

Le droit des sociétés 2021/2022

Das Gesellschaftsrecht 2021/2022

Isabelle Chabloz | Alexandra Vraca*

Table des matières/Inhaltsübersicht

I. Remarques/Bemerkungen

1. Responsabilité des organes hors faillite
Aktienrechtliche Verantwortlichkeit ausserhalb des Konkurses
2. Pas de prolongation tacite des mandats d'administrateurs
Keine stillschweigende Fortsetzung von Verwaltungsratsmandaten
3. Excédents d'actifs dans la liquidation pour carence dans l'organisation
Aktivenüberschuss bei einer Liquidation aufgrund von Organisationsmängeln
4. Acquisition par la Sàrl de ses parts sociales propres en cas de sortie d'un associé
Erwerb eigener Stammanteile bei der GmbH im Falle des Austrittes eines Gesellschafters
5. Actions sous forme de papier-valeur
Akte in Form eines Wertpapiers

II. Résumés/Zusammenfassungen

1. Généralités
Allgemeines
2. Droits et obligations des actionnaires
Rechte und Pflichten der Aktionäre
3. Organisation
Organisation
4. Responsabilité
Verantwortlichkeit
5. Exécution forcée – dissolution de la société anonyme
Zwangsvollstreckung – Auflösung der Aktiengesellschaft
6. Autres sociétés (commerciales)
Übrige (Handels-)gesellschaften

I. Remarques/Bemerkungen

Cette année, le Tribunal fédéral a eu l'occasion de se prononcer sur des questions dont on peut s'étonner qu'elles se posent pour la première fois à lui, compte tenu des discussions qu'elles ont engendrées dans la doctrine. Tel est ainsi le cas (1.) de la responsabilité des organes en cas de dommage direct de la société et des créanciers hors faillite, (2.) du sort des mandats des administrateurs en cas de non-convocation de l'assemblée générale ordinaire, (3.) du sort de l'excédent d'actifs en cas de liquidation de la société pour carence dans l'organisation, (4.) des conséquences de la sortie d'un associé possédant plus de 35% des parts d'une Sàrl, ou encore (5.) du droit de l'actionnaire à recevoir ses actions sous forme de papier-valeur.

1. Responsabilité des organes hors faillite (r21 ; ATF 148 III 11) Aktienrechtliche Verantwortlichkeit ausserhalb des Konkurses (r21 ; BGE 148 III 11)

1. La jurisprudence (ATF 141 III 112 c. 5.2.1 ; 132 III 564 c. 3.1.3) limite, dans la faillite, la qualité pour agir des créanciers pour faire valoir un dommage direct concurrent à celui de la société. Le présent arrêt (ATF 148 III 11 ; r21) répond à la question de savoir s'il faut étendre cette jurisprudence également à la qualité pour agir des créanciers hors faillite.

2. La demanderesse est la société A.A. Ltd. SPC, une société d'investissement à capital variable qui détient divers sous-fonds. Ceux-ci n'ont pas la personnalité juridique, mais gèrent leur patrimoine séparément les uns des autres. Le sous-fonds X a pour but de participer à des projets immobiliers en Afrique. Le 17 mai 2011, la demanderesse a conclu un «*Administrative Service Agreement*» avec la société C. AG, dont B (le défendeur) était le président du conseil d'administration (CA) jusqu'au 1^{er} mars 2016. C. AG a été nommée administratrice du sous-fonds X avec pouvoir d'exécuter des paiements depuis le compte de la demanderesse. Le 29 juillet 2011, USD 25 mio. ont été transférés par D. AG sur le compte de la demanderesse pour l'achat de participations dans le sous-fonds X. En octobre 2015, la demanderesse et D. AG ont demandé le remboursement dudit montant. Il est alors apparu que USD 26 mio. manquaient dans le

* Isabelle Chabloz est Professeure à l'Université de Fribourg/Professorin an der Universität Freiburg. Alexandra Vraca est assistante doctorante à l'Université de Fribourg/Assistentin und Doktorandin an der Universität Freiburg. Herzlichen Dank an Jacqueline Temperli, MLaw, für die Korrektur der deutschen Texte. La jurisprudence et les revues couvrent la période allant du 1^{er} mai 2021 au 30 avril 2022.

sous-fonds X en raison des activités spéculatives d'un ancien administrateur de C. AG.

3. Le 7 novembre 2017, la demanderesse a introduit action contre B devant le Tribunal de commerce du canton de Zurich. Elle a conclu au paiement de USD 25 800 000 avec intérêts à 5% depuis le 1^{er} janvier 2013, montant qu'elle a réduit à USD 25 688 901.30 dans la réplique. Le défendeur conteste la qualité pour agir de la demanderesse, notamment du fait qu'en présence d'un double dommage direct du créancier et de la société, l'action de la société a la priorité. Le tribunal cantonal zurichois a considéré que la demanderesse avait la qualité pour agir et a condamné le défendeur à lui verser USD 111 098.70 avec intérêts. Il a rejeté la demande pour le reste, considérant que le dommage n'avait pas suffisamment été allégué et motivé par la demanderesse. Celle-ci a ouvert un recours en matière civile auprès du Tribunal fédéral (TF) en date du 19 janvier 2021, concluant au versement de l'entier du dommage.

4. Le Tribunal fédéral commence par rappeler sa jurisprudence, applicable en cas de responsabilité dans la faillite, laquelle lie la qualité pour agir du créancier à la nature du dommage subi par celui-ci. La jurisprudence (ATF 141 III 112 c. 5.2.1; 132 III 564 c. 3.1.3) retient notamment qu'en cas de dommage direct de la société et du créancier, le créancier a la qualité pour agir uniquement s'il fonde son action sur une violation de l'art. 41 CO, sur une norme du droit des sociétés qui vise uniquement la protection des créanciers (ou des actionnaires) ou sur une *culpa in contrahendo*. En l'occurrence, il existe, selon le Tribunal fédéral, un double dommage direct à la fois de la demanderesse et de C. AG. Le dommage de C. AG résulte du fait qu'elle doit répondre des actes illicites de ses organes sur la base de l'art. 55 al. 2 CC et voit donc ses passifs augmenter.

5. Le Tribunal fédéral rappelle que, même en situation de faillite, il a admis la qualité pour agir des créanciers lorsqu'il n'y avait pas de risque de course au dédommagement entre les créanciers et la société (soit parce que la société avait été radiée du registre du commerce, soit parce qu'il était établi qu'elle n'ouvrirait pas action; ATF 141 III 112 c. 5.2.3, 5.3.3). L'argument qui justifie la restriction de la qualité pour agir dans la faillite réside dans le fait que l'administration de la faillite ne peut agir qu'après la deuxième assemblée des créanciers pour faire valoir le dommage de la masse et est donc désavantagée par rapport au créancier qui subit un dommage direct. Cet

argument ne s'applique pas hors faillite. Dans le cas présent, le créancier a deux prétentions en responsabilité pour le même dommage : l'une contre la société C. AG et la seconde contre ses organes, en l'occurrence B (solidarité imparfaite). S'il agit contre la société, celle-ci pourra se retourner contre son organe (art. 51 al. 2 CO). Il n'y a donc pas lieu de restreindre la qualité pour agir du créancier. Néanmoins, celui-ci ne pourra pas fonder son action sur une disposition qui vise uniquement à protéger la société, comme l'art. 717 CO par exemple. Il peut en revanche fonder son action sur une norme qui vise à la fois sa protection et celle de la société, ou sur l'art. 41 CO en lien avec la violation de dispositions pénales régissant l'abus de confiance et la gestion déloyale (ce qui était le cas ici).

6. Comme l'action était fondée sur un acte illicite au sens de l'art. 41 CO, le Tribunal fédéral aurait pu laisser la question du double dommage direct ouverte. En effet, il n'existe une restriction de la qualité pour agir des créanciers dans la faillite que lorsque l'action est fondée sur la violation d'une norme de droit des sociétés qui vise à la fois la protection de la société et celle des créanciers (ATF 141 III 112 c. 5.2.1; 132 III 564 c. 3.1.3). Il a néanmoins saisi l'occasion de préciser sa jurisprudence hors faillite. Dans ce cas, il n'y pas lieu de restreindre la qualité pour agir du créancier pour faire valoir son dommage direct. Il a également rappelé ce qui peut paraître une évidence, à savoir que le créancier doit fonder son action sur une norme qui vise à le protéger.

7. La question de la distinction entre dommage direct et indirect occupe les tribunaux et la doctrine depuis de nombreuses années. A ce sujet, on ne peut s'empêcher de penser que la solution dogmatiquement la plus correcte serait d'admettre que les normes du droit des sociétés obligent les organes directement à l'égard de la société, voire de ses actionnaires (p.ex. droit de souscription préférentiel), mais non à l'égard de ses créanciers. A notre avis, la problématique résulte uniquement dans le fait d'admettre que certaines normes du droit des sociétés, tel que l'art. 725 CO (avis de surendettement), sont destinées à protéger (directement) à la fois la société et ses créanciers. Or, ces normes n'entraînent à notre sens qu'une obligation directe à l'égard de la société et ne protègent qu'indirectement les créanciers. Dans la faillite, au lieu de mélanger les notions de dommage, qualité pour agir et d'illicéité pour restreindre la qualité pour agir des créanciers, il serait par conséquent

plus judicieux d'admettre que les normes du droit des sociétés ne créent pas d'obligation directe des organes à leur égard. Le résultat serait le même, mais l'argumentation serait plus cohérente. Quid alors de la situation hors faillite ? Le problème ne se pose à notre avis pas, car on ne voit pas de cas dans lequel le créancier pourrait fonder un dommage direct sur la violation d'une norme du droit des sociétés. Le fait que le Tribunal fédéral ait répondu pour la première fois à cette question, alors qu'elle ne se posait pas, le démontre !

2. Pas de prolongation tacite des mandats d'administrateurs (r20; TF 4A_496/2021) **Keine stillschweigende Fortsetzung von Verwaltungsratsmandaten (r20; BGer 4A_496/2021)**

1. Le deuxième cas (TF 4A_496/2021 du 3 décembre 2021 ; r20) concerne la question du sort des mandats des membres du conseil d'administration en cas de non tenue d'une assemblée générale (AG) ordinaire dans les six mois qui suivent la clôture de l'exercice (art. 699 al. 2 CO).

2. Une société mère crée une filiale en 2017. Son conseil d'administration est composé de quatre membres et ses statuts limitent la durée du mandat à un an. En avril 2019, une assemblée extraordinaire est tenue, à la suite de laquelle deux administrateurs démissionnent. En 2021, la société mère rend la filiale attentive au fait qu'elle n'a pas tenu d'assemblée ordinaire depuis sa création. En l'absence de réaction, la société mère ouvre action auprès du Tribunal de commerce (TC) zurichois. Elle conclut à la nomination d'un commissaire afin qu'une assemblée soit tenue, notamment pour élire les membres du conseil d'administration. Le TC zurichois donne suite à la requête au motif qu'il existe une carence dans l'organisation de la filiale (art. 731b CO) du fait que les mandats des administrateurs ont pris fin au 30 juin 2020. La filiale ouvre un recours en matière civile contre ce jugement.

