UNIVERSITÉ DE NEUCHÂTEL

FACULTÉ DE DROIT

DROIT DES SOCIÉTÉS

Nouveautés pour le praticien

Image: http://www.disneystore.com/mn/1000995/

I. ACTUALITÉ LÉGISLATIVE

Lois entrées en vigueur

- Loi fédérale sur la mise en œuvre des recommandations du Groupe d'action financière, révisées en 2012 du 12 décembre 2014
- Code des obligations (Droit des raisons de commerce, 14.090 CF) (art. 949 et 950 CO)
  - « Par exemple, si ce n'est plus Monsieur Sanzot qui détient la boucherie Sanzot, et surtout qui n'est plus personnellement et indéfiniment responsable des dettes, par exemple parce que le boucher aurait mal compté le gras, il faut changer la raison de commerce. » (Schwaab, 2ème séance du 08.09.15-08h00)
  - Formation libre / protection dans toute la Suisse

- Loi fédérale sur l'agrément et la surveillance des réviseurs du 20 juin 2014

Projets (Message adopté)

- Message concernant la loi sur les services financiers (LSFin) et la loi sur les établissements financiers (LEFin)

Avant-projet (consultation en cours ou achevée)

- Révision du Code des obligations (droit de la société anonyme)
- Modification de la Loi fédérale sur le droit international privé (chapitre 11, Faillite et concordat)

II.1. CARENCE DANS L'ORGANISATION DE LA SOCIÉTÉ (1)

ATF 141 III 43 (p. 284) :

- Art. 195 LP et 731b al. 1 ch. 3 CO
- Carence dans l'organisation de la société.
- La dissolution de la société a été prononcée, et sa liquidation ordonnée selon les dispositions applicables à la faillite.
- Suite à l'entrée en force de cette décision de dissolution, et pendant la procédure de liquidation, l'organisation de la société a été rétablie, si bien qu'elle ne se trouve plus en situation de carence.

- Est-il possible d'appliquer l'art. 195 LP par analogie afin de révoquer la décision de dissolution, après que la situation de carence dont souffrait la société a été résorbée ?

II.1. CARENCE DANS L'ORGANISATION DE LA SOCIÉTÉ (2)

ATF 141 III 43 (suite) :

- Selon le CPC, le principe de force de chose jugée des décisions prises en procédure sommaire exclut la révocation d'une décision relative à la carence dans l'organisation de la société, à moins d'une révision au sens des art. 328 ss CPC ou d'une limitation temporelle de mesures décidées

- L'art. 195 LP n'est applicable que de manière restreinte (effets ?)

- Il ressort du silence du législateur que ce dernier a implicitement exclu la révocabilité d'une décision de dissolution fondée sur l'art. 731b al. 1 ch. 3 CO.

- **Une « liquidation » au sens de l'art. 731b CO et 195 LP ne peut pas être révoquée.**

II.2. PRÊTS INTRAGROUPE ET AGIO (1)

ATF 140 III 533 (p. 282) :

- Art. 678 CO et art. 755 CO.
- Action en restitution et action en responsabilité ; admissibilité des prêts entre sociétés du même groupe ; faculté de distribuer l'agio.
- Swisscargo était une société du group SAirGroup
- Reciprocal Framework Agreement avec Finance BV en tant que cheffe du file du pool (contrat de prêt)
- Cashpooling Zero Balancing entre les sociétés du groupe et garanties mutuelles
- Bénéfice de Swisscargo en 2001: 29.17 mios
- Prêt au bilan envers les sociétés du groupe: 23.65 mios (16 c/F BV et 7 c/ SAirG)
- Distribution d'un dividende de 28.5 mios / confirmation du réviseur
- Faillite de Finance BV
- Selon Swisscargo, le dividende distributé étant trop élevé de 21.73 mios
- Swisscargo agit contre l'organe de révision et demande le paiement de 4.068 mios au motif que son dividende de faillite aurait été plus élevé si le dividende de 21.73 mios n'avait pas été distribué.
- Réviseur condamné.

II.2. PRÊTS INTRAGROUPE ET AGIO (2)

ATF 140 III 533 :

- Liminairement: pas de concurrence entre l'action en restitution et l'action en responsabilité

- Prêt à la mère (*upstream*) octroyé aux conditions du marché ?
  - Principe de fixité et de protection du capital (ATF 132 III 668)
  - Interdiction de restituer les apports hors cas de réduction du capital-actions
  - Question laissée ouverte s'agissant du montant. Le fait que le prêt n'était pas garanti suffit.

- L'agio fait-il partie du capital protégé par l'art. 680 CO?
  - Différence entre la valeur nominale de l'action et l'apport total
  - Affectation à la réserve générale (art. 671 al. 2 ch. 1 CO)
  - Peut être distribué si la réserve générale dépasse la moitié du capital-actions (art. 671 al. 2 ch. 3 CO e *contrario*)

- **Recours de l'organe de révision bien-fondé s'agissant du dividende distribuable**

II.3. RESTITUTION DE PRESTATIONS (1)

ATF 140 III 602 (p. 283) :

- Art. 678 al. 2 CO
- Restitution de prestations versées à des membres du conseil d'administration qui sont en disproportion avec leur contre-prestation et la situation économique de la société.
- Contrat prévoyant une rémunération correspondant à 1% du prix de vente d'un paquet d'action en cas de dépassement d'un seuil (4mios).
- Vente d'un paquet d'actions pour 4.4 mios et versement d'une rémunération à chaque administrateur à hauteur de 44k x 2

