

CEMAJ - Centre de recherche sur les modes amiables et juridictionnels de
gestion des conflits

Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel

QUELQUES ACTIONS EN ANNULATION

QUELQUES ACTIONS EN ANNULATION

Edité par
François Bohnet

Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel

Tous droits réservés. Toute traduction, reproduction, représentation ou adaptation intégrale ou partielle de cet ouvrage, par quelque procédé que ce soit, et toute forme d'enregistrement sont strictement interdites sans l'autorisation expresse et écrite de l'éditeur.

© CEMAJ - Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel, Neuchâtel 2007

ISBN 978-2-940400-01-0

www.unine.ch/cemaj

Préface

La Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel propose chaque année, en collaboration avec le CEMAJ, une journée de formation continue destinée aux avocats, notaires, magistrats et juristes de l'administration. Elle est organisée avec le soutien de l'Ordre des avocats neuchâtelois et de la Chambre des notaires neuchâtelois et s'articule autour d'un thème général, décliné dans divers domaines du droit. L'approche se veut pratique et pragmatique.

Quelques actions en annulation et en modification : voici le thème retenu pour la journée du 9 novembre 2007. Les contributions sont variées et détaillées. Elles s'intéressent à la destruction du lien de filiation, aux nullités des dispositions à cause de mort, aux rectifications du registre foncier, à l'annulation des décisions du droit de la société anonyme ou encore au réexamen et à la révision des décisions administratives. Des sujets qui sauront retenir l'intérêt tant de l'avocat généraliste et du notaire, que du magistrat et du juriste de nos administrations publiques.

La Faculté de droit et le CEMAJ tiennent à remercier ici les auteurs et les participants au colloque, ainsi que Madame Mary-Claire Girola, pour l'organisation de la journée, et Mesdames Patricia Dietschy, assistante-doctorante à la Faculté de droit, et Isadora Staeuble, conseillère aux études, pour leur aide apportée dans l'élaboration du manuscrit.

François Bohnet

Sommaire

OLIVIER GUILLOD

Professeur à l'Université de Neuchâtel

SABRINA BURGAT

Assistante-doctorante à l'Université de Neuchâtel, avocate

Les actions tendant à la destruction du lien de filiation,
spécialement l'action en désaveu de paternité 1

DENIS PIOTET

Professeur à l'Université de Lausanne

Les inefficacités des dispositions à cause de mort
en droit suisse 51

VALENTIN RETORNAZ

Assistant-doctorant à l'Université de Neuchâtel, avocat

L'action en rectification du registre foncier 85

FRANÇOIS BOHNET

Professeur à l'Université de Neuchâtel, avocat

L'action en annulation du droit de la société anonyme
en procédure civile suisse 147

PIERMARCO ZEN-RUFFINEN

Professeur à l'Université de Neuchâtel

Le réexamen et la révision des décisions administratives 195

Abréviations

a	ancien
ad	à
ADN	Acide désoxyribonucléique
AG	Assemblée générale d'une société anonyme
al.	alinéa(s)
art.	article(s)
ATF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral
BJM	Basler Juristische Mitteilungen
BK	Berner Kommentar
BSK	Basler Kommentar
BVR	Jurisprudence administrative bernoise
CA	Conseil d'administration d'une société anonyme
CC	Code civil suisse du 10 décembre 1907 (RS 210)
CDE	Convention du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant (RS 0.107)
CEDH	Convention du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (RS 0.101)
cf.	confer
ch.	chiffre(s)
CL	Convention du 16 septembre 1988 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (RS 0.275.11)

Abréviations

CO	Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le code civil suisse (Livre cinquième : droit des obligations) (RS 220)
consid.	considérant(s)
CP	Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (RS 311.0)
CPA JU	Loi jurassienne de procédure et de juridiction administrative et constitutionnelle du 30 novembre 1978 (RSJU 175.1)
CPC NE	Code de procédure civile neuchâtelois du 30 septembre 1991 (RSN 251.1)
CPC VD	Code de procédure civile vaudois du 14 décembre 1966 (RSV 270.11)
CPJA FR	Code du 23 mai 1991 de procédure et de juridiction administrative (RSF 150.1)
CR	Commentaire romand
Cst.	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (RS 101)
éd.	éditeur(s)
etc.	et caetera
ex.	exemple
FF	Feuille fédérale
ibid.	ibidem
in	dans
infra	ci-dessous

Abréviations

JAAC	Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération
JT	Journal des Tribunaux
LAGH	Loi fédérale du 8 octobre 2004 sur l'analyse génétique humaine (RS 810.12)
LAT	Loi fédérale du 22 juin 1979 sur l'aménagement du territoire (RS 700)
LCart	Loi fédérale du 6 octobre 1995 sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (RS 251)
LCR	Loi fédérale du 19 décembre 1958 sur la circulation routière (RS 741.01)
LDFR	Loi fédérale du 4 octobre 1991 sur le droit foncier rural (RS 211.412.11)
LDIP	Loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé (RS 291)
LFAIE	Loi fédérale du 16 décembre 1983 sur l'acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger (RS 211.412.41)
LFH	Loi fédérale du 22 décembre 1916 sur l'utilisation des forces hydrauliques (RS 721.80)
LFo	Loi fédérale du 4 octobre 1991 sur les forêts (RS 921.0)
LFors	Loi fédérale du 24 mars 2000 sur les fors en matière civile (RS 272)
LIFD	Loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'impôt fédéral direct (RS 642.11)
lit.	lettre(s)

Abréviations

LN	Loi fédérale du 29 septembre 1952 sur l'acquisition et la perte de la nationalité suisse (RS 141.0)
LP	Loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite (RS 281.1)
LPA GE	Loi genevoise sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (RSG E 5 10)
LPC GE	Loi de procédure civile genevoise du 10 avril 1987 (RSG E 3 05)
LPGA	Loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales (RS 830.1)
LPJA BE	Loi du 23 mai 1989 sur la procédure et la juridiction administratives (RSB 155.21)
LPJA NE	Loi neuchâteloise sur la procédure et la juridiction administrative du 27 juin 1979 (RSN 152.130)
LPJA VS	Loi valaisanne sur la procédure et la juridiction administrative du 6 octobre 1976 (RSVS 351)
LPMA	Loi fédérale du 18 décembre 1998 sur la procréation médicalement assistée (RS 810.11)
LSEE	Loi fédérale du 26 mars 1931 sur le séjour et l'établissement des étrangers (RS 142.20)
LTF	Loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (RS 173.110)
n	nouveau
N	numéro(s)
not.	notamment
OACA	Ordonnance du 14 février 2007 sur l'établissement de profils d'ADN en matière civile et administrative (RS 810.122.2)

Abréviations

OEC	Ordonnance du 28 avril 2004 sur l'état civil (RS 211.112.2)
OJ	Loi fédérale d'organisation judiciaire du 16 décembre 1943 (abrogée)
OJ NE	Loi d'organisation judiciaire neuchâteloise, du 27 juin 1979 (RSN 161.1)
op. cit.	opere citato
ORC	Ordonnance du 7 juin 1937 sur le registre du commerce (RS 221.411)
ORF	Ordonnance du 22 février 1910 sur le registre foncier (RS 211.432.1)
p.	page(s)
PA	Loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (RS 172.021)
P-CPC	Projet de Code de procédure civile suisse (FF 2006 7019)
phr.	phrase(s)
PJA	Pratique juridique actuelle
RDAF	Revue de droit administratif et fiscal
RDT	Revue du droit de tutelle
REC	Revue de l'état civil
rés.	résumé
RFJ	Revue fribourgeoise de jurisprudence
RJN	Recueil de jurisprudence neuchâteloise
RNRF	Revue suisse du notariat et du registre foncier

Abréviations

RO	Recueil officiel du droit fédéral
RS	Recueil systématique du droit fédéral
RSBE	Recueil systématique bernois
RSDIE	Revue suisse de droit international et européen
RSF	Recueil systématique fribourgeois
RSG	Recueil systématique genevois
RSJ	Revue suisse de jurisprudence
RSJU	Recueil systématique jurassien
RSN	Recueil systématique neuchâtelois
RSPC	Revue suisse de procédure civile
RSV	Recueil systématique vaudois
RSVS	Recueil systématique valaisan
RVJ	Revue valaisanne de jurisprudence
SA	Société anonyme
spéc.	spécialement
s.	et suivante
ss	et suivantes
supra	ci-dessus
TA	Tribunal administratif
TAF	Tribunal administratif fédéral
TC	Tribunal cantonal
TDP	Traité de droit privé

Abréviations

TF	Tribunal fédéral
TFA	Tribunal fédéral administratif
vol.	volume
ZBl.	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht
ZR	Zürcher Kommentar

L'action en annulation du droit de la société anonyme en procédure civile suisse

par

François Bohnet

Professeur à l'Université de Neuchâtel, avocat

I. Introduction.....	149
II. Le code de procédure civile suisse	149
III. Les motifs d'annulation et de nullité	150
A. Les critères de distinction	150
B. Les motifs de nullité	151
1. Les causes formelles de nullité.....	151
2. Les causes matérielles de nullité.....	153
C. Les motifs d'annulation	154
1. Les causes formelles d'annulation	154
2. Les causes matérielles d'annulation.....	155
IV. Les conditions de recevabilité de la demande en annulation.....	158
A. La compétence du juge saisi	158
1. Le for	158
a. <i>Le siège de la société</i>	158
b. <i>Le for de la succursale</i>	160
c. <i>Le for de la demande principale</i>	160
d. <i>Le cumul d'actions</i>	161
e. <i>La prorogation de for et la clause compromissoire</i>	162
f. <i>Les mesures provisionnelles</i>	164
2. La valeur litigieuse	165
B. La qualité pour agir et pour défendre.....	166
1. La qualité pour agir	166

a. <i>La qualité d'actionnaire</i>	167
b. <i>La qualité de conseil d'administration</i>	173
2. La qualité pour défendre.....	174
3. L'intervention	175
C. L'intérêt pour agir.....	176
D. Les conclusions.....	179
1. L'annulation	179
2. Le constat de nullité	181
E. Le délai pour agir	181
1. Généralités	181
2. En cas de requête de mesures provisionnelles	183
3. En cas d'irrecevabilité de la demande	184
F. Les frais	184
V. Le déroulement de la procédure	185
A. Le préalable de conciliation.....	185
B. La médiation.....	188
C. Le procès.....	188
1. L'échange d'écritures	188
2. Les débats.....	189
3. L'issue du procès.....	191
a. <i>Le jugement</i>	191
b. <i>Les frais</i>	191
c. <i>La transaction, l'acquiescement et le désistement</i>	192
VI. Conclusion	193

I. Introduction

1. Toute loi de procédure civile vise à permettre aux particuliers d'obtenir la consécration de leurs droits de nature privée. Que ces droits puissent être consacrés de manière simple et rapide est le défi posé au législateur depuis des siècles. La présente contribution s'intéresse à la mise en œuvre de l'action en annulation du droit de la société anonyme selon les règles du futur code de procédure civile suisse.
2. Après un bref rappel de l'état des travaux d'unification, nous examinerons les motifs d'annulation et de nullité des décisions prises par l'assemblée générale d'une société anonyme. Seront ensuite présentées les conditions de recevabilité de l'action en annulation. Puis, il conviendra de s'intéresser au déroulement du procès, pour traiter finalement du prononcé du jugement.

II. Le code de procédure civile suisse

3. Il aura fallu un peu plus de trois ans à la commission d'experts nommée par le Conseil fédéral en avril 1999 pour adopter un avant-projet de loi de procédure civile suisse. Son texte fut bien accueilli lors de la procédure de consultation en 2003¹, ce qui permit au Conseil fédéral d'avancer rapidement et de soumettre son projet le 28 juin 2006². Il est actuellement pendant devant les Chambres. Le Conseil des Etats a terminé sa première lecture à la fin juin 2007. Seuls la médiation, la conciliation en procédure de divorce et les voies de recours ont fait l'objet de discussions devant la Chambre des cantons. Le projet est examiné par la commission des affaires juridiques du Conseil national depuis la rentrée de septembre 2007, et il est probable que le vote final intervienne avant fin 2008.
4. A priori, les dispositions qui nous concernent ici ne devraient pas faire l'objet de modifications substantielles devant les Chambres.

¹ FF 2006 p. 6654 ss.

² FF 2006 p. 6641.

III. Les motifs d'annulation et de nullité

5. Les décisions prises par l'assemblée générale d'une société anonyme peuvent être entachées de divers vices. Ces vices peuvent être relatifs soit au processus d'adoption de la décision, soit à son contenu. La loi prévoit deux régimes de sanctions, l'annulabilité (art. 706 CO) et la nullité (art. 706b CO).
6. Le législateur a tenté de codifier la jurisprudence du Tribunal fédéral en matière d'annulation et de nullité lors de la révision de 1991, mais la systématique retenue n'a que peu clarifié les choses sur ce point. La distinction entre les motifs d'annulation et les causes de nullité d'une décision de l'AG demeure tout sauf aisée³.

A. Les critères de distinction

7. Avant de détailler les causes d'annulation et de nullité, il convient d'énumérer quelques critères permettant de les distinguer :
 - L'annulabilité et la nullité peuvent toutes deux trouver leur fondement dans le contenu de la décision ou dans son processus d'adoption⁴.
 - L'énumération légale des motifs d'annulation (art. 706 CO) et de nullité (art. 706b CO) n'est pas exhaustive⁵.
 - Une nullité ne peut être retenue qu'en cas de violation d'une norme de droit impératif⁶. La violation des règles légales

³ BSK-DUBS/TRUFFER, Art. 706b N 3 ; DRUEY JEAN NICOLAS, Mängel des GV-Beschlusses, in Rechtsfragen um die Generalversammlung, Zurich 1997, p. 146 ; FORTSMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, Schweizerisches Aktienrecht, Berne 1996, § 25 N 87.

⁴ BSK-DUBS/TRUFFER, Art. 706 N 9a ; DRUEY (note 49), p. 136 ss ; FORTSMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (note 3), § 25 N 2.

⁵ Pour des développements, voir BSK-DUBS/TRUFFER, Art. 706 N 8 ss, Art. 706b N 8 ss ; BÖCKLI PETER, Schweizer Aktienrecht, 3^e éd., Zurich 2004, § 16 N 111 ss, 159 ss ; FORTSMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (note 3), § 25 N 13 ss, 89 ss.