3. La doctrine est divisée sur la question (voir les références doctrinales aux c. 3.1.1 ss). Une grande partie des auteurs est d'avis, notamment sur la base d'un arrêt du Tribunal de cassation zurichois (ZR 97/1998 Nr. 38), que le mandat est prolongé tacitement jusqu'à la prochaine assemblée générale. D'autres estiment qu'une prolongation tacite est exclue et que le mandat prend fin six mois après la clô-

ture de l'exercice. Une dernière opinion différencie selon que l'AG a lieu ou non. Si elle n'a pas lieu, le mandat se prolonge. Si elle a lieu et que les administrateurs ne sont pas élus, le mandat s'éteint au jour de l'AG.

4. Le Tribunal fédéral a déjà eu l'occasion d'indiquer dans un ATF 140 III 349 (c. 2) qu'une disposition statutaire qui prévoit une réélection automatique pour éviter les situations de blocage est nulle (art. 706b ch. 3 CO), car contraire à la compétence inaliénable de l'AG d'élire les membres du CA. En prolongation de son raisonnement, le TF est d'avis qu'il est important que l'AG puisse exprimer son avis par le biais d'une manifestation de volonté et que donc seule l'élection peut conduire à la poursuite du mandat. Si l'AG n'est pas convoquée, les actionnaires ne devraient pas avoir à saisir le juge pour l'exiger. Par conséquent, passé le délai de six mois pour convoquer l'AG, le mandat d'administrateur s'éteint. Selon le Tribunal fédéral, le fait que les administrateurs restent inscrits au registre du commerce ne pose pas de problème du point de vue de la sécurité des affaires, car l'inscription protège les tiers de bonne foi.

5. La solution retenue est conforme à la répartition des compétences entre l'AG et le CA. De plus, elle permet à tout actionnaire de saisir le juge pour faire valoir une carence dans l'organisation selon l'art. 731b CO. Le droit de requérir la convocation de l'AG reste quant à lui réservé aux actionnaires détenant 10% du capital-actions ou des voix (art. 699 al. 3 CO). Néanmoins, elle entraîne un risque injustifié pour la sécurité des affaires. En effet, passé le délai de six mois, les administrateurs ne peuvent plus convoquer valablement une assemblée générale. S'ils le font, les décisions prises sont nulles en application de la jurisprudence du TF relative à la convocation par un organe incompétent (ATF 115 II 468 c. 3a; TF 5A_205/2013 du 16 août 2013 c. 4; TF 5A_482/2014 du 14 janvier 2015 c. 5; du même avis, *Sutter*, Ohne Generalversammlung kein Verwaltungsrat, Jusletter du 25 avril 2022; *Facincani/Wissler*, *Entscheidbesprechungen*: BGer 4A_496/2021, PJA 3/2022 pp. 279–283, p. 281 et *Hohler/Bähler*, Keine stillschweigende Verlängerung von Verwaltungsratsmandaten, RSDA 3/2022 pp. 280–289, p. 284. En l'absence d'un organe de révision, la seule possibilité qui s'offre aux actionnaires pour être certains de délibérer valablement est la tenue d'une assemblée générale universelle (art. 701 CO). Si cela n'est pas possible, une procédure de carence dans l'organisation (art. 731b CO)

sera nécessaire pour requérir du juge la nomination d'un administrateur chargé de convoquer l'AG. En pratique, le risque est cependant grand que les ex-administrateurs convoquent tout de même une AG et que les décisions prises puissent être remises en cause en tout temps sur la base de l'art. 706b CO par toute personne qui a un intérêt à la constatation de cette nullité. Au surplus, à la suite de cet arrêt, le tiers qui sait que l'AG n'a pas eu lieu pourra difficilement invoquer s'être fondé de bonne foi sur l'inscription erronée figurant au registre du commerce (art. 936b al. 3 CO). La sécurité juridique est cependant un élément fondamental au bon fonctionnement des affaires. A notre avis, le TF n'a pas suffisamment tenu compte de cet élément dans sa décision. Un prolongement tacite du mandat aurait été davantage conforme aux intérêts en présence (à savoir l'intérêt des actionnaires à pouvoir élire les administrateurs sans avoir à requérir la convocation d'une AG par rapport à la sécurité des affaires). Espérons que cet arrêt aura au moins l'effet de discipliner les conseils d'administration en lien avec la convocation de l'AG ordinaire. Il est en effet certain que si les administrateurs laissent s'écouler le délai de six mois leur responsabilité n'en restera pas moins engagée comme organe de fait (art. 754 CO). Ils devront donc répondre des éventuels dommages causés par cette non-convocation.

3. Excédents d'actifs dans la liquidation pour carence dans l'organisation (r28; TF 5A_665/2021)

Aktivenüberschuss bei einer Liquidation aufgrund von Organisationsmängeln (r28; BGer 5A_665/2021)

1. La présente affaire (TF 5A_665/2021 du 28 janvier 2021 ; r28) pose pour la première fois la question du rôle de l'office des faillites, lorsque celui-ci liquide une société solvable en raison d'une carence dans l'organisation.

2. En raison d'une situation conflictuelle entre les actionnaires et le liquidateur nommé par le juge, la dissolution de la société C. SA a été prononcée pour carence dans l'organisation (art. 731b CO). L'office des faillites a alors liquidé les biens en la forme sommaire. La liquidation a laissé apparaître un excédent d'actifs de CHF 2 155 128.90 que l'office a entrepris de répartir après avoir mené une procédure d'instruction. À la suite d'une plainte à l'autorité de surveil-

lance, un recours en matière civile a été adressé au Tribunal fédéral par l'un des actionnaires.

3. Selon le Tribunal fédéral, la seule question qui se pose est celle du rôle de l'office en présence d'un excédent d'actifs à la suite de la dissolution et la liquidation d'une société anonyme (SA) pour carence dans l'organisation. Il rappelle que l'art. 731b CO ne consacre pas un nouveau cas de faillite. La procédure de faillite s'applique en exécution d'une décision judiciaire de dissolution. Celle-ci est uniquement fonctionnellement assimilable à un prononcé de faillite. Lorsqu'il existe un excédent d'actifs, il sert à couvrir les intérêts des créances colloquées qui ont couru depuis le début de la procédure. Faute de base légale suffisante, l'office n'est en revanche pas compétent pour répartir cet excédent entre les actionnaires. Il appartient aux organes de le faire et, à défaut d'organes, l'argent doit être consigné à la caisse des dépôts et consignations (art. 9, 24 et 264 al. 3 LP par analogie).

4. Selon nous, il faut donc distinguer deux situations : celle dans laquelle la société à liquider est surendettée et celle où elle ne l'est pas. Lorsque la société n'est pas surendettée, l'administration de la faillite est certes compétente, mais la situation est plus proche d'une dissolution en vertu des art. 736 ss CO que d'une véritable procédure de faillite. Il faut ainsi admettre que pendant la liquidation, les pouvoirs des organes sont restreints aux actes qui sont nécessaires et qui par leur nature ne sont pas du ressort des liquidateurs (art. 739 al. 2 CO par analogie). La répartition de l'excédent d'actifs fait typiquement partie de ces actes. Lorsqu'il n'y a plus d'organe, les fonds sont consignés et il appartient alors aux actionnaires d'organiser une AG pour élire un administrateur ayant la compétence d'exécuter cette tâche. Par conséquent, tant que la répartition entre actionnaires n'est pas terminée, la société en liquidation garde sa personnalité (art. 739 al. 1 CO par analogie).

5. Lorsque la société est surendettée, les dispositions de la faillite s'appliquent entièrement, à l'exception de la révocation selon l'art. 195 LP (ATF 141 III 43 c. 2). Une modification passée relativement inaperçue a consisté en l'ajout d'un alinéa 4 à l'art. 731b CO par le Parlement, sur proposition de la Commission des affaires juridiques du Conseil des États, lors de la révision 2017 du droit du registre du commerce. Selon ce nouvel alinéa, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2021, si l'actif ne couvre plus les dettes, les personnes mandatées pour liquider la société selon les disposi-

tions applicables à la faillite en informent le tribunal qui prononce la faillite. Il ressort des débats parlementaires que cette modification a été introduite dans le but de permettre l'application des dispositions pénales relatives à la faillite (not. art. 163 ss CP) en cas de liquidation d'une société surendettée pour cause de carence dans l'organisation (BO 2016 E 755 ; pour un arrêt reflétant la problématique, v. TF 6B_562/2021 du 7 avril 2022 c. 3 ss). Il n'a donc pas d'incidence sur la procédure de liquidation selon les dispositions applicables à la faillite, laquelle est imposée par l'art. 731b al. 1^{bis} ch. 3 CO. Pour permettre l'application de l'art. 171^{bis} al. 1 CP (révocation de la faillite), la décision judiciaire qui prononce la faillite (art. 731b al. 4 CO) doit, à notre avis, pouvoir être révoquée en application de l'art. 195 LP. Il s'agit en effet d'une décision distincte de celle (non-révocable) qui a ordonné la liquidation de la société pour carence dans l'organisation (art. 731b al. 1^{bis} ch. 3 CO).

4. Acquisition par la Sàrl de ses parts sociales propres en cas de sortie d'un associé (r29; ATF 147 III 505)

Erwerb eigener Stammanteile bei der GmbH im Falle des Austrittes eines Gesellschafters (r29; BGE 147 III 505)

1. Contrairement au droit de la SA, le droit de la Sàrl confère un droit de sortie pour justes motifs aux associés (art. 822 CO). Cet arrêt (ATF 147 III 505 ; r29) répond à la question de savoir si ce droit de sortie emporte sur l'interdiction faite à la société d'acquiescer dans cette situation plus de 35% de ses parts (art. 783 al. 2 CO).

2. La société B. Sàrl a un capital de CHF 20 000 divisé en 20 parts sociales d'une valeur nominale de CHF 1000 chacune. A détient 9 parts, soit 45% du capital. Le 20 janvier 2020, A a introduit une demande de sortie de la société à la valeur réelle des parts sociales. L'action a été rejetée le 27 mai 2020 par le président du Tribunal de district. La Cour suprême du canton de Thurgovie a rejeté le recours le 10 mars 2021. A a alors introduit un recours en matière civile au Tribunal fédéral.

3. L'existence d'un juste motif de sortie (art. 822 CO) n'est pas contestée. Dans le cas présent, une réduction de capital n'est pas possible et aucun associé ou tiers n'est disposé à acquiescer les parts sociales de l'associé sortant. Selon le Tribunal fédéral, même dans un tel cas, la limite de 35% de l'art. 783 al. 2 CO

ne peut être dépassée. Les discussions parlementaires qui ont précédé l'adoption de l'art. 783 CO montrent en effet que cette limite est la limite maximale à ne pas dépasser pour tenir compte des intérêts des créanciers. Le législateur l'a posée en sachant que cela pouvait entraver la sortie d'un associé disposant d'une participation plus importante. L'associé qui veut sortir pour justes motifs n'est pas dépourvu de moyen pour autant, puisqu'il a la possibilité de demander la dissolution de la société pour de justes motifs (art. 821 al. 3 CO). La dissolution étant l'*ultima ratio*, le tribunal conserve alors la possibilité d'adopter une autre solution adaptée aux circonstances et acceptable pour les intéressés (art. 821 al. 3 CO). Il se doit néanmoins également de respecter la limite des 35% de l'art. 783 CO.

