitation à l'attestation de vérification.

b. L'attestation de vérification en particulier

18 L'attestation de vérification prévue à l'art. 653m CO fait partie, en droit des sociétés anonymes, du mécanisme de protection en cas de réduction ordinaire du capital. Elle sert à garantir que les créances des créanciers connus et déclarés restent intégralement couvertes malgré la réduction prévue. L'objet de l'attestation visée à l'art. 653m, al. 1, CO est exclusivement la couverture intégrale des créances des créanciers, sur la base de la clôture et du résultat de l'appel aux créanciers. Il convient de distinguer cela de la preuve que la condition matérielle prévue à l'art. 795c, al. 1, CO – la couverture du capital social et des réserves légales – est remplie. La loi n'attribue pas cette preuve à l'expert-réviseur ; elle incombe aux gérants et doit être documentée par analogie dans l'acte de constatation prévu à l'art. 653o CO. Dans la pratique, il est recommandé de regrouper ces deux déclarations dans la même attestation ; sur le plan juridique, il s'agit toutefois de deux objets de contrôle distincts. Dans le cas d'une société ayant opté pour l'« opting-out », la réglementation en matière de révision est à nouveau quelque peu différente (art. 727a, al. 2, CO en relation avec l'art. 818, al. 1, CO). Elle ne dispose pas d'un organe de révision, mais doit néanmoins faire appel à un expert-réviseur agréé pour la procédure prévue à l'art. 795c CO. À l'inverse, tout associé soumis à l'obligation d'apport supplémentaire peut, en vertu de l'art. 818, al. 2, CO, exiger un contrôle ordinaire. Ce droit leur est reconnu jusqu'à l'inscription de la dissolution au registre du commerce ; il s'éteint ensuite en raison de la disparition de l'obligation d'apport supplémentaire. Dans le contexte de l'art. 795c CO, cette règle n'est appliquée que par analogie, ce qui tient compte du fait que l'obligation d'apport supplémentaire n'a pas d'effet direct à l'égard des tiers. Elle ne constitue pas une obligation d'apport de capital, mais une obligation de prestation interne à la société, dont l'objectif premier réside dans la stabilisation de la structure financière. Elle n'a qu'un effet indirect de protection des créanciers.

L'application par analogie des dispositions relatives à la réduction de capital exige donc à la fois : l'appel aux créanciers au sens de l'art. 653k CO et l'attestation de vérification au sens de l'art. 653m CO. Leur portée reste toutefois limitée à la couverture des créanciers ; la loi ne prévoit pas de confirmation de la condition matérielle prévue à l'art. 795c, al. 1, CO, et celle-ci ne peut, tout au plus, être jointe à titre facultatif. Il en va de même, de lege lata, pour les obligations d'apport supplémentaire affectées à un usage déterminé au sens de l'art. 795a, al. 2, ch. 3, CO ; la question de savoir si cela est approprié sera examinée ci-après. 19

Le parallélisme avec la réduction ordinaire du capital est prescrit par la loi et doit être respecté de lege lata. Il n'est pas non plus incohérent : comme nous l'avons montré, la procédure plus stricte compense la barrière matérielle plus faible par rapport à l'article 795b CO. Seule reste critiquable la reprise de l'appel aux créanciers, dont l'objectif réglementaire est sans effet dans le cas d'une obligation interne. De lege ferenda, il conviendrait donc d'envisager de limiter l'art. 795c, al. 2, CO à l'attestation de vérification, à l'authentification et à l'inscription au registre du commerce. 20

c. L'inscription au registre du commerce en particulier

Les statuts doivent dans tous les cas être adaptés, car la réduction, tout comme la suppression, porte sur leur fondement. L'art. 81 ORC soumet expressément la réduction **et** la suppression d'une obligation statutaire d'apport supplémentaire à la même procédure : l'art. 77 ORC s'applique par analogie, lequel renvoie à son tour à l'art. 55 ORC. Il convient donc, dans les deux cas, de déclarer et de déposer l'acte authentique relatif à la décision de l'assemblée générale, l'acte authentique relatif aux constatations des gérants, l'attestation de vérification et les statuts modifiés (art. 55, al. 1, let. a à d, ORC par analogie). 21

Il serait erroné de supposer qu'une simple réduction partielle ne soit pas soumise à inscription, au motif que, conformément à l'art. 73, al. 1, let. j, ORC, le registre du commerce ne contient qu'une référence à la description détaillée figurant dans les statuts, mais pas le montant. D'une part, l'art. 81 ORC prescrit la déclaration pour ces deux opérations. D'autre part, selon l'art. 73, al. 1, let. e, ORC, la **date des statuts** est un fait soumis à inscription ; toute modification des statuts entraîne donc obligatoirement une déclaration et une inscription au registre du commerce. 22

23 En ce qui concerne le contenu de l'inscription au registre du commerce, la liste figurant à l'article 55, al. 3, de l'ORC ne s'applique que de manière limitée, car il n'est question ni d'un montant de réduction, ni d'une valeur nominale, ni d'un nombre de parts. Il convient donc d'inscrire la nouvelle date des statuts (art. 73, al. 1, let. e, ORC) ainsi que – en cas de suppression totale – la radiation de la mention prévue à l'art. 73, al. 1, let. j, ORC. En cas de réduction partielle seulement, la mention est maintenue et seule la date des statuts est modifiée.

24 L'office du registre du commerce vérifie, dans le cadre de l'art. 937 CO, si les conditions légales sont remplies et si les pièces justificatives sont complètes. En l'absence d'avis de créances ou d'attestation de vérification, la demande doit être rejetée. L'office ne vérifie pas de sa propre initiative la condition matérielle prévue à l'art. 795c, al. 1, CO ; il peut se fonder sur l'acte de constatation et l'attestation de vérification.

3. Procédure en cas de réduction et de suppression des obligations d'apport complémentaire en vertu de l'art. 795a, al. 2, ch. 2, CO

25 La procédure prévue à l'al. 2 doit être menée indépendamment du motif de l'exigibilité ; l'art. 795c, al. 2, CO ne fait pas de distinction à cet égard. Pour les obligations d'apport complémentaire au sens de l'art. 795a, al. 2, ch. 2, CO, la procédure à suivre est donc la même que dans le cas de base : comptes intermédiaires si nécessaire, appel aux créanciers avec un délai de déclaration de 30 jours, attestation de vérification, double authentification et inscription au registre. À cela s'ajoute la restriction matérielle supplémentaire justifiée ci-dessus : tant qu'un manque de liquidités pertinent persiste, la réduction ou la suppression est interdite, même si le capital social et les réserves légales sont formellement couverts.

4. Procédure en cas de réduction et de suppression des obligations d'apport supplémentaire au sens de l'art. 795a, al. 2, ch. 3, CO

26 Même dans le cas d'obligations d'apport supplémentaires affectées à un but précis au sens de l'art. 795a, al. 2, ch. 3, CO, l'art. 795c, al. 2, CO exige la procédure complète de réduction. Cela vaut même lorsque le but défini dans les statuts a objectivement cessé d'exister et que l'obligation ne peut plus, de fait, être exigée.