⁶ ATF 95 II 157, 162, JT 1970 I 340; MONTAVON PASCAL, Droit suisse de la SA, 3^eéd., Lausanne 2004, p. 537.

dispositives et des statuts ne peuvent entraîner que l'annulation de la décision querellée.

- L'annulation est la règle, pour des motifs de sécurité du droit⁷ ; la nullité ne doit être admise qu'avec réserve et de manière subsidiaire lorsque l'annulation représente une sanction insuffisante⁸. Il convient de prendre en compte quel dommage résulterait de la nullité pour la société et pour les tiers.

B. Les motifs de nullité

1. Les causes formelles de nullité

8. L'article 706b CO se concentre sur les causes de nullité relative au contenu de la décision prise par l'assemblée générale. Si cette disposition n'énonce pas de causes de nullité en lien avec le processus d'adoption de la décision, il ne fait aucun doute qu'un vice formel grave peut constituer un cas de nullité. L'art. 729c CO prévoit d'ailleurs expressément cette sanction en cas de vice dans le processus d'adoption des décisions relatives à l'adoption des comptes annuels.
9. De la nullité, il convient de distinguer l'inexistence d'une décision, qui doit être retenue par exemple lorsque celle-ci est prise par un organe non seulement mal constitué, mais simplement incompétent⁹.
10. La nullité devrait être retenue lorsque les règles impératives relatives à la prise de décision n'ont pas été respectées. Tel est par exemple le cas :
 - des décisions prises lors d'une assemblée générale tenue sans convocation, de l'ensemble ou de quelques-uns seulement des

⁷ Voir TF 4C.234/2002 du 4 juin 2003, consid. 3.2 *in fine*, qui distingue l'action en annulation de la requête en information ou en consultation de l'art. 697 CO, traitée par l'ATF 132 III 71, JT 2006 I 543.

⁸ BSK-DUBS/TRUFFER, Art. 706b N 8 ; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (note 3), § 24 N 103 ss.

⁹ Voir BSK-DUBS/TRUFFER, Art. 706b N 17, et les références.

actionnaires¹⁰. L'envoi tardif d'une convocation devrait en revanche être considéré comme un simple motif d'annulation¹¹ ;

- des décisions votées alors que l'assemblée n'a pas été convoquée par l'organe compétent¹² ;
- des décisions votées alors que l'assemblée a été irrégulièrement convoquée par une publication dans la feuille officielle et que les actionnaires exclus n'ont pas eu connaissance de la tenue de l'assemblée¹³. A relever qu'une convocation par le juge est valable dans les circonstances évoquées à l'art. 699 al. 4 CO¹⁴ ;
- des décisions votées par des personnes qui ne sont pas ou plus actionnaires¹⁵ ;
- des décisions prises sur un point ne figurant pas à l'ordre du jour ;
- des décisions arrêtées avant l'ouverture ou après la clôture de l'assemblée générale ;
- des décisions prises lors d'une assemblée universelle alors que tous les actionnaires ne sont pas présents ou représentés¹⁶ ;
- des décisions approuvant les comptes annuels ou décidant de l'emploi du bénéfice résultant du bilan en l'absence d'un rapport de révision (art. 729c CO).

¹⁰ ATF 115 II 468, consid. 3b, JT 1990 I 374 ; 71 I 383, 388 ; 78 III 33, 46 s. Dans ce sens, BÖCKLI (note 5), § 16 N 159 ; MONTAVON (note 6), p. 536.

¹¹ Controversé. Dans ce sens, BSK-DUBS/TRUFFER, Art. 706b N 18 ; MONTAVON (note 6), p. 536.

¹² ATF 115 II 468, consid. 3b, JT 1990 I 374.

¹³ OG ZH, SAS 1969 p. 212.

¹⁴ Voir ATF 132 III 555, consid. 3.4.3.2.

¹⁵ ATF 115 II 468, consid. 3b, JT 1990 I 374 ; Tribunale d'Appello (TI) du 30 mai 1945, RSJ 1947 p. 224. A distinguer du cas visé à l'art. 691 al. 3 CO.

¹⁶ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, (note 3), § 25, N 118 ss ; BSK-DUBS/TRUFFER, Art. 706b N 17 ss ; MONTAVON (note 6), p. 547.

2. Les causes matérielles de nullité

11. Selon l'article 706b ch. 1 CO, la nullité sanctionne les décisions qui suppriment ou limitent les droits des actionnaires garantis par les dispositions impératives de la loi. Tel est le cas, selon l'énumération de la loi :
- des décisions limitant ou supprimant le droit de prendre part à l'assemblée générale (art. 706b ch. 1 CO). Seraient nulles pour ce motif :
 - une décision fixant l'assemblée générale en un lieu très éloigné du siège de la société dans le but de décourager certains actionnaires d'y participer¹⁷ ou prévoyant, dans le même but, que les débats seront tenus dans une langue exotique ;
 - une décision qui raccourcirait le délai légal de 20 jours de convocation de l'assemblée générale (art. 696 al. 1 CO)¹⁸.
 - des décisions limitant ou supprimant le droit de vote minimal (art. 706b ch. 1 CO).
 - des décisions limitant ou supprimant le droit d'intenter action (art. 706b ch. 1 CO). L'actionnaire peut certes renoncer à son action propre. En revanche, l'assemblée générale ne saurait limiter les droits d'un actionnaire, même pour un cas déterminé.
 - des décisions limitant ou supprimant les droits de contrôle des actionnaires (art. 706b ch. 2 CO). Par exemple :
 - la décision limitant ou supprimant le droit des actionnaires à consulter le rapport de gestion et de révision de la société (art. 696 CO) ;
 - la décision de priver les actionnaires du droit de requérir un contrôle spécial¹⁹.

- des décisions portant atteinte aux structures de base de la SA (art. 706b ch. 3 CO). Par exemple :
 - la violation des dispositions relatives à la protection du capital, telle que l'émission de nouvelles actions au-dessus du pair (voir art. 624 CO) ou le remboursement du capital (voir art. 681 al. 2 CO) ;
 - la modification de la cadence annuelle des assemblées générales ordinaires de la société.

C. Les motifs d'annulation

1. Les causes formelles d'annulation

12. La simple annulabilité devrait être retenue lorsque des règles non impératives relatives à la prise de décision n'ont pas été respectées. Tel est par exemple le cas :
- d'une décision prise lors d'une assemblée générale convoquée tardivement ;
 - d'une décision prise alors qu'une règle de forme statutaire n'a pas été respectée ;
 - d'une décision prise avec la collaboration effective de personnes qui n'ont pas le droit de participer à l'assemblée générale (art. 691 al. 3 CO)²⁰ ;
 - d'une décision prise alors qu'un actionnaire a été exclu de l'assemblée ou s'est vu refuser le droit de vote et que celui-ci aurait pu être déterminant.

¹⁷ Dans ce sens apparemment, FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (note 3), § 16 N 325.

¹⁸ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (note 3), § 25 N 93 ; BÖCKLI (note 5), § 16 N 159 ; MONTAVON (note 6), p. 546 .

¹⁹ BÖCKLI (note 5), § 16. N 165-166 ; BSK-DUBS/TRUFFER, Art. 706b N 13 ; MONTAVON (note 6), p. 547.

²⁰ ATF 122 III 279, JT 1998 I 605.

- des décisions approuvant les comptes annuels ou décidant de l'emploi du bénéfice résultant du bilan en l'absence d'un réviseur (art. 729c CO ; il peut être renoncé à la présence d'un réviseur par décision prise à l'unanimité).
13. Est également annulable selon l'article 689e al. 1 et 2 CO la non communication par un représentant des informations requises concernant les actions représentées ou la non communication par le Président de ces informations à l'assemblée, lorsqu'il existe un lien de causalité entre l'absence de communication et les décisions²¹.

2. Les causes matérielles d'annulation

14. Sont annulables les décisions qui violent la loi ou les statuts (art. 706 al. 1 CO). C'est par exemple le cas, selon l'article 706 al. 2 CO :
- des décisions qui suppriment ou limitent les droits des actionnaires en violation de la loi²² ou des statuts (ch. 1). Par exemple :
 - une décision violant la répartition légale des compétences²³ ;
 - une décision qui porterait atteinte au droit du dividende de l'actionnaire (art. 660 CO)²⁴ ;
 - une décision qui accorderait des tantièmes au conseil d'administration en violation des conditions posées aux art. 627 ch. 2 et 677 CO²⁵ ;
 - des décisions adoptées sur la base d'un ordre du jour imprécis²⁶ ;

²¹ BSK-DUBS/TRUFFER, Art. 706 N 18 ; MONTAVON (note 6), p. 540.

²² A l'exclusion de ses dispositions impératives qui, lorsqu'elles sont violées, entraînent la nullité de la décision, voir art. 706b ch. 1 CO.

²³ ATF 102 III 384, consid. 2, JT 1975 I 334 (nié en l'espèce).

²⁴ ATF 91 II 298, consid. 10.

²⁵ Voir TF 4C.386/2002 du 12 octobre 2004, consid. 3.

²⁶ ATF 103 II 141, JT 1978 I 562.

- une décision violant le droit à l'information de l'actionnaire, par l'élection d'un organe de révision n'offrant pas les garanties d'indépendance exigées par l'art. 727c al. 1 CO²⁷.
- des décisions qui suppriment ou limitent les droits des actionnaires d'une manière non fondée (ch. 2). C'est en particulier les intérêts des actionnaires minoritaires qui sont protégés ici²⁸. Est ainsi exclue :
 - une décision qui supprime de manière non fondée le droit de souscription préférentiel (art. 652b al. 2 CO)²⁹ ;
 - une décision qui supprime de manière non fondée le droit de souscription préférentiel lors d'une augmentation conditionnelle du capital (art. 653c al. 3 CO) ;
 - une décision qui viole le principe en vertu duquel il convient d'opter pour la solution la moins dommageable pour les actionnaires minoritaires sans inconvénient pour la majorité (exercice des droits avec ménagement ; *Gebot der schonenden Rechtsausübung*)³⁰ ;
 - toute autre décision qui porte une atteinte abusive aux droits de l'actionnaire³¹.
- des décisions qui entraînent pour les actionnaires une inégalité de traitement³² ou un préjudice non justifié par le but de la société

²⁷ TF 4C.45/2006 du 26 avril 2007, consid. 7, destiné à la publication ; voir également ATF 131 III 38 (indépendance retenue en l'espèce) ; TF 4C.419/2006 du 19 avril 2007, consid. 4.

²⁸ Voir ATF 99 II 55, JT 1973 I 618 ; TF 4C.242/2001 du 5 mars 2003, consid. 4.1 ; TF 4C.386/2002 du 12 octobre 2004, consid. 3.2 ; BÖCKLI (note 5), § 16 N 113 ; BSK-DUBS/TRUFFER, Art. 706 N 12 ; MONTAVON (note 6), p. 539.

²⁹ Voir déjà ATF 117 II 290, consid. 4e.

³⁰ TF 4C.242/2001 du 5 mars 2003, consid. 4.2 ; ATF 121 III 219, consid. 1d/cc, JT 1996 I 162 ; 117 II 290, consid. 4e/bb.

³¹ TF 4C.242/2001 du 5 mars 2003, consid. 4.1 ; 4C.386/2002 du 12 octobre 2004, consid. 3.4 ; ATF 102 II 265, consid. 2, JT 1977 I 102 ; 99 II 55, consid. 4b.

³² TF 4C.419/2006 du 19 avril 2007, consid. 3.3 : « La possibilité laissée à l'actionnaire victime d'une inégalité de faire invalider la décision de l'assemblée générale est la sanction logique de l'absence d'unanimité. Si une décision inégale est

(ch. 3)³³. Le principe ne vaut ainsi que de manière relative, dans la mesure où il peut y être porté atteinte pour la poursuite des buts légitimes de la société³⁴. Il y a violation injustifiée, par exemple, lorsque :

- une décision accorde un droit préférentiel de souscription aux seuls actionnaires qui participent activement à la vie de la société³⁵ ;
- en revanche, une décision qui accorde des tantièmes aux membres du CA, ceux-ci étant fatalement choisis parmi les actionnaires majoritaires, ne constitue pas une inégalité de traitement entre actionnaires, puisqu'elle concerne les membres du CA³⁶ ;
- de même, une limitation dans les possibilités de représentation à l'assemblée selon l'art. 689 al. 2 CO³⁷.
- des décisions qui suppriment le but lucratif de la société sans l'accord de tous les actionnaires (ch. 4) :
 - tel n'est pas le cas des décisions qui s'écartent seulement de ce but dans une situation donnée³⁸.

prise avec le consentement de tous les intéressés, elle ne peut être invalidée. C'est là l'expression du principe fondamental du droit des obligations : l'autonomie privée permet aux sujets de droit d'agir à leur propre désavantage. Ainsi, la décision n'est pas viciée parce qu'elle est inégale, mais parce qu'elle se passe du consentement des actionnaires traités inégalement ».

³³ Principe déjà retenu sous l'ancien droit, voir TF 4C.419/2006 du 19 avril 2007, consid. 3.3 ; 4C.242/2001 du 5 mars 2003, consid. 3.1, et les références.

³⁴ ATF 102 II 265, JT 1977 I 102 ; 117 II 290, consid. 4e ; TF 4C.242/2001 du 5 mars 2003, consid. 3.1.

³⁵ ATF 91 II 298, consid. 5, JT 1966 I 264 ; Handelsgericht (ZH) du 6 février 1995, RSJ 1995 p. 196.

³⁶ TF 4C.386/2002 du 12 octobre 2004, consid. 3.3.

³⁷ TF 4C.35/2007 du 18 avril 2007, consid. 4.

³⁸ Voir ATF 102 III 384, consid. 4, JT 1975 I 334.