4. A notre avis, cette décision correspond certainement à la volonté du législateur et à la conception du capital social comme instrument (discutable) de protection des créanciers. Au surplus, elle fait à juste titre le lien entre les justes motifs qui justifient la sortie d'un associé (art. 822 al. 1 CO) et ceux qui permettent de requérir la dissolution de la société (art. 821 al. 3 CO). Seul l'art. 821 al. 3 CO permet au tribunal de s'écarter des conclusions du demandeur pour trouver une solution adaptée aux circonstances. Par conséquent, lorsque le demandeur a une participation de plus de 35% ou qu'il sait que la société ne dispose pas suffisamment de réserves librement disponibles (art. 783 al. 1 CO), il sera bien avisé de conclure à titre subsidiaire à la dissolution de la société pour justes motifs. Cela incitera certainement la société et les autres associés à trouver une solution acceptable. A défaut, il appartiendra au juge de trouver cette solution ou alors de dissoudre la société.

5. Actions sous forme de papier-valeur (r7; ATF 147 III 469)

Aktie in Form eines Wertpapiers (r7; BGE 147 III 469)

1. A l'heure des droits valeurs simples (art. 973c CO), inscrits (art. 973d CO) et des titres intermédiaires, l'ATF 147 III 469 (r7) paraît quelque peu anachronique. En effet, il établit que l'actionnaire a le droit d'obtenir ses actions sous forme de papier-valeur à moins que les statuts ne l'excluent.

2. La doctrine est divisée en deux courants. Les auteurs qui reconnaissent le droit d'obtenir un papier-valeur (voir les références doctrinales citées au

c. 4.2.1) et ceux qui déniaient ce droit (voir les références doctrinales cités au c. 4.2.2). Le Tribunal fédéral commence par rappeler que l'incorporation dans un papier-valeur n'est pas une condition à l'existence, à la revendication et au transfert des droits (ATF 83 II 445 c. 4). Néanmoins, l'incorporation dans un papier-valeur est le cas de base sur lequel se fonde le droit de la SA, comme le montre par exemple l'art. 684 al. 2 CO concernant le transfert. Du fait que les droits existent indépendamment de leur incorporation dans un titre, la société peut exclure le droit d'obtenir un papier-valeur dans ses statuts.

3. Dans son résultat, cet arrêt est tout à fait correct. A notre avis, il n'insiste cependant pas suffisamment sur le rôle que joue l'incorporation des droits dans un papier-valeur, à savoir celui d'éviter que les droits puissent être transférés à plusieurs personnes (pour plus de détails, p. ex. *Mahler*, *Entscheidbesprechungen*: BGER 4A_39/2021, PJA 12/2021 pp. 1521–1527, p. 1520 s.). Ainsi, seul le titulaire du papier-valeur peut se prévaloir des droits. Lorsque le droit n'est pas incorporé, il est cédé par une cession écrite (art. 164 ss CO) caractérisée par l'absence de protection de l'acquéreur de bonne foi. Celui-ci n'a pas la certitude que le cédant est le véritable titulaire des droits. Le titulaire d'actions qui n'ont pas été émises ne peut donc être identifié que sur la base d'une chaîne ininterrompue de cessions remontant jusqu'à la fondation (TF 4A_314/2016 du 17 novembre 2016 c. 4.2.3). On comprend dès lors mieux l'importance pour l'actionnaire de pouvoir obtenir son action sous forme de papier-valeur, voire de détenir celui-ci sous forme de titre intermédiaire. Il n'en reste pas moins qu'en pratique les actions sont rarement émises. L'émission d'actions sous forme de droits-valeurs inscrits et leur transfert par le biais de registres distribués peuvent apporter là une solution bienvenue (pour plus de détails, p. ex. *von der Crone/Monsch/Meisser*, *Aktien-Token*, GesKR 1/2019 pp. 1–17).

II. Résumés/Zusammenfassungen

1. Généralités

Allgemeines

1 **Contrat avec soi-même – représentation – qualification du contrat litigieux; *Insichgeschäft* – *Vertretung* – *Qualifikation eines strittigen Vertrages*.**

1. Le droit suisse ne contient aucune règle générale spécifique au contrat conclu avec soi-même *stricto sensu*, situation dans laquelle une même personne est doublement partie à l'acte juridique, d'une part pour son propre compte, et d'autre part en tant que représentante d'autrui (c. 5.3.2). De longue date, le Tribunal fédéral juge ce type de contrat inadmissible (*unzulässig*) et dépourvu de validité (*ungültig*), sous réserve des deux exceptions suivantes: la nature de l'affaire exclut tout risque de léser le représenté (not. l'acte est conclu aux conditions du marché), le représenté y a consenti par avance ou a ratifié l'acte. 2. Ces principes valent aussi, selon le TF, pour la représentation légale d'une personne morale par ses organes. La personne morale est en effet présumée tacitement exclure le pouvoir de représentation pour tout acte comportant un risque de conflit entre ses propres intérêts et celui de son représentant. Le consentement ou la ratification doit alors émaner d'un organe de même rang, ou d'un rang plus élevé (c. 5.3.2). 3. Les points de savoir s'il n'y a là qu'un problème de représentation et qui, au sein de la société, a la compétence d'approuver ou de ratifier un contrat conclu avec soi-même, sont controversés (c. 5.3.4). 4. Concernant la ratification par un organe de même rang, certains auteurs pointent la proximité pouvant régner entre les administrateurs et la pression pesant sur celui qui sera amené à ratifier l'acte, tout en reconnaissant la nécessité de trouver une solution praticable (c. 5.3.4). 5. Lorsque le président du CA nommé *ad interim* (A) et l'administrateur restant sont les seuls à avoir la signature collective à deux pour conclure un « contrat de travail et de mandat » qui confère au premier une rémunération mensuelle pour son « travail » ainsi qu'une indemnisation pour son activité d'administrateur, il s'agit d'un contrat avec soi-même non valable (c. 5.4). 6. Il ne suffit alors pas que A cède son pouvoir de signature au directeur, à savoir un organe qui n'a pas le même rang ni l'indépendance nécessaires pour conclure à la validité du contrat (c. 5.4).

TF, 4 mars 2022, 4A_488/2021 (A contre Z SA).

r2 Sanktionsentscheide der Sanktionskommission der SIX Group AG – Begriff der Verfügung nach dem VwVG – Rechtsnatur von Selbstregulierungserlassen gemäss FinfraG; *décisions de sanction par la Commission des sanctions de SIX Group SA – notion de décision au sens de la PA – nature juridique des actes d'autorégulation de la LIMF.*

1. Die Sanktionskommission der SIX Group AG warf einer Emittentin vor, gegen Rechnungslegungsvorschriften gemäss Art. 51 Kotierungsreglement verstossen zu haben. Anstatt gemäss Rechtsmittelbelehrung innert 20 Börsentagen an das Schiedsgericht der SIX Group AG zu gelangen, erhob die Emittentin beim Bundesverwaltungsgericht (BVGer) Beschwerde gegen diesen Entscheid. Das Gericht musste sich daher mit der Frage befassen, ob diesem Entscheid der Sanktionskommission Verfügungscharakter zukommt (Art. 5 Abs. 1 VwVG). 2. Das BVGer hielt fest, dass die verfahrensrechtlichen Regelungen in den Reglementen der SIX Swiss Exchange nur zwischen den Parteien, unter welchen diese Regelungen gültig vereinbart wurden, Wirkung entfalten («Zustimmungserklärung») (E. 2.4.4). 3. Art. 37 Abs. 4 FinfraG sieht nach der Durchführung eines börseninternen Beschwerdeverfahrens die Klage bei einem Zivilgericht vor. 4. Die Sanktion der Sanktionskommission stützt sich nicht auf Bundesrecht, sondern auf eine vertragliche Regelung nach Art. 35 Abs. 3 FinfraG, die in den Börsenregularien weiter konkretisiert wurde (E. 2.7). 5. Der Gesetzgeber hat absichtlich darauf verzichtet, der Börse eine Verfügungskompetenz zu verleihen. Entsprechend ist ein Entscheid der Sanktionskommission nicht als hoheitliche Anordnung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 VwVG zu verstehen, und daher trat das BVGer nicht auf die erhobene Beschwerde ein.

BVGer, 16. Februar 2021, B-2233/2020 (A AG gegen SIX Exchange Regulation AG); BVGE 2021 IV/1; SZW 6/2021, S. 740; SJZ 118/2022, S. 40f.; iusNet BR-KR (Newsletter) 28.10.2021.

r3 Handelsregistermutation – Anspruch auf rechtliches Gehör; *mutation du registre du commerce – violation du droit d'être entendu.*

1. Der Beschwerdeführer machte eine Verletzung seines Anspruchs auf rechtliches Gehör geltend, da ihm die Vorinstanz keine Gelegenheit eingeräumt habe, in einem Schreiben der FINMA an das Handelsregisteramt Einsicht zu nehmen (E. 3.2). Da ihm dieses Schreiben vorenthalten worden sei, machte er geltend, dass die angefochtene Handelsregistermutation nicht nur anfechtbar, sondern nichtig sei. 2. Das BGer hat in diesem Zusammenhang Folgendes festgestellt: Kann der Beschwerdeführer im Rahmen des vorinstanzlichen Verfahrens ohne Weiteres ein Gesuch um Ak-

teneinsicht stellen und die beim Handelsregisteramt eingereichten Beilagen, und damit das FINMA-Schreiben, einsehen, so kann eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör nicht angenommen werden (E. 3.2).

BGer, 29. März 2022, 4A_104/2022 (A gegen Handelsregisteramt des Kantons Zürich).

r4 Registre du commerce – radiation – émolument; *Handelsregister – Löschung – Gebühr.*

1. Selon le TF, lorsque l'administrateur sollicite lui-même sa radiation du registre du commerce et l'obtient, il est tenu de payer l'émolument en application de l'art. 941 CO, quand bien même il incombait – en principe – aux membres restants de la SA de demander la radiation du registre du commerce des personnes démissionnaires (c. 4.2). 2. L'administrateur est libre de faire valoir sur le plan du droit privé la réparation de l'éventuel dommage résultant de l'omission fautive de la société de requérir sa radiation immédiate (c. 5).

TF, 13 avril 2022, 2C_251/2022 (A contre Registre du commerce Fribourg).

2. Droits et obligations des actionnaires Rechte und Pflichten der Aktionäre

r5 Transfert d'actions nominatives – déclaration de cession; *Übertragung von Namenaktien – Abtretungserklärung.*

1. Le transfert d'actions nominatives par acte juridique peut avoir lieu par la remise du titre endossé à l'acquéreur (art. 684 al. 2 cum 967 CO). Il peut également avoir lieu par cession (art. 164 ss CO), à condition que les statuts ne l'excluent pas (art. 164 al. 1 CO). 2. La cession est valable à condition d'être constatée par écrit (art. 165 al. 1 CO), que la créance soit suffisamment individualisée, qu'elle soit signée par le cédant et que la volonté de transfert du cédant soit reconnaissable. 3. Le Tribunal fédéral est d'avis qu'une lettre qui confirme le transfert d'actions et qui demande à la société d'effectuer les modifications nécessaires est considérée comme une déclaration de cession valable au sens de l'art. 165 CO (c. 5).

TF, 8 avril 2021, 4A_499/2020 (A contre B); GesKR 2/2021, S. 295f.

r6 Qualité d'actionnaire – constitut possessoire; *Aktionärsstellung – Erwerb ohne Besitz.*

1. Peut exercer les droits sociaux liés à l'action au porteur quiconque y est habilité comme possesseur en tant qu'il produit l'action (art. 689a al. 2 CO). Lorsque le recourant n'est pas en mesure d'établir sa qualité d'actionnaire du fait qu'il n'est pas en possession des actions au porteur, il ne remplit pas les conditions nécessaires pour requérir la convocation de l'assemblée générale (art. 699 al. 4 CO) (c. 3.1 s.). 2. En l'occurrence, l'ensemble des circonstances ne démontre pas, selon le TF, l'existence même tacite d'un constitut possessoire (art. 924 al. 1 CC), lequel reconnaîtrait le recourant comme possesseur originaire. Il ne peut par conséquent pas exercer les droits attachés aux actions au porteur.