Dans la pratique, on peut se demander si une mise en demeure ou une attestation de vérification présente encore une utilité fonctionnelle dans de telles configurations. L'obligation d'apport supplémentaire affectée à un but précis est conçue comme un instrument de **financement interne** et ne produit aucun effet à l'égard des tiers. Avec la disparition du but statutaire, l'exigibilité disparaît de facto ; le fondement de la responsabilité est ainsi déjà dévalorisé avant même qu'une décision de suppression ne soit prise. La suppression formelle ne prive donc plus les créanciers de quoi que ce soit qu'une procédure de protection pourrait encore garantir – ce qui rend également discutable l'utilité d'une attestation de vérification. **De lege lata**, une renonciation est néanmoins exclue : la dissolution ne peut intervenir par une simple décision statutaire sans appel aux créanciers ni attestation de vérification. Les al. 1 et 2 de l'art. 795c CO s'appliquent de manière absolue et ne font pas de distinction selon le motif de l'exigibilité. **De lege ferenda**, il conviendrait en revanche d'envisager, en cas de disparition objective et avérée du but statutaire, de renoncer à la publication d'appel aux créanciers et à l'attestation de vérification, et d'autoriser la dissolution par simple modification des statuts. Le principe de proportionnalité plaide en ce sens : sans possibilité de recouvrement, l'obligation n'a plus de valeur en matière de responsabilité qu'une procédure de protection des créanciers pourrait garantir. 27

III. RAPPORT AVEC LA RÉDUCTION DU CAPITAL

Une problématique particulière se pose lorsque le **capital social de la société est réduit**. Étant donné que l'obligation d'apport supplémentaire est toujours liée aux parts sociales (art. 795 CO), la question se pose de savoir si, et dans quelle mesure, une réduction du capital entraîne un ajustement automatique de cette obligation. 28

Si l'obligation d'apport supplémentaire est définie comme un **pourcentage de la valeur nominale** d'une part sociale (par exemple « jusqu'au double de la valeur nominale »), on suppose parfois une réduction automatique en cas de diminution de la valeur nominale : le rapport serait maintenu et l'obligation d'apport supplémentaire diminuerait proportionnellement au capital social. 29

Si, en revanche, l'obligation d'apport complémentaire est formulée **en montants absolus** (par exemple « 10 000 CHF par part »), il n'y a **pas d'ajustement automatique** à la suite de la réduction du capital. Une 30

réduction distincte de l'obligation d'apport complémentaire est alors nécessaire dans le cadre de la procédure formelle prévue à l'art. 795c CO. Dans le cas contraire, la base de responsabilité supplémentaire est maintenue dans son intégralité, ce qui peut être judicieux du point de vue des créanciers, mais pourrait aller à l'encontre de la volonté des associés.

31 Cette distinction n'est toutefois qu'apparente. Même en cas de lien proportionnel, aucune réduction automatique n'intervient. L'obligation d'apport supplémentaire repose sur une disposition statutaire dont la modification est soumise à des conditions propres à l'art. 795c CO ; une adaptation tacite dans le cadre de la réduction de capital reviendrait à contourner la procédure de protection des créanciers. Une décision distincte est donc toujours requise, conformément à la procédure prévue à l'al. 2 – même lorsque les statuts prévoient expressément ce lien. La différence entre une formulation en pourcentage et une formulation absolue n'a donc aucune incidence sur la procédure, mais uniquement sur la question du montant que la décision de réduction doit fixer.

32 Il convient en outre de tenir compte du plafond impératif prévu à l'art. 795, al. 2, CO : l'obligation d'apport supplémentaire liée à une part sociale ne peut dépasser le double de sa valeur nominale. Si la valeur nominale est réduite et que l'obligation d'apport supplémentaire est définie en montant absolu, celle-ci peut dépasser cette limite a posteriori. Une obligation d'ajustement naît alors indépendamment de la volonté des associés. Selon l'interprétation de l'art. 6 de la loi complémentaire relative à la modification du 16 décembre 2005, selon laquelle les obligations d'apport supplémentaire excessives relevant de l'ancien droit restent valables et ne peuvent être réduites que dans le cadre de la procédure prévue à l'art. 795c CO, l'excédent ne disparaît pas ipso jure ; il faut au contraire une décision de réduction prise dans le cadre d'une procédure ordinaire. En pratique, cela signifie qu'il faut coordonner la réduction de la valeur nominale et l'ajustement de l'obligation d'apport supplémentaire.

33 À l'inverse, l'art. 782, al. 3, CO subordonne la réduction du capital social visant à éliminer un déficit résultant de pertes à la condition que les apports supplémentaires statutaires aient été intégralement versés. Ainsi, dans une société présentant un déficit, ces deux voies s'excluent mutuellement : l'obligation d'apport supplémentaire ne peut être supprimée, car le capital social et les réserves légales ne sont pas couverts (art. 795c, al. 1, CO) ; le

déficit ne peut être résorbé sur le plan comptable avant que les apports supplémentaires ne soient versés (art. 782, al. 3, CO). Il en résulte un ordre impératif : mise en demeure et versement des apports supplémentaires, puis réduction du capital, puis, le cas échéant, réduction ou suppression de l'obligation d'apport supplémentaire. Cette obligation de versement préalable empêche une société de se soustraire à une obligation d'apport supplémentaire déjà existante par une simple correction du bilan.

IV. AUTRES QUESTIONS D'APPLICATION

A. Champ d'application personnel : associés sortants

Conformément à l'art. 795d, al. 1, CO, l'obligation d'apport supplémentaire des associés sortants subsiste pendant trois ans ; selon l'al. 4, elle ne peut être prolongée. À l'inverse, ils bénéficient d'une réduction ou d'une suppression conformément à l'art. 795c CO ; les travaux préparatoires le précisent expressément. La décision s'applique donc au-delà du cercle actuel des associés. La date de prise d'effet, c'est-à-dire celle de l'inscription au registre du commerce, est déterminante ; les apports supplémentaires déjà exigés et devenus exigibles restent dus. 34

B. Droit transitoire

Conformément à l'art. 6 de la loi d'application relative à la modification du 16 décembre 2005, les obligations d'apports supplémentaires relevant de l'ancien droit qui dépassent le plafond fixé à l'art. 795, al. 2, CO restent valables ; elles ne peuvent être réduites que dans le cadre de la procédure prévue à l'art. 795c CO. Pour les sociétés constituées avant le 1er janvier 2008, il s'agit là du cas d'application le plus significatif de cette disposition sur le plan pratique. 35

C. Obligations de versements supplémentaires dissimulées

En vertu de l'art. 796, al. 4, CO, les obligations statutaires de verser de l'argent ou de fournir d'autres valeurs patrimoniales sont soumises aux dispositions relatives aux apports supplémentaires lorsqu'aucune contrepartie appropriée n'est prévue et que leur exigence vise à couvrir les besoins en fonds propres. De telles clauses, équivalentes sur le plan fonctionnel, relèvent donc également de l'art. 795c CO : leur suppression nécessite la procédure 36

complète. Cette disposition vise à empêcher tout contournement et doit être prise en compte lors de l'examen des modifications des statuts.