IV. Les conditions de recevabilité de la demande en annulation

A. La compétence du juge saisi

1. Le for

a. Le siège de la société (art. 9 al. 1b P-CPC)

15. La demande en annulation de décisions prises lors de l'assemblée générale d'une société anonyme doit être déposée auprès du juge compétent du siège de la société anonyme, selon les termes de l'art. 9 al. 1b P-CPC (repris de l'art. 3 al. 1b LFors), qui s'applique à défaut d'élément d'extranéité³⁹. Certes, il aurait paru logique que la règle figure dans la section 8 du chapitre 2, réservée au droit commercial. Le législateur a toutefois préféré ne rien mentionner, comme dans la LFors⁴⁰, le siège du défendeur correspondant au siège de la société contre laquelle la demande doit être dirigée.
16. Lorsque la SA dispose de deux sièges (on songe à l'UBS et à Nestlé), la saisine du juge de l'un des deux sièges fixe la litispendance et le juge saisi en second doit refuser d'entrer en matière (art. 57 al. 2 lit. d P-CPC). D'une manière surprenante, le projet ne reprend pas la règle de l'art. 35 al. 1 LFors, conforme à la solution retenue par les articles 21 CL et 9 LDIP et obligeant le juge à suspendre la cause jusqu'à ce que le premier juge ait statué sur sa compétence.
17. L'instance est introduite par le dépôt d'une requête en conciliation, ou lorsqu'il peut être renoncé à celle-ci (art. 196 al. 1 P-CPC : en cas d'accord lorsque la valeur litigieuse atteint CHF 100'000.—), par le dépôt de la demande en justice (art. 60 P-CPC). La remise à la poste suffit selon le Message, qui le déduit du principe retenu pour le respect des délais (art. 141 al. 1 P-CPC)⁴¹.

³⁹ En matière internationale, les tribunaux suisses du siège de la société sont compétents, art. 151 LDIP. L'art. 16 ch. 2 CL retient la compétence exclusive des tribunaux de l'Etat du siège.

⁴⁰ Voir FF 1999 p. 2630.

⁴¹ FF 2006 p. 6891. Voir déjà ATF 65 II 166, JT 1940 I 18 ; 49 II 38, JT 1923 I 454.

18. La litispendance suppose une identité de parties⁴². Or, excepté l'hypothèse d'une demande en constat de la validité de la décision par la société opposée à une demande en annulation⁴³, les saisines seront le fait d'actionnaires différents. Dans la mesure où le Tribunal fédéral admet l'existence de demandes en annulation multiples, suivant l'avis de BÜRKI⁴⁴, le juge n'aura que la faculté, s'il le juge utile, de suspendre pour cause de connexité au sens de l'art. 125 P-CPC (repris de l'art. 36 LFors⁴⁵), ou de transmettre la cause au premier juge saisi, avec son accord. Il ne pourra en revanche retenir la litispendance au sens de l'art. 125 P-CPC.
19. Il conviendrait en réalité d'admettre l'intervention d'autres actionnaires en qualité de consorts nécessaires formels⁴⁶ uniquement, comme dans le cas d'une procédure entamée par les cessionnaires des droits de la masse en faillite⁴⁷.
20. A l'échéance du délai de l'art. 706a al. 1 CO, un actionnaire pourrait encore intervenir aux côtés du ou des demandeur(s) ou de la société, aux conditions fixées par les art. 72 ss P-CPC⁴⁸.
21. Si par hypothèse la décision attaquée était celle modifiant le siège (art. 704 al. 1 ch. 7 CO), la demande devrait être déposée devant le tribunal compétent du nouveau siège, la décision déployant ses effets

⁴² Voir, par exemple, ATF 128 III 284 ; FF 2006 p. 6892.

⁴³ Dont la recevabilité, sous l'angle de l'intérêt, est plus que douteuse, voir ATF 122 III 279, consid. 3c/bb, JT 1998 I 605.

⁴⁴ ATF 122 III 279, consid. 3c/bb, JT 1998 I 605 ; ZK-BÜRKI, Art. 706 N 72 ; DRUEY (note 3), p. 161. Voir également SCHMIDT ANDRÉ, Note sur les problèmes de consorité dans la procédure d'appel, SJ 1981 p. 564.

⁴⁵ Sur la notion de connexité de l'art. 36 LFors, qui suppose des faits et des questions juridiques semblables, voir TF in RSPC 2006, p. 127.

⁴⁶ La consorité nécessaire formelle n'est pas traitée spécifiquement à l'art. 68 P-CPC. Il faut la considérer comme un type de consorité nécessaire dans la systématique proposée.

⁴⁷ ATF 121 III 488, JT 1997 II 147.

⁴⁸ Voir ATF 122 III 279, consid. 3c/aa, JT 1998 I 605 ; BSK-DUBS/TRUFFER, Art. 706 N 23 ; BÖCKLI (note 5), § 16 N 130 ; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (note 3), § 25 N 70 ; ROHRER KUNO WALTER, Aktienrechtliche Anfechtungsklage, Zurich 1979, p. 89 s.

tant qu'elle n'a pas été annulée⁴⁹. Si en revanche celle-ci devait se révéler nulle (art. 706b CO), la compétence du tribunal du pseudo nouveau siège résulterait d'une acceptation tacite de la société (art. 17 P-CPC, repris de l'art. 10 al. 1 LFors). On imagine mal en effet que celle-ci conteste la compétence du juge saisi, ce qui équivaldrait à un aveu quant à la nullité de la décision attaquée.

b. Le for de la succursale (art. 11 P-CPC)

22. Peut-on admettre le for du lieu de situation de la succursale prévu par l'art. 11 P-CPC (repris de l'art. 5 LFors), lorsque la décision prise par l'AG porte sur les activités industrielles ou commerciales de la succursale ? Non à notre avis⁵⁰, puisque la succursale est dans cette situation objet de la décision sur laquelle porte le litige et non l'entité⁵¹ par l'intermédiaire de laquelle une personne a contracté un engagement ou, éventuellement, subi un acte illicite, circonstances qui justifient un rattachement du litige au lieu de situation de la succursale.

c. Le for de la demande principale (art. 13 P-CPC)

23. Hypothèse à vrai dire peu probable, en raison entre autres du court délai de deux mois accordé pour agir en annulation (art. 706a CO), le dépôt d'une demande reconventionnelle ayant pour conclusion l'annulation d'une décision d'une AG n'est cependant pas exclue, lorsque par exemple la décision attaquée porte sur l'engagement d'une procédure contre un actionnaire. Une fois cette procédure introduite, l'actionnaire pourrait être tenté d'agir en annulation au même for. Rien ne devrait s'opposer à l'admission de la compétence locale du juge saisi, la condition de la connexité étant remplie dans un tel cas,

⁴⁹ ATF 122 III 279, consid. 2, JT 1998 I 605; ZK-BÜRGI, Art. 706 N 73; BSK-DUBS/TRUFFER, Art. 706 N 24; BÖCKLI (note 5), § 16 N 128; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (note 3), § 25 N 62; DRUEY (note 3), p. 161.

⁵⁰ Dans ce sens également, ROHRER (note 48), p. 101; VOCK DOMINIK, Prozessuale Fragen bei der Durchsetzung von Aktionärsrechten, Zurich 2000, p. 61.

⁵¹ Voir art. 642 CO et ATF 117 II 86, JT 1991 I 611.

puisque la demande reconventionnelle repose sur le même complexe de faits⁵².

24. L'hypothèse inverse, soit celle d'une demande reconventionnelle introduite par la société à l'encontre de l'actionnaire ayant agi en annulation, paraît moins improbable puisque dans un tel cas la reconvention n'est pas liée au respect du délai de l'art. 706a al. 1 CO. S'il existe un lien de connexité entre les conclusions de la demande et celles de la demande reconventionnelle, la compétence locale du juge saisi est donnée.

d. Le cumul d'actions (art. 14 P-CPC)

25. Un cumul objectif (art. 14 al. 2 P-CPC, repris de l'art. 7 al. 2 LFors) peut se concevoir, lorsque par exemple le demandeur agit en interdiction d'une atteinte et en annulation d'une décision de l'AG. Il est envisageable qu'un lien de connexité, condition posée pour le cumul objectif, existe entre les conclusions prises : le demandeur conclut par exemple à l'interdiction de publier un ouvrage qui lui porte atteinte et en annulation de la décision de publier décidée par la majorité de l'AG, si par hypothèse cette décision relève de sa compétence. Dans un tel cas, il pourra agir à son domicile pour les deux objets, en vertu de l'art. 19 lit. a P-CPC (repris de l'art. 12 LFors).
26. Seule difficulté : si les conclusions relatives à l'atteinte à la personnalité devaient être rejetées, le for du domicile du demandeur – qui en dépend –, l'atteinte étant dans cette situation un fait de « double pertinence »⁵³, ne serait plus donné, d'où à notre sens l'incompétence du juge pour se prononcer sur les conclusions en annulation.
27. Quant au cumul subjectif (art. 14 al. 1 P-CPC, repris de l'art. 7 al. 1 LFors), il n'entre en ligne de compte que lorsque la demande porte sur plusieurs objets (cumul objectif) et que l'une des conclusions est

⁵² Sur la notion de connexité voir ATF 129 III 230, JT 2003 I 643 ; 130 III 607 ; TF 4C.356/2005 du 21 mars 2006 ; BOHNET FRANÇOIS, Trois ans de jurisprudence fédérale en matière de LFors, une analyse critique, PJA 2004 p. 58.

⁵³ Sur les faits de double pertinence, voir ATF 128 III 50 ; 122 III 249, JT 1997 I 25 ; TF in RSPC 2005, p. 117.

dirigée contre plusieurs défendeurs. Pour reprendre l'exemple mentionné ci-dessus, le demandeur atteint dans son honneur agit en interdiction d'une publication contre la société (éditeur) et un tiers (auteur) et en annulation de la décision prise sur ce point par l'AG.

e. La prorogation de for (art. 16 P-CPC) et la clause compromissoire

28. Les statuts peuvent prévoir une prorogation de for pour les litiges portant sur les décisions prises par l'AG, le for ordinaire n'étant pas impératif au sens de l'art. 8 P-CPC⁵⁴. Les actionnaires devront y être attentifs, puisque, sauf précision contraire, la clause de prorogation de for est exclusive (art. 16 al. 1 P-CPC, repris de l'art. 9 al. 1 LFors). La doctrine majoritaire considère toutefois qu'un accord de l'actionnaire, dans l'une des formes prévue par l'art. 9 al. 2 LFors (art. 16 al. 2 P-CPC⁵⁵), est nécessaire⁵⁶. Alors que selon l'art. 9 al. 3 LFors le juge choisi pourrait décliner sa compétence lorsque le for élu ne présente pas de liens territoriaux et matériels suffisants avec la cause, l'art. 16 P-CPC ne le lui permet plus⁵⁷. Les statuts pourraient ainsi prévoir un for au siège de la société mère, lieu ne présentant peut-être aucun lien avec la cause.
29. En matière internationale, une prorogation de for sera invalide si elle désigne, alors que la convention de Lugano s'applique, un for ne se trouvant pas sur le territoire de l'Etat du siège de la société, vu l'art. 16 ch. 2 CL. Doit-on uniquement admettre le caractère international du litige lorsque l'actionnaire, ou l'un des actionnaires

⁵⁴ Voir FF 1999 p. 2630.

⁵⁵ Selon le Message, FF 2006 p. 6879, les modifications sont purement rédactionnelles.

⁵⁶ BERGER BERNHARD, GestG - Kommentar, 2^e éd., Berne 2005, Art. 9 N 64, et les références. Les auteurs vont dans le même sens à propos de l'art. 5 LDIP, voir par exemple ZK-VOLKEN, Art. 5 N 72-74. *Contra*, DONZALLAZ YVES, Commentaire de la loi sur les fors en matière civile, Berne 2001, Art. 9 N 130, qui se fonde sur la solution prévalant selon l'art. 17 CL.

⁵⁷ L'art. 9 al. 3 LFors a été critiqué par la doctrine (p. ex. BERGER (note 56), Art. 9 N 70) dans la mesure où il est source d'insécurité et plus étroit que l'art. 5 al. 3 LDIP en matière internationale.

qui agit en annulation, est domicilié à l'étranger, ou déjà lorsque l'un des actionnaires de la société, quel qu'il soit, a son domicile hors de Suisse ? La première solution nous paraît la plus praticable, le domicile des actionnaires ne pouvant parfois être déterminé, en particulier lorsque les actions sont au porteur. Mais l'on peut envisager des situations complexes, par exemple celle d'une société dont les actions sont réparties entre sa société mère (actionnaire majoritaire ayant son siège à l'étranger) et des actionnaires minoritaires domiciliés en Suisse. Peut-on nier le caractère international du litige si les actionnaires minoritaires souhaitent attaquer en Suisse une décision prise par l'actionnaire majoritaire, en dépit d'une clause de prorogation de for désignant les tribunaux de l'Etat du siège de la société mère ? Non à notre avis.

30. Il n'est pas rare que les statuts comprennent une clause compromissoire. Son admissibilité ne fait aucun doute⁵⁸, tant en matière interne qu'internationale, puisque le litige est à la libre disposition des parties (art. 352 P-CPC, repris de l'art. 5 du concordat) et de nature patrimoniale (art. 177 LDIP). L'arbitrage sera soumis aux dispositions du Code de procédure civile suisse lorsque la société et les demandeurs ont leur domicile ou leur siège en Suisse. En revanche, l'arbitrage sera international lorsque l'un des demandeurs a son domicile ou son siège à l'étranger, conformément au principe retenu par l'art. 176 LDIP⁵⁹. A relever que l'art. 352 al. 2 P-CPC autorise les parties à exclure l'application du code et de convenir que les dispositions du chapitre 12 de la LDIP seront applicables.
31. En matière interne, un accord écrit (ou dans une forme semblable) de l'actionnaire demeurera nécessaire, même si les conditions strictes de l'art. 6 al. 2 du concordat sur l'arbitrage⁶⁰ n'ont pas été reprises. En

⁵⁸ ZK-BÜRGI, Art. 706 N 66 ; BÖCKLI (note 5), § 16 N 149 ; FORTSMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (note 3), § 25 N 67 ; RIEMER HANS MICHAEL, *Anfechtungs- und Nichtigkeitsklage im Schweizerischen Gesellschaftsrecht*, Berne 1998, p. 103 s. ; VOCK (note 50), p. 70 ss.

⁵⁹ Voir RSDIE 2002, p. 514 ss.