TF, 13 juillet 2021, 4A_515/2020 (A contre B SA).

r7 Anspruch auf wertpapiermässige Verbriefung von Namenaktien – Verbriefung von Namenaktien; droit à l'incorporation d'actions nominatives dans un papier-valeur – titrisation d'actions nominatives.

1. Die Frage, ob Aktionäre mit Namenaktien einen gesetzlichen Anspruch auf Verbriefung ihrer Mitgliedschaftsrechte in einem Wertpapier haben, ist in der Lehre seit langem umstritten (E. 4.2). 2. Diese Unklarheit wurde durch das Bundesgericht (BGer) beseitigt, indem es festhielt, dass im Prinzip ein gesetzlicher Anspruch auf wertpapiermässige Verbriefung der Mitgliedschaftsrechte besteht (E. 4.3.2). So gewährt das Gesetz dem Aktionär (zumindest implizit) einen Anspruch auf Verbriefung seiner Mitgliedschaft (z.B. Art. 684 Abs. 2 OR) (E. 4.3.2). 3. Dieser grundsätzliche Anspruch kann jedoch zumindest bei Namenaktien in den Statuten der Gesellschaft ausgeschlossen werden (E. 4.5).

BGer, 9. August 2021, 4A_39/2021 (A AG gegen B); BGE 147 III 469, 4A_41/2021 (AAG gegen B), 4A_43/2021 (AAG gegen B); AJP 12/2021, S. 1521 ff.; GesKR 4/2021, S. 488; RR-VR 5/2021, S. 12; swisslawg 14. September 2021; Commentaire Weblaw (CJN) du 4 novembre 2021.

r8 Einberufung einer Generalversammlung durch das Gericht; convocation d'une assemblée générale par le tribunal.

1. Hat das Gericht ein Gesuch um Einberufung einer Generalversammlung zu beurteilen, prüft es nur formelle Fragen (E. 3.1). Insbesondere ist es dabei von Relevanz, ob die Gesuchsteller Aktionäre sind (Frage der Aktionärsstellung). 2. Für das Begehren um Einberufung einer Generalversammlung (GV) genügt es, wenn die Gesuchsteller dem Gericht ihre Aktionärsstellung glaubhaft machen, wie z.B. durch das Vorliegen eines Eintrages im Aktienbuch (Art. 686 Abs. 4 OR). 3. Im vorliegenden Fall war es für den Kauf der Aktien erforderlich, eine Bewilligung unter dem Bundesgesetz über das bürgerliche Bodenrecht (Art. 61 ff. BGBB) zu erhalten. Die Verkaufspartei machte geltend, dass sie als Aktionärin zu betrachten sei, bis die rechtskräftige Erwerbsbewilligung für die Aktien durch die zuständigen Behörden erteilt worden ist (E. 4.5). 4. Das BGer führte in seiner Entscheidung aus, dass sämtliche Parteien sich nach Treu und Glauben verhalten müssen, solange ein Rechtsgeschäft nach einem Verkauf in der Schwebe ist. Die Beteiligten dürfen insofern keine Geschäfte abschliessen, die mit ihren vertraglichen Pflichten nicht vereinbar sind. Auch darf die Verkaufspartei keine Person als Organ in die Gesellschaft wählen, die Rechtsgeschäfte im Sinne des Verkäufers und entgegen den Interessen des Käufers abschliessen würde (E. 5.2). 5. Das BGer wies darauf hin, dass ein Gesuch um Anordnung einer GV zu derartigen Zwecken rechtsmissbräuchlich sei und abzuweisen ist (E. 5.3).

BGer, 25. März 2021, 4A_508/2020 (AA und DA gegen C AG); GesKR 2/2021, S. 295 f.; RR-VR 4/2021, S. 12.

r9 Requête en convocation d'une assemblée générale – qualité d'actionnaire; Antrag auf Einberufung einer Generalversammlung – Aktionärsstellung.

1. Si le conseil d'administration ne donne pas suite à la requête en convocation d'une assemblée générale dans un délai convenable (art. 699 al. 3 CO), la convocation est ordonnée par le juge, à la demande des requérants (art. 699 al. 4 CO). 2. Selon le TF, cette action fournit à l'actionnaire requérant, qui pâtit du comportement (passif) de l'administrateur, un instrument efficace pour défendre ses intérêts. 3. Le juge saisi sur la base de l'art. 699 al. 4 CO ne soumet la requête qu'à un examen formel: sa décision ne reconnaît ainsi que la simple vraisemblance des conditions formelles de l'art. 699 al. 3 CO. 4. Le juge n'a, en particulier, pas à se prononcer sur la validité des décisions que l'AG sera amenée à prendre à la suite de la convocation et inscription à l'ordre du jour. Cette question ne doit être examinée que dans le cadre d'une éventuelle action en annulation ou en nullité des décisions prises par l'AG (art. 706 ss CO) (c. 5.1).

TF, 28 février 2022, 4A_558/2021 (X SA contre D Sàrl).

r10 Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen – Ruhen von Stimmrechten der durch eine beherrschte Personalfürsorgestiftung gehaltenen Aktien der Gesellschaft; contestation des décisions de l'assemblée générale – suspension des droits de vote des actions de la société détenues par une fondation de prévoyance du personnel dominée.

1. Die Stimmrechte von einer von der Gesellschaft beherrschten Personalfürsorgestiftung gehaltenen Aktien ruhen. Ist eine Gesellschaft an Tochtergesellschaften mehrheitlich beteiligt, so gelten für den Erwerb ihrer Aktien durch diese Tochtergesellschaften die gleichen Einschränkungen und Folgen wie für den Erwerb eigener Aktien (Art. 659b Abs. 1 i.V.m. Art. 659a Abs. 1 OR) (E. 4.2). 2. Gemäss BGer könne es in der vorliegenden Konstellation nicht auf die formale Trennung der Gesellschaft und der Personalfürsorgestiftung als deren Aktionärin ankommen (E. 5.2.1). Entscheidend ist das zwischen ihnen bestehende Abhängigkeitsverhältnis (E. 5.2.1). 3. Ist die Personalfürsorgestiftung derart von der Gesellschaft beherrscht, dass ihr dieser gegenüber kein selbständiger Willen zukommt, so hat die Gesellschaft die Verfügungsgewalt über die im Eigentum der Personalfürsorgestiftung befindlichen Aktien (E. 5.2.1). In dieser Konstellation drängt sich eine analoge Anwendung von Art. 659a Abs. 1 OR auf (E. 5.2.1). 4. Hält eine patronale Personalfürsorgestiftung Aktien der Gesellschaft, von der sie beherrscht wird, ruht das aus diesen Aktien fließende Stimmrecht, sofern nicht mit geeigneten strukturellen Massnahmen sichergestellt ist, dass der Stiftungsrat effektiv und dauernd unabhängig agiert (E. 5.2.4).

5. In einem solchen Fall ist das Gericht nicht nur befugt, ablehnende Generalversammlungsbeschlüsse aufzuheben (Art. 691 Abs. 3 OR), sondern es darf auch einen positiven Feststellungsbeschluss treffen. Das gilt aber nur, wenn das Gericht ohne Weiteres in der Lage ist, das Ergebnis festzustellen, welches bei rechtmässiger Auszählung der Stimmen herausgekommen wäre (E. 6.5.2).

BGer, 27. Oktober 2021, 4A_340/2021 (A AG gegen BB): BGE 147 III 561; RR-VR 1/2022, S. 12; AJP 2/2022, S. 172 ff; SZW 6/2021, S. 760; swissblaw 15. November 2021; SZW 2/2022, S. 172 ff.

r11 Einberufung einer ordentlichen Generalversammlung – Bekanntgabe des Geschäftsberichtes (Art. 696 Abs. 2 OR) – Stellungnahme; convocation d'une assemblée générale ordinaire – communication du rapport de gestion (art. 696 al. 2 CO) – prise de position.

1. Gemäss Art. 696 Abs. 2 OR sind Aktionäre mit Namenaktien durch schriftliche Mitteilung über das Auflegen des Geschäftsberichtes zu unterrichten, im Gegensatz zu Aktionären mit Inhaberaktien, welche durch Bekanntgabe im Schweizerischen Handelsamtsblatt sowie in der gemäss Statuten vorgeschriebenen Form zu unterrichten sind. 2. Zum Schutz der Gesellschafter werden Statutenbestimmungen über die Form von Mitteilungen der Gesellschaft an die Aktionäre in aller Regel im betreffenden Handelsregister aufgeführt (E. 6.3). 3. Im vorliegenden Fall liess sich dem aktienkundigen Handelsregistrauszug der Beschwerdeführerin entnehmen, dass anfangs August 2013 eine Statutenänderung beschlossen wurde, welche zum Inhalt hatte, dass die Mitteilungen an die Aktionäre künftig durch Brief oder mittels elektronischer Medien an die im Aktienbuch verzeichneten Adressen zu erfolgen haben. 4. Gemäss BGer sind Handelsregistrauszüge gerichtsnotorische (*recte*: allgemein notorische) Tatsachen im Sinne von Art. 151 ZPO, die im kantonalen Verfahren weder behauptet noch bewiesen werden müssen (E. 6.5). Beabsichtigt das Gericht, auf offenkundige Tatsachen, wie namentlich Handelsregistrauszüge, abzustellen, muss es die Parteien grundsätzlich nicht speziell anhören. 5. Jedoch hat ein Gericht den Parteien das rechtliche Gehör ausnahmsweise dann zu gewähren, wenn es seinen Entscheid mit einem Rechtsgrund zu begründen beabsichtigt, auf den sich die beteiligten Parteien nicht berufen haben und mit dessen Erheblichkeit sie vernünftigerweise nicht rechnen mussten (E. 6.5). 6. Obwohl es sich beim Handelsregistrauszug um offenkundige Tatsachen handelt, liess sich daraus in der vorliegenden besonderen Konstellation (vgl. E. 6.4) nicht ableiten, dass die Vorinstanz betreffend Einberufungsmodalitäten (namentlich die Mitteilungsmodalitäten) – entgegen der Erstinstanz – auf die Statuten von 2013 abstellen durfte, ohne den Parteien vorgängig die Möglichkeit zur Stellungnahme einzuräumen (E. 6.5). 7. Eine Verletzung von Art. 696 Abs. 2 OR vermochte im vorliegenden Fall für sich allein keine Nichtigkeit zu begründen (E. 6.6). Schliesslich wurde die Sache an die Vorinstanz zurückgewiesen.

BGer, 13. Januar 2022, 4A_385/2021 (A AG gegen B).

r12 Einberufung einer ordentlichen Generalversammlung – Traktandierung; convocation d'une assemblée générale ordinaire – inscription à l'ordre du jour.