D. Conséquences juridiques des vices de procédure

37 Si la procédure prévue à l'al. 2 n'est pas respectée, la décision de l'assemblée générale est susceptible de contestation en vertu de l'art. 808c CO, en liaison avec les art. 706 et suivants CO. La nullité peut être envisagée en vertu de l'art. 706b, ch. 3, CO, dans la mesure où la décision enfreint les dispositions relatives à la protection du capital. C'est le cas lors d'une réduction ou d'une suppression contraire à la limite matérielle prévue à l'art. 795c, al. 1, CO ; en revanche, le simple non-respect de certaines étapes de la procédure prévue à l'al. 2 entraîne la contestabilité. L'inscription au registre du commerce ne remédie pas à ce vice. Si les gérants manquent à leurs obligations lors de la préparation ou de l'exécution, ils engagent leur responsabilité en vertu de l'art. 827 en relation avec l'art. 754 CO ; il en va de même pour l'expert-réviseur auquel il a été fait appel (art. 827 en relation avec l'art. 755 CO).

BIBLIOGRAPHIE

Amstutz Marc/Büchi Raffael/Drenhaus Mark, in: Roberto Vito/Trüeb Hans Rudolf (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 4. Aufl., 2024 Zürich (zit. CHK).

Amstutz Marc/Chappuis Fernand/Gohari Ramin Silvan, in: Watter Rolf/Vogt Hans-Ueli (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 6. Aufl., Basel 2024 (zit. BSK).

Bernet Sandro/Schneuwly Anne Mirjam, in: Kren Kostkiewicz Jolanta et al. (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar zum schweizerischen Obligationenrecht, 4. Aufl., Zürich 2023 (zit. OFK).

Böckli Peter, Schweizer Aktienrecht, 5. Aufl., Zürich 2022 (zit. Aktienrecht).

Böckli Peter, Das neue schweizerische GmbH-Recht – was ist wirklich neu? Eine Übersicht, in: Böckli Peter/Forstmoser Peter (Hrsg.), Das neue schweizerische GmbH-Recht, Zürich 2006, S. 1-43.

Böckli Peter/Forstmoser Peter/Rapp Jean-Marc, Expertenbericht zum Vorentwurf für eine Reform des Rechts der Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Vernehmlassungsunterlagen vom April 1999, Bern.

Chappuis Fernand, Die Erweiterung der Einsatzmöglichkeiten von Nachschüssen im neuen schweizerischen GmbH-Recht, SJZ 103 (2007), S. 85-92 (zit. SJZ).

Chappuis Fernand/Jaccard Michel, in: Tercier Pierre/Trigo Trindade Rita/Canapa Damiano (Hrsg.), Commentaire Romand, Code des Obligations II, 3. Aufl., Basel 2024 (zit. CR).

Druey Jean Nicolas/Druey Just Eva/Glanzmann Lukas, Gesellschafts- und Handelsrecht, 12. Aufl., Zürich 2021.

Germann Sandro, Die personalistische AG und GmbH, Diss. Zürich 2015.

Handschin Lukas/Truniger Christof, Die GmbH, Zürich 2019.

Jaccard Michel/Baruh Erol, Capital-risque et financement par étape (staged financing). De nouvelle perspectives suite à la révision du droit de la Sàrl ?, GesKR 3 (2007), S. 280-287.

Keller Raphael, in: Wildhaber Isabelle/Häusermann Daniel/Honsell Heinrich (Hrsg.), Kurzkommentar Obligationenrecht, 2. Aufl., Basel 2025 (zit. KuKo).

Kunz Peter V., Grundpfeiler des Eigenkapitals: Kapitalaufbringung sowie Kapitalerhöhung, GesKR 2014, S. 52-62 (zit. GesKR).

Mayer Eduard, Die Nachschusspflicht im schweizerischen Recht der Handelsgesellschaften und Genossenschaften, Diss. Zürich 1944.

Meier-Hayoz Arthur/Forstmoser Peter, Schweizerisches Gesellschaftsrecht: mit neuen Aktien- und Handelsregisterrecht, 13. Aufl., Zürich 2023.

Montavon Pascal/Jabbour Ivan, Nachschüsse und Verpflichtungen in Form von Geld oder anderen Vermögenswerten der GmbH, TREX 2 (2023), S. 236-243 (zit. TREX).

Müller Lukas, in: Kren Kostkiewicz Jolanta et al. (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar zum schweizerischen Obligationenrecht, 4. Aufl., Zürich 2023 (zit. OFK).

Sethe Rolf/Lütolf Daniel, Das Pflichtengefüge im Falle der Unterkapitalisierung einer AG, ZSR 2018, S. 201-222 (zit. ZSR 2018).

Siffert Rino/Fischer Marc Pascal/Petrin Martin, in: Baker & McKenzie (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar, GmbH-Recht, Zürich 2008 (zit. SHK).

Sturny Thiemo/Trüeb Hans Rudolf, in: Roberto Vito/Trüeb Hans Rudolf (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 4. Aufl., 2024 Zürich (zit. CHK).

Theus Simoni Fabiana/Hauser Isabel/Bärtschi Harald, Handbuch Schweizer GmbH-Recht, 2019 Zürich.

ATTENTION : Cette version du commentaire est une traduction automatique de l'original. Le commentaire original est en allemand. La traduction a été faite avec www.deepl.com. Seule la version originale fait foi. La version traduite du commentaire ne peut pas être citée.

COMMENTAIRE

Art. 710 CO

Un commentaire de Nicolas Facincani / Lukas Gayler / Francesco Struppa

PROPOSITION DE CITATION

Nicolas Facincani/Lukas Gayler/Francesco Struppa, Commentaire de l'art. 710 CO, in: Lukas Müller (édit.), Commentaire en ligne du droit des obligations

Citation abrégée: OK-Facincani/Gayler/Struppa, art. 710 CO N. XXX.

3. Durée des fonctions

Art. 710

[1] La durée des fonctions des membres du conseil d'administration d'une société dont les actions sont cotées en bourse s'achève au plus tard à la fin de l'assemblée générale ordinaire suivante. Les membres sont élus individuellement.

[2] Lorsque les actions de la société ne sont pas cotées en bourse, la durée des fonctions est de trois ans, pour autant que les statuts n'en disposent pas autrement; cette durée ne peut toutefois pas être supérieure à six ans. Les membres sont élus individuellement à moins que les statuts n'en disposent autrement ou que le président de l'assemblée générale n'en décide autrement, avec l'accord de tous les actionnaires représentés.

[3] La réélection est possible.