⁶⁰ Concordat sur l'arbitrage du 27 mars 1969. Voir en particulier ATF 110 Ia 106, JT 1985 I 22.

effet, le Message⁶¹ renvoie aux conditions posées par le code en matière de prorogation de for, et un accord dans la forme écrite ou dans une forme semblable est exigé par la doctrine⁶². En matière internationale en revanche, une clause arbitrale par référence pourrait suffire⁶³.

f. Les mesures provisionnelles

32. Diverses requêtes de mesures provisionnelles (art. 257 ss P-CPC) sont envisageables suite à la prise d'une décision par l'AG. Un actionnaire peut requérir à titre provisoire que le conseil d'administration nommé (art. 698 al. 2 ch. 2 CO) suite à une procédure discutable ne puisse engager la société⁶⁴ ; il peut également requérir du juge l'interdiction de procéder à une augmentation du capital décidée par l'AG (art. 650 al. 1 CO) ou à une réduction de celui-ci (art. 732 CO)⁶⁵.
33. La mesure peut être prise selon l'art. 12 P-CPC (repris de l'art. 33 LFors) au for de l'action principale ou au lieu où la mesure devra être exécutée. Ce lieu ne coïncidera pas nécessairement avec le siège de la société. Si par exemple le demandeur requiert que la mesure soit prise sous la menace de la peine d'amende prévue par l'art. 292 CP, le lieu d'exécution de la mesure est à notre sens au domicile de l'un des membres du CA⁶⁶. Si la mesure consiste à faire bloquer un immeuble au registre foncier, elle pourra être requise au for du lieu où est inscrit l'immeuble. Le juge du lieu d'exécution pourra être saisi tant par une requête introduite avant le dépôt de la demande au fond qu'après son introduction⁶⁷.

⁶¹ FF 2006 7002.

⁶² Voir N 28.

⁶³ Voir Bul. ASA 2001 p. 523, consid. 2a ; POUURET/BESSON, Droit comparé de l'arbitrage international, Zurich 2002, p. 179.

⁶⁴ Voir également art. 32 ORC, et, sur cette disposition, ATF 133 III 368 ; DRUEY (note 3), p. 157 s. ; MONTAVON (note 6), p. 544 ; VOCK (note 50), p. 187 ss.

⁶⁵ Voir ATF 133 III 368.

⁶⁶ Dans ce sens, MEIER, Revue de l'avocat 2001 p. 28. Il faut admettre selon nous un cumul subjectif d'actions, voir DIETRICH MARCEL, Komm GestG, Zurich 2001, Art. 33 N 70.

⁶⁷ BSK-LEUENBERGER, Art. 33 N 21 ss.

2. La valeur litigieuse

34. La valeur litigieuse correspond à l'objet demandé, exprimé en somme d'argent (art. 89 al. 1 P-CPC)⁶⁸. Le Tribunal fédéral range les procédures relatives à l'annulation des décisions de l'AG parmi les contestations de nature pécuniaire au sens de l'art. 74 LTF, qu'elles visent l'annulation d'une élection⁶⁹, une décision d'approbation de comptes⁷⁰ ou la réduction du capital-actions⁷¹. C'est l'intérêt de la société qui est déterminant, et non l'intérêt personnel de l'actionnaire à l'issue du procès⁷².
35. Le montant du capital social n'est pas significatif et il ne joue normalement aucun rôle dans la fixation de la valeur litigieuse. Cependant, lorsque le juge ne dispose pas de renseignements nécessaires à une évaluation concrète, il n'est pas arbitraire de raisonner par présomption, « en supposant d'abord que la valeur des décisions contestées soit en rapport avec celle des affaires que la société traite ou a pour but de traiter en général, et ensuite que cette valeur se trouve elle-même dans un ordre d'importance correspondant au montant du capital social. Selon cette approche, à défaut de base d'évaluation topique, ce dernier montant constitue une référence pertinente »⁷³.
36. Ainsi, le Tribunal fédéral a retenu que l'intérêt d'une société à la nomination de son administrateur unique « ne saurait être inférieur à la valeur de son capital-actions »⁷⁴. Dans une cause antérieure, le Tribunal fédéral avait déjà retenu une valeur litigieuse égale au capital

⁶⁸ Voir art. 51 LTF.

⁶⁹ ATF 107 II 179, JT 1981 I 375.

⁷⁰ TF 4C.226/1992.

⁷¹ ATF 133 III 368.

⁷² ATF 133 III 368 ; TF 4P.344/2006 du 27 février 2007, consid. 5.1 ; 4C.47/2006 du 30 mai 2006, consid. 1.2 ; ATF 92 II 243, consid. 1b ; 75 II 149, consid. 1, et les références ; RIEMER (note 58), p. 108 s.

⁷³ TF 4P.344/2006 du 27 février 2007, consid. 5.2.

⁷⁴ TF 4C.47/2006 du 30 mai 2006, consid. 1.2.

social, au motif qu'une évaluation des intérêts en cause était difficile et que la juridiction cantonale avait elle-même adopté ce critère⁷⁵.

37. Cette qualification ne vaut toutefois pas nécessairement pour la procédure cantonale, qui pourrait définir le tribunal matériellement compétent dans ce domaine indépendamment de toute valeur litigieuse⁷⁶, ou considérer la cause comme n'étant pas susceptible d'estimation précise, critère d'attribution matériel du litige à un tribunal selon certaines lois d'organisation judiciaire⁷⁷.
38. Depuis l'entrée en vigueur de la LTF au 1^{er} janvier 2007, une valeur litigieuse de CHF 30'000.— est nécessaire pour recourir en matière civile (art. 74 LTF)⁷⁸. A défaut, c'est le recours constitutionnel subsidiaire qui est ouvert (art. 113 ss LTF).
39. Nous évoquerons à nouveau la valeur litigieuse de la demande en annulation au moment d'examiner l'avance de frais requise par les tribunaux dans ce domaine⁷⁹.

B. La qualité pour agir et pour défendre

1. La qualité pour agir

40. Le CA et tout actionnaire⁸⁰ ont qualité pour agir en annulation selon l'art. 706 al. 1 CO. Une demande déposée par exemple au nom d'un ancien actionnaire ou d'un créancier⁸¹ serait irrecevable, faute d'action. Irrecevable et non mal fondée, parce que seuls l'actionnaire et le CA sont en droit d'obtenir un jugement sur le fond. L'action en

⁷⁵ TF 4C.88/2000 du 27 juin 2000, consid. 4b.

⁷⁶ C'est le cas à Neuchâtel depuis le 24 mai 2006, avec l'entrée en vigueur de la LICO 23-34, du 28 mars 2006. Son art. 1 ch. 2 lit. d donne la compétence de statuer sur les demandes en annulation au président du Tribunal de district, indépendamment de la valeur litigieuse.

⁷⁷ Voir par exemple art. 21b OJ NE.

⁷⁸ ATF 133 III 368, consid. 1.3.

⁷⁹ Voir N 86 ss.

⁸⁰ Une seule action suffit, voir ATF 117 II 290.

⁸¹ ATF 64 II 150, JT 1939 I 17.

annulation aboutit comme toute action constitutive au prononcé d'un jugement formateur⁸².

41. Si le critère retenu est simple, certaines difficultés peuvent toutefois survenir, lorsque par exemple la qualité d'actionnaire du demandeur est contestée, lorsque celui-ci cède ses droits en cours d'instance ou lorsque le CA a changé de composition à l'AG dont les décisions font l'objet de la contestation.

a. La qualité d'actionnaire

aa) Généralités

42. Doit être démontrée la qualité d'actionnaire du demandeur au moment du dépôt de la demande. Le demandeur pourrait avoir acquis cette qualité après le prononcé de la décision⁸³. La preuve peut être rapportée par la possession du titre (action ou certificat d'actions) lorsque l'action est émise au porteur (art. 683, 689a al. 2 CO)⁸⁴. Les contestations quant à la titularité du possesseur ne sont pas exclues⁸⁵. Les actions au porteur sont fréquemment déposées auprès de la Sega (SIS SegInterSettle SA depuis 1999). Elles sont désormais remplacées par des certificats représentant un grand nombre de titres (titres globaux) vu qu'elles ne sortent jamais du dépôt dans les faits⁸⁶. Le projet de loi fédérale sur les titres intermédiés, du 15 novembre 2006,

⁸² Voir ZK-BÜRGI, Art. 706 N 24 ; BSK-DUBS/TRUFFER, Art. 706 N 1 ; BÖKLI (note 5), § 16 N 131 ; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (note 3), § 25 N 71 s.

⁸³ De cet avis, SCHLUEP WALTER RENÉ, Die Wohlerworbenen Rechte des Aktionärs und ihr Schutz nach schweizerischem Recht, Zurich 1955, p. 290 ; ROHRER (note 48), p. 74 ; RIEMER (note 58), p. 78 ; LEHMANN PETER, Missbrauch der aktienrechtlichen Anfechtungsklage, Aarau 2000, p. 197 s. ; VOCK (note 50), p. 92. *Contra*, TF in SJ 1981, p. 39 ; ZK-BÜRGI, Art. 706 N 50 ; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (note 3), § 25 N 43.

⁸⁴ Voir ATF 115 II 468, consid. 2e, JT 1990 I 374 ; TF 5P.391/2006 du 18 décembre 2006.

⁸⁵ Voir ATF 112 II 356, JT 1987 I 84 ; RIEMER (note 58), p. 75 ; ROHRER (note 48), p. 71.

⁸⁶ Pour des développements, voir BOHNET FRANÇOIS, La théorie générale des papiers-valeurs, passé, présent, futur, Neuchâtel 2000, N 149 ss.

prévoit à son art. 16 que le titulaire d'un compte de titres peut exiger en tout temps du dépositaire qu'il établisse une attestation des titres inscrits à son compte⁸⁷.

43. Si, par hypothèse, l'actionnaire a perdu son action au porteur, mais qu'il dispose d'éléments individualisant son titre (copie de l'action, mention sur un document séparé, numéro du titre⁸⁸), il pourra agir en annulation et, parallèlement, si ses droits sont contestés, demander l'annulation du titre - procédure gracieuse⁸⁹ lui permettant d'obtenir, le cas échéant, un duplicata (art. 972 al. 1 CO).
44. Lorsque l'action est nominative (art. 684 CO) ou non à ordre⁹⁰, la titularité du demandeur peut être démontrée par la présentation de l'action ou du certificat d'actions établi à son nom ou endossé à son nom ou en blanc⁹¹, par un certificat à sens unique établi par la SEGA/SIS⁹² (une attestation du dépositaire selon l'art. 16 du projet de loi sur les titres intermédiés⁹³), ou encore par une réquisition portant sur la présentation du registre des actions (art. 686, 689a al. 1 CO)⁹⁴.
45. Peuvent également agir en annulation, comme les actionnaires, les titulaires de bons de participation (art. 656a al. 2 CO et 656c al. 1 et 2 CO *a contrario*), ainsi que l'actionnaire sans droit de vote (art. 685f al. 2 CO)⁹⁵. Quant au porteur de bons de jouissance, il n'a qualité pour agir en annulation que lorsque ce droit lui a été réservé par les statuts⁹⁶.

⁸⁷ FF 2006 p. 8219.

⁸⁸ ATF 83 II 445, JT 1958 I 280.

⁸⁹ ATF 82 II 224; 46 II 140, JT 1920 I 434.

⁹⁰ Voir ZK-JÄGGI, Art. 974 N 27.

⁹¹ Voir ZK-JÄGGI, Art. 1145 N 46 ss.

⁹² Voir BOHNET FRANÇOIS (note 86), N 151.

⁹³ Voir note 87.

⁹⁴ L'inscription au registre ne constitue toutefois qu'une présomption de titularité, qui peut être renversée, voir ATF 90 II 164, consid. 3, JT 1965 I 48 ; 117 II 186, JT 1993 I 85 ; 124 III 350, consid. 2c, JT 1999 I 362 ; TF 4P.240/2000 du 25 janvier 2001 ; RIEMER (note 58), p. 75.

⁹⁵ Voir BSK-DUBS/TRUFFER, Art. 706 N 4 ; BÖCKLI (note 5), § 16 N 104 s. ; FORTSMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (note 3), § 25 N 42.

⁹⁶ BSK-DUBS/TRUFFER, Art. 706 N 4 ; FORTSMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL

bb) En cas de co-titularité et de droit réel restreint

46. Lorsque l'action est propriété de plusieurs personnes (suite à un héritage par exemple, art. 602 CC), le représentant au sens de l'art. 690 CO peut agir en annulation⁹⁷. Comme l'exécuteur testamentaire chargé de l'administration des biens successoraux (art. 518 CC), il a qualité pour conduire le procès en son propre nom et en tant que partie à la place de ceux qui sont, quant au fond, titulaires du droit litigieux. Les copropriétaires ou les propriétaires communs peuvent-ils également agir directement, en qualité de consorts nécessaires ? On l'exclut pour l'exécuteur testamentaire. A notre sens, la même solution devrait être retenue ici⁹⁸. Vu toutefois le bref délai de l'art. 706a al. 1 CO, on pourrait envisager à notre sens le dépôt d'une demande, ou en tout cas d'une requête de mesures provisionnelles, par l'un des copropriétaires ou des propriétaires communs, sous réserve de ratification par le représentant, comme la jurisprudence l'admet en matière de communauté héréditaire⁹⁹.
47. En cas d'usufruit (par exemple de l'épouse suite au décès de son mari, art. 473 CC), tant l'usufruitier (art. 690 al. 2 CO) que le nu-propriétaire peuvent agir en annulation¹⁰⁰. Si l'action est gagée, l'actionnaire, qui seul à la qualité pour agir¹⁰¹, demandera une attestation du créancier-gagiste afin de pouvoir démontrer sa titularité en cas de contestation.

(note 3), § 47 N 33 ; BÖCKLI (note 5), § 16 N 106, lui reconnaît ce droit lorsqu'il est atteint par la décision prise.

⁹⁷ ZK-BÜRGI, Art. 706 N 50 ; RIEMER (note 58), p. 73.

⁹⁸ De cet avis, ZK-BÜRGI, Art. 706 N 50 ; BSK-LÄNZLINGER, Art 690 N 9 ; ROHRER (note 48), p. 76 s. ; SCHLUEP (note 83), p. 290 ; II *Camera civile*, 27 juin 1975, REP 1976 p. 230. *Contra*, RIEMER (note 58), p. 73 ; VOCK (note 50), p. 88.