1. Bei der Beurteilung eines Einberufungsbegehrens gestützt auf Art. 699 Abs. 4 OR sind nur formelle Fragen zu prüfen (E. 1.1). Wird jedoch ein Einberufungs- oder ein Traktandierungsbegehren offensichtlich missbräuchlich gestellt, hat der Einberufungsrichter gemäss BGer diesem nicht stattzugeben (Art. 2 Abs. 2 ZGB). 2. Ein Traktandierungsbegehren, welches Unmögliches bzw. Nichtexistierendes (hier das Verlangen eines Revisionsberichts, obwohl die Gesellschaft auf die eingeschränkte Revision verzichtet hat) verlangt, kann nicht ein wegen Einladung zur ordentlichen GV durch den Verwaltungsrat (VR) gegenstandslos gewordenen Einberufungsgesuch rechtfertigen (E. 1.3). 3. An solchen Traktandierungsbegehren besteht kein Rechtsschutzinteresse. Folglich liege keine Verletzung von Art. 699 Abs. 4 und 700 Abs. 2 OR vor, wenn die Vorinstanz das Verfahren als gegenstandslos abgeschrieben habe (E. 1.3). 4. Ausserdem bezwecken die Vorschriften über Frist, Form und Inhalt der Einberufung einer GV den Schutz der Aktionäre; insbesondere soll dabei klar und deutlich über die Verhandlungsgegenstände unterrichtet werden. 5. Im vorliegenden Fall war das Informationsbedürfnis der Aktionäre hinsichtlich der Anträge des Beschwerdeführers trotz des Fehlens in der Einladung erfüllt. 6. Denn sein Einberufungsbegehren richtete sich an den VR, dem alle Aktionäre (ausser dem Beschwerdeführer) angehörten. Seine Anträge waren folglich allen Aktionären bekannt und wurden mithin nicht der GV vorenthalten, auch wenn sie in der Einladung nicht aufgeführt waren. 7. Die Vorinstanz habe daher kein Recht verletzt, wenn sie trotz Fehlens der Anträge kein Rechtsschutzinteresse an der Fortsetzung des Einberufungsverfahrens erkannte (E. 1.6).

BGer, 28. Dezember 2021, 4A_441/2021 (A gegen B Holding AG).

r13 Nichtigkeit eines Generalversammlungsbeschlusses – Meldepflicht des Aktionärs – Meldung des Erwerbs von Inhaberaktien (Art. 697i aOR); nullité d'une décision de l'assemblée générale – obligation d'annoncer de l'actionnaire – annonce de l'acquisition d'actions au porteur (art. 697i aCO).

1. Wenn der Eigentümer sämtlicher Inhaberaktien einer Gesellschaft zum Zeitpunkt der GV seinen Meldepflichten gemäss Art. 697i aOR nicht nachgekommen ist (im vorliegenden Fall hat er den VR der Beschwerdeführerin nicht darüber informiert, dass er Inhaberaktien hält), hätten die mit diesen Aktien verbundenen Stimmrechte gemäss Art. 697m Abs. 1 OR geruht (E. 3.3). 2. Gemäss BGer seien die an der (hier in der Form einer Universalversammlung gemäss Art. 701 OR durchgeführten) Generalversammlung gefassten Beschlüsse folglich nichtig, da doch «keine einzige gültige Stimme abgegeben» und «damit kein verbindlicher Gesellschaftsbeschluss gefasst» worden sei (E. 3.3). 3. Auf die Nichtigkeit eines Generalver-

sammlungsbeschlusses kann sich jedermann berufen, wobei jedoch für die Klage auf Feststellung der Nichtigkeit prozessual ein schutzwürdiges Interesse vorausgesetzt wird (E. 4.4).

BGer, 28. März 2022, 4A_295/2021 (A in Liq. gegen B).

r14 E-Mail-Korrespondenz als Beweismittel – rechtswidrig beschaffte Beweismittel (Art. 152 Abs. 2 ZPO); correspondance électronique comme moyen de preuve – moyens de preuve obtenus illégalement (art. 152 al. 2 CPC).

1. Nach Art. 152 Abs. 2 ZPO werden rechtswidrig beschaffte Beweismittel nur berücksichtigt, wenn das Interesse an der Wahrheitsfindung überwiegt (E. 2.1). 2. Dies setzt gemäss BGer zweierlei voraus: Einerseits muss die Handlung eine kausale Ursache dafür sein, dass das Beweismittel im Zivilprozess berücksichtigt werden kann, und andererseits muss die Handlung auf diesen Erfolg ausgerichtet sein (E. 2.1.2). 3. Das grundsätzliche Verwertungsverbot kommt hingegen dann zum Zug, wenn die materiell rechtswidrige Handlung nicht nur beiläufig erfolgte, sondern *conditio sine qua non* für das Erlangen des vorgelegten Beweises war (E. 2.1.2). 4. Im vorliegenden Fall war die Arbeitgeberin (die Gesellschaft) berechtigt, den Inhalt der geschäftsmässigen E-Mails ihrer Angestellten zu überprüfen (E. 2.2). 5. Dabei suchte die Arbeitgeberin nicht nach privaten Nachrichten ihrer Angestellten. Im Gegenteil, sie fand diese zufällig während einer im Interesse des Unternehmens durchgeführten Überprüfung der E-Mails, ohne dass etwas auf den privaten Charakter der E-Mails hingewiesen hätte. 6. Folglich hat die Arbeitgeberin die Informationen nicht auf unrechtmässige Weise erlangt. Das Beweismittel fiel somit nicht unter Art. 152 Abs. 2 ZPO und konnte im Zivilprozess vorgelegt werden (E. 2.4).

BGer, 24. Juni 2021, 4A_633/2020 (A gegen B); ZZZ 56/2021, S. 777; Revue de l'avocat 1/2022, p. 35 ss; LawInside Droit des contrats/procédure civile, 11 septembre 2021, n° 1090.

r15 Institution d'un contrôle spécial auprès de la société mère; Einleitung einer Sonderprüfung bei der Muttergesellschaft.

1. Selon le Tribunal fédéral, le contrôle spécial doit avoir pour objet des faits, et ceux-ci doivent être déterminés (c. 3.1.2 s.). 2. Le requérant doit quant à lui justifier d'un intérêt actuel digne de protection (c. 3.1.3). Un intérêt digne de protection peut notamment faire défaut lorsque les droits de l'actionnaire sont prescrits ou périmés, ou lorsque les informations sollicitées ont déjà été obtenues. Il existe en revanche lorsque l'actionnaire peut raisonnablement douter de l'exactitude ou de l'exhaustivité des renseignements obtenus, respectivement de la légitimité du motif de refus opposé (c. 3.1.3). 3. Un contrôle spécial ne peut être exclu au motif qu'il incomberait à l'organe de révision de découvrir des distributions dissimulées de bénéfices en relation avec les rémunérations et les indemnités versées au conseil d'administration (c. 5.2.5). En effet, l'action en restitution des presta-

tions perçues indûment vise notamment les distributions dissimulées de bénéfices (art. 678 CO), lesquelles constituent le cas de figure typique justifiant un contrôle spécial. 4. Au surplus, le contrôleur spécial qui enquête sur la société mère peut uniquement prendre connaissance des documents des filiales si les opérations à clarifier concernant celles-ci peuvent influencer sur la situation financière de la société mère, et que l'actionnaire peut démontrer que l'information requise est nécessaire à l'exercice de ses droits (c. 5.2.9).

TF, 15 juin 2021, 4A_631/2020 (A contre Z SA); GesKR 3/2021, S. 422.

r16 Institution d'un contrôle spécial; Einleitung einer Sonderprüfung.

1. Le contrôle spécial ne doit pas revêtir la forme d'une enquête généralisée, mais il peut porter sur des faits nombreux à condition que le type d'événements à examiner et la période visée soient clairement définis (c. 4.1.2). 2. D'un côté, pour obtenir l'institution d'un contrôle spécial, les requérants doivent notamment rendre vraisemblable que des fondateurs ou des organes ont violé la loi ou les statuts et ainsi causé un préjudice à la société ou aux actionnaires (art. 697b al. 2 CO). A cet égard, une certaine probabilité suffit même s'il reste possible que les faits ne soient pas avérés (c. 4.1.4). 3. De l'autre côté, le droit au contrôle ne doit pas être accordé trop facilement. Selon le TF, il sied d'empêcher les démarches abusives ou «quérulentes», les prospections tous azimuts ou autres «fishing expeditions» en quête d'éventuelles irrégularités qui ne seraient étayées par aucun indice (c. 4.1.4).

TF, 18 novembre 2021, 4A_529/2021 (A AG contre B et C); GesKR 1/2022, S. 128 f.

r17 Sonderprüfung – Willkürverbot – Rechtsschutzinteresse an der Sonderprüfung – Geheimhaltungsinteresse der Gesellschaft; contrôle spécial – interdiction de l'arbitraire – intérêt pour agir au contrôle spécial – intérêt au secret de la société.

1. Verlangt ein Aktionär vor Gericht die Einsetzung eines Sonderprüfers, hat er glaubhaft zu machen, dass die Gründer oder Organe das Gesetz oder die Statuten verletzt und damit die Gesellschaft oder die Aktionäre geschädigt haben (Art. 697b Abs. 2 OR) (E. 5.1). Im Erfordernis der Glaubhaftmachung dieser Schädigung liegt der Angelpunkt des Sonderprüfungsrechts. 2. Gemäss BGer kann es nicht Aufgabe der Beschwerdeführerin sein, im Rahmen des summarischen Einsetzungsverfahrens bereits diejenigen Informationen zu liefern, welche die Beschwerdegegnerin über den Weg eines Sonderprüfungsverfahrens anbegehrt (E. 5.2). Die Klage auf Einsetzung eines Sonderprüfers setzt gerade voraus, dass der Gesuchstellerin die Sachverhalte, deren Abklärung sie verlangt, noch nicht bekannt sind, ansonsten fehlt es der Gesuchstellerin am Rechtsschutzinteresse (E. 5.2.2). Ein allzu hoher Detaillierungsgrad der Ausführungen im Gesuch kann und darf daher grundsätzlich nicht erwartet werden. Die Gesuche werden vom Gericht auf ihre Plausibilität untersucht. 3. Für den Entscheid des Gerichts,

eine Sonderprüfung anzuordnen, ist das (berechtigte) Interesse der Gesellschaft, ihre Geschäftsgeheimnisse zu wahren, nicht relevant (E 6.2.2).

BGer, 24. Februar 2022, 4A_572/2021 (A AG gegen B Sub-Fund).

3. Organisation

Organisation

r18 Organisationsmangelverfahren – Zustellung mittels öffentlicher Bekanntmachung (Art. 141 ZPO) – Nichtigkeit der Verfügung; procédure de carence dans l'organisation – notification par voie édictale (art. 141 CPC) – nullité de la décision.

1. Die öffentliche Bekanntmachung nach Art. 141 ZPO einer Verfügung (betreffend einen Organisationsmangel) soll als letztes Mittel dienen. Sie kommt zur Anwendung, wenn eine von den drei aufgezählten Konstellationen in Art. 141 Abs. 1 ZPO vorliegt (E. 3.1). 2. Ein unbekannter Aufenthaltsort oder die Unmöglichkeit der Zustellung im Sinne von Art. 141 Abs. 1 lit. a und b ZPO kann erst dann angenommen werden, wenn sämtliche zumutbaren und sachdienlichen Nachforschungen vorgenommen wurden, jedoch erfolglos blieben (E. 3.2). 3. Greift das Gericht zur öffentlichen Bekanntmachung, obschon die Voraussetzungen dafür offensichtlich nicht erfüllt sind, ist der Entscheid mit einem derart schwerwiegenden Verfahrensmangel behaftet, dass er in der Regel nichtig ist (E. 3.3.2). 4. Im vorliegenden Fall vermerkte die Post, dass der Adressat weggezogen und der Nachsendeauftrag abgelaufen war. Ausserdem kannte das Kantonsgericht die Adresse des einzigen VR der Beschwerdeführerin. Deswegen oblag es der Vorinstanz, weitere Abklärungen anzustrengen, um die Zustellungsadresse für die Verfügung zu eruieren (E. 4). 5. Die Voraussetzungen der öffentlichen Bekanntmachung waren offensichtlich nicht erfüllt, es lag keine rechtsgültige Zustellung vor und das Urteil der Vorinstanz war aufgrund des schweren formellen Mangels nichtig (E. 4).