TABLE DES MATIÈRES

I. Principaux axes réglementaires 536
A. Contenu 536
B. Durée du mandat 536
C. Règles relatives à l'élection 537
D. Réélection 538
E. Durée du mandat du président et des comités 541
II. Absence du conseil d'administration 542
III. Révocation d'un membre du conseil d'administration 544
A. Révocation 544
B. Démission 545
C. Autres possibilités 545
D. Date d'entrée en vigueur de la démission 545
IV. Rapport juridique entre le conseil d'administration et la SA 546
A. Naissance 546
B. Nature juridique 547
C. Rémunération 547
Bibliographie 548
Rechtsprechungsverzeichnis 550

I. PRINCIPAUX AXES RÉGLEMENTAIRES

A. Contenu

1 Avec la révision du 19 juin 2020, l'art. 710 CO instaure de nouvelles règles concernant la **durée du mandat et l'élection des membres du conseil d'administration**, tant pour les sociétés cotées en bourse que pour celles qui ne le sont pas. Comme auparavant, la réélection reste toutefois autorisée dans les deux cas.

B. Durée du mandat

2 Pour les sociétés dont les actions **sont cotées en bourse**, le mandat commence dès que le membre du conseil d'administration élu a accepté son élection et prend fin au plus tard à l'issue de la prochaine assemblée générale ordinaire. Une durée de mandat plus courte est autorisée, tandis qu'une durée plus longue est exclue en vertu de l'art. 95, al. 3, let. a, de la Constitution fédérale. En règle générale, cela conduit à une élection annuelle. Cette limitation dans le temps comporte toutefois des risques. Elle pourrait notamment inciter les membres du conseil d'administration à adopter une vision à court terme, ce qui risquerait de nuire à une gestion durable et tournée vers l'avenir.

3 Pour les sociétés dont les **actions ne sont pas cotées en bourse**, le mandat commence également dès l'acceptation de l'élection. Contrairement aux sociétés cotées en bourse, la durée du mandat prévue par la loi est toutefois de trois ans. Les statuts peuvent modifier cette durée, sans toutefois dépasser six ans.

4 Une fois acceptée, la période de mandat s'étend en règle générale d'une AG à l'autre. Elle commence à la date de l'AG qui a procédé à l'élection et prend fin à la *clôture* de l'AG ordinaire qui suit l'expiration de l'exercice social pour lequel l'élection a eu lieu. Le conseil d'administration en fonction a ainsi la possibilité de tenir l'AG. Ce lien avec l'assemblée générale ne s'applique toutefois que si celle-ci se tient dans le délai prévu à l'art. 699, al. 2, CO ; dans le cas contraire, la N. 5 s'applique.

5 Si, pour quelque raison que ce soit, un membre du conseil d'administration n'est ni destitué ni réélu et continue d'exercer ses fonctions, cela ne vaut pas

prolongation tacite de son mandat. Une telle prolongation est exclue. Dans ces cas, le mandat du membre du conseil d'administration prend fin à l'expiration du sixième mois suivant la clôture de l'exercice concerné. Quiconque continue néanmoins d'exercer ses fonctions ne redevient pas pour autant un organe formel ; en fonction de l'activité effective, une qualification en tant qu'organe de fait peut être envisagée, sachant que, selon la jurisprudence, il s'agit avant tout d'un élément constitutif de responsabilité et non d'une base pour l'exercice de pouvoirs d'organe.

Si un membre du conseil d'administration se retire et que cela compromet le quorum de la société ou que celui-ci n'est plus atteint, le conseil d'administration restant doit convoquer une assemblée générale extraordinaire en vue d'élections complémentaires. Si le seul membre du conseil d'administration ou l'ensemble du conseil d'administration démissionne sans donner à la société la possibilité de se doter d'un nouveau conseil d'administration, le conseil d'administration démissionnaire commet une violation de son devoir de diligence et de loyauté au sens de l'article 717 CO. 6

C. Règles relatives à l'élection

Dans les sociétés cotées en bourse, tous les membres du conseil d'administration doivent être élus individuellement, conformément à l'art. 710, al. 1, CO. Cette disposition renforce la transparence et l'obligation de rendre des comptes de chaque membre du conseil d'administration. Les actionnaires peuvent ainsi évaluer de manière plus ciblée les performances individuelles de chaque membre et se prononcer plus éclairés sur la composition de cet organe. Cela peut favoriser une gestion d'entreprise responsable et axée sur la performance. En ce qui concerne la composition ou la sélection des différents membres du conseil d'administration, le législateur s'abstient, hormis l'article 707 CO, de toute réglementation plus précise. Les sociétés anonymes, dans toute leur diversité, peuvent ainsi définir elles-mêmes le profil requis pour le mandat au sein du conseil d'administration, afin de répondre à leurs propres besoins spécifiques. 7

Dans le cas des **sociétés dont les actions ne sont pas cotées en bourse**, l'art. 710, al. 2, CO prescrit l'élection individuelle des membres du conseil d'administration. Cette disposition peut toutefois être modifiée par les statuts ou par le président de l'assemblée générale avec l'accord de tous les 8

actionnaires représentés. Les exigences relatives à la composition et à la sélection des membres du conseil d'administration sont en soi identiques à celles applicables aux sociétés cotées en bourse.

9 En ce qui concerne la sélection des différents membres, il n'existe en principe aucune exigence légale générale en matière de compétences professionnelles, d'indépendance, de domicile, de nationalité ou de qualité d'actionnaire. Il est toutefois nécessaire que la société puisse être représentée par une personne domiciliée en Suisse ; cette personne ne doit pas nécessairement être membre du conseil d'administration. Les exigences statutaires telles que les limites d'âge, les plafonds de mandats, les exigences minimales en matière de compétences ou la qualité d'actionnaire restent admissibles, pour autant qu'elles soient objectivement justifiées et qu'elles respectent notamment le principe d'égalité de traitement. Dans la pratique, il est recommandé d'établir un profil de compétences pour l'ensemble du conseil et, lors de nouvelles élections, un profil de compétences individuel ; les critères déterminants sont notamment les connaissances techniques et sectorielles, l'expérience entrepreneuriale, la disponibilité en termes de temps, l'intégrité ainsi que la capacité à travailler en équipe.

10 Le conseil d'administration doit être composé d'au moins une personne physique jouissant de la capacité d'agir. Une personne morale ne peut pas être membre du conseil d'administration ; elle peut tout au plus proposer ou désigner une personne physique. En outre, il existe une incompatibilité avec la fonction de réviseur : un membre du conseil d'administration ne peut pas être simultanément réviseur. S'il existe des catégories d'actions assorties de droits de vote ou de droits patrimoniaux différents, les statuts doivent garantir aux actionnaires de chaque catégorie l'élection d'au moins un représentant au sein du conseil d'administration ; d'autres dispositions visant à protéger les minorités restent possibles.