⁹⁹ ATF 74 II 215, JT 1949 I 264 ; 73 II 162, JT 1948 I 209 ; 58 II 195, JT 1933 I 561 ; SCHAAD MARIE-FRANÇOISE, La consorité en procédure civile, Neuchâtel 1993, p. 344, et les références.

¹⁰⁰ ATF 46 II 473, consid. 2 (*obiter dictum*), JT 1921 I 359 ; ZK-BÜRGI, Art. 706 N 51 ; BSK-LÄNZLINGER, Art. 690 N 16 ; MONTAVON (note 6), p. 541 ; DE STEIGER FRITZ, Le droit des sociétés anonymes en Suisse, Lausanne 1950, p. 156 s. ; VOCK (note 50), p. 94.

¹⁰¹ ZK-BÜRGI, Art. 689 N 71 ; RIEMER (note 58), p. 74 ; VOCK (note 50), p. 94.

48. Celui qui possède l'action à titre fiduciaire est titulaire des droits sociaux et donc du droit d'agir en annulation¹⁰². Le fiduciaire devra, si le fiduciaire ne respecte pas ses instructions, faire valoir ses droits à son encontre. Le fiduciaire ne pourra invoquer sa qualité d'actionnaire pour agir en annulation, à tout le moins lorsque le titre est documenté dans un papier-valeur et que celui-ci a été remis en pleine propriété au fiduciaire¹⁰³. Si en revanche l'action n'est pas documentée, le fiduciaire en devient titulaire par cession légale au sens de l'art. 401 al. 1 CO dès l'instant où il a satisfait, de son côté, à ses diverses obligations envers le fiduciaire¹⁰⁴. La cession porte sur tous les droits liés à la détention d'une action, en particulier les droits de sociétaire¹⁰⁵.

*cc) En cas de transfert d'actions nominatives liées*¹⁰⁶

49. En cas de transfert de l'action nominative, se pose la question de la qualité pour agir lorsque la transmissibilité a été restreinte. Si l'action nominative n'est pas entièrement libérée, seul l'aliénateur peut agir tant que la société n'a pas donné son approbation au transfert (art. 685 CO, restriction légale¹⁰⁷). L'approbation n'est toutefois pas requise en cas d'acquisition par succession, partage successoral, en vertu du régime matrimonial ou dans une procédure d'exécution forcée. Pour le reste, le refus d'approbation de la société ne se justifie qu'en cas de solvabilité douteuse de l'acquéreur et, dans cette hypothèse, à défaut de fourniture de sûretés (art. 685 al. 2 CO).

¹⁰² ATF 115 II 468, consid. 2, JT 1990 I 374 ; 117 II 290, consid. 4. Voir RIEMER (note 58), p. 74 s. ; ROHRER (note 48), p. 74 ; VOCK (note 50), p. 93.

¹⁰³ Voir ATF 124 III 350, JT 1999 I 362.

¹⁰⁴ ATF 115 II 468, consid. 2, JT 1990 I 374. Voir également TF 4C.47/2006 du 30 mai 2006, consid. 2.

¹⁰⁵ Voir ATF 124 III 350, JT 1999 I 362.

¹⁰⁶ Pour plus de détails, en particulier quant aux moyens à disposition du reprenant en cas de refus d'approbation par la société, voir BOHNET FRANÇOIS, Les conditions de recevabilité de l'action en annulation du droit de la société anonyme, in Mélange Roland Ruedin, Neuchâtel 2006, p. 183 ss.

¹⁰⁷ TF 4C.242/2001 du 5 mars 2003, consid. 2.2.

50. Pour les actions nominatives non cotées en bourse dont le transfert a été subordonné à l'approbation de la société (art. 685a, 685b CO), l'aliénateur reste titulaire du droit d'agir en annulation tant que l'approbation n'a pas été donnée par la société (art. 685c al. 1 CO). C'est également le cas lorsque l'action a été acquise par succession, partage successoral, en vertu du régime matrimonial ou en vertu d'une procédure d'exécution forcée : seuls la propriété du titre et les droits patrimoniaux passent immédiatement à l'acquéreur (art. 685c al. 2 CO).
51. Le même principe vaut pour les actions nominatives cotées en bourse dont le transfert a été subordonné à l'approbation de la société, lorsque celles-ci ont été acquises hors bourse. Dans une telle situation, l'acquéreur doit déposer auprès de la société une demande de reconnaissance comme actionnaire et, jusqu'à cette reconnaissance, il ne peut exercer ni le droit de vote qui découle de l'action, ni les autres droits attachés au droit de vote, en particulier le droit d'agir en annulation (art. 685f al. 1 et 2 CO).
52. En revanche, lorsque l'action nominative cotée en bourse est acquise en bourse, tous les droits passent à l'acquéreur du fait du transfert. Ainsi, l'acquéreur est titulaire du droit d'agir en annulation des décisions prises par l'AG dès l'acquisition (art. 685f al. 1 CO).

dd) En cas de transfert au cours du procès

53. Si les successions universelles (successions ; régimes matrimoniaux ; fusions, etc.) opèrent une substitution de plein droit, en vertu du droit fédéral (réserve de l'art. 81 al 4 P-CPC)¹⁰⁸, qu'en est-il du transfert à titre singulier ? L'actionnaire conserve-t-il sa qualité pour agir s'il aliène l'ensemble de ses titres au cours de la procédure ? La réponse dépend actuellement du droit cantonal : c'est ce droit qui détermine la conséquence d'une cession en cours d'instance¹⁰⁹. A Neuchâtel par exemple, l'art. 25 CPC NE prévoit que « lorsque, par

¹⁰⁸ ATF 131 I 57, consid. 2.1; FF 2006 p. 6899 ; HOHL FABIENNE, Procédure civile, vol. I, Berne 2001, N 666 ; GULDENER MAX, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3^e éd. Zurich 1979, p. 144 s. ; LEHMANN (note 83), p. 199 s.

¹⁰⁹ ATF 131 I 57, consid. 2.1 ; 125 III 8, consid. 3bb, SJ 1999 I 273.

un acte entre vifs, un tiers succède au cours du procès dans les droits et obligations d'une partie, celle-ci est solidairement tenue de l'exécution du jugement en principal et accessoires ». L'acquéreur devient ainsi partie au procès et l'aliénateur reste solidairement responsable des frais et dépens auxquels celui-là pourrait être condamné. Le Tribunal fédéral considère que le droit cantonal n'a pas à soumettre la substitution de partie à l'accord de la partie adverse, sauf si le demandeur n'était pas légitimé au moment de l'introduction de l'instance¹¹⁰.

54. L'art. 81 al. 1 P-CPC reprend cette règle en cas d'aliénation de l'objet du litige : « Lorsque l'objet litigieux est aliéné en cours d'instance, l'acquéreur peut reprendre le procès en lieu et place de la partie qui se retire ». En revanche, la substitution requiert l'accord de la partie adverse dans toute autre hypothèse. Ainsi, en matière d'action en annulation du droit de la société anonyme, le cédant demeure légitimé, et le cessionnaire ne peut reprendre le procès qu'avec l'accord de la partie adverse. La procédure doit suivre son cours, sans que l'on puisse faire valoir que le demandeur n'a plus d'intérêt à l'annulation vu l'aliénation. Cependant, selon l'analyse de BÜRGI¹¹¹, le procès se termine, faute de demandeur. Si tel était le cas, cela signifierait que les circonstances de fait en cours de procès seraient en réalité prises en compte, mais de façon incomplète.
55. La doctrine récente considère que le procès peut être continué par l'acquéreur sans que le droit cantonal n'ait apparemment à être pris en compte, et si l'on suit cette ligne, les règles du code de procédure civile suisse. L'action en annulation serait en effet non seulement dans l'intérêt de l'actionnaire demandeur, mais également dans celui de la société¹¹². A relever que pour KOLLER¹¹³, la qualité pour agir doit être reconnue tant à l'aliénateur qu'à l'acquéreur, si toutefois ceux-ci ont intérêt¹¹⁴ à l'action. A notre avis, l'intérêt de l'aliénateur ne peut en

¹¹⁰ TF in RSPC 2006 p. 148 ; ATF 118 Ia 129, JT 1993 I 398.

¹¹¹ ZK-BÜRGI, Art. 706 N 50.

¹¹² BSK-DUBS/TRUFFER, art. 706 N 5 ; BÖCKLI (note 5), § 16 N 104 ; ne prennent pas position, FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (note 3), § 25 N 43.

¹¹³ KOLLER ALFRED, Die aktienrechtliche Anfechtungsklage, in Recht 1988 p. 55.

¹¹⁴ Infra, 3.

aucun cas être reconnu, puisque celui-ci ne pourra de toute manière pas participer à la nouvelle décision à prendre en cas d'annulation.

b. La qualité de conseil d'administration

56. La décision d'agir en annulation d'une décision de l'AG doit être prise par le CA, à la majorité des voix émises¹¹⁵ – le président ayant voix prépondérante en cas d'égalité, sauf dispositions contraires des statuts (art. 713 al. 1 CO). La demande peut être signée par un seul membre du conseil, sauf disposition réglementaire ou statutaire contraire (art. 718 al. 1 CO, par extension). Elle ne peut l'être en revanche à notre sens par un directeur, puisque, si celui-ci peut représenter la société (art. 718 al. 2 CO), il ne peut cependant agir pour le CA au sens de l'art. 706 CO.
57. En cas de contestation quant à la qualité pour agir du CA, celui-ci pourra se légitimer par le dépôt d'un extrait du procès-verbal tenu lors de la séance de prise de décisions (art. 713 al. 3 CO) et signé par le président et le secrétaire. Si la décision du CA se révèle nulle¹¹⁶, le CA n'a pas qualité pour agir, et le vice ne devrait pouvoir être réparé que si une décision valable est prise avant l'échéance du délai pour agir en annulation. En cas de doute, les administrateurs favorables au dépôt d'une demande auraient ainsi avantage à agir également en leur qualité d'actionnaires¹¹⁷. S'ils ne le font pas, il ne reviendrait pas selon nous au juge saisi de convertir la qualité en vertu de laquelle les intéressés ont agi, et il devrait refuser d'entrer en matière.
58. Les membres du CA voyant leurs fonctions révoquées par la décision qu'ils entendent attaquer devraient agir non pas par l'entremise de l'ancien CA, mais en invoquant leur qualité d'actionnaire. La décision révoquant leur fonction est en effet en force tant qu'elle n'a pas été annulée par un prononcé formateur résolutoire¹¹⁸. Certes, ils

¹¹⁵ Voir ZK-BÜRGI, Art. 706 N 57.

¹¹⁶ Pour une casuistique, voir BSK-WERNLI, Art. 714 N 12 ss.

¹¹⁷ Un membre du CA peut également agir en sa qualité d'actionnaire, voir ATF 75 II 149, consid. 2b ; BSK-DUBS/TRUFFER, Art. 706 N 4 ; KOLLER (note 113), p. 54.

¹¹⁸ ZK-BÜRGI, Art. 706 N 73 ; BSK-DUBS/TRUFFER, Art. 706 N 24 ; BÖCKLI (note 5), § 16 N 128 ; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (note 3), § 25 N 62 ;

pourraient agir de la sorte en invoquant la nullité de la décision prise (art. 706b CO), mais cette démarche demeure risquée si le tribunal aboutit à la conclusion que la décision était seulement annulable.

2. La qualité pour défendre

59. La demande en annulation doit être dirigée contre la société. Par exemple, serait irrecevable une demande déposée à l'encontre de l'actionnaire majoritaire à l'origine de la décision querellée, faute de qualité pour défendre¹¹⁹. Un acte désignant le CA et non la SA représentée par le CA, comme partie adverse, pourra probablement faire l'objet d'une rectification¹²⁰ sur requête du destinataire en vertu de l'art. 130 al. 1 P-CPC: « Les vices de forme comme l'absence de signature ou de procuration doivent être rectifiés dans un délai. A défaut, l'acte n'est pas pris en considération ».
60. A moins que la demande ne soit introduite par le CA, la société, partie défenderesse, est représentée en principe par celui-là (art. 706a al. 2 CO *a contrario*)¹²¹. En principe seulement, puisqu'il faut encore réserver le cas où la majorité, ou la moitié déjà, des membres du CA agissent en annulation, en leur qualité d'actionnaire. Dans cette situation, la solution prévalant en cas de demande introduite par le CA devrait être retenue: il revient au juge de nommer un représentant de la société (art. 706a al. 2 CO)¹²². Le représentant devrait être choisi en dehors des organes de la société¹²³ et agir dans les intérêts de celle-ci, sur le fondement des décisions prises par l'AG¹²⁴, comme le ferait un curateur pour une société privée d'organe

DRUEY (note 3), p. 161.

¹¹⁹ ATF 122 III 279, consid. 3c, aa, JT 1998 I 605 ; 23 I 913, consid. 2 ; ZK-BÜRGI, art. 706 N 54 ; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (note 3), § 25 N 52.

¹²⁰ Comparer ATF 131 I 57, consid. 2.1 et, en matière de poursuites, ATF 120 III 11.

¹²¹ BSK-DUBS/TRUFFER, Art. 706a N 8 ; ZK-BÜRGI, art. 706 N 56 ss.

¹²² Selon BSK-DUBS/TRUFFER, Art. 706 N 8, l'art. 706a al. 2 CO n'est applicable par analogie que lorsque tous les membres du CA ont agi en annulation en leur qualité d'actionnaires. ZK-BÜRGI, Art. 706 N 57, semblait plutôt retenir, implicitement, la solution que nous préconisons.

¹²³ BSK-DUBS/TRUFFER, Art. 706a N 7.

¹²⁴ Comme le CA, il doit défendre les intérêts de la société, c'est-à-dire les intérêts des

(art. 393 ch. 4 CC). Le droit cantonal demeurera compétent pour déterminer quel juge sera en charge de nommer le représentant¹²⁵. Il ne s'agira pas nécessairement du juge saisi de la demande en annulation. La procédure de nomination étant formellement gracieuse¹²⁶, elle relève généralement d'un juge unique¹²⁷.