BGer, 12. April 2021, 4A_646/2020 (A AG gegen Handelsregister Appenzell Ausserrhoden); GesKR 2/2021, S. 295 f.; RSJ 118/2022, S. 82 ff.

r19 Carence dans l'organisation d'une société anonyme faisant partie de l'actif d'une succession – action de l'exécuteur testamentaire – intervention accessoire d'un héritier à titre individuel (art. 74 CPC) ; Organisationsmangel einer Aktiengesellschaft, die zu den Aktiva eines Nachlasses gehört – Klage des Testamentsvollstreckers – Nebenintervention eines Einzelerben (Art. 74 ZPO).

1. Dans le cas d'espèce, la question litigieuse était celle de savoir si un héritier membre de la communauté héréditaire peut participer en qualité d'intervenant accessoire au procès introduit par l'exécuteur testamentaire contre la société anonyme pour carence dans l'organisation (art. 731b CO) de celle-ci (c. 3 ss). 2. Lorsque les héritiers membres de la communauté héréditaire sont en commun (art. 602 al. 2 CC) l'actionnaire, en l'occurrence unique d'une société, l'exécuteur testamentaire a, en tant qu'administrateur de la succession (art. 518 al. 2 CC), la faculté d'introduire l'action pour carences dans l'organisation (art. 731b CO) de cette société

(c. 3.2). 3. Selon le Tribunal fédéral, chaque héritier a un intérêt juridique individuel à intervenir dans une telle procédure. L'héritier peut donc intervenir seul (individuellement) au procès en qualité d'intervenant accessoire (c. 3.3.1) indépendamment (c. 3.3.2). 4. En effet, la consorité nécessaire des héritiers a uniquement de l'influence sur la qualité d'agir, mais non sur l'intérêt juridique au sens de l'art. 74 CPC (c. 3.4).

TF, 27 octobre 2021, 4A_147/2021 (AX contre C et D SA) : ATF 147 III 537; SJZ 118/2022, S. 113; swissblaw 18. November 2021; ZZZ 57/2022, S. 74; JdT 2022 II p. 131; SJ 4/2022, p. 285 ss.

r20 Organisationsmangel – Ende des Verwaltungsratsmandat; carence dans l'organisation – fin du mandat du conseil d'administration.

1. Wenn die Statuten eine einjährige Amtsdauer bis zum Ende der nächsten GV vorsehen, endet das Amt des VR *eo ipso* mit Ablauf des sechsten Monats nach Schluss des betreffenden Geschäftsjahres, wenn innerhalb von sechs Monaten seit Ende des Geschäftsjahres keine GV durchgeführt oder die Wahl des VR nicht traktandiert worden ist (E. 3.3, 3.5). 2. In einer solchen Konstellation muss weder eine Gefährdung der Interessen der Gesellschaft noch ihrer Aktionäre und Gläubiger befürchtet werden, da der gute Glaube Dritter in den Handelsregistereintrag nach wie vor geschützt bleibt und die VR-Mitglieder, deren Mandat geendet hat, als faktische Organe weiterhin verantwortlich bleiben (E. 3.1.2, 3.4). 3. Findet die (Wieder)Wahl jedoch nicht rechtzeitig statt, hat dies zur Folge, dass der VR nicht ordnungsgemäss besetzt ist und ein Organisationsmangel vorliegt (E. 3.6). 4. Findet keine GV statt oder wird der VR nicht gewählt, schliesst das BGer eine stillschweigende Fortsetzung oder Verlängerung der Amtszeit des VR aus (E. 3.3). Der GV würde deren unentziehbare Kompetenz, den VR zu wählen, genommen werden (Art. 698 Abs. 2 Ziff. 2 OR), wenn der VR sein Mandat durch Nichteinberufung der GV verlängern könnte.

BGer, 3. Dezember 2021, 4A_496/2021 (A AG gegen B AG) (*zur Publikation vorgesehen); RR-VR 1/2022, S. 11; AJP 3/2022, S. 279; SJZ 118/2022, S. 218; GesKR 1/2022, S. 128 f.; LawInside Droit des sociétés, 25 janvier 2022, n° 1136; swissblaw 26. November 2021; Jusletter Weblaw du 25 avril 2022; ius.focus 2022 Nr. 9; SZW 3/2022, S. 280 ff.

4. Responsabilité Verantwortlichkeit

r21 Aktienrechtliche Verantwortlichkeit – Aktivlegitimation – Schaden; responsabilité des organes – légitimation active – dommages.

1. Im Konkurs hängt die Klage, über die ein Gesellschaftsgläubiger gegenüber den Organen einer Gesellschaft verfügt – und damit auch dessen Aktivlegitimation – von der Art des erlittenen Schades ab. Gemäss der bundesgerichtlichen Praxis können hinsichtlich der Aktivlegitimation drei Konstellationen voneinander unterschieden werden (E. 3.2). 2. Die dritte Konstellation betrifft die Situation, in welcher sowohl die Gesellschaft als auch ein Gläubiger und/oder Aktionär unmittelbar bzw. direkt geschädigt sind. In dieser Konstellation schränkt das BGer die Klagebefugnis des direkt geschädigten Aktionärs insofern ein, als dieser nur dann seinen direkten Schaden einklagen kann, wenn das Verhalten des Gesellschaftsorgans gegen aktienrechtliche Bestimmungen, die ausschliesslich dem Gläubiger- oder Aktionärschutz dienen, verstösst (Art. 754 OR), die Schadenersatzpflicht auf einem anderen widerrechtlichen Verhalten des Organs im Sinne von Art. 41 OR oder einem Tatbestand der *culpa in contrahendo* gründet (E. 3.2). 3. Im vorliegenden Fall wurde der direkte Schaden der Gläubiger nicht bestritten. Hingegen liess das Handelsgericht Zürich die Frage offen, ob auch die Gesellschaft direkt geschädigt wurde (E. 3.2.1). 4. Die Gesellschaft ist der Gläubigerin gegenüber für das Verhalten ihrer Organe verantwortlich (Art. 55 Abs. 2 ZGB) (E. 3.2.3). Daher ist sie nach Ansicht des BGer ebenfalls direkt durch eine Erhöhung ihrer Verpflichtungen geschädigt (Konstellation 3). 5. In dieser dritten Konstellation kann die individuelle Klage der Gläubiger/Aktionäre daher mit den Ansprüchen der Gesellschaft konkurrieren (E. 3.2.3.1). Deshalb ist im Konkurs die Aktivlegitimation der Gläubiger eingeschränkt. 6. Ausserhalb des Konkurses rechtfertigt sich eine solche Einschränkung jedoch nicht, da diesfalls keine Gefahr einer Konkurrenz zulasten der Gesellschaft besteht (E. 3.2.3.1). Hier führte eine (angeblich) widerrechtliche Handlung zu zwei Schadenersatzforderungen (eine gegen das Organ und eine gegen die Gesellschaft) für ein und denselben Schaden. Entsprechend besteht zwischen den Schadenersatzforderungen unechte Solidarität. Die Gläubigerin kann somit wählen, ob sie gegen das Organ oder die Gesellschaft Vor-

gehen will (E. 3.2.3.1). 7. Falls die Gesellschaft in der Folge leisten muss, hat sie einen Rückgriffsanspruch gegenüber dem verantwortlichen Organ (Art. 51 Abs. 2 OR). 8. Daher besteht kein Grund für die Priorisierung der Gesellschaft. Entsprechend ist eine Einschränkung der Aktivlegitimation der Gläubigerin ausserhalb des Konkurses nicht gerechtfertigt (E. 3.2.3.1).

BGer, 1. November 2021, 4A_36/2021 (AA Ltd SPC gegen B); BGE 148 III 11; AJP 3/2022, S. 269; GesKR 1/2022, S. 128; SJZ 118/2022, S. 157; HAVE 1/2022, S. 34 ff.; LawInside Droit des sociétés, 28 janvier 2022, n° 1137; swisslawg 26. November 2021; ZZZ 57/2022, S. 3, 44; ius.focus 2022 Nr. 10.

r22 Aktienrechtliche Verantwortlichkeit – Nichteinhaltung der sechsmonatigen Einberufungsfrist gemäss Art. 699 Abs. 2 OR; responsabilité des organes – non-respect du délai de six mois de l'art. 699 al. 2 CO.

1. Die Einberufungsfrist nach Art. 699 Abs. 2 OR ist eine zwingende gesetzliche Frist. Sie kann weder im Einvernehmen aller Aktionäre noch durch eine entsprechende Statutenanpassung abgeändert werden. 2. Das BGer liess die Frage offen, ob die Nichteinhaltung der sechsmonatigen Einberufungsfrist automatisch zur Verantwortlichkeit des VR führt.

BGer, 28. Mai 2021, 4A_128/2021 (A gegen B), 4A_130/2021 (A gegen B); RR-VR 5/2021, S. 12. Das OGer ZH fällte ein ähnliches Urteil am 26. Januar 2021: NP200031, NP200032 (A sowie B, C, D und E gegen F); AJP 3/2022, S. 279.

r23 Responsabilité des organes (art. 754 CO) – Convention de Lugano; Aktienrechtliche Verantwortlichkeit (Art. 754 OR) – Lugano-Übereinkommen.

1. Par l'effet rétroactif attaché à sa réinscription au registre anglais des sociétés, une société (C LLP) est présumée, de manière irréfragable, n'avoir jamais cessé d'exister (c. 6.3.2). 2. La validité rétroactive des actes accomplis par une société radiée avant sa réinscription n'est pas contraire à l'ordre public (c. 6.4.2). 3. Par conséquent, la société (C LLP) avait selon le TF la capacité d'être partie au procès de première instance et au moment du dépôt de l'appel.

TF, 26 octobre 2021, 4A_133/2021 (A contre B SIA et C LLP), 4A_135/2021 (B SIA et C LLP contre D); SJZ 118/2022, S. 235 ff.

r24 Action en responsabilité de la société anonyme contre deux de ses administrateurs (art. 754 CO) – «escroquerie au Président»; *Haftungsklage der Aktiengesellschaft gegen zwei ihrer Verwaltungsratsmitglieder* (Art. 754 OR) – «Präsidentenbetrug».