D. Réélection

11 La **réélection** des membres du conseil d'administration est non seulement possible, mais aussi la règle. Les statuts d'une société non cotée en bourse peuvent prévoir des dispositions complémentaires à cet égard. Par exemple, ils peuvent prévoir des limites d'âge, l'élection échelonnée ou le renouvellement périodique de l'ensemble du conseil d'administration. En revanche, il n'est pas conforme au droit de prévoir dans les statuts une

réélection automatique en cas d'impasse parmi les actionnaires. Cela serait incompatible avec le droit intransférable de l'assemblée générale d'élire le conseil d'administration. Par conséquent, une telle clause statutaire est nulle. D'une manière générale, selon le Tribunal fédéral, la poursuite d'un mandat au sein du conseil d'administration doit reposer sur une manifestation de volonté positive de l'assemblée générale. Dans l'ATF 148 III 69, le Tribunal fédéral a ainsi décidé, en s'appuyant sur le même raisonnement, qu'aucune **réélection tacite** ne pouvait avoir lieu, même si la réélection avait simplement été « oubliée ». Dans de tels cas, le mandat au sein du conseil d'administration prend fin à l'expiration du sixième mois suivant la clôture de l'exercice concerné.

12 Dans l'ATF 148 III 69, le Tribunal fédéral s'est opposé à la partie de la doctrine qui, en cas d'oubli de la réélection ou d'absence d'assemblée générale, supposait la poursuite du mandat jusqu'à la prochaine assemblée générale, lors de laquelle l'élection serait inscrite à l'ordre du jour ; il a opposé à la plupart des partisans de cette thèse que ceux-ci s'appuyaient pour fonder leur argumentation essentiellement sur des références à d'autres auteurs ou à un arrêt de l'ancienne Cour de cassation de Zurich. En revanche, il a examiné sur le fond les seules objections motivées de manière autonome et les a rejetées. Le Tribunal fédéral a confirmé par la suite cette ligne stricte dans la mesure où les décisions d'une assemblée générale convoquée par un conseil d'administration qui n'a pas été réélu dans les délais sont nulles ; la convocation conforme aux exigences légales est considérée comme une condition préalable fondamentale à la tenue d'une assemblée générale au sens juridique. Est réservée l'assemblée universelle prévue à l'article 701 CO, qui ne nécessite pas de convocation. Ni une inscription au registre du commerce datant de plusieurs années, ni une reconnaissance de fait dans la correspondance ne sauraient se substituer à l'absence d'élection. La question de savoir à quelle date il convient de se référer pour déterminer la régularité n'a pas été expressément tranchée ; le Tribunal fédéral a examiné la composition des organes au moment de la convocation. Selon l'avis défendu ici, la convocation doit avoir lieu avant l'expiration du délai déterminant de six mois, tandis que la tenue de l'assemblée peut intervenir après cette date.

13 Dans un arrêt ultérieur, le Tribunal fédéral a précisé que, dans les cas où il ne s'agit pas d'une réélection automatique ou tacite, la durée exacte du mandat doit être déterminée en premier lieu sur la base des statuts et de la décision

d'élection concrète. Les statuts des grandes sociétés sont plutôt interprétés comme des lois, ceux des petites sociétés plutôt comme des contrats ; dans le cas de sociétés comptant très peu d'actionnaires, une interprétation subjective peut être envisagée.

14 En pratique, il en résulte que les dispositions statutaires relatives à la durée du mandat et aux décisions d'élection doivent être formulées de manière aussi précise et cohérente que possible. En particulier, les formulations mixtes telles que « pour un an » ou « jusqu'à la prochaine assemblée générale ordinaire » restent sujettes à interprétation. Dans l'affaire 4A_508/2023 portée devant le Tribunal fédéral, les membres du conseil d'administration avaient été élus lors de l'assemblée générale du 5 novembre 2021 pour une durée « d'un an jusqu'à la prochaine assemblée générale ordinaire ». L'instance précédente a laissé le mandat courir jusqu'au 5 novembre 2022 au plus tard, c'est-à-dire jusqu'à l'assemblée générale ordinaire qui s'est effectivement tenue le 20 septembre 2022 et au cours de laquelle le conseil d'administration a été réélu. Le Tribunal fédéral a confirmé cette décision, mais n'a examiné les statuts d'une société à deux associés, interprétés de manière subjective, que sous l'angle de l'arbitraire ; il a constaté que les statuts ne fixaient pas la durée du mandat en mois et que le délai prévu à l'art. 699, al. 2, CO était un simple délai d'ordre, raison pour laquelle les statuts ne dérogeaient pas à l'art. 710, al. 1, CO. Cette décision ne constitue donc pas un précédent quant au traitement particulier des formulations mixtes ; l'insécurité juridique persiste. Cette qualification se trouve, pour sa part, en contradiction avec la fonction du délai en tant que date d'échéance du mandat selon l'ATF 148 III 69.

15 L'extrait du registre du commerce ne suffit donc pas pour vérifier si les membres du conseil d'administration ont été correctement (ré)élus. L'inscription au registre du commerce ne peut pas remédier à un mandat qui a matériellement expiré. Elle reste toutefois importante vis-à-vis des tiers, car ceux-ci peuvent en principe se fier à la situation publiée en matière de représentation ; cette confiance s'éteint toutefois si le tiers a la certitude que le mandat des membres inscrits a pris fin (art. 936b, al. 3, CO). Cette protection de la bonne foi ne remédie pas aux vices de forme en matière de droit des sociétés.

16 Si une due diligence en matière de droit des sociétés révèle des vices d'élection ou des lacunes d'information, il ne suffit pas d'examiner la possibilité d'une élection complémentaire ou de la correction du vice

d'organisation. Il convient également d'analyser quelles décisions et quels actes juridiques ont été accomplis après l'expiration du mandat. Les garanties contractuelles peuvent attribuer des risques en matière d'information et de responsabilité, mais ne remédient pas au vice d'organisation en tant que tel ; selon la gravité, il convient donc de prévoir des assainissements préalables, des « closing deliverables » ou des conditions suspensives.