61. Se justifie-t-il également de nommer un représentant lorsque des membres du CA déchus agissent en nullité, respectivement en annulation de leur révocation et de la nomination des nouveaux membres du conseil ? Non à notre avis : dans un tel cas, il n'existe pas d'intérêts contradictoires¹²⁸ : les anciens membres du CA interviennent en qualité d'actionnaires demandeurs, à l'encontre de la société représentée par le nouveau CA, dont les membres doivent pouvoir se défendre à l'occasion de la procédure en constat de nullité (art. 706b CO), respectivement en annulation (art. 706 CO) de leur élection. On peut tirer ici un parallèle avec la jurisprudence fédérale qui reconnaît la capacité d'être partie à une entité dont l'existence est au coeur du procès¹²⁹.

3. L'intervention

62. L'art. 72 P-CPC autorise un tiers à la procédure à intervenir aux côtés du demandeur ou du défendeur, pour soutenir sa position : « Quiconque rend vraisemblable un intérêt juridique à ce qu'un litige pendant soit jugé en faveur de l'une des parties peut en tout temps intervenir à titre accessoire et présenter au tribunal une requête en intervention à cet effet ». L'intervention peut se concevoir tant aux

actionnaires majoritaires et ne pas représenter une opinion individuelle, ou en tous les cas divergente, voir ATF 122 III 279, consid. 3c, aa, JT 1998 I 605.

¹²⁵ L'organisation judiciaire reste dans la compétence des cantons, art. 122 al. 2 Cst.

¹²⁶ TF 5P.270/2003 du 23 décembre 2003, consid. 1.2.

¹²⁷ Par exemple, à Neuchâtel, le président du Tribunal de district, en vertu de l'art. 1 ch. 2 lit. e LICO23-34, du 28 mars 2006. BSK-DUBS/TRUFFER, Art. 706a N 7, citent l'exemple de Zurich où la compétence relève du juge unique en procédure sommaire.

¹²⁸ L'art. 706a al. 2 CO vise à éviter les conflits d'intérêts, voir BSK-DUBS/TRUFFER, Art. 706a N 7.

¹²⁹ ATF 100 III 19, JT 1976 II 67.

côtés du demandeur qu'aux côtés de la société défenderesse¹³⁰. L'intervention pourrait être ouverte non seulement aux actionnaires, mais également à d'autres tiers intéressés par le prononcé, par exemple à un créancier, selon les circonstances.

C. L'intérêt pour agir

63. Si l'actionnaire a qualité pour agir en annulation des décisions prises par l'AG, il faut encore qu'il ait un intérêt. A défaut, le juge n'entre pas en matière (art. 57 al. 2 lit. a P-CPC)¹³¹. En d'autres termes, pas d'intérêt, pas d'action. Depuis bien des années, le Tribunal fédéral retient que le droit fédéral régit exhaustivement la condition de l'intérêt lorsqu'une prétention de droit fédéral est en cause, ce qui signifie non seulement que les cantons ne peuvent pas nier l'existence d'un intérêt lorsqu'il est reconnu en vertu du droit fédéral, mais aussi qu'ils ne peuvent plus ouvrir le droit à un jugement au fond plus largement que ne le permet le droit fédéral, lorsque celui-ci nie l'existence d'un intérêt¹³². L'intérêt n'est donné que lorsque l'on se trouve en présence d'une lésion.
64. En matière d'annulation des décisions prises par l'AG, la question de l'existence d'un intérêt se pose dans diverses hypothèses¹³³. Selon le Tribunal fédéral et la doctrine majoritaire, seuls les actionnaires qui se sont prononcés contre la décision, se sont abstenus ou qui n'ont pas pris part à l'AG ont qualité pour agir en annulation de la décision. Une demande en annulation introduite par un actionnaire ayant voté en faveur de la décision¹³⁴ serait contraire au principe de la bonne foi¹³⁵.

¹³⁰ Voir ATF 122 III 279, consid. 3c, aa, JT 1998 I 605 ; BSK-DUBS/TRUFFER, Art. 706 N 23 ; BÖCKLI (note 5), § 16, N 141 ; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (note 3), § 25 N 70 ; VOCK (note 50), p. 104 ss.

¹³¹ Voir ATF 122 III 279, consid. 3c, cc, JT 1998 I 605.

¹³² Voir ATF 110 II 352, JT 1985 I 354 ; 123 III 49, JT 1998 I 659.

¹³³ Voir les développements de LEHMANN (note 83), p. 165 ss et de BÖCKLI (note 5), § 16 N 107. L'art. 691 al. 3 CO donne un bon exemple de cette condition.

¹³⁴ Sur la notion de vote favorable, voir ROHRER (note 48), p. 84.

¹³⁵ Voir ATF 99 II 55, JT 1973 I 618 ; 74 II 41, JT 1949 I 10 ; BSK-DUBS/TRUFFER, art. 706 N 6 ; BÖCKLI (note 5), § 16 N 107 ; FORSTMOSER/MEIER-

65. A notre sens, le critère déterminant est celui de l'intérêt. Or, le bénéfice d'une protection judiciaire doit être refusé en cas d'abus, faute d'intérêt. L'abus exclut l'intérêt¹³⁶.
66. Dès lors, il faudra tenir compte des circonstances d'espèce pour déterminer si un actionnaire ayant voté en faveur d'une décision pourra ensuite invoquer un intérêt à agir en annulation de cette décision. A notre avis, il n'est pas nécessaire de recourir à la notion d'erreur des art. 23 ss CC¹³⁷. Une simple méconnaissance de l'actionnaire ou une erreur qui ne serait pas essentielle au sens des dispositions précitées ne devraient pas l'empêcher d'agir faute d'intérêt.
67. Pour le reste, un intérêt à agir doit être admis dès l'instant où l'actionnaire ou le CA fait valoir que la décision attaquée viole la loi ou les statuts¹³⁸. Le Tribunal fédéral est trop restrictif lorsqu'il indique que la recevabilité de la demande suppose que le jugement puisse modifier la situation des actionnaires agissant en annulation¹³⁹. Il suffit en réalité que la situation de la société puisse être modifiée¹⁴⁰. Sera en revanche irrecevable faute d'intérêt une demande en annulation à l'appui de laquelle seul le caractère injustifié ou inadéquat de la décision est invoqué, mais non son caractère contraire à la loi ou aux statuts¹⁴¹.

HAYOZ/NOBEL (note 3), § 25 N 45.

¹³⁶ Dans ce sens, ATF 122 III 279, consid. 3a, JT 1998 I 605 ; 107 II 179, consid. 2, JT 1981 I 375 ; 86 II 165, JT 1960 I 559.

¹³⁷ De cet avis en revanche, BSK-DUBS/TRUFFER, art. 706 N 6 ; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (note 3), § 25 N 45 ; RIEMER (note 58), p. 92 s. ; VOCK (note 50), p. 97. Pour des développements sur les décisions de l'AG et les vices de la volonté, voir HOMBURGER/MOSER, Willensmängel bei der Beschlussfassung des Generalversammlung der Aktionäre, Mélanges Pierre Engel, Lausanne 1989, p. 145 ss.

¹³⁸ Voir ATF 122 III 279, consid. 2, JT 1998 I 605 ; 99 II 55, JT 1973 I 618 ; 74 II 41, JT 1949 I 10.

¹³⁹ ATF 122 III 279, consid. 3a, JT 1998 I 605. Voir également TF 4C.47/2006 du 30 mai 2006, consid. 2.

¹⁴⁰ BSK-DUBS/TRUFFER, Art. 706 N 4a ; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (note 3), § 25 N 44.

¹⁴¹ Voir ATF 117 II 290, consid. 6a ; 100 II 384, consid. 3b, JT 1974 I 334, et les

68. Devrait également être déclarée irrecevable faute d'intérêt une demande en annulation d'une décision modifiant les statuts dont le nouveau texte pourrait selon le demandeur être interprété ultérieurement d'une manière contraire à la loi¹⁴².
69. Une demande en annulation pourrait également se révéler abusive, et donc dénuée d'intérêt, lorsqu'elle n'est introduite que pour des motifs de façade, de manière chicanière, en vue par exemple de bloquer les activités de la société, afin d'obtenir des avantages injustifiés, sachant que la société sera encline à négocier le retrait de la demande¹⁴³. En pratique, cette démonstration risque de se révéler complexe, ce d'autant qu'elle se limite, au stade des conditions de recevabilité, à l'examen des mémoires échangés par les parties.
70. N'est pas dénuée d'intérêt une demande en annulation de l'élection de l'organe de révision pour manque d'indépendance, bien que les comptes aient été approuvés : l'annulation permet de réparer le déficit d'information et peut influencer l'exercice ultérieur du droit de vote ou constituer la base d'une action en responsabilité par exemple¹⁴⁴.
71. Selon une jurisprudence ancienne¹⁴⁵, la demande en annulation d'une décision de l'AG serait subsidiaire à la demande en responsabilité. Ce principe a été justement critiqué par les auteurs¹⁴⁶ : l'action en annulation et l'action en responsabilité doivent pouvoir être introduites de manière indépendante et concurrente. Elles ont un objet différent et ne sont pas dirigées contre les mêmes parties. Alors que la demande en annulation aboutit le cas échéant à un jugement formateur qui modifie la situation juridique¹⁴⁷, la demande en

références.

¹⁴² Voir ATF 117 II 290, consid. 6a.

¹⁴³ BSK-DUBS/TRUFFER, Art. 706 N 1a ; BÖCKLI (note 5), § 16 N 107 ; LEHMANN (note 83), p. 203 ss. ; TF du 25 juin 1991, consid. 2b, in PJA 1992, p. 111.

¹⁴⁴ TF 4C.45/2006 du 26 avril 2007, consid. 7.3, destiné à la publication.

¹⁴⁵ ATF 100 II 384 consid. 2a, JT 1975 I 334 ; 92 II 243, JT 1967 I 251. Voir également ATF 81 II 462, JT 1956 I 244.

¹⁴⁶ BSK-DUBS/TRUFFER, Art. 706 N 1 ; BÖCKLI (note 5), § 18 N 456 ; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (note 3), § 25 N 7.

¹⁴⁷ ZK-BÜRGI, Art. 706 N 73 ; BSK-DUBS/TRUFFER, Art. 706 N 24 ; BÖCKLI (note 5), § 16, N 128 ; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (note 3), § 25 N 62.

dommages-intérêts ne peut aboutir qu'à l'octroi d'une somme d'argent. Le Tribunal fédéral laisse entendre dans un arrêt récent qu'il pourrait bien revoir sa position¹⁴⁸.

72. Si l'AG révoque sa décision en cours d'instance, la procédure devient sans objet et elle prend fin, faute d'intérêt¹⁴⁹. A notre sens, il faut toutefois s'assurer de l'absence de contestation de la décision de révocation dans le délai de l'art. 706a al. 1 CO. Le demandeur devra également prendre garde au fait que la décision de révocation ne soit pas nulle afin d'éviter qu'il ne s'avère après coup que la décision originale est toujours en vigueur. En cas de doute, la procédure ne devra pas être considérée sans objet, sauf accord du demandeur¹⁵⁰.
73. La révocation de la décision par l'AG équivalant à un acquiescement de fait, la société devrait à notre sens être condamnée aux frais et dépens¹⁵¹.

D. Les conclusions

1. L'annulation

74. Le demandeur doit conclure à l'annulation (éventuellement partielle¹⁵²) de la décision querellée. Doit être attaquée la décision telle que documentée dans le procès-verbal de l'AG. Cette règle vaut selon la doctrine majoritaire également lorsque le rédacteur du procès-verbal a fait une erreur dans la verbalisation ou lorsque la personne responsable du décompte des voix s'est trompée et que la décision ne correspond pas à la volonté exprimée par la majorité. L'erreur devra

¹⁴⁸ TF 4C.45/2006 du 26 avril 2007, consid. 7.4, destiné à la publication.

¹⁴⁹ ATF 86 II 165, JT 1960 I 559 ; BSK-DUBS/TRUFFER, Art. 706 N 28.

¹⁵⁰ LEHMANN (note 83), p. 189 ss, relève encore que le demandeur pourrait avoir un intérêt au maintien de sa demande, si la décision de révocation prise par l'assemblée générale n'a qu'un effet *ex nunc*, alors que l'annulation de la décision est prononcée avec effet *ex tunc*.

¹⁵¹ Sur la répartition des frais et dépens en cas de demande devenue sans objet, voir TF 5P.394/2005 du 16 janvier 2006, consid. 2.3.

¹⁵² L'annulation partielle est admise par la jurisprudence, sur le fondement de l'art. 20 al. 2 CO, voir ATF 122 III 279, consid. 3c, bb, JT 1998 I 605 ; 86 II 178, JT 1961 I 7 ; 84 II 550, JT 1959 II 172.

être invoquée dans la demande en annulation¹⁵³. Les développements du Tribunal fédéral sur la portée de la demande en annulation vont dans ce sens¹⁵⁴.

75. Si le demandeur ne conclut pas à l'annulation (éventuellement partielle) de la décision mais à sa modification, prononcé qui est exclu selon la jurisprudence actuelle¹⁵⁵ (sauf exceptions¹⁵⁶), il convient d'interpréter les conclusions à la lumière de l'exposé des faits et des motifs pour éviter tout formalisme excessif prohibé par l'art. 29 al. 2 Cst. féd.¹⁵⁷. Lorsque le juge parvient au terme de son analyse à la conclusion que le demandeur souhaite obtenir l'annulation de la décision pour que l'AG puisse ensuite prendre une nouvelle décision allant le cas échéant dans le sens de ses conclusions, la demande devrait être déclarée recevable¹⁵⁸. Si tel n'est pas le cas, le juge devrait refuser d'entrer en matière. Bien entendu, lorsque le demandeur conclut à l'annulation de la décision, puis au prononcé d'une décision matérielle par le juge, cette seconde conclusion devra être déclarée irrecevable.

¹⁵³ BSK-DUBS/TRUFFER, Art. 706 N 2a ; BÖCKLI (note 5), § 12 N 183 ; DRUEY (note 3), p. 144 ss.

¹⁵⁴ Voir ATF 122 III 279, consid. 3c, bb, JT 1998 I 605.

¹⁵⁵ Voir ATF 75 II 149, consid. 2b, JT 1950 I 571 ; ATF 122 III 279, consid. 3c, bb, JT 1998 I 605, qui ne réexamine pas ce point ; ZK-BÜRGI, Art. 706 N 69 ; BSK-DUBS/TRUFFER, Art. 706 N 24 ; BÖCKLI (note 5), § 16 N 131 ; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (note 3), § 25 N 61. Comparer, en matière de PPE, TF in RSPC 2006, p. 373.