1. L'administrateur qui n'exerce pas ses attributions avec toute la diligence nécessaire (art. 717 al. 1 CO) manque à ses devoirs au sens de l'art. 754 al. 1 CO (c. 5.2.1) (première condition). Il doit en outre avoir commis une faute intentionnelle ou par négligence (deuxième condition). 2. Toute faute, même une négligence légère (*leichte Fahrlässigkeit*), suffit (c. 5.2.2). Il y a en principe toujours faute lorsque l'administrateur a manqué à son devoir, c'est-à-dire qu'il ne s'est objectivement pas comporté comme un administrateur raisonnable dans les circonstances concrètes (c. 5.2.1, 5.2.2). Seules des circonstances exceptionnelles peuvent conduire à la conclusion que l'administrateur qui a failli à ses devoirs est exempt de faute (c. 5.2.2). 3. Selon le TF, un administrateur raisonnable, même lié à un groupe, manque objectivement à ses devoirs lorsqu'il utilise de fausses factures pour justifier un transfert de fonds. 4. En l'occurrence, l'erreur causée par la tromperie des escrocs n'était pas inévitable au vu des faits (un ordre de virement d'un montant important en faveur d'un destinataire inconnu auprès d'une banque en Chine, le fait de demander à une personne inconnue un courriel de confirmation dont le contenu était tout à fait différent des courriels émanant du véritable administrateur-président, l'existence d'un motif suspect à savoir un contrôle fiscal inopiné et la dissimulation du transfert par une facture fictive) retenus sans arbitraire par la cour cantonale. Par conséquent, l'administrateur a également commis une faute qui engage sa responsabilité (c. 5.2.3–5.2.5). Au surplus, l'appréciation de la cour cantonale qui permet de conclure à une faute grave est conforme au droit fédéral (c. 6.2.2). 5. En l'occurrence, le dol des escrocs n'interrompt pas le lien de causalité entre les manquements fautifs graves et le dommage et ne libère donc pas l'administrateur de sa responsabilité (c. 7.2.1). 6. Il en va de même concernant le fait que la banque n'a pas fait les vérifications nécessaires. En effet, l'ordre émanait de l'administrateur lui-même (et non d'un tiers qui aurait contrefait sa signature) qui, par sa faute, n'a pas procédé aux vérifications nécessaires et s'est laissé duper (7.2.2).

TF, 29 juin 2021, 4A_342/2020 (C contre B SA), 4A_344/2020 (A contre B SA); *LawInside Droit des sociétés/Responsabilité civile*, 6 novembre 2021, n° 1108; *ius.focus* 2022 Nr. 11.

r25 Auslegung der Abtretungsverfügung – Organhaftung – Währung der Schadenersatzforderung; *interprétation de la décision de cession – responsabilité des organes – devise de la créance en réparation*.

1. Eine Abtretungsverfügung nach Art. 260 SchKG ist objektiv auszulegen (E. 2.4). Hierzu sind die Regeln über die Auslegung von Willenserklärungen, insb. Art. 18 OR, sinngemäss heranzuziehen (E. 2.4). 2. Die nach Art. 260 SchKG abgetretenen Ansprüche beruhen i.d.R. auf einer unklaren oder zumindest zweifelhaften Rechts(grund)lage und sind strittig. Deswegen ist der Umfang der konkursrechtlichen Abtretung in einem weiten Sinn zu verstehen, sodass alles darunter zu subsumieren ist, was direkt oder sinngemäss dem der Masse möglicherweise zustehenden Aktivum als Vermögenswert entspricht (E. 2.4). 3. Die Währung, in der die nach Art. 260 SchKG geltend gemachten Verantwortlichkeitsansprüche geschuldet (bzw. einzuklagen) sind, hängt von der Rechtsnatur dieser Ansprüche ab (E. 4.1.2.1.2). 4. Das BGer hält fest, dass es sich bei Verantwortlichkeitsansprüchen (Art. 754 OR) weder um vertragliche (noch vertragsähnliche) Ansprüche handelt (E. 4.1.2.1.2). Die Schuldwährung ergibt sich mithin nicht aus einer Vereinbarung. 5. Im Sinne von Art. 84 Abs. 1 OR gilt bei ausservertraglichen Schadenersatzansprüchen die Währung des Staates, in welchem der Vermögensverlust eingetreten ist, als «geschuldete Währung» (E. 4.1.2.1.3.). 6. Bei Verantwortlichkeitsklagen der Gesellschaft (oder im Konkurs der Konkursverwaltung bzw. der Abtretungsgläubiger) ist grundsätzlich davon auszugehen, dass die Vermögensminderung in der Vermögenszentrale der Gesellschaft eingetreten ist, was wiederum an deren Sitz ist (E. 4.1.2.1.4.). Dies gilt jedenfalls, soweit und solange nicht eindeutig nachgewiesen ist, dass ausserhalb des Sitzstaates gelegenes Vermögen der Gesellschaft gemindert wurde (E. 4.1.2.1.4.). 7. Liegt der Sitz der Gesellschaft in der Schweiz, ist die Schadenersatzforderung daher in Schweizer Franken geltend zu machen (E. 4.1.2.1.4.).

BGer, 14. Juli 2021, 4A_294/2020 (A Ltd gegen B, C GmbH und D AG); *GesKR* 4/2021, S. 488; *ZZS* 56/2021, S. 777; *ZZS* 57/2022, S. 74.

r26 Prospekthaftung – Beweismass – Kausalität – keine genügend substantiierten Behauptungen; responsabilité pour le prospectus – degré de preuve – causalité – allégations pas suffisamment motiv es.

1. Mit Art. 69 FIDLEG wurde ein einheitlicher Haftungstatbestand für zivilrechtliche Ansprüche im Zusammenhang mit fehlerhaften Prospekten geschaffen (E. 5.1). Der vorliegende Fall beurteilte sich allerdings nach der bisherigen privatrechtlichen Prospekthaftung (Art. 752 aOR). 2. Unter anderem ist der Kausalzusammenhang zwischen der pflichtwidrigen Handlung und dem eingetretenen Schaden nachzuweisen (E. 6.2.1 f.). Das Beweismass entspricht der überwiegenden Wahrscheinlichkeit. 3. Unabhängig davon ist es erforderlich, dass die Kläger substantiieren, weshalb sie bei Kenntnis der wahren Sachlage nicht investiert hätten (haftungsbegründende Kausalität). Mit einem pauschalen Hinweis auf Reputations berlegungen wird dem Substantiierungserfordernis nicht Genüge getan. 4. Jeder Kläger muss einzeln und substantiiert darlegen, weshalb er persönlich eine Investition nicht vorgenommen hätte (E. 6.1). 5. Zusätzlich muss der Kläger beweisen, dass der Schaden durch die mangelhafte Information verursacht wurde (haftungsausfüllende Kausalität) (E. 6.2.1).

BGer, 24. Juni 2021, 4A_24/2021 (A, B, C AG, D AG und E gegen F, G, und H AG); GesKR 4/2021, S. 488; GesKR 1/2022, S. 120; LSR 1/2022, S. 47 ff.; SZW 2/2022, S. 154 f.

**5. Exécution forcée – dissolution de la société anonyme
Zwangsvollstreckung – Auflösung der Aktiengesellschaft**

r27 Ajournement de la faillite (art. 725a CO) – art. 98 LTF – non-présentation d'un bilan intermédiaire; Konkursaufschub (Art. 725a OR) – Art. 98 BGG – Nichtvorlegen einer Zwischenbilanz.

1. L'ajournement de la faillite est considéré par le TF comme une mesure provisionnelle (art. 98 LTF), de sorte qu'un recours contre le refus ou la révocation de l'ajournement de la faillite entre dans le champ d'application des art. 98 et 106 al. 2 LTF (c. 2.1 s.). 2. L'ajournement de la faillite est un simple moratoire dont la finalité est de redresser la société en évitant toute procédure d'exécution forcée, y compris concordataire. Pour que l'ajournement de la faillite soit prononcé, il faut, selon la jurisprudence, qu'une société aux bases financières saines ressorte, avec une haute probabilité, du processus d'assainissement (c. 3). 3. Si l'assainissement est devenu impossible ou que ses chances de succès sont réellement compromises, le juge doit prononcer la faillite de la société. Cas échéant, cette constatation peut être faite sans

attendre la fin de la durée de l'ajournement (c. 3). 4. S'il ne dispose pas de documents fiables pour statuer, le juge peut valablement subordonner l'ajournement de la faillite à la présentation d'un bilan intermédiaire vérifié par l'organe de révision (c. 4.3). 5. Il n'est dès lors pas tenu d'attendre l'échéance du délai d'ajournement initialement fixé et peut en tout temps révoquer sa décision si les circonstances l'exigent (c. 4.3).

TF, 22 juin 2021, 5A_260/2021 (A SA en liq. contre TC du Littoral et du Val-de-Travers); GesKR 3/2021, S. 422.

r28 Rôle de l'office des faillites dans une liquidation selon l'art. 731b CO en cas d'un excédent d'actifs; Rolle des Konkursamtes bei einer Liquidation nach Art. 731b OR mit Aktivenüberschuss.

1. En présence de carences dans l'organisation, le tribunal peut prononcer la dissolution de la société et ordonner sa liquidation selon les dispositions applicables à la faillite (art. 731b al. 1^{bis} ch. 3 CO). 2. L'ordonnance de dissolution fondée sur l'art. 731b al. 1^{bis} ch. 3 CO donne en principe lieu à une procédure ordinaire de faillite, laquelle est cependant menée en exécution d'une décision judiciaire de dissolution. Or, celle-ci est uniquement assimilable fonctionnellement à un prononcé de faillite. Les règles de la faillite ne sont applicables que par analogie car le surendettement ou l'insolvabilité sont des circonstances qui ne sont pas forcément réalisées dans les cas visés par l'art. 731b CO (c. 5.1.1). 3. L'office des faillites est quant à lui compétent pour mettre en œuvre la procédure de faillite sous la surveillance de l'autorité de surveillance (cf. art. 221 ss LP) (c. 5.1.2). 4. Selon le TF, si la procédure de liquidation se solde par un excédent d'actifs, l'office doit d'abord l'utiliser pour couvrir les intérêts des créanciers colloqués. S'il existe encore un excédent, celui-ci doit être restitué au débiteur, c'est-à-dire aux organes de la société, lesquels récupèrent ainsi le droit de disposer de ce patrimoine. Sauf disposition contraire des statuts, l'excédent doit ensuite être réparti entre les associés (actionnaires ou autres en fonction du type d'entité concernée et des titres émis). 5. Faute de base légale, cette compétence incombe aux organes au terme de la procédure de faillite, et non   l'office des faillites (c. 5.1.3). En l'absence d'organes, l'office doit consigner l'excédent auprès de la caisse des dépôts et consignations (art. 9, 24 et 264 al. 3 LP par analogie) (c. 5.1.3, 5.2).

TF, 28 janvier 2021, 5A_665/2021 (A SA contre B AG) (*proposé pour la publication); swissblawg 21. März 2022.

6. Autres sociétés (commerciales) Übrige (Handels-)gesellschaften

r29 Austritt aus einer GmbH – Übernahme von Stammanteilen; sortie d’une Sàrl – reprise des parts sociales.

1. Wenn der Austritt eines Gesellschafters zur Folge hätte, dass die Gesellschaft eigene Anteile mit einem Nennwert von mehr als 35% am Stammkapital halten würde (Art. 783 Abs. 2 OR), kann ein Gesellschafter nicht aus wichtigen Gründen i.S.v. Art. 822 OR aus der GmbH austreten (E. 1–6). 2. Kann die Gesellschaft die Anteile des Gesellschafters weder veräussern noch ihr Stammkapital nach Art. 825a OR herabsetzen, muss der austrittswillige Gesellschafter daher die Auflösung der Gesellschaft aus wichtigen Gründen beantragen (Art. 821 Abs. 3 Satz 1 OR). 3. Ohne entsprechendes Rechtsbegehren kann das Gericht im Austrittsverfahren nicht von Amtes wegen alternative Rechtsfolgen anordnen (E. 7).