E. Durée du mandat du président et des comités

L'art. 710 CO régit la durée du mandat des membres du conseil d'administration. L'élection du président est régie par l'art. 712 CO, la constitution de comités par l'art. 716a, al. 2, CO et, pour le comité de rémunération des sociétés cotées en bourse, par l'art. 733 CO. Ce qui importe ici concernant ces fonctions, c'est uniquement que leur durée est accessoire au mandat d'administrateur : elles supposent un mandat en cours et ne peuvent pas le survivre. Dans les sociétés cotées en bourse, l'assemblée générale élit le président ; dans les sociétés non cotées, c'est en principe le conseil d'administration qui l'élit, bien que les statuts puissent prévoir son élection par l'assemblée générale. La durée du mandat de président ne peut pas dépasser celle du mandat de membre du conseil d'administration. Lorsque le conseil d'administration est composé de plusieurs membres, la fonction de président doit être inscrite au registre du commerce. La loi ne prescrit pas la désignation d'un vice-président, mais celle-ci est utile dans la pratique, notamment en cas d'empêchement ou de conflits d'intérêts du président. Si le conseil d'administration se compose de plusieurs personnes, la désignation d'une présidence n'est pas facultative. Si ce poste reste vacant, il y a un vice d'organisation : en premier lieu, le conseil d'administration y remédie lui-même en procédant à une nomination pour la durée restante du mandat ; par ailleurs, l'office du registre du commerce invite la société à procéder à une élection complémentaire. 17

L'article 710 CO ne régit pas la figure du président d'honneur. Il ne s'agit pas d'un statut d'organe prévu par la loi, mais d'un titre honorifique qui, à lui seul, ne confère ni la qualité d'organe ni le pouvoir de représentation. Toutefois, si un président d'honneur est effectivement associé à la prise de décision ou s'il influence de manière déterminante les décisions du conseil d'administration, il peut être considéré comme un organe de fait. 18

19 Le conseil d'administration peut constituer des comités ou confier ces tâches à certains de ses membres afin de préparer et d'exécuter ses décisions ou de superviser les affaires. Pour les comités ordinaires, les statuts, le règlement d'organisation ou la décision constitutive déterminent la composition, les tâches et la durée du mandat ; la fonction au sein du comité ne peut pas se prolonger au-delà du mandat au sein du conseil d'administration sur lequel elle repose. Dans les sociétés cotées en bourse, le comité de rémunération est en revanche prescrit par la loi ; ses membres sont élus individuellement par l'assemblée générale.

II. ABSENCE DU CONSEIL D'ADMINISTRATION

20 Si le délai prévu pour une réélection n'est pas respecté, les membres sortants du conseil d'administration ne sont plus habilités à convoquer une assemblée générale ; cela vaut également lorsque celle-ci a pour seul but de rattraper la réélection manquée. S'ils continuent d'exercer des fonctions propres à un organe, une qualification en tant qu'organe de fait peut être envisagée conformément à ce qui est indiqué au point N 5. Il convient de veiller à ce que cette lacune organisationnelle soit valablement comblée, par exemple par une assemblée générale extraordinaire, une convocation par l'organe de révision ou des mesures judiciaires.

21 L'expiration du mandat a également des conséquences sur le plan procédural. La société anonyme agit par l'intermédiaire de ses organes (art. 54 CC) ; en l'absence de conseil d'administration, elle n'est pas capable d'agir et n'est donc pas capable de comparaître ni de postuler. Elle ne peut donc ni mandater valablement un représentant légal, ni intenter une action en justice. La capacité d'ester en justice étant une condition préalable à la procédure (art. 59, al. 2, let. c, CPC), il n'y a pas lieu de statuer sur une action néanmoins intentée. Le tribunal de district de Horgen a abordé cette question dans une décision du 19 janvier 2026 : aucune assemblée générale n'ayant été tenue depuis début 2022, le mandat du conseil d'administration, fixé par les statuts à un an, a pris fin au plus tard le 30 juin 2022 ; il n'a pas été donné suite à l'action intentée par la société un peu plus de deux ans plus tard. Les conséquences en matière de frais revêtent une importance pratique : les frais de procédure n'ont pas été mis à la charge de la société, mais à celle de l'ancienne administratrice agissant sans pouvoir de représentation (art. 108 CPC), tandis que l'avance sur frais versée par la société a été remboursée. En

outre, le tribunal a informé l'office du registre du commerce de ce vice d'organisation (cf. art. 939 CO).

Si tous les membres du conseil d'administration ont démissionné ou si le nombre minimum fixé par les statuts n'est plus atteint, de nouvelles élections doivent être organisées lors d'une assemblée générale extraordinaire. Peuvent notamment être envisagées une assemblée générale universelle, une décision par voie de circulaire de l'assemblée générale, la convocation par l'organe de révision, pour autant que celui-ci soit valablement en fonction, ou des mesures judiciaires. Il convient de noter que la durée du mandat de l'organe de révision est définie différemment et que, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, elle ne prend pas fin dès l'expiration du délai de six mois prévu à l'art. 699, al. 2, CO. Le Tribunal fédéral rejette expressément une application par analogie de l'ATF 148 III 69 à l'organe de révision : l'art. 730a, al. 1, CO régit clairement la fin du mandat, et l'organe de révision, contrairement au conseil d'administration élu pour une période donnée, est avant tout élu pour accomplir une tâche spécifique, à savoir la vérification des comptes annuels. 22

Si le vice d'organisation n'est pas remédié, le tribunal peut, à la demande d'un actionnaire ou d'un créancier, prendre les mesures nécessaires. Si la société ne dispose pas de conseil d'administration, il y a vice au sens de l'art. 731b, al. 1, ch. 1, CO ; les mesures possibles découlent de l'art. 731b, al. 1bis, CO. Outre les options expressément mentionnées dans la loi, d'autres mesures appropriées sont également envisageables, notamment la convocation d'une assemblée générale ou la nomination temporaire du conseil d'administration en place, assortie de l'obligation de convoquer une assemblée générale et d'inscrire l'élection du conseil d'administration à l'ordre du jour. Cela s'impose notamment lorsqu'il n'existe pas de conflit d'intérêts qualifié. Ainsi, dans son arrêt HE250034 du 11 juillet 2025, le tribunal de commerce de Zurich a réintégré l'ancien administrateur unique pour une durée de quatre mois, cette réintégration étant limitée à la convocation et à la tenue d'une assemblée générale extraordinaire en vue de l'élection du conseil d'administration ainsi qu'à l'inscription de la personne élue. 23

Du point de vue du droit du registre du commerce, il convient de tenir compte de l'article 939 CO. Si l'office du registre du commerce constate un vice d'organisation, il enjoint à la société d'y remédier dans un délai déterminé et, en cas de non-remédiation, renvoie l'affaire au tribunal afin qu'il 24

ordonne les mesures prévues à l'art. 939, al. 2, CO. Toutefois, si l'expiration du mandat est invoquée par un tiers et contestée par la société, cette voie ne aboutit généralement pas au résultat escompté. La procédure d'injonction prévue à l'art. 939, al. 1, CO est une procédure unilatérale entre l'office du registre du commerce et l'entité juridique ; l'office ne dispose pas des moyens procéduraux nécessaires à une procédure contradictoire. Quiconque, en tant qu'actionnaire ou créancier, signale qu'aucune assemblée générale n'a plus eu lieu n'obtient donc pas la qualité de partie, ne dispose d'aucun droit de consultation du dossier et ne peut répondre à la prise de position de la société. Si celle-ci présente un procès-verbal conforme aux exigences de l'art. 702 CO, l'office du registre du commerce est en outre tenu au secret de fonction et ne peut pas communiquer la preuve au dénonciateur ; la procédure se solde par un échec. Les actionnaires et les créanciers ont donc tout intérêt à saisir directement le tribunal au moyen d'une requête en vertu de l'art. 731b CO, ce qui leur confère la qualité de partie, le droit de consulter le dossier et la possibilité de répondre.