¹⁵⁶ Voir la liste dressée par la Cour de cassation zurichoise, ZR 1982 N 91, p. 218, RSJ 1983 p. 161 ; RIEMER (note 58), p. 96 ss.

¹⁵⁷ Pour quelques exemples, voir la liste dressée in ATF 113 Ia 84. Sur la formulation des conclusions, voir VOCK (note 50), p. 111 ss. A relever que ni le projet de code, ni le Message ne traitent la question.

¹⁵⁸ Voir, par analogie, ATF 125 III 412, consid. 1, TF 4C.242/2005 du 9 novembre 2005 et TF 4C.258/2005 du 24 octobre 2005, sur l'interprétation des conclusions du recours en réforme.

2. Le constat de nullité

76. Comme nous l'avons montré ci-dessus¹⁵⁹, la distinction entre les motifs d'annulation et les causes de nullité d'une décision de l'AG n'est pas aisée. Au vu des incertitudes régnant dans ce domaine, il est recommandé de conclure principalement à la nullité de la décision, subsidiairement à son annulation, à moins que la cause invoquée ne puisse à l'évidence que consister en un motif d'annulation de la décision. Certes, le juge ne statuerait pas *ultra petita*¹⁶⁰ en constatant la nullité alors que les conclusions de la demande portent sur l'annulation de la décision, puisque dans les deux cas le prononcé, qu'il soit constatatoire ou formateur, déploie des effets *ex tunc*¹⁶¹. Mais le juge pourrait tout aussi bien rejeter formellement la demande et ne relever que dans ses motifs la nullité de la décision attaquée.
77. En revanche, si le demandeur agit exclusivement en constat de la nullité de la décision prise par l'AG, le juge ne pourra prononcer l'annulation. Celle-ci va au-delà du simple constat, puisqu'elle suppose un prononcé formateur du juge.

E. Le délai pour agir

1. Généralités

78. L'art. 706a CO fixe un délai de déchéance de deux mois dès la prise de décision par l'AG pour agir en annulation, peu importe la date à laquelle l'actionnaire en prend connaissance¹⁶². Le délai se calcule conformément à la règle de l'art. 77 al. 1 ch. 3 CO (identique à

¹⁵⁹ Voir N 5 ss.

¹⁶⁰ La règle relève actuellement du droit cantonal de procédure, voir TF 4P.263/2003 du 1^{er} avril 2003 ; TF 4C.285/2000 du 14 mars 2001 ; ATF 64 II 385, JT 1939 I 334. Elle est reprise à l'art. 56 al. 1 P-CPC (principe de disposition).

¹⁶¹ Voir ATF 120 II 172, par analogie ; ROHRER (note 48), p. 88. Sur l'effet *ex tunc* du prononcé en annulation, voir ZK-BÜRGI, Art. 706 N 73 ; BSK-DUBS/TRUFFER, Art. 706 N 24 ; BÖCKLI (note 5), § 16 N 128 ; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (note 3), § 25 N 62.

¹⁶² ZK-BÜRGI, Art. 706 N 67 ; BSK-DUBS/TRUFFER, Art. 706a N 2 ; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (note 3), § 25 N 54.

l'art. 140 al. 2 P-CPC). Ainsi, une décision adoptée le 25 janvier peut être attaquée jusqu'au 25 mars, une décision prononcée le 31 juillet jusqu'au 30 septembre de la même année.

79. Comme tout délai de déchéance, le délai de l'art. 706a CO ne peut être ni interrompu, ni prolongé¹⁶³. S'il n'est pas suspendu durant les périodes de vacances judiciaires cantonales¹⁶⁴, il devrait l'être pendant les suspensions prévues par l'art. 143 al. 1 P-CPC.
80. Il convient de relever que le délai de l'art 706a CO ne s'applique pas à la requête de renseignements au sens de l'art. 697 CO¹⁶⁵ : en cas d'action en annulation, il existe un intérêt élémentaire de la société à savoir rapidement si une décision de l'assemblée est valide, celle-ci pouvant être la base des actes à venir de la société ; un tel intérêt n'existe pas en cas de requête en information¹⁶⁶.
81. Le respect du délai sera désormais assuré par le dépôt de la requête de conciliation ou, à défaut¹⁶⁷, par le dépôt de la demande (art. 60 P-CPC). Ce dépôt ne déterminera pas seulement le respect du délai, mais fondera également la litispendance¹⁶⁸. L'unification permettra enfin de renoncer au système actuel, qui consiste à examiner si la citation en conciliation du droit cantonal a pour effet d'astreindre l'autorité saisie en cas d'échec de sa tentative à transmettre d'office la cause au juge compétent. La citation suffit également dans le régime en vigueur si la loi de procédure cantonale lie la procédure de conciliation et le procès au fond au moins en ce sens que le demandeur est tenu de porter le litige devant le juge du fond dans un certain délai à partir de la fin de la procédure de conciliation, sous

¹⁶³ ZK-BÜRGI, Art. 706 N 67 ; DRUEY (note 3), p. 151 ; RIEMER (note 58), p. 86 ; Cour d'appel, RFJ 1983 p. 17.

¹⁶⁴ ATF 123 III 67, JT 1997 I 601 ; 119 II 434.

¹⁶⁵ TF 4C.234/2002 du 4 juin 2003, consid. 3.

¹⁶⁶ TF 4C.234/2002 du 4 juin 2003, consid. 3.2 *in fine*.

¹⁶⁷ Les parties peuvent renoncer au préalable de conciliation lorsque la valeur litigieuse atteint CHF 100'000.—, voir art. 196 al. 1 P-CPC.

¹⁶⁸ FF 2006 p. 6891. En droit actuel, il est sans importance que l'acte considéré crée, ou non, la litispendance, ou que la procédure cantonale le considère comme obligatoire ou facultatif, voir ATF 74 II 14, JT 1948 I 475.

peine d'être déchu de son droit d'agir en justice ou de subir d'autres sanctions¹⁶⁹.

82. La remise de l'acte à la poste suffit selon l'art 140 al. 1 P-CPC : « Les actes doivent être remis au tribunal ou, à son attention, à la poste suisse ou à une représentation diplomatique ou consulaire suisse, le dernier jour du délai au plus tard »¹⁷⁰. En matière internationale, il convient de citer l'art. 12 LDIP : « lorsqu'une personne à l'étranger doit respecter un délai devant les autorités judiciaires ou administratives suisses, il suffit que sa requête parvienne le dernier jour du délai à une représentation diplomatique ou consulaire suisse »¹⁷¹. Relevons encore que la poste du Liechtenstein est assimilée à la poste suisse¹⁷².

2. En cas de requête de mesures provisionnelles

83. Une requête de mesures provisionnelles peut-elle suffire à sauvegarder le délai de l'art. 706a al. 2 CO ? Le Tribunal fédéral n'a pas tranché, mais il semble prêt à l'admettre en cas d'identité entre les conclusions de la requête de mesures provisionnelles et celles de la demande au fond¹⁷³. Cependant, une conclusion en annulation provisoire d'une décision, si elle n'est pas exclue, sera souvent rejetée, dans la mesure où elle se confond pratiquement avec l'objet de la demande au fond. L'identité devrait déjà être admise lorsque les conclusions de la requête visent à empêcher la décision attaquée de déployer ses effets¹⁷⁴.

¹⁶⁹ ATF 98 II 179, JT 1973 I 247 ; RIEMER (note 58), p. 91.

¹⁷⁰ Voir déjà ATF 65 II 166, JT 1940 I 18 ; 49 II 38, JT 1923 I 454, et également ATF 114 II 261, JT 1989 I 75.

¹⁷¹ Voir TF 5C.320/2001 du 20 février 2002, consid. 4 ; ATF 125 V 65.

¹⁷² Art. 3 de la Convention entre la Confédération suisse et la Principauté de Liechtenstein concernant l'exploitation des services de la poste conclue le 9 janvier 1978, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1979, RS 0.783.595.14.

¹⁷³ Voir ATF 110 II 387, qui renvoie à l'ATF 59 II 401, JT 1934 I 77.

¹⁷⁴ Voir RIEMER (note 58), p. 91. Pour des développements sur les mesures provisionnelles envisageables, voir VOCK (note 50), p. 185 ss.

84. La requête de mesures provisionnelles, jugée en procédure sommaire, n'est pas précédée d'une requête en conciliation (art. 195 lit. a P-CPC).

3. En cas d'irrecevabilité de la demande

85. Si l'acte introductif d'instance retiré ou déclaré irrecevable pour cause d'incompétence est réintroduit dans le mois qui suit le retrait ou la déclaration d'irrecevabilité devant le tribunal ou l'autorité de conciliation compétent, l'instance est réputée introduite à la date du premier dépôt de l'acte (art. 61 al. 1 P-CPC). Il en va de même lorsque la demande n'a pas été introduite selon la procédure prescrite (art. 61 al. 2 P-CPC). Selon le Message¹⁷⁵, l'art. 61 P-CPC généralise l'application du principe de l'art. 139 CO¹⁷⁶, qui peut ainsi être abrogé. On doit en déduire que la règle ne vise pas seulement le dépôt de l'acte selon les règles d'une autre procédure, mais également tout autre vice de forme ayant conduit à l'irrecevabilité de la demande.

F. Les frais

86. La recevabilité de la demande en annulation d'une décision de l'AG est généralement (art. 96, 99 al. 3 P-CPC) soumise au paiement d'une avance de frais, dont le montant dépend du droit cantonal (art. 94 P-CPC). L'avance demeurera le plus souvent proportionnelle à la valeur litigieuse¹⁷⁷. Celle-ci pourra être relativement élevée puisqu'elle dépend de l'intérêt de la société¹⁷⁸.

¹⁷⁵ FF 2006 p. 6892.

¹⁷⁶ Applicable par analogie aux délais de péremption du droit civil fédéral, voir ATF 93 II 367 ; 109 III 49. Le Tribunal fédéral a laissé en suspens la question de savoir si le délai de l'art. 139 CO peut être accordé deux fois de suite, voir ATF 130 III 202.

¹⁷⁷ Le droit cantonal peut néanmoins consacrer des règles différentes pour la taxation des émoluments judiciaires cantonaux, voir TF 4P.344/2006 du 27 février 2007, consid. 5.1.

¹⁷⁸ Voir N 34 ss.

87. Si l'art. 706a al. 3 CO (qui sera abrogé puisque l'art 105 P-CPC autorise une répartition des frais en équité¹⁷⁹) prévoit une règle particulière pour la répartition des frais en cas de rejet de la demande, la règle ordinaire s'applique en revanche quant à l'avance de frais, qui peut être exigée du demandeur à concurrence de la totalité des frais judiciaires présumés. Cela peut bien entendu constituer un frein pour l'actionnaire, mais aussi une garantie contre le dépôt de demandes frivoles¹⁸⁰.
88. Un paiement au tribunal est effectué dans le délai prescrit selon l'art. 141 al. 3 P-CPC lorsque le montant est versé en faveur du tribunal à la poste suisse ou débité¹⁸¹ d'un compte bancaire ou postal en Suisse le dernier jour du délai au plus tard. Si le Tribunal fédéral a considéré depuis longtemps qu'il était arbitraire de distinguer le cas des versements en espèces au guichet postal, de celui où un ordre de virement est envoyé à l'Office des comptes de chèques postaux¹⁸², ce principe ne s'impose pas aux cantons dans le régime actuel pour les ordres de paiement donnés à une banque¹⁸³.

V. Le déroulement de la procédure

A. Le préalable de conciliation

89. La tentative de conciliation vise à trouver un accord entre les parties. Selon l'art. 198 al. 1 P-CPC, l'autorité de conciliation tente de trouver un accord entre les parties de manière informelle.

¹⁷⁹ FF 2006 p. 6908 s.

¹⁸⁰ Voir BSK-DUBS/TRUFFER, Art. 706a N 11.

¹⁸¹ Le principe est repris de l'art. 48 al. 4 LTF, voir FF 2006 p. 6919. Dans la pratique antérieure à la LTF (qui ne s'impose d'ailleurs pas aux cantons, voir ATF 110 V 218 ; ATF 118 Ia 8, JT 1993 I 580), le délai pour verser l'avance de frais en cas d'utilisation du service des ordres groupés des PTT était considéré comme observé si la date d'échéance déterminée dans le support de données correspondait au dernier jour, au plus tard, du délai fixé par l'autorité et si le support de données avait été remis dans ce délai à un bureau de poste suisse, voir ATF 117 Ib 220, JT 1993 I 215.

¹⁸² ATF 105 Ia 51 ; 104 II 61, JT 1979 I 152.

¹⁸³ ATF 96 I 471.

90. Il convient de s'interroger sur l'utilité de cette phase préalable dans le domaine de notre étude. A suivre le Tribunal fédéral en effet, l'action en annulation ne peut être liquidée par transaction. La procédure en annulation des décisions de l'AG ne serait pas à la libre disposition des parties dans la mesure où le jugement d'annulation est opposable à des tiers non parties à la procédure. Dès lors, une transaction (ou un acquiescement) serait un titre insuffisant pour entraîner l'annulation d'une décision de l'assemblée générale, car l'annulation d'une telle décision est opposable à tous les actionnaires (art. 706 al. 5 CO). L'annulation suppose un jugement pour le Tribunal fédéral, cette conclusion étant d'autant plus évidente qu'il est clair qu'un actionnaire ne pourrait, par un accord extrajudiciaire passé avec un représentant de la société, annuler une décision de l'assemblée générale et lier les autres actionnaires par cette convention¹⁸⁴.
91. Cette jurisprudence est hautement problématique. Elle entre en contradiction avec la possibilité offerte de se référer à l'arbitrage dans ce domaine¹⁸⁵, ce qui, en matière interne, suppose que l'objet soit à la libre disposition des parties (art. 5 CA ; art. 352 P-CPC). Or on comprendrait mal que le tribunal arbitral saisi d'une telle contestation et dont les fonctions reposent sur l'accord des parties puisse refuser d'entériner une transaction passée devant lui.
92. Le cas échéant, si la transaction est contre les intérêts de la société, il restera aux actionnaires la possibilité d'agir en responsabilité contre les membres du CA ayant représenté la société dans le cadre de la procédure en annulation. L'action en responsabilité est la voie idoine : le Tribunal fédéral sanctionne de manière sévère les membres du CA qui agiraient non pas dans l'intérêt de la société mais dans celui de tiers ou dans leur propre intérêt¹⁸⁶. Cette jurisprudence devrait donc être abandonnée¹⁸⁷.

