

LA PERSONNE MORALE  
ET L'ENTREPRISE EN PROCÉDURE

UniNE - usage interne

UniNE - usage interne

LA PERSONNE MORALE  
ET L'ENTREPRISE EN PROCÉDURE

Edité par  
François Bohnet et Olivier Hari

UniNE - usage interne

CEMAJ, Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel

Helbing Lichtenhahn

**unine**

UNIVERSITÉ DE  
NEUCHÂTEL

FACULTÉ DE DROIT

[www.unine.ch/droit](http://www.unine.ch/droit)

Information bibliographique de la Deutsche Nationalbibliothek

La Deutsche Nationalbibliothek a répertorié cette publication dans la Deutsche Nationalbibliografie ; les données bibliographiques détaillées peuvent être consultées sur Internet à l'adresse <http://dnb.d-nb.de>.

Tous droits réservés pour tous pays. L'œuvre et ses parties sont protégées par la loi. Toute utilisation en dehors des limites de la loi est strictement interdite et requiert l'accord préalable écrit des éditeurs.

ISBN 978-3-7190-3562-4

© 2014 Helbing Lichtenhahn, Bâle, CEMAJ, Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel, Neuchâtel

[www.helbing.ch](http://www.helbing.ch)

## 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, magistrats et juristes. Elle est organisée avec le soutien de l'Ordre des avocats neuchâtelois et s'articule autour d'un thème général, décliné dans divers domaines du droit.

La journée 2014 est consacrée à la personne morale et l'entreprise en procédure. Cette problématique, d'une importance pratique marquée, n'a fait l'objet que de peu de développements académiques. Des questions comme la distinction entre la personne morale et les personnes qui y sont liées pour les besoins de la procédure, ou celles des intérêts dans le procès demeurent largement controversées. Diverses procédures concernant spécifiquement les personnes morales et les entreprises sont également analysées. L'ouvrage s'intéresse tant à la problématique sous l'angle de la procédure civile que pénale ou encore administrative.

La Faculté de droit et le CEMAJ tiennent à remercier ici les auteurs et les participants au colloque, ainsi que Mesdames Anouk Gillibert, Elsa Tebar et Sylvia Staehli pour l'élaboration du manuscrit et l'organisation de la journée.

François Bohnet et Olivier Hari

# Quelques procédures particulières du droit de la société anonyme

Mesures préventives, contestation des décisions  
de l'assemblée générale, blocage du registre du commerce,  
contrôle spécial et contrôle de gestion

par

Olivier Hari  
Professeur à l'Université de Neuchâtel et avocat

et

Lino Hänni  
Assistant-doctorant à l'Université de Neuchâtel

Introduction .....	106
I. Contestation de décisions de l'assemblée générale .....	107
A. En amont de l'assemblée générale .....	107
1. Violation d'une convention d'actionnaires .....	108
a) <i>Notion et exemples</i> .....	108
b) <i>Conditions</i> .....	110
c) <i>Conclusions de la requête</i> .....	110
d) <i>Procédure et moyens de preuve</i> .....	112
e) <i>For</i> .....	112
2. Motifs prévisibles ou avérés d'annulation ou de nullité .....	113
B. Après l'assemblée générale .....	115
1. Immédiatement après l'assemblée générale : blocage du registre du commerce (art. 162 s. ORC) .....	115
a) <i>Objet</i> .....	115
b) <i>Compétence</i> .....	117
c) <i>Qualité pour s'opposer</i> .....	117
d) <i>Délai d'opposition</i> .....	117
e) <i>Forme</i> .....	118

f) <i>Effets du blocage</i> .....	118
g) <i>Durée et maintien du blocage</i> .....	119
2. Dans les dix jours suivant le blocage du registre : requête en mesures provisionnelles .....	121
a) <i>Objet</i> .....	121
b) <i>Compétence</i> .....	121
c) <i>Qualité pour agir et pour défendre</i> .....	122
d) <i>Délais</i> .....	122
e) <i>Conclusions de la requête</i> .....	122
f) <i>Conditions</i> .....	123
g) <i>Effets</i> .....	124
3. Dans les deux mois qui suivent l'assemblée générale : action en annulation des décisions de l'assemblée générale (art. 706 CO).....	124
a) <i>Introduction</i> .....	124
b) <i>Objet</i> .....	125
c) <i>Compétence</i> .....	125
d) <i>Qualité pour agir</i> .....	127
e) <i>Qualité pour défendre</i> .....	129
f) <i>Délais</i> .....	130
g) <i>Conditions matérielles</i> .....	131
h) <i>Frais</i> .....	135
4. Plus de deux mois après l'assemblée générale : constatation de la nullité des décisions de l'assemblée générale (art. 706b CO).....	136
II. Requête en institution d'un contrôle spécial.....	138
A. But du contrôle spécial .....	138
B. Objet du contrôle spécial.....	139
C. En amont de la requête : délimitation du cadre du contrôle par la demande de renseignements .....	140
D. Requête en contrôle spécial .....	142
1. Prémisses .....	142
2. Compétence.....	143
3. Qualité pour agir .....	143

4. Délai.....	144
5. Procédure.....	144
6. Conditions matérielles.....	144
a) <i>Subsidiarité</i> .....	145
b) <i>Nécessité</i> .....	145
c) <i>Vraisemblance d'une violation</i> .....	146
d) <i>Vraisemblance d'un dommage</i> .....	147
e) <i>Vraisemblance d'un lien de causalité</i> .....	148
f) <i>Argumentation juridique</i> .....	148
7. Effets de l'admission de la requête.....	149
8. Frais.....	150
E. Importance pratique du contrôle spécial.....	150
III. Contrôle de gestion.....	151
A. Compétence décisionnelle.....	151
B. Le contrôleur de gestion : organe ou tiers ?.....	154
C. Conditions.....	159
D. Aspects pratiques.....	161
1. Désignation nominative.....	161
2. Objet du contrôle.....	162
3. Obligation de faire rapport et secret d'affaires.....	164
4. Valeur et utilisation des faits élucidés ou découverts.....	165
Conclusion.....	166

## Introduction

1. La vie d'une société anonyme ne s'apparente pas toujours à un long fleuve tranquille. Il peut arriver que les actionnaires connaissent entre eux, respectivement vis-à-vis du conseil d'administration, des tensions particulièrement fortes, qui ne peuvent pas être résolues autrement que par l'intervention d'une autorité judiciaire, ou la mise en œuvre de certains mécanismes sociaux, ou de protection des actionnaires minoritaires.
2. La présente contribution, qui ne se veut pas exhaustive s'agissant des voies de droit à disposition des actionnaires, détaille quatre mécanismes : les mesures destinées à prévenir une décision, respectivement un comportement susceptible de léser certains ou tous les actionnaires (droit individuel), l'action en annulation d'une décision de l'assemblée générale (droit individuel), le contrôle spécial (droit de minorité) et enfin le contrôle de gestion (droit de majorité).
3. Le but de la présente contribution est d'aborder ces voies de droit et institutions sous un angle non seulement théorique, mais également pratique, avec un accent sur le *qui*, le *comment* et le *quand*.
4. La gestion du temps est particulièrement importante en ce qui concerne les vices dans les décisions de l'assemblée générale. Seront présentés les moyens juridiques pouvant prévenir une décision viciée ou constitutive d'une lésion contraire au droit, puis ceux qui permettent la contestation d'une telle décision.
5. Conçu comme l'« interface » entre l'actionnaire et la société, le contrôle spécial est considéré comme difficile à mettre en œuvre en raison des conditions restrictives d'admission de l'action. L'éclairage est ici mis en particulier sur les exigences à remplir en matière de motivation d'une requête en contrôle spécial.
6. Dans un contexte où la surveillance interne devient de plus en plus importante, une institution peu connue et rarement mise en œuvre en droit de la société anonyme est également traitée : le contrôle de gestion. Nous en présenterons le mécanisme et tenterons de déterminer dans quelles situations ce contrôle peut s'avérer utile.

## I. Contestation de décisions de l'assemblée générale

### A. En amont de l'assemblée générale

7. L'assemblée générale est à la fois un organe – l'organe suprême de la société anonyme<sup>1</sup> – et un événement démocratique – à savoir la réunion de certains ou de tous les actionnaires d'une société anonyme<sup>2</sup>. À quelques exceptions près<sup>3</sup>, au sein de et pendant l'assemblée générale, chaque actionnaire dispose d'un droit social intransmissible et inaliénable, le droit de voter<sup>4</sup>.
8. Chaque vote est pris en compte proportionnellement à la valeur nominale de toutes les actions détenues par chaque actionnaire votant<sup>5</sup>; exceptionnellement, il est statutairement possible de déroger à ce principe, par l'émission d'actions à droit de vote privilégié, en prévoyant que le droit de vote sera exercé proportionnellement au nombre d'actions détenues par chaque actionnaire sans égard à la valeur nominale<sup>6</sup>. Mais même dans ce dernier cas, certaines décisions ne peuvent qu'être prises en application du principe de proportionnalité à la valeur nominale<sup>7</sup>.
9. «*Praestat cautela quam medela*»<sup>8</sup>? Vu ce qui précède, il peut paraître *prima facie* difficile, voire impossible, de prévenir un vote, et ses conséquences, en agissant avant l'assemblée générale. Toutefois,

---

<sup>1</sup> Art. 698 al. 1 CO.

<sup>2</sup> Art. 699 à 701 CO.

<sup>3</sup> Cf. en particulier les art. 681 al. 2 CO, 685c al. 1 CO, 685f al. 2 CO, 691 CO, et 695 CO.

<sup>4</sup> Art. 689 ss CO.

<sup>5</sup> Art. 692 al. 1 CO.

<sup>6</sup> Art. 693 al. 1 CO.

<sup>7</sup> Art. 693 al. 3 CO (désignation de l'organe de révision, des experts chargés de vérifier tout ou partie de la gestion, décision d'instituer un contrôle spécial, décision d'ouverture d'une action en responsabilité).

<sup>8</sup> Phrase attribuée à Sir Edward Coke (cf. RILEY (édit.) Dictionary of Latin quotations, proverbs, maxims, and mottos, classical and mediaeval, including law terms and phrases with a selection of Greek quotations, Londres 1866, p. 341), également en anglais : « *Prevention/precaution is better than cure* ».

deux cas de figure peuvent se présenter, qui légitiment une action préventive :

L'existence d'une convention d'actionnaires liant certains ou tous les actionnaires (contrat de société simple, art. 530 ss CO), ou

La survenance, déjà avant le déroulement d'une assemblée générale, ordinaire ou extraordinaire, de motifs d'annulation ou de nullité.

## 1. Violation d'une convention d'actionnaires

### a) *Notion et exemples*

10. Les conventions d'actionnaires sont d'une utilité certaine lorsqu'il s'agit de donner, respectivement d'imposer aux actionnaires, ou à certains actionnaires, des droits, ou des obligations, autres que ceux découlant du droit de la société anonyme. Elles sont fréquentes dans les sociétés de famille, pour assurer un maintien du capital en mains de la famille et la pérennité de la société<sup>9</sup>, après des opérations de capitalisation de *startup*<sup>10</sup>, et plus généralement lorsque les actionnaires ressentent le besoin de personnaliser une société

---

<sup>9</sup> En général, dans ce contexte, la convention d'actionnaires prévoit des obligations en matière de vote, des droits relatifs à la représentation au conseil d'administration, des règles limitant le transfert des actions à des personnes faisant partie de différents cercles familiaux, ou extérieures au cercle de la famille, ou encore définir une politique d'entreprise et d'investissement à long terme.

<sup>10</sup> En particulier dans le cadre de tours de financements (*round-financing* en plusieurs séries) dans le domaine du capital-risque (*Venture Capital*), pour assurer aux investisseurs des droits particuliers, et assurer des conditions d'*exit* optimales. L'on règle en général les droits de représentation au conseil d'administration des investisseurs, le droit d'accès régulier aux comptes (chaque trimestre par exemple), le montant des dividendes à distribuer, en cas de désaccord, calculé en pourcent du résultat de l'exercice (après impôts), les limites au transfert d'actions (quantité et embargo pendant une certaine période), les droits d'acquisition préférentielle et de cession conjointe, ou l'obligation de cession conjointe, des règles de protection contre un risque de dilution, et enfin une clause de *best effort* sur un *exit* (vente à un tiers, *MBO* ou *IPO*).

(anonyme) qui par définition est une société de capitaux, dépourvue de caractère personnel.

11. A ce stade, il importe de soigneusement distinguer les différences entre les conséquences de la violation d'une convention d'actionnaires et les conséquences de la violation du droit des sociétés.
12. Une convention d'actionnaires constitue un contrat mettant à charge de certains actionnaires, ou de tous les actionnaires, certaines obligations<sup>11</sup>. Certains actionnaires peuvent avoir l'intention de violer la convention, sans pour autant que cette violation ne constitue autre chose qu'une violation du droit des obligations.

Premier exemple : certains groupes d'actionnaires (par exemple les fondateurs d'une *startup*, ont droit selon la convention d'actionnaires à un certain nombre de représentants au sein du conseil d'administration). Pendant l'assemblée générale, les autres actionnaires parties à la convention élisent des administrateurs, dont aucun ne représente les fondateurs.

Second exemple : dans une société de famille, certains membres, majoritaires, décident de ne pas respecter les règles anti-dilution ni en matière de politique d'entreprises prévues dans la convention d'actionnaires, et votent une suppression du droit de souscription préférentiel afin de procéder à une fusion.

13. Dans les deux exemples figurant ci-dessus, le droit des sociétés n'est a priori pas violé. En revanche, le droit des obligations l'est indiscutablement. Pour autant, dans les deux cas de figure, les actionnaires lésés dans leurs droits découlant de la convention d'actionnaires n'ont aucun motif à faire valoir pour faire annuler ou faire constater la nullité de l'assemblée générale pendant laquelle les décisions ont été prises. Il peut donc s'avérer utile de tenter d'agir préventivement, pour autant que les actionnaires en question aient en leur possession des informations mettant en évidence l'issue des votes.

---

<sup>11</sup> Art. 530 al. 1 CO.

### *b) Conditions*

14. Les actionnaires qui pressentent une violation de la convention d'actionnaires peuvent tenter de se prémunir en déposant auprès du juge compétent une requête de mesures provisionnelles au sens des art. 261 ss CPC. Ils devront alors cumulativement démontrer qu'ils sont titulaires d'une prétention (art. 261 al. 1 CPC), que cette prétention est l'objet d'une atteinte ou risque de l'être (art. 261 al. 1, let. a CPC) et que l'atteinte risque de leur causer un préjudice difficilement réparable (art. 261 al. 1, let. b CPC).
15. L'apport de la preuve du préjudice difficilement réparable dépendra des circonstances ; dans la mesure où la décision de l'assemblée générale prise en violation de la convention d'actionnaires n'est pas en soi attaquable, sauf si elle recèle des vices ressortissant au droit des sociétés, et donc qu'il n'existe aucun remède autre qu'une hypothétique indemnité à verser en application d'une hypothétique clause pénale, l'autorité compétente devrait théoriquement reconnaître le caractère difficilement réparable du préjudice. L'existence, le montant et la facilité de mise en œuvre d'une éventuelle clause pénale dans la convention d'actionnaires auront cependant une incidence sur le caractère difficilement réparable ou non du préjudice.

### *c) Conclusions de la requête*

16. Au titre des conclusions à prendre, les actionnaires requérants peuvent cumulativement demander que le tribunal compétent prononce à l'encontre des actionnaires intimés une interdiction (art. 262 let. a CPC) de voter de manière contraire à la convention, ou leur intimer l'ordre d'agir conformément à la convention<sup>12</sup>.
17. Se pose la question de savoir si des conclusions peuvent être prises contre la société, son conseil d'administration, ou encore à l'intention de l'officier public chargé d'instrumenter les décisions

---

<sup>12</sup> OLIVIER BLOCH, Les conventions d'actionnaires et le droit de la société anonyme en droit Suisse avec un aperçu du droit boursier, 2<sup>e</sup> éd., Genève 2011, p. 104 ss.

nécessitant la forme authentique ou de l'autorité du registre du commerce (art. 262 let. c CPC).

18. Selon nous, il convient de répondre négativement à la question s'agissant de l'office du registre du commerce, dont le devoir et le pouvoir d'examen relatifs à la tenue du registre sont limités à certains aspects du droit. En substance, ce n'est que lors de l'examen des réquisitions d'inscription sous l'angle du respect des règles applicables au registre du commerce (art. 927-956 CO et ORC) que l'office du registre du commerce dispose d'un plein pouvoir de cognition. Il dispose en revanche d'un pouvoir de cognition limité lors de l'examen des réquisitions d'inscription sous l'angle du droit matériel : l'inscription ne sera refusée qu'en cas de violation de dispositions impératives de la loi qui sont édictées dans l'intérêt public ou en vue de la protection de tiers, sans égard aux intérêts privés<sup>13</sup>. C'est ce que précise d'ailleurs clairement l'art. 1 ORC, qui fait référence aux « dispositions impératives du droit privé ».
19. La réponse nous paraît identique concernant l'officier public, garant du seul respect des règles impératives du droit des sociétés lors de décisions ayant des conséquences importantes sur les droits des actionnaires, ou au stade de la fondation ; tout au plus peut-on admettre que l'officier public puisse tirer des conséquences juridiques de vices du consentement patents (un actionnaire présent est manifestement incapable de discernement, ou des pressions s'apparentant à de la contrainte aux yeux du droit pénal sont exercées sur un actionnaire par d'autres pour qu'il vote conformément à leurs instructions).