III. RÉVOCATION D'UN MEMBRE DU CONSEIL D'ADMINISTRATION

25 Outre l'expiration du mandat, celui-ci peut également prendre fin par révocation ou démission.

A. Révocation

26 L'assemblée générale peut à tout moment mettre fin *prématurément* au mandat de membre du conseil d'administration par voie de révocation. La révocation est une déclaration de volonté unilatérale de l'assemblée générale, nécessitant un accusé de réception, et repose sur une décision valable sur la forme qui ne nécessite aucune motivation. Lors d'une révocation, il convient toutefois de tenir compte de la date exacte et de la formulation du point à l'ordre du jour.

27 À l'instar de tout point inscrit à l'ordre du jour d'une AG, la révocation doit également être formulée de manière claire et compréhensible. Cette clarté nécessaire à la révocation d'un membre du conseil d'administration en cours de mandat n'est pas assurée par le point « Élections » de l'ordre du jour, d'autant plus que le fait même que ce sujet soit fréquemment abordé dans la

doctrine indique que la clarté requise semble faire défaut dans ce choix de termes. Une révocation anticipée est un cas exceptionnel et se distingue donc de la simple « non-réélection ». On pourrait toutefois objecter que le Tribunal fédéral interprète les points à l'ordre du jour de manière plutôt large et se fonde sur le sujet annoncé dans son ensemble, et que, dans le cadre d'un ordre du jour dûment annoncé conformément à l'art. 700, al. 4, CO, des motions peuvent être présentées sans préavis. La destitution anticipée revêt toutefois un caractère différent de la simple non-réélection. Selon l'avis défendu ici, on ne saurait attendre que le point de l'ordre du jour intitulé « Élections » porte également sur le vote concernant exactement le contraire, à savoir la destitution anticipée d'un membre du conseil d'administration en exercice.

B. Démission

28 Le membre du conseil d'administration peut lui aussi, en principe, mettre fin à son mandat à tout moment par une démission (déclaration de démission). Si celle-ci intervient toutefois à un moment inopportun, la SA peut faire valoir des droits à des dommages-intérêts. La démission est également une déclaration de volonté unilatérale, nécessitant une réception. Elle doit être adressée au président du conseil d'administration ou à son vice-président. En l'absence de ces derniers, ou si tous les membres du conseil d'administration démissionnent, la démission doit être adressée à l'assemblée générale.

C. Autres possibilités

29 Par ailleurs, le décès, l'incapacité durable du membre du conseil d'administration d'exercer ses fonctions, ainsi que la dissolution de la SA, entraînent également la cessation du mandat au sein du conseil d'administration. Les statuts peuvent également prévoir que le mandat au sein du conseil d'administration prend fin en cas de disparition de certaines conditions. À cet égard, non seulement la sanction doit être objectivement justifiée, mais le principe d'égalité de traitement doit également être respecté.

D. Date d'entrée en vigueur de la démission

30 Sur le plan interne, la révocation ou la démission prend effet dès la réception de la déclaration de volonté par la personne concernée ou par la société.

31 Sur le plan externe, vis-à-vis des actionnaires non informés, la démission ne prend effet qu'à compter de la publication de la radiation au registre du commerce. La déclaration de cette radiation incombe en principe à la personne morale et doit être effectuée sans délai. Outre la personne morale, le membre du conseil d'administration sortant peut toutefois également déclarer lui-même la radiation au registre du commerce.

32 Jusqu'à cette publication, la responsabilité des organes à l'égard des tiers et des actionnaires de bonne foi subsiste. En règle générale, il n'y a toutefois pas de faute nécessaire à l'engagement de la responsabilité lorsque le membre sortant du conseil d'administration n'exerce plus aucune influence sur la marche des affaires. Toutefois, étant donné que le membre sortant est également habilité à déclarer la radiation auprès du registre du commerce, il existe des situations dans lesquelles la faute peut néanmoins être retenue. Notamment lorsque le membre sortant du conseil d'administration sait que l'inscription subsiste et qu'il s'abstient néanmoins de déclarer lui-même la radiation. Les membres sortants ont donc tout intérêt à effectuer eux-mêmes cette déclaration.

IV. RAPPORT JURIDIQUE ENTRE LE CONSEIL D'ADMINISTRATION ET LA SA

A. Naissance

33 Le rapport juridique entre le membre du conseil d'administration et la SA prend naissance par l'acceptation de la nomination par la personne élue, celle-ci n'étant toutefois pas tenue de l'accepter. En outre, l'inscription au registre du commerce doit avoir lieu après l'acceptation. Bien que celle-ci soit de nature purement déclaratoire, elle déploie toutefois des effets en ce qui concerne la bonne foi des tiers.

34 L'inscription au registre du commerce n'a qu'un caractère déclaratoire pour la naissance du mandat d'administrateur, mais elle revêt une importance dans les relations avec les tiers. Elle protège la bonne foi des tiers quant à la fonction d'organe et au pouvoir de représentation inscrits. À l'inverse, les membres du conseil d'administration non inscrits mais valablement élus sont également soumis aux mêmes droits et obligations ; quiconque exerce de manière durable et autonome, sans avoir été élu ni inscrit, des fonctions de direction

propres à un organe peut être considéré comme un organe de fait et engager sa responsabilité.

Avant d'accepter le mandat, il est recommandé, dans la pratique, de procéder à un examen préalable de la société. Il convient notamment d'examiner la composition du conseil d'administration et de la direction, la stratégie, la situation financière, la révision, la structure organisationnelle et de gouvernance, les risques, la gestion des risques et la conformité. Dans le cadre de mandats fiduciaires ou de lettres de confirmation de mandat, il convient de régler la rémunération, le remboursement des frais, les droits à l'information, le début et la fin du mandat ainsi que les questions de responsabilité et d'exonération ; le devoir de loyauté envers la société prévu par le droit des sociétés par actions reste toutefois prioritaire. 35

B. Nature juridique

Le contenu du mandat d'administrateur est déterminé ponctuellement par le droit des sociétés en vigueur. Celui-ci ne couvre toutefois pas tous les aspects, ce qui ouvre des possibilités d'aménagement contractuel. Pour les questions laissées en suspens par le droit des sociétés par actions, le contrat peut être complété par des éléments relevant tant du droit des mandats que du droit du travail. 36

Si le membre du conseil d'administration exerce des activités opérationnelles et qu'il n'existe pas de dispositions spécifiques du droit des sociétés anonymes, ce sont en premier lieu les normes du droit du travail et, à titre subsidiaire, celles du droit des mandats qui s'appliquent. En revanche, si le membre du conseil d'administration n'exerce pas d'activités opérationnelles, c'est en premier lieu le droit des mandats qui prévaut en l'absence de dispositions du droit des sociétés anonymes. 37

C. Rémunération

La rémunération des sociétés anonymes cotées en bourse est prévue par la loi aux art. 626, al. 2, ch. 2, art. 698, al. 3, ch. 4, ainsi qu'aux art. 732 et suivants du CO. La loi ne contient aucune disposition expresse concernant la rémunération des mandats au sein du conseil d'administration des sociétés anonymes non cotées en bourse, mais une telle disposition doit toutefois être présumée. 38

39 En l'absence d'accord, le montant de la rémunération est déterminé en fonction de la situation financière de la société ainsi que de l'activité des membres du conseil d'administration. La rémunération peut prendre la forme de tantièmes, d'une rémunération fixe ou de jetons de présence.