BGer, 19. Juli 2021, 4A_209/2021 (A gegen GmbH): BGE 147 III 505; AJP 10/2021, S. 1290 ff.; GesKR 4/2021, S. 488; RR-VR 5/2021, S. 12; LawInside Droit des sociétés, 30 août 2021, n° 1085; swissblawg 18. August 2021; SJZ 117/2021, S. 1001, 1015; Commentaire Weblaw (CJN) du 17 novembre 2021.

r30 Auflösung einer einfachen Gesellschaft – Gewinnbeteiligung (Art. 530 ff. und 580 OR); dissolution d’une société simple – participation aux bénéfices (art. 530 ss et 580 CO).

1. Mit dem Ausscheiden eines Gesellschafters aus der einfachen Gesellschaft wächst dessen Anteil zu Fortführungswerten den verbleibenden Gesellschaftern an (E. 4.1). 2. Bei schwebenden Geschäften, die im Zeitpunkt des Ausscheidens des Gesellschafters zwar abgeschlossen, jedoch noch nicht abgewickelt worden sind, richtet sich die Berechnung nach der vertraglich vereinbarten Methode oder – falls eine solche fehlt – nach objektiven Gesichtspunkten (E. 4.1). Dementsprechend sind sowohl Gewinne als auch zukünftige Erträge zu aktivieren, sofern Letztere bereits eine gesicherte Rechtsstellung des Erwerbers darstellen (E. 4.1). 3. Bei bestehenden Verträgen für den Verkauf von Ware, welche bereits an Lager ist, sind bei objektiver Betrachtung die Voraussetzungen gegeben. Folglich ist der aus dem entsprechenden Verkauf resultierende künftige Gewinn zu aktivieren (E. 4.2). 4. Aus solch schwebenden Geschäften hat der ausscheidende Gesellschafter mangels anderwei-

tiger vertraglicher Regelung Anspruch auf eine Gewinnbeteiligung nach Fortführungswerten (E. 4.3.2).

BGer, 30. März 2021, 4A_614/2020 (A gegen B); GesKR 2/2021, S. 295 f.; AJP 8/2021, S. 1050; SJZ 117/2021, S. 1015.

r31 Société simple – désignation d’un liquidateur; einfache Gesellschaft – Bestellung eines Liquidators.

1. Dans la procédure de désignation d’un liquidateur (art. 583 al. 2 CO par analogie), laquelle relève de la juridiction gracieuse et est soumise à la procédure sommaire, le juge n’a pas, selon le Tribunal fédéral, à analyser si une cause de dissolution de la société simple est réalisée (c. 4.2). 2. Il doit uniquement s’assurer de l’absence de litige au sujet de la dissolution de la société simple et de son entrée en liquidation (c. 3.2, 4.2). 3. Lorsque ce n’est pas le cas (en l’occurrence, le fait de savoir si la société est entrée en liquidation ou non est litigieux), la requête en désignation d’un liquidateur doit être rejetée (c. 4.2).

TF, 28 février 2022, 4A_110/2021 (A et B contre C et D Sàrl).

r32 Familienstiftung – Zweck der Stiftung – Eintragung im Handelsregister – Rechtspersönlichkeit; fondation de famille – but de la fondation – inscription au registre du commerce – personnalité juridique.

1. Familienstiftungen unterscheiden sich von anderen Stiftungsformen durch ihren auf Familienangehörige beschränkten Kreis von Destinatären. Die Wahl des Stiftungszwecks wird bei der Errichtung von Familienstiftungen ferner durch das Stiftungsrecht auf vorgegebene Inhalte beschränkt. Diese Zweckbeschränkungen nach Art. 335 Abs. 1 ZGB sind zwingender Natur (E. 3.2). 2. Gemäss den Ausführungen des BVGer können im vorliegenden Fall folgende drei Zweckumschreibungen als widerrechtlich qualifiziert werden: Voraussetzungslose Wohn- und Aufenthaltsrechte (E. 4.1), das «Sich-an-einer-Firma-beteiligen-Wollen» (E. 4.2.1) und die Zurverfügungstellung von arbeitsfreier Entspannungszeit, um «Burnouts» vorzubeugen (E. 4.3.1). 3. Als Konsequenz wurde die Eintragung der Stiftung im Handelsregister zu Recht verweigert, wodurch diese keine Rechtspersönlichkeit erlangt hat (E. 5).

BVGer, 23. November 2021, B-5100/2020 (Familienstiftung A gegen Eidgenössisches Amt für das Handelsregister); GesKR 1/2022, S. 128 f. Der Entscheid wurde beim BGer angefochten.

r33 Kirchliche Stiftung – Eintragung im Handelsregister – organische Verbindung mit einer Religionsgemeinschaft – Stiftungsurkunde; *fondation ecclésiastique – inscription au registre du commerce – lien organique avec une communauté religieuse – acte de fondation.*

1. Der Begriff der kirchlichen Stiftung ist nicht im ZGB definiert. Gemäss Praxismitteilung EHRA 3/15 zeichnet sich eine solche Stiftung durch eine kirchliche Zweckverfolgung und eine organische Verbindung mit einer Religionsgemeinschaft aus, die eng genug ist, dass eine mit der staatlichen Aufsicht vergleichbare interne Aufsicht gewährleistet ist (E. 3.3). 2. In der Lehre wird überwiegend die Meinung vertreten, dass eine Verbindung zu einer Religionsgemeinschaft nur dann «organisch» sei, wenn eine interne, autonome Aufsicht der betreffenden Religionsgemeinschaft auch tatsächlich bestehe bzw. ausgeübt werde. Somit sei gewährleistet, dass keine «freischwebenden» kirchlichen Stiftungen ohne Aufsicht bestehen (E. 4.2.2). 3. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin erfolgte der Verzicht auf die staatliche Aufsicht in der Annahme, diese werde durch eine gewissen Mindestanforderungen entsprechende innerkirchliche Aufsicht ersetzt – hingegen gerade nicht, dass jene auch fehlen darf (E. 4.2.2). 4. Der Annahme, es genüge eine laxere Aufsicht für kirchliche Stiftungen im Vergleich zu den staatlichen Aufsichtsbehörden, ist mit Bezug auf die Wahrung einer personellen Unabhängigkeit der Aufsichtsbehörde durch die Stiftungstätigkeit nicht zu folgen. Die für kirchliche Stiftungen eingeführte Pflicht zur Eintragung ins Handelsregister unter Angabe einer kirchlichen Aufsichtsbehörde gleicht sich aufsichtsrechtlich vielmehr an die Regelung klassischer Stiftungen an (E. 4.2.3). 5. Die Beschreibung von kirchlichen Stiftungen als «organisch» ist jedenfalls nicht so zu verstehen, dass eine Inkaufnahme von dauerhaften Interessenkonflikten zu rechtfertigen wäre (E. 4.3). 6. Im vorliegenden Fall hat das BVGer festgestellt, dass das Wesensmerkmal der organischen Verbindung mit einer Religionsgemeinschaft nicht erfüllt ist, was die Voraussetzung der Unabhängigkeit betrifft (E. 5.2). Denn aufgrund der Personalunion von zwei Stiftungsräten, die auch als Vorstandsmitglieder des mit der Aufsicht betrauten Vereins fungieren, ist die Aufsichtsbehörde nicht unabhängig, sondern würde sich teilweise selber beaufsichtigen. Ausstandsregelungen vermögen das nicht zu heilen. 7. Hinzu kommt, dass der Verein und die vertreten-

den Vorstandsmitglieder unmittelbar Destinatäre der Stiftung sind und daher schon aus diesem Grund nicht als Aufsichtsbehörde amten können. 8. Die Vorinstanz verweigerte zu Recht die Eintragung der Stiftung im Handelsregister, und die Beschwerde wurde abgewiesen.

BVGer, 12. April 2022, B-1665/2021, B-1659/2021 (Stiftung A gegen Bundesamt für Justiz).

Il a été tenu compte des publications suivantes (avec l'abréviation retenue) :

Folgende Publikationen sind bearbeitet worden (mit Abkürzungsliste):

AJP (Aktuelle juristische Praxis = PJA): 2021 (1–12) 2022 (1–4). **ATAF** (Recueil officiel des arrêts du Tribunal administratif fédéral = BVGE): 2021–2022. **ATF** (Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral = BGE): 147 I (1–37) II (1–39) III (1–61) IV (1–55) V (1–49); 148 IV (1–5) V (1–9). **Anwaltsrevue** (Das Praxismagazin des Schweizerischen Anwaltsverbandes = Revue de l'avocat): 2021 (1–12) 2022 (1–4). **BGE** (Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts): cf. ATF. **BVGE** (Amtliche Sammlung der Entscheide des Schweizerischen Bundesverwaltungsgerichts): cf. ATAF. **Commentaires** Weblaw (CJN): 2021–2022. **GesKR** (Schweizerische Zeitschrift für Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht sowie Umstrukturierungen): 2021 (1–4) 2022 (1). **HAVE** (Verein Haftung und Versicherung = REAS): 2021 (1–4) 2022 (1). **ius.focus** (Aktuelle Rechtsprechung kompakt): 2021 (1–12) 2022 (1–4). **iusNet BK-KR** (Newsletter) (Bank- und Kapitalmarktrecht): 2021–2022. **JdT** (Journal des Tribunaux): 2021 I (1–7) II (1–6) III (1–6) IV (1–7); 2022 I (1–2) II (1–2). **Jusletter** Weblaw: 2021–2022. **LawInside**. (Jurisprudence du Tribunal fédéral): 2021–2022. **LSR** (Life Science Recht – Juristische Zeitung für Pharma, Biotech und Medtech/Revue juridique des technologies pharmaceutiques, bio- et médico-techniques): 2021 (1–4) 2022 (1). **Not@lex** (Revue de droit privé et fiscal du patrimoine): 2021 (1–4) 2022 (1). **PCEF** (Revue suisse de droit de procédure civile et d'exécution forcée = ZZZ): 2021 (53–56) 2022 (57). **PJA** (Pratique juridique actuelle): cf. AJP. **REAS** (Responsabilité et assurance): cf. HAVE. **Reprax** (Zeitschrift zur Rechtsetzung und Praxis in Gesellschafts- und Handelsregisterrecht/Droit des sociétés et droit du registre du commerce: revue de la législation et de la pratique): 2021 (1–4) 2022 (1). **Revue de l'avocat** (L'organe professionnel de la Fédération Suisse des avocats): cf. Anwaltsrevue. **RR-VR** (Recht relevant für Verwaltungsräte): 2021 (1–6) 2022 (1). **RSDA** (Revue suisse du droit des affaires et du marché financier = SZW): 2021 (1–6) 2022 (1–2). **RSJ** (Revue suisse de jurisprudence = SJZ): 2021 (1–24) 2022 (1–7). **SJ** (La Semaine judiciaire): SJ I 2021 (1–38) SJ 2022 (1–8). **sic!** (Zeitschrift für Immaterialgüter-, Informations- und Wettbewerbsrecht/Revue de droit de la propriété intellectuelle, de l'information et de la concurrence): 2021 (1–12) 2022 (1–5). **SJZ** (Schweizerische Juristen-Zeitung) cf. RSJ. **swissblawg** (schweizerisches Wirtschaftsrecht): 2021–2022. **SZW** (Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht): cf. RSDA. **ZR** (Blätter für Zürcherische Rechtsprechung): 2021 (1–10) 2022 (1–3). **ZZZ** (Schweizerische Zeitschrift für Zivilprozess- und Zwangsvollstreckungsrecht): cf. PCEF.