---

<sup>13</sup> ATF 132 III 668, consid. 3.1 = JdT 2007 I 438 ; art. 28 ORC, seconde phrase : « Il vérifie en particulier si la réquisition et les pièces justificatives ont le contenu exigé par la loi et l'ordonnance et ne contredisent pas de dispositions impératives ». Voir également PETER FORSTMOSER, Die Kognitionsbefugnis des Handelsregisterführers Geltende Praxis, Kritik und Lösungsvorschläge, REPRAX 2/1999, pp.1 ss ; cette contribution a fait l'objet d'un résumé et d'une traduction en français : cf. ROLF BÄR/PETER FORSTMOSER/NICOLAS DUC, Le pouvoir d'examen du préposé au registre du commerce, REPRAX 1/2000, pp. 63 ss. A noter que les contributions précitées sont antérieures à l'entrée en vigueur de l'ORC.

20. La question est plus délicate concernant des conclusions dirigées contre la société et/ou son conseil d'administration. Ce type de conclusions devrait être admis restrictivement, uniquement dans certaines circonstances, par exemple et en particulier si la totalité des actionnaires est partie à la convention d'actionnaires<sup>14</sup>. Il est rappelé à cet égard que la société ne devrait pas être partie à la convention d'actionnaires ; une adhésion de la société à la convention d'actionnaires est synonyme de violation du principe de parité, car dans ce cas le conseil d'administration, qui dispose de la compétence intransmissible et inaliénable – mais déléguable – de la gestion<sup>15</sup>, serait soumis aux instructions des actionnaires.

#### *d) Procédure et moyens de preuve*

21. La procédure de mesures provisionnelles est conduite en procédure sommaire (art. 248 let. d CPC). Par voie de conséquence, les requérants sont censés apporter les preuves essentiellement par titre (art. 254 al. 1 CPC). L'autorité judiciaire compétente devrait cependant accepter d'autres moyens de preuve (art. 254 al. 2 CPC) au regard des spécificités de la problématique. En effet, si la convention d'actionnaires signée peut être qualifiée de titre, la preuve du risque de lésion, et du dommage irréparable, sera plus difficile à amener sous cette forme. Rappelons cependant qu'en matière de mesures provisionnelles, le degré de preuve exigé est celui de la simple vraisemblance (art. 261 al. 1 CPC).

#### *e) For*

22. L'autorité compétente *ratione loci* se détermine en application de l'art. 13 CPC, qui prévoit que, sauf disposition contraire de la loi, est impérativement compétent pour ordonner des mesures provisionnelles le tribunal compétent pour statuer sur l'action principale (let. a), ou le tribunal du lieu où la mesure doit être exécutée (let. b). L'art 15 CPC est également applicable ; il précise

---

<sup>14</sup> L'on parle alors de *Doppelgesellschaft*.

<sup>15</sup> Art. 716a aCO.

que lorsque l'action est intentée contre plusieurs consorts, le tribunal compétent à l'égard d'un défendeur l'est à l'égard de tous les autres, à moins que sa compétence ne repose que sur une élection de for (al. 1) ; par ailleurs, lorsque plusieurs prétentions présentant un lien de connexité sont élevées contre un même défendeur, chaque tribunal compétent pour statuer sur l'une d'elles l'est pour l'ensemble (al. 2).

23. Dès lors que la requête de mesures provisionnelles conclut à une interdiction faite à la société ou à son conseil d'administration, le for sera celui du siège de la société (à la fois for de l'action au fond et lieu de l'exécution de la mesure, art. 12 let. a et b CPC). En revanche, si la requête tend seulement à faire interdiction à plusieurs actionnaires d'adopter un comportement déterminé, l'art. 15 al. 1 CPC trouvera application et les requérants pourront choisir le for en fonction du domicile ou du siège de l'un des actionnaires qui entend violer la convention. Il est fréquent que les conventions d'actionnaires contiennent une clause de prorogation de for ; le for se déterminera alors en application de l'art. 17 CPC. Si une clause compromissoire a été prévue, des mesures provisoires, cas échéant *ex parte*, pourront être requises du juge étatique ou du tribunal arbitral selon les règles applicables à ce dernier (art. 374 al. 1 CPC ; art. 183 LDIP ; cf. également art. 26 et 43 du Règlement suisse d'arbitrage international et art. 28 et 29 du Règlement d'arbitrage ICC).

## **2. Motifs prévisibles ou avérés d'annulation ou de nullité**

24. En application de l'adage « mieux vaut prévenir que guérir », certains actionnaires pourraient également être tentés de déposer une requête de mesures provisionnelles avant la tenue d'une assemblée générale, dont l'on sait, ou suppose, à l'avance, qu'elle sera entachée de vices susceptibles de la rendre annulable, voire nulle. Ils pourraient alors conclure à ce qu'il soit fait interdiction à la société et au conseil d'administration de tenir l'assemblée générale, ou de traiter des points à l'ordre du jour, ou, cas échéant, si l'ordre du jour n'a pas encore été envoyé, à ce qu'il soit fait interdiction au conseil d'administration de porter des points à l'ordre du jour.

25. Les chances de succès d'une telle procédure sont relativement faibles, pour diverses raisons. Premièrement, hors cas d'application d'une convention d'actionnaires prévoyant certaines obligations en la matière, l'issue d'un vote est toujours incertaine ; par conséquent, l'apport de la preuve d'un préjudice difficilement réparable tel que causé par un vote sera difficile à amener. Deuxièmement, d'autres mesures existent pour pallier l'existence d'un vice dans une prise de décision sociale : le blocage du registre du commerce<sup>16</sup>, l'action en annulation<sup>17</sup>, respectivement en constatation de la nullité<sup>18</sup> d'une décision de l'assemblée générale qui viole la loi ou les statuts, cette dernière action pouvant pour le surplus être précédée d'une requête de mesure provisionnelle, voire superprovisionnelle concluant à ce qu'il soit fait interdiction au conseil d'administration d'exécuter la décision. Autrement dit, l'intérêt à agir et le caractère difficilement réparable du préjudice, risquent fort d'être niés avant la décision de l'assemblée générale, dans la mesure où l'issue du vote ne peut pas être connue a priori avec certitude, et que des moyens de droit permettent d'agir après l'assemblée générale, une fois le résultat du vote connu. La suppression d'un objet à l'ordre du jour est par ailleurs en conflit avec les droits sociaux des actionnaires, en particulier ceux de prendre position sur un objet dans le cadre de l'assemblée générale et de faire des propositions<sup>19</sup>.
26. On pourrait tout au plus imaginer une mesure provisionnelle ou superprovisionnelle dirigée contre la société et tendant à l'interdiction de porter un objet à l'ordre du jour ou de le traiter lorsque le conseil d'administration aurait de lui-même dû refuser de le porter à l'ordre du jour. Tel serait le cas si la décision proposée au vote était manifestement nulle au sens de l'art. 706b CO<sup>20</sup> ou que le

---

<sup>16</sup> Art. 162 ss ORC. Cf. *infra*, N 27 ss.

<sup>17</sup> Art. 706 s CO. Cf. *infra*, N 61 ss.

<sup>18</sup> Art. 706b CO. Cf. *infra*, N 87.

<sup>19</sup> Voir BSK OR II-SCHAAD, art. 689 N 22.

<sup>20</sup> P. ex. si elle échappait clairement au domaine de compétences de l'assemblée générale, v. ATF 137 III 503.

vice qui la frappe est si grave que le conseil d'administration serait lui-même tenu d'agir en annulation une fois la décision prise<sup>21</sup>.

### ***B. Après l'assemblée générale***

#### **1. Immédiatement après l'assemblée générale : blocage du registre du commerce (art. 162 s. ORC)**

##### ***a) Objet***

27. En principe, une décision de l'assemblée générale, même viciée, est immédiatement exécutoire et peut aussitôt faire l'objet d'une réquisition d'inscription au registre du commerce lorsque cela est nécessaire, p. ex. en cas de modification du capital social ou d'élection d'un organe. Le préposé au registre du commerce dispose d'un pouvoir d'examen limité quant à la validité matérielle d'une inscription<sup>22</sup>, raison pour laquelle il revient en principe à l'actionnaire qui s'estime lésé de prendre des mesures pour éviter l'inscription d'une décision. Le cas échéant, le premier moyen qu'il doit envisager est le blocage du registre du commerce<sup>23</sup>.
28. Cette mesure superprovisionnelle permet à toute personne intéressée de s'opposer à une inscription, obligeant ainsi l'office du registre du commerce à surseoir à celle-ci. Une fois le blocage requis, l'opposant dispose d'un délai de dix jours pour déposer une requête de mesures provisionnelles devant le juge compétent<sup>24</sup>. Le blocage du registre du commerce permet ainsi de suspendre provisoirement l'inscription d'une décision de l'assemblée générale, ce qui est essentiel car l'obtention de mesures provisionnelles est exclue une fois la décision exécutée et publiée, le mal étant fait<sup>25</sup>.

---

<sup>21</sup> Comp. PETER BÖCKLI, *Schweizer Aktienrecht*, 4<sup>e</sup> éd., Zurich/Bâle/Genève 2009, § 12 N 71d s.

<sup>22</sup> ATF 117 II 186, consid. 1. V. *supra*, N 18.

<sup>23</sup> Art. 162 ORC.

<sup>24</sup> Art. 162 al. 3 let. a ORC.

<sup>25</sup> Voir TF 4A\_331/2008 du 15 septembre 2008, consid. 2.1.1 ; la situation est

29. Le blocage du registre est conçu comme une mesure quasi automatique, sans examen des motifs du requérant<sup>26</sup>. Il s'agit dès lors d'un outil important et efficace dans l'arsenal des actionnaires minoritaires. Cette caractéristique le rend cependant susceptible d'être exploité à des fins abusives<sup>27</sup>. Comme l'examen du bien-fondé du blocage du registre n'a lieu qu'à la fin d'une éventuelle procédure de mesures provisionnelles, il se peut qu'un actionnaire tente de monnayer un retrait de son opposition lorsque le temps joue en sa faveur, p. ex. dans le cadre d'une augmentation de capital ou d'une restructuration au sens de la LFus<sup>28</sup>.
30. La procédure d'opposition n'exclut pas le dépôt d'une requête de mesures provisionnelles ou superprovisionnelles auprès du juge, tendant à faire par exemple interdiction au membre d'un conseil d'administration fraîchement élu, ou réélu, dans le cadre d'une assemblée générale viciée, d'agir comme tel<sup>29</sup>; l'opposition est cependant nettement plus avantageuse en raison de son caractère automatique et immédiat. Des mesures superprovisionnelles peuvent toutefois être indispensables pour paralyser l'exécution de décisions n'impliquant pas une inscription au registre du commerce.

---

différente en matière d'augmentation de capital conditionnelle, l'inscription au registre du commerce et la protection qui en découle ne survenant que plus tard (idem, consid. 2.2).

<sup>26</sup> MICHAEL GWELESSIANI/NIELS SCHINDLER, Commentaire pratique de l'Ordonnance sur le registre du commerce, Genève 2014, N 561.

<sup>27</sup> ZK-TANNER, art. 706 N 220 s.

<sup>28</sup> PETER FORSTMOSER/ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER NOBEL, Schweizerisches Aktienrecht, Berne 1996, § 25 N 77.

<sup>29</sup> Des mesures superprovisionnelles devront être envisagées parallèlement au blocage en particulier lorsque l'inscription n'a qu'un effet déclaratif (voir N 37 ci-après).

### *b) Compétence*

31. L'opposition doit être adressée par écrit à l'office du registre du commerce compétent pour effectuer l'inscription dont le blocage est requis<sup>30</sup>.

### *c) Qualité pour s'opposer*

32. Ce moyen de droit est ouvert à toute personne, sauf celle ayant requis l'inscription (les « tiers » au sens de l'art. 162 al. 1 ORC)<sup>31</sup>. Le requérant n'a pas à justifier d'un intérêt digne de protection ; on réservera l'éventuel abus de droit en lien avec les blocages en chaîne (voir N 41 ci-après).

### *d) Délai d'opposition*

33. Le moment du dépôt de l'opposition est critique : celle-ci doit impérativement parvenir à l'office avant l'inscription au registre journalier, faute de quoi l'opposant est renvoyé à agir par la voie judiciaire<sup>32</sup>. Le délai étant parfois bref entre la décision de l'assemblée générale et l'envoi d'une réquisition<sup>33</sup>, il est recommandé d'agir immédiatement si l'on estime qu'une décision est viciée.
34. La pratique admet d'ailleurs les oppositions déposées avant la réception de la réquisition dont l'inscription doit être bloquée<sup>34</sup>. Le délai de dix jours pour requérir des mesures provisionnelles est

---

<sup>30</sup> MATHIAS KUSTER, Die Handelregistersperre nach revidierter Handelsregisterverordnung, GesKR 2009, p. 554 ss, p. 556.

<sup>31</sup> KUSTER (n. 30), p. 555.

<sup>32</sup> Art. 162 al. 5. Si l'inscription n'a pas encore été publiée dans la FOsc, on peut se demander si l'opposant peut obtenir l'interdiction de la publication par des mesures superprovisionnelles ou provisionnelles. Ce moyen est irréaliste vu la brièveté du délai entre l'inscription au journal et la publication. Voir SHK HRegV-CARBONARA, art. 162 N 120 s.

<sup>33</sup> KUSTER (n. 30), p. 557.

<sup>34</sup> SHK HRegV-CARBONARA, art. 162 N 45 ; KUSTER (n. 30) p. 556 s.

cependant maintenu et commence à courir à compter du dépôt de l'opposition conformément à l'art. 163 al. 1 ORC<sup>35</sup>.

### *e) Forme*

35. L'art. 162 al. 1 ORC exige une opposition écrite. Celle-ci doit comporter une signature manuscrite de l'opposant<sup>36</sup>. Une communication électronique au sens de l'art. 12*b* ORC en lien avec l'art. 130 CPC est admissible<sup>37</sup>.
36. S'agissant des exigences matérielles, il faut retenir que l'opposant n'a pas à motiver sa requête<sup>38</sup> ; il doit simplement y manifester la volonté inconditionnelle<sup>39</sup> de faire bloquer le registre<sup>40</sup>. On exigera de l'opposant qu'il indique son identité, l'identité du sujet de droit concerné par l'opposition et qu'il désigne assez précisément l'inscription devant être suspendue<sup>41</sup> ; l'office du registre du commerce doit être en mesure d'identifier sans doute possible à quelle inscription il doit surseoir<sup>42</sup>.

### *f) Effets du blocage*

37. Le seul effet du blocage est un sursis à l'inscription des faits visés ; il prive temporairement les inscriptions de leur publication et des effets qui y sont liés<sup>43</sup>. Le blocage empêche ainsi les décisions soumises à une inscription constitutive<sup>44</sup> de produire leurs effets ; les

---

<sup>35</sup> SHK HRegV-CARBONARA, art. 162 N 45.

<sup>36</sup> SHK HRegV-CARBONARA, art. 162 N 36.

<sup>37</sup> SHK HRegV-CARBONARA, art. 162 N 36.

<sup>38</sup> GWELESSIANI/SCHINDLER (n. 26), N 562.

<sup>39</sup> GWELESSIANI/SCHINDLER (n. 26), N 562.

<sup>40</sup> KUSTER (n. 30), p. 556.

<sup>41</sup> SHK HRegV-CARBONARA, art. 162 N 40 ss. Il est admissible de s'opposer en bloc à toute inscription concernant une société déterminée. Voir ég. KUSTER (n. 30), p. 555 pour un exemple de texte d'opposition.

<sup>42</sup> SHK HRegV-CARBONARA, art. 162 N 41.

<sup>43</sup> Voir art. 932 s CO.

<sup>44</sup> Sont constitutives les inscriptions relatives à l'existence de la société anonyme

faits dont l'inscription a un effet purement déclaratif, notamment les pouvoirs de représentation, sont privés de la protection de la bonne foi liée à l'inscription au registre du commerce<sup>45</sup>. L'opposition n'a en revanche pas d'effets sur l'exécution des décisions sous l'angle du droit privé, et ne modifie pas les délais, p. ex. d'exécution d'une augmentation de capital<sup>46</sup> ou d'action en annulation d'une décision de l'assemblée générale<sup>47</sup>.

38. La société concernée par le blocage est immédiatement informée de celui-ci (art. 162 al. 2 ORC). Le blocage du registre n'est cependant pas susceptible de recours<sup>48</sup>.

### *g) Durée et maintien du blocage*

39. L'art. 162 al. 3 ORC prévoit alternativement deux motifs mettant fin au blocage : l'écoulement d'un délai de dix jours sans que l'opposant n'apporte la preuve du dépôt d'une requête de mesures provisionnelles devant un tribunal (let. a) ou le rejet de la requête de mesures provisionnelles par une décision exécutoire du tribunal (let. b).
40. L'opposant qui souhaite prolonger le sursis à l'inscription doit donc déposer une requête de mesures provisionnelles tendant au maintien du blocage jusqu'à la fin de la procédure au fond<sup>49</sup> auprès du juge compétent. Il dispose à cet égard d'un délai de dix jours à compter du dépôt de l'opposition auprès de l'office du registre du commerce (art. 163 al. 1 let. a ORC) ou de la remise à un office postal, le timbre postal faisant foi (art. 163 al. 1 let. b ORC).

---

ainsi que les modifications statutaires (voir art. 647 CO), notamment les modifications du capital social ; SHK HRegV-CARBONARA, art. 162 N 89 ; BSK OR II-SCHENKER, art. 647 N 10.

<sup>45</sup> SHK HRegV-CARBONARA, art. 162 N 90.

<sup>46</sup> Art. 650 al. 3 CO ; GWELESSIANI/SCHINDLER (n. 26), N 568.

<sup>47</sup> Art. 706a al. 1 CO ; SHK HRegV-CARBONARA, art. 162 N 50.

<sup>48</sup> GWELESSIANI/SCHINDLER (n. 26), N 561.

<sup>49</sup> Voir l'exemple de KUSTER (n. 30), p. 559.

41. Le délai de dix jours prévu à l'art. 162 al. 2 ORC est péremptoire ; il ne saurait être prolongé, sous réserve d'une nouvelle opposition formée par une autre personne avant la fin du premier délai<sup>50</sup>. Notons à cet égard que l'office du registre du commerce peut rejeter pour des motifs d'abus de droit les blocages en chaîne provenant de personnes proches<sup>51</sup>.
42. Le délai de dix jours commence à courir le lendemain du jour auquel l'opposition est déposée auprès de l'office du registre du commerce ou postée (art. 163 al. 2 ORC). Dans l'hypothèse où le dernier jour du délai est un samedi, un dimanche, ou un jour férié, la fin du délai est reportée au jour ouvrable suivant (art. 141 al. 3 CPC)<sup>52</sup>. Les fêtes judiciaires ne s'appliquent pas<sup>53</sup>.
43. Le délai de dix jours est respecté si l'opposant remet à l'office du registre du commerce la preuve du dépôt d'une requête de mesures provisionnelles au plus tard à 17h00 le dernier jour du délai (art. 163 ORC). Cette règle présente deux particularités : d'une part, l'art. 163 al. 2 ORC s'écarte du principe habituel de l'envoi et retient le moment de la remise du moyen de preuve comme déterminant pour le respect du délai. D'autre part, le délai est respecté si le moyen de preuve parvient à l'office du registre du commerce au plus tard à 17h le dernier jour du délai, plutôt qu'à minuit.
44. Si le délai n'est pas respecté, l'office du registre du commerce procède à l'inscription (art. 162 al. 3 let. a ORC).
45. Pour prouver le respect du délai, l'opposant doit remettre deux documents à l'office du registre du commerce (art. 163 al. 3 ORC) : la copie de la requête de mesures provisionnelles adressée au

---

<sup>50</sup> SHK HRegV-CARBONARA, art. 162 N 35 ; GWELESSIANI/SCHINDLER (n. 26), N 570.

<sup>51</sup> SHK HRegV-CARBONARA, art. 162 N 35 ; voir KG ZG du 20 mars 2012, ZG GVP 2013 151. D'un autre avis : GWELESSIANI/SCHINDLER (n. 26), N 567.

<sup>52</sup> KUSTER (n. 30), p. 560 ; SHK HRegV-CARBONARA, art. 163 N 9.

<sup>53</sup> SHK HRegV-CARBONARA, art. 163 N 19.

tribunal (let. a)<sup>54</sup> et un récépissé de la Poste Suisse ou du tribunal (let. b). Un envoi par fax des moyens de preuve devrait suffire<sup>55</sup>.

46. La copie remise au tribunal doit contenir l'intégralité de la requête (sans les pièces) adressée au juge, de manière à ce que l'office du registre du commerce puisse examiner pour quelle(s) inscription(s) le blocage doit être maintenu<sup>56</sup>.
47. Si la preuve du dépôt d'une requête a été apportée, le blocage du registre est maintenu soit jusqu'au moment de l'entrée en force du prononcé sur les mesures provisionnelles si celui rejette la requête (art. 162 al. 3 ORC), soit jusqu'à la fin de la procédure au fond si la requête de mesures provisionnelles est admise<sup>57</sup>.

## 2. Dans les dix jours suivant le blocage du registre : requête en mesures provisionnelles

### a) *Objet*

48. Dans le contexte qui nous intéresse ici, la requête de mesures provisionnelles tendra à prolonger le blocage du registre du commerce. C'est la première étape de la phase judiciaire et le premier moment où une autorité judiciaire devra apprécier le bien-fondé – *prima facie* – de la prétention de l'actionnaire qui conteste une décision de l'assemblée générale.

### b) *Compétence*

49. La compétence locale en matière de mesures provisionnelles est réglée à l'art. 13 CPC, qui l'attribue au tribunal compétent pour

---

<sup>54</sup> La remise d'une copie suffit, voir GWELESSIANI/SCHINDLER (n. 26), N 575.

<sup>55</sup> SHK HRegV-CARBONARA, art. 163 N 17 ; GWELESSIANI/SCHINDLER (n. 26) précisent que la communication par fax suffit si les pièces sont ensuite remises à l'office, N 575.

<sup>56</sup> KUSTER (n. 30), p. 560 ; SHK HRegV-CARBONARA, art. 163 N 15.

<sup>57</sup> Le tribunal des mesures provisionnelles transmet une copie de sa décision à l'office du registre du commerce concerné, art. 162 al. 4 *in fine* ORC.

statuer sur l'action principale (let. a), soit celui du siège, dans l'hypothèse où la requête est liée à une action en annulation ; ou alors au tribunal du lieu où la mesure doit être exécutée (let. b), soit celui du siège du registre du commerce chargé de l'inscription.

### *c) Qualité pour agir et pour défendre*

50. La qualité pour agir appartient à toute personne qui dispose d'un intérêt digne de protection à bloquer les effets de la décision viciée ; on pense notamment à l'actionnaire qui souhaite agir en annulation. La qualité pour défendre appartient à la personne visée par la procédure au fond, soit la société dont l'assemblée générale a pris la décision contestée.

### *d) Délais*

51. Pour que le blocage du registre soit maintenu, la requête de mesures provisionnelles doit être déposée dans le délai de 10 jours à compter de l'opposition à l'inscription au registre du commerce<sup>58</sup>. Une fois l'inscription effectuée, le requérant n'a plus d'intérêt juridiquement protégé à s'opposer à celle-ci<sup>59</sup>.

### *e) Conclusions de la requête*

52. La requête de mesures provisionnelles doit conclure à ce qu'il soit ordonné au registre du commerce compétent de prolonger le blocage de l'inscription contestée jusqu'à la fin de la procédure sur le fond<sup>60</sup> ; faute de conclusions tendant au maintien du blocage, l'office du registre du commerce peut considérer que blocage ne se justifie plus<sup>61</sup>. Il conviendra dès lors de désigner précisément dans la requête quelle(s) décision(s) de l'assemblée générale visée(s) ne doivent pas être inscrites.

---

<sup>58</sup> Art. 162 al. 3 let. a.

<sup>59</sup> TF 4A\_331/2008 du 15 septembre 2008, consid. 2.1.1.

<sup>60</sup> Voir l'exemple de KUSTER (n. 30), p. 559.

<sup>61</sup> SHK HRegV-CARBONARA, art. 162 N 59.

53. La conclusion tendant au blocage du registre pourra être cumulée à une conclusion demandant l'interdiction d'exécuter la décision viciée<sup>62</sup> ; cela peut être important en particulier pour les faits dont l'inscription est déclarative.

### *f) Conditions*

54. Pour que la requête soit admise, le requérant doit rendre vraisemblable qu'une prétention dont il est titulaire est l'objet d'une atteinte ou risque de l'être (art. 261 al. 1 let. a CPC) et que cette atteinte risque de lui causer un préjudice difficilement réparable (art. 261 al. 1 let. b CPC).
55. Au titre de la première condition, il s'agira pour le requérant d'alléguer les faits à la base de sa prétention, les droits dont il prétend qu'ils auraient été violés par la décision contestée et la motivation juridique de l'annulabilité – ou de la nullité – de la décision prise par l'assemblée générale. Cette condition est admise dans la mesure où le requérant parvient à rendre vraisemblable que son action en annulation a des chances de succès<sup>63</sup>.
56. La condition du préjudice difficilement réparable devrait en principe être admise en cas d'inscription constitutive<sup>64</sup>. Cela est particulièrement vrai en matière d'augmentation du capital ; revenir en arrière sur une telle décision après son exécution peut se révéler particulièrement complexe et coûteux.
57. En cas d'inscription déclarative, la situation est moins claire ; la condition du préjudice difficilement réparable devrait être remplie en matière de pouvoirs de représentation dans la mesure où la bonne foi des tiers dépend fortement de l'inscription au registre du commerce<sup>65</sup>.

---

<sup>62</sup> BSK ZPO-SPRECHER, art. 262 N 15.

<sup>63</sup> ATF 131 III 473, consid. 2.3.

<sup>64</sup> SHK HRegV-CARBONARA, art. 162 N 89.

<sup>65</sup> SHK HRegV-CARBONARA, art. 162 N 90. KUSTER (n. 30), p. 561 est d'avis que l'élection d'un organe ne devrait pas pouvoir faire l'objet d'une mesure

58. La condition de l'urgence, sous-jacente à celle du préjudice difficilement réparable, sera régulièrement donnée dans la mesure où le blocage du registre tombe si le juge rejette la requête de mesures provisionnelles (art. 162 al. 3 let. a ORC)<sup>66</sup>.

### *g) Effets*

59. L'art. 262 let. c CPC prévoit explicitement que le juge des mesures provisionnelles peut ordonner à une autorité qui tient un registre de prendre des mesures ; dans le cas qui nous intéresse, l'ordonnance tendra au maintien de la suspension d'une inscription au registre du commerce jusqu'au droit connu sur le fond. Si le juge du fond rejette la demande, la mesure provisionnelle tendant au blocage du registre tombe et l'office procède à l'inscription (art. 268 al. 2 CPC en relation avec l'art. 162 al. 3 let. b ORC) ; si le juge admet la demande au fond, l'inscription n'a pas lieu, les conditions n'étant plus remplies.
60. L'art. 263 CPC dispose que le juge impartit au requérant un délai pour déposer l'action au fond sous peine de caducité des mesures ; il semble approprié que le juge des mesures provisionnelles accorde à l'actionnaire au moins le bénéfice entier du délai péremptoire de deux mois prévu à l'art. 706a al. 1 CO.

## **3. Dans les deux mois qui suivent l'assemblée générale : action en annulation des décisions de l'assemblée générale (art. 706 CO)**

### *a) Introduction*

61. Une fois le blocage du registre obtenu et confirmé par une ordonnance de mesures provisionnelle, l'actionnaire devra agir au

---

provisionnelle, faute de préjudice difficilement réparable. Nous ne pouvons pas nous ranger à cet avis dans la mesure où les actes effectués par des organes non valablement nommés peuvent avoir des conséquences autres que purement patrimoniales.

<sup>66</sup> SHK HRegV-CARBONARA, art. 162 N 92.

fond pour faire valoir ses droits. L'annulation des décisions de l'assemblée générale est régie à l'art. 706 CO, qui permet au conseil d'administration et à chaque actionnaire d'attaquer en justice les décisions de l'assemblée générale qui violent la loi ou les statuts (al. 1).

62. En amont de l'examen des conditions matérielles, l'action en annulation présente quelques particularités liées à l'exigence d'un intérêt digne de protection à l'annulation et à l'effet réparateur associé au délai péremptoire de deux mois ; il convient de traiter ces questions avant de s'intéresser à celles relatives au fond.

### *b) Objet*

63. L'action en annulation est une action formatrice<sup>67</sup>, cassatoire, tendant à l'annulation d'une décision de l'assemblée générale avec effet rétroactif<sup>68</sup>. L'annulation est opposable à tous les actionnaires, pas seulement entre les parties au procès<sup>69</sup>.
64. Le droit suisse ne connaît pas d'action (constitutive) qui tendrait à forcer la société à prendre une décision déterminée<sup>70</sup>.

### *c) Compétence*

65. La compétence locale relève du for général du siège de la société (art. 10 let. b CPC). Ce for n'est pas impératif et peut être prorogé conventionnellement (art. 17 al. 1 CPC). A suivre la lettre de la loi,

---

<sup>67</sup> ATF 122 III 279, consid. 2.

<sup>68</sup> ATF 138 III 204, consid. 4.1. ; 110 II 387, consid. 2c. ; TF 4A\_630/2012 du 19 mars 2013, consid. 3.1 ; 4A\_404/2011 du 7 novembre 2011, consid. 5.1.

<sup>69</sup> Art. 706 al. 5 CO. Sur l'admissibilité d'une transaction ou d'un désistement, FRANÇOIS BOHNET, L'action en annulation du droit de la société anonyme en procédure civile suisse, *in* : Bohnet (édit.), Quelques actions en annulation, Neuchâtel 2007, p. 163 ss, N 89 ss, 117.

<sup>70</sup> ATF 122 III 279, consid. 3c/bb ; 75 II 149, consid. 2b *in fine*.

- une clause statutaire ne suffit pas<sup>71</sup> ; la prorogation de for doit faire l'objet d'un consentement de l'actionnaire (art. 1 CO).
66. L'action en annulation est arbitrable, que le litige soit interne ou international : elle relève de la libre disposition des parties<sup>72</sup> (art. 354 CPC), et elle est en général – mais pas toujours – de nature patrimoniale (art. 177 al. 1 LDIP). Tant en matière nationale qu'internationale, une convention d'arbitrage doit être conclue (art. 358 CPC et 178 LDIP) ; par conséquent, le consentement de l'actionnaire doit être obtenu, et une clause statutaire ne devrait donc pas constituer une base suffisante<sup>73</sup>.
67. Concernant le calcul de la valeur litigieuse déterminant pour la compétence matérielle de l'action en annulation, on retiendra tout d'abord qu'il s'agit d'une action à caractère patrimonial ; la valeur litigieuse correspondra à l'intérêt économique qu'a la société au maintien de la décision<sup>74</sup>. Ainsi, lorsque la décision d'octroi de la décharge est contestée, la valeur litigieuse correspond au moins aux frais que la société devrait hypothétiquement avancer si elle décidait d'agir en responsabilité contre un ou plusieurs administrateurs<sup>75</sup>.

---

<sup>71</sup> Sauf si la composition de l'actionariat n'a pas été modifiée depuis l'adoption par les fondateurs des statuts, auquel cas l'on devrait considérer que le consentement de tous les actionnaires a été valablement obtenu, l'unanimité étant requise s'agissant de l'adoption des statuts (art. 629 al. 1 CO). Selon MARC ANDRE MAUERHOFER, *Gültigkeit statutarischer Schieds- und Gerichtsstandsklauseln*, GesKR 2011, p. 26, une telle clause statutaire serait en outre contraire aux art. 680 al. 1 et 620 al. 2 CO.

<sup>72</sup> BOHNET (n. 69), N 30.

<sup>73</sup> Cf. n. 71 ci-dessus, et le renvoi à MAUERHOFER.

<sup>74</sup> ATF 133 III 368, consid. 1.3.2 ; 75 II 149, consid. 1 et les réf. citées (distribution de tantièmes) ; TF 4A\_630/2012 du 19 mars 2013, consid. 1.1 ; 4A\_404/2011 du 7 novembre 2011, consid. 1.1 (contestation de l'approbation des comptes, un poste étant contesté).

<sup>75</sup> TF 4A\_630/2012 du 19 mars 2013, consid. 1. En l'absence d'éléments permettant une évaluation concrète, le montant du capital social peut constituer une référence pertinente, TF 4P.344/2006 du 27 février 2007, consid. 5.2.

*d) Qualité pour agir*

68. La qualité pour agir appartient à tout actionnaire<sup>76</sup> et au conseil d'administration (art. 706 al. 1 CO). Dans le dernier cas, le juge désigne un représentant spécial à la société pour la procédure<sup>77</sup>. Les participants ont également qualité pour agir en annulation d'une décision de l'assemblée générale<sup>78</sup>.
69. L'actionnaire qui agit ne doit pas nécessairement avoir participé à la décision ; son intérêt à l'action est cependant nié lorsqu'il a voté en faveur de la décision contestée, l'action en contestation relevant alors d'un comportement contradictoire<sup>79</sup>.
70. L'actionnaire qui agit doit justifier d'un intérêt digne de protection à l'annulation ; cette condition doit être interprétée largement, l'intention de préserver les intérêts de la société suffisant à cet égard<sup>80</sup>. Il faut cependant que la situation juridique de l'actionnaire soit effectivement modifiée par l'annulation de la décision<sup>81</sup> ; celle-ci doit avoir un effet positif sur les droits du demandeur<sup>82</sup>.
71. L'intérêt à l'annulation ne serait dès lors pas donné si l'actionnaire agissait uniquement dans le but de léser la société, pour faire

---

<sup>76</sup> En détail : BOHNET (n. 69), N 42 ss.

<sup>77</sup> Art. 706a al. 2 CO.

<sup>78</sup> Art. 656a CO ; ALEXANDRE RICHA/DAVID RAEDLER, La contestation des décisions en droit de la société anonyme, *in* : Chabot (édit.), *Développements récents en droit commercial III*, Lausanne 2014, p. 10 ; BÖCKLI (n. 21), § 16 N 106.

<sup>79</sup> ATF 99 II 55, consid. 1 ; 74 II 41, consid. 4a.

<sup>80</sup> TF 4A\_97/2010 du 21 mars 2011, consid. 2.3.1 ; 4A\_630/2012 du 19 mars 2013, consid. 3.1 ; ATF 132 III 555, consid. 2 ; 122 III 279, consid. 3a ; 75 II 149, consid. 2b.

<sup>81</sup> TF 4A\_630/2012 du 19 mars 2013, consid. 3.1 ; 122 III 279, consid. 3c/bb ; voir ég. ATF 86 II 165, consid. 4 ss. Critiques : BSK OR II-DUBS/TRUFFER, art. 706 N 4a.

<sup>82</sup> ATF 133 III 453, consid. 7 ; 122 III 279, consid. 3a. Critique : BOHNET (n. 69), N 67.

pression sur celle-ci ou si la violation n'est pas en lien avec la lésion de ses droits<sup>83</sup>.

72. De même, un intérêt à la constatation est en principe insuffisant<sup>84</sup>.
73. La jurisprudence ancienne dénie l'intérêt digne de protection lorsque la voie de l'action en responsabilité des organes est ouverte, c'est-à-dire lorsque la décision touche uniquement des intérêts financiers des actionnaires<sup>85</sup>. Cette interprétation, récemment laissée ouverte par le Tribunal fédéral<sup>86</sup> doit être réfutée<sup>87</sup>. Les deux actions diffèrent du point de vue de la qualité pour agir et pour défendre, l'une mettant aux prises un actionnaire (ou le conseil d'administration) et la société, l'autre opposant un actionnaire (ou un créancier, ou la société) et un administrateur ; par ailleurs, l'objet du litige n'est pas le même ; surtout, leur nature est différente : l'action en annulation est formatrice alors que l'action en responsabilité est cassatoire<sup>88</sup>. Admettre la subsidiarité serait d'autant plus problématique que l'effet guérisseur rattaché aux décisions de l'assemblée générale pourrait légitimer des actes des administrateurs, les libérant ainsi de leur responsabilité<sup>89</sup>.
74. En matière d'élection d'organes, l'intérêt digne de protection est donné lorsque l'actionnaire fait valoir que l'organe de révision élu n'est pas indépendant, et ce même pour les exercices déjà bouclés<sup>90</sup>. En effet, l'absence d'indépendance du réviseur met en péril l'impartialité et la qualité des informations qu'il fournit. Or, une information appropriée est à la base du contrôle et d'une éventuelle

---

<sup>83</sup> Voir RICH/RAEDLER (n. 78), p. 11 s.

<sup>84</sup> ATF 122 III 279.

<sup>85</sup> ATF 117 II 290, consid. 4e/cc ; 100 II 384, consid. 2a ; 92 II 243, consid. 2 ; 81 II 462, consid. III/1b.

<sup>86</sup> ATF 133 III 453, consid. 7.4.

<sup>87</sup> RICH/RAEDLER (n. 78), p. 8 et les réf. citées.

<sup>88</sup> BÖCKLI (n. 21), § 18 N 456 ; BSK OR II-TRUFFER/DUBS, art. 706 N 1 ; RICH/RAEDLER (n. 78), p. 8 ; BOHNET (n. 69), N 71.

<sup>89</sup> BSK OR II-TRUFFER/DUBS, art. 706 N 1.

<sup>90</sup> ATF 133 III 453, consid. 7.3.

mise en œuvre de la responsabilité par l'actionnaire et sert aussi au fonctionnement correct de l'assemblée générale<sup>91</sup>.

75. En matière d'octroi de la décharge, l'intérêt à l'annulation ne serait pas donné, selon le Tribunal fédéral, si l'éventualité que la société agisse en responsabilité contre ses administrateurs est nulle<sup>92</sup>. En effet, les droits de l'actionnaire minoritaire sont préservés dans la mesure où il garde la possibilité d'agir en réparation du dommage subi par la société (art. 756 al. 1 CO) dans le délai péremptoire de six mois prévu à l'art. 759 al. 2 CO ; il ne peut s'en prendre qu'à lui-même s'il ne le fait pas<sup>93</sup>. De fait, l'annulation de l'octroi de la décharge dans ces circonstances aurait pour unique effet de repousser le départ du délai péremptoire, celui-ci courant à partir de l'octroi d'une décharge (art. 759 al. 2 CO) que la majorité s'empresserait d'accorder lors d'une assemblée générale extraordinaire ultérieure. Nous considérons pourtant que l'interprétation du Tribunal fédéral est discutable pour deux raisons : premièrement, un délai de six mois est généralement insuffisant à préparer une action en responsabilité<sup>94</sup> ; toute prolongation de celui-ci améliore sensiblement la situation de l'actionnaire. Ensuite, rien ne justifie que l'actionnaire minoritaire doive subir les conséquences d'un vice causé par les errements de la majorité ou de la société.

### *e) Qualité pour défendre*

76. La qualité pour défendre appartient à la société, représentée en principe par son conseil d'administration. Lorsque celui-ci est à

---

<sup>91</sup> ATF 133 III 453, consid. 7.2 ; BSK OR II-WEBER, art. 696 N 1 ; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (n. 28), § 40 N 146.

<sup>92</sup> TF 4A\_630/2012 du 19 mars 2013, consid. 3.2.

<sup>93</sup> TF 4A\_630/2012 du 19 mars 2013, consid. 3.2.

<sup>94</sup> Voir BÖCKLI (n. 21), § 16 N 197 : si l'actionnaire requiert un contrôle spécial, six mois suffisent à peine pour terminer la procédure judiciaire de nomination d'un contrôleur.

L'origine de l'action en annulation, le juge désigne un représentant spécial à la société<sup>95</sup>.

### *f) Délais*

77. L'action en annulation doit être intentée dans le délai de deux mois après l'assemblée générale<sup>96</sup>. Il s'agit d'un délai péremptoire, qui, s'il n'est pas respecté, entraîne la perte du droit invoqué ; la nature péremptoire du délai s'explique par un besoin de sécurité du droit<sup>97</sup>.
78. Le délai commence à courir le lendemain du jour où l'assemblée générale s'est tenue et est respecté si l'acte introductif d'instance est remis au tribunal, à la poste suisse ou à une représentation diplomatique ou consulaire suisse avant minuit, le dernier jour du délai<sup>98</sup>. L'introduction d'une requête de mesures provisionnelles tendant au blocage du registre n'emporte pas le respect du délai, faute d'identité d'objet et de procédure entre la requête de mesures provisionnelles et l'action au fond<sup>99</sup>.
79. Un effet guérisseur est associé au délai péremptoire de deux mois ; cette circonstance influence également l'intérêt à l'annulation des décisions de l'assemblée générale. Deux décisions du Tribunal fédéral permettent de mettre en évidence l'importance de cet effet :

Premièrement, le Tribunal fédéral a précisé qu'il n'était pas possible de **revenir sur une décision non contestée** à l'occasion de la contestation d'une décision ultérieure ; il n'est ainsi pas possible de contester des postes des comptes qui ne

---

<sup>95</sup> Art. 706a al. 2 CO.

<sup>96</sup> Art. 706a al. 1 CO ; TF 4A\_10/2012 du 2 octobre 2012, consid. 3.1 ; 4A\_404/2011 du 7 novembre 2011, consid. 5.1.

<sup>97</sup> ATF 86 II 78, consid. 6a ; TF 4A\_10/2012 du 24 octobre 2012, consid. 3.3.

<sup>98</sup> Art. 132 CO et 143 CPC.

<sup>99</sup> Voir ATF 110 II 387. BOHNET (n. 69) considère au contraire que l'identité devrait être admise lorsque les conclusions de la requête de mesures provisionnelles visent à empêcher la décision attaquée de déployer ses effets (N 83).

font que refléter l'évolution d'un poste adopté dans les comptes des années précédentes<sup>100</sup>.

Deuxièmement, **tous les motifs d'annulation** doivent être invoqués dans le délai de deux mois<sup>101</sup>. Ainsi, malgré l'admissibilité de faits et moyens de preuve nouveaux au stade de l'appel, il est impossible d'invoquer un nouveau motif d'annulation fondé sur un nouveau complexe de faits dans le cadre de l'action en annulation si le délai de deux mois est échu au moment de la procédure de recours<sup>102</sup>.

### *g) Conditions matérielles*

80. L'art. 706 CO vise en premier lieu la violation de la loi ou des statuts ; le champ d'application de cette norme exclut dès lors la violation d'obligations contractuelles, issues p. ex. d'une convention d'actionnaires. Par ailleurs, l'art. 706 CO ne sanctionne que la violation des règles du droit des sociétés<sup>103</sup>.
81. Globalement, une violation peut relever soit d'un vice formel, affectant la formation de la décision, soit de la violation de droits matériels des actionnaires.
82. Lorsque la décision souffre d'un vice formel, la jurisprudence retient que le vice doit avoir eu une influence sur le résultat de la décision<sup>104</sup>, c'est-à-dire que l'assemblée générale aurait voté dans un autre sens en l'absence du vice. C'est d'ailleurs la solution retenue par le législateur en cas d'action fondée sur la participation sans droit à une assemblée générale (art. 691 al. 3 CO) : cette action est un cas particulier de l'action en annulation, ouverte en cas d'irrégularité dans la formation de la décision<sup>105</sup>. A cet égard, la loi

---

<sup>100</sup> TF 4A\_404/2011 du 7 novembre 2011, consid. 5.3 ; cela n'exclut cependant pas l'introduction d'une action en responsabilité, voir ATF 133 III 453, consid. 7.3.

<sup>101</sup> ATF 86 II 78, consid. 6a.

<sup>102</sup> TF 4A\_10/2012 du 24 octobre 2012, consid. 3.3.

<sup>103</sup> ATF 117 II 290, consid. 4c.

<sup>104</sup> TF 4A\_43/2007 du 11 juillet 2007, consid. 4.1.

<sup>105</sup> ATF 122 III 279, consid. 2.

précise que l'action ne peut être admise que si l'irrégularité a eu une influence sur la décision prise ; elle ne saurait être annulée si la décision avait été la même sans prise en compte des voix viciées<sup>106</sup>.

83. Concernant plus précisément les droits des actionnaires, l'art. 706 al. 2 CO dresse encore une liste non exhaustive des motifs d'annulation : la violation des droits des actionnaires en violation de la loi ou des statuts (ch. 1) ; la violation des droits des actionnaires d'une manière non fondée (ch. 2) ; les inégalités de traitement ou les préjudices causés aux actionnaires et non justifiés par le but de la société (ch. 3) ; la suppression du but lucratif de la société sans l'accord de tous les actionnaires (ch. 4).
84. De manière générale, le juge intervient avec retenue en l'absence de violation de règles formelles claires<sup>107</sup>, car les atteintes matérielles à des droits d'actionnaires peuvent être justifiées par l'intérêt social<sup>108</sup>. Or, c'est là le domaine de compétence de l'assemblée générale et du conseil d'administration, relevant de l'opportunité, que le juge ne contrôle en principe pas<sup>109</sup>. La protection offerte par l'art. 706 al. 2 ch. 2 et 3 CO reste dès lors faible.
85. Plutôt que d'entrer dans un débat dogmatique sur le bien-fondé de cette interprétation restrictive de l'art. 706 CO<sup>110</sup>, nous nous proposons d'étudier ci-après quelques cas concrets et leur traitement par la jurisprudence<sup>111</sup>.

**Information des actionnaires.** Les actionnaires ont le droit de décider de manière éclairée sur les objets portés à l'ordre du jour ; ils doivent savoir sur quoi porteront les débats et, le cas

---

<sup>106</sup> Art. 691 al. 3 CO ; ATF 122 III 279, consid. 2.

<sup>107</sup> ATF 93 II 393, consid. 3b ; 82 II 148.

<sup>108</sup> Voir ATF 99 II 55, consid. 2 ; 95 II 157, consid. 9b.

<sup>109</sup> ATF 100 II 384 ; 99 II 55, consid. 4b ; 95 II 163 ; 91 II 310 ; TF 4A\_43/2007 du 11 juillet 2007, consid. 5.

<sup>110</sup> Voir à ce sujet JULIEN DUBOIS/LINO HÄNNI, *Egalité de traitement matérielle et devoir de fidélité*, in : Trigo/Trindade/Bahar (édit.), *L'égalité de traitement dans l'ordre juridique*, Genève 2013, p. 325 ss.

<sup>111</sup> Pour un catalogue, voir ég. BOHNET (n. 69), N 12 ss. Cf. également RICHIA/RAEDLER (n. 78), p. 12 ss.

échéant, les décisions qui peuvent être prises<sup>112</sup>. Afin de pouvoir exercer leurs droits de manière efficace, les actionnaires doivent ainsi pouvoir se déterminer sur le but d'une décision (p. ex. l'efficacité d'une réduction du capital-actions suivie d'une augmentation en vue d'un assainissement) avant de voter, faute de quoi la décision prise est annulable<sup>113</sup>. Il n'est cependant pas interdit d'adopter d'autres mesures que celles proposées à l'ordre du jour lorsqu'il est reconnaissable qu'elles s'inscrivent dans la thématique proposée<sup>114</sup>.

**Election des organes.** La jurisprudence admet l'annulabilité de l'élection d'un réviseur dont les qualifications professionnelles exigées par la loi ne sont pas remplies<sup>115</sup>; cette jurisprudence semble difficilement transposable à l'élection d'administrateurs dans la mesure où la loi n'exige pas de qualifications professionnelles ou qualités personnelles particulières<sup>116</sup>.

**Dilution.** En matière de dilution de la participation des actionnaires suite à une augmentation de capital, il est particulièrement difficile d'obtenir l'annulation d'une décision de l'assemblée générale si le droit de souscription préférentiel disposé à l'art. 652b CO est respecté; le Tribunal fédéral retient que l'actionnaire qui n'est financièrement pas en mesure de souscrire de nouvelles actions ne peut s'en prendre à autrui de ce chef. En outre, les juges font preuve de retenue dans l'appréciation des motifs justifiant une augmentation de capital; il en va de même pour ceux justifiant une suppression du droit de souscription préférentiel<sup>117</sup>. L'art. 706 CO n'offre donc pas de

---

<sup>112</sup> ATF 103 II 141.

<sup>113</sup> ATF 138 III 204, consid. 2.3.

<sup>114</sup> ATF 121 III 420, consid. 2b.

<sup>115</sup> On ne saurait cependant contester l'élection d'un réviseur au motif qu'il ne dispose pas de connaissances spécifiques dans le secteur d'activités de la société, ATF 131 III 38, consid. 4.1.

<sup>116</sup> Les statuts peuvent prévoir ce type d'exigences (BÖCKLI [n. 21], § 12 N 43 ss); le cas échéant, une élection peut être attaquée au motif que les conditions statutaires à l'élection ne sont pas respectées.

<sup>117</sup> ATF 117 II 290, consid. 4c/aa: «Le retrait doit s'avérer indispensable à la

protection supplémentaire à celle procuré par le droit de souscription préférentiel.

**Thésaurisation des bénéfices.** Une problématique voisine de la dilution est celle de la thésaurisation des bénéfices. Il peut être avantageux pour l'actionnaire majoritaire de renoncer à la distribution de dividendes tout en se rémunérant par d'autres biais, p. ex. des intérêts liés à des prêts, des honoraires, ou l'octroi à son égard de prêts par la société, etc. S'il est admis que l'actionnaire a un droit à une part du bénéfice<sup>118</sup>, ce droit est en conflit avec le large pouvoir d'appréciation de l'assemblée générale et du conseil d'administration en ce qui concerne l'emploi de ce bénéfice<sup>119</sup>. Selon la jurisprudence, l'assemblée générale a parfaitement le droit d'accumuler les bénéfices, les actionnaires ne pouvant prétendre exiger un gain à court terme<sup>120</sup>. Il n'en irait autrement qu'en cas de décision arbitraire, « exorbitante de toute considération raisonnable »<sup>121</sup> ou contraire à l'égalité de traitement<sup>122</sup>. Cette position restrictive de la jurisprudence est critiquée avec raison par BÖCKLI, qui retient qu'une thésaurisation systématique peut être illicite<sup>123</sup>. Dans ce cas, les décisions relatives à l'emploi du bénéfice doivent pouvoir être annulées ; cependant, faute d'action constitutive, les moyens de droit de l'actionnaire minoritaire sont limités ; s'il dispose d'une participation suffisante, il peut demander que la distribution de dividendes soit inscrite à l'ordre du jour (art. 699

---

réalisation des buts fixés, même si ces buts ne doivent pas nécessairement apparaître décisifs pour le maintien ou le développement de la société ». Voir ég. ATF 91 II 298, consid. 7.

<sup>118</sup> Art. 660 al. 1 CO.

<sup>119</sup> ATF 100 II 384, consid. 4 ; 91 II 298, consid. 10. Voir ég. l'art. 674 al. 2 CO, relatif à la constitution de réserves supplémentaires par l'AG et les art. 960a al. 4 et 960e al. 4 CO, qui autorisent la constitution de réserves latentes.

<sup>120</sup> TF 4A\_43/2007 du 11 juillet 2007, consid. 3.

<sup>121</sup> TF 4A\_43/2007 du 11 juillet 2007, consid. 3. Voir ég. ATF 91 II 298, consid. 10.

<sup>122</sup> CR CO II-TRIGO TRINDADE, art. 660-661 N 23. Voir ATF 105 II 114 : non-versement de dividendes conjugué au versement de tantièmes importants.

<sup>123</sup> BÖCKLI (n. 21), § 12 N 512, 514a.

al. 3 CO) ; sinon, l'actionnaire n'a d'autre choix que d'agir en annulation de la décision relative à l'emploi du bénéfice jusqu'à ce que le conseil d'administration propose un dividende approprié<sup>124</sup>.

### *h) Frais*

86. L'action en annulation des décisions de l'assemblée générale peut donner lieu à l'application de l'art. 107 al. 1 let. f. CPC, selon lequel le juge peut répartir les frais entre le demandeur et la société indépendamment de l'issue de la cause<sup>125</sup>. Cette disposition permet de mettre à la charge de la société tout ou partie des frais même dans l'hypothèse où elle a gain de cause, afin de tenir compte de l'éventuelle inégalité économique entre actionnaire et société<sup>126</sup>. Pour apprécier l'opportunité d'une répartition des frais en équité, la jurisprudence retient que «le juge prend en compte tous les éléments du cas particulier, tels que les chances de l'action, l'attitude des parties dans le procès, les motifs de fait et de droit pour lesquels l'actionnaire a pu de bonne foi se croire fondé à agir, compte tenu des informations qu'il avait reçues ou auxquelles il pouvait accéder, et aussi l'intérêt de l'action pour des tiers tels que d'autres actionnaires dans la même situation. Il n'y a en principe pas lieu de déroger aux règles ordinaires lorsque l'actionnaire détient une participation importante dans la société et que les intérêts en présence se situent dans le même ordre de grandeur»<sup>127</sup>. Ainsi, une répartition spéciale sera admise surtout lorsque l'intérêt financier de l'actionnaire est faible par rapport à celui de la société<sup>128</sup>.

---

<sup>124</sup> BÖCKLI (n. 21), § 12 N 514a.

<sup>125</sup> Voir ATF 139 III 33, consid. 4.2.