40 Dans les sociétés non cotées en bourse, la compétence décisionnelle en matière de rémunération des membres du conseil d'administration appartient en principe au conseil d'administration, sauf disposition contraire ; les statuts ou un règlement de rémunération peuvent prévoir une autre solution. Lors de la fixation du montant, il convient notamment de tenir compte de la taille et de la situation économique de la société, de la fonction et de la charge de travail de chaque membre, de son appartenance à des comités ainsi que du risque assumé.

41 L'art. 678 CO constitue notamment une limite juridique : les prestations versées aux membres du conseil d'administration ou à des personnes qui leur sont proches doivent être remboursées dans la mesure où elles sont manifestement disproportionnées par rapport à la contrepartie et à la situation économique de la société.

42 Les tantièmes supposent en outre une répartition suffisante des bénéfices et ont été largement remplacés dans la pratique par des honoraires fixes ou des jetons de présence. Pour les sociétés cotées en bourse, il convient en outre de respecter les règles particulières relatives au rapport sur les rémunérations, au vote et aux formes de rémunération interdites.

BIBLIOGRAPHIE

Böckli Peter, Schweizer Aktienrecht, 5. Aufl., Zürich/Genf 2022.

Bühler Christoph B., Kommentar zu Art. 710 OR, in: Handschin Lukas (Hrsg.), Zürcher Kommentar, Die Aktiengesellschaft, Generalversammlung und Verwaltungsrat, Mängel in der Organisation, Art. 698-726 und 731b OR, 3. Aufl., Zürich 2018.

Dubs Dieter/Truffer Roland, Kommentar zu Art. 705 OR, in: Watter Rolf/Vogt Hans-Ueli (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, Art. 530-964l, inkl. Schluss- und Übergangsbestimmungen, 6. Aufl., Basel 2024.

Facincani Nicolas/Plüss Adrian, Kommentar zu Art. 710 OR, in: Vito Roberto/Hans Rudolf Trüeb (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht,

Personengesellschaften und Aktiengesellschaft Art. 530-771 OR, 4. Aufl., Zürich 2024.

Facincani Nicolas/Sutter Reto, Der Präsident des Verwaltungsrats, TREX 2024 S. 84 ff., (zit. Facincani/Sutter (Präsident)).

Facincani Nicolas/Sutter Reto, Wahl und Amtsdauer des Verwaltungsrats, TREX 2026 S. 140 ff.

Facincani Nicolas/Wissler Seline, BGer 4A_496/2021: Keine stillschweigende Verlängerung des Verwaltungsratsmandates, AJP 2022 S. 279 ff.

Forstmoser Peter/Meier-Hayoz Arthur/Nobel Peter, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996.

Held Lukas/Romero Arnold, Die Amtsdauer von Verwaltungsratsmitgliedern, GesKR 2026 S. 120 ff.

Hochstrasser Michael/Auwärter Dorothee, Einberufung der GV nach abgelaufener Amtsdauer des Verwaltungsrats – ein Urteil, das den Gerichten Arbeit beschert und in der Praxis zu Unsicherheit führt, AJP 2024 S. 1258 ff.

Hohler Dominik/Bähler Marion, Keine stillschweigende Verlängerung von Verwaltungsratsmandaten, SZW 2022 S. 280 ff.

Jakob Marcel, Neuere Bundesgerichtspraxis zum Ablauf der Amtsdauer des Verwaltungsrates, SJZ 2024 S. 1059 ff.

Müller Lukas, Organisationsmängel und Aufforderungsverfahren in der Praxis, Ausgewählte Aspekte zum Verfahren vor dem kantonalen Handelsregisteramt, REPRAX 2025 S. 85 ff.

Müller Matthias P.A./Berger Cédric/Bötticher Daniel, Der faktische Verwaltungsrat: rechtliche Ordnung, Grenzen und Möglichkeit, GesKR 2024 S. 427 ff.

Müller Roland/Lipp Lorenz/Plüss Adrian, Der Verwaltungsrat, Ein Handbuch für Theorie und Praxis, Bd. I, 5. Aufl., Zürich 2021.

Müller Roland/Zen-Ruffinen Marie-Noëlle/Monnier Jérôme, Guide pratique du conseil d'administration, Outils et modèles pour une gestion efficace, Zürich 2019.

Plüss Adrian, § 13 Der Verwaltungsrat Art. 707–722, 726 OR, in: Nobel Peter/Müller Christoph (Hrsg.), Das Aktienrecht – Kommentar der ersten Stunde, Bern 2023, S. 427 ff.

Reichle Sebastian/Stehle Bernhard, Präjudizienbuch OR, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts (1875-2023), 11. Aufl., Zürich 2025.

Stach Patrick, Kommentar zu Art. 710 OR, in: Kren Kostkiewicz Jolanta/Wolf Stephan/Amstutz Marc/Frankhauser Roland (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht, 4. Aufl., Zürich 2023.

Sutter Reto, Ohne Generalversammlung kein Verwaltungsrat, Jusletter 2022 (zit.: Jusletter).

Sutter Reto, Status des Verwaltungsrats nach Ablauf der statutarischen Amtszeit, RR-VR 2023 S. 10 (zit.: RR-VR).

Tanner Brigitte, Kommentar zu Art. 705 OR, in: Roberto Vito/Trüeb Hans Rudolf (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personengesellschaften und Aktiengesellschaften, Art. 530-771 OR, 4. Aufl., Zürich 2024.

Von der Crone Hans Caspar, Aktienrecht, 2. Aufl., Bern 2020.

Vischer Markus/Galli Dario, Die Amtsdauer der Mitglieder des VR als Auslegungsfrage, SZW 2024 S. 754 ff.

Wernli Martin, Kommentar zu Art. 710 OR, in: Watter Rolf/Vogt Hans-Ueli (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, Art. 530-964l inkl. Schluss- und Übergangsbestimmungen, 6. Aufl., Basel 2024.

RECHTSPRECHUNGSVERZEICHNIS

BGE 148 III 69

BGE 140 III 349

BGE 130 III 213

BGE 121 III 420

BGE 105 II 130

BGE 105 II 114

BGer 4A_508/2023 vom 09.07.2024

BGer 4A_387/2023, 4A_429/2023 vom 02.05.2024

HGer ZH HE250034 vom 11.07.2025

BezGer Horgen CG240021 vom 19.01.2026