II.3. RESTITUTION DE PRESTATIONS (2)

ATF 140 III 602 (suite)

- Disproportion évidente entre prestation et contre-prestation (consid 4 à 8)
  - Les administrateurs sont rémunérés par la distribution de tantièmes
  - Toute autre rémunération doit être fondée sur les statuts, un contrat de travail ou un contrat de mandat / contrats séparés pour d'autres prestations
  - Disproportion: s'examine selon l'effort fourni, mais aussi le bénéfice pour la société
    - Plusieurs actionnaires intéressés
    - Activité des administrateurs déployées dans le cadre du but et donc déjà rémunérée
    - L'existence de « connaissances et relations particulières » rendant l'activité des administrateurs plus efficace que celle d'un tiers est irrelevante; devoir des administrateurs
- Evidente: activité couverte par le but donc déjà rémunérée

II.3. RESTITUTION DE PRESTATIONS (3)

ATF 140 III 602 (fin)

- Signification de la disproportion évidente avec la situation économique de la société (consid 9) et de la mauvaise foi des bénéficiaires (consid 10).

- Situation économique et évidence :
  - Pas un critère autonome ; 678 serait inapplicable pour toute société dont la situation est très bonne
  - Plus la situation économique est difficile, plus l'évidence doit être admise
  - Impact majeur sur la situation de la société
  - Situation économique justifie le caractère moins rentable d'une transaction

- Présomption de mauvaise foi?

- **Recours rejeté**

II.4. COMPARUTION D'UN ORGANE DE FAIT (1)

ATF 141 III 159 (pas dans la fiche) :

- Art. 462, 718 CO et 204 al. 1 CPC
- Comparution personnelle à une audience de conciliation ; organe de fait ; mandataire commercial.

- Contrat de bail agricole litigieux. Ouverture d'une action par B AG contre A
- Lors de l'audience de conciliation, la mère de E, administrateur unique de B AG comparaît. Autorisation de procéder délivrée et introduction de l'action par B AG.
- A conteste la validité de l'autorisation de procéder au motif que B AG n'aurait pas été valablement représentée. Condamnation de A et appel rejeté.

- Une personne morale peut-elle se faire représenter par un organe de fait à l'audience de conciliation?

II.4. COMPARUTION D'UN ORGANE DE FAIT (2)

ATF 141 III 159 (suite) :

- Art. 204 al. 1 CPC: comparution personnelle des parties obligatoire, y compris pour les personnes morales (ATF140 III 70)

- Ont le pouvoir de représenter une société anonyme (ATF 141 III 80) :
  - Membres du conseil d'administration (art. 718al. 1 CO)
  - Les administrateurs délégués et les directeurs (art. 718 al. 2 CO)
  - Les fondés de procurations (art. 458 CO)
  - Les mandataires commerciaux (art. 462 CO)

  - Organes de fait? Discutée.

  - Même si la mère de E. n'était pas inscrite au Registre du commerce, cela ne signifiait pas qu'elle n'avait aucun pouvoir, p.ex. de fait, ce qu'a constaté l'autorité précédente

II.4. COMPARUTION D'UN ORGANE DE FAIT (3)

ATF 141 III 159 (suite) :

- En général:
  - Un organe de fait peut-il représenter une société anonyme? Question laissée ouverte en raison de la nature particulière du cas d'espèce, à savoir la représentation en justice.

- Dans la procédure de conciliation
  - L'autorisation de procéder ne constitue pas une décision sujette à recours.
  - A trancher par l'autorité de première instance (art. 209 CPC)
  - Conciliation: moment charnière, dont dépend le sort de la cause (art. 206 CPC)
  - L'autorité de conciliation doit pouvoir déterminer rapidement et sur titres que la condition de la comparution personnelle est remplie. Ne peut pas instruire l'existence de pouvoir et la position d'organe de fait.
  - Dilemme: admettre que la personne morale est valablement représentée, avec un risque de contestation ultérieure OU constater que la personne morale n'est pas valablement représentée et rayer l'affaire du rôle = risque pour chaque partie

II.4. COMPARUTION D'UN ORGANE DE FAIT (4)

ATF 141 III 159 (fin) :

- Les pouvoirs peuvent résulter d'une procuration (art. 458 CO) et d'autres pouvoirs de représentation commerciale (art. 462)
- Le mandataire commercial est la personne qui, sans avoir la qualité de fondé de procuration, est chargée de représenter le chef (…) soit pour toutes les affaires de l'entreprise, soit pour certaines opérations déterminées; ses pouvoirs s'étendent à tous les actes que comportent habituellement cette entreprise ou ces opérations.
- Le mandataire commercial ne peut plaider sans pouvoirs exprès (art. 462 al. 2 CO)
- Volonté du législateur d'exiger plus qu'une procuration civile (art. 32 ss CO)

- **Pour qu'une personne morale puisse être valablement représentée, le représentant doit être le bénéficiaire d'une autorisation de représenter en matière commerciale et d'une autorisation de plaider expresse (art. 462 al. 2 CO).**

MERCI DE VOTRE ATTENTION !

UNIVERSITÉ DE NEUCHÂTEL

FACULTÉ DE DROIT

Prof. Olivier Hari

Dr. Iur., avocat

Chaire de droit des sociétés et de l'entreprise

Av. du 1er-Mars 26

CH-2000 Neuchâtel

olivier.hari@unine.ch

www.droit-des-societes.ch

LETTRES ET SCIENCES HUMAINES
SCIENCES
DROIT
SCIENCES ECONOMIQUES
THEOLOGIE