<sup>126</sup> Voir ég. l'ancien art. 706a al. 3 CO : « En cas de rejet de la demande, le juge répartit librement les frais entre la société et le demandeur. »

<sup>127</sup> TF 4A\_43/2007 du 11 juillet 2007, consid. 7.

<sup>128</sup> TF 4A\_331/2008 du 15 septembre 2008, consid. 5 ; 4A\_43/2007 du 11 juillet 2007, consid. 7 ; 4C.324/2001 du 7 février 2002, consid. 5 ; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (n. 28), § 25 N 83.

#### 4. Plus de deux mois après l'assemblée générale : constatation de la nullité des décisions de l'assemblée générale (art. 706b CO)

87. Lorsque le délai péremptoire de deux mois a expiré, l'actionnaire dispose encore de la possibilité d'agir en constatation de la nullité d'une décision de l'assemblée générale. Cette action, découlant de l'art. 706b CO, tend à faire constater (art. 88 CPC) la nullité d'une décision de l'assemblée générale lorsque le vice qui la frappe est tel que tout effet guérisseur est exclu<sup>129</sup>. Elle est également ouverte contre les décisions du conseil d'administration<sup>130</sup>.
88. L'action en constatation de la nullité peut être introduite par toute personne qui soutient disposer d'un intérêt à la constatation de la nullité, qu'il s'agisse d'un actionnaire – qu'il ait ou non voté en faveur de la décision viciée<sup>131</sup> –, d'un créancier, d'un tiers ou de la société elle-même<sup>132</sup> ; la société peut en particulier avoir un intérêt à la constatation positive de la validité de la décision<sup>133</sup>. L'intérêt à la constatation peut découler d'une atteinte directe aux droits ou aux intérêts du demandeur ou d'une atteinte aux mœurs ou à l'ordre public<sup>134</sup>. L'action est dirigée contre la société<sup>135</sup>.
89. La nullité d'une décision de l'assemblée générale peut être invoquée en tout temps, indépendamment d'une action judiciaire<sup>136</sup> ; elle est prise en compte d'office<sup>137</sup>. La constatation de la nullité par voie

---

<sup>129</sup> ZK-TANNER, art. 706b N 152.

<sup>130</sup> Art. 714 CO.

<sup>131</sup> ATF 74 II 41, consid. 4a. L'abus de droit est cependant réservé ; selon les circonstances, on pourra reprocher à l'actionnaire un comportement contradictoire.

<sup>132</sup> ZK-TANNER, art. 706b N 162.

<sup>133</sup> ZK-TANNER, art. 706b N 163.

<sup>134</sup> FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (n. 28), § 25 N 132.

<sup>135</sup> ZK-TANNER, art. 706b N 165.

<sup>136</sup> ZK-TANNER, art. 706b N 153.

<sup>137</sup> ATF 100 II 384, consid. 1.

d'action peut dès lors être demandée en tout temps, sous réserve d'une action abusivement tardive<sup>138</sup>.

90. Selon l'art. 706*b* CO, sont nulles en particulier les décisions de l'assemblée générale qui (1) suppriment ou limitent le droit de prendre part à l'assemblée générale, le droit de vote minimal, le droit d'intenter action ou d'autres droits des actionnaires garantis par des dispositions impératives de la loi; (2) restreignent les droits de contrôle des actionnaires davantage que ne le permet la loi ou (3) négligent les structures de base de la société anonyme ou portent atteinte aux dispositions de protection du capital. Cette disposition s'applique par analogie aux décisions du conseil d'administration en vertu du renvoi de l'art. 714 CO.
91. La délimitation entre décisions annulables et décisions nulles n'est pas évidente<sup>139</sup>. De manière générale, la nullité n'intervient qu'en cas de violation grave en raison de son caractère exceptionnel<sup>140</sup>. La distinction réside dans la nature des intérêts touchés : alors qu'une atteinte à l'intérêt privé des actionnaires est sanctionnée par l'annulabilité, une atteinte à des principes fondamentaux de la SA ou du droit, aux intérêts des créanciers et à l'intérêt public devrait être nulle<sup>141</sup>. On considérera également comme nulle une atteinte aux droits inaliénables des actionnaires<sup>142</sup>.
92. Les conditions d'admission de l'action sont donc particulièrement restrictives. En cas de doute, l'actionnaire cherchant à contester une décision aura dès lors intérêt à présumer qu'elle est annulable<sup>143</sup>. Lorsque le délai péremptoire de deux mois est préservé, l'actionnaire qui souhaite voir une décision annulée conclura, en cas de doute, à

---

<sup>138</sup> ZK-TANNER, art. 706*b* N 168.

<sup>139</sup> ZK-TANNER, art. 706*b* N 4. Voir en détail l'exposé de BÖCKLI (n. 21), § 16 N 159.

<sup>140</sup> FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (n. 28), § 25 N 86. Pour un catalogue, voir BOHNET (n. 69), N 8 ss. Cf. également RICHA/RAEDLER (n. 78), p. 16 ss.

<sup>141</sup> ZK-TANNER, art. 706*b* N 6.

<sup>142</sup> ZK-TANNER, art. 706*b* N 45.

<sup>143</sup> Voir ZK-TANNER, art. 706*b* N 16, 18 ss.

- la constatation de la nullité et, subsidiairement, à l'annulation de la décision viciée<sup>144</sup>.
93. Dans l'hypothèse où le délai péremptoire pour agir en annulation est dépassé, seule la nullité peut entrer en ligne de compte. La nullité est en particulier envisageable lorsque l'actionnaire a été empêché de participer à l'assemblée générale ou d'agir en annulation dans le délai de deux mois. Tel est le cas lorsqu'une assemblée générale dite universelle se tient en réalité en l'absence d'un ou de plusieurs actionnaires, ou encore lorsqu'au moins un actionnaire n'a pas été convoqué à l'assemblée générale<sup>145</sup>.
94. En matière de procédure, se pose la question de savoir si les règles particulières applicables à l'action en annulation des décisions de l'assemblée générale valent également pour l'action en nullité. Tel devrait être le cas de la nomination d'un représentant en cas d'action intentée par le conseil d'administration (art. 706a al. 2 CO).
95. La règle de répartition des frais en équité selon l'art. 107 let. f CPC devrait également trouver application dans le cadre de l'action en constatation de la nullité<sup>146</sup>.

## II. Requête en institution d'un contrôle spécial

### A. *But du contrôle spécial*

96. Le contrôle spécial est une procédure tendant à la nomination d'un expert chargé d'élucider certains faits concernant la société, auxquels l'actionnaire n'a pas directement accès, en raison notamment du secret des affaires ou parce que l'accès à l'information lui est refusé indûment. Il a été introduit dans la loi dans le but premier de faciliter l'introduction d'actions en responsabilité ; il sert cependant à

---

<sup>144</sup> RICH/RAEDLER (n. 78), p. 9.

<sup>145</sup> ATF 137 III 460, consid. 3.3.2. Voir cependant BSK OR II-TRUFFER/DUBS, art. 706b N 20, qui considèrent que la nullité doit être envisagée seulement si la voie de l'action en annulation n'est plus ouverte.

<sup>146</sup> Voir ZK-TANNER, art. 706b N 150.

l'exercice de tous les droits de l'actionnaire, comme le met en évidence l'art. 697a al. 1 CO.

### ***B. Objet du contrôle spécial***

97. Afin de bien saisir l'utilité du contrôle spécial, il convient de délimiter tout d'abord les éléments sur lesquels il peut porter. L'art. 697a al. 1 CO prévoit que le contrôle spécial sert à élucider des « faits déterminés » en lien avec la société visée. Il peut porter sur toutes les affaires de la société pouvant influencer l'appréciation de la situation économique et financière de la société<sup>147</sup>.
98. Sont ainsi exclus du cadre du contrôle spécial les activités privées des organes<sup>148</sup>, ou l'état du marché dans un secteur économique donné<sup>149</sup>. Il est en revanche admissible d'examiner dans le cadre du contrôle spécial si la société poursuit des buts contraires à la loi, aux statuts ou à ses propres intérêts en concluant un acte juridique avec des tiers<sup>150</sup>.
99. Comme l'indique la loi, le contrôle spécial porte sur des faits et non des questions de droit ou des jugements de valeur ; sont donc exclus du champ du contrôle spécial les questions relevant de l'opportunité<sup>151</sup>.
100. Les faits à élucider doivent en outre être déterminés ; dès lors, le contrôle spécial ne permet pas de réaliser un contrôle complet de la gestion<sup>152</sup> et ne peut être exploité à des fins purement exploratoires, dans l'espoir de découvrir des irrégularités dont le requérant ne sait

---

<sup>147</sup> BSK OR II-WEBER, art. 697a N 26 ; CR CO II-PAULI, art. 697a N 10.

<sup>148</sup> CR CO II-PAULI, art. 697a N 8.

<sup>149</sup> ATF 123 III 261, consid. 2a.

<sup>150</sup> TF 4A\_129/2013 du 20 juin 2013, consid. 7.2.2. et les réf. Voir ég. TF 4A\_260/2013 du 6 août 2013, consid. 4.1.

<sup>151</sup> ATF 138 III 252, consid. 3.1 ; 133 III 453, consid. 7.5 ; TF 4A\_260/2013 du 6 août 2013, consid. 4.1 ; 4A\_129/2013 du 20 juin 2013, consid. 7.1.1 ; 4A\_215/2010 du 27 juillet 2010, consid. 3.1.4.

<sup>152</sup> BÖCKLI (n. 21), § 16 N 53 ; CR CO II-PAULI, art. 697a N 10. Le contrôle complet de la gestion peut intervenir cas échéant sur la base de l'art. 731a al. 3 CO.

rien<sup>153</sup>. Lors de l'examen du caractère déterminé des faits à élucider, il conviendra cependant de tenir compte de l'asymétrie de l'information dont souffre l'actionnaire ; il faut lui permettre de viser un domaine d'affaires délimité matériellement et temporellement de manière suffisamment claire<sup>154</sup>.

### ***C. En amont de la requête : délimitation du cadre du contrôle par la demande de renseignements***

101. L'art. 697a al. 1 CO exige que l'actionnaire ait préalablement exercé son droit à être renseigné ou à consulter les pièces (art. 697 CO) avant de pouvoir proposer l'institution d'un contrôle spécial. On déduit de cette subsidiarité du contrôle spécial que l'objet de celui-ci doit présenter un lien de connexité matérielle avec la demande de renseignements ou en consultation des pièces qui l'a précédé<sup>155</sup>. Cette connexité, appréciée de manière restrictive, n'est pas simple à établir. Pourtant, l'actionnaire qui envisage de requérir un contrôle spécial doit déjà en tenir compte au moment où il pose ses questions à l'assemblée générale, raison pour laquelle cette question est traitée avant d'aborder la requête en contrôle spécial proprement dite.
102. Lorsqu'il fait usage de son droit au renseignement lors de l'assemblée générale, l'actionnaire doit formuler ses questions avec une certaine précision ; elles doivent correspondre « au moins dans les grandes lignes » à celles qui seraient ensuite posées dans le cadre du contrôle spécial<sup>156</sup>. On attend de l'actionnaire un certain soin

---

<sup>153</sup> ATF 138 III 252, consid. 3.1 ; TF 4A\_215/2010 du 27 juillet 2010, consid. 3.1.4 ; 4C.190/2005 du 6 septembre 2005, consid. 3.4.2 ; BSK OR II-WEBER, art. 697a N 23. Voir TF 4C.353/2006 : refus de l'examen de l'ensemble de la rémunération de dirigeants en l'absence d'indices d'abus ; dans le même sens, TF 4C.179/2005 du 2 novembre 2006, consid. 4.2.2.

<sup>154</sup> BÖCKLI (n. 21), § 16 N 43 ; TF 4A\_215/2010 du 27 juillet 2010, consid. 3.4.1. Voir ég. TF 4C.190/2005 du 6 septembre 2005, consid. 3.2.

<sup>155</sup> CR CO II-PAULI, art. 697a N 34. Voir ATF 123 III 261, consid. 3a ; TF 4C.165/2004 du 30 juillet 2004, consid. 3.

<sup>156</sup> ATF 138 III 252, consid. 3.1 ; 123 III 261, consid. 3a ; TF 4A\_215/2010 du 27 juillet 2010, consid. 3.1.1 et plus part. 3.2.2 : différence entre question sur l'état actuel d'un poste et son évolution au cours de l'exercice. L'actionnaire peut

dans la formulation de la demande de renseignements et une formulation aussi claire que possible compte tenu de l'état de ses connaissances<sup>157</sup>.

103. Au-delà de la formulation des questions, l'actionnaire doit activement chercher à obtenir les informations qu'il souhaite<sup>158</sup>. Si nécessaire, il doit poser des questions supplémentaires, à moins que le comportement du conseil d'administration ne laisse deviner que celui-ci ne fournira pas davantage d'informations<sup>159</sup>.
104. Pour apprécier la connexité, le juge de la requête en contrôle spécial se basera sur le besoin d'information que le conseil d'administration peut déduire de bonne foi de la question initiale posée à l'assemblée générale, sans qu'il soit permis de se retrancher derrière une interprétation littérale des questions ou de ne répondre qu'aux questions expressément posées<sup>160</sup>.
105. A titre d'exemple, le Tribunal fédéral a confirmé des jugements niant la connexité matérielle entre une question portant sur l'état actuel d'un poste et celle relative à son évolution au cours de l'exercice<sup>161</sup>; entre le type de prestations fournies par un cocontractant et le temps consacré à l'exécution de ses prestations<sup>162</sup>; entre les rémunérations publiques et les rémunérations occultes<sup>163</sup>; entre un prix facturé et un prix de revient<sup>164</sup>.
106. Ces exemples révèlent que la condition de la connexité est appréciée de manière relativement restrictive; on constate en particulier une

---

réduire l'objet du contrôle spécial par rapport à celui de la demande de renseignements, TF 4C.165/2004 du 30 juillet 2004, consid. 3.3.

<sup>157</sup> TF 4A\_215/2010 du 27 juillet 2010, consid. 3.1.1.

<sup>158</sup> ATF 138 III 252, consid. 3.1; 133 III 453, consid. 7.5; 133 III 133, consid. 3; 123 III 261, consid. 3a.

<sup>159</sup> TF 4C.165/2004 du 30 juillet 2004, consid. 4.

<sup>160</sup> TF 4A\_215/2010 du 27 juillet 2010, consid. 3.1.1; ATF 123 III 261, consid. 3a.

<sup>161</sup> TF 4A\_215/2010 du 27 juillet 2010, consid. 3.2.2.

<sup>162</sup> TF 4A\_215/2010 du 27 juillet 2010, consid. 3.3.2.

<sup>163</sup> TF 4A\_359/2007 du 26 novembre 2007, consid. 3.2.

<sup>164</sup> ATF 123 III 261, consid. 3b.

réticence à admettre la connexité entre les questions relatives à des éléments qualitatifs (nature d'une prestation) et celles portant sur des éléments quantitatifs (prix, durée). Pour prévenir une éventuelle irrecevabilité de la requête en contrôle spécial faute de connexité matérielle, l'actionnaire a tout intérêt à clarifier dès le départ le motif pour lequel il entend élucider certains faits et formuler ses questions de manière pointue et complète, quitte à augmenter le volume des questions posées<sup>165</sup>.

## ***D. Requête en contrôle spécial***

### **1. Prémisses**

107. La requête en contrôle spécial doit toujours être précédée d'une proposition d'instituer un contrôle spécial à l'assemblée générale (art. 697a al. 1 CO) ; cet objet ne doit pas être inscrit à l'ordre du jour (art. 700 al. 3 CO). Si l'assemblée générale donne suite à la proposition, la société ou chaque actionnaire peut, dans le délai de 30 jours, demander au juge de désigner un contrôleur spécial. Si l'assemblée générale refuse (art. 697a al. 2 CO), des actionnaires représentant 10% au moins du capital-actions ou des actions d'une valeur nominale de 2 millions de francs, peuvent demander au juge la désignation d'un contrôleur spécial (art. 697b al. 1 CO).
108. Si le conseil d'administration refuse de soumettre l'objet au vote de l'assemblée générale, cela équivaut à un vote négatif de l'assemblée générale, ouvrant ainsi la voie au juge ; il faut cependant que l'actionnaire ait insisté sur la réalisation du vote<sup>166</sup>.

---

<sup>165</sup> Voir TF 4C.165/2004 du 30 juillet 2004, consid. 3 ; en l'espèce, le requérant avait posé plus de 100 questions à l'assemblée générale, que le conseil d'administration avait expédiées sommairement ; le *Kantonsgericht* des Grisons, puis le Tribunal fédéral ont admis que la requête en contrôle spécial qui en découlait, réduite à l'examen de quelques questions précises, était conforme à l'art. 697a CO.

<sup>166</sup> ATF 138 III 246, consid. 3.3 ; 138 III 252, consid. 3.1. On ne peut en revanche déduire du refus du conseil d'administration de convoquer une assemblée générale extraordinaire que la condition de l'art. 697b al. 1 CO est remplie (ATF 138 III 246, consid. 4.3).

109. L'exposé qui suit se rapporte à la requête déposée par une minorité qualifiée et faisant suite au refus de l'assemblée générale, conformément à l'art. 697b al. 1 CO.

## 2. Compétence

110. La requête en contrôle spécial introduite par un actionnaire relève de la juridiction contentieuse<sup>167</sup>. Elle est dès lors soumise au for général de l'art. 10 let. b CPC, soit celui du siège de la société devant faire l'objet d'un contrôle spécial.
111. *Ratione materiae*, relevons que les litiges concernant la désignation d'un contrôleur spécial sont soumis à une instance cantonale unique<sup>168</sup>.

## 3. Qualité pour agir et pour défendre

112. La qualité pour agir sur la base de l'art. 697b al. 1 CO appartient à « des actionnaires représentant 10 % au moins du capital-actions ou des actions d'une valeur nominale de 2 millions de francs »<sup>169</sup>. Ces seuils alternatifs doivent être maintenus au moins jusqu'au jour du jugement par lequel un contrôleur est nommé<sup>170</sup>.
113. Le requérant ne doit pas nécessairement être à l'origine de la proposition d'instituer un contrôle spécial à l'assemblée générale, ni même avoir participé à l'assemblée générale<sup>171</sup>. Il revient à l'actionnaire de prouver que ce quorum est rempli<sup>172</sup>.

---

<sup>167</sup> ATF 129 III 301, consid. 1.2.2.

<sup>168</sup> Art. 5 al. 1 let. g CPC.

<sup>169</sup> Dans le cadre du projet de révision du droit de la SA, ce seuil est abaissé à 5% du capital-actions, ou des voix, ou des actions totalisant une valeur nominale de CHF 250'000.- au moins dans les sociétés privées et 0,5% du capital-actions, ou des voix, ou des actions pour une valeur nominale de 1 million de francs au moins (art. 697b al. 1 P-CO, FF 2007 1571 ss).

<sup>170</sup> ATF 133 III 180, consid. 3.2 ; 138 III 252, consid. 3.1.

<sup>171</sup> CR CO II-PAULI, art. 697b N 6.

<sup>172</sup> TF 4C.412/2005 du 23 février 2006, consid. 3.2.

114. La qualité pour défendre appartient à la société.

#### 4. Délai

115. En cas de refus de l'assemblée générale, le délai pour introduire l'action est de trois mois après la décision de l'assemblée générale (art. 697*b* al. 1 CO). Ce délai est péremptoire<sup>173</sup>.

#### 5. Procédure

116. La requête en institution d'un contrôle spécial est soumise à la procédure sommaire<sup>174</sup>.

#### 6. Conditions matérielles

117. La première condition à remplir, à prouver par le demandeur est la subsidiarité de la requête en contrôle spécial ; au niveau formel, elle n'est admissible que si le droit aux renseignements et à la consultation des documents a été exercé au préalable (art. 697*a* al. 1 CO). Les conséquences qui découlent de l'exigence de subsidiarité du point de vue de la connexité matérielle ont été exposées ci-dessus<sup>175</sup>.
118. La seconde condition se rapporte au lien entre l'objet du contrôle et les droits de l'actionnaire : le premier doit être nécessaire à l'exercice des seconds (art. 697*a* al. 1 CO).
119. Enfin, en cas de requête d'une minorité qualifiée, le demandeur devra rendre vraisemblable que des fondateurs ou des organes ont violé la loi ou les statuts et qu'ils ont ainsi causé un préjudice à la société ou aux organes<sup>176</sup>.

---

<sup>173</sup> CR CO II-PAULI, art. 697*b* N 1.

<sup>174</sup> Art. 250 let. c ch. 8 CPC.

<sup>175</sup> N 101 ci-dessus.

<sup>176</sup> Art. 697*b* al. 1 CO.

### *a) Subsidiarité*

120. Le contrôle spécial n'est ouvert que dans la mesure où les droits au renseignement et à la consultation des livres n'ont pas été satisfaits ; il faut donc que la requête en nomination d'un contrôleur spécial fasse suite à une demande de renseignement ou de consultation<sup>177</sup>.
121. Il n'est en revanche pas nécessaire que l'actionnaire ait agi par la voie de l'art. 697 al. 4 CO<sup>178</sup>.

### *b) Nécessité*

122. La clarification de la situation de fait doit être utile à l'exercice des droits de l'actionnaire<sup>179</sup> ; soit en vue d'une action en responsabilité ou de l'exercice d'autres droits d'actionnaire<sup>180</sup>.
123. Le contrôle spécial ne peut donc pas porter sur des faits connus de l'actionnaire<sup>181</sup>.
124. Le lien entre les droits dont l'exercice est visé et l'objet du contrôle doit être rendu vraisemblable par l'actionnaire<sup>182</sup>. Concrètement il s'agira d'exposer des raisons sérieuses permettant de mettre en doute l'exhaustivité et l'exactitude des réponses données à l'occasion de l'assemblée générale ou la sincérité des motifs justifiant le refus de renseigner l'actionnaire<sup>183</sup>. Le demandeur doit rendre

---

<sup>177</sup> Art. 697a al. 1 CO. Il n'est en revanche pas nécessaire qu'un actionnaire qui est en même temps administrateur ait cherché à exercer son droit au renseignement issu de l'art. 715a CO, ATF 133 III 133, consid. 3.

<sup>178</sup> ATF 138 III 252, consid. 3.1 ; 138 III 246, consid. 3.3 ; 133 III 133, consid. 3.2.

<sup>179</sup> ATF 138 III 252, consid. 3.1 ; 123 III 261, consid. 4a ; TF 4A\_215/2010 du 27 juillet 2010, consid. 3.1.2.

<sup>180</sup> TF 4A\_359/2007 du 26 novembre 2007, consid. 2.2. Intérêt nié en lien avec l'examen de comptes annuels d'exercices précédents *in* : TF 4A\_359/2007 du 26 novembre 2007, consid. 3.4 s.

<sup>181</sup> ATF 138 III 252, consid. 3.1.

<sup>182</sup> TF 4A\_359/2007 du 26 novembre 2007, consid. 2.2 et 3.1 ; 4C.190/2005 du 6 septembre 2006, consid. 3.2.

<sup>183</sup> SCHWARZENBACH RENÉ, Die Sonderprüfung und Fact-finding Gutachten im Hinblick auf die Verantwortlichkeit, *in* : Bühler (édit.), Informationspflichten des

vraisemblable que des doutes subsistent par rapport aux informations fournies par le conseil d'administration<sup>184</sup> et qu'il n'arrive pas à se faire une idée suffisamment claire des circonstances<sup>185</sup>. C'est une question que le juge apprécie en tenant compte de l'ensemble des circonstances du cas d'espèce<sup>186</sup>.

### c) *Vraisemblance d'une violation*

125. Concernant la violation, le requérant doit alléguer les faits visés, mais aussi en quoi ils s'écartent du comportement d'un administrateur respectueux de ses devoirs<sup>187</sup>. Il doit démontrer que le comportement ou l'omission des organes a violé une disposition légale ou statutaire précise, en indiquant en quoi consiste cette violation<sup>188</sup>; la violation d'une directive, d'une règle de *soft law* ou d'une obligation contractuelle ne suffit pas<sup>189</sup>. De même, un risque abstrait de conflit d'intérêts<sup>190</sup> ou un comportement inopportun<sup>191</sup>

---

Unternehmens im Gesellschafts- und Börsenrecht, p. 67 ss, p. 75. Comp. TF 4A\_129/2013 du 20 juin 2013, consid. 5.2; 4C.179/2005 du 2 novembre 2006, consid. 4.1; ATF 123 III 261, consid. 3b.

<sup>184</sup> BÖCKLI (n. 21), § 16 N 42; CR CO II-PAULI, art. 697a N 12; TF 4A\_215/2010 du 27 juillet 2010, consid. 3.1.1.

<sup>185</sup> Voir p. ex. TF 4A\_129/2013 du 20 juin 2013, consid. 4.3: informations fournies insuffisantes pour apprécier la solvabilité du bénéficiaire d'un prêt de la société.

<sup>186</sup> Comp. TF 4A\_129/2013 du 20 juin 2013, consid. 7.1.2.

<sup>187</sup> CR CO II-PAULI, art. 697b N 14.

<sup>188</sup> ATF 138 III 252, consid. 3.1; 120 II 393, consid. 4c: violation de règles de compétence en lien avec des aliénations et des acquisitions; TF 4A\_260/2013 du 6 août 2013, consid. 3.1; 4A\_129/2013 du 20 juin 2013; 4A\_215/2010 du 27 juillet 2010, consid. 3.1.3.

<sup>189</sup> ATF 138 III 252, consid. 3.2; TF 4A\_215/2010 du 27 juillet 2010, consid. 3.1.3.

<sup>190</sup> TF 4A\_260/2013 du 6 août 2013, consid. 4.3. Il faut pouvoir rendre vraisemblables des éléments indiquant l'exercice effectif d'une activité concurrente. Voir ég. TF 4A\_215/2010 du 27 juillet 2010, consid. 3.2.3 (mandats d'administrateur multiples).

<sup>191</sup> CR CO II-PAULI, art. 697b N 14. Voir ATF 138 III 25, consid. 3.2: le fait d'avoir un comportement d'investissement qui pourrait apparaître comme excessivement prudent ne suffit pas pour constater une violation de la loi ou des statuts; TF 4C.179/2005 du 2 novembre 2006, consid. 4.3.

ne suffisent pas à rendre vraisemblable un manquement. La vraisemblance doit en revanche être admise en cas de conclusion d'un contrat de prêt apparemment non conforme aux conditions du marché avec un proche<sup>192</sup>.

126. La vraisemblance d'une violation est établie lorsque le comportement allégué présente un certain degré de vraisemblance, même si le juge compte encore avec la possibilité que les choses ne se soient pas déroulées comme exposé par le requérant<sup>193</sup>. On ne saurait exiger du requérant la preuve stricte des faits que le contrôle spécial doit élucider<sup>194</sup>. Néanmoins, l'actionnaire doit au moins offrir des indices du comportement allégué ; des soupçons ou des affirmations sans fondement ne suffisent pas<sup>195</sup>.

#### *d) Vraisemblance d'un dommage*

127. Le dommage devra être allégué conformément à la théorie de la différence<sup>196</sup>. Le requérant devra dès lors rendre vraisemblable une différence entre l'état actuel du patrimoine social et l'état hypothétique du patrimoine en cas de comportement conforme aux devoirs<sup>197</sup>.
128. En matière de prêt à un proche, l'existence de conditions non conformes au marché suffit à rendre vraisemblable un dommage, puisque le respect de ces conditions aurait permis à la société d'avoir des conditions plus avantageuses, en particulier un taux d'intérêt

---

<sup>192</sup> Et ce même si l'administrateur concerné s'est abstenu lors de la prise de décision, voir TF 4A\_129/2013 du 20 juin 2013, consid. 4.3.

<sup>193</sup> TF 4A\_129/2013 du 20 juin 2013, consid. 7.1.

<sup>194</sup> TF 4A\_260/2013 du 6 août 2013, consid. 4.2.

<sup>195</sup> ATF 138 III 252, consid. 3.1 ; TF 4A\_260/2013 du 6 août 2013, consid. 4.2 ; 4A\_215/2010 du 27 juillet 2010, consid. 3.1.3 ; 4A\_359/2007 du 26 novembre 2007, consid. 2.3.

<sup>196</sup> TF 4A\_129/2013 du 20 juin 2013, consid. 6.2.

<sup>197</sup> Le projet de révision du droit de la SA prévoit un allègement dans le sens où le demandeur n'a plus à rendre vraisemblable un préjudice, mais seulement que la violation « peut porter préjudice à la société ou à l'actionnaire » (art. 697b al. 3 ch. 2 P-CO, FF 2007 1571 ss).

plus important (gain manqué)<sup>198</sup>. Il doit en aller de même si c'est la société qui emprunte à un proche avec un taux d'intérêt supérieur aux conditions du marché.

### *e) Vraisemblance d'un lien de causalité*

129. Le dommage allégué doit être la conséquence de la violation invoquée<sup>199</sup>. Le requérant s'attachera alors à démontrer que le manquement allégué est la condition *sine qua non* du préjudice subi et que la survenance du dommage était prévisible sur la base de l'expérience générale de la vie et du cours naturel des événements<sup>200</sup>. Si le manquement consiste en une omission, le requérant alléguera que le dommage ne serait pas survenu si l'organe s'était comporté conformément au droit<sup>201</sup>. Il suffit en principe que les soupçons exposés par le requérant indiquent avec un certain degré de vraisemblance (« *einer gewissen Wahrscheinlichkeit* ») que les actes ou omissions de l'organe peuvent effectivement avoir causé un dommage<sup>202</sup>.

### *f) Argumentation juridique*

130. Le requérant doit rendre vraisemblables non seulement les faits à l'origine de sa prétention, mais aussi leur qualification juridique<sup>203</sup>. Cette condition est remplie lorsqu'un examen sommaire des motifs

---

<sup>198</sup> TF 4A\_129/2013 du 20 juin 2013, consid. 6.3.

<sup>199</sup> ATF 138 III 252, consid. 3.1 ; TF 4A\_260/2013 du 6 août 2013, consid. 4.1.

<sup>200</sup> Voir parmi d'autres ATF 129 II 312, consid. 3.3.

<sup>201</sup> ATF 115 II 440, consid. 5a.

<sup>202</sup> TF 4A\_260/2013 du 6 août 2013 ; ainsi, l'existence de pertes importantes restées inexpliquées serait un indice suffisant d'une violation dommageable, voir ANDREAS CASUTT, Was brachte die Sonderprüfung als neues Instrument des Aktionärsschutzes ?, ECS 2002, p. 502 ss, p. 510.

<sup>203</sup> ATF 138 III 252, consid. 3.1 ; 120 II 393, consid. 4c ; TF 4A\_260/2013 du 6 août 2013, consid. 4.2 ; 4A\_215/2010 du 27 juillet 2010, consid. 3.1.1.

juridiques allégués fait apparaître certaines chances de succès ou qu'ils sont au moins défendables<sup>204</sup>.

## 7. Effets de l'admission de la requête

131. Si le juge donne favorablement suite à la requête, il nomme un contrôleur spécial chargé d'enquêter et de remettre un rapport à l'assemblée générale (art. 697d ss CO) ; le contrôleur doit être indépendant (art. 697c al. 2 CO), aussi bien envers le conseil d'administration et la direction que face à l'organe de révision et aux actionnaires<sup>205</sup>. L'expert doit également être compétent en regard du mandat qui lui est confié ; le requérant et la société peuvent faire des propositions, que le juge est libre de suivre ou non<sup>206</sup>.
132. Le juge définit l'objet du contrôle dans les limites de la requête (art. 697c al. 2 CO). Il convient dès lors de préciser dans la requête les questions auxquelles le contrôleur devra répondre. Ces questions devront respecter les principes de subsidiarité et de nécessité et l'obligation d'élucider des faits déterminés. Dans ce contexte, la jurisprudence admet non seulement les questions relatives à des faits concrets, comme la valeur d'une installation<sup>207</sup> ou le type et le montant de certaines rémunérations<sup>208</sup>, mais aussi des éléments moins purement factuels, comme des questions relatives aux motifs d'une décision<sup>209</sup> ou des hypothèses relatives à l'évolution d'un poste si une décision différente avait été prise<sup>210</sup>. Cela nous paraît approprié ; le contrôleur doit être en mesure d'élucider tous les faits

---

<sup>204</sup> ATF 138 III 252, consid. 3.1 ; 120 II 393, consid 4c ; TF 4A\_260/2013 du 6 août 2013, consid. 4.2.

<sup>205</sup> BSK OR II-WEBER, art. 697d N 8.

<sup>206</sup> CR CO II-PAULI, art. 697d N 5.

<sup>207</sup> TF 4A\_260/2013 du 6 août 2013, faits.

<sup>208</sup> TF 4C.165/2004 du 30 juillet 2004, faits.

<sup>209</sup> TF 4A\_219/2013 du 20 juin 2013, consid. 7.2.1 ; cela est admissible à notre sens dans la mesure où cette question permet d'élucider la base factuelle sur laquelle la décision a été prise, un critère important dans l'appréciation des décisions de gestion selon la *business judgment rule* (voir not. ATF 139 III 24).

<sup>210</sup> TF 4A\_260/2013 du 6 août 2013, faits.

qui permettront ensuite au requérant d'apprécier juridiquement les actes ou omissions à l'origine de la requête en contrôle spécial<sup>211</sup>.

## 8. Frais

133. La valeur litigieuse de la requête en institution d'un contrôleur spécial se calcule sur la base du dommage potentiel allégué par le requérant ; les frais calculés sur cette base devront cependant être inférieurs aux frais éventuels d'une action en responsabilité reposant sur les faits allégués<sup>212</sup>. Si le contrôle spécial est admis par le juge, la société supporte les frais de la procédure devant le juge<sup>213</sup>.
134. Dans l'hypothèse où le requérant succombe, se pose la question d'une éventuelle répartition des frais en équité en application de l'art. 107 al. 1 let. f CPC. Il est à notre avis opportun d'appliquer les principes énoncés par la jurisprudence en matière d'annulation des décisions de l'assemblée générale<sup>214</sup>.

### *E. Importance pratique du contrôle spécial*

135. L'exposé ci-devant se limite à la partie judiciaire de la procédure de contrôle spécial ; il faut garder à l'esprit qu'entre la nomination d'un contrôleur spécial et la remise d'un rapport à l'assemblée générale, il s'écoule un temps considérable, la procédure étant notamment ponctuée de deux aller-retours entre le juge et la société afin qu'elle puisse se prononcer sur le rapport rendu par le contrôleur<sup>215</sup>. Cette durée est d'ailleurs l'un des aspects contribuant à l'inefficacité du

---

<sup>211</sup> Dans le même sens, BÖCKLI, § 16 N 54.

<sup>212</sup> ATF 123 III 261, consid. 4 ; 120 II 393.

<sup>213</sup> BÖCKLI (n. 21) § 16 N 84.

<sup>214</sup> Voir N 86 ci-devant. Le TF a en particulier jugé que l'intérêt financier du requérant à l'exécution du contrôle spécial est faible en particulier lorsqu'il vise à élucider des faits indiquant un manquement envers la société, puisqu'il ne profiterait qu'indirectement et partiellement du produit d'une éventuelle action en responsabilité (ATF 123 III 261, consid. 4a. Voir art. 756 al. 1 CO). En pareilles circonstances, il se justifierait de mettre à la charge de la société une partie ou la totalité des frais.

<sup>215</sup> Art. 697e al. 2 et 3 CO.

contrôle spécial, en particulier lorsqu'il est envisagé dans le contexte d'une action en responsabilité dirigée contre un organe<sup>216</sup>.

136. Un obstacle matériel particulièrement important est sans doute l'exigence de subsidiarité et la connexité matérielle qui en découle<sup>217</sup>. Notre exposé a permis de mettre en évidence quelques principes directeurs qui pourraient être utiles à l'actionnaire souhaitant mettre à profit le contrôle spécial. Sans vouloir minimiser l'obstacle que représentent les autres conditions d'admission du contrôle spécial, nous pensons qu'une bonne compréhension de la condition de la connexité permettra déjà à l'actionnaire d'exercer une certaine pression sur le conseil d'administration. Celui-ci prend un risque en refusant de répondre ou en répondant de manière trop vague à une demande de renseignements claire et motivée. En définitive, la communication envers les actionnaires s'en verrait améliorée sans qu'il soit nécessaire d'aller jusqu'au contrôle spécial.

### III. Contrôle de gestion

#### A. Compétence décisionnelle

137. Un mécanisme supplémentaire de contrôle a été prévu par le législateur en faveur de l'assemblée générale des actionnaires, qui se voit octroyer la compétence intransmissible – à un autre organe – et inaliénable – à laquelle elle ne peut renoncer – de nommer des experts chargés de contrôler tout ou partie de la gestion de la société (*Sachverständige*)<sup>218</sup>.
138. Cette disposition n'empêche en rien le conseil d'administration de mandater des tiers indépendants, à tout moment, et hors application de l'art. 731a al. 3 CO, afin de faire vérifier la gestion de la société telle qu'effectuée par leurs prédécesseurs, ou leur délégués, ou élucider des faits ayant des conséquences juridiques, pour la société

---

<sup>216</sup> Voir BSK OR II-WEBER, art. 697a N 14 ; BÖCKLI (n. 21), § 16 N 16.

<sup>217</sup> BSK OR II-WEBER, art. 697a N 13.

<sup>218</sup> Art. 731 al. 2 aCO, devenu l'art. 731a al. 3 CO suite à la modification du droit des sociétés anonymes, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 1992.

ou ses employés (enquêtes internes en matière de respect des prescriptions applicables aux marchés financiers ou dans le domaine du droit de la concurrence).

139. La nomination d'experts au sens de l'art. 731a al. 3 CO ne peut qu'intervenir sur décision de l'assemblée générale, selon les règles de majorité ad hoc<sup>219</sup>. De par la loi, la décision doit être prise à la majorité simple, la décision n'étant pas qualifiée d'importante<sup>220</sup>; la détermination du droit de vote proportionnellement au nombre d'actions ne s'applique par ailleurs pas<sup>221</sup>. Théoriquement, il devrait être possible de statutairement prévoir une majorité qualifiée là où la loi prévoit une majorité simple; toutefois, au regard du but de l'institution, l'on ne saurait admettre que les statuts ne durcissent excessivement les règles en matière de majorité applicable à la désignation des experts, afin de rendre cette dernière impossible<sup>222</sup>. Il ne s'agit donc pas d'un outil destiné à protéger un actionnaire minoritaire, comme l'est le contrôle spécial.
140. Contrairement au contrôle spécial, le contrôle de gestion ne suppose par l'intervention d'une autorité judiciaire, sauf indirectement, pour trancher un litige ayant trait à l'assemblée générale au cours de laquelle la décision a été prise, ou la proposition rejetée (action en annulation ou en constatation de la nullité). Mais, en pareilles circonstances, ce n'est pas le contrôle de gestion, mais la décision de l'assemblée générale, qui est directement visée. Le contrôle de gestion reste donc un processus purement interne: « il faut laver son

---

<sup>219</sup> De par la loi, la décision doit être prise à la majorité simple, la décision n'étant pas qualifiée d'importante (art. 704 al. 1 CO); la détermination du droit de vote proportionnellement au nombre d'actions ne s'applique par ailleurs pas (art. 693 al. 3 ch. 2 CO). Il est possible de statutairement prévoir une majorité qualifiée.

<sup>220</sup> Art. 704 al. 1 CO.

<sup>221</sup> Art. 693 al. 3 ch. 2 CO.

<sup>222</sup> TRUFFER va même au-delà, estimant que les statuts ne peuvent qu'alléger les règles applicables à la désignation d'experts en charge du contrôle de la gestion (ROLAND TRUFFER, Die Sachverständigen zur Prüfung der Geschäftsführung (Art. 731a Abs. 3 OR), in: Vogt/Stupp/Dubs, Unternehmen, Transaktion, Recht: *Liber amicorum* für Rolf Watter zum 50. Geburtstag, Zurich 2008, p. 405 ss, p. 416).

linge sale en famille»<sup>223</sup>, à une exception près, à savoir que les experts en charge du contrôle de la gestion doivent être des tiers, impartiaux et neutres.

141. Peuvent demander la désignation d'experts en charge du contrôle de gestion :

- Si l'assemblée générale ordinaire a déjà eu lieu, un ou plusieurs actionnaires représentant 10% au moins du capital-actions peuvent demander la convocation d'une assemblée générale extraordinaire, dont l'objet est la désignation de contrôleurs de gestion<sup>224</sup>.
- Dans le cadre de la convocation d'une assemblée générale, des actionnaires représentant 10% au moins du capital-actions ou des actions totalisant une valeur nominale d'au moins un million de francs peuvent requérir que la désignation de contrôleurs de gestion soit ajoutée à l'ordre du jour<sup>225</sup>.
- Le conseil d'administration peut spontanément décider de proposer à l'assemblée générale la désignation de contrôleurs de gestion. Ce cas de figure devrait demeurer rare, et survenir par exemple à la suite de la destitution en bloc de membres du conseil d'administration précédent, suspectés de ne pas avoir déployé leurs activités avec toute la diligence requise, pour fonder une action en responsabilité, ou, dans le cas d'un conflit entre actionnaires majoritaires et minoritaires, en parallèle d'un contrôle spécial, pour prévenir ou remettre en cause ses conclusions. Le Message précise d'ailleurs – curieusement – que les contrôleurs de gestion « interviennent à côté des contrôleurs spéciaux et non à leur place »<sup>226</sup>.

---

<sup>223</sup> HONORÉ DE BALZAC, Eugénie Grandet, expression attribuée par l'auteur à Napoléon.

<sup>224</sup> Art. 699 al. 3, première phrase, CO.

<sup>225</sup> Art. 699 al. 3, deuxième phrase, CO. Il est admis que le quorum de 10% est également applicable à l'inscription d'un objet à l'ordre du jour, voir BÖCKLI (n. 21), § 12 N 66.

<sup>226</sup> Message concernant la révision du droit des sociétés anonymes du 23 février 1983,

- Indépendamment de ce qui précède, pendant une assemblée générale, un actionnaire peut en tous les cas proposer la désignation d'experts en charge du contrôle de la gestion, même si l'objet ne figure pas à l'ordre du jour, en application analogique de l'art. 700 al. 3 CO<sup>227</sup>.

### ***B. Le contrôleur de gestion : organe ou tiers ?***

142. Systématiquement, l'institution du contrôle de gestion figure au sein du Chapitre III (organisation de la société), lettre C (organe de révision) du Titre vingt-sixième consacré à la société anonyme. Faut-il en déduire que seul l'organe de révision peut être chargé de cette activité ? Il convient de répondre par la négative à cette question, et de constater que la loi n'est malheureusement pas un modèle de clarté à cet égard ; la doctrine ne semble par ailleurs pas unanime<sup>228</sup>. A priori, rien ne s'oppose à ce que l'organe de révision ne soit désigné pour exécuter cette mission<sup>229</sup> ; il conviendra de veiller toutefois à ce que la révision des comptes d'une part, et le contrôle de la gestion d'autre part, soient fonctionnellement séparés, et traités par des personnes différentes.
143. Des tiers choisis en fonction des aspects de la gestion qui constituent la cible du contrôle pourront également être désignés : experts-comptables, experts-fiscaux, avocats spécialisés en *corporate governance*, localisation (*asset tracing*) ou recouvrement (*recovery*) d'actifs, ou encore en investigations internes. Les experts devront en tous les cas présenter des garanties d'indépendance et d'impartialité, et

---

FF 1983 II 961.

<sup>227</sup> BSK OR II-REUTTER/RASMUSSEN, art. 731a N 12 ; TRUFFER (n. 222), p. 415.

<sup>228</sup> DANIEL CHRISTIAN PFIFFNER, Revisionsstelle und Corporate Governance Stellung, Aufgaben, Haftung und Qualitätsmerkmale des Abschlussprüfers in der Schweiz, in Deutschland, in der Europäischen Union und in den Vereinigten Staaten, Thèse, Zurich 2008, § 1094 ss.

<sup>229</sup> Message Révision, FF 2004 3762 et 3804, qui parle d'organe de révision multicéphale et souligne la difficulté de conserver l'unité de l'organe de révision ; VALÉRIE ENGAMMARE, Système de contrôle interne et information des actionnaires : comment garantir aux actionnaires un droit de regard en matière de contrôle interne ?, ECS 2003, p. 491 ss, p. 494 et la note de bas de page 41.

disposer de solides compétences dans les domaines concernés par le contrôle de la gestion<sup>230</sup>. Ils ne pourront ainsi pas être actionnaires, membres du conseil d'administration, ou travailleurs de la société, ni avoir occupé ces fonctions récemment ; rien ne s'oppose à la désignation d'un tiers ayant fonctionné au préalable comme curateur<sup>231</sup>, commissaire au sursis<sup>232</sup>, chargé d'enquête<sup>233</sup> ou commissaire<sup>234</sup>.

144. L'art. 731a al. 3 CO se borne à préciser que l'assemblée générale peut nommer des experts pour contrôler l'ensemble ou une partie de la gestion. Au regard de la systématique, et même de la lettre de la loi, l'on est en droit de se demander si le législateur ne consacre pas ici pour l'assemblée générale un droit de désigner une sorte de conseil de surveillance permanent à la française<sup>235</sup>, ou un *Aufsichtsrat* à l'allemande<sup>236</sup>, organe de la société. La réponse à cette question ne va en réalité pas de soi : historiquement, le Conseil fédéral avait proposé l'introduction dans le droit suisse d'un système facultativement dualiste, tel que connu notamment dans le droit allemand et français<sup>237</sup>. La question est toutefois aujourd'hui tranchée : en Suisse, c'est le système moniste qui a cours, même si le conseil d'administration peut déléguer des tâches<sup>238</sup>. Autoriser une

---

<sup>230</sup> BSK OR II-REUTTER/RASMUSSEN, art. 731a N 12 ; TRUFFER (n. 222), p. 416.

<sup>231</sup> Art. 725a CO.

<sup>232</sup> Art. 293 ss LP.

<sup>233</sup> Art. 36 LFINMA notamment, et les lois et ordonnances applicables à l'assujetti concerné.

<sup>234</sup> Art. 731b CO.

<sup>235</sup> Art. L225-68 al. 1 du Code de commerce : Le conseil de surveillance exerce le contrôle permanent de la gestion de la société par le directoire.

<sup>236</sup> § 111 al. 1 de l'Aktiengesetz vom 6. September 1965 (BGBl. I S. 1089), das zuletzt durch Artikel 26 des Gesetzes vom 23. Juli 2013 (BGBl. I S. 2586) geändert worden ist : Der Aufsichtsrat hat die Geschäftsführung zu überwachen.

<sup>237</sup> Art. 725 P-CO 1928, FF 1928 I 289. Voir également BO de l'AF 1931 III 571, 1934 II 341 et BO de l'AF 1985 IV 1659.

<sup>238</sup> ISABELLE CHABLOZ, Actionnaires dans les sociétés cotées : actions légales et gouvernance - Etude comparée : Suisse, Australie, Allemagne, Thèse d'habilitation, Genève 2012, § 277.

surveillance permanente serait contraire à l'art. 716a CO. Il convient donc de répondre par la négative à la question.

145. Faut-il par ailleurs, et nonobstant ce qui précède, estimer que ces experts constituent un organe de la société dont ils contrôlent tout ou partie de la gestion, comme le sont par exemple les liquidateurs ordinaires, ou encore le réviseur ? La conséquence de la qualification est essentiellement pertinente en matière de responsabilité : en effet, la société répond des actes illicites commis dans la gestion de ses affaires par une personne autorisée à la gérer ou à la représenter<sup>239</sup>, et la loi prévoit un système spécial de responsabilité pour le prospectus d'émission<sup>240</sup>, dans les actes de fondation<sup>241</sup>, dans l'administration, la gestion et la liquidation<sup>242</sup>, ou encore dans la révision<sup>243</sup>.
146. Elle l'est également en matière de preuve, puisqu'en application de l'art. 159 CPC, lorsqu'une personne morale est partie à un procès, ses organes sont traités comme une partie dans la procédure d'administration des preuves.
147. À nouveau, la réponse ne va pas de soi. À l'exception d'un auteur<sup>244</sup>, plus nuancé, la doctrine estime que les experts nommés pour contrôler la gestion de la société ne doivent pas être qualifiés d'organes de cette dernière<sup>245</sup>. Il est par ailleurs généralement admis que le contrôleur spécial n'est pas un organe<sup>246</sup>, même si parfois ce point de vue se base, à tort, sur le fait que le contrôleur spécial est lié par un rapport de nature contractuelle à la société, alors que l'un n'exclut pas l'autre.

---

<sup>239</sup> Art. 722 CO.

<sup>240</sup> Art. 752 CO.

<sup>241</sup> Art. 753 CO.

<sup>242</sup> Art. 754 CO.

<sup>243</sup> Art. 755 CO.

<sup>244</sup> TRUFFER (n. 222), p. 420.

<sup>245</sup> BÖCKLI (n. 21), §15 N 757 ; KUKO OR-KIRCHSCHLÄGER/WIRTH, art. 731b N 7 ; ZK-BÜRGLI, art. 731 aCO N 8, lequel ne motive pas réellement son point de vue.

<sup>246</sup> BÖCKLI (n. 21), §16 N 87 ; CR CO II-PAULI, art. 697d N 2.

148. Selon nous, la qualification d'organe des experts chargés de contrôler la gestion doit être exclue pour les raisons suivantes :

- En droit privé, les organes expriment la volonté d'une personne morale<sup>247</sup>. Cette dernière est engagée par leurs actes juridiques<sup>248</sup>. En droit des sociétés, la notion d'organe s'entend plus largement<sup>249</sup> ; la loi énumère exhaustivement les organes de la société anonyme : il s'agit de l'assemblée générale, du conseil d'administration, respectivement de ses délégués et, si les conditions pour un contrôle ordinaire ou restreint sont remplies, de l'organe de révision. Cette énumération est exhaustive. Ce n'est d'ailleurs que si l'un de ces organes fait défaut qu'un actionnaire peut notamment agir judiciairement sur la base de l'art. 731*b* CO (carence dans l'organisation) ; les art. 752 ss CO, qui instaurent un régime particulier en matière de responsabilité des organes, ne prévoient qu'une responsabilité du réviseur, à savoir les personnes qui s'occupent de la vérification des comptes annuels et des comptes de groupe<sup>250</sup>.
- À côté de ces organes prévus par la loi, la jurisprudence et la doctrine ont développé la notion d'organe de fait. Est traditionnellement considéré comme organe de fait celui qui est doté d'une compétence de gestion de fait, d'un pouvoir décisionnel propre, relevant typiquement d'un organe, sans pour autant formellement détenir la qualité d'organe, choisi par l'assemblée générale (aspects internes) et inscrit au registre du commerce comme tel, ou qui agit vis-à-vis des tiers comme un représentant ayant des pouvoirs décisionnels et éveille ainsi la confiance des tiers (aspects externes)<sup>251</sup>.

---

<sup>247</sup> Art. 55 al. 1 CC.

<sup>248</sup> Art. 55 al. 2 CC.

<sup>249</sup> ATF 117 II 570 = JdT 1993 I 80. Cf. PFRUNDER-SCHIESS MAYA R., Zur Differenzierung zwischen dem Organbegriff nach ZGB 55 und dem verantwortlichkeitsrechtlichen Organbegriff, Besprechung von BGE 117 II 570 ff, RSDA 3/1993, pp. 126 ss.

<sup>250</sup> Art. 755 al. 1 CO.

<sup>251</sup> ATF 117 II 570, consid. 3 : « Als mit der Verwaltung oder Geschäftsführung

- Le fait que la doctrine qualifie le liquidateur d'organe n'est pas relevant ; en substance, le rôle de liquidateur (ordinaire, hors faillite) n'est rien d'autre qu'une déclinaison de celui d'administrateur, à l'exception près que les actes effectués sont limités au nouveau but de la société, à savoir la liquidation.
- Le curateur au sens de l'art. 725a CO est parfois qualifié d'organe de la société qu'il surveille. À notre avis, cette qualification est inexacte ; le curateur est certes un organe, mais, à l'instar du commissaire au sursis concordataire<sup>252</sup>, il s'agit d'un organe atypique de l'exécution forcée.
- Les experts chargés du contrôle de tout ou partie de la gestion sont désignés par l'assemblée générale parmi des tiers indépendants et neutres. Qualifier les experts en charge du contrôle de la gestion d'organes revient à affaiblir leur neutralité et impartialité.
- L'institution du contrôle spécial d'une part, et du contrôle de gestion d'autre part, sont des outils revêtant des caractéristiques communes. Dès lors que la grande partie des auteurs se prononçant sur le sujet estiment à juste titre que le contrôleur spécial n'est pas un organe, il convient également de considérer que le contrôleur de gestion n'est pas non plus un organe.

149. Il semble indiscutable de considérer que les experts en charge du contrôle de la gestion sont liés à la société par un contrat de

---

betrault im Sinne dieser Bestimmung gelten nach Lehre und Rechtsprechung nicht nur Entscheidungsorgane, die ausdrücklich als solche ernannt worden sind, sondern auch Personen, die tatsächlich Organen vorbehaltene Entscheide treffen oder die eigentliche Geschäftsführung besorgen und so die Willensbildung der Gesellschaft massgebend mitbestimmen » ; cf. également PETER FORSTMOSER, Der Organbegriff im aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsrecht, in : Forstmoser/Schluep (édit.), Freiheit und Verantwortung im Recht, in : Festschrift zum 60. Geburtstag von Arthur Meier-Hayoz, Berne 1982, p. 129 ss ; PFRUNDER-SCHIESS (n. 249), p. 126 ss.

<sup>252</sup> OLIVIER HARI, Le commissaire au sursis dans la procédure concordataire (art. 292 ss LP), Thèse, Neuchâtel 2010, § 62.

mandat<sup>253</sup> ; au regard de leur obligation d'indépendance et d'impartialité, ils ne sauraient être liés par un contrat de travail à la société, car dans ce cas, ils seraient, directement ou indirectement, soumis aux instructions du conseil d'administration ou de ses délégués, alors que précisément l'objet du contrôle a trait à la gestion telle que déployées par ces derniers. En application analogique de l'art. 697g al. 2 CO, la société est débitrice de la créance en rémunération des experts.

### *C. Conditions*

150. Le contrôle de gestion ne revêt pas de caractère subsidiaire, comme le contrôle spécial, qui ne peut intervenir qu'après épuisement de certaines démarches préalables<sup>254</sup>. Au regard du message de forte défiance et de rupture du lien de confiance entre assemblée générale et conseil d'administration véhiculé potentiellement par une telle décision, et vu le mode de désignation des experts (décision de l'assemblée générale, prise a priori à la majorité simple), le contrôle de gestion demeure un outil qui reste en pratique relativement rarement utilisé. Il entre par ailleurs dans une certaine mesure directement en concurrence avec le contrôle spécial et les investigations internes conduites informellement, ou sur demande d'une autorité administrative.
151. Formellement et matériellement, les conditions à la désignation d'experts chargés de contrôler tout ou partie de la gestion sont donc essentiellement dépendantes de la volonté des actionnaires, qui s'expriment à la majorité simple<sup>255</sup>. Au regard de l'absence de

---

<sup>253</sup> BSK OR II-REUTTER/RASMUSSEN, art. 731a N 16 ; TRUFFER (n. 222), p. 420.

<sup>254</sup> Art. 696 ss. Le droit de la société anonyme consacre ici un concept d'informations en trois étapes (mise à disposition du rapport de gestion, droit aux renseignements et consultation puis, si ces préalables nécessaires n'ont pas donné satisfaction, contrôle spécial).

<sup>255</sup> Pour BÖCKLI (n. 21), § 15 N 754, la désignation d'experts au sens de l'art. 731 al. 3 se justifie « wenn starke Hinweise auf ein heilloses Durcheinander auf der Ebene von Verwaltungsrat oder Geschäftsleitung, Unregelmässigkeiten oder eine grobe Vernachlässigung des Aufsichtspflicht durch den Verwaltungsrat vorliegen ; eine rechtliche Voraussetzung des entsprechenden Beschlusses ist das aber nicht ».

jurisprudence y relative, il est difficile de développer des éléments casuistiques en lien avec des aspects factuels ayant donné lieu à la désignation d'experts chargés de contrôler la gestion. Les situations suivantes peuvent toutefois motiver un contrôle de gestion :

- Dans une société dont le but statutaire est d'acquérir, vendre et gérer tous types d'investissements sous forme de participation au capital de sociétés (*private equity*), la délégation des investissements à une société mère et les investissements effectués<sup>256</sup>.
- En cas de suspicion d'agissements contraires, ou ayant des conséquences indirectes contraires, au droit réglementaire des marchés financiers (banques, négociants en valeurs mobilières, placements collectifs de capitaux), des assurances, des entreprises de révision, ou encore au droit de la concurrence et pénal.
- En cas de totale perte de confiance entre la majorité des actionnaires et le conseil d'administration, respectivement certains de ses membres, actuels ou sortants.
- En cas de totale perte de confiance entre la majorité des actionnaires et la haute direction, respectivement certains de ses membres, actuels ou sortants, et de doute sur la correcte exécution par le conseil d'administration, respectivement certains de ses membres, de l'exercice de la haute surveillance sur les personnes chargées de la gestion.
- En cas d'insolvabilité, afin d'établir précisément la situation, ainsi que les causes de l'insolvabilité, et faire des recommandations à l'assemblée générale sur les mesures à prendre. Dans ce cas, la mission des experts en charge du contrôle de la gestion s'apparenterait à celle d'un curateur (art. 725a CO) ou d'un commissaire au sursis (art. 293 ss LP), sans qu'une procédure judiciaire ne soit ouverte.

---

<sup>256</sup> ATF 137 III 503, lequel ne traite cependant pas de la problématique du contrôle de gestion mais de la licéité du principe et des modalités de la délégation dans un cas particulier.

### ***D. Aspects pratiques***

152. L'attribution à l'assemblée générale de la compétence exclusive de désigner des experts au sens de l'art. 731a al. 3 CO ne va pas sans poser quelques problèmes pratiques.

#### **1. Désignation nominative**

153. Avoir la compétence et décider de nommer des experts en charge de contrôler la gestion est une chose, choisir le ou les experts, nominativement, en est une autre. Il est rappelé à cet égard que l'assemblée générale dispose à notre avis, en application de l'art. 731a al. 3, d'une compétence intransmissible et inaliénable. Partant, elle ne peut ni déléguer au conseil d'administration la compétence pour décider d'instaurer un contrôle de gestion, ni même déléguer au conseil d'administration l'organisation du contrôle de gestion, sauf si elle a au préalable fixé un cadre et un cahier des charges des experts très précis.
154. Si la proposition émane du conseil d'administration, il est fort probable, et à vrai dire conseillé, que ce dernier donne à l'assemblée générale le choix entre quelques experts potentiels, et communique à l'assemblée générale un *curriculum vitae* des personnes pressenties. L'assemblée générale pourra ainsi aisément décider d'instaurer un contrôle de la gestion et, immédiatement après, attribuer la tâche à une personne physique ou morale déterminée.
155. En revanche, si la décision est prise par l'assemblée générale, sans révocation du conseil d'administration, ou des membres concernés qui seraient majoritaires au sein dudit conseil, la désignation peut s'avérer difficile à mettre en œuvre. Partant, il reviendra à l'assemblée générale de débattre à propos de la personne, ou des personnes à nommer. L'actionnaire, ou les actionnaires ayant requis l'inscription, à l'ordre du jour de l'assemblée générale, du contrôle de gestion devront donc agir comme proposé ci-dessus. En tous les cas, il reste possible de désigner l'organe de révision – qui doit en

principe être présent à l'assemblée générale ordinaire en cas de contrôle ordinaire<sup>257</sup> – en qualité d'expert.

## 2. Objet du contrôle

156. Une fois le principe du contrôle de gestion décidé, l'assemblée générale doit encore en fixer les détails matériels. Il s'agit à nouveau d'une compétence intransmissible et inaliénable ; tout au plus devrait-on admettre que, suivant les circonstances, le conseil d'administration soit autorisé à mettre en œuvre le contrôle de gestion en fonction d'un cadre général, mais relativement précis, défini par l'assemblée générale.
157. Ce qui précède s'agissant de la désignation nominative des experts par l'assemblée générale vaut également ici : il est à l'évidence plus aisé de choisir entre quelques noms, que de rédiger avec précision un cahier des charges. Il est par conséquent conseillé à l'actionnaire à l'initiative duquel un contrôle de gestion est porté à l'ordre du jour, qu'il prépare et soumette à l'approbation de l'assemblée générale les points essentiels du mandat.
158. Alternativement, l'assemblée peut nommer en son sein un comité d'actionnaires représentatifs de la majorité ayant voté en faveur, en charge d'instruire et surveiller les experts en charge du contrôle nommés par l'assemblée générale. Dans ce cas, il appartient à l'assemblée générale de fixer au préalable, c'est-à-dire pendant l'assemblée générale au cours de laquelle les experts sont désignés, un cadre, à préciser ensuite par le comité d'actionnaires.
159. En application de l'art. 731a al. 3 CO, c'est l'ensemble ou une partie de la gestion qui constitue l'objet du contrôle. A cet égard, les précisions suivantes peuvent être apportées.
160. Dans la mesure où le législateur a renoncé à instaurer un organe de surveillance, facultatif ou obligatoire, il paraît douteux d'admettre que le mandat des experts en charge du contrôle de la gestion soit illimité dans le temps, même s'il peut être durable. Pour la même

---

<sup>257</sup> Art. 731 al. 2 CO.

raison, les experts ne sauraient donner des instructions, ni même des recommandations au conseil d'administration ; leur seul interlocuteur, est l'assemblée générale, respectivement un comité d'actionnaires représentatifs<sup>258</sup>, et leur seule mission, le contrôle<sup>259</sup>.

161. L'art. 716 al. 2 CO fait référence à la notion de gestion des affaires sociales, et à son caractère délégable. Pour autant, la loi ne donne pas de définition de ce qu'est la gestion au sens de cette disposition. Traditionnellement, la gestion se définit comme l'ensemble des activités nécessaires à la poursuite du but de la société, et recouvre tant la haute direction interne – qui elle-même englobe d'autres aspects<sup>260</sup> – que la représentation de la société envers l'extérieur<sup>261</sup>.
162. La notion de gestion doit s'entendre à notre avis le plus largement possible dans des cas d'application de l'art. 731a al. 3 CO, et recouvrir non seulement la gestion interne et les rapports externes tels que définis ci-dessus, mais également tous les autres aspects découlant en particulier de l'art. 716a al. 1 CO et 717 CO, ainsi que ceux en lien avec les rapports entre membres du conseil d'administration et actionnaires : il en va ainsi des appels de versements des apports non-versés (art. 682 CO), de l'exécution d'une augmentation de capital autorisée (art. 651 ss CO) ou conditionnelle (art. 653 ss CO), d'opérations de restructuration au sens de la LFus, des obligations en cas d'insolvabilité (art. 725 CO et

---

<sup>258</sup> Cf. N 158 ci-dessus.

<sup>259</sup> Du même avis, BSK OR II-REUTTER/RASMUSSEN, art. 731a N 13 s.

<sup>260</sup> Art. 716a al. 1 ch. 1 CO. Selon le Message concernant la révision du droit des sociétés anonymes du 23 février 1983, « La haute direction comprend trois éléments, à savoir le développement des buts stratégiques de la société, la fixation des moyens permettant d'atteindre ces buts et le contrôle des organes de gestion en rapport avec la poursuite des buts fixés. Les moyens d'assurer la haute direction sont les instructions du conseil d'administration, qui sont nécessaires pour atteindre les buts fixés. La gestion doit s'en tenir à ces instructions » (FF 1983 II 949). Ces trois éléments sont en partie énumérés par l'art. 716a al. 1 CO.

<sup>261</sup> Art. 718 CO. ATF 137 III 503, consid. 3.1. BSK OR II-WATTER/ROTH PELLANDA, art. 716 N 92.

art. 293 ss LP), ou encore de la vérification du respect du principe d'égalité de traitement entre actionnaires (art. 717 al. 2 CO).

### 3. Obligation de faire rapport et secret d'affaires

163. La loi n'indique pas comment les experts doivent rapporter à l'assemblée générale les résultats de leur examen. L'on doit partir du principe qu'il appartient aussi à l'assemblée générale de déterminer la forme du rapport, étant précisé que la forme écrite devrait être la règle. Si l'assemblée générale devait omettre de régler ce point, une application analogique des art. 697e CO, 728b al. 2 et 3 CO, et 729b s'imposerait.
164. En application analogique de l'art. 730b CO, le conseil d'administration a l'obligation de remettre tout document idoine aux experts chargés du contrôle de la gestion, et de leur communiquer tous les renseignements dont ils ont besoin pour s'acquitter de leur tâche. Il convient en outre de partir du principe que la même obligation incombe aux fondateurs, organes, mandataires, travailleurs, curateurs, commissaires au sursis et liquidateurs, en application analogique de l'art. 697d al. 2 CO. Ce n'est qu'ainsi que les experts pourront réellement exécuter le mandat confié par l'assemblée générale.
165. La problématique du respect du secret d'affaires dans le cadre d'un contrôle de gestion ne fait pas l'objet d'une réglementation spéciale. L'art. 730b al. 2 CO met à la charge de l'organe de révision une obligation de garder le secret sur ses constatations, ainsi qu'une autre obligation de garantir le secret d'affaires de la société lorsqu'il établit son rapport et qu'il fournit des renseignements à l'assemblée générale. Le contrôleur spécial est soumis à un devoir de discrétion (art. 697d al. 4 CO) ; il doit également rendre compte du résultat de son contrôle dans le respect du secret des affaires (art. 697e al. 1, première phrase CO). Un processus judiciaire d'épuration est par ailleurs prévu au cas où la société devait considérer que le rapport contient des passages qui portent atteinte au secret des affaires (art. 697e al. 1 CO).
166. L'art. 731a al. 3 CO ne prévoit pas à charge des experts d'obligation de transmettre le rapport à la société, respectivement au conseil

d'administration, ce qui est logique, au regard de l'objet du contrôle de la gestion. Dès lors, c'est l'art. 730*b* al. 2 CO qui doit s'appliquer : les experts désignés doivent apprécier de façon autonome ce qui doit être transmis et ce qui ne doit pas l'être, et mentionner clairement dans leur rapport que certains aspects de leur examen sont volontairement censurés pour respecter le secret d'affaires. Il appartiendra ensuite à l'assemblée générale de décider, en procédant à une pesée d'intérêts, si le secret d'affaires mérite ou non d'être levé<sup>262</sup>.

167. Selon les circonstances, rien n'empêche toutefois l'assemblée générale de décider d'une procédure – interne – permettant une certaine forme d'épuration. Deux solutions sont possibles : la désignation d'un comité d'actionnaires, dont l'on sait avec certitude qu'ils ne sont pas directement ou indirectement concurrents de la société, et auxquels les experts rapporteraient en tout premier lieu ; ou encore l'obligation pour les experts de transmettre un projet de leur rapport au conseil d'administration, et la désignation d'un arbitre qui pourrait trancher en cas de divergence de point de vue entre le conseil d'administration et les experts.

#### 4. Valeur et utilisation des faits élucidés ou découverts

168. En application de l'art. 168 al. 1 CPC, les moyens de preuve sont (let. a) le témoignage, (let. b) les titres, (let. c) l'inspection, (let. d) l'expertise, (let. e) les renseignements écrits et (let. f) l'interrogatoire et la déposition de partie. La loi n'indique pas la qualification à donner au rapport des experts en charge du contrôle de la gestion.
169. Le rapport émis par les contrôleurs spéciaux est traditionnellement qualifié de témoignage doté d'une force probante accrue<sup>263</sup>, voire d'expertise privée<sup>264</sup>. A notre avis, cette qualification s'applique

---

<sup>262</sup> TRUFFER (n. 222), p. 424.

<sup>263</sup> BÖCKLI (n. 21), § 16 N 74 ; BSK OR II-WEBER, art. 697*f* N 4 ; ANDREAS CASUTT, Die Sonderprüfung im künftigen schweizerischen Aktienrecht, Thèse, Zurich 1991, p. 225.

<sup>264</sup> CR CO II-PAULI, art. 697/N 8.

également au rapport des experts en charge du contrôle de la gestion. Dès lors, la présentation des faits dans le rapport de contrôle de gestion ne saurait lier le juge saisi d'une action subséquente<sup>265</sup>. Il s'agit certainement là d'une faiblesse, également attribuée au contrôle spécial<sup>266</sup>.

## Conclusion

170. Au moment de conclure, deux constats peuvent être effectués.
171. Premièrement, le contrôle spécial et le contrôle de gestion nous paraissent deux outils a priori efficaces permettant, selon les conclusions des experts, de fonder une action en responsabilité contre des organes dirigeants, ou alternativement, de blanchir lesdits organes. Dans le dernier cas, les deux institutions précitées peuvent même potentiellement éviter les dommages réputationnels d'un litige porté directement par certains actionnaires auprès d'un juge, alors que les récriminations desdits actionnaires sont infondées.
172. Pour autant, le contrôle spécial et le contrôle de gestion pâtissent de caractéristiques propres à leur ôter une certaine attractivité : l'obligation de parfaite similitude, ou presque, entre les demandes de renseignements et l'objet du contrôle spécial d'une part, ainsi que le manque de cadre pour le contrôle de gestion, peuvent s'avérer problématiques dans certaines circonstances.
173. Deuxièmement, hors des salons des assemblées générales, force est de constater que l'avocat a aussi un rôle à jouer dans la protection des actionnaires, car celle-ci passe par des procédures complexes et techniques, où la gestion du temps est essentielle et la précision des actes primordiale. Sans maîtrise de ces paramètres, les droits des

---

<sup>265</sup> BSK OR II-WEBER, art. 697/N 4. L'expertise privée doit être considérée comme un titre au sens de l'art. 177 CPC (voir FRANÇOIS BOHNET, *Procédure civile*, 2<sup>e</sup> éd., Bâle/Neuchâtel 2014, N 1226 et en détail FRANCESCO TREZZINI, note relative à l'arrêt 5P.217/2004 du 1<sup>er</sup> novembre 2004, RSPC 2005 267 ss).

<sup>266</sup> BÖCKLI, *loc. cit.*

actionnaires sont inutiles. L'anticipation est également de mise. Il est toujours plus difficile de revenir sur une décision adoptée et exécutée ; tenter de la prévenir peut dès lors s'avérer une stratégie gagnante.

UniNE - usage interne