¹⁸⁴ ATF 80 I 385, consid. 4 ; ATF 122 III 279, consid. 3 c, aa, JT 1998 I 605.

¹⁸⁵ Voir N 30 ss. Seul apparemment PATRY ROBERT, L'action en annulation des décisions de l'assemblée générale, in Mémoires de la Faculté de droit de l'Université de Genève N° 19, Genève 1964, p. 23, arrivait à la conclusion que ce type de contestation n'était pas arbitral, faute de caractère disponible du droit.

¹⁸⁶ ATF 113 II 52, consid. 3a. ; TF 4C.242/2001 du 5 mars 2003, consid. 3.3.

¹⁸⁷ Voir DRUEY (note 3), p. 156. *Contra* : BÖCKLI (note 5), § 16 N 138 ;

93. Selon DUBS/TRUFFER¹⁸⁸, le problème ne réside pas dans le caractère non disponible de l'objet du litige, mais dans la limite des compétences du CA. Ainsi, une transaction serait possible en cas d'accord de l'AG. Or, si le CA représente la société à l'occasion de la procédure d'annulation, il n'y a aucune raison de distinguer ses pouvoirs selon les actes procéduraux à entreprendre. Une réponse pourrait elle aussi sceller le sort de la cause, suivant les aveux qu'elle contient, et il n'est pourtant pas douteux que l'approbation de l'AG n'est pas exigée pour un tel acte.
94. En bref, une transaction, un acquiescement ou un désistement pourraient fort bien intervenir à l'occasion du préalable de conciliation. Celui-ci conserve dès lors tout son sens.
95. Le cas échéant, un actionnaire craignant une défense déficiente du CA pourrait, dès la conciliation, intervenir à ses côtés au sens des art. 72 ss P-CPC.
96. Selon l'art. 205 al. 2 P-CPC, la transaction, l'acquiescement ou le désistement d'action ont par eux-mêmes les effets d'une décision entrée en force. L'acte est consigné au procès verbal (art. 205 al. 1 P-CPC).
97. A défaut de conciliation, l'autorité consigne l'échec au procès-verbal et délivre au demandeur l'autorisation de procéder (art. 206 al. 1 P-CPC). Le demandeur est en droit de porter l'action devant le tribunal dans un délai de trois mois à compter de la délivrance de l'autorisation de procéder. L'art. 206 al. 3 P-CPC réserve certes les délais légaux et judiciaires prévus par des dispositions spéciales, mais il convient d'entendre par là ceux fixés par les lois de procédure¹⁸⁹, et non les délais de déchéance prévus en matière d'actions formatrices¹⁹⁰. Le délai de l'art. 706a CO, celui de l'art. 256c CC en matière

FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (note 3), § 25 N 73.

¹⁸⁸ BSK-DUBS/TRUFFER, Art. 706 CO N 27.

¹⁸⁹ Le Message, FF 2006 p. 6941, cite par exemple le délai de l'action en libération de dette.

¹⁹⁰ Sur cette notion, voir BOHNET/SCHWEIZER, Les défenses relatives à l'instance et à l'action, RJN 1997 p. 73.

d'action en désaveu ou encore celui de l'art. 273 CO en matière d'annulation du congé en font partie.

B. La médiation

98. En l'état du projet¹⁹¹, la tentative de conciliation peut être remplacée par un processus de médiation (art. 210 ss P-CPC). La médiation commerciale est en plein développement en Suisse¹⁹². Ce qui vient d'être dit pour la conciliation¹⁹³ vaut ici également : un accord de médiation pourrait être ratifié par l'autorité de conciliation (art. 214 P-CPC), s'il respecte les conditions légales.
99. Est également envisageable une suspension de la procédure sur requête des parties, en vue de tenter une médiation pour trouver une issue amiable au litige (art. 211 P-CPC). Une fois encore, on voit mal pour quelles raisons ce procédé ne devrait pas être à disposition des parties et pourquoi elles ne pourraient pas obtenir la ratification de l'accord par le juge.

C. Le procès

1. L'échange d'écritures

100. Le Code prévoit un échange d'écritures, et éventuellement une réplique et duplique, en cas d'accord du juge (art. 217 ss P-CPC).
101. Se pose la question de savoir si des décisions non visées dans la requête de conciliation ou si des nouveaux motifs d'annulation peuvent être invoqués dans la demande, respectivement la réplique. Il ne fait aucun doute que seules les décisions qui ont fait l'objet de la tentative préalable de conciliation (si l'audience est intervenue avant l'échéance du délai de deux mois, la requête pourrait avoir été étendue à cette occasion) peuvent faire l'objet du procès.

¹⁹¹ Le chapitre du code consacré à la médiation a fait l'objet de débats nourris lors de son examen par le Conseil des Etats au printemps 2007.

¹⁹² Voir en particulier le règlement suisse de médiation commerciale des Chambres du commerce suisses, entré en vigueur le 1^{er} avril 2007.

¹⁹³ Voir N 89 ss.

102. La question des motifs d'annulation est plus délicate. Le Tribunal fédéral a jugé dans un arrêt ancien que les motifs d'annulation devaient être invoqués dans le délai de l'art. 706a CO¹⁹⁴. A notre sens, rien ne devrait s'opposer à l'invocation de nouveaux motifs d'annulation dans la demande ou la réplique, s'ils sont dirigés contre la décision faisant l'objet de la demande.

2. Les débats

a. Déroulement

103. Le Projet prévoit que les parties peuvent alléguer des faits ou produire des moyens de preuve nouveaux (*novas* et *pseudo novas*) jusqu'à la fin des premières plaidoiries, qui précèdent les débats principaux (art. 225 al. 1 P-CPC). Des motifs d'annulation devraient dès lors pouvoir être avancés jusqu'à ce stade.
104. Des faits et des moyens de preuves nouveaux ne peuvent être proposés ultérieurement et apparemment¹⁹⁵ jusqu'à la clôture des débats que s'ils sont invoqués sans retard et :
- s'ils sont postérieurs ou s'ils sont découverts postérieurement aux premières plaidoiries (*novas* proprement dits ; art. 225 al. 2 lit. a P-CPC), ou
 - s'ils existaient avant les premières plaidoiries et qu'ils ne pouvaient être invoqués antérieurement en dépit de la diligence requise (*novas* improprement dits ; art. 225 al. 2 lit. b P-CPC).
105. L'art. 225 al. 3 P-CPC précise que le juge admet les faits et moyens de preuve nouveaux jusqu'aux délibérations lorsqu'il établit les faits d'office. La maxime d'office ne devrait toutefois pas s'appliquer dans ce domaine¹⁹⁶, qui demeure à la libre disposition des parties¹⁹⁷, même

¹⁹⁴ ATF 86 II 178, JT 1961 I 7.

¹⁹⁵ L'art. 225 ne précise rien sur ce point. Comme des faits et preuves nouveaux peuvent être admis jusqu'aux délibérations lorsque le juge établit les faits d'office (art. 225 al. 3 P-CPC), il convient de les autoriser jusqu'à la clôture des débats qui suit les plaidoiries.

¹⁹⁶ ATF 80 I 385, consid. 4. *Contra* : BÖCKLI (note 5), § 16, N 142 et les références en

si l'annulation des décisions est opposable aux actionnaires non parties à la procédure. D'ailleurs le P-CPC ne fait aucune réserve pour cette procédure (voir art. 56 al. 2 P-CPC).

b. Preuves

106. Quant aux moyens de preuve, le Projet reprend les catégories classiques (art. 165 al. 1 P-CPC) :
 - le témoignage (art. 166 ss P-CPC) ;
 - les titres (art. 174 ss P-CPC) ;
 - l'inspection (art. 178-179 P-CPC) ;
 - l'expertise (art. 180 ss P-CPC).
107. Il y ajoute les renseignements écrits (art. 187 P-CPC), que le tribunal pourra requérir de services officiels (du registre du commerce par exemple) ou de personnes dont la comparution à titre de témoin ne semble pas nécessaire. Ce moyen de preuve pourra parfois simplifier la procédure.
108. La déposition des parties, qui peut être requise du tribunal, constitue également un moyen de preuve selon le Projet (art. 189 P-CPC). Il la distingue du simple interrogatoire des parties (art. 188 P-CPC), dont la valeur probante est faible. L'art. 306 CP (déposition mensongère) s'applique dans le premier cas. Dans le second, seule une amende disciplinaire est encourue en cas de mensonge délibéré.
109. Ce régime simplifiera l'appréciation des dépositions de personnes liées à la cause à des degrés divers, comme les actionnaires non parties à la procédure par exemple. En Suisse romande en effet, la déposition des parties n'est généralement pas considérée comme un moyen de preuve, mais vise uniquement à provoquer l'aveu¹⁹⁸.

note 260.

¹⁹⁷ Voir N 91.

¹⁹⁸ Voir par exemple art. 226 CPC NE ; art. 165 ss CPC VD ; art. 206 ss LPC GE.

3. L'issue du procès

a. Le jugement

110. En vertu de l'art. 706 al. 5 CO, la décision qui annule une décision de l'AG est opposable à tous les actionnaires, et chacun peut s'en prévaloir. En revanche, une non-entrée en matière sur une demande, faute d'intérêt par exemple, ou un rejet de la demande, est sans effet sur l'action d'un autre actionnaire¹⁹⁹.
111. De plus, le retrait de la demande par un des consorts demandeurs n'a pas d'incidence sur la position procédurale des autres demandeurs et la demande pourrait aboutir. Le Tribunal fédéral a ainsi jugé que lorsque plusieurs actionnaires agissaient en dissolution pour de justes motifs, chacun des demandeurs avait la liberté de se désister en cours d'instance, sans le consentement des autres²⁰⁰.
112. Le jugement annulant la décision de l'AG est un prononcé formateur avec effets *ex tunc*²⁰¹. Le jugement ne peut en revanche modifier la décision qui a été prise²⁰². Une fois entré en force, le prononcé annulant la décision de l'AG acquiert autorité de chose jugée. Il n'empêche que l'AG est libre d'adopter une décision identique ou proche de celle qui a été annulée. Elle pourrait, le cas échéant, faire l'objet d'une nouvelle procédure en annulation. L'autorité de la chose jugée ne s'y oppose pas, faute d'identité d'objet (art. 62 lit. a P-CPC).

b. Les frais

113. Selon l'art. 706a al. 3 CO, le juge répartit librement les frais en cas de rejet de la demande. Cet alinéa sera abrogé à l'entrée en vigueur du

¹⁹⁹ ATF 122 III 279, consid. 3c/bb, JT 1998 I 605.

²⁰⁰ ATF 109 II 140, JT 1984 I 56.

²⁰¹ ATF 110 II 387, consid. 2c ; ZK-BÜRGI, Art. 706 N 73 ; BSK-DUBS/TRUFFER, Art. 706 N 24 ; BÖCKLI (note 5), § 16 N 128 ; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (note 3), § 25 N 62.

²⁰² Voir N 75.

Code de procédure civile suisse, puisque l'art 105 P-CPC autorise une répartition des frais en équité²⁰³.

114. D'après la jurisprudence actuelle, qui sera vraisemblablement reprise au vu de l'art. 94 P-CPC, la fixation des frais demeure de la compétence des cantons. Seule leur répartition fait l'objet d'un examen en équité au sens de l'art. 4 CC²⁰⁴.
115. Le Tribunal fédéral n'intervient que lorsque l'instance cantonale a fait un mauvais usage de son pouvoir d'appréciation ou lorsque sa décision est manifestement injuste²⁰⁵.
116. L'art. 706a al. 3 CO vise essentiellement à atténuer le risque du procès pour les petits actionnaires²⁰⁶. Il n'intervient que lorsque les motifs avancés avaient de bonnes chances de succès²⁰⁷.

c. La transaction, l'acquiescement et le désistement

117. Comme déjà relevé²⁰⁸, le Tribunal fédéral n'admet pas, selon une jurisprudence ancienne²⁰⁹, que la procédure en annulation de l'AG puisse se clore par une transaction judiciaire. On imaginerait mal dès lors qu'il admette qu'elle se termine par un acquiescement. Pour les motifs avancés ci-dessus, la transaction et l'acquiescement doivent être admis²¹⁰. L'actionnaire favorable à la décision pourra agir, le cas échéant, en responsabilité contre les membres du CA à l'origine de l'acquiescement, ou faire en sorte que l'assemblée générale rende une décision semblable à celle ayant été annulée.

²⁰³ FF 2006 p. 6908 s.

²⁰⁴ TF 4C.386/2002 du 12 octobre 2004, consid. 6 ; ATF 128 III 428, consid. 4.

²⁰⁵ TF 4C.386/2002 du 12 octobre 2004, consid. 6.

²⁰⁶ TF 4C.386/2002 du 12 octobre 2004, consid. 6, et les références.

²⁰⁷ TF 4C.386/2002 du 12 octobre 2004, consid. 6.

²⁰⁸ Voir N 89 ss.

²⁰⁹ ATF 80 I 385, consid. 4 ; ATF 122 III 279, consid. 3 c, aa, JT 1998 I 605.

²¹⁰ Voir N 91.

118. L'admissibilité du désistement ne prête pas lieu à discussion. Comme déjà relevé²¹¹, le retrait de la demande par un des consorts demandeurs n'a pas d'incidence sur la position procédurale des autres demandeurs.

VI. Conclusion

119. Les lignes qui précèdent montrent qu'il faudra être attentif aux diverses conditions posées par la jurisprudence et le nouveau code à la recevabilité d'une demande en annulation de décisions de l'AG.
120. Le conseil mandaté pour agir en annulation devra s'interroger sur le lieu où agir et devant quel tribunal, sur la qualité et l'intérêt pour agir de son client, sur les conclusions qu'il convient de prendre et sur les délais à respecter. En bref, et comme dans toute procédure, le conseil devra se demander où agir, au nom de qui, comment et quand.
121. Le déroulement du procès pourrait également réserver diverses surprises aux parties, en particulier quant aux possibilités offertes par le code d'alléguer des faits nouveaux et de proposer des preuves nouvelles.

²¹¹ Voir